

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé (ED 6)

Thèse de doctorat en droit privé
soutenue le 27 novembre 2020

Quasi-contrat et enrichissement injustifié



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Mélodie Combot

Sous la direction de Monsieur **Jean-Sébastien BORGHETTI**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Monsieur François CHÉNEDÉ

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III), *rapporteur*

Monsieur Thomas GENICON

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Rémy LIBCHABER

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Sophie PELLET

Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne, *rapporteur*

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ce travail n'aurait pas été le même sans l'aide des personnes qui m'ont entourée et aidée pendant ces années de recherches.

Je souhaite plus particulièrement remercier mon directeur de thèse et professeur de droit civil, qui a suscité mon intérêt pour la recherche et l'enseignement. Ses précieux conseils ainsi que sa bienveillance m'ont guidée pendant ces années de recherche, qu'il voie dans ce travail une partie des fruits de ses enseignements.

Mes remerciements vont également à Charlotte, Léa, Antoine, Maxime, Jeanne, Bertrand, Oriane et Julien pour leur relecture minutieuse.

Principales abréviations

al.	alinéa
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. AP.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Assemblée plénière
Bull. mixte	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre mixte
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
c.	contre
C. civ	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. pén.	Code pénal
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats, concurrence, consommation
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	Chronique
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comp.	comparer
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	en sens contraire
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	Sous la direction
D.H.	<i>Dalloz hebdomadaire</i>
DP	<i>Dalloz périodique</i>
Dr. et patr.	<i>Droit et patrimoine</i>
éd.	Edition
E.R.	<i>English Reports</i>
fasc.	fascicule
GAJC	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du palais</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JCl.	<i>Encyclopédies JurisClasseur</i>
JCP	<i>Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)</i>
K.B.	<i>King's Bench Reports</i>
L.	Loi
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
LPA	<i>Les petites affiches</i>
not.	notamment
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	page(s)
préc.	précité
préf.	Préface
Q.B.	<i>Queen's Bench Reports</i>

RDC	<i>Revue des contrats</i>
Rép. civ.	<i>Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
RLDC	<i>Revue Lamy droit civil</i>
RLR	<i>Restitution Law Review</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
s.	et suivant(e)s
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
t.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
trad.	traduction
v.	voir
v°	<i>verbo</i>
vol.	volume

Sommaire

Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage

Première Partie : Le quasi-contrat ou l'absence d'autonomie de l'enrichissement injustifié

Titre Premier : Analyse historique et comparative des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié

Sous-Titre I : Aux origines des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié

Chapitre I : Les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié en droit romain

Chapitre II : La réception du droit romain par les droits de tradition civiliste

Sous-Titre II : Une source d'obligation autonome, l'exemple du droit anglais

Chapitre I : Des « quasi-contracts » à « l'unjust enrichment »

Chapitre II : « L'unjust enrichment » en droit positif

Titre Second : La singularité du modèle français de l'enrichissement injustifié

Sous-Titre I : Une source d'obligation au champ d'application incertain

Chapitre I : L'enrichissement injustifié et le quasi-contrat, une relation complexe

Chapitre II : Le décalage entre le discours doctrinal et la pratique jurisprudentielle

Sous-Titre II : Un régime inadapté et incohérent

Chapitre I : Les « conditions économiques » de l'enrichissement injustifié

Chapitre II : Les « conditions juridiques » de l'enrichissement injustifié

Seconde Partie : La conception renouvelée de l'enrichissement injustifié

Titre Premier : Les frontières internes de l'enrichissement injustifié

Chapitre I : Les éléments essentiels de l'enrichissement injustifié

Chapitre II : La structure de l'enrichissement injustifié

Titre Second : Les frontières externes de l'enrichissement injustifié

Chapitre I : L'enrichissement injustifié et le contrat

Chapitre II : L'enrichissement injustifié et la responsabilité civile

Introduction

1. Le quasi-contrat : une source d'obligation secondaire. « Volcan en sommeil »¹, le quasi-contrat conserve une grande part de mystère. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas apporté beaucoup d'éclaircissements sur cette catégorie et fait révélateur, le titre de l'ordonnance « portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations » n'inclut même pas le quasi-contrat pourtant concerné par cette réforme. Loin des controverses qui ont pu affecter le droit des contrats ou celui de la responsabilité civile, le « paisible ruisseau du quasi-contrat »² a largement été délaissé par la dernière réforme³. Si sa suppression a pu être proposée, notamment par le projet Terré⁴, son maintien s'explique avant tout par le fait que la réforme n'a jamais eu pour ambition de refonder intégralement les sources d'obligation, en particulier les sources extracontractuelles. Plus particulièrement, le quasi-contrat est intégré parmi les « autres sources d'obligations »⁵ dont il constitue d'ailleurs la seule application expressément mentionnée par le Code civil⁶. Au sein des quasi-contrats, la réforme n'a pas apporté de grandes innovations et s'est en grande partie contentée de reprendre les acquis jurisprudentiels. La principale nouveauté est la codification de l'ancienne action d'enrichissement sans cause (ou action *de in rem verso*), devenue enrichissement injustifié⁷, aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil. Cette action, qui a d'abord été

¹ X. PIN, L. DEVIN, « Quasi-contrats. – Théorie générale », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1370 et 1371 (version d'archive), Lexis Nexis, 2011, n°1.

² D. MAZEAUD, « D'une source, l'autre... », *D.* 2002.2963.

³ En ce sens R. LIBCHABER, « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine*, n° 258, mai 2016, p.73s.

⁴ P. REMY, « Des autres sources d'obligations », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013, p. 32.

⁵ Sous-titre III du Titre III du Code civil, consacré aux sources d'obligations.

⁶ Même si le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 précise que « les quasi-contrats n'étant pas les seules autres sources d'obligations que le contrat et la responsabilité extracontractuelle, l'intitulé du sous-titre III est donc 'autres sources d'obligations' et non 'des quasi-contrats' ».

⁷ La réforme de 2016 ayant supprimé la notion de cause en droit des contrats, il a été jugé plus cohérent de l'enlever également pour cette action, qui est dorénavant appelée enrichissement injustifié (codifié aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil). Il s'agit plus d'un changement formel que d'un changement substantiel, la réforme n'ayant pas apporté beaucoup de modifications en ce domaine, par rapport à l'état précédent du droit.

consacrée par la jurisprudence dans le célèbre arrêt *Boudier*⁸, devient ainsi le troisième quasi-contrat aux côtés des deux quasi-contrats originels : la gestion d'affaires et la répétition de l'indu⁹.

2. Le maintien du quasi-contrat : une cohérence enfin trouvée ? Au-delà de l'absence de réelle ambition réformatrice, une autre raison semble justifier le maintien de la catégorie. Le quasi-contrat semble avoir trouvé un point d'équilibre depuis la seconde moitié du XX^e. Passant des quasi-contrats disparates au quasi-contrat, la doctrine majoritaire s'est progressivement accordée sur un fondement commun du quasi-contrat : l'enrichissement injustifié. Cette idée se retrouve aujourd'hui dans la plupart des manuels¹⁰, où il n'est pas rare de voir le quasi-contrat présenté comme l'avantage indûment reçu d'autrui¹¹ ou comme l'obligation de compenser l'avantage injustement reçu d'autrui¹², à la suite du doyen Carbonnier qui opposait le fait profitable (quasi-contrat) au fait dommageable (responsabilité civile)¹³. Cette conclusion a été le fruit d'une longue évolution dont l'objectif principal est de trouver (enfin) une cohérence d'ensemble à cette catégorie. L'ordonnance du 10 février 2016 semble d'ailleurs avoir consacré l'idée que tout quasi-contrat est fondé sur l'enrichissement injustifié. L'article 1300 précise ainsi que « les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il

⁸ Req., 15 juin 1892, *D.* 1892.1.596, *S.* 1893.1.281, note LABBE, *GAJC*, T.2, n°241.

⁹ Le Code civil adopte l'expression de paiement de l'indu, mais le terme de paiement est plutôt inadapté dans cette hypothèse (en ce sens, voir N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, préf. J. CARBONNIER, th. Paris, L.G.D.J., 1961, n°202, qui estime que le terme de paiement est inexact, car il n'y a notamment pas d'effet extinctif propre au paiement). Une autre expression aurait pu être préférée : la restitution de l'indu, mais le terme de restitution reste encore incertain en droit positif. Aussi nous adopterons le terme de répétition de l'indu qui est plus exact que l'expression de paiement de l'indu et plus connu et moins ambigu que celle de restitution de l'indu. Ce quasi-contrat est dorénavant régi par les articles 1302 à 1302-3 du Code civil.

¹⁰ Voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2019, n°1263 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 15^e éd., 2017, n°1972 ; S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, 13^e éd., Hypercours, Dalloz, 2020, n°996 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 10^e éd., L.G.D.J., 2020, n°457 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd., P.U.F., 2020, n°78 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2011, n°1.

¹¹ C'est notamment l'expression employée par le professeur Fabre-Magnan pour présenter les quasi-contrats (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4^e éd., P.U.F., 2019, n°516s.).

¹² Expression employée par P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *Droit des obligations*, 15^e éd., 2019, n° 845s.

¹³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, les obligations*, Quadrige, P.U.F., 2004, n°1114.

résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois, un engagement de leur auteur envers autrui »¹⁴.

3. L'évolution de la notion de quasi-contrat. Avant d'arriver à l'idée que l'enrichissement injustifié est le fondement du quasi-contrat, cette dernière notion a connu de nombreuses évolutions. L'utilisation du pluriel s'impose alors pour désigner les quasi-contrats qui n'avaient, avant la fin du XX^e, aucun principe directeur ou fondement communs. À l'origine, le juriste Gaïus utilisait l'expression *quasi ex contractu* simplement pour désigner des obligations qui produisaient des effets similaires aux obligations contractuelles (car ces obligations provenaient d'un fait licite comme les contrats), sans pour autant naître d'un contrat¹⁵. Il s'agissait simplement de décrire un effet et non d'en faire une véritable source d'obligation. Les quasi-contrats devinrent une catégorie à part sous Justinien, encore que leur statut ne fût pas très clair¹⁶, et une source d'obligation dans le Code civil de 1804. La liste des quasi-contrats a également évolué entre le Code de Justinien et le Code de 1804. Initialement, les juristes romains classaient dans cette catégorie : la gestion d'affaires, la répétition de l'indu, la tutelle, l'obligation de l'héritier de délivrer un legs et l'indivision¹⁷. Seuls les deux premiers, la gestion d'affaires et la répétition de l'indu, furent retenus en 1804.

4. L'absence d'unité initiale des quasi-contrats. Bien que la catégorie de quasi-contrat ait ainsi évolué entre le droit romain et le Code civil, il n'existait pas encore, au début du XIX^e, de volonté de trouver un fondement unique qui permettrait de justifier les obligations quasi-contractuelles. En raison des origines et de leur appellation, les quasi-

¹⁴ Comp. avec l'ancienne définition de l'ancien article 1371 du Code civil : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

¹⁵H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat : étude historique et critique*, th. Bordeaux, 1912, n°12s. ; E. DESCHEEMAEKER, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD. civ.* 2013.1s., spéc. p.8-9 ; J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD. civ.* 1969.43s., spéc. n°10s. ; N. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, préf. J. CARBONNIER, th. Paris, L.G.D.J., 1968, n°164-165. Cette similarité est cependant trompeuse, car les effets sont loin d'être identiques entre les quasi-contrats et les contrats. Il semble que la similarité au contrat tient surtout au fait que les quasi-contrats romains ont d'abord été qualifiés de contrat, lorsque la notion de contrat n'était pas limitée à un accord de volontés, mais désignait plus largement un acte liant juridiquement des parties (E. DESCHEEMAEKER, art. préc. p.8-9). Lorsque la notion de contrat s'est resserrée autour d'un accord de volontés, des cas comme la répétition de l'indu ou la gestion d'affaires ont dû être évacués de la catégorie de contrat, ce qui a causé un certain embarras des juristes romains qui ne savaient où classer ces cas.

¹⁶ H. VIZIOZ, th. préc., n°24.

¹⁷ Voir notamment D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 85.

contrats étaient simplement rapprochés des contrats. Toutefois, la caractéristique principale des quasi-contrats ne tient pas à leur ressemblance supposée avec les contrats ou au fait qu'il s'agirait presque d'un contrat, comme le soulignait Demolombe¹⁸, mais plutôt au fait qu'il s'agit de faire *comme si* un contrat avait été conclu, alors qu'il n'en existe aucun. Toute la difficulté est de savoir dans quels cas il est possible de reconnaître un quasi-contrat : faut-il se limiter aux deux quasi-contrats originels du Code civil de 1804 (gestion d'affaires et répétition de l'indu) ou est-il possible pour les juges de reconnaître un quasi-contrat en dehors du Code (quasi-contrats innommés) ? Si dès le début du XIX^e, la plupart des auteurs se sont accordés sur la possibilité de reconnaître des quasi-contrats innommés¹⁹ et que la jurisprudence a très tôt suivi cette voie, le fait est que le Code de 1804 n'avait fixé aucun critère permettant de découvrir de nouveaux quasi-contrats²⁰. La principale critique résidait ainsi dans le caractère particulièrement vague de cette notion, qui accordait un grand pouvoir aux juges en leur permettant de « découvrir » un quasi-contrat toutes les fois où ils l'estimaient opportun. La charge la plus violente et la plus célèbre est celle de Vizioz qui estimait, dans sa thèse, que la notion de quasi-contrat était inutile, dangereuse et fautive²¹. Inutile, car elle ne permettrait pas de fixer la substance des obligations qui lui sont rattachées ; dangereuse, car elle ferait croire que la volonté aurait un rôle dans la formation de l'obligation ou qu'il faudrait se reporter aux règles du droit des contrats en cas de lacunes et fautive, car elle recouvrirait des obligations qui n'ont rien à voir entre elles²².

5. La conception renouvelée du quasi-contrat : l'unité par l'enrichissement injustifié.

En dépit de ces critiques, le quasi-contrat s'est maintenu, car il aurait depuis trouvé une certaine cohérence. Passant du pluriel au singulier, le quasi-contrat aurait trouvé une justification unique. La position actuelle est notamment défendue par Mme Douchy, dans sa thèse consacrée à la notion de quasi-contrat²³. L'absence de cohérence initiale des quasi-contrats n'empêcherait pas de considérer l'enrichissement injustifié comme

¹⁸ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. 31, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, A. Lahure, 1882, n°37.

¹⁹ Voir E. DESCHEEMAEEKER, art. préc., p.9.

²⁰ La loi faisait simplement référence à un fait volontaire, voir l'ancien article 1371 : « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ».

²¹ H. VIZIOZ, th. préc., n°75.

²² *Ibid.*

²³ M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préf. A. SERIAUX, th. Aix-Marseille, Economica, 1997.

leur fondement²⁴, car les rédacteurs de 1804, en ne retenant que deux quasi-contrats (la gestion d'affaires et la répétition de l'indu), auraient implicitement entendu limiter les quasi-contrats à des cas qui peuvent aujourd'hui être analysés comme des cas particuliers d'enrichissement injustifié²⁵. En droit positif, et bien que cette idée soit censée n'avoir été que sous-jacente en 1804, les quasi-contrats seraient naturellement fondés sur l'enrichissement injustifié. Il serait donc possible de trouver une nature unique au quasi-contrat qui viserait à corriger un transfert de valeur injustifié du demandeur au défendeur²⁶. De ce fait, le quasi-contrat serait par essence subsidiaire, car il ne devrait pas être utilisé pour contourner l'application d'autres règles de droit et subvertir ainsi l'ordre juridique²⁷. Puisque la catégorie du quasi-contrat échapperait enfin au reproche lié à son inconsistance, l'abandon de cette catégorie aurait été une régression plutôt qu'un progrès²⁸. La figure unitaire du quasi-contrat permettrait ainsi d'unifier des actions qui, autrement, seraient classées sans cohérence dans une catégorie « autres sources d'obligation »²⁹.

6. Une conception contestée : un retour à la conception originelle ? Cette présentation du quasi-contrat, fondé sur l'enrichissement injustifié, a cependant été mise à mal par la jurisprudence, en particulier à la suite de la reconnaissance d'un quasi-contrat de loterie publicitaire³⁰. Ce nouveau quasi-contrat, qui repose sur une fausse annonce de gain et

²⁴ Comp. F. POLLAUD-DULIAN, « Le modèle du quasi-contrat », in T. REVET (dir.) Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle, L.G.D.J., p. 413s., spéc. p. 417 qui estime que le fait que les quasi-contrats résultent d'un malentendu (une confusion entre la source et l'effet) ne condamne pas de ce simple fait le quasi-contrat tel que conçu par le Code de 1804. S'il est vrai que le passé ne suffit pas à condamner en soi les quasi-contrats, nous verrons cependant que cette appellation a des effets pervers qui se font encore ressentir aujourd'hui (voir *infra* n° 246s.).

²⁵ M. DOUCHY, th. préc., n°3.

²⁶ En ce sens M. DOUCHY, th. préc., n°3 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 553.

²⁷ M. DOUCHY, th. préc., n°119, p. 268.

²⁸ En ce sens voir F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n°131.11.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Ch. mixte, 6 sept. 2002, *GAJC* n°244. Ce quasi-contrat n'est manifestement pas un cas particulier d'enrichissement injustifié, car d'une part il ne repose pas sur un enrichissement de l'organisateur (il a simplement fait miroiter un gain au destinataire du courrier) et d'autre part, le destinataire n'a pas de droit initial sur le gain promis, il n'existe aucun transfert ou aucune appropriation d'un enrichissement par l'organisateur au détriment du destinataire. De manière générale, la majorité des auteurs ont précisément critiqué cette solution en ce qu'elle ne respectait pas la logique du quasi-contrat fondé sur l'enrichissement injustifié (voir notamment M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°553 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1327 et R. LIBCHABER, « Les loteries publicitaires : pour une substitution de la peine privée au quasi-contrat », *Defrénois*, n°18, 2003 p.1168s., qui note que les loteries publicitaires ne correspondent à aucune des conceptions connues du quasi-contrat, que ce soit le quasi-contrat mimant les effets d'un contrat ou le quasi-contrat fondé sur l'enrichissement injustifié).

non sur un enrichissement injustifié de l'organisateur de la loterie, aurait fait voler en éclat l'unité du quasi-contrat³¹. Il mettrait en avant un aspect plus moralisateur, car le quasi-contrat serait en ce cas utilisé pour sanctionner un engagement trompeur, l'organisateur ayant fait miroiter un gain au demandeur, alors qu'il n'avait aucune intention de lui délivrer ce gain³². Bien que certains auteurs estiment que cette jurisprudence pourrait être remise en cause par le nouvel article 1300 du Code civil, qui recentre le quasi-contrat autour d'un fait profitable³³, il n'est pas certain que la Cour de cassation abandonne cette jurisprudence. Aussi, à la suite des loteries publicitaires, certains auteurs ont contesté le fondement de l'enrichissement injustifié et ont proposé des conceptions qui se rapprochent davantage de la vision romaine des quasi-contrats³⁴. La ressemblance avec le contrat est ainsi privilégiée. Pour ces auteurs, le quasi-contrat serait donc un mécanisme permettant d'appliquer un régime contractuel alors même que les conditions de formation d'un contrat, en particulier l'accord de volontés, ne sont pas réunies³⁵.

7. Les lacunes de la conception originelle du quasi-contrat. Si la conception plus traditionnelle des quasi-contrats³⁶ rend mieux compte de la réalité jurisprudentielle, il est permis de ne pas être convaincu par cette approche. Le principal écueil de cette conception des quasi-contrats est qu'il n'est pas possible de déterminer, à l'avance, quels faits sont susceptibles d'entraîner la qualification de quasi-contrat. En effet, la source du

³¹ Nous verrons cependant que l'unité des quasi-contrats n'a jamais véritablement existé en jurisprudence, la Cour de cassation n'ayant jamais entendu limiter les quasi-contrats à l'enrichissement injustifié, voir *infra* n° 250s.

³² Comp. R. LIBCHABER, « Les loteries publicitaires : pour une substitution de la peine privée au quasi-contrat », *Defrénois*, n°18, 2003, p.1168s, qui met en avant la volonté punitive de la Cour de cassation face aux organisateurs de ces loteries.

³³ F. CHENEDE, *op. cit.*, n°131-21 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°553.

³⁴ Voir notamment A. BENABENT, *Droit des obligations*, 18^e éd., Domat Droit privé, 2019, n°440, qui estime que le quasi-contrat se caractérise par le fait qu'il existe un « lien de droit ressemblant à celui qui résulterait d'un contrat » ; F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., p.430, qui trouve le fondement du quasi-contrat dans l'équité comme P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., L.G.D.J., 2018, n°1015 ; E. TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *D.2004.1179*, spéc. n°42, qui estime que le quasi-contrat repose sur la fiction d'un rapport juridique ; voir également R. LIBCHABER, art. préc., qui estime la vision romaine des quasi-contrats plus cohérente : « La métaphore contractuelle conduisait à l'indemnisation *quasi ex contractu* ; en amont, elle en fournissait les raisons, les mêmes causes qui avaient conduit à la reconnaissance du contrat, nommé et réglementé, exigeant de fournir une issue à la situation de fait ».

³⁵ Ce qui avait déjà été proposé par Jean Honorat qui proposait de définir le quasi-contrat comme l'obligation « qui malgré son caractère imposé, place les parties dans une situation de type conventionnel » (J. HONORAT, art. préc., n°26).

³⁶ Le pluriel est dans ce cas plus adapté pour désigner cette catégorie, qui ne connaît alors aucun régime commun ni de structure commune.

quasi-contrat est dans ce cas souvent ramenée à l'équité³⁷, c'est-à-dire en fait à l'appréciation des juges. Si cette théorie avait été préconisée par certains auteurs pour préserver la notion de contrat³⁸, on peut s'interroger sur l'intérêt de sauver la notion sans le régime associé à celle-ci. Puisque le régime est censé découler de la notion, n'est-il pas inadapté de l'appliquer à un cas qui ne réunit pas les conditions nécessaires à la formation d'un contrat ? Au demeurant, il est permis de penser que le régime contractuel est précisément taillé pour s'adapter à des cas où il a été accepté par les parties³⁹. Même si le fondement de l'enrichissement injustifié semble incapable de justifier l'ensemble des obligations quasi-contractuelles, la conception traditionnelle des quasi-contrats n'apporte elle aucune justification réelle. Cette absence de justification laisse même penser que de telles obligations ne devraient pas être reconnues, car elles font peser une charge sur un débiteur, alors même qu'il n'a consenti à rien et qu'il n'a commis aucun dommage⁴⁰.

8. L'échec de la conception renouvelée du quasi-contrat. Pour limiter le champ des quasi-contrats et éviter l'arbitraire que cette catégorie autorise, l'enrichissement injustifié peut *a priori* être un bon fondement capable de rationaliser et de justifier cette source d'obligation. L'expérience montre cependant que ce fondement n'a pas tenu toutes ses promesses et il est difficile de voir une véritable différence entre les quasi-contrats, ancienne version, et la nouvelle conception du quasi-contrat. Le fondement unique du quasi-contrat sur l'enrichissement injustifié n'a pas entraîné un resserrement de la catégorie autour d'une action unique, le Code ayant conservé les deux quasi-contrats originels (gestion d'affaires et répétition de l'indu) qui sont pourtant perçus

³⁷ Voir notamment F. POLLAUD-DULIAN, art. préc., p. 425 ; R. LIBCHABER, art. préc. ; E. TERRIER, art. préc., n° 43.

³⁸ Voir J. HONORAT, art. préc., les quasi-contrats étant alors utilisés toutes les fois où un rapport contractuel est imposé à des parties, ce qui permet de ne pas remettre en cause la notion de contrat centrée autour d'un accord de volontés.

³⁹ Le fait qu'en droit positif le caractère volontaire du contrat soit malmené, par le législateur et par la jurisprudence, invite certainement à la réflexion en droit des contrats, mais ne rend pas pour autant valable le recours au quasi-contrat.

⁴⁰ En ce sens voir E. DESCHEEMAEEKER, art. préc., p. 8, qui souligne à propos de l'ancien article 1371 du Code civil (sur la définition du quasi-contrat) : « l'idée que l'on puisse obligé malgré soi sans avoir jamais franchi cette ligne [l'acte illicite], et sans savoir à l'avance dans quelles circonstances cela pourrait arriver, devrait, lorsque l'on réfléchit à cette proposition, provoquer l'effroi devant l'arbitraire qu'elle autorise. Certes, personne ne prétend que les juges aient laissé cet arbitraire se développer ; mais le pouvoir que cette disposition confère aux tribunaux est *en soi* dangereux et donc, à notre sens, mauvais ». Même si l'auteur se référerait à l'ancien article 1371, il nous semble que cette critique est toujours d'actualité malgré la réforme de 2016.

comme des cas particuliers d'enrichissement injustifié. Il n'existe d'ailleurs aucun régime commun à ces quasi-contrats, en dépit de leur (supposé) fondement unique. Pire, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 admet explicitement l'existence de quasi-contrats innommés⁴¹. Or, si l'enrichissement injustifié est véritablement le fondement des quasi-contrats et qu'il existe une action générale d'enrichissement injustifié, comment pourrait-il exister à côté des quasi-contrats innommés ? De plus, si le nouveau fondement ne permet même pas de cerner avec précision les cas pouvant entrer dans cette catégorie, quelle est son utilité ? La conception renouvelée du quasi-contrat semble, à vrai dire, avoir apporté plus d'interrogations que de réponses.

9. Enrichissement injustifié et quasi-contrat : des relations complexes. Bien que la doctrine majoritaire adopte l'enrichissement injustifié comme fondement de cette catégorie, les liens entre quasi-contrat et enrichissement injustifié sont en réalité assez peu étudiés. La plupart du temps, les études se concentrent soit sur l'histoire et la structure du quasi-contrat⁴², soit sur la seule action d'enrichissement injustifié aujourd'hui codifiée aux articles 1303 et 1303-4 du Code civil⁴³. Seul un auteur a mis en

⁴¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 : « l'énumération non exhaustive des quasi-contrats dans le second alinéa implique qu'il puisse exister des quasi-contrats innommés, dont le régime juridique n'est pas prévu par le code civil ».

⁴² La première thèse sur ce sujet date de 1904 : G. GOUBLET, *La notion de quasi-contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*, th. Paris, 1904. Par la suite, l'on retrouve la célèbre thèse de H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat : étude historique et critique*, th. Bordeaux, 1912, puis celle de M. DOUCHY, th. préc. et H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, préf. M.-L. NIBOYET, th. Paris X, L.G.D.J., 1998, qui estime que les quasi-contrats ne doivent pas être limités à l'enrichissement injustifié (à l'époque enrichissement sans cause), n°51 : « La catégorie des quasi-contrats doit, par conséquent, réunir en son sein les institutions qui ont en commun la structure définie par l'article [ancien] 1371 du Code civil même si elles se fondent sur un principe différent de celui de l'enrichissement sans cause ».

⁴³ Sur cette action (anciennement action d'enrichissement sans cause) les thèses sont très nombreuses, pour la plus récente voir M.-L. DINH, *L'enrichissement injustifié en droit privé*, th. Rennes I, 2018. Parmi toutes les thèses rédigées au cours du XX^e à ce sujet, les deux principales sont celles de J.-P. BEGUET, *L'enrichissement sans cause*, th. Alger, 1945 et F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, th. Paris, Dalloz, 1949. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est également possible de noter STOICESCO (C.), *De l'enrichissement sans cause*, th. Paris, 1904 ; V. POLTZER, *L'enrichissement sans cause*, th. Paris, Sirey, 1912 ; J. RENARD, *De l'enrichissement sans cause en droit français*, th. Montpellier, 1920 ; D.-J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, 2 tomes, th. Paris II, 1978 ; G. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français. Analyse interne et vues comparatives*, th. Lille II, 1999 (ces deux dernières thèses contiennent des éléments de comparaison intéressants avec d'autres systèmes juridiques, surtout avec le droit allemand). De nombreux articles ont également été consacrés à cette action, parmi les principaux, il est possible de mentionner G. RIPERT, M. TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD. civ.* 1904.727s. ; H. LOUBERS, « L'action 'de in rem verso' et les théories de la responsabilité civile », *Rev. crit. lég. juris.* 1912.396s. ; A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la

exergue les relations complexes entre le quasi-contrat et l'enrichissement injustifié⁴⁴. M. Descheemaeker note ainsi qu'il n'existe pas une exacte correspondance entre ces deux notions et qu'il serait temps d'abandonner la catégorie du quasi-contrat pour développer une réelle source d'obligation fondée sur l'enrichissement injustifié, à l'instar des droits anglais et allemand⁴⁵. L'analyse est particulièrement instructive, car elle invite à renverser la perspective. À l'exception de M. Descheemaeker, le débat s'attarde le plus souvent sur le quasi-contrat et les fondements qu'il serait possible ou non de lui attribuer, plutôt que sur l'enrichissement injustifié en lui-même et la pertinence de ses liens avec le quasi-contrat. Il est à cet égard étonnant que l'enrichissement injustifié ait été mécaniquement rattaché au quasi-contrat, alors même que la notion d'enrichissement injustifié n'a pas été véritablement étudiée en amont pour vérifier sa correspondance avec la catégorie du quasi-contrat.

10. La signification de l'enrichissement injustifié. Si la genèse des relations entre quasi-contrat et enrichissement injustifié est difficile à retracer avec précision⁴⁶, une autre difficulté apparaît assez rapidement à la lecture des différents travaux : que faut-il entendre exactement par enrichissement injustifié⁴⁷ ? Cette expression peut revêtir au moins deux sens : soit elle ne désigne que le quasi-contrat du Code, depuis 2016, soit elle désigne plus généralement l'idée que « nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui ». Dans le premier cas l'enrichissement injustifié est réduit à une action particulière, alors que dans le second elle fait référence à un principe général du droit interdisant de s'enrichir au détriment d'autrui. S'il est possible d'affirmer, pour le quasi-contrat d'enrichissement injustifié, que sa création date de 1892 avec l'arrêt *Boudier*, l'origine de la deuxième signification est plus difficile à cerner. La maxime « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » était certes connue du droit romain⁴⁸, mais elle n'avait à cette époque aucun sens technique particulier. Il s'agissait plutôt d'un principe général du droit et non d'une source d'obligation à part entière⁴⁹. Le même constat peut être fait

jurisprudence civile », *RTD. civ.* 1922.35s. ; E. VON CAEMMERER, « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *RIDC* 1966.573s.

⁴⁴ E. DESCHEEMAEKER, art. préc.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Il semblerait que Toullier soit à l'origine de cette idée, sur cet aspect voir *infra* n° 227.

⁴⁷ Nous tiendrons pour équivalent la notion d'enrichissement sans cause avec celle d'enrichissement injustifié, car la suppression de la première expression ne tient qu'à la suppression de la cause en droit français des obligations. Il n'existe pas de changement substantiel entre ces deux expressions.

⁴⁸ Sur l'historique de l'enrichissement injustifié voir *infra* n° 40s.

⁴⁹ Voir *infra* n° 30.

chez la plupart des auteurs allant de la période antérieure à la rédaction du Code civil jusqu'à la seconde moitié du XIX^e, qui recouraient fréquemment à cette maxime pour justifier certaines solutions guidées par l'équité⁵⁰. La maxime était utilisée dans un sens proche de l'expression *suum cuique tribuere*, qui entend attribuer à chacun son dû et qui est encore souvent présentée comme la finalité du droit⁵¹. Difficile alors de forger une catégorie unique à partir d'un principe qui se veut aussi général ! Le risque est d'interpréter *a posteriori* ces références comme une volonté de ces auteurs de regrouper des cas autour d'un même fondement : l'enrichissement injustifié. Or, l'enrichissement injustifié, entendu cette fois-ci au sens technique et comme une source d'obligation spécifique visant à restituer un enrichissement, n'était que très peu connu et utilisé à cette époque.

11. Une apparition tardive – Les liens avec la théorie du patrimoine. Si la paternité de cette source d'obligation peut être attribuée à Grotius⁵², il faudra attendre la fin du XIX^e avant qu'elle ne soit véritablement intégrée dans un système juridique. Comment expliquer ce développement tardif, par rapport au contrat et à la responsabilité civile⁵³ ? Il serait sans doute possible de trouver de nombreuses explications, mais la principale tient au fait que l'enrichissement injustifié est étroitement associé au patrimoine. En effet, contrairement à l'action en revendication, qui a pour objectif de protéger la propriété dans sa substance, en réattribuant physiquement le bien à son véritable propriétaire⁵⁴, l'objectif de l'enrichissement injustifié est plutôt de réattribuer la valeur d'un bien à son légitime titulaire. De manière générale, la plupart des auteurs présentent l'enrichissement injustifié comme un moyen de corriger un mouvement de valeurs entre

⁵⁰ C'est aspect est particulièrement visible chez les auteurs du XIX^e se référant à cette maxime pour étendre le domaine de la gestion d'affaires à des cas où le gérant n'avait aucune intention de gérer les affaires d'autrui, cas qui sera qualifié de gestion d'affaires anormale ou intéressée (sur cet aspect voir *infra* n° 223s.). L'action d'enrichissement sans cause issue de l'arrêt *Boudier* s'est grandement inspirée de cette gestion d'affaires anormale, qui est souvent présentée comme un moyen d'intégrer l'enrichissement injustifié en droit français à une époque où il n'existait aucune action générale d'enrichissement injustifié (sur la pertinence de cette affirmation voir *infra* n° 241s.).

⁵¹ F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé*, préf. A. GHOZI, th. Paris II, Economica, 2008, p.8.

⁵² Voir *infra* n° 41.

⁵³ Cela peut paraître d'autant plus surprenant que le principe général de responsabilité civile est également attribué à Grotius et qu'il a été repris dans le Code de 1804 (v. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, th. Paris II, L.G.D.J., 2005, p. 395s.).

⁵⁴ W. DROSS, *Droit des biens*, 4^e éd., L.G.D.J., 2019, n°43

deux patrimoines ou de rétablir l'équilibre entre deux patrimoines⁵⁵. Or, la théorie du patrimoine n'est véritablement conceptualisée qu'à la fin du XIX^e, en particulier par Aubry et Rau, qui sont également les premiers à envisager une action générale d'enrichissement injustifié, s'inspirant ainsi du droit allemand⁵⁶. Il n'est donc pas étonnant que le Code civil de 1804, qui ignore le concept de patrimoine, n'ait pas envisagé l'enrichissement injustifié comme une source d'obligation à part entière. Dans une société où la substance ou la matérialité du bien compte en premier lieu et où les biens les plus importants sont des biens immobiliers, l'enrichissement injustifié a sans doute moins d'importance. En revanche, lorsque le curseur se déplace du bien en lui-même vers sa valeur et que les biens mobiliers (corporels comme incorporels) prennent plus d'importance, l'enrichissement injustifié a un plus grand rôle à jouer. L'objectif de l'action est de récupérer la valeur du bien et non le bien en lui-même. La codification est, du point de vue de l'enrichissement injustifié, intervenue trop tôt en France pour pouvoir tenir compte de cette source d'obligation et la doctrine aura bien des difficultés à faire entrer l'enrichissement injustifié dans les catégories préexistantes du Code. Ce mauvais départ a malheureusement eu des conséquences fâcheuses sur le développement de l'enrichissement injustifié. Il nous semble ainsi que le raisonnement s'est en grande partie inversé. Au lieu que les juristes partent d'un concept cohérent d'enrichissement injustifié pour construire une source d'obligation fondée sur ce principe, l'enrichissement injustifié a dû se couler de force dans le moule préexistant du quasi-contrat. Or, la liste des quasi-contrats n'a pas été élaborée dans l'objectif de construire une source d'obligation cohérente, encore moins sur l'idée d'enrichissement injustifié⁵⁷.

12. Un constat surprenant : un enrichissement secondaire dans la plupart des quasi-contrats. L'impression d'un « forçage » de l'enrichissement injustifié pour correspondre le mieux possible au quasi-contrat se renforce lorsque l'on analyse plus en détails les quasi-contrats du Code civil. Si l'on prend l'enrichissement injustifié aux mots, cette source d'obligation devrait se concentrer en premier lieu sur l'enrichissement reçu par le

⁵⁵ Voir notamment M. DOUCHY, th. préc., n°121 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1300 ; R. LIBCHABER, art. préc., p.1168.

⁵⁶ Voir *infra* n° 41.

⁵⁷ Les travaux préparatoires du Code de 1804 laissent peu de doutes à ce sujet : « Ces deux quasi-contrats [la gestion d'affaires et la répétition de l'indu] se raccordent dans ce point générique qu'ils proviennent l'un et l'autre d'un fait volontaire et licite des quasi-contractants ; mais ils diffèrent dans tous les autres points » (issu du discours de Tarrille in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 13, Videcoq Libraire, 1836, p.484).

défendeur au détriment du demandeur, par opposition à la responsabilité civile qui s'attarde sur le dommage subi par le demandeur. À l'analyse, seule la répétition de l'indu correspond réellement à ce modèle. En effet, il s'agit du seul quasi-contrat à tenir compte de ce qui a été reçu par le défendeur et c'est également le seul à prendre en considération l'enrichissement du défendeur comme mesure de « l'indemnité », qualifiée dans cette action de restitutions⁵⁸. À l'opposé, les deux autres quasi-contrats, la gestion d'affaires et, paradoxalement, le quasi-contrat d'enrichissement injustifié, semblent plus éloignés de l'idée d'un enrichissement injustifié. La gestion d'affaires semble particulièrement rétive à ce concept⁵⁹, car l'objectif principal de ce quasi-contrat est d'obtenir un remboursement des dépenses réalisées par le gérant dans l'intérêt du maître, voire une réparation des dommages que le gérant aurait subis au cours de son intervention⁶⁰. La gestion d'affaires répond donc à une logique compensatoire et non à une logique d'enrichissement. À vrai dire, même le quasi-contrat d'enrichissement injustifié ne paraît pas véritablement se concentrer sur l'enrichissement. L'exigence d'un appauvrissement est à première vue peu surprenante s'agissant d'une action qualifiée d'« enrichissement injustifié » : s'il s'agit véritablement de réattribuer un enrichissement au demandeur, pourquoi exiger par ailleurs qu'il se soit appauvri⁶¹ ? Cette impression est renforcée par le fait que l'appauvrissement n'est pas seulement une condition de l'action, mais également l'une de ses mesures. L'appauvri ne peut en effet obtenir qu'une « indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement »⁶², soit la fameuse règle du double plafond. Cette action est donc teintée d'une logique compensatoire *a priori* difficilement conciliable avec une logique d'enrichissement. Sur deux quasi-contrats sur trois, l'enrichissement ne semble pas véritablement être pris en

⁵⁸ L'article 1302-1 dispose : « Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ».

⁵⁹ Cela est ponctuellement noté par certains auteurs également comme J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, n°2 note 1 et n°12 ; B. FAGES, *op. cit.*, n°457.

⁶⁰ Voir l'article 1301-2 al. 2 : « Il [le maître] rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion ».

⁶¹ L'argument le plus fréquent est qu'en l'absence d'appauvrissement, l'appauvri risquerait à son tour d'être enrichi injustement en obtenant davantage que son appauvrissement et l'enrichi risquerait d'être appauvri en devant une indemnité supérieure à son enrichissement (voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. TERRE, *op. cit.*, n°1316). Cet argument paraît toutefois surprenant, du moins lorsqu'il est affirmé que l'appauvri « s'enrichirait » s'il obtenait plus que son appauvrissement. Si l'enrichissement est véritablement injustifié, et qu'il appartient donc au demandeur d'en bénéficier, en quoi ce dernier serait-il enrichi au détriment du défendeur ? Il nous semble qu'il existe une autre raison à l'exigence d'un appauvrissement (voir *infra* n° 314).

⁶² Selon les dispositions de l'article 1303 du Code civil.

considération, ou alors il cède le pas à l'appauvrissement. Ce constat est d'autant plus surprenant que l'un des quasi-contrats en cause est précisément l'action générale d'enrichissement injustifié, qui est censée incarner le principe du même nom.

13. L'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié ? À partir du constat de la faible importance de l'enrichissement dans deux quasi-contrats sur trois, le professeur Chénéde est ainsi parvenu à la conclusion que la caractéristique du quasi-contrat ne reposait non pas sur un fait profitable, mais sur un fait du créancier qui cause lui-même son propre appauvrissement⁶³. Le fondement du quasi-contrat serait toujours l'enrichissement injustifié, mais il faudrait interpréter l'enrichissement injustifié de telle manière à ce qu'il soit moins concentré sur un enrichissement du défendeur, que sur un appauvrissement du demandeur. L'enrichissement ne serait injustifié que s'il s'est réalisé au détriment du demandeur⁶⁴. Cette conception de l'enrichissement injustifié correspond certainement davantage à la manière dont le Code civil conçoit actuellement les quasi-contrats, au moins pour la gestion d'affaires et le quasi-contrat d'enrichissement injustifié. Néanmoins, une certaine gêne se fait sentir. Si le quasi-contrat, et par extension son fondement (l'enrichissement injustifié) ne se concentre en réalité que sur un appauvrissement, cette source ne risque-t-elle pas de perdre en utilité ? Le Code civil dispose déjà d'une source d'obligation à logique compensatoire, la responsabilité civile, alors qu'il n'en connaît aucune qui s'intéresse, de manière générale, à l'enrichissement du défendeur. Ce manque se fait d'ailleurs ressentir lorsqu'il est question de trouver des solutions à des enrichissements illicites, où le mécanisme de la responsabilité civile s'avère peu adapté⁶⁵. Alors que l'enrichissement injustifié aurait pu être mobilisé dans ces hypothèses, il est systématiquement écarté notamment parce qu'il ne permettrait pas de prendre en considération le seul enrichissement du défendeur, abstraction faite de tout appauvrissement du demandeur. Comment expliquer ce résultat paradoxal où la

⁶³ Voir F. CHENEDE, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *RDC* n°1, 2011, p. 305s., l'auteur note que ce qui caractérise le quasi-contrat n'est pas le fait profitable, car tous les quasi-contrats reposeraient sur un appauvrissement du demandeur, mais bien l'origine de l'appauvrissement. Le quasi-contrat se distinguerait ainsi de la responsabilité civile par le fait que l'appauvrissement provient du fait du créancier, alors que dans la responsabilité il a pour origine un fait du débiteur.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ En ce sens voir P. REMY, « Les restitutions dans un système de quasi-contrats : l'expérience française », in L. VACCA (dir.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, 2003, p. 91, qui note que la responsabilité civile est davantage utilisée en ce cas « on englobe ainsi dans les dommages et intérêts délictuels le montant de l'enrichissement non causé du défendeur : la réparation du dommage inclut la restitution de l'avantage indûment acquis au détriment d'autrui ».

responsabilité civile peut être davantage utilisée pour restituer un gain que le quasi-contrat, pourtant fondé sur l'enrichissement injustifié ? Ce résultat est d'autant plus étrange qu'il va dans un sens où l'enrichissement injustifié, entendu comme source d'obligation (par l'intermédiaire de la catégorie des quasi-contrats), est privé de pratiquement tout intérêt. Il semble toutefois que ce résultat tient moins à l'essence de l'enrichissement injustifié, qu'au fait que ce concept n'a jamais véritablement été pensé en dehors de la catégorie du quasi-contrat. Le seul objectif qui lui a été assigné est de servir de fondement à une source qui en manquait cruellement, sans partir en premier lieu du concept même d'enrichissement injustifié.

14. Le quasi-contrat : un frein à l'épanouissement de l'enrichissement injustifié ? Face à ces paradoxes et aux faibles résultats apportés par la conception renouvelée du quasi-contrat, d'autres questions apparaissent. Plutôt que de rejeter la faute sur l'enrichissement injustifié, qui ne pourrait servir de fondement convenable, le tort ne viendrait-il pas plutôt du quasi-contrat ? Le rattachement de l'enrichissement injustifié au quasi-contrat n'a-t-il pas empêché le développement d'une source d'obligation réellement centrée sur l'enrichissement injustifié ? L'erreur initiale ne serait-elle pas davantage de vouloir conserver à tout prix cette catégorie romaine au détriment d'autres sources d'obligation ? Après tout, les mots ont un sens et sont porteurs d'une certaine symbolique⁶⁶. Il semble vain de penser que le quasi-contrat ne serait qu'une simple étiquette dont on pourrait librement changer le contenu ou le fondement, sans aucune conséquence sur le nouveau contenu ou le nouveau fondement. Le quasi-contrat implique par essence une analogie avec le contrat, sinon dans sa formation au moins dans ses effets. L'état du droit positif est en ce sens et montre que les juges ne se départissent pas facilement de cette logique « quasi-contractuelle »⁶⁷. Encore faut-il que le nouveau fondement, ici l'enrichissement injustifié soit compatible avec cette logique initiale, ce qui n'a rien d'évident. Par ailleurs, il serait sans doute plus intéressant de développer une source d'obligation qui présenterait une réelle spécificité, la restitution d'un enrichissement, plutôt que de conserver une source d'obligation, le quasi-contrat, dont la finalité exacte est contestée et le champ d'application incertain. Reste à déterminer s'il

⁶⁶ Comp. T. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* n°3, 2015, p. 625s., à propos des changements de terminologie en droit des contrats.

⁶⁷ Voir *infra* n° 246.

est possible de concevoir autrement l'enrichissement injustifié, indépendamment du quasi-contrat et quels résultats il serait possible d'en tirer.

15. L'apport du droit comparé. L'outil du droit comparé s'avère précieux pour prendre un peu de recul sur le droit national. L'enrichissement injustifié et le quasi-contrat n'échappent pas à la règle, même s'ils font rarement l'objet d'études comparatives, du moins en France⁶⁸. La comparaison apporte pourtant de réels éclaircissements sur le droit national et permet d'observer sous un regard neuf des solutions trop facilement perçues comme naturelles⁶⁹. Il n'est toutefois pas question de « copier » les règles d'un autre système juridique pour l'intégrer au droit français, ni de prôner une harmonisation, voire une unification des règles de droit, chaque système juridique présentant ses particularités. L'objectif est avant tout d'observer les différences et les similarités entre différents systèmes juridiques afin de mieux comprendre le droit national et de justifier ou infirmer les raisons ayant conduit à l'adoption des règles françaises. En plus d'une meilleure compréhension du droit français de l'enrichissement injustifié, la comparaison est également l'occasion de proposer certaines modifications ou corrections du droit français, afin d'obtenir un droit plus cohérent. Il faut toutefois préciser que ces améliorations ne résultent pas simplement de la prise en considération de règles de droit positif issues d'un autre système juridique. Elles résultent d'une réelle comparaison qui permet d'identifier aussi bien des difficultés résolues par un autre système juridique que des difficultés similaires rencontrées tant par le droit français que d'autres systèmes.

⁶⁸ Ce n'est pas le cas à l'étranger, où les comparaisons entre systèmes juridiques sont plus nombreuses sur ce sujet, voir par exemple J. BEATSON, E. SCHRAGE, *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, 2003; D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (dir.), *Unjustified Enrichment : Key Issues in*

Comparative Perspective, Cambridge University Press, 2002 ; J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, William S. Hein & Co., 1999. En particulier, il existe un réel dialogue entre le droit anglais et le droit allemand à ce sujet voir notamment les ouvrages de T. KREBS, *Restitution at the Crossroads : a Comparative Study*, Cavendish Publishing, 2001, G. DANNEMANN, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*, Oxford University Press, 2009. En France, à part l'article d'E. DESCHEEMAEKER, art. préc., il est possible de mentionner deux thèses qui adoptent une démarche comparative entre le droit français et le droit allemand sur le quasi-contrat d'enrichissement injustifié : D.-J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, T. 1 et T. 2, th. Paris II, 1978 ; G. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français. Analyse interne et vues comparatives*, th. Lille II, 1999.

⁶⁹ Sur les fonctions du droit comparé voir Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Cours Dalloz, 2009, n° 7s., l'auteur souligne ainsi que la principale fonction du droit comparé est la connaissance du droit, bien avant l'amélioration du droit national ou l'harmonisation des règles de droit entre différents systèmes juridiques, qui ne sont que des fonctions contingentes.

16. Les particularités liées à l'objet de l'étude. S'agissant des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié, l'une des principales difficultés de la comparaison tient au fait que tous les systèmes juridiques n'adoptent pas la même classification des sources d'obligation. Si à peu près tous les systèmes connaissent le contrat et disposent d'un équivalent de la responsabilité civile, les quasi-contrats sont en voie de disparition⁷⁰ ou non tout simplement jamais été adoptés dans certaines législations. En revanche, l'enrichissement injustifié apparaît bien plus souvent comme une source d'obligation autonome. Aussi, la comparaison de cette branche particulière du droit français se réalise par le prisme de l'enrichissement injustifié, plutôt que par celui du quasi-contrat, même s'il n'existe pas une exacte correspondance entre les quasi-contrats français et l'enrichissement injustifié adopté dans d'autres systèmes juridiques. Il semble que la plupart des systèmes juridiques répugnent à reconnaître une catégorie aussi large que les quasi-contrats, du moins dans sa version de 1804, où ils étaient simplement définis comme des « faits purement volontaires de l'homme »⁷¹.

Outre l'objet d'étude qui peut être plus difficile à cerner, l'enrichissement injustifié présente également une autre particularité. S'il est d'usage de classer les différents systèmes juridiques en différentes « familles »⁷², cette division n'est sans doute pas la plus pertinente pour l'enrichissement injustifié. En particulier, la distinction entre la famille romano-germanique, regroupant notamment le droit français et le droit allemand, et la famille des pays de *common law* est à nuancer. Il apparaît qu'il existe une plus grande proximité sur ce terrain entre le droit allemand et le droit anglais qu'entre le droit allemand et le droit français, pourtant issus de la même tradition juridique⁷³. Une première explication tient sans doute au fait que l'enrichissement injustifié ne trouve pas ses origines dans le droit romain, si bien que ce dernier ne peut fournir un modèle ou une base commune à des systèmes juridiques issus de la tradition romaine⁷⁴.

⁷⁰ Sur ce point voir notamment J.-S. BORGHETTI, « Article 1300 : les quasi-contrats », *RDC* n° 3, p. 792s., il faut noter que d'autres systèmes tels que le droit québécois, italien et néerlandais, qui ont tous connu les quasi-contrats, ont tous fini par abandonner cette catégorie.

⁷¹ Ancien article 1371 du Code civil.

⁷² À ce sujet voir notamment R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORE, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12^e éd., Précis Dalloz, 2016, n° 16s.

⁷³ Sur les rapprochements entre le droit anglais et le droit allemand voir notamment G. DANNEMANN, *op. cit.*, p. 162s.

⁷⁴ Sur l'historique voir *infra* n° 28s.

17. Le choix du droit anglais et du droit allemand. En matière d'enrichissement injustifié, deux systèmes juridiques retiennent plus particulièrement l'attention : le droit allemand et le droit anglais. Le droit allemand vient assez rapidement à l'esprit⁷⁵, car il s'agit de l'un des premiers systèmes juridiques à avoir consacré l'enrichissement injustifié comme source d'obligation, sans le truchement des quasi-contrats⁷⁶. La comparaison avec le droit anglais peut sans doute apparaître plus surprenante aux premiers abords, mais l'histoire du droit anglais de l'enrichissement injustifié révèle une évolution particulièrement intéressante. Contrairement au droit allemand qui n'a pas retenu dans le BGB le quasi-contrat comme une source d'obligation, le droit anglais est d'abord passé par les quasi-contrats (*quasi-contracts*) avant de reconnaître une source autonome d'obligation fondée sur l'enrichissement injustifié (*unjust enrichment*), se rapprochant ainsi davantage du droit allemand. Il faut toutefois noter que si les juristes anglais ont repris à leur compte le terme de *quasi-contract*, ce dernier a peu à voir avec les quasi-contrats romains, en particulier dans son contenu⁷⁷. Le droit anglais ne puisant pas son inspiration dans le droit romain, les juristes anglais sont avant tout partis de leurs propres cas pour ensuite reprendre cette qualification romaine. Au regard de l'évolution de cette source d'obligation et des développements particulièrement fulgurant de l'*unjust enrichment* ces deux dernières décennies, de plus amples développements seront consacrés au droit anglais⁷⁸. En outre, le rôle historique du droit allemand en ce domaine invite à consacrer quelques développements à la manière dont le droit allemand conçoit l'enrichissement injustifié⁷⁹.

18. Le droit anglais : des *quasi-contracts* à l'*unjust enrichment*. De manière sans doute inattendue, le droit anglais de l'*unjust enrichment* a connu une évolution qui peut rappeler celle du droit français. Comme le droit français, les juristes anglais ont admis pendant une brève période (qui culmina surtout dans les années 1920-1960) que tout

⁷⁵ Les thèses sur l'enrichissement injustifié qui adoptent un point de vue de droit comparé le font d'ailleurs généralement avec le droit allemand, voir D.-J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, th. préc. ; G. FILIOS, th. préc.

⁷⁶ C. VON BAR, S. SWANN (dir.), *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2010, n°20, p.101.

⁷⁷ Voir *infra* n° 79s. Il faut cependant noter que si le droit anglais n'est pas un droit de tradition romaine, le raisonnement des juristes anglais, en particulier avant le XIX^e, n'est pas sans rappeler celui des juristes romains. À l'instar de ces derniers, les juristes anglais avaient l'habitude de raisonner en termes de procédures plutôt que de droits avant les réformes du XIX^e, voir *infra* n° 72.

⁷⁸ Sur le droit anglais voir *infra* n° 70s.

⁷⁹ Sur le droit allemand, voir *infra* n° 55s.

quasi-contract est fondé sur l'idée de restitution d'un enrichissement injustifié⁸⁰. Cependant, les rapports entre les *quasi-contracts* et le fondement de l'enrichissement injustifié sont quelques peu inversés par rapport au droit français. En droit français, la jurisprudence a d'abord consacré une action générale d'enrichissement sans cause, dans l'arrêt *Boudier*, sur le seul fondement de l'équité. Ce n'est que par la suite que cette action a été rattachée aux quasi-contrats, ces derniers ayant ensuite été plus généralement associés à l'idée d'enrichissement injustifié. En droit anglais, l'existence d'une source d'obligation autonome fondée sur l'enrichissement injustifié (*unjust enrichment*) n'a été reconnue que par une décision de la *House of Lords* de 1991⁸¹. Avant de parvenir à la création de cette source d'obligation, le droit anglais est d'abord passé par les *quasi-contracts* pour remédier à des hypothèses ponctuelles où le défendeur devait restituer une somme d'argent, un autre bien ou la valeur d'un service au demandeur⁸². La doctrine anglaise a alors estimé que le fondement de ces *quasi-contracts* était l'idée plus générale selon laquelle « nul ne devait s'enrichir au détriment d'autrui ». En approfondissant ce fondement, la doctrine a progressivement développé une source d'obligation fondée sur cette idée, de telle manière que la courroie des *quasi-contracts* est devenue de moins en moins nécessaire. Les *quasi-contracts* ont ainsi été officiellement abandonnés peu de temps après la reconnaissance formelle de l'*unjust enrichment* en 1991⁸³.

19. Les intérêts particuliers du droit anglais. La comparaison avec le droit anglais présente au moins deux intérêts particuliers. Le premier tient à l'influence de la catégorie de quasi-contrat dans la manière d'appréhender l'enrichissement injustifié. Puisque tant les droits français qu'anglais sont parvenus, à un moment donné, à la même conclusion, à savoir que tout quasi-contrat est fondé sur l'idée d'enrichissement injustifié, il est particulièrement intéressant de comparer le contenu préexistant des quasi-contrats pour mesurer son incidence dans l'élaboration de l'enrichissement injustifié. En dépit d'une conclusion identique, les *quasi-contracts* anglais n'ont en réalité pas le même contenu que les quasi-contrats français, la différence la plus notable étant l'absence de gestion d'affaires en droit anglais. Cette différence de contenu explique en grande partie les différences substantielles qui existent aujourd'hui entre le droit anglais et le droit

⁸⁰ Sur l'évolution du droit anglais voir *infra* n° 71s.

⁸¹ *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, (1991) 2 AC 548.

⁸² Sur l'évolution du droit anglais, voir *infra* n° 71s.

⁸³ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*, (1996) 2 WLR 802.

français. Le second intérêt de la comparaison ne tient pas simplement à l'abandon des *quasi-contracts* en droit anglais, mais surtout aux raisons qui ont justifié cet abandon. Le simple fait qu'un autre système juridique renonce à une catégorie n'est pas en soi un argument en faveur de sa suppression en droit français. En revanche, une analyse plus poussée sur les raisons qui ont présidé à la suppression des *quasi-contracts* peut inviter à une nouvelle réflexion en droit français.

20. Les points communs des droits allemand et anglais (1). – Une structure unitaire.

Outre le fait que les droits anglais et allemand ont dorénavant pour point commun d'avoir une source autonome d'enrichissement injustifié, les deux systèmes présentent plusieurs similarités qui tranchent avec le droit français. La structure de l'enrichissement injustifié est bien plus unitaire et n'est pas éclatée en diverses actions ou quasi-contracts. Le droit allemand dispose d'un corps de règles spécifiquement consacré à l'enrichissement injustifié au titre 26 du Livre II du BGB et a initialement fait le choix d'adopter une clause générale au § 812 du BGB⁸⁴, même si cette clause a depuis fait l'objet de subdivisions par la jurisprudence et la doctrine⁸⁵. Le droit anglais a également opté pour une approche unitaire de l'*unjust enrichment*, avec un corps de règles unique. La seule différence tient à la condition d'absence de justification. Le droit anglais n'a, en effet, pas adopté une condition générale d'absence de justification, mais établi une liste de cas où l'enrichissement est considéré comme injuste par le droit (les *unjust factors*), comme, par exemple, en cas d'erreur (*mistake*), de contrainte (*duress*) ou de disparition de la raison justifiant le transfert (*failure of consideration*)⁸⁶.

21. Les points communs des droits allemand et anglais (2). – L'importance de l'enrichissement. Les deux systèmes accordent également une grande importance à la condition d'enrichissement, qui est la seule mesure prise en considération, aucun n'exigeant une condition d'appauvrissement. Cette importance accordée à

⁸⁴ Le § 812 du *BGB* dispose : « Celui qui sans justification juridique a reçu quelque chose qu'une personne par prestation ou d'une autre manière aux dépens de celle-ci est tenu de lui en faire restitution. Cette obligation existe également lorsque le fondement juridique disparaît ou que la prestation n'a pas produit l'effet qu'avait pour but le contenu de l'acte juridique » (trad. (G.) LARDEUX, R. LEGAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Juriscope, Dalloz, 2010).

⁸⁵ Voir *infra* n° 56s.

⁸⁶ Sur les *unjust factors* voir *infra* n° 105s. Cette différence explique d'ailleurs le terme d'*unjust enrichment* soit littéralement enrichissement injuste, puisqu'il est nécessaire d'établir une raison « positive » rendant l'enrichissement injuste et non simplement de démontrer que l'enrichissement ne repose sur aucun fondement juridique.

l'enrichissement n'est pas étrangère au cas de départ choisi par les deux systèmes pour construire l'enrichissement injustifié. Le « cas typique » d'enrichissement injustifié pour un juriste allemand et anglais ne correspondrait pas, en France, au quasi-contrat d'enrichissement injustifié, mais à la répétition de l'indu et plus particulièrement au cas de paiement réalisé par erreur⁸⁷. Autrement dit, le cœur de l'enrichissement injustifié est caractérisé par une hypothèse où le demandeur a transféré une somme d'argent ou un autre bien et non un cas où une prestation de service a été octroyée au défendeur. Même si le droit anglais comme le droit allemand admettent parfaitement qu'une prestation de service constitue en soi un enrichissement, les cas d'enrichissement par service sont plus secondaires dans ces deux systèmes et, surtout, ce n'est pas à partir de ces cas que l'enrichissement injustifié s'est construit. En raison de ce point de départ et, comme pour la répétition de l'indu en droit français, il n'existe pas de règle de subsidiarité comparable à celle que le droit français retient pour le quasi-contrat d'enrichissement injustifié. Le demandeur est donc par principe libre de choisir l'action la plus favorable en cas de concours d'actions. En revanche, s'il n'existe pas de règle de subsidiarité, tant les droits allemand qu'anglais, interdisent par principe au demandeur d'agir contre celui qui aurait indirectement reçu l'enrichissement des mains d'une première personne.

22. La singularité du modèle français de l'enrichissement injustifié (1). – L'origine du quasi-contrat d'enrichissement injustifié. Ce bref tour d'horizon du droit allemand et du droit anglais laisse une première impression étrange, l'impression que le droit français de l'enrichissement injustifié connaît un certain « décalage ». L'exigence d'un appauvrissement n'apparaît plus aussi évidente et la règle du double-plafond devient troublante. À en croire l'intitulé du Code civil, la principale action d'enrichissement injustifié en droit français est pourtant incarnée par le quasi-contrat du même nom. Or, ce quasi-contrat s'applique essentiellement à deux hypothèses : les cas d'enrichissements par service et les cas d'enrichissements indirects, c'est-à-dire lorsque l'enrichissement a d'abord transité dans le patrimoine d'un tiers avant d'arriver dans le patrimoine du défendeur⁸⁸. Ce champ d'application distinct peut s'expliquer par l'origine de ce quasi-contrat. Avant sa consécration par l'arrêt *Boudier*, la jurisprudence est passée

⁸⁷ En ce sens voir E. DESCHEEMAER, « The New French Law of Unjustified Enrichment », *RLR*, Vol. 25 (2017), p. 77s., spéc. p. 78 ; plus particulièrement en droit anglais voir P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Clarendon Law Series, 2005, p. 3.

⁸⁸ En ce sens voir E. DESCHEEMAER, « The New French Law of Unjustified Enrichment », art. préc.

par le canal de la gestion d'affaires, pour régler des cas où le demandeur a procuré un avantage à autrui, en intervenant dans ses affaires, sans intention de gérer. Cette hypothèse fut à l'époque qualifiée de gestion d'affaires anormale ou intéressée, car en principe la gestion d'affaires suppose une intention altruiste de la part du gérant⁸⁹. Cette solution était alors justifiée par la plupart des auteurs selon la maxime que « nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui »⁹⁰, alors que cette maxime ne disposait d'aucun sens technique à l'époque et que l'enrichissement injustifié n'était pas encore un concept bien connu.

Cette origine du quasi-contrat d'enrichissement injustifié suscite rapidement l'étonnement et de nombreuses interrogations : si la répétition de l'indu est systématiquement associée à l'idée d'enrichissement injustifié dans tous les systèmes juridiques étudiés, pourquoi le droit français n'est-il pas passé par la répétition de l'indu, avant l'arrêt *Boudier*, plutôt que par la gestion d'affaires ? Comment s'est réellement construit le régime du quasi-contrat d'enrichissement injustifié et comment expliquer l'importance de l'appauvrissement ? Et si ce quasi-contrat était bien plus proche de la gestion d'affaires qu'il ne le serait de la répétition de l'indu, contrairement à ce qui est souvent affirmé dans la plupart des manuels⁹¹ ? La gestion d'affaires peut-elle véritablement être appréhendée comme un cas particulier d'enrichissement injustifié ? La réponse à ces questions, rarement soulevées, apporte pourtant de précieux renseignements sur la particularité du modèle français de l'enrichissement injustifié.

23. La singularité du modèle français de l'enrichissement injustifié (2). – Les liens avec la catégorie de quasi-contrat. Si l'origine du quasi-contrat d'enrichissement injustifié soulève bien des interrogations, elle apporte néanmoins une première explication sur un autre particularisme français : le fait d'appréhender, de manière générale, la gestion d'affaires comme un cas particulier d'enrichissement injustifié. Contrairement à la répétition de l'indu, qui est systématiquement associé à l'idée d'enrichissement

⁸⁹ Pour une synthèse sur la gestion d'affaires anormale voir F. CHENEDE, « Joseph-Émile Labbé, l'enrichissement sans cause », *RDC* n°3, 2011, p.1005s., spéc. n°9 ; pour une analyse de la gestion d'affaires anormal voir la thèse de R. BOUT, *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, préf. P. KAYSER, th. Aix-Marseille, L.G.D.J., 1972).

⁹⁰ Cela à la suite de Pothier (voir *infra* n°224), notamment Labbé invoqua cette justification, voir F. CHENEDE, « Joseph-Émile Labbé, l'enrichissement sans cause », art. préc., et ce à une époque où cette maxime n'a pas encore un sens technique et n'est qu'un vague principe du droit.

⁹¹ En ce sens voir notamment : F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, P.U.F., 2014, p. 423 où les auteurs estiment que « la répétition de l'indu n'est qu'une variété d'enrichissement sans cause » ; P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, n°851.

injustifié, les systèmes juridiques qui connaissent également la gestion d'affaires la dissocient généralement de l'enrichissement injustifié, à l'instar du droit allemand⁹². Or, cette inclusion de la gestion d'affaires au sein de l'enrichissement injustifié est cruciale pour que l'enrichissement injustifié devienne le fondement du quasi-contrat. La gestion d'affaires est, en effet, le quasi-contrat par essence⁹³ en droit français. Aussi, l'absence de concordance entre enrichissement injustifié et gestion d'affaires disqualifierait automatiquement le premier comme fondement de la catégorie du quasi-contrat. Pour ceux qui souhaitent absolument trouver un fondement cohérent aux quasi-contrats, l'enrichissement injustifié doit absolument être conçu de manière à intégrer la gestion d'affaires. Ce qui n'était alors qu'une intuition de départ (le quasi-contrat aurait-il freiné le développement d'une véritable source d'enrichissement injustifié ?) se mue en conviction. Le droit français n'est certes pas le seul à être parvenu à la conclusion que tout quasi-contrat repose sur l'enrichissement injustifié. Il est toutefois l'un des seuls systèmes à maintenir coûte que coûte cette conception et à avoir forgé le concept d'enrichissement injustifié à partir des quasi-contrats et surtout celui de la gestion d'affaires.

24. L'incompatibilité entre enrichissement injustifié et quasi-contrat. Tout l'objectif de cette thèse est de démontrer que la conception renouvelée du quasi-contrat autour de l'idée d'enrichissement injustifié a été le principal obstacle au développement d'une source d'obligation véritablement consacrée à l'enrichissement injustifié. Au vrai, il est même possible d'affirmer que le droit français ne connaît pas véritablement de concept d'enrichissement injustifié, du moins pas en dehors de la répétition de l'indu. Ce constat est particulièrement regrettable, car l'enrichissement injustifié présente un potentiel et une spécificité qui en font une source d'obligation bien plus attractive et utile que les quasi-contrats, aux contours incertains. La spécificité de l'enrichissement injustifié, qui est de se concentrer sur un enrichissement reçu par le défendeur, suppose néanmoins que cette source d'obligation soit soigneusement distinguée de la gestion d'affaires, dont la logique compensatoire n'est pas compatible avec l'objectif poursuivi par

⁹² Voir *infra* n° 65s., le droit allemand n'appréhende pas la gestion d'affaires comme un cas particulier d'enrichissement injustifié, mais comme une source autonome d'obligation. C'est également la solution adoptée par les *Principles of European Law* qui adoptent deux ouvrages distincts pour les deux sources d'obligation (C. VON BAR (ed.), *Principles of European Law, Benevolent Intervention in Another's affairs*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2006 ; C. VON BAR, S. SWANN (ed.), *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2010).

⁹³ En ce sens voir notamment F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p. 423-424.

l'enrichissement injustifié. L'enrichissement injustifié ne peut donc être le fondement de la catégorie du quasi-contrat et le quasi-contrat d'enrichissement injustifié ne mérite probablement pas sa qualification et présente de nombreuses incohérences. Le tort du droit français est de ne pas être parti de la répétition de l'indu pour concevoir une véritable source d'enrichissement injustifié. Il est toutefois possible de sortir de cette impasse en prenant appui sur l'expérience d'autres systèmes juridiques, tout particulièrement l'expérience anglaise. Les récents développements mais aussi les errements et les difficultés rencontrés par le droit anglais de l'*unjust enrichment* sont autant de ressources précieuses pour construire une véritable source d'enrichissement injustifié. Il faut donc partir de l'état du droit positif pour démontrer, avec l'aide du droit comparé, que les quasi-contrats ont eu des effets néfastes sur l'enrichissement injustifié (Partie I), avant de proposer une nouvelle conception de l'enrichissement injustifié (Partie II).

Partie I : Le quasi-contrat ou l'absence d'autonomie de l'enrichissement injustifié

25. Une source d'obligation de second rang à l'évolution chaotique. L'état actuel du droit français pourrait laisser penser que les quasi-contrats sont finalement parvenus à un point d'équilibre. Même si le droit romain n'a jamais entendu associer les quasi-contrats à l'idée d'enrichissement injustifié, une comparaison des deux quasi-contrats du Code de 1804 (gestion d'affaires et répétition de l'indu) démontrerait que l'idée d'enrichissement injustifié serait sous-jacente à tout quasi-contrat. L'étiquette romaine serait maintenue, mais le contenu serait transformé en ne conservant que les quasi-contrats qui répondraient à l'idée d'enrichissement injustifié (la gestion d'affaires et la répétition de l'indu), auquel s'ajoute l'action d'enrichissement injustifié issue du célèbre arrêt *Boudier* et désormais codifiée aux articles 1303 à 1303-4 du Code civil. Ce mélange entre attachement à la tradition romaine et volonté de modernisation n'est malheureusement pas un succès et explique bien des difficultés actuelles. Un retour sur l'évolution des quasi-contrats et de l'enrichissement montre, à rebours de certaines idées reçues, que les relations entre ces deux notions sont loin d'être naturelles et qu'elles sont parfois le fruit de certaines confusions ou de mauvaises appréhensions d'actions romaines, telles que l'action *de in rem verso*. Il n'est en réalité guère possible de se contenter d'un maintien artificiel de la tradition, l'étiquette des quasi-contrats ayant nécessairement une influence sur le contenu, à savoir l'enrichissement injustifié. Tout l'objectif est ici de démontrer que cette influence s'est réalisée au détriment de l'enrichissement injustifié, entendu comme une source d'obligation. Les liens qui ont ainsi pu se nouer entre l'enrichissement injustifié et les quasi-contrats, au point de faire de l'enrichissement injustifié le fondement des quasi-contrats, s'expliquent avant tout pour des raisons accidentelles et non substantielles. L'enrichissement injustifié, en tant que source d'obligations, ne s'étant véritablement développé qu'à partir de la seconde moitié du XIX^e, soit après le Code de 1804, il a donc fallu trouver un point d'ancrage parmi les sources préexistantes, avant même que l'enrichissement injustifié ne soit véritablement conceptualisé. À partir de cet ancrage, l'objectif a été de trouver à tout prix un fondement permettant de justifier *a posteriori* la catégorie de quasi-contrat. Le raisonnement s'est alors inversé. Plutôt que de partir de l'enrichissement injustifié, d'étudier ses caractéristiques propres et de se demander si ces caractéristiques correspondent aux quasi-contrats initiaux du Code civil, l'enrichissement injustifié a été élaboré à partir de la catégorie de quasi-

contrat, pour pouvoir servir de fondement à ce dernier. Cette méthode aurait pu fonctionner si les deux quasi-contrats originels du Code présentaient la même logique et servaient une finalité commune, mais ce n'est pas le cas. La gestion d'affaires vise essentiellement à faire peser le poids d'une dépense sur la personne qui aurait normalement dû l'assumer (le maître de l'affaire), tandis que la répétition de l'indu a fondamentalement pour objectif de restituer, en valeur, un bien à celui qui s'en est dépossédé involontairement (le *solvens*). La gestion d'affaires ne s'applique qu'en cas de service rendu au maître, par le gérant, alors que la répétition de l'indu ne se conçoit véritablement que pour le transfert d'un bien (monétaire ou en nature). Cette différence entre l'octroi d'un service et le transfert d'un bien se perçoit malheureusement mal à travers la catégorie de quasi-contrats, qui réunit sous une même source ces deux hypothèses. En fondant malgré tous les quasi-contrats sur l'enrichissement injustifié, le droit français a déformé l'idée d'enrichissement injustifié, empêchant par là même son développement comme véritable source d'obligation. Le droit français n'est certes pas le seul système juridique à être parvenu à la conclusion que l'enrichissement injustifié est le fondement des quasi-contrats, le droit anglais ayant brièvement connu cet état ; mais le point commun de ces systèmes est précisément d'avoir (ou d'avoir eu) un droit de l'enrichissement injustifié relativement marginal et peu étudié. D'ailleurs, le droit anglais de l'*unjust enrichment* ne s'est véritablement développé qu'à partir du moment où cette source d'obligation s'est totalement détachée des *quasi-contracts*, qui ont été purement et simplement abandonnés. Ce développement fulgurant de l'*unjust enrichment* n'est pas un hasard et doit beaucoup à son détachement des quasi-contrats. Pour mieux se convaincre des effets néfastes du maintien des quasi-contrats sur l'enrichissement injustifié, il est intéressant de revenir sur les origines de l'enrichissement injustifié et des quasi-contrats, ainsi que sur l'évolution de leurs relations. Un retour sur l'expérience anglaise, qui a tout à la fois connu une période où les *quasi-contracts* étaient fondés sur l'enrichissement injustifié et dorénavant une période où l'*unjust enrichment* constitue une source autonome, est particulièrement instructif et permet d'apporter des éclairages sur l'état actuel du droit français. Aussi, pour mieux comprendre l'état du droit positif en France, il est nécessaire de s'attarder d'abord sur l'évolution historique et la comparaison avec le système anglais (Titre I), qui fournissent des explications sur les incohérences et faiblesses du droit positif français (Titre II).

Titre I : Analyse historique et comparative des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié

26. Les liens ambigus entre quasi-contrats et enrichissement injustifié. L'histoire des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié est bien plus complexe qu'il y paraît et montre surtout que l'enrichissement injustifié n'est devenu que tardivement le fondement des quasi-contrats. Si, depuis la thèse de Vizioz, la notion de quasi-contrats est connue⁹⁴, la thèse de Vizioz s'est surtout attachée à la manière dont les juristes romains appréhendaient cette notion, notamment pour montrer à quel point il est dangereux, en droit positif, de s'appuyer sur cette catégorie pour en faire une source autonome d'obligation⁹⁵. En revanche, les relations entre les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié sont peu étudiées⁹⁶, tout simplement parce qu'à l'époque où Vizioz a publié sa thèse (en 1912), très peu d'auteurs estimaient que l'enrichissement injustifié pouvait servir de nouveau fondement aux quasi-contrats, à l'exception notable de Planiol. C'est pourtant cet aspect qui est, à l'heure actuelle, le plus intéressant, car l'affirmation, selon laquelle l'enrichissement injustifié serait le fondement des quasi-contrats, est aujourd'hui particulièrement répandue. L'objectif de cette thèse n'est pas tant de démontrer qu'historiquement les quasi-contrats n'ont jamais été conçus comme un moyen de restituer un enrichissement injustifié ; d'une part, parce que la thèse de Vizioz, en développant les origines de la notion de quasi-contrat, le montre parfaitement et, d'autre part, parce que ce seul argument n'est pas en soi de nature à invalider l'affirmation actuelle⁹⁷. L'objectif est surtout de démontrer que l'enrichissement injustifié ne peut pas et ne devrait pas être le fondement des quasi-contrats et que la catégorie des quasi-contrats est une des raisons qui explique le faible développement de l'enrichissement injustifié en droit français. Pour parvenir à cette démonstration, la première étape consiste à revenir sur les origines de l'enrichissement injustifié et les liens qui se sont progressivement tissés avec les quasi-contrats. Cette évolution permet d'éclairer un certain

⁹⁴ Tout particulièrement sa diatribe contre la notion de quasi-contrat, qui serait inutile, dangereuse et fautive : H. VIZIOZ, « La notion de quasi-contrat : étude historique et critique », th. Bordeaux, 1912, n°75.

⁹⁵ La thèse de Vizioz est en effet divisée en trois parties, recouvrant chacune trois périodes différentes (l'époque romaine, la période de l'ancien droit et la période moderne), mais les principaux développements sont consacrés à la période romaine et sur les conséquences du maintien de cette catégorie en droit moderne.

⁹⁶ Il y a certes quelques paragraphes dans sa thèse sur « l'enrichissement sans cause comme fondement des obligations quasi-contractuelles » (H. VIZIOZ, th. préc., n°69-71), mais ce n'est qu'en réaction à la théorie de Planiol, cette idée n'étant pas encore pleinement acceptée à l'époque, à l'exception de Planiol.

⁹⁷ Même s'il faut avouer que nous ne voyons pas l'intérêt de maintenir artificiellement la catégorie romaine de quasi-contrat si c'est pour lui donner un sens totalement différent de son sens originel, cela pourrait même être trompeur.

nombre d'incertitudes et d'incohérences actuelles, et surtout elle permet de comprendre également pourquoi la catégorie de quasi-contrat est un bien mauvais point d'ancrage pour l'enrichissement injustifié. Sur ce point, le droit anglais offre également une illustration particulièrement intéressante, car il permet à la fois de montrer les artifices de la catégorie des quasi-contrats et des dommages qu'elle peut causer sur l'enrichissement injustifié, et il montre également les évolutions positives qu'il est possible d'espérer une fois que cette catégorie est abandonnée. Ainsi, si les origines des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié apportent déjà un aperçu sur les dangers du recours aux quasi-contrats (Sous-titre I), l'exemple du droit anglais démontre que l'autonomie de l'enrichissement injustifié passe par l'abandon des quasi-contrats (Sous-titre II).

Sous-Titre I : Aux origines des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié

27. Deux catégories distinctes. La relation aujourd'hui établie entre les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié n'a rien de naturel et repose sur de nombreux anachronismes. Pendant bien longtemps ces deux catégories ont évolué séparément, l'enrichissement injustifié ayant été conçu comme une catégorie autonome par rapport aux quasi-contrats. La date de naissance de ces deux catégories diffère également profondément. Alors que les quasi-contrats trouvent bel et bien leurs origines en droit romain, l'enrichissement injustifié ne fera sa réelle apparition, en tant que source d'obligation, qu'avec l'École du droit naturel et sans aucune référence aux quasi-contrats. Ces anachronismes n'auraient guère été gênant s'ils n'avaient pas eu une influence néfaste sur le contenu de l'enrichissement injustifié. C'est parce que les quasi-contrats reposent sur l'enrichissement injustifié que le droit français analyse aujourd'hui la gestion d'affaires comme un cas particulier d'enrichissement injustifié⁹⁸. Une telle conclusion ne va pourtant absolument pas de soi et d'autres systèmes juridiques, à l'instar du droit allemand, pourtant influencés par la tradition romaine, distinguent soigneusement ces deux figures, notamment parce qu'ils ont abandonné la vieille catégorie des quasi-contrats. Pour mieux comprendre ces différences et les raisons de l'impasse actuelle, il est nécessaire d'analyser brièvement la manière dont ces deux catégories ont été appréhendé par le droit romain (Chapitre I) ainsi que la façon dont elles ont initialement été reçues par les droits de tradition civiliste (Chapitre II).

Chapitre I : Les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié en droit romain

28. L'inexistence de l'enrichissement injustifié. En dépit de la célèbre expression « *Neminem cum alterius detrimento fieri locupletoriam* »⁹⁹, il semble que les juristes romains n'aient jamais élaboré de source d'obligation autour de cette idée. Bien évidemment, cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existait aucun moyen de sanctionner un enrichissement perçu comme illégitime. Seulement ces différents moyens n'étaient pas rassemblés autour

⁹⁸ Voir *infra* n°223s. C'est l'une des raisons de l'incohérence viscérale de l'enrichissement injustifié en droit français.

⁹⁹ Nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui.

d'une catégorie cohérente et ne se limitaient absolument pas aux quasi-contrats. S'agissant des quasi-contrats, il n'a jamais été question d'en faire une catégorie cohérente, cette source d'obligation n'étant que le résultat de l'évolution de la classification des sources d'obligation. Au fur et à mesure que la définition de contrat s'affinait, il a été nécessaire de rassembler les anciens cas, qui ne correspondaient plus à la nouvelle définition, au sein d'une nouvelle catégorie : les quasi-contrats. Il faut donc bien distinguer cette source particulière d'obligation (Section I) des moyens ponctuels utilisés par le droit romain pour répondre à un enrichissement perçu comme inéquitable (Section II).

Section I : Les quasi-contrats, une catégorie d'inclassable

29. Les quasi-contrats, des anciens contrats. L'histoire du quasi-contrat est relativement connue, en particulier depuis les travaux de Vizioz. Produit de nombreuses déformations par les compilations justiniennes, il ne serait le résultat que d'un compromis entre la tradition (classification binaire entre contrats et délits) et l'évolution de la définition de contrat, sans que cette évolution ne soit très nette¹⁰⁰. En effet le resserrement de la définition de contrat autour de l'accord de volontés a chassé de la catégorie contractuelle de nombreux cas, tels que la répétition de l'indu¹⁰¹. Néanmoins pour expliquer les effets de la répétition de l'indu (sanctionnée par la *condictio indebiti*), Gaius faisait une analogie avec le prêt (*mutuum*), l'indu créant une obligation comme s'il y avait eu un *mutuum* entre le créancier et le débiteur. Il s'agissait toutefois d'une simple analogie, Gaius ne concevant pas les quasi-contrats comme une source d'obligation autonome¹⁰². Justinien reprit l'expression et en fit une quatrième source d'obligations, aux côtés du contrat, du délit et du quasi-délit. Mais il ne définit jamais positivement le quasi-contrat qui ne rassemble que des obligations n'étant ni contractuelles ni délictuelles¹⁰³. En dépit de cette définition négative, Justinien ne retint, dans ses Institutes, que cinq quasi-contrats : la gestion d'affaires, les obligations naissant de

¹⁰⁰ H. VIZIOZ, *op. cit.*, n°24, p.93-95.

¹⁰¹ Pour une évolution sur la notion de contrat et l'exigence d'un accord de volontés voir notamment D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., Economica, p.118 s., spéc. p.120. Voir également E. DESCHEEMAEKER, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.* 2013.1s., spéc. p. 8-9, qui explique bien que le terme contrat ne désignait, dans un premier temps, que « les causes licites d'obligations, à savoir les négoce juridiques (*negotia*), que ces négoce comprennent ou non un élément de consentement des parties (*conventio*) (...) ce n'est que graduellement que l'élément de *conventio* serait, de typique, devenu nécessaire, éjectant de manière mécanique les obligations, anciennement contractuelles dans lesquelles aucun élément de consensus ne pouvait être trouvé ».

¹⁰²H. VIZIOZ, *op. cit.*, n°10, et D. DEROUSSIN, *op. cit.*, p.79.

¹⁰³*Ibid.*, n°27 p.110-111.

la tutelle, la *condictio indebiti*, l'obligation pour les héritiers de payer les legs et l'indivision¹⁰⁴.

Étonnamment cette liste n'évoluera que très peu jusqu'au XIX^e, la catégorie quasi-contractuelle restant ainsi très limitée malgré sa définition particulièrement accueillante¹⁰⁵. Cette limitation peut néanmoins se comprendre par les origines des quasi-contrats. Cette catégorie ne se concevait en réalité que par référence au passé. Le seul point commun de ces quasi-contrats étaient qu'ils étaient autrefois classés dans la catégorie des contrats, lorsque ces derniers s'opposaient aux délits par leur caractère licite. Cette catégorie d'orphelins, regroupant des cas qui ne pouvaient plus être qualifiés de contrats (faute de consentement) ni de délits (en l'absence de caractère illicite), a semble-t-il laissé perplexe Justinien. En effet, selon le doyen Vizioz, ce terme de *quasi ex contractu* ne se retrouve expressément employé qu'une seule fois dans le Digeste¹⁰⁶, alors qu'il existe d'autres fragments s'en tenant encore à la classification binaire contrat/délits¹⁰⁷.

30. L'adage « Nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui », une simple maxime du droit.

En droit romain, aucun lien n'est établi entre les quasi-contrats et ce qui pourrait être aujourd'hui qualifié d'enrichissement injustifié. Certes l'adage « Nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui » trouve son origine en droit romain et est attribuée à Pomponius. Mais cet adage n'était qu'une simple maxime d'équité qui ne se limitait absolument pas aux

¹⁰⁴ H. VIZIOZ, *op. cit.*, n°1 p.2 ; *Les Institutes ou éléments de l'Empereur Justinien* (trad. Hulot), Livre 3, Titre 28, « Des obligations qui descendent d'un quasi-contrat », p.191-193.

¹⁰⁵ *Ibid.* La largesse de la définition pourrait paradoxalement expliquer en partie le rejet du quasi-contrat en raison des dérives potentielles et de la suspicion que peut éveiller l'absence de cohérence de la catégorie.

¹⁰⁶ H. VIZIOZ, *op. cit.*, n°2 ; D.44.7.5.1 à propos de la tutelle « Ceux qui sont obligés en conséquence de l'administration d'une tutelle ne sont point proprement obligés en vertu d'un contrat; car il n'y a point eu de convention entre le tuteur et le pupille. Mais, comme on ne peut pas dire aussi qu'ils soient obligés en vertu d'un délit, leur obligation descend d'un quasi-contrat » (traduction Hulot). Bien entendu on retrouve l'expression « ni contrat ni délit » mais jamais l'expression *quasi ex contractu* que ce soit pour la *condictio indebiti* ou le *negotiorum gestio*.

¹⁰⁷ Par exemple dans le même livre et le même titre (consacré aux obligations et actions) on peut retrouver ce fragment d'Ulpien (III^e siècle ap. J.-C., soit après Gaius) « Les actions descendent ou d'un contrat ou d'un délit, ou elles sont expositives du fait » (D.44.7.25.1, trad. Hulot), par actions « expositives du fait » Ulpien cite l'exemple du patron agissant contre son affranchi lorsque ce dernier l'a assigné en justice sans permission du préteur.

quasi-contrats¹⁰⁸. On ne le retrouve d'ailleurs cité qu'à deux endroits dans le Digeste¹⁰⁹. La première citation est située dans un titre consacré à la *condictio indebiti*¹¹⁰. Quant à la seconde citation, elle est localisée dans le dernier livre du Digeste, au dernier titre consacré à l'explication des règles du droit ancien¹¹¹. L'adage n'est pas repris s'agissant des autres quasi-contrats et il n'en est notamment fait aucune mention dans le titre consacré à la gestion d'affaires¹¹². Deux raisons au moins peuvent être invoquées pour expliquer l'absence de rattachement de l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats. D'une part, la définition négative du quasi-contrat et son caractère purement résiduel démontrent l'absence de volonté de trouver la moindre cohérence à cette quatrième source d'obligations. D'autre part, l'enrichissement injustifié est un concept inexistant à cette époque et il n'existe aucune volonté de créer une source d'obligations autour de cette notion¹¹³. Cela n'est guère étonnant au regard du mode de raisonnement des juristes romains : un raisonnement centré sur les faits et la procédure davantage que sur les concepts juridiques. Il faudra attendre

¹⁰⁸ Voir par exemple H. VIZIOZ, *op.cit.*, n°5, p.18-19 « Donc, le *jus naturale*, l'*aequitas*, l'enrichissement sans cause n'ont été pour les Romains ni une base de classification des obligations, ni l'élément caractéristique des obligations quasi ex contractu ; ils se sont appliqués dans le domaine contractuel aussi bien que quasi-contractuel. Ils ont en réalité, dominé et influencé l'ensemble du droit, sans être le fondement d'aucune catégorie spéciale d'institutions », on retrouve également cet avis à l'étranger voir par exemple: H. SCOTT, *Unjust enrichment in South African Law, Rethinking enrichment by transfer*, Hart publishing, 2013, p.2 « As early as the second century AD, the classical jurist Pomponius had stated that, 'by the law of nature it is fair that no-one become richer by the loss and injury of another'. But no attempt appears to have been made to connect this broad moral precept with Justinian's category of quasi-contract, or indeed with the individual condictiones. »; P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2^e éd., Clarendon Law Series, 2005, p.268-269 « (...) the Romans never identified unjust enrichment as an independent category ».

¹⁰⁹ D'après le décompte de plusieurs auteurs notamment H. SCOTT, *op. cit.*, p.2 note 14, et D. J. IBBETSON, « Unjust Enrichment in English Law », in E. S. H. SHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Kluwer Law International, 2001, p.35.

¹¹⁰ D.12.6.14 in *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes*, trad. HULOT, Randoneau, 180, p.228 accessible en ligne sur ce site : http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html

¹¹¹ D. 50.17.206, *op.cit.*, p.674. D'autres variantes, sous la plume d'autres auteurs, de cette même idée d'enrichissement au détriment d'autrui peuvent être trouvées ailleurs, dans le Digeste, comme le montre M. Hallebeek dans son article. On y trouve des références multiples notamment dans le cas où un maître tire profit d'un prêt conclu par l'entremise de son esclave qui ne pouvait conclure un tel acte (D. 14.3.17.4) ou encore le cas où un créancier d'aliments aurait reçu, grâce à une transaction, plus que ce qui lui est dû, s'il en a tiré profit il devra restitution du bénéfice au débiteur (D.215.8.22). A chaque fois il s'agit de résoudre un cas particulier et non d'élaborer un ensemble cohérent. Pour les références citées et d'autres voir J. HALLEBEEK, « Developments in Mediaeval Roman Law », in E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2^e éd., Duncker & Humblot, 1999, p. 60 note 6.

¹¹² Pour l'action en remboursement du gérant contre le maître il est renvoyé à un écrit de Gaius qui affirme qu'il est « juste que s'il a bien géré les affaires, on lui rende tout ce qui lui manque ou doit lui manquer pour s'en être mêlé » D.3.5.2, *op.cit.*, p.223.

¹¹³ R. FEENSTRA, « Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation », in E. J. H. SCHRAGE, *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2^e éd., 1999, Duncker & Humblot, p.198 « The Roman jurists did not develop unjust enrichment as a source of obligation, at the same level as contract and delict ».

plusieurs siècles avant que l'enrichissement injustifié ne soit considéré comme une source d'obligations autonome¹¹⁴. S'il est vrai que le droit français n'est pas le seul à avoir associé quasi-contrat et enrichissement injustifié, cette association repose non seulement sur un anachronisme¹¹⁵ mais est également assez surprenante. En effet, tous les quasi-contrats ne peuvent être ramenés à l'idée d'enrichissement injustifié. À vrai dire, seule la *condictio indebiti* s'y rattache réellement. Par ailleurs, les quasi-contrats étaient loin de recouvrir toutes les hypothèses où le droit romain sanctionnait un enrichissement perçu comme inéquitable. Il existait de multiples remèdes, et en particulier une catégorie d'actions regroupant la majorité des cas d'enrichissements injustifiés : les *condictiones*.

Section II : Les remèdes ponctuels contre un enrichissement illégitime

31. L'absence de catégorie unifiée. De manière habituelle en droit romain, il n'existait aucun principe général permettant de sanctionner un enrichissement injuste¹¹⁶, les juristes romains procédant par à-coups, en fonction des circonstances d'espèce¹¹⁷. Ils avaient ainsi tendance à utiliser des actions déjà établies afin de restituer un enrichissement perçu comme injuste. Parmi les principaux moyens utilisés, il est possible d'évoquer les *condictiones* (I), l'utilisation détournée de l'action *contraria* de la gestion d'affaires (II) et l'action *de in rem verso* (III).

I : Les *condictiones*

32. L'origine : la *condictio*. S'il fallait véritablement trouver une origine romaine à l'enrichissement injustifié, il faudrait probablement s'attacher davantage aux *condictiones* qu'aux quasi-contrats. Ce terme recouvre à l'origine les diverses applications d'une même action personnelle : la *condictio*¹¹⁸. Pour mieux comprendre les liens qui peuvent être tissés entre cette notion romaine et l'enrichissement injustifié il n'est pas inutile de faire un bref

¹¹⁴ Voir *infra* n°40s.

¹¹⁵ Anachronisme pouvant s'expliquer par une volonté (désespérée) de trouver une cohérence à une catégorie viscéralement incohérente.

¹¹⁶ Il est possible de faire le parallèle avec l'absence de principe général de responsabilité pour faute, voir notamment O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, th. Paris II, L.G.D.J., 2005.

¹¹⁷ Pour un exposé des différentes actions sanctionnant un enrichissement injustifié, voir A.-P. LEYVAL, *De la notion d'enrichissement injuste en droit romain classique*, th. Alger, 1935, spéc. p. 121s.

¹¹⁸ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010, n°548-549. Ulpien oppose ainsi l'action personnelle de la *condictio* à l'action réelle de la *vindicatio* (D.44.7.25, trad. Hulot).

rappel du droit romain. Le droit romain ne connaissait pas de procédure unique et pour faire reconnaître un droit il fallait d'abord identifier la bonne procédure à suivre. Née dès la période ancienne (jusqu'au II^e av. J.-C.) l'une de ces procédures était la *condictio* qui portait d'abord sur les demandes d'une somme d'argent chiffrée (*condictio certae pecuniae*) et qui s'est élargie aux demandes sur d'autres choses certaines (*condictio certae rei*)¹¹⁹. L'une des particularités de cette action, du moins lorsqu'elle était certaine (c'est-à-dire lorsque la demande était chiffrée), était d'être abstraite¹²⁰. Ainsi le demandeur n'était pas tenu d'indiquer la cause de sa demande, la *condictio* pouvait dès lors sanctionner autant des obligations contractuelles que des obligations quasi-contractuelles¹²¹. Initialement la *condictio* était plutôt employée pour sanctionner des obligations contractuelles dont le *mutuum*. Ce n'est que par la suite qu'elle a été étendue à des cas analogues tels que la répétition d'un paiement indu¹²². Sous la période classique¹²³, la *condictio* était une procédure unique, mais Justinien en modifia le sens pour l'intégrer au droit substantiel. La *condictio* fut divisée en plusieurs actions regroupant les différents cas où les juristes classiques avaient reconnu que le défendeur était tenu de restituer une chose¹²⁴.

33. L'éclatement de la *condictio* en multiples actions : les *condictiones*. La liste des *condictiones* est relativement longue¹²⁵ et ne se confond certainement pas avec les quasi-contrats, seule la *condictio indebiti*¹²⁶ ayant été classée dans la catégorie quasi-contractuelle¹²⁷. Il n'existait aucune volonté de classification cohérente, si ce n'est que les *condictiones* variaient selon l'origine de l'enrichissement¹²⁸. Si ces actions peuvent être analysées comme un point de départ vers un droit de l'enrichissement injustifié, il serait hasardeux d'affirmer que les Romains connaissaient un tel droit¹²⁹. Il est désormais acquis

¹¹⁹ *Ibid.*, n° 11-18.

¹²⁰ *Ibid.* n° 444

¹²¹ *Ibid.*

¹²² H. SCOTT, *op.cit.*, p.1

¹²³ Situé entre la fin de la République et les trois siècles du Haut-Empire.

¹²⁴ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co Ltd, 1992, p. 838-839.

¹²⁵ Pour un exposé complet des *condictiones* en droit romain voir R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p.838-857.

¹²⁶ L'ancêtre de la répétition de l'indu, qui avait toutefois un domaine plus étendu qu'en droit français et incluait notamment les restitutions consécutives à la nullité d'un acte (voir not. J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 549).

¹²⁷ H. SCOTT, *op. cit.*, p.2.

¹²⁸ On peut citer l'enrichissement pour absence de cause (*condictio sine causa*), pour cause immorale (*condictio ob turpem causam*), ou même l'enrichissement à la suite d'un vol (au sens romain du terme, *condictio furtiva*).

¹²⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op.cit.*, n° 548 « En réalité il ne faut pas confondre l'apparition des *condictiones* avec celle de la notion d'enrichissement injuste ».

que le droit romain n'est jamais parvenu à un principe général de restitution d'un enrichissement injustifié, il s'est simplement contenté de régler des cas particuliers sans volonté de conceptualisation¹³⁰. Il est d'ailleurs à noter qu'une telle catégorie était parfaitement inutile pour les juristes romains tant que le raisonnement portait sur les faits et la procédure.

Cette conceptualisation ne viendra donc que tardivement, et on peut remarquer que le droit allemand, contrairement au droit français, a élaboré son droit de l'enrichissement injustifié à partir des *condictiones* romaines et non des quasi-contrats¹³¹. Le droit français n'a pas été indifférent à ces actions mais elles ont été éclatées entre le droit des contrats et les quasi-contrats. A l'exception de la *condictio indebiti*, qui est traitée en droit français par le quasi-contrat de répétition de l'indu et la *condictio sine causa* qui a inspiré l'enrichissement sans cause, le reste relève majoritairement du droit des contrats. Ainsi les anciennes *condictio ob iniustam causam* et *ob turpem causam*, sanctionnant respectivement les enrichissements résultant d'une cause illicite et ceux découlant d'une cause immorale¹³² relèvent aujourd'hui de la sphère contractuelle. De manière plus générale, la Cour de cassation a pu considérer que les restitutions résultant d'une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais des règles de nullité¹³³. Il est déjà intéressant de noter que certains systèmes, dont le droit allemand et le droit anglais, envisagent au contraire ces questions au sein de l'enrichissement injustifié¹³⁴. Cette différence de champ d'application peut, en partie, s'expliquer par le fondement utilisé. Les *condictiones* couvrent un champ d'application qui se rapproche aujourd'hui du champ des restitutions, tels qu'envisagé par

¹³⁰ J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, p. 286-287 ; J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n°548. Des auteurs du XIX^e avaient au contraire affirmé que les Romains avait formulé un principe général « selon lequel celui qui a acquis ou qui retient sans cause le bien d'autrui est obligé par l'équité à le rendre, non pas en vertu d'une idée de contrat, mais en vertu d'une idée acquisition ou plus largement de conservation sans cause » (P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Réed. 8^e éd., Dalloz, 2003, p.653), mais cette idée a depuis été remise en cause par les historiens.

¹³¹ B.S. MARKESINIS, W. LORENZ, G. DANNEMANN, *The German Law of Obligations, Vol 1, The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Clarendon Press Oxford, 1997, p. 710 s.

¹³² J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 286.

¹³³ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, *Bull.* 2002, I, n°218.

¹³⁴ C'est d'ailleurs la position retenue par les principes de droit européen sur l'enrichissement injustifié qui établissent la distinction suivante : le droit de l'enrichissement injustifié s'applique lorsqu'il n'y a pas (ou plus) de fondement juridique à l'acquisition de l'enrichissement, en revanche, il ne s'applique pas lorsqu'il existait un fondement juridique au jour de l'acquisition et que ce fondement est ultérieurement remis en cause (sans rétroactivité). Schématiquement les conséquences de la nullité relèvent du droit de l'enrichissement injustifié alors que les conséquences de la résiliation relèvent pour l'essentiel du droit des contrats (voir C. VON BAR, S. SWANN (ed.), *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2010, Introduction, n°2 et 3).

le Code civil aux articles 1352 et suivants. Ce champ d'application est à la fois plus large et plus homogène que celui des quasi-contrats, qui ne recouvrent que quelques cas particuliers sans grande cohérence entre eux. Il n'est donc pas surprenant que l'enrichissement injustifié soit relativement peu développée en droit français, contrairement au droit allemand. Il serait toutefois excessif d'attribuer le faible développement de l'enrichissement injustifié au seul maintien de la catégorie quasi-contractuelle, le champ d'application particulièrement vaste de la responsabilité civile expliquerait également en partie le faible intérêt porté à cette source d'obligation¹³⁵.

II : L'action *contraria* de la gestion d'affaires

34. L'extension de l'action *contraria*. Si les *condictiones* recouvrent la majorité des cas d'enrichissement injustifié, les romains utilisaient également d'autres actions pour sanctionner un enrichissement perçu comme inéquitable. Cependant aucun lien n'a été fait entre ces remèdes et les *condictiones*. Parmi ces autres remèdes les deux principaux sont l'action *de in rem verso* et, occasionnellement, l'action de *negotiorum gestiorum* (plus précisément l'action *contraria* dirigée contre le maître de l'affaire). De manière générale, l'action *contraria* ne peut être considérée comme un moyen de sanctionner un enrichissement injustifié car il n'est absolument pas tenu compte de l'éventuel profit retiré par le maître de l'affaire mais seulement des dépenses utiles du gérant¹³⁶. Il est néanmoins parfois fait exception à cette règle d'indemnisation, pour ne prendre en considération que le profit réalisé par le maître. Ainsi le professeur Zimmermann recense au moins deux cas où l'action *contraria* a pu être utilisée comme une action sanctionnant un enrichissement injustifié¹³⁷. Le premier cas est celui où le gérant a géré les affaires d'autrui dans son propre intérêt. Dans cette hypothèse, il ne peut agir contre le maître qu'à concurrence du profit réalisé, et non obtenir le remboursement intégral de ses dépenses. Le second cas est bien plus particulier. Il concerne l'action du vendeur d'esclave contre l'acquéreur, lorsque

¹³⁵ C'est notamment le raisonnement retenu par M. Von Bar qui analyse les différences entre les droits français et allemand, à un droit de l'enrichissement injustifié plus étendu répond un droit de la responsabilité plus restreint (droit allemand) et inversement pour le droit français. La définition très large du dommage en droit français permet de couvrir des cas, où il n'existe en réalité aucune perte, mais où l'enrichissement du défendeur ne paraît pas légitime (C. VON BAR, *The Common European Law of Torts, Vol.1*, Clarendon Press Oxford, 2003, n°517 s.).

¹³⁶ L'exigence d'utilité ne doit pas être confondue avec l'enrichissement. De plus cette utilité ne doit être qu'initiale, le maître pouvant *in fine* être appauvri, ce qui ne fera pas pour autant obstacle à l'action du gérant.

¹³⁷ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, 1992, p.875-878.

l'esclave a volé un objet appartenant au vendeur, son ancien maître. Si le nouveau maître a vendu l'objet volé, de bonne foi, l'ancien maître peut agir contre le premier à concurrence du prix de vente. Ces deux cas particuliers seront par la suite extrapolés et étendus à d'autres cas, en particulier par les juristes du Moyen-Âge¹³⁸. Cet usage particulier de la gestion d'affaires ne doit cependant pas tromper. Ces extensions n'ont pour unique but que d'arriver à un résultat équitable, là où il n'existait en droit romain aucune autre action valable. Dans le premier cas, il s'agit d'une solution de compromis entre les intérêts du maître et ceux du gérant. Dans le second cas, l'extension de l'action *contraria* permet de remédier à l'inefficacité de l'action en revendication, perdue à la suite de la vente de bonne foi de l'objet volé. Il ne faudrait certainement pas déduire de ces extensions que la gestion d'affaires est, de manière générale, une application de l'enrichissement injustifié. Ce n'est que dans ces cas particuliers et lorsque l'indemnisation est limitée au profit réalisé par le maître que la gestion d'affaires peut être analysée comme un remède contre un enrichissement injustifié. Ce tour de passe-passe ne se justifie toutefois que dans un système où il n'existe aucune source d'obligation sanctionnant un enrichissement injustifié et où le raisonnement se focalise essentiellement sur la procédure.

III : L'action *de in rem verso*

35. Une action fréquemment déformée. A l'instar des quasi-contrats, l'action *de in rem verso* a connu bien des transformations et des extensions. Initialement l'*in rem verso* concernait l'hypothèse où une personne n'ayant pas la capacité juridique (fils de famille ou esclave) s'est malgré tout engagé envers une autre personne. Leur responsabilité ne pouvant être engagée, le cocontractant avait néanmoins la possibilité de se retourner contre le *pater familias* ou le maître, s'il en résultait un profit pour ces derniers¹³⁹. Cette action fut progressivement généralisée, dès le droit romain, à des cas que l'on nommerait aujourd'hui enrichissement indirect, c'est-à-dire passant par le patrimoine d'un tiers. Il semble ainsi que le droit romain accordait cette action dans les cas où un tiers a tiré un bénéfice d'un contrat au détriment de l'un des cocontractants¹⁴⁰. On peut ainsi trouver l'exemple suivant dans le Code de Justinien : un contrat de prêt est conclu, mais l'emprunteur a agi pour le compte

¹³⁸ Voir *infra* n°40.

¹³⁹ J.-P. LEVY, A. CASTALDO, *op. cit.*, n°152.

¹⁴⁰ R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p.879, voir également J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, William S. Hein, 1999, p.85-86.

d'une autre personne, si cette dernière a tiré profit du prêt, le prêteur peut agir contre elle¹⁴¹. Cette action avait pour objectif premier de remédier aux lacunes de la représentation et du mandat en droit romain. Malheureusement à force de cumuler les actions sans souci de cohérence, le risque de cumul voire de confusion d'actions est devenu inévitable. Cela n'est guère gênant lorsque seul le résultat compte, peu important l'action utilisée. En revanche, cette accumulation devient embarrassante lorsque l'on envisage de classer ces actions dans différentes catégories d'obligation aux finalités bien distinctes.

36. Des liens étroits avec la gestion d'affaires. Comme l'action *de in rem verso*, la gestion d'affaires était aussi utilisée pour pallier les lacunes de la représentation et également, en certaines occasions décrites plus haut, pour pallier les lacunes des *condictiones* et sanctionner ponctuellement un enrichissement inéquitable. Un fragment du Digeste¹⁴², contenu dans un titre consacré à l'*in rem verso*, a particulièrement retenu l'attention en faisant un parallèle avec l'action de gestion d'affaires. Schématiquement ce fragment précise que le maître de l'esclave est censé avoir tiré profit de l'argent perçu par son esclave si ce dernier a agi comme un gérant d'affaires à l'égard de son maître. Les conditions de la gestion d'affaires (l'action *contraria*) devaient donc être réunies pour pouvoir agir contre le maître, même si en ce cas l'indemnisation était limitée au profit retiré par le maître. Ces liens étroits entre la gestion d'affaires et l'action *de in rem verso* expliqueraient les nombreuses confusions entre les deux actions et le fait que pendant un temps la gestion d'affaires fut bien souvent accordée à la place de l'action *de in rem verso*¹⁴³. Le passage de l'enrichissement sans cause par la gestion d'affaires et la réutilisation de l'*in rem verso* en droit français peuvent donc expliquer, en partie, pourquoi la gestion d'affaires est analysée comme une application particulière de l'enrichissement injustifié. Cette assimilation repose cependant sur des bases bien fragiles et sur certaines confusions. Le cas de l'*in rem verso* résume néanmoins assez bien l'état du droit romain de « l'enrichissement injustifié » : une compilation éparses d'actions sanctionnant par à-coups des enrichissements perçus comme inéquitable. Il faudra ainsi attendre jusqu'au XVII^e pour que l'enrichissement injustifié soit véritablement conceptualisé.

¹⁴¹ *Ibid.*, il existe encore une incertitude sur le fait de savoir s'il s'agit d'une innovation datant du temps de Justinien ou si elle existait déjà sous Dioclétien et Maximien (au 3^e siècle après J.-C.), cette règle leur étant attribuée. Il s'agit en tout cas d'un élargissement dans la mesure où il n'est pas nécessaire que le cocontractant soit un fils de famille ou un esclave.

¹⁴² D.15.3.3.2.

¹⁴³ R. ZIMMERMANN, *op.cit.*, p.880

*

* *

37. Conclusion du Chapitre I. Le droit romain ne connaissait pas l'enrichissement injustifié, et n'a jamais cherché à élaborer un principe général autour de cette notion¹⁴⁴. Bien entendu, cela ne signifie pas qu'il n'existait rien pour remédier à des cas où une personne a perçu un profit sans justification. Dans la pure logique romaine, les juristes se contentaient d'utiliser des actions préexistantes, quitte à en étendre considérablement le champ d'application. Le raisonnement ne portait pas tant sur le fond du droit que sur les actions mises à la disposition des requérants et le résultat concret qu'ils pouvaient obtenir. L'objectif n'était donc pas de former une catégorie cohérente autour de l'enrichissement injustifié et il est donc assez risqué d'invoquer le droit romain en ce domaine. Il est en tous cas certain que les quasi-contrats n'ont jamais été associés de près ou de loin à l'idée d'un enrichissement injustifié. Il n'y a donc de ce point de vue aucune base historique justifiant l'idée que tout quasi-contrat serait fondé sur l'idée d'un enrichissement injustifié. Cette catégorie n'avait d'autre vocation que de regrouper les cas ne pouvant être classés ni parmi les contrats, ni parmi les délits. Les *condictiones* pourraient en revanche constituer une base plus solide pour la construction d'un droit de l'enrichissement injustifié, même si toutes les *condictiones* ne sont sans doute pas à ranger au sein d'une même source d'obligation. Dans tous les cas, il est assez périlleux de partir du droit romain pour construire l'enrichissement injustifié et il n'est pas possible de se contenter d'une transposition des actions romaines au sein des sources d'obligation modernes. Le risque est surtout de vouloir transposer à tout prix les actions de droit romain dans le contexte du droit positif, en maintenant notamment des liens entre certaines actions qui présentent pourtant des différences substantielles, bien qu'à l'époque romaine, elles étaient fréquemment liées. Ainsi, les liens étroits qui existaient entre l'action *de in rem verso* et la gestion d'affaires pourraient laisser penser à une certaine proximité de raison, alors que les juristes romains n'ont jamais entendu établir de liens substantiels entre ces deux actions. De fait, les juristes romains n'avaient que pour unique

¹⁴⁴ Voir notamment: N. JANSEN, « Farewell to unjustified enrichment ? », *Edinburg Law Review*, 2016, n°20(2), p. 123-148, spéc. p. 125: « Despite its residually Roman terminology the Civilian law of unjustified enrichment can barely be understood as a Roman institution. Indeed, Roman lawyers did not know of “unjustified enrichment” as a separate legal category. The modern rules and their conceptual substance result from nineteenth century Pandectist theory”.

objectif de fournir une solution concrète à un cas particulier, sans penser à classer rationnellement ces actions ou à leur trouver un fondement juridique commun. Le recours au droit romain est d'autant plus maladroit que, contrairement à la notion de contrat qui pouvait déjà émerger, la notion d'enrichissement injustifié était parfaitement inconnue et ne peut véritablement servir de fondement, surtout *a posteriori*, aux actions romaines qui n'ont pas été conçues pour restituer un enrichissement. L'enrichissement injustifié suppose, au préalable, que la notion de patrimoine soit établie. Or, cette notion n'apparaîtra véritablement qu'à partir du XIX^e et il n'est pas étonnant que seuls les codes établis à la fin du XIX^e ont des dispositions consacrées à l'enrichissement injustifié. Néanmoins, à l'instar du principe de responsabilité pour faute, des prémices de l'enrichissement injustifié peuvent être trouvés chez les canonistes ou les auteurs se rattachant à l'École du droit naturel. Ces auteurs se sont d'ailleurs attachés à s'éloigner le plus possible du droit romain pour construire les prémices de l'enrichissement injustifié. L'assimilation entre les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié en droit français n'était pas inéluctable et ne se retrouve pas chez les principaux inspirateurs du Code civil que sont Domat et Pothier. Afin de comprendre pourquoi le droit français est parvenu à cette conclusion et quels inconvénients cela a entraîné sur la cohérence de cette source d'obligation, il est intéressant de remonter à la véritable genèse de l'enrichissement injustifié et voir comment les deux principaux systèmes juridiques de droit continental, la France et l'Allemagne, l'ont d'abord intégré dans leur droit.

Chapitre II : La réception du droit romain par les droits de tradition civiliste

38. De la théorie doctrinale au droit positif. À l'instar de la responsabilité pour faute, la consécration d'un principe général de restitution d'un enrichissement injustifié n'apparaît que tardivement en doctrine, et encore davantage en droit positif¹⁴⁵. À partir des cas romains, les juristes vont tenter de développer une classification des sources d'obligation, qui peut varier sensiblement d'un auteur à l'autre. Ces écrits serviront ensuite de modèle à différents systèmes juridiques, en premier lieu aux droits français et allemand. Les origines doctrinales de l'enrichissement injustifié (Section I) offrent ainsi un éclairage intéressant sur la réception de cette source par les pays de tradition civiliste (Section II).

Section I : L'émergence progressive de l'enrichissement injustifié

39. De la casuistique romaine à la formulation d'un principe général. Il est assez difficile de retracer l'évolution de l'enrichissement injustifié avant Grotius, mais il semble qu'avant lui, aucun auteur ne soit parvenu à rassembler les différentes actions romaines permettant de restituer un enrichissement sous une même catégorie cohérente. Une chose demeure certaine, ce processus se réalise sans que cette source d'obligation ne soit rapprochée des quasi-contrats. Cette dernière catégorie, bien que connue des juristes¹⁴⁶, n'évolue que très peu au cours de cette période et demeure presque inchangée par rapport à la catégorie romaine¹⁴⁷, il n'est donc pas nécessaire de s'y attarder. L'évolution de l'enrichissement injustifié est en revanche plus intéressante. Si dans un premier temps, les juristes ont simplement étendu le champ d'application des cas romains (I), ce n'est qu'à partir de l'École du droit naturel, et plus particulièrement de Grotius, que l'enrichissement injustifié va être conçu comme une source autonome d'obligation (II).

¹⁴⁵ Pour une évolution de la responsabilité pour faute voir O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, th. Paris II, L.G.D.J., 2005.

¹⁴⁶ Encore que Vizioz note que, sous l'ancien droit, la notion de quasi-contrat n'est envisagée que dans les ouvrages théoriques, les praticiens s'en détournant largement (H. VIZIOZ, th. préc., n°29s.).

¹⁴⁷ H. VIZIOZ, th. préc., n°29s., à l'exception de la théorie du consentement fictif qui voit véritablement le jour à cette époque, les quasi-contrats n'attirent pas particulièrement l'attention des théoriciens et apparaissent comme les juristes romains les percevaient : des inclassables.

I : La généralisation des cas romains

40. Une évolution obscure. Le passage de la simple maxime d'équité de Pomponius à la véritable source d'obligation demeure encore assez obscur. S'il est certain que les Romains ne connaissaient pas cette source d'obligation, la perception de l'enrichissement injustifié par les juristes du Moyen-Âge n'est pas toujours très claire¹⁴⁸. Pour synthétiser, il semblerait que jusqu'au XVII^e les auteurs ne soient pas encore parvenus au stade d'une véritable source d'obligation¹⁴⁹. Ils partent avant tout des cas particuliers¹⁵⁰ romains pour discuter de leur possible extension à d'autres cas analogues, sans véritablement chercher à regrouper tous ces cas sous une même catégorie¹⁵¹. Tout au plus font-ils de nombreuses et vagues références à l'équité et expliquent-ils certains cas particuliers en les rapprochant de la maxime de Pomponius¹⁵². Dans la droite ligne du droit romain, la gestion d'affaires a été utilisée et étendue pour s'appliquer à des cas qui seraient aujourd'hui, en tout cas en droit français, traités comme un enrichissement injustifié¹⁵³. Cependant le remède appliqué n'était pas exactement identique à celui accordé au gérant d'affaires. Il ne s'agissait pas de rembourser l'intégralité des dépenses mais seulement de restituer le profit tiré par le maître de l'affaire, principalement dans des hypothèses où il n'y avait aucune intention de gérer les affaires d'autrui¹⁵⁴. L'usage, ou plutôt le détournement, de l'action *contraria* pouvait s'expliquer à une époque où l'enrichissement injustifié n'était pas encore conceptualisé et

¹⁴⁸ Pour un exposé complet du droit romain médiéval sur cette question voir J. HALLEBEEK, art. préc., p.59 s., l'auteur retrace notamment les diverses controverses de l'époque et les moyens utilisés afin de prévenir un enrichissement injustifié afin d'établir l'existence ou non d'une telle source d'obligation ; pour une synthèse de 1100 à 1800 voir également J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, William S. Hein & Co., 1999, p.63-92.

¹⁴⁹ Pour une telle analyse J. P. DAWSON, *op.cit.*, p.77-78 et R. FEENSTRA, art. préc., p.198-199, pour une opinion contraire J. HALLEBEEK, art. préc., p.120 qui affirme que certains auteurs sont parvenus à concevoir l'enrichissement injustifié comme une véritable source d'obligation.

¹⁵⁰ Spécialement les hypothèses d'immixtion de mauvaise foi dans les affaires d'autrui qui confère un bénéfice au maître de l'affaire, les améliorations sur le terrain d'autrui, d'indu résultant d'une erreur de droit... pour un panorama des hypothèses envisagées voir J. HALLEBEEK, art. préc.

¹⁵¹ J.P. DAWSON, *op. cit.*, spéc. p.77-78.

¹⁵² *Ibid.*, p.64-68.

¹⁵³ Pour l'utilisation de l'action *contraria* de la gestion d'affaires comme un moyen de prévenir un enrichissement injustifié voir J. HALLEBEEK, art. préc., p.67-70 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, 1992, p.875-878, mais la gestion d'affaires de manière générale est traitée dans un chapitre distinct suivant celui consacré au mandat (p.433 s.).

¹⁵⁴ M. Zimmermann y classe ainsi les hypothèses d'immixtion « mala fide » (i.e sans intention de gérer) et le cas où l'acquéreur de bonne foi a vendu un objet volé par son esclave à son ancien propriétaire. L'ancien propriétaire peut ainsi récupérer le prix de vente de l'objet.

où il n'existait pas d'action générale sanctionnant un enrichissement injustifié. Cette distinction dans la mesure de l'indemnisation sera malheureusement bien souvent négligée par la suite en droit français. L'apport de ces juristes à la théorie de l'enrichissement ne fut cependant pas négligeable. Certes, le résultat fut avant tout de multiplier les cas particuliers où la maxime de Pomponius pouvait s'appliquer, mais ils fourniront ainsi les matériaux nécessaires à l'élaboration d'une véritable théorie de l'enrichissement injustifié. Il faudra néanmoins attendre Grotius pour qu'une nouvelle source d'obligation, centrée sur un profit injustifié, voie le jour.

II : La création d'une nouvelle source d'obligation par l'École du droit naturel

41. L'enrichissement injustifié selon Grotius. Grotius envisagea ce qui sera par la suite appelé l'enrichissement injustifié dans un chapitre intitulé « De l'obligation que le droit de propriété impose à autrui, par rapport au propriétaire »¹⁵⁵. Il établit une distinction entre l'obligation de rendre le bien d'autrui lorsqu'il est en nature et l'obligation de restituer le profit lorsque les biens ne sont plus en nature. Ce ne fut que cette dernière obligation qu'il fonda explicitement sur l'enrichissement injustifié¹⁵⁶. Grotius ne qualifia à aucun moment cette obligation de quasi-contrat, et ne la fonda pas, expressément, sur un contrat implicite, contrairement à l'obligation de restituer le bien en nature qui résulte du fait que « les Propriétaires ont contracté entr'eux une espèce de société, en vertu de laquelle on est convenu que quiconque auroit en son pouvoir le bien d'autrui le rendroit à son véritable Maître »¹⁵⁷. Il posa pour la première fois un principe général selon lequel « si quelqu'un a tiré du profit d'une chose appartenante à autrui, qui étoit tombée entre ses mains ; il doit rendre au Propriétaire, qui ne peut plus recouvrer son bien, le gain qu'il a fait en le possédant, car il a cela de plus & l'autre de moins »¹⁵⁸. Cette source d'obligation autonome

¹⁵⁵H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix par Hugues Grotius*, trad. J. BARBEYRAC, T1, Pierre de Coup, 1724, p. 388.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p.391 s. « Pour ce qui est des biens qui ne sont plus en nature, le Genre Humain a trouvé bon d'établir, que, si quelqu'un a tiré du profit d'une chose appartenante à autrui, qui étoit tombée entre ses mains ; il doit rendre au Propriétaire, qui ne peut plus recouvrer son bien, le gain qu'il a fait en le possédant. Car il a cela de plus, & l'autre de moins : or la Propriété des biens a été établie pour maintenir l'égalité, c'est-à-dire que chacun eût le sien. *Il est contre la Nature, selon Cicéron, de s'accommoder aux dépens des autres, & de s'enrichir à leur détriment* » (en italique dans le texte).

¹⁵⁷ *Ibid.* p 389, cette espèce de « contrat de société » auquel fait référence Grotius est à rapprocher de la théorie du contrat social à laquelle Grotius se montre sensible pour une explication détaillée de la pensée de Grotius voir P. BIRKS, G. MCLEOD, *loc.cit.*, p.59 s.

¹⁵⁸ H. GROTIUS, *op.cit.*, p.391, il est intéressant de constater que Grotius met l'accent sur le gain, le simple fait pour un propriétaire de ne pas avoir entre ses mains un gain qui lui revient constitue ainsi le « moins », une comparaison pourra être faite avec l'exigence d'appauvrissement en droit français.

était distinguée de la gestion d'affaires. Contrairement à l'enrichissement injustifié qui est une action de droit naturel, l'action de gestion d'affaires est une pure action de droit civil. Elle poursuit par ailleurs un objectif différent : éviter que celui qui rend service à autrui ne subisse un dommage¹⁵⁹. Là n'est pas l'objectif de l'enrichissement injustifié. Cette action ne se focalise pas sur la perte du demandeur, mais sur le profit réalisé par le défendeur et le titre de propriété du demandeur.

Cette conception a le mérite d'apporter une cohérence et des limites raisonnables à cette source d'obligation, le demandeur devant établir qu'il conserve un lien de propriété sur la chose. Cette référence à la propriété sera pourtant par la suite bien souvent abandonnée. Il est vrai qu'une telle conception pourrait aujourd'hui paraître bien étroite. Grotius ne prenait en considération que ce qui était susceptible d'accroître le patrimoine du défendeur, il ne tenait ainsi pas compte des dépenses épargnées ou des services rendus. Ce lien entre propriété et enrichissement injustifié n'a trouvé que peu d'échos en droit français, à l'exception notable de deux ouvrages. On peut ainsi mentionner Toullier qui fera dériver les quasi-contrats de la « loi sacrée de la propriété »¹⁶⁰, cette affirmation étant toutefois sans grande conséquence dans la suite de ses développements. De manière plus claire, Aubry et Rau classèrent l'action de *in rem verso* parmi les « facultés inhérentes au droit de propriété dont toute personne jouit sur son patrimoine, envisagé comme universalité de bien »¹⁶¹. Cette absence de lien en droit français peut toutefois s'expliquer d'une part, par la séparation assez stricte qui existe entre le droit des biens (propriété et droits réels) et le droit des obligations et, d'autre part, par la définition très large de l'enrichissement qui ne se résume pas à un simple accroissement du patrimoine.

42. L'apport de Pufendorf. Grotius ne sera pourtant pas le seul à faire dériver l'enrichissement injustifié de la propriété. Pufendorf fondera également cette source sur la propriété¹⁶² mais insistera bien davantage sur l'idée de contrat implicite¹⁶³. Les propos de Pufendorf sont

¹⁵⁹ *Ibid.*, p.395 voir la note (9) ajouté par Barbeyrac.

¹⁶⁰ C.-B.-M. TOULLIER, J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Vol. 6, 1^{re} partie, Jules Renouard et Cie, n°18, p.17.

¹⁶¹ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, T.6, 4^e éd, 1873, n°578, mais les éditions ultérieures rangeront cette action au sein des quasi-contrats, supprimant le lien avec le droit de propriété.

¹⁶² S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. J. BARBEYRAC, T.1, Henri Schelte, 1706, p.542 dans un chapitre intitulé « Des obligations, qui résultent de la Propriété des biens considérée en elle-même ».

¹⁶³ Sur la pensée de Pufendorf et sa sensibilité à la théorie du contrat social voir notamment P. BIRKS, G. MCLEOD, *loc. cit.*, p.65 s.

cependant un peu plus obscurs, s'agissant des biens qui ne se trouvent plus en nature, il y appliqua également un raisonnement qui n'est pas étranger au droit de la responsabilité. Il faut ainsi que « celui qui reçoit dommage » (le demandeur) ne soit pas à l'origine de son propre dommage, et que « celui qui profite, aux dépens d'un autre soit la cause propre & véritable du dommage que celui-ci souffre, en sorte qu'on puisse le lui imputer »¹⁶⁴. Même si ses écrits sont moins clairs que ceux de Grotius, il semble que Pufendorf ait eu une influence plus forte sur le droit anglais qui fut particulièrement sensible à sa vision contractualiste¹⁶⁵. Sa vision de l'enrichissement injustifié mettant en avant le dommage du demandeur évoque également la conception actuelle du droit français qui exige un appauvrissement. Mais bien que les écrits de ces auteurs datent du XVIIe, il faudra attendre encore longtemps avant que l'enrichissement injustifié soit reconnu, par les systèmes juridiques, comme une source d'obligation autonome.

Section II : L'évolution de l'enrichissement injustifié dans les pays de tradition civiliste

43. L'absence initiale de liens entre l'enrichissement injustifié et les quasi-contrats. Les écrits de Grotius et de Pufendorf vont avoir une influence considérable sur les droits continentaux, et même, dans une certaine mesure, sur le droit anglais¹⁶⁶. En dépit de cette influence commune, les droits nationaux connaissent aujourd'hui des différences marquées. On aurait pu penser que ces disparités seraient plus fortes entre les droits relevant de systèmes juridiques différents, notamment entre les pays dits de *Common Law* et les pays de tradition civiliste. De manière surprenante, l'enrichissement injustifié nuance sensiblement ce propos et il est possible de constater, aujourd'hui, une singularité française¹⁶⁷ par rapport à d'autres modèles, qui présentent davantage de points communs à l'instar du droit anglais de l'*unjust enrichment* et du droit allemand de l'enrichissement injustifié. Ces différences n'étaient pourtant pas écrites d'avance, et si l'on se concentre sur

¹⁶⁴ *Ibid.*, p.546.

¹⁶⁵ Notamment D. J. IBBETSON, « Unjust Enrichment in English Law », in E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Kluwer Law International, 2001, p.38 « Samuel Pufendorf the most influential of all the continental Natural law theorists in England, had done no more than adopt the language of implied contract derived from the Roman lawyers ».

¹⁶⁶ Voir notamment P. BIRKS, « English and Roman Learning in *Moses v. Macferlan* », *Current Legal Problems*, 1984, p.1s.

¹⁶⁷ Ce qui ne signifie pas que le droit français n'influence pas d'autres systèmes juridiques, le droit canadien (ici entendu comme incluant l'ensemble des provinces canadiennes à l'exclusion du Québec) se rapprocherait ainsi du droit français de l'enrichissement injustifié (voir *infra* n°144).

la manière dont l'enrichissement injustifié a été reçu dans les deux grands pays de tradition civiliste, la France et l'Allemagne, un point commun subsiste : l'enrichissement injustifié n'est conçu ni comme un quasi-contrat particulier, ni comme le fondement des quasi-contrats. Cela relève de l'évidence en Allemagne, le BGB n'ayant pas repris la catégorie de quasi-contrat, mais cela apparaissait également dans les écrits des principaux inspirateurs du Code civil : Domat et Pothier. La particularité du modèle français n'apparaîtra que postérieurement, lorsque l'enrichissement injustifié sera considéré comme le fondement des quasi-contrats, en raison notamment des lacunes du Code civil et des déformations des écrits de Pothier¹⁶⁸. Ainsi, pour mieux comprendre la singularité du modèle français, il est intéressant de s'attarder sur la réception du droit antérieur (droit romain et l'Ecole du droit naturel) par Domat et Pothier (I), et par le droit allemand qui se différencie aujourd'hui nettement du droit français (II).

I : La réception en droit français

44. L'influence prépondérante de Pothier. Du point de vue des sources d'obligation et des quasi-contrats, le Code civil de 1804 suit essentiellement la doctrine de Pothier. Les rédacteurs n'ont pas accordé une grande importance aux idées de Domat en la matière. Ce qui est regrettable, car les écrits du juriste clermontois laissent entrevoir les prémices d'un droit de l'enrichissement injustifié, et plus généralement d'un droit des restitutions. Bien que ce ne fut pas la conception retenue par les rédacteurs du Code de 1804, il est tout de même intéressant d'examiner brièvement la pensée de Domat (A), avant de se pencher sur les écrits du principal inspirateur du Code sur le sujet (B).

A) Domat ou le rejet des quasi-contrats et les prémices d'un droit de l'enrichissement injustifié

45. Les prémices d'un droit français de l'enrichissement injustifié. En rupture avec le droit romain, Domat a délaissé la classification quadripartite au profit d'une distinction entre engagements volontaires et engagements involontaires, abandonnant ainsi la notion de quasi-contrat¹⁶⁹. Lorsqu'il traite des engagements involontaires, il consacre un titre aux

¹⁶⁸ Voir *infra* n°223.

¹⁶⁹ J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tome 1, 2^e éd., Pierre Aubouin, 1697, p.xix.

différents cas où une personne est obligée de restituer une chose qui ne lui est pas due¹⁷⁰. Il précise toutefois qu'il n'entend s'attarder que sur les cas où une personne reçoit la chose d'autrui par un fait volontaire, par opposition au cas fortuit qui sera traité dans un autre titre¹⁷¹. Il ne donne cependant aucune définition du fait volontaire mais par opposition au cas fortuit, qu'il définit comme « les événemens qui sont indépendans de la volonté de ceux à qui ils arrivent¹⁷² », il faut certainement l'entendre comme un fait dépendant de l'intervention de l'homme¹⁷³. Si l'on se concentre sur ces faits volontaires, la liste reprend globalement les *condictiones* et, fait remarquable, comprend aussi bien des cas « qui n'ont rien d'illicite » (Section I) que des « autres exemples de la même matière dans des cas de faits illicites » (Section II). Ce regroupement est possible grâce à l'abandon des quasi-contrats, qui reposent traditionnellement sur un fait licite. Il est aussi particulièrement intéressant car il incite à se concentrer sur les raisons justifiant la restitution du profit, plutôt que sur la personne à l'origine du transfert. Un raisonnement similaire peut-être trouvé en droit allemand, où l'une des branches du droit de l'enrichissement injustifié traite plus spécifiquement des cas où le défendeur a retiré un profit en violant un droit absolu du demandeur¹⁷⁴. Cette voie ne sera malheureusement pas suivie, ni en droit français, ni en droit anglais¹⁷⁵, où l'enrichissement injustifié est bien souvent cantonné au fait du créancier, sans que cette limite ne soit toujours bien justifiée. Par ailleurs, la structure de ce titre est également instructive car après les deux premières sections, consacrées à des exemples, Domat envisage à la suite les obligations « de celui qui a quelque chose d'une autre personne » (Section III) et les obligations « du maître de la chose » (Section IV). Il esquisse ainsi les premiers traits d'un régime commun, en envisageant notamment, les intérêts, le sort des fruits, ou encore l'aliénation de la chose¹⁷⁶. Cette présentation rappelle d'ailleurs l'état du droit anglais, qui raisonne à partir d'une liste de cas (*unjust factors*) donnant lieu à restitution pour leur appliquer des règles communes¹⁷⁷. Un autre aspect qui mérite d'être

¹⁷⁰ J. DOMAT, *op.cit.*, Tome 2, p.101 le titre exact est ainsi formulé « De ceux qui reçoivent ce qui ne leur est pas dû, ou qui se trouvent avoir la chose d'autrui sans convention ».

¹⁷¹ *Ibid.*, p.101

¹⁷² *Ibid.*, p.137

¹⁷³ Il ne faudrait certainement pas y voir une volonté de s'engager et de produire des effets de droit car il s'agit, selon Domat, d'engagements involontaires.

¹⁷⁴ Voir *infra* n°62.

¹⁷⁵ Le droit anglais traite à part cette hypothèse à travers la catégorie des *restitution for wrongs* qui est séparée des *restitution for unjust enrichment*, voir *infra* n°195s.

¹⁷⁶ Il faut toutefois mentionner qu'un premier pas a été franchi avec l'ordonnance du 10 février 2016, qui prévoit un régime commun des restitutions (voir *infra* n°272s.).

¹⁷⁷ Voir *infra* n°105s. Il est toutefois peu probable que Domat ait eu une influence, même mineure, sur le droit anglais. Nous n'avons trouvé aucune référence explicite à Domat, contrairement à Pothier qui est fréquemment cité.

noté est l'accent mis sur le profit reçu par le défendeur et non sur la perte subie par le demandeur. L'idée de propriété est également sous-jacente puisqu'il est sans cesse question de restituer la chose d'autrui à son maître, les restitutions étant donc fondamentalement justifiées par le fait que le demandeur conserve la propriété de la chose transférée au défendeur. L'influence romaine reste tout de même bien présente. Domat part essentiellement des cas romains et suit la même méthode casuistique. Il parvient néanmoins à s'en affranchir pour construire un système unitaire, débarrassé du carcan des quasi-contrats, catégorie sans aucune cohérence¹⁷⁸.

46. L'absence de principe général. Contrairement à la responsabilité pour faute, Domat n'énonce pas formellement un principe général d'enrichissement injustifié. Il se contente simplement de faire une énumération des cas donnant lieu à restitutions. Certes, il affirme qu'il existe une infinité d'autres cas et qu'il « suffit de voir en quelques cas les règles de cette matière qu'il sera facile d'appliquer à tous les autres qui peuvent arriver »¹⁷⁹. La possibilité d'appliquer, par analogie, ces règles à d'autres cas ne permet toutefois pas de cerner le champ d'application de cette source. Il paraît certain que Domat n'entendait pas établir une liste exhaustive, mais il n'est pas parvenu à dégager un principe général. Il suffit de comparer avec ses développements consacrés à la responsabilité pour faute. *A priori* la structure est relativement similaire puisqu'il ne dédie aucun titre à un principe général de responsabilité pour faute et part, au contraire de la classification des dommages, suivant là encore la casuistique romaine¹⁸⁰. Il est nécessaire de parvenir jusqu'à la dernière section pour trouver la formulation du principe général¹⁸¹. Cette manière de procéder minimise toutefois la portée d'un tel principe, qui ne paraît que purement résiduel¹⁸². Dans la présentation, il n'y a ainsi pas de grandes différences entre le titre consacré à ce qui sera plus tard appelé l'enrichissement injustifié, et celui consacré à la responsabilité. Il est toutefois étonnant de constater qu'il n'existe aucun principe général d'enrichissement

¹⁷⁸ Le professeur Descamps souligne l'influence de la méthode cartésienne chez Domat, ainsi que sa volonté d'unifier le droit autour de fondements rationnels (O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, th. Paris II, L.G.D.J., 2005, p.423).

¹⁷⁹ J. DOMAT, *op. cit.*, p.102.

¹⁸⁰ O. DESCAMPS, th. préc., p. 427.

¹⁸¹ « Toutes les pertes, & tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence, ou autre faute y a donné lieu » (J. DOMAT, *op. cit.*, p. 131).

¹⁸² O. DESCAMPS, th. préc., p.427 « Plus qu'un principe, il s'agit surtout d'évoquer tous les cas non prévus antérieurement ».

injustifié, notamment si l'on compare avec la responsabilité pour faute. Probablement qu'un tel principe est jugé par Domat, non seulement, moins nécessaire en la matière, mais également plus difficile à formuler au regard de la variété des hypothèses couvertes. La liste établie par Domat ne différencie effectivement pas selon le caractère licite ou illicite de l'enrichissement. Par ailleurs, cette source d'obligation suppose que les concepts de propriété et de patrimoine soient assez développés. Il ne faut pas non plus négliger le fait que ce domaine a suscité moins d'intérêt que l'étude du contrat et de la responsabilité. Ces dernières mobilisent davantage la doctrine et laissent peu de place à l'étude plus approfondie de l'enrichissement injustifié. Le caractère relativement confidentiel de cette source d'obligation peut sans doute expliquer le désintérêt des rédacteurs de 1804 qui ont, sur ce point, préféré s'en tenir à la version plus traditionnelle de Pothier.

B) Les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié selon Pothier : entre respect du droit romain et influences du droit naturel

47. L'absence d'innovation. Contrairement à Domat, Pothier n'a pas l'ambition de construire une classification cohérente et rationnelle des sources d'obligation. Il opère principalement une synthèse des solutions du droit romain et de celles du droit naturel, bien que ces solutions ne soient pas toujours entièrement conciliables. La synthèse est plutôt malheureuse s'agissant de la classification des sources d'obligation (1), mais elle a tout de même permis d'introduire l'enrichissement injustifié qui est, chez le juriste orléanais, dissocié de la gestion d'affaires (2).

1) Une classification confuse des sources d'obligation

48. Le maintien des quasi-contrats. Contrairement à Domat, Pothier a conservé la catégorie des quasi-contrats et s'en tient fidèlement à la conception romaine de cette source d'obligation. Cette conception se retrouve ainsi dans la définition des quasi-contrats qu'il formule comme « le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles »¹⁸³. Cette définition très imprécise rejoint celle purement négative connue en droit romain. Le quasi-contrat s'oppose au délit en ce qu'il résulte d'un fait licite et s'oppose au

¹⁸³ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, réed. Dalloz, préf. J.-L. HALPERIN, 2011, p. 52.

contrat par l'absence de consentement. Pothier n'adhère cependant pas à la théorie du contrat implicite. Il précise clairement que le quasi-contrat ne repose sur aucun consentement et que « c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation »¹⁸⁴. Si Pothier rapproche les quasi-contrats des contrats, c'est en raison des effets du quasi-contrat qui produit des obligations « comme en produisent les contrats »¹⁸⁵. Dans ce bref passage consacré aux quasi-contrats il n'est nulle part fait mention de l'idée d'un enrichissement injustifié, seule l'équité naturelle étant mentionnée. Pothier se contente ici d'énumérer des exemples de quasi-contrats, sans prétendre en faire une liste exhaustive. Il reprend les cinq quasi-contrats du Digeste en y ajoutant seulement les obligations liant un incapable ou une femme mariée envers une autre personne¹⁸⁶.

49. La conciliation des quasi-contrats avec l'obligation légale. Le juriste orléanais apporte toutefois une innovation par rapport à la classification quadripartite de Justinien et ajoute une cinquième source d'obligation : la loi¹⁸⁷. Cet ajout sème le trouble sur les frontières qu'il convient d'attribuer à cette source d'obligation mais également à celle des quasi-contrats. Il ne peut en effet exister deux catégories résiduelles. Mais Pothier ne définit pas véritablement cette source d'obligation, si ce n'est qu'il s'agit d'obligations « qui ont pour seule et unique cause immédiate la loi », c'est-à-dire qu'elles n'entrent dans aucune des quatre catégories précédentes¹⁸⁸. Le terme de loi est envisagé très largement par Pothier, puisqu'il cite à titre d'exemple tant la loi naturelle¹⁸⁹ que la loi municipale qui oblige « le propriétaire d'une maison de la ville d'Orléans de vendre à son voisin la communauté de son mur qui sépare les deux maisons, lorsque ce voisin veut bâtir contre »¹⁹⁰. Seulement à partir du moment où la liste des quasi-contrats n'est pas exhaustive et que, tant l'obligation légale que les quasi-contrats peuvent être fondées sur l'équité, la ligne de démarcation entre les deux devient particulièrement délicate à tracer. Ainsi, même si dans l'esprit de Pothier, l'obligation légale présente un caractère « plus résiduel » que les quasi-contrats, il n'existe aucun critère de fiable de distinction. En somme, le quasi-contrat regrouperait les obligations qui ne sont ni contractuelles, ni délictuelles, ni quasi-délictuelles et l'obligation légale associerait celles qui ne peuvent même pas être qualifiées de quasi-contractuelles. Le

¹⁸⁴ *Ibid.* p.53.

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁸⁸ R.-J. POTHIER, *op. cit.*, p.55.

¹⁸⁹ Que l'on peut ici tenir pour synonyme d'équité.

¹⁹⁰ *Ibid.*

problème est de pouvoir identifier les obligations qui ne peuvent même pas être entrées dans la catégorie des quasi-contrats.

50. Les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié. Le mélange des influences romaines et jusnaturalistes est particulièrement visible à travers un exemple d'obligation légale, qui implique la fameuse maxime de Pomponius. Pour justifier qu'une femme mariée soit obligée de restituer la somme qu'elle a emprunté sans l'accord de son mari, il fait appel à « la loi naturelle seule, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui »¹⁹¹. Pothier emploie ainsi l'adage romain pour en faire le fondement de l'obligation, alors qu'en droit romain cette maxime n'avait qu'une simple valeur explicative et ne permettait en aucun cas de fonder à elle seule une obligation¹⁹². Il va tout de même moins loin que l'École du droit naturel, et en particulier Grotius, car il ne fait pas de l'enrichissement injustifié une source d'obligation à part entière. Dans son traité des obligations, Pothier semble donc ranger l'enrichissement injustifié dans la catégorie de l'obligation légale. Il faut toutefois préciser que cette position n'est pas toujours très claire dans ses autres traités, car dès lors qu'il fait référence à l'enrichissement injustifié, il se contente de l'associer à l'équité, qui peut être aussi bien le fondement des quasi-contrats que de l'obligation légale... Il semble néanmoins qu'il faille trancher en faveur de l'obligation légale ne serait-ce que pour une raison historique. Les juristes romains n'ayant jamais connu l'enrichissement injustifié comme source d'obligation, l'association avec les quasi-contrats n'a jamais pu être établie. Aussi, il faut retenir un critère traditionnel pour distinguer les quasi-contrats de l'obligation légale et ne pas se fier aux définitions particulièrement larges de ces deux catégories. La répartition se fait donc ainsi : les actions déjà qualifiées de quasi-contrat ainsi que celles qui s'en rapprochent demeurent dans cette catégorie, alors que les nouvelles actions, qui n'ont pas été envisagées en droit romain et qui ne peuvent se rattacher à une catégorie préexistante, doivent être rangées dans la catégorie d'obligation légale. En dépit de cette ambiguïté, il est en revanche certain que

¹⁹¹ *Ibid.* Cet exemple est à vrai dire assez troublant car Pothier envisage également le cas des femmes mariées dans les quasi-contrats... Il explique ainsi qu'elles « peuvent de cette manière être obligées envers les autres, et obliger les autres envers elles, sans être autorisées de leurs maris : car la loi, qui leur défend de s'obliger ni de rien faire que dépendamment de leurs maris et avec leur autorité, n'annule que ce qu'elles feroient sans son autorité, et non pas les obligations qui sont formées sans aucun fait de leur part » (R.-J. POTHIER, *op. cit.*, p.53).

¹⁹² Voir *supra* n°30.

Pothier ne fondait pas les quasi-contrats sur l'enrichissement injustifié et qu'il dissociait ce cas de la gestion d'affaires.

2) L'influence du droit naturel : la distinction entre l'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires

51. Le contexte général (1). – La répétition de l'indu. Pour mieux comprendre la distinction que Pothier établit entre enrichissement injustifié et gestion d'affaires, il est intéressant d'examiner la manière dont Pothier appréhende la répétition de l'indu. C'est, en effet, le seul quasi-contrat qu'il rattache expressément à l'idée d'enrichissement injustifié. Ce que le droit français retiendra plus tard sous l'appellation de répétition de l'indu est envisagé par Pothier sous les qualifications romaines de *promutuum* et de *condictio indebiti*. La distinction que Pothier fait entre *promutuum* et *condictio indebiti* n'est qu'assez superficielle, les mêmes règles s'appliquant en grande partie aux deux cas. La différence tient à l'objet de l'action : alors que le *promutuum* ne s'applique qu'aux sommes d'argent et aux choses fongibles, la *condictio indebiti* a elle un champ plus large puisqu'elle concerne tous les cas où « quelqu'un a payé par erreur à un autre, non seulement une certaine somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles, qui est le cas du *promutuum*, mais généralement quelque chose que ce soit, qu'il croyait par erreur devoir »¹⁹³. Le fondement est pourtant dans les deux cas le même, le principe selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui¹⁹⁴. Il convient d'ailleurs de remarquer que Pothier insiste sur le fait que dans les deux cas, il n'y a aucun consentement des parties, il déclare ainsi qu'on ne doit pas « supposer un pacte tacite entre les parties, de rendre, au cas que la chose ne fut pas due ; car la persuasion en laquelle on suppose que les parties étaient que la chose était due, exclut ce pacte tacite »¹⁹⁵. Les dérives ultérieures des auteurs sur l'idée d'un contrat implicite ne sont donc pas attribuables à Pothier, quand bien même il conserva la notion de quasi-contrat. En somme, pour Pothier, tant le *promutuum* que la *condictio indebiti* sont des applications directes de ce principe d'équité naturelle.

¹⁹³ BUGNET, *Œuvres de Pothier*, T. 5, *Contrats de bienfaisance*, 2^e éd., H. Plon, Cosse et Marchal, 1861, p.101-103.

¹⁹⁴ *Ibid.*, n°134 pour le *promutuum* « C'est l'équité que la forme [l'obligation], et qui ne permet pas que celui qui a reçu le paiement de ce qui ne lui était pas dû, s'enrichisse aux dépens de celui qui le lui a payé par erreur » ; n° 141 pour la *condictio indebiti* « (...) car son obligation d'où naît l'action *condictio indebiti*, n'a pour fondement que la règle d'équité qui ne permet pas qu'il s'enrichisse aux dépens de celui qui a fait le paiement ».

¹⁹⁵ *Ibid.* n°134.

52. Le contexte général (2). – La gestion d'affaires. Il en va autrement de la présentation de la gestion d'affaires où il n'invoque pas directement la maxime de Pomponius mais deux principes d'équité différents « qui veut que celui qui s'ingère à faire les affaires d'un autre, soit tenu d'en rendre compte ; et qui ne permet pas que celui dont a fait les affaires, puisse en profiter sans indemniser celui qui les a faites »¹⁹⁶. Ce dernier principe pourrait sembler proche de l'idée d'enrichissement injustifié, cependant la suite des développements révèle que Pothier fait une réelle distinction entre la gestion d'affaires et l'action résultant de la seule équité, dans le cas où une personne a géré l'affaire d'autrui en pensant faire la sienne. Le terme de profit ne doit pas prêter à confusion, surtout à une époque où l'enrichissement injustifié n'est pas encore bien ancré. Ce principe qui veut que le gérant soit indemnisé de ses dépenses est tout simplement à mettre en parallèle avec l'une des conditions de la gestion d'affaires, selon laquelle le gérant doit avoir l'intention de se faire rembourser ses dépenses¹⁹⁷. Si Pothier évoque le principe d'équité selon lequel nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui dans ses développements sur la gestion d'affaires, ce n'est pas en tant que fondement de cette figure, mais comme substitut dans les cas où l'action de gestion d'affaires n'est pas applicable, à défaut de volonté de gérer les affaires d'autrui. Mais au stade de la présentation Pothier ne lie aucunement la gestion d'affaires avec l'idée d'enrichissement injustifié.

53. La distinction entre gestion d'affaires et l'action d'équité. Le juriste orléanais envisage cette action d'équité, qu'il fonde sur la maxime de Pomponius dans un contexte particulier, celui où une personne se trompe et gère par erreur l'affaire d'autrui alors qu'il pensait gérer la sienne. Cette personne agit donc dans un pur intérêt personnel et sans intention de gérer l'affaire d'autrui, condition pourtant nécessaire pour reconnaître une gestion d'affaires. Aussi, en pareille hypothèse l'action *contraria* ne peut être accordée à celui qui a involontairement géré l'affaire d'autrui. Mais en ce cas, si le « maître »¹⁹⁸ a tiré un profit de la gestion, il serait inéquitable qu'il le conserve car il s'enrichirait ainsi au détriment d'autrui. C'est donc dans cette hypothèse bien particulière que Pothier envisage cette action qui dérive de la seule équité, et non de la gestion d'affaires. Il insiste ainsi à plusieurs

¹⁹⁶ *Ibid.*, n°167.

¹⁹⁷ *Ibid.*, n°167, p.243.

¹⁹⁸ Par commodité et pour éviter une périphrase, il est fait référence au maître, même si en ce cas précis il n'y a pas de gestion d'affaires.

reprises sur le fait qu'il n'y a pas de gestion d'affaires en ce cas¹⁹⁹. On ne peut donc attribuer à Pothier la paternité de la gestion d'affaires anormale. Contrairement aux auteurs qui lui succéderont, Pothier admet parfaitement que l'équité puisse créer directement des obligations, en ce cas l'équité permet de suppléer la carence du droit. Présenter d'une autre manière, ce principe d'équité n'est pas ici utilisé comme fondement de l'action mais comme une atténuation face à ce que Pothier nomme « les subtilités du droit romain ». Cette distinction a une incidence directe sur le régime de l'indemnisation. En effet, lorsque la gestion d'affaires est caractérisée, le gérant peut prétendre au remboursement de l'intégralité de ses frais de gestion. Tandis que l'action découlant de la seule équité ne permet au demandeur d'obtenir que le seul profit réalisé par le défendeur au moment de la demande²⁰⁰. Pothier envisage donc deux actions bien distinctes, ayant chacune un fondement ainsi qu'une finalité différente, ce qui explique la différence de régime. Les seules questions auxquelles répond Pothier sont donc les suivantes : à défaut de gestion d'affaires, l'intervenant peut-il disposer d'une autre action contre le « maître » ? Le cas échéant, que peut-il obtenir ? Il ne doit absolument pas être déduit de ces développements que l'action *contraria* est un cas particulier d'enrichissement injustifié, sinon on retrouverait la limite du profit fait par le défendeur. Il est vrai cependant que ce mélange entre solutions romaines et solutions inspirées du droit naturel peut prêter à confusions. Si Pothier traite de ces deux actions en même temps, c'est parce qu'elles étaient traitées ainsi en droit romain, où les juristes ont beaucoup débattu de ce cas particulier. Cette présentation, qui part des cas romains pour y ajouter des solutions du droit naturel, présente l'inconvénient majeur de ne pas permettre une vue d'ensemble.

¹⁹⁹ « Dans ce cas cette gestion ne forme pas entre nous le quasi-contrat de *negotiorum gestorum* ; et à ne consulter que la subtilité du droit, n'ayant pas eu intention de faire votre affaire, ni par conséquent de vous obliger à me rembourser les frais de ma gestion, je ne puis avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum* (...) Mais l'équité, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, m'accorde en ce cas, contre la subtilité du droit, une action contre vous pour répéter de vous les frais de ma gestion, jusqu'à concurrence de ce que vous en avez profité » (BUGNET, *op. cit.*, n°189).

²⁰⁰ BUGNET, *op. cit.*, n°193.

II : La réception de l'enrichissement injustifié en droit allemand

54. Une démonstration des difficultés posées par l'enrichissement injustifié. Le droit allemand fut l'un des premiers systèmes juridiques à consacrer légalement un principe général d'enrichissement injustifié, mais son intégration ne se fit pas sans peine. La clause générale du §812(I)(1) du BGB fut très rapidement critiquée pour sa largesse et de nombreux auteurs ont, tout au long du XX^e, proposé des solutions pour réduire le champ d'application et rendre l'application de cette clause plus prévisible. Le droit allemand est ainsi une bonne illustration des problèmes que peut poser cette source d'obligation, en particulier lorsqu'elle repose sur une clause générale sanctionnant tout enrichissement qui ne reposerait sur aucune justification juridique. Bien que ce principe demeure, les juristes allemands ont développé de nouveaux critères et distingué différentes formes d'enrichissement. Le droit moderne de l'enrichissement injustifié résulte donc d'une lente évolution (A) qui a abouti à un droit relativement complexe (B).

A) Une lente évolution

55. Le contexte général. À l'instar du droit français, le droit allemand s'est fortement inspiré du droit romain, mais contrairement au droit français, le modèle de l'enrichissement injustifié ne repose pas sur les quasi-contrats, mais sur les *condictiones*²⁰¹. Il faut toutefois rappeler que les juristes romains n'ont jamais conçu les *condictiones* comme un moyen de restituer un enrichissement indu²⁰². Ce travail, qui consiste à regrouper toutes les *condictiones* sous une même catégorie cohérente, est l'œuvre des juristes allemands du XIX^e, en particulier de Savigny²⁰³. C'est également à partir de ces *condictiones* que Savigny formule un principe général de restitution d'un enrichissement injustifié qui sera repris au §812(I)(1) du BGB²⁰⁴. Il explique ainsi que ces actions romaines sont toutes fondées sur

²⁰¹ Voir *supra* n° 33.

²⁰² Leur rôle était conçu bien plus largement, ces actions ne tenaient pas compte de la source (contrat ou obligation extra-contractuelle). Voir notamment N. JANSEN, « Farewell to unjustified enrichment? », *Edinburgh Law Review*, 2016, 20(2), p. 123-148, spéc. p. 126s.

²⁰³ *Ibid.*, p.130 s.

²⁰⁴ G. DANNEMANN, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution*, Oxford University Press, 2009, p.8-9. Le §812(I)(1) dispose ainsi que: « Celui qui sans justification juridique a reçu quelque chose d'une personne par prestation ou d'une autre manière aux dépens de celle-ci est tenu de lui en faire la restitution. Cette obligation existe également lorsque le fondement juridique disparaît ou que la prestation

l'enrichissement injustifié qui, à l'instar de l'action en revendication, a pour objectif de protéger le droit de propriété initial du demandeur²⁰⁵. L'absence de justification juridique à l'enrichissement du défendeur justifie les restitutions²⁰⁶.

Dans un premier temps, ce principe général a été perçu comme un progrès, il permettait de mettre fin à la casuistique des *condictiones* romaines en donnant une ligne de conduite générale²⁰⁷. Au cours du XIX^e, ce principe général n'a pas suscité de difficultés particulières car il n'avait en réalité qu'une valeur explicative, les juges se fondant toujours expressément sur les *condictiones* romaines²⁰⁸. En revanche, dès lors qu'il a été question de faire de ce principe abstrait une règle de droit applicable devant les tribunaux, les juristes allemands ont vraisemblablement eu quelques hésitations car aucune clause générale ne fut initialement retenue dans le premier projet du BGB²⁰⁹. En tout état de cause, la rédaction de du § 812(I)(1) n'a pas emporté la conviction et a été vivement critiqué pour sa largesse. L'article dispose ainsi que « Celui qui sans justification juridique a reçu quelque chose d'une personne par prestation ou d'une autre manière aux dépens de celle-ci est tenu de lui faire restitution »²¹⁰. Les difficultés d'application n'ont pas tardé à surgir, surtout qu'en dépit de cette clause générale, le § 812(I)(2) maintient malgré tout deux cas particuliers d'enrichissement : « Cette obligation existe également lorsque le fondement juridique disparaît ou que la prestation n'a pas produit l'effet qu'avait pour but le contenu de l'acte juridique »²¹¹. Les rédacteurs n'étant pas certains que ces deux cas soient compris dans la

n'a pas produit l'effet qu'avait pour but le contenu de l'acte juridique » (trad. G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010, p.301).

²⁰⁵ Initial car la propriété a bien été transférée, cependant, en dépit de ce transfert, le demandeur mérite une protection équivalente à celle du propriétaire de l'action en revendication, voir N. JANSEN, art. préc., p. 130-131.

²⁰⁶ R. ZIMMERMANN, J. DU PLESSIS, « Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment », *Restitution Law Review*, 1994 (2), p.14-31, spéc. p. 17.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ N. JANSEN, art. préc., p. 130.

²⁰⁹ Une première commission fut chargée en 1881 de rédiger un premier projet, qui fut rendu public en 1887. Ce projet ayant fait l'objet de nombreuses critiques et controverses une seconde commission présenta un autre projet en 1895. Sur la rédaction du BGB et les différents projets voir notamment T. KREBS, *Restitution at the Crossroads: a Comparative Study*, Cavendish Publishing Limited, 2001, p.16-17 ; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p.887-888. L'un des rédacteurs du projet était en effet particulièrement hostile à ce principe général, voir R. ZIMMERMANN, J. DU PLESSIS, art. préc., p. 17: « He referred, in this context, to the 'falsely acknowledged vague sentence' that 'where the enrichment of a person from the estate of another or as his expense appears to be inequitable, it should be returned on the ground that it is unjustified' ».

²¹⁰ Traduction par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Juriscope, Dalloz, 2010, p.301

²¹¹ *Ibid.*

clause générale, ils ont préféré, par précaution, reprendre ces hypothèses spécifiques²¹². Outre l'articulation entre la clause générale et les hypothèses spécifiques d'enrichissement, l'application de cette règle aux cas d'espèce a généré de nombreux débats, notamment parce qu'il est en réalité difficile de trouver des règles communes à toutes les formes d'enrichissement. Il fut ainsi proposé de recourir à l'équité pour déterminer dans quel cas un enrichissement devait être considéré comme injustifié²¹³. En dépit des efforts de certains auteurs, qui tentèrent de fonder une théorie uniforme de l'enrichissement injustifié en développant des règles applicables à toute forme d'enrichissement, aucune de ces propositions ne parvint à convaincre²¹⁴.

56. Un affinement progressif de la clause générale. Face à cet échec, les auteurs allemands du XX^e ont, au contraire, cherché à faire des distinctions, quitte à s'éloigner de la lettre du BGB. La première distinction a été proposée par Walter Wilburg, en 1934, entre un enrichissement provenant d'une prestation du demandeur et un enrichissement réalisé d'une autre manière²¹⁵. Cette distinction paraît superflu au regard du §812(I)(1), mais elle a gagné en popularité au fil des années, jusqu'à ce qu'Ernst von Caemmerer, dans les années 1950, suggère de nouvelles distinctions au sein de la catégorie d'un enrichissement « réalisé d'une autre manière »²¹⁶. Ce qui est dorénavant appelé la typologie Wilburg von Caemmerer constitue l'état du droit positif allemand. Il faut noter cependant, et c'est une constante que l'on retrouve quel que soit le système juridique étudié (droit allemand, droit français et droit anglais), que la notion d'enrichissement est toujours conçue très largement et recouvre notamment les services, que ces derniers aient conduit à une amélioration du patrimoine du défendeur ou à l'acquisition d'un nouveau bien, ou qu'ils aient simplement permis au défendeur de faire l'économie d'une dépense²¹⁷. Dès lors qu'il est question de restreindre le champ d'application de l'enrichissement injustifié, il est étonnant de constater que cela ne passe jamais par une définition plus restrictive de l'enrichissement. Au contraire, cela passe

²¹² G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.45

²¹³ R. ZIMMERMANN, J. DU PLESSIS, art. préc., p.24, « For a while, an equity-based « unity doctrine » or *Einheitslehre* enjoyed considerable popularity. According to this doctrine, enrichment liability arises from “equitable considerations” and it merely requires determination of whether a shift of wealth is without legal ground or not”.

²¹⁴ Voir les références citées par R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 888 note 345.

²¹⁵ R. ZIMMERMANN, J. DU PLESSIS, art. préc., p. 24-25.

²¹⁶ *Ibid.*, p.25.

²¹⁷ La jurisprudence fournit de nombreux exemples de services n'apportant aucun accroissement du patrimoine du défendeur, comme le fait de faire la comptabilité du défendeur, de lui donner un cours... L'idée étant qu'en principe le défendeur aurait dû payer pour obtenir ces services, en ne payant pas le demandeur, il réalise ainsi une économie et s'enrichit donc aux dépens du demandeur.

par un raffinement de l'exigence d'une absence de justification à l'enrichissement, comme en Allemagne, ou par l'ajout de nouvelles conditions, telle que la subsidiarité en France, ou encore par l'établissement d'une liste de cas où l'enrichissement est considéré comme injuste selon le modèle anglais. Nous verrons toutefois qu'il existe, en droit anglais, un courant intéressant dénonçant cette vision extensive de l'enrichissement, et en particulier l'inclusion des services au sein de l'enrichissement injustifié²¹⁸. À ce stade, il est simplement nécessaire de faire état de la solution du droit allemand qui a apporté de nombreuses limites à sa clause générale d'enrichissement injustifié.

B) L'état du droit positif

57. Les subdivisions de la clause générale. Le droit allemand, sans pour autant modifier la lettre du § 812 du BGB, a apporté des limites à sa clause générale. Le droit positif repose aujourd'hui essentiellement sur la typologie proposée par les professeurs Wilburg et von Caemmerer²¹⁹. La principale distinction concerne l'enrichissement provenant d'une prestation du demandeur (*Leistungskondiktion*) (1°) et l'enrichissement par d'autres moyens (2°). Pour compléter cette présentation, il est intéressant de s'attarder sur les liens qu'entretiennent la gestion d'affaires avec l'enrichissement injustifié, la première n'étant pas perçue outre-Rhin comme un cas particulier d'enrichissement injustifié (3°).

1°) Le principal cas d'enrichissement injustifié : l'enrichissement par la prestation du demandeur (*Leistungskondiktion*)

58. L'exigence d'un transfert volontaire. L'enrichissement par prestation correspond aux cas où le demandeur a transféré, de sa propre initiative et dans la perspective d'éteindre ou de créer une obligation spécifique, un gain alors qu'il n'existe en réalité aucun fondement juridique valable à ce transfert²²⁰. Cela suppose toutefois que le demandeur ait non seulement conscience de transférer un gain, mais également qu'il l'ait initialement souhaité, ce qui explique que les transferts involontaires ne soient pas couverts²²¹. Cela permet de ne

²¹⁸ Voir *infra* n°102-103.

²¹⁹ Pour une transposition de ce modèle en droit français voir C. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français. Analyse interne et vues comparatives*, th. Lille II, 1999.

²²⁰ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.21 s., par exemple, la plupart des paiements fait par erreur, sous la contrainte, les restitutions conséquentes à l'anéantissement rétroactif d'un acte juridique...

²²¹ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.24.

pas appréhender les cas controversés, en particulier les hypothèses qualifiées d'enrichissements incidents, lorsque le demandeur, agissant en premier lieu dans son intérêt, enrichit par contrecoup et involontairement des tiers. Un exemple simple et fréquemment cité est celui de la personne qui, en chauffant son appartement mal isolé, chauffe également celui de son voisin. Il ne pourrait rien invoquer à l'encontre de ce dernier car, non seulement il n'avait aucune intention d'éteindre la moindre obligation, mais en plus il n'avait certainement pas conscience de transférer le moindre gain, ici une dépense épargnée (économie des frais de chauffage), à son voisin. Si cette hypothèse est généralement écartée, avec plus ou moins de difficultés, quel que soit le système juridique étudié²²², l'accent mis sur l'intention du demandeur a également pour conséquence de laisser hors de la *Leistungskondition* toutes les hypothèses où le demandeur a amélioré le bien d'autrui dans la croyance erronée d'être propriétaire du bien²²³. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'aucune action ne pourra être accordée au demandeur lorsqu'il n'avait aucune intention de transférer le gain au défendeur, simplement il devra invoquer, soit un enrichissement par une autre manière (*Nichtleistungskondition*), soit un corps de règle indépendant de l'enrichissement injustifié.

59. Le champ d'application de la *Leistungskondition*. En dépit de ces quelques critiques sur l'étroitesse de la définition de la *Leistungskondition*, elle présente un avantage incontestable dès lors qu'il est question d'identifier le demandeur et le défendeur. En effet, interprété de cette manière, il n'est pas nécessaire d'établir en plus que le transfert s'est réalisé au détriment du demandeur. La nécessité d'établir l'intention d'éteindre ou de créer une obligation spécifique permet d'identifier à la fois le demandeur, celui qui réalise la prestation avec un but particulier en tête, et le défendeur, la personne qui, d'après le projet du demandeur, est censée recevoir la prestation²²⁴. Cela exclut donc en grande partie les enrichissements indirects. Pour mieux le comprendre il est possible de reprendre un exemple du professeur von Caemmerer²²⁵ : un locataire fait réparer les vitres de son appartement par un vitrier, mais le contrat de bail est par la suite annulé alors que les travaux de réparation ont été achevés. Le vitrier, souhaitant obtenir le paiement pour les travaux effectués, dispose-t-il d'une action contre le seul locataire ou peut-il également agir contre

²²² Nous reviendrons ultérieurement sur l'hypothèse des enrichissements incidents, voir *infra* n°145, n°156.

²²³ Voir notamment R. ZIMMERMANN, J. DU PLESSIS, art. préc., p.26

²²⁴ R. ZIMMERMANN, J. DU PLESSIS, art. préc., p. 26 et G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.31-33.

²²⁵ Tel que repris dans l'ouvrage du professeur Dannemann, G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.29-30.

le bailleur, qui profite indirectement des réparations des fenêtres ? En droit français, nous verrons que ces cas posent difficultés car, si par principe, il n'est pas exigé que l'enrichissement soit direct, toute la question sera de savoir si le contrat conclu entre le locataire et le bailleur justifie l'enrichissement du bailleur, et fait donc obstacle à toute action du vitrier contre le bailleur²²⁶.

En droit allemand, la solution est plus tranchée, le vitrier peut seulement agir contre le locataire, à l'exclusion du bailleur, dont il peut même ignorer l'existence, car son intention était d'exécuter une obligation qu'il pensait devoir au locataire, et non au bailleur²²⁷. Malgré ces limites, qui ne découlent pas de la lettre du §812, la *Leistungskondition* reste la principale branche de l'enrichissement injustifié allemand. Pour donner un aperçu plus concret, elle recouvre notamment les cas qui seraient, en droit français, appréhendés par la répétition de l'indu ainsi qu'une partie de l'action d'enrichissement injustifié²²⁸. Elle recouvre également les restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif d'un contrat. Cela inclut aussi l'hypothèse où un contrat translatif de propriété a été annulé, car le transfert n'étant pas remis en cause du simple fait de l'annulation, il est possible d'obtenir restitution du bien transféré sur ce fondement. En revanche, dès lors que le contrat n'est pas rétroactivement remis en cause, les restitutions consécutives notamment à l'inexécution relève du droit des contrats, l'idée étant qu'en cette hypothèse le contrat justifie toujours le transfert²²⁹. Selon l'effet rétroactif ou non de l'anéantissement du contrat, le régime relève des restitutions, donc soit de l'enrichissement injustifié soit du droit des contrats, ce dédoublement des règles étant décrié par certains auteurs²³⁰. Pourtant, au regard de la définition de la *Leistungskondition*, il ne serait pas impossible de réunir ces deux hypothèses sous un même régime, dès lors que le contrat a cessé de produire effet, ne serait-ce que pour l'avenir, ou au moins que l'obligation en vertu de laquelle le transfert a été réalisé est remise

²²⁶ Sur l'application assez aléatoire de l'exigence d'une justification à l'enrichissement, en particulier en cas d'enrichissement indirect en droit français, voir *infra* n°338s. et n°341.

²²⁷ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.29: « The principle of *Leistung* indicates that the tenant is the correct defendant, as this was clearly a performance which the glazier undertook towards the tenant ».

²²⁸ À l'exception notable des cas d'enrichissements indirects ainsi que des cas où l'appauvri n'a pas eu conscience de transférer l'enrichissement à un tiers, puisque le droit français n'exige pas un transfert volontaire de la part de l'appauvri, voir *infra* n°340. Elle recouvre donc les hypothèses où l'appauvri a volontairement réalisé un service pour l'enrichi.

²²⁹ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.60.

²³⁰ Voir notamment S. MEIER, « Unjust Factors and Legal Grounds », D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (ed.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, p.37s.; G. DANNEMANN, "The Future of German Unjustified Enrichment Law", *RLR*, Vol. 25, 2017, p. 44s., spéc. p.51

en cause²³¹. À partir du moment où l'obligation qui sous-tendait le transfert ne permet plus de le justifier, les raisons justifiant les restitutions sont les mêmes qu'en cas d'annulation du contrat. Nous verrons que c'est la solution retenue en droit anglais, qui traite essentiellement de cette question au sein de l'*unjust enrichment*²³². Par contraste, même si cela reste en réalité assez obscur, le droit français tend à regrouper l'ensemble de ces restitutions au sein du droit des contrats²³³.

60. La subsidiarité des « autres moyens » d'enrichissement injustifié par rapport à la *Leistungskondiktion*. Il n'est possible de recourir aux autres moyens d'enrichissement que si les conditions de la *Leistungskondiktion* ne sont pas réunies, il existe ainsi une règle de subsidiarité entre ces différentes branches de l'enrichissement injustifié²³⁴. Cette règle n'est pas sans rappeler l'article 1303 du Code civil qui dispose que l'action d'enrichissement injustifié n'est possible qu'en dehors « des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu ». Mais le schéma semble inversé entre le droit allemand et le droit français, puisque le cas « général », *Leistungskondiktion*, l'emporte sur les hypothèses particulières. Tandis qu'en droit français l'action générale n'est accordée que lorsque le demandeur ne peut faire appel à aucun cas particulier d'enrichissement injustifié. Cette règle a *a priori* moins d'intérêt en droit allemand, puisque quel que soit le cas d'enrichissement injustifié, le régime est le même. Cependant, il est au moins un cas où cette règle présente une réelle utilité, à savoir lorsque les faits permettent à la fois d'agir sur le fondement de la *Leistungskondiktion*, contre celui qui a directement reçu l'enrichissement et, sur le fondement d'un autre moyen, contre celui qui profite indirectement de l'enrichissement. La règle de subsidiarité empêche en ce cas le demandeur d'agir, sur un autre fondement, contre celui qui a indirectement profité de l'enrichissement²³⁵. Un exemple classique est celui du

²³¹ Voir notamment S. MEIER, « No Basis: A Comparative View », in A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p.344: "Restitution can still be explained by a failure of basis, if termination or frustration is seen as destroying, not the entire contract, but the contractual obligations to perform".

²³² Voir *infra* n°175.

²³³ Voir *infra* n°273. Le fondement des restitutions n'est pas très clair en droit français et la réforme de 2016 n'a rien changé à cela. Il nous semble d'ailleurs que cela est lié à l'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié, qui incite les auteurs français à intégrer les restitutions au droit des contrats. Cela ne tient pas au fait que le droit allemand connaît l'acte abstrait alors que le droit français maintiendrait un système causaliste, cette différence de système à tout au plus eu une influence dans la « découverte » de l'enrichissement injustifié (sur ce point voir *infra* n° 383 ; pour une opinion contraire voir T. GENICON, « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p.961s.).

²³⁴G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.52.

²³⁵ *Ibid.*

sous-traitant qui délivre sa prestation à son contractant, l'entrepreneur principal, alors que le contrat de sous-traitance est par la suite annulé. Ce sous-traitant pourrait-il également agir contre le maître de l'ouvrage au motif, notamment, que la prestation qu'il a réalisé pour l'entrepreneur conduit à l'adjonction d'un nouveau bien pour le maître de l'ouvrage (délivrance de produits électroménagers par exemple)²³⁶ ? Il dispose déjà d'une action contre l'entrepreneur, car la prestation qu'il a volontairement accomplie à son égard n'a plus de fondement en raison de l'annulation du contrat, mais il pourrait également, en théorie, agir sur un enrichissement par une autre manière, notamment l'*Eingriffskondiktion*, si l'on considère qu'il y a bien eu un transfert de propriété des produits électroménagers du sous-traitant au maître de l'ouvrage et que ce transfert involontaire au maître de l'ouvrage constitue une atteinte au droit de propriété du sous-traitant. Des faits similaires ont donné lieu à une décision de la *Bundesgerichtshof* (BGH), l'équivalent allemand de la Cour de cassation. Les juges ont ainsi estimé qu'il n'est possible de recourir aux autres manières d'enrichissement injustifié que lorsque les conditions de la *Leistungskondiktion* ne sont pas réunies, c'est-à-dire qu'il n'a pas eu de transfert volontaire du gain sur le fondement d'une obligation en réalité inexistante ou rétroactivement anéantie²³⁷.

61. Une règle cantonnée au sein de l'enrichissement injustifié. La subsidiarité, au sens où l'entend le droit allemand, signifie que l'action sera systématiquement écartée dès lors qu'un autre moyen de droit aurait pu être invoqué par le demandeur. En ce sens, l'exigence de subsidiarité est très proche de la règle du non-cumul, qui interdit à un cocontractant de choisir entre les règles relatives à l'inexécution du contrat et celles de la responsabilité extracontractuelle, alors qu'il serait possible de caractériser simultanément une inexécution du contrat et un fait générateur de responsabilité²³⁸. Cette utilisation de la subsidiarité est assez exceptionnelle en droit allemand, il n'existe pas d'exigence générale de subsidiarité de l'enrichissement injustifié comme en droit français²³⁹, et ne se retrouve qu'au sein des

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Voir la traduction en langue anglaise du professeur Dannemann de la décision du BGH, 31 octobre 1963, BGHZ 40, 272 (G. DANNEMANN, *op. cit.*, Cases n°4, p.227-233, spéc. p.232): « Rather a claim for enrichment in another way – often called *Eingriffskondiktion* or restitution for interference can only accrue, according to recent academic writing, if the object of the enrichment was not performed to the recipient at all, i.e. not by anybody ».

²³⁸ Pour un tel rapprochement voir notamment J. BEATSON, E. SCHRAGE, *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, 2003, p. 424-425.

²³⁹ Voir notamment C. VON BAR, S. SWANN, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2010, n°5, p.526: « In German law the claim under unjustified enrichment law is in principle not subsidiary and nor does it exclude other claims. In other words, unless statute provides otherwise, it exists as an independent claim alongside any others. The principle of free concurrence of actions applies

différentes branches de l'enrichissement injustifié. En d'autres termes, le droit allemand accepte par principe le « cumul » de l'action d'enrichissement injustifié avec d'autres actions, notamment fondées sur la responsabilité et il appartient alors au demandeur de choisir l'action qui lui est le plus favorable. Nous verrons également que le droit anglais ne connaît pas d'exigence de subsidiarité, qui semble en réalité être une spécificité du modèle français de l'enrichissement injustifié, que l'on ne retrouve que dans les pays adoptant un modèle similaire au nôtre²⁴⁰. Une première explication permet de comprendre cette spécificité française. Contrairement aux systèmes allemand et anglais, qui sont agencés de telle manière que l'action d'enrichissement injustifié sera rarement autorisée en cas d'enrichissement indirect, le système français admet par principe cette hypothèse et elle est notamment fréquemment invoquée lorsque celui qui a directement reçu le profit est insolvable. Il est d'ailleurs remarquable de constater que le seul cas où le droit allemand impose une règle de subsidiarité concerne une hypothèse où le demandeur pourrait autrement agir contre un tiers et non contre celui qui a directement reçu l'enrichissement.

2°) Les « autres manières » d'enrichissement injustifié

62. L'Eingriffskondiktion. Parmi ces autres moyens, la principale alternative à l'enrichissement par prestation est l'enrichissement procuré par la violation d'un droit exclusif (*Eingriffskondiktion*), ce qui comprend notamment la violation d'un droit de propriété, y compris de propriété intellectuelle, ou d'un droit de la personnalité²⁴¹. Contrairement au premier cas, l'enrichissement peut provenir ici du fait du défendeur, peu importe que ce fait soit par ailleurs constitutif ou non d'un fait générateur de responsabilité. Ainsi, sous ce cas particulier d'enrichissement injustifié, il est essentiellement envisagé l'hypothèse où une personne retire un gain de son « délit ». La première question concerne bien évidemment le choix de la source d'obligation adéquate : faut-il ranger cette hypothèse au sein de la responsabilité civile ou, parce qu'il est question de reverser un gain, dans la

(...) The principle of subsidiarity does apply, however, within unjustified enrichment law itself, where the condition based on performance has priority over other conditions (which are such subsidiary)''.

²⁴⁰ Voir notamment P. DRAKIDIS, « La 'subsidiarité', caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause », *RTD civ.* 1961.577s., l'auteur semble y voir un trait spécifique de l'(ancienne) action d'enrichissement sans cause, mais parmi les systèmes évoqués, ils citent essentiellement des pays qui se sont inspirés du droit français tel le droit italien, belge, libanais ou encore marocain, en prenant soin de noter que l'Allemagne ne connaît pourtant pas la même règle.

²⁴¹ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.92, il n'est pas possible de traduire cette expression par droit subjectif, trop large, car l'*Eingriffskondiktion* ne permet pas par exemple de sanctionner un gain obtenu par la violation d'un droit relatif, tel que l'inexécution d'une obligation contractuelle.

catégorie de l'enrichissement injustifié ? Le droit allemand envisage cette hypothèse essentiellement, mais non exclusivement, au sein de l'enrichissement injustifié. De manière générale, l'*Eingriffskondiktion* permet au demandeur de récupérer un enrichissement qu'il estime lui être dû, car l'enrichissement est lié à un droit dont il est le seul titulaire. Il est important de préciser, qu'en ce cas, il n'est pas question de punir le défendeur. Les restitutions se justifient donc moins par l'idée que nul ne doit profiter de sa faute que par l'idée de réattribution d'un gain à son légitime titulaire, dès lors que le droit lui accorde une exclusivité sur ce gain. Il faut également noter qu'un tel usage de l'enrichissement injustifié est rendu possible par l'absence d'exigence d'appauvrissement et de règle de non-cumul. Le droit allemand se concentre ainsi seulement sur les liens qui relient le demandeur à l'enrichissement.

63. La condition essentielle de l'*Eingriffskondiktion* : le critère de l'exclusivité.

L'*Eingriffskondiktion* est une subdivision de l'enrichissement injustifié, qui obéit à des conditions qui lui sont particulières. L'élément clé de cette subdivision réside dans la doctrine de l'attribution, qui suppose que le demandeur a un droit exclusif sur l'enrichissement dont il demande la restitution. De nouveau, c'est aux professeurs Wilburg et von Caemmerer que l'on doit cette doctrine de l'attribution, qui se départit de l'ancienne théorie qui se concentrait plutôt sur le comportement blâmable du défendeur²⁴². Avant le recours à cette doctrine de l'attribution, les auteurs allemands faisaient appel à un autre critère, proche de celui de l'illicéité, qui s'est vite montré impraticable. En effet, le comportement du défendeur, aussi blâmable soit-il, ne permet pas de dire dans quel cas il est opportun que la victime de ce comportement récupère le profit réalisé par le défendeur. Ainsi, plutôt que de se concentrer sur l'illicéité éventuelle de l'acte du défendeur, l'analyse se concentre sur le demandeur ainsi que sur la nature du droit violé : les gains réalisés en violation de ce droit font-ils partie de la sphère d'exclusivité du demandeur ? Autrement dit, le droit désigne-t-il pour unique titulaire du gain une personne en particulier ou s'agit-il d'un gain dont il n'est pas possible de désigner *a priori* le titulaire ? Pour cela, il faut distinguer selon la nature du droit violé. Seule la violation d'un droit absolu, dont le demandeur peut imposer le respect à quiconque, pourra entraîner des restitutions, à l'exclusion de la violation d'un simple droit relatif qui n'oblige que certaines personnes à

²⁴² T. KREBS, « The Fallacy of 'Restitution for Wrongs' », in A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *op. cit.*, p. 382.

l'égard du demandeur (dans la plupart des cas il s'agira d'un droit issu d'un contrat)²⁴³. Ainsi, il faut voir à qui le droit réserve le profit économique d'un droit ou d'un bien, ce que traduirait l'expression « aux dépens d'autrui », qui ne signifie pas que le demandeur doit avoir subi un appauvrissement, mais bien qu'il n'ait pas obtenu un profit que le droit lui réserve²⁴⁴.

Intuitivement, les professeurs Wilburg et von Caemmerer ont d'abord raisonné à partir du droit absolu par excellence : le droit de propriété, qui confère en principe les gains issus d'un bien à son propriétaire, sauf si ce dernier y renonce ou cède son droit²⁴⁵. Cela ne signifie pas pour autant que seule la violation d'un droit de propriété, ayant entraîné un profit, peut obliger le défendeur à restituer ce gain. Il faudra regarder à chaque fois quelle est la nature du droit violé et s'il réserve les gains afférents à la sphère d'exclusivité du demandeur. En dehors du droit de propriété, incluant la propriété intellectuelle, les juridictions allemandes ont également utilisé l'enrichissement injustifié dans les cas de violation des droits de la personnalité, en particulier d'atteinte à l'image. Cependant, cette possibilité n'est ouverte que lorsque le demandeur parvient à établir que son image, en elle-même, a un potentiel commercial, notamment en raison de sa célébrité²⁴⁶. Un inconnu n'aurait donc *a priori* aucune restitution sur ce fondement, si d'aventure un photographe peu scrupuleux utilisait son image pour une publicité, tandis qu'une starlette en vogue ou un sportif de haut rang pourrait obtenir gain de cause. L'idée est qu'une personne inconnue du grand public n'aurait certainement pas pu monnayer son image. Dès lors, les gains retirés de la publication d'une photographie ne tiennent vraisemblablement pas à sa personne, qui est interchangeable, mais au contexte dans lequel la photo a été réalisée. Cette solution peut, certes, paraître un peu sévère, mais elle illustre également la difficulté d'évaluer le gain et plus particulièrement le gain attribuable au demandeur. Si le choix de l'enrichissement injustifié pour ces hypothèses permet de sélectionner les cas de faute lucrative donnant lieu

²⁴³ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.92.

²⁴⁴ D.- J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, th. Paris II, 1978, p.316s. L'auteur développe dans sa thèse la doctrine des professeurs Wilburg et von Caemmerer, sur ce qui est appelé la doctrine du « contenu de destination des biens ». Il faudrait ainsi vérifier vers qui le droit destine le profit d'un droit ou d'un bien.

²⁴⁵ T. KREBS, art. préc., p. 382: "Von Caemmerer argues that it is in the nature of property to attribute a certain benefit to the owner. At the same time, property rights exclude others from the benefit. If, therefore, somebody uses another's property, he obtains something which the property right attributes to the owner. The property right attributes to him the 'uti, frui, abuti' of the thing in question".

²⁴⁶ T. KREBS, art. préc., p. 385-386.

à restitution, elle ne résout cependant pas toutes les difficultés et, en premier lieu, celle de l'évaluation de l'enrichissement.

64. Les « autres manières » en dehors de l'*Eingriffskondiktion*. En dehors des deux hypothèses d'enrichissement injustifié déjà évoquées, les juristes allemands ont développé d'autres cas. Une première alternative aux deux précédents cas, plus marginale, concerne les dépenses non autorisées sur le bien d'autrui (*Verwendungskondiktion*), ce qui globalement concernerait, en France, la théorie des impenses et la construction sur le terrain d'autrui. Ce cas ne concerne toutefois que les hypothèses qui ne sont pas déjà réglées par la *Leistungskondiktion*, il ne faut donc pas que le demandeur ait eu la volonté d'éteindre ou de créer une obligation en particulier. Il ne faut pas non plus que d'autres règles, extérieures à l'enrichissement injustifié, soient applicables, telles que la gestion d'affaires, si le demandeur a agi dans l'intérêt du défendeur, ou les règles spécifiques au droit des biens réglant le cas des dépenses faites par un possesseur sans titre²⁴⁷. Ce qui laisse *in fine* très peu de place à ce cas particulier²⁴⁸... Enfin, la dernière subdivision concerne le paiement de la dette d'autrui (*Rückgriffskondiktion*) lorsque ni la *cessio legis* (un équivalent allemand de la subrogation) ni la *Leistungskondiktion* ne sont applicables²⁴⁹. La principale complexité du droit allemand de l'enrichissement injustifié tient à l'articulation entre les différentes subdivisions de l'enrichissement injustifié, d'une part, et l'articulation entre l'enrichissement injustifié et d'autres règles extérieures à cette source d'obligation, comme la gestion d'affaires, le droit des contrats ou le droit des biens, d'autre part. Là réside d'ailleurs l'une des principales critiques à l'encontre du modèle allemand. Il tend à évacuer de nombreuses questions en dehors du droit de l'enrichissement injustifié, en particulier celles relatives à l'existence d'une justification juridique à l'enrichissement du défendeur²⁵⁰.

²⁴⁷G. DANNEMANN, p.15-16 et p.108-110. Ces règles sont séparées de l'enrichissement injustifié, même s'il existe des liens évidents entre ces deux corps de règle.

²⁴⁸ Le professeur Dannemann donne toutefois un exemple, qui n'a pas été retenu sur ce fondement par les tribunaux, mais qui présente le mérite d'être relativement simple : une tante décide de léguer un terrain à son neveu. Ce dernier, particulièrement impatient et très confiant, entreprend une construction sur le terrain en anticipation de son futur héritage. Mal lui en a pris ! Sa tante, d'humeur changeante, lègue finalement le terrain à une autre personne. A son décès, le neveu agit contre l'héritier et les tribunaux lui accorde une indemnité couvrant la valeur de la construction (bien que sur un autre fondement mais cela fut particulièrement critiqué par la doctrine). La construction ayant été faite dans son unique intérêt, la gestion d'affaires ne peut être retenue ni la *Leistungskondiktion*, car ce n'était pas une prestation qu'il pensait avoir envers une autre personne. Enfin cela ne correspond pas aux règles sur la possession sans titre car, au moment de la construction, le neveu avait un titre.

²⁴⁹ *Ibid.*, p.87-88, 118-121.

²⁵⁰ Notamment A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3^e ed., Oxford University Press, 2011, p.100-101: "As a consequence one might regard the law of unjust enrichment as having little to say on the injustice

Le droit allemand est néanmoins très instructif, en particulier pour le droit français, car il permet notamment de voir qu'un principe général d'enrichissement injustifié est difficilement tenable et qu'il est nécessaire d'approfondir et de préciser les conditions de l'enrichissement injustifié. Il est également intéressant de constater que l'enrichissement injustifié a un domaine pratique plus large qu'en droit français, car cette source intègre non seulement les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat, mais également certaines hypothèses de fautes lucratives.

3°) Les relations entre la gestion d'affaire et l'enrichissement injustifié

65. Deux sources d'obligation distinctes. Contrairement au droit français, le droit allemand distingue soigneusement la gestion d'affaires de l'enrichissement injustifié. Ainsi, la gestion d'affaires n'est pas perçue, en droit allemand, comme un cas particulier d'enrichissement injustifié²⁵¹. Cette différenciation entre ces deux sources d'obligation s'explique naturellement en partie par des raisons historiques, ainsi que par le fait que le droit allemand n'a pas repris la catégorie des quasi-contrats. Les juristes allemands ont élaboré l'enrichissement injustifié à partir des *condictiones* romaines, qui n'incluent pas la gestion d'affaires, et rejoignent sur ce point Grotius qui distinguait également la gestion d'affaires, institution de droit civil, de l'enrichissement injustifié, institution de droit naturel. Cela se ressent dans le plan du BGB, où les règles relatives à la gestion d'affaires (§ 677 à 687) succèdent aux dispositions relatives au mandat, et se trouvent donc assez loin des règles concernant l'enrichissement injustifié (§ 812 à 822). Il existe également une raison rationnelle à cette séparation qui tient au fait que la gestion d'affaires ne peut être réduite à un cas spécifique d'enrichissement injustifié. Plus particulièrement, l'obligation d'indemnisation du maître de l'affaire à l'égard du gérant est vu comme un simple moyen de compenser une perte et non comme un moyen de corriger un enrichissement injustifié. Le § 683 fait d'ailleurs un parallèle exprès avec les obligations du mandant à l'égard du mandataire et non avec l'enrichissement injustifié²⁵². Le gérant ne pourrait d'ailleurs

question. So, for example, one can argue that it falls outside the law of unjust enrichment to examine when mistake or misrepresentation or duress or undue influence invalidates a contract or gift: it is sufficient simply to know that the contract or gift is invalid so that the basis is absent".

²⁵¹ Voir notamment, G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.14.

²⁵² § 683 (trad. G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PEDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010) : « Si la gestion d'affaires a été entreprise conformément à l'intérêt et à la volonté exprimée ou présumée du maître de l'affaire, le gérant d'affaires peut demander le remboursement de ses frais comme s'il y avait mandat ».

prétendre à l'enrichissement procuré par son intervention, puisque son intervention volontaire donne une base à l'enrichissement, qui n'est dès lors pas injustifié, ce qui explique qu'il puisse seulement obtenir le remboursement des dépenses engagées pour la gestion²⁵³.

66. Le renvoi aux règles de l'enrichissement injustifié. La séparation entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié n'est cependant pas totale. Cela n'est pas si étonnant s'agissant de la gestion d'affaires, qui renvoie tant aux règles de la responsabilité lorsque le gérant n'agit pas selon la volonté présumée du maître (§ 678), qu'aux règles du contrat, plus particulièrement celles du mandat (§ 681). Ces renvois existent également en droit français, puisque la particularité de la gestion d'affaires ne réside pas tant dans ses effets, qui reprennent essentiellement ceux des autres sources d'obligation, que dans son fait générateur²⁵⁴. La gestion d'affaires apporte une solution dans une situation où il n'existe *a priori* aucune autre solution. Il n'y pas d'accord de volontés entre le gérant et le maître de l'affaire et il est difficile de justifier l'indemnisation du gérant sur le terrain de la responsabilité, puisque le maître, absent, n'a pu commettre aucun fait générateur de responsabilité. Le renvoi aux règles de l'enrichissement injustifié ne doit ainsi pas surprendre et n'est en rien révélateur d'une proximité entre ces deux sources distinctes d'obligation. Le renvoi opéré par le BGB est d'ailleurs différent de celui qui existe dans le Code civil. L'article 1301-5 du Code civil dispose en effet que « si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié ».

Cette divergence d'approche se manifeste par le fait que ces deux systèmes juridiques ne partent pas des mêmes hypothèses. En droit français, comme le montre l'article 1301-5, les interférences entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié sont principalement envisagées à partir du cas suivant : lorsqu'une personne s'est immiscée dans les affaires d'autrui, en pensant gérer les siennes et en conférant un avantage à autrui. La situation est envisagée uniquement sous l'angle de la personne s'étant immiscée dans les affaires d'autrui et, selon son intention, elle disposera soit d'une action sur le fondement de la gestion d'affaires, soit sur l'action d'enrichissement injustifié. Le droit allemand envisage

²⁵³ Voir notamment C. VON BAR, *Principles of European Law, Benevolent Intervention in Another's affairs*, Sellier, Bruylant, Staempfli, 2006, *Introduction*, n°47, p. 72.

²⁵⁴ Voir *infra* n°239 et n°443.

les interférences entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié sous un angle différent : lorsque le pseudo-gérant sait pertinemment qu'il n'a pas le droit d'agir et de s'immiscer dans les affaires d'autrui, mais décide malgré tout de le faire, le maître de l'affaire peut exiger de ce « gérant » qu'il lui rende compte de tous les gains qu'il a obtenu lors de cette gestion d'affaires irrégulière, selon les règles de l'enrichissement injustifié, à charge pour le maître de rembourser les dépenses éventuelles du pseudo-gérant en contrepartie²⁵⁵. Ainsi, lorsqu'il est fait référence à l'enrichissement injustifié, cela ne concerne pas l'obligation du maître de rembourser les dépenses du gérant, comme en droit français, mais l'obligation du gérant de rendre compte des gains qu'il a perçus lors de la gestion. L'enrichissement injustifié est donc envisagé comme un remède pour le maître (ou pseudo-maître) et non pour la personne s'étant immiscée dans les affaires d'autrui. Autrement présenté, la concurrence se joue entre l'action en reddition des comptes, sur le fondement de la gestion d'affaires, ou le reversement du profit réalisé par le pseudo-gérant sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La différence principale entre le droit allemand et le droit français est donc que le droit allemand ne juge pas l'enrichissement injustifié comme un remède équivalent à l'action en remboursement des dépenses (que le gérant peut avoir contre le maître), mais davantage comme un équivalent à l'action en reddition des comptes que le maître peut avoir contre le gérant.

67. L'influence de la gestion d'affaires sur la place de l'enrichissement injustifié. À l'instar de ce qui se passe en droit français cependant, les règles de la gestion d'affaires ne sont pas applicables dès lors que le gérant n'avait pas conscience de s'immiscer dans les affaires d'autrui, et pensait par exemple gérer la sienne. Bien qu'il n'existe pas de renvoi semblable à l'article 1301-5, il est possible de recourir à l'enrichissement injustifié, à condition de remplir les conditions de celui-ci, s'il existe un enrichissement effectif du maître, ce qui correspondra le plus souvent à l'hypothèse où une personne a amélioré le bien d'autrui en pensant qu'il s'agissait de son propre bien²⁵⁶. Il existe donc bien des recoupements possibles entre ces deux sources d'obligation et la place laissée à l'enrichissement injustifié dépend bien entendu en partie des limites de la gestion d'affaires. Plus la gestion d'affaires est

²⁵⁵ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.104, qui explique le système de renvoi complexe des § 687 (2) et 684.

²⁵⁶ La branche de l'enrichissement injustifié applicable sera en ce cas le plus souvent le *Verwendungskondition*, voir *supra* n°64, ce qui ne conduira pas nécessairement au même résultat que la gestion d'affaires, puisque le demandeur qui s'est immiscé involontairement dans les affaires d'autrui ne pourra nécessairement obtenir le remboursement de toutes les dépenses utiles, mais seulement restitution du profit (G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.113-116).

étendue, notamment aux cas de gestion intéressée où le gérant agit, au moins, en partie dans son intérêt personnel, plus le rôle de l'enrichissement injustifié sera limité, du moins lorsque le demandeur est lui-même à l'origine du transfert de l'enrichissement²⁵⁷. L'inverse est également vrai, les systèmes juridiques ne connaissant pas d'institution équivalente à la gestion d'affaires pouvant être tentés de trouver une solution via l'enrichissement injustifié, à l'instar du droit anglais²⁵⁸. Il faut cependant garder en tête que les rôles de ces deux sources d'obligation sont parfaitement distincts et qu'il n'est pas nécessairement opportun d'étendre outre mesure le champ d'application de l'une ou l'autre de ces sources. Si le droit allemand et le droit français ont maintenu, dans la tradition romaine, l'exigence d'une immixtion volontaire pour la gestion d'affaires, cela tient au fait que cette institution ne connaît pas de limites suffisantes pour s'adapter aux hypothèses où le gérant n'avait pas conscience, ou ne souhaitait pas, gérer les affaires d'autrui²⁵⁹. De même, il nous semble que la survivance de la gestion d'affaires, tant en droit français, qu'en droit allemand, sans compter les tentatives du droit anglais de régler l'immixtion dans les affaires d'autrui par l'*unjust enrichment*, démontrent que cette source particulière d'obligation a son utilité et mérite donc d'être conservée²⁶⁰. Seulement, pour tirer tout le potentiel de ces deux sources d'obligation, il est important d'en tracer soigneusement les frontières pour éviter des incohérences.

*

* *

²⁵⁷En effet, si le défendeur s'est accaparé d'un gain revenant en principe au demandeur, ce ne sont pas les règles de la gestion d'affaires qui feront concurrence à l'enrichissement injustifié, mais celles de la responsabilité civile.

²⁵⁸ Voir *infra* n°129s. Nous verrons cependant que cela tient toujours à une certaine hostilité de la doctrine et jurisprudence anglaises à l'égard de cette figure, les juristes anglais étant réticent à imposer une obligation de compenser les pertes à une personne qui n'a rien exigé de la part du demandeur, aussi la limite d'un enrichissement effectif apparaît comme un bon compromis, même si cela ne conduit pas toujours à un résultat très heureux.

²⁵⁹ Voir *infra* n°224.

²⁶⁰ Voir *contra* E. DESCHEEMAER, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.* 2013.1s., spéc. p.16 : « il nous semble que l'institution devrait tout simplement disparaître. Elle constitue un phénomène - fréquent en droit - d'hystérèse (...) Les causes de son apparition ont disparu depuis longtemps, mais les effets demeurent ».

68. Conclusion du chapitre II. L'enrichissement injustifié est une source d'obligation qui apparaît tardivement, notamment parce que, contrairement au contrat, il n'existe pas véritablement de droit de l'enrichissement injustifié en droit romain. L'une des particularités de cette source tient également à son caractère éminemment doctrinal et il faut attendre un certain temps entre sa création, par les auteurs de l'École de droit naturel dont Grotius, et sa consécration en droit positif, qui ne deviendra réalité qu'entre la seconde moitié du XIX^e et le début du XX^e. Cette tardiveté, tant pour sa création que pour sa consécration en droit positif, peut s'expliquer d'aux moins deux manières. D'une part, l'émergence de l'enrichissement injustifié suppose de passer d'une logique de cas particuliers (méthode romaine) à une logique de droit substantiel. Or, dans un premier temps, la doctrine part le plus souvent des cas du droit romain et seuls les auteurs se détachant davantage du droit romain, comme Grotius ou Domat en droit français, parviennent réellement à créer une source autonome autour de l'idée de restitution d'un enrichissement injustifié. Cette fracture entre les tenants de la tradition romaine et les tenants d'une conception renouvelée des sources d'obligation se retrouve également en droit positif et il est possible de noter une différence entre les systèmes juridiques ayant maintenu la classification romaine des sources d'obligation, comme la France sous l'influence de Pothier, et ceux ayant adopté une conception plus moderne, comme l'Allemagne. L'enrichissement injustifié est généralement plus largement développé dans les systèmes ayant renoncé à la classification romaine et, tout particulièrement, à la catégorie de quasi-contrats. D'autre part, la tardiveté de la consécration en droit positif s'explique également par le fait que l'enrichissement injustifié se conçoit essentiellement comme une protection de la valeur d'un bien et non d'un bien en particulier. Ainsi, même si les premiers auteurs, dont Grotius, associent fortement l'enrichissement injustifié à la propriété, l'enrichissement injustifié protège davantage le patrimoine d'une personne, que les biens dans leur substance, laquelle est avant tout préservée par l'action en revendication. Il faut donc attendre que la notion de patrimoine fasse son chemin en droit positif, avant d'avoir une réelle consécration de l'enrichissement injustifié, ce qui explique que cette source ne soit devenue une réalité qu'à la fin du XIX^e. Ce n'est donc pas un hasard si l'un des premiers systèmes juridiques à avoir consacré, dans sa législation, l'enrichissement injustifié est le système allemand, qui demeure encore aujourd'hui un exemple, pour beaucoup d'autres systèmes juridiques, dont le système anglais. Le droit allemand de l'enrichissement injustifié se distingue nettement du modèle français, en ce qu'il n'admet aucune condition d'appauvrissement ni de

subsidiarité par rapport aux autres sources d'obligation. Il n'appréhende pas non plus la gestion d'affaires comme un cas particulier d'enrichissement injustifié, la gestion d'affaires étant considérée comme une source autonome d'obligation. Ces deux points, l'absence de catégorie quasi-contractuelle et la séparation avec la gestion d'affaires, sont particulièrement importants et justifient pour beaucoup les différences que l'on peut trouver entre le droit allemand et le droit français. Ainsi, bien que les systèmes allemand et français soient tous les deux des systèmes d'inspiration romaniste, les deux systèmes présentent des différences fondamentales s'agissant de l'enrichissement injustifié, bien plus importantes qu'en droit des contrats. La comparaison avec le droit anglais, qui s'est initialement inspiré, au moins indirectement, du droit français, permettra de montrer les particularités du modèle français de l'enrichissement injustifié. Il sera également intéressant de s'attarder sur les raisons qui ont finalement incité les juristes anglais à changer leur modèle de l'enrichissement injustifié, pour adopter une approche qui tend à se rapprocher du modèle allemand.

69. Conclusion du sous-titre I. Les origines et l'évolution de l'enrichissement injustifié sont relativement complexes, notamment parce que, contrairement au contrat, il n'existe pas de racine romaine à cette source d'obligation. Les juristes romains avaient bien entendu des moyens et des actions pour répondre à ce qui serait aujourd'hui qualifié d'enrichissement injustifié, mais ils n'ont jamais essayé de regrouper ces différents moyens ou actions dans une catégorie plus générale, qui aurait pour objectif de restituer un enrichissement considéré comme injustifié. Bien sûr, il est possible de noter que la plupart des auteurs (dont Grotius et Pufendorf) et la plupart des systèmes juridiques se sont inspirés de la *condictio indebiti* (dont l'action en répétition de l'indu est issue) pour forger l'enrichissement injustifié. L'influence de cette action romaine est toutefois contrastée selon les systèmes juridiques et ce n'est pas un hasard si le droit français est le système juridique où l'enrichissement injustifié est, globalement, le moins développé, car il est aussi celui où l'équivalent de la *condictio indebiti* (la répétition de l'indu) est le plus marginalisé. *A contrario*, les créateurs de l'enrichissement injustifié (Grotius et Pufendorf) se détournent généralement des autres actions romaines, qui ont pu être utilisées en droit français, comme l'action *de in rem verso* ou l'action contraire de la gestion d'affaires, qui ne sont pas assimilées pour ces auteurs, à l'enrichissement injustifié. Le droit allemand s'est également bien gardé de reprendre ces matériaux romains pour forger l'enrichissement injustifié, ce qui explique l'importance bien plus grande accordée à la condition d'enrichissement et l'absence de condition

d'appauvrissement. De fait, l'enrichissement injustifié ne trouve son plein essor qu'avec l'émergence de la notion contemporaine de patrimoine. Cela peut expliquer la tardiveté avec laquelle cette source d'obligation a pu s'imposer en droit positif, notamment si l'on compare avec une autre source qui doit également beaucoup à l'École du droit naturel, à savoir la responsabilité civile. Le droit romain n'apporte donc que très peu d'éclairage sur cette source d'obligation et la volonté, en particulier en France, d'y puiser des matériaux pour forger l'enrichissement injustifié va, malheureusement, avoir des conséquences néfastes sur le développement de cette source d'obligation. En particulier, l'ancrage de l'enrichissement injustifié dans la catégorie des quasi-contrats va avoir pour effet d'empêcher l'essor de cette source d'obligation. Le système français n'est toutefois pas le seul à avoir utilisé les quasi-contrats pour introduire l'enrichissement injustifié en droit positif, le droit anglais y a eu également recours pendant un temps. Le droit anglais offre une parfaite illustration de l'évolution d'un système juridique ayant à la fois connu la catégorie de quasi-contrat et ayant, par la suite, abandonné cette catégorie. Le droit anglais permet ainsi d'observer le développement de l'enrichissement injustifié, comme source autonome, après l'abandon des quasi-contrats.

Sous-Titre II : Une source d'obligation autonome, l'exemple du droit anglais

70. L'émancipation de l'*unjust enrichment*. L'étude du droit anglais de l'*unjust enrichment* s'avère relativement complexe et peut paraître *a priori* plus surprenante que l'étude comparée de cette source avec le droit allemand. Le droit allemand est en effet précurseur dans ce domaine et il n'est pas étonnant que la plupart des auteurs envisagent d'abord une comparaison avec ce système, plutôt qu'avec le droit anglais²⁶¹. Pourtant l'étude du droit anglais est tout aussi instructive et ce d'autant plus que le droit anglais a partagé, pendant un temps, un point commun avec le droit français. Dans les deux systèmes juridiques, les quasi-contrats ou *quasi-contracts* ont été un point d'ancrage pour l'enrichissement injustifié. Ce point commun ne peut que surprendre venant d'un pays qui n'est pas issu de la tradition romaine, contrastant ainsi avec le droit allemand, qui bien que relevant de cette tradition, n'a pas cru nécessaire d'exhumer l'ancienne catégorie des quasi-contrats. Il serait particulièrement tentant d'y voir un signe en faveur de la théorie selon laquelle tout quasi-contrat serait fondé sur l'idée d'enrichissement injustifié. Une analyse plus poussée du droit anglais permet de renverser cette idée reçue. Si les juristes anglais ont pu recourir aux *quasi-contracts*, cela tient essentiellement au fait que cette figure leur a permis d'assurer une transition entre une époque, où ce qui est appelé aujourd'hui *unjust enrichment* relevait essentiellement du droit des contrats, et la période contemporaine où l'*unjust enrichment* occupe une place à part entière. Cet aspect révèle d'ailleurs ce qui constitue sans doute l'une des principales difficultés de l'étude du droit anglais : l'absence de frontières nettes entre le passé et le présent. Il serait bien sûr excessif d'affirmer que cela affecte exclusivement les pays de tradition de *common law*, mais la prudence des juristes anglais à l'égard de tout ce qui pourrait constituer un changement brutal ou une « révolution » n'est pas qu'un mythe²⁶².

²⁶¹ Pour les thèses envisageant le droit allemand de l'enrichissement injustifié, il est possible de noter C. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français. Analyse interne et vues comparatives*, th. Lille II, 1999 ; D.-J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, T.1 et T.2, th. Paris II, 1978, voir également l'article de E. VON CAEMMERER, « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *RIDC*, 1966, p. 573s. Pour une comparaison avec le droit anglais, il faut toutefois noter E. DESCHEEMAER, « Quasi-contrat et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.* 2013.1s et, sur un point plus précis, C. KENNEFICK, « La faute de l'appauvri : comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié » *RDC* n°4, 2015, p.961s.

²⁶² Même s'il faut noter que, paradoxalement, l'évolution du droit de l'*unjust enrichment* a connu un coup d'accélérateur dans les années 1990-2010, ce qui en fait l'un des systèmes juridiques à avoir développé le plus rapidement un droit cohérent de l'enrichissement injustifié, en dépit d'un intérêt plus tardif pour cette

L'étude du droit anglais requiert ainsi, sans doute plus que d'autres systèmes, quelques connaissances historiques remontant à la période antérieure aux grandes réformes du XIX^e, à une époque où le raisonnement se concentrait davantage sur la procédure que sur le droit substantiel, et qui expliquent encore certaines solutions du droit positif. Il est donc nécessaire d'avoir en tête quelques notions ou actions du passé pour véritablement comprendre le droit positif anglais. Il faut également noter une constante s'agissant de l'enrichissement injustifié, et ce quel que soit le système juridique en question. Cette source d'obligation arrive systématiquement en dernier, après le contrat et la responsabilité civile (ou un système de délits civils, comme les *torts* anglais), ce qui a bien évidemment une incidence sur la place qu'occupe l'enrichissement injustifié. L'un des aspects les plus frappant, qui a touché aussi bien le droit anglais que le droit français, est que l'enrichissement injustifié ne s'est pas initialement construit en partant de la substance ou de la finalité de cette source d'obligation, mais bien en partant des cas ne pouvant entrer dans aucune catégorie préexistante. Cette source d'obligation souffre donc parfois d'un défaut de cohérence initial, en mêlant des cas qui n'ont pour seul point commun que le fait de ne pouvoir être classé dans aucune autre catégorie. L'intérêt du droit anglais est d'avoir pris conscience de cet état initial pour pouvoir entamer un renouvellement de cette source d'obligation et cerner davantage ses contours. L'une des premières étapes vers une source plus cohérente, fut l'abandon des *quasi-contracts*. Si le travail est sans doute encore loin d'être achevé, l'expérience anglaise et, notamment, les travaux de la doctrine anglaise, sont particulièrement instructifs pour le droit français. Aussi, pour pouvoir tirer pleinement profit de la comparaison avec le droit anglais, il faut d'abord voir l'évolution du droit anglais (Chapitre I) pour comprendre l'état du droit positif de l'*unjust enrichment* (Chapitre II).

source d'obligation. Bien que le droit anglais puisse parfois avoir l'image d'un droit « conservateur » (ce qui n'est pas une réputation totalement usurpée), il est remarquable de voir à quel point l'évolution peut être rapide, même si les changements ne sont pas particulièrement visibles au premier coup d'œil (cela notamment en raison des références et du vocabulaire utilisés, le recours à des expressions ou à des décisions très anciennes étant très fréquent encore aujourd'hui).

Chapitre I : Des *quasi-contracts* à l'*unjust enrichment*

71. Une implantation progressive de l'*unjust enrichment*. Le droit anglais n'est pas issu de la tradition romaine et il n'est donc pas étonnant que le contenu du droit anglais présente des différences notables avec d'autres systèmes juridiques qui en sont issus. Le recours aux *quasi-contracts*, par ailleurs relativement tardif, ne doit donc pas tromper. La reprise est plus formelle que substantielle et les *quasi-contracts* anglais ne sont pas la reproduction exacte des quasi-contrats romains. Pour forger ces *quasi-contracts*, les juristes anglais sont partis de leurs propres cas, donc sans lien avec le droit romain. Les *quasi-contracts* ont un domaine *a priori* plus restreint que les quasi-contrats romains, puisqu'ils ne recouvrent pas tous les cas où une obligation naît « comme s'il y avait un contrat », mais plutôt des hypothèses où le défendeur doit une somme d'argent au demandeur. Ainsi, la gestion d'affaires est absente de la liste et il n'est pas non plus possible de retrouver d'autres exemples se rapprochant des quasi-contrats romains, comme l'indivision ou la tutelle. Le seul quasi-contrat romain qu'il serait possible de retrouver au sein des *quasi-contracts* est la répétition de l'indu, en particulier à travers le cas du paiement réalisé par erreur. Cette absence d'identité dans le contenu de cette catégorie, n'a pourtant pas empêché les juristes anglais de recourir à cette notion de *quasi-contract*. La raison pour laquelle cette notion a pu être utilisée pendant un temps, certes relativement bref, tient à l'évolution du droit anglais, entre la seconde moitié du XIX^e, après les grandes réformes judiciaires des années 1830-1850, et la période contemporaine. Les *quasi-contracts* ont ainsi pu servir d'intermédiaires entre l'ancien droit des *forms of action*, où la procédure est reine, et le droit positif qui raisonne à partir de sources d'obligation. L'utilisation des *quasi-contracts* ainsi que leur rôle dans le développement de l'*unjust enrichment* ne peuvent donc se comprendre qu'à la lumière de l'évolution du droit anglais, entre la seconde moitié du XIX^e et la fin du XX^e. Pour cela, il est nécessaire de partir de l'état antérieur du droit anglais et plus particulièrement de l'ancêtre des *quasi-contracts*, l'action d'*indebitatus assumpsit* (Section I), avant de se concentrer sur la période de transition qui a permis le passage du *quasi-contract* à l'*unjust enrichment* (Section II).

72. L'importance de la procédure. Pour comprendre pourquoi les juristes anglais de la toute fin du XIX^e et du début du XX^e ont pu être séduits par la catégorie de quasi-contrat (ou en anglais *quasi-contract*), il est nécessaire de présenter brièvement l'évolution et le contexte du droit anglais. Jusqu'en 1852, année de l'abolition définitive des *forms of action*, le raisonnement des juristes anglais était finalement très proche de celui des juristes romains, le principal étant d'identifier la procédure et le remède applicables aux faits et non de raisonner à partir de catégories abstraites telles que le contrat ou les *torts*²⁶³. Les actions naissaient selon les besoins pratiques et il n'existait aucune volonté de classification cohérente des actions autour de principes plus généraux. Le formalisme était tel qu'il existait des formulaires pré-remplis, faisant apparaître les termes ou les formulations exigés et les parties n'avaient plus qu'à ajouter des éléments personnels pour individualiser l'affaire²⁶⁴. Cependant, selon les actions, la procédure pouvait être plus ou moins longue et plus ou moins coûteuse. Pour accélérer et simplifier la procédure, les juges n'ont pas tardé à créer de nouvelles actions ou à modifier substantiellement d'anciennes actions²⁶⁵. La création de nouvelles actions était ainsi davantage justifiée par des soucis d'économie procédurale, plutôt que par volonté de forger une action qui serait juridiquement plus cohérente ou plus adaptée aux faits.

Pour les plaideurs, l'objectif était ainsi d'obtenir le plus rapidement et le plus simplement possible le résultat souhaité (généralement une indemnité), quitte à ce que l'action choisie ne soit pas celle qui corresponde le mieux aux faits présentés. Ainsi, même si par principe, les parties devaient choisir l'action qui correspondait le plus aux faits présentés, assez rapidement, il y eut une certaine instrumentalisation des actions pour parvenir au résultat jugé le plus avantageux. Cette instrumentalisation des actions, qui consistait à favoriser une action *a priori* moins proche des faits au détriment de l'action qui aurait vraisemblablement dû s'appliquer, n'était pas jugée gênante à une époque où le droit

²⁶³ D. J. IBBETSON, « Unjust Enrichment in English Law », in E. J. H. SCHRAGE, *Unjust Enrichment and the law of contract*, Kluwer Law International, 2001, p.36-37. L'auteur note ainsi que les premiers véritables ouvrages (publiés) sur le droit des contrats n'apparaissent qu'au tournant du XIX^e comme celui de Powell en 1790 ou celui de Newland en 1806, auparavant les auteurs se concentrent sur la classification des actions.

²⁶⁴ Pour des exemples de rédaction d'actions (intitulées *writs*), voir notamment F. W. MAITLAND, *Equity also the forms of action at common law*, Cambridge, 1910, p.376s.

²⁶⁵ Voir T. BALOCH, *Unjust Enrichment and Contract*, Hart Publishing, 2009, p.13s.

substantiel importait finalement assez peu. Cependant, cette instrumentalisation a eu des conséquences sur le développement du droit anglais contemporain, soit après l'abolition des *forms of action* et le passage d'un droit essentiellement procédural à un droit plus substantiel, tel que nous le connaissons actuellement. En effet, les auteurs anglais ne sont bien évidemment pas partis de rien et ont généralement utilisé les anciennes actions pour construire le droit « nouveau ». Or, si l'absence de cohérence juridique n'était guère gênante à l'époque des *forms of action*, elle le devient lors d'un passage à un droit plus substantiel. Le principal danger est de prendre à la lettre les anciennes formulations requises pour chaque action et d'en faire des conditions de fond, alors qu'à l'époque ces formulations étaient largement instrumentalisées et les juges ne se souciaient pas particulièrement de l'exacte correspondance des faits avec l'action choisie, tant que les bons termes étaient bien utilisés et apparaissaient clairement²⁶⁶. Or, dans un premier temps, les juristes anglais ont adopté certaines de ces exigences formelles pour en faire des conditions de fond. Pour mieux le comprendre, il faut revenir un peu sur les actions qui pouvaient être théoriquement invoquées pour obtenir la restitution d'un gain, avant l'abolition des *forms of action*.

73. Les actions théoriquement possibles pour obtenir la restitution d'un gain. Lorsqu'un demandeur souhaitait obtenir la restitution d'un gain, il avait théoriquement le choix entre trois actions : *debt*, *account* et *indebitatus assumpsit*. Les deux premières (*debt* et *account*) étaient les plus anciennes et aussi celles dont la procédure était la plus longue et coûteuse. Bien que des deux, l'action de *debt* était de loin la plus fréquente, ces deux actions recouvraient schématiquement la plupart des cas où le défendeur devait une somme d'argent, que cette somme soit due au titre d'un contrat ou non²⁶⁷. Cependant, ces deux actions présentaient un inconvénient de taille, à savoir la possibilité pour le défendeur de recourir au *wager of law* (ou *compurgation*). Ce mécanisme procédural permettait au défendeur de faire échec à la demande en prêtant serment qu'il ne devait rien au demandeur. Si ce serment était appuyé par d'autres personnes, choisies par le défendeur, qui attestaient de sa bonne foi, la demande était purement et simplement rejetée²⁶⁸. Le serment et les témoignages étaient purement formels, il n'y avait aucune enquête sur la moralité des

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ A.K.R. KIRALFY, *Potter's Historical Introduction to English Law*, 4^e éd., Sweet & Maxwell, 1958, p. 452-453, 458-459. Il faut tout de même noter que ces actions sont nées avant que le contrat ne soit réellement, en droit anglais, conceptualisé et basé sur un accord de volontés ce qui ne débuta véritablement qu'à compter du XVIII^e (pour un exposé synthétique voir T. BALOCH, *op. cit.*, p. 10s.).

²⁶⁸ A.K. R. KIRALFY, *op. cit.*, p. 318-319.

témoins et il arrivait fréquemment que les témoins soient payés par le défendeur. Ces deux actions étaient donc largement perçues comme peu fiables (autant par les parties que par les juges²⁶⁹) et ont progressivement été délaissées au profit d'une autre action, plus simple, l'*indebitatus assumpsit*.

74. L'*indebitatus assumpsit* : un dérivé de l'*assumpsit*. L'*indebitatus assumpsit* n'était qu'une composante d'une action plus générale appelée *assumpsit*. À l'origine, l'*assumpsit* concernait l'hypothèse où une personne cause un dommage à un tiers (ou à l'un de ses biens) alors qu'il réalisait, volontairement, une prestation pour ce dernier, et ce qu'il se soit juridiquement engagé à le faire ou non. Les premières affaires d'*assumpsit* recouvraient cependant essentiellement des exemples de mauvaise exécution d'un contrat. Ainsi, l'on trouve l'exemple d'un batelier qui noie accidentellement le cheval de son client, le bateau ayant coulé en raison d'une surcharge ; ou encore le cas d'un barbier certes très bien outillé, mais peu talentueux et dont la maladresse se constate sur le visage de ses clients²⁷⁰. Initialement cette action ne reposait donc pas sur une promesse, mais davantage sur l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une prestation ayant entraîné un dommage à autrui. Cela tient aux origines de l'*assumpsit* qui n'était elle-même qu'une subdivision du *trespass* qui sanctionnait tout manquement causant un « dommage » à autrui²⁷¹. De nombreux auteurs soulignent ainsi les origines « délictuelles » de l'*assumpsit*, action qui sera pourtant rattaché ultérieurement au droit des contrats²⁷². Cette action évolua cependant rapidement et, du dommage lié à la mauvaise exécution d'une prestation volontairement entreprise par le défendeur, l'*assumpsit* fut finalement rattaché à l'idée d'une promesse du défendeur envers le demandeur²⁷³. Cette évolution s'expliquait par la volonté d'englober à la fois le cas de la mauvaise exécution et celui de l'inexécution, or une simple omission de faire quelque chose ne pouvait à l'époque être considérée comme un *trespass*, qui supposait

²⁶⁹ Voir T. BALOCH, *op. cit.*, qui note que les juges, conscients des faiblesses de ces actions et du peu d'attractivité de celles-ci auprès des justiciables, n'hésitaient pas à recourir à d'autres procédures, dont l'*indebitatus assumpsit*.

²⁷⁰ J. B. AMES, « The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit », *Harvard Law Review*, Vol. 2, n°1, 1888, p. 2.

²⁷¹ Action qui donnera son nom au *tort* du même nom.

²⁷² Voir notamment P. H. WINFIELD, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge University Press, 1931, p. 44 – 45: "(...) for *assumpsit* was a special kind of trespass on the case or deceit on the case and thus delictal in origin", voir également J. B. AMES, art. préc, p. 2 et J. H. BAKER, *op. cit.*, p. 374 – 375.

²⁷³ J. H. BAKER, *op. cit.*, p. 375: "The word *assumpsit*, which gave its name to the new action, was soon inseparably paired with *fideliter promisit* (faithfully promised)" et p. 380: "undertaking in that sense was the only sense possible in the case of nonfeasance [...] Not doing could not naturally be called trespass".

une action positive²⁷⁴. L'*assumpsit* s'était ainsi progressivement détaché de ses origines et de l'action de *trespass* pour évoluer de manière relativement autonome. Fondé sur l'idée d'une promesse, le champ d'application de l'*assumpsit* a pu s'élargir à d'autres hypothèses que celles liées à l'inexécution ou à la mauvaise exécution d'une prestation, et notamment à l'hypothèse très particulière d'une demande en paiement d'une somme d'argent, en remplacement des actions de *debt* et d'*account*.

Néanmoins, comme le cas du paiement d'une somme d'argent était suffisamment particulier, l'*assumpsit* a été, à son tour, subdivisé en plusieurs catégories les deux principales étant le *special* ou *express assumpsit* et l'*indebitatus* ou *implied assumpsit*. Tandis que la première recouvrait les cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'une promesse, la seconde concernait plus spécifiquement les hypothèses où le défendeur devait une somme d'argent au demandeur. Cette distinction a toutefois évolué et le critère de différenciation sera l'existence, ou non, d'une promesse. Si la promesse existait dans les faits, l'action applicable était l'*express assumpsit* et s'il était au contraire nécessaire de recourir à une fiction de promesse, l'action était l'*indebitatus assumpsit* (d'où également le terme d'*implied assumpsit*). La première action, qui reposait sur une vraie promesse, servira de base au droit des contrats moderne²⁷⁵, et l'*indebitatus assumpsit*, qui reposait sur une fiction de promesse, sera le socle des *quasi-contracts*.

75. Le développement de l'*indebitatus assumpsit*. Théoriquement, pour que cette action soit accordée il faut que le défendeur soit débiteur d'une somme d'argent envers le demandeur et qu'il se soit expressément engagé à payer cette somme d'argent au demandeur²⁷⁶. Aussi étonnant que cela puisse paraître, l'existence d'un contrat²⁷⁷ n'était à l'époque pas suffisante pour affirmer que le débiteur s'était engagé à payer son créancier. A titre d'exemple, si un contrat de vente avait été conclu, pour que le vendeur puisse agir contre l'acquéreur sur le

²⁷⁴ *Ibid.* p.380 s. Il existait certes une autre action en ce cas, le *covenant*, mais elle supposait que soit remplies plusieurs conditions dont certaines formalités telles qu'un *deed* (forme d'acte authentique).

²⁷⁵ Pour un exposé sur les liens entre l'*assumpsit* et la notion de contrat en droit anglais voir notamment A.K.R. KIRALFY, *op. cit.*, p.460 et J. B. AMES, « The History of Assumpsit, I. Express Assumpsit », in *Harvard Law Review*, 1888, p.1 s. Il est d'ailleurs intéressant de noter que l'action d'*assumpsit* trouve ses origines dans une action de nature délictuelle *trespass on the case*, comme le note M. Kiralfy la dénomination exacte de l'*assumpsit* devrait être en réalité l'action « of trespass on the case on an assumpsit ».

²⁷⁶ J. H. BAKER, *op. cit.*, p.416 – 417.

²⁷⁷ A cette époque le contrat n'est pas encore nécessairement associé à un accord de volonté et il existe parfois plusieurs sens au mot contrat (voir T. A. BALOCH, *op. cit.*, p. 10-13 qui distingue le contrat entendu comme une source de droits et le contrat perçu comme une simple méthode de classification).

fondement de l'*indebitatus assumpsit*, il ne pouvait s'appuyer sur la vente mais devait avoir, en plus, une promesse ultérieure et expresse de son acquéreur de payer le prix, faute de quoi seule l'action de *debt* était envisageable en cas de non-paiement²⁷⁸. Cependant il était rare que le défendeur se soit expressément engagé à payer la dette, aussi le développement de l'*indebitatus assumpsit* fut-il marqué par le recours toujours plus poussé à une fiction de promesse. Plusieurs étapes furent franchies, l'objectif étant toujours le même, remplacer progressivement l'action de *debt*, jugée archaïque, par l'action d'*indebitatus assumpsit*. Les juges admirent d'abord que l'existence d'un premier contrat fit présumer la promesse de payer, cette solution étant définitivement entérinée par l'affaire *Slade v. Morley*, qui reconnut également la possibilité, pour le demandeur, de choisir entre l'action d'*assumpsit* et l'action de *debt*²⁷⁹. Dans cette affaire, la fiction de promesse reposait encore sur la vraisemblance, sur les faits et sur la volonté présumée des parties qui s'étaient accordées sur la chose et le prix. Mais les juges allèrent beaucoup plus loin et admirent que, même en dehors d'un contrat, il existait une promesse de payer présumée par la loi, dès lors que le défendeur était débiteur d'une somme d'argent envers le demandeur²⁸⁰, et ce même pour des raisons d'équité comme énoncé dans la célèbre affaire *Moses v. Macferlan* en 1760²⁸¹. Cette fiction de promesse n'était ainsi justifiée à l'origine que pour des raisons procédurales. Il était parfaitement inutile de recourir à cette fiction tant que les actions de *debt* et d'*account* étaient utilisées. Elle était en revanche devenue impérative pour pouvoir respecter les formes de l'*assumpsit*²⁸².

²⁷⁸ J. B. AMES, « The History of Assumpsit, II. Implied Assumpsit », in *Harvard Law Review*, 1888, p. 55, le contrat ne servait en réalité qu'à créer la dette mais n'impliquait pas en lui-même une promesse de payer cette dette.

²⁷⁹ *Slade v. Morley*, (1602) 4 Co. Rep. 92b, 76 ER 1074 qui met fin à la subsidiarité de l'*assumpsit*: « That although an action of debt lies upon the contract, yet the bargainor may have an action on the case [dont l'*assumpsit* est une variante], or an action of debt at his election » ; et admet que l'existence d'un contrat fait présumer la promesse de payer « It was resolved, that every contract executory imports in itself an assumpsit, for when one agrees to pay money, or to deliver anything, thereby be assumes or promises to pay or deliver it, and therefore when one sells any goods to another, and agrees to deliver them at a day to come, and the other in consideration thereof agrees to pay so much money as such a day (...) ».

²⁸⁰ J. H. BAKER, *op. cit.*, p. 416.

²⁸¹ P. BIRKS, G. MCLEOD, « The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: civilian opinion current in the Century Before Blackstone », in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, n°1, Oxford University Press, p.47; *Moses v. Macferlan*, (1760) 2 Burr. 1005, 97 E.R. 676, « If the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice, to refund; the law implies a debt, and gives this action, founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract ("quasi ex contractu," as the Roman law expresses it) ».

²⁸² *Ibid.*, p.468 « Since those actions were based on an assumed legal liability to pay, irrespective of the source of the liability, they did not require any fiction of a contract between the parties ».

76. Les subdivisions de l'*indebitatus assumpsit*. L'*indebitatus assumpsit*, ainsi entendu comme l'action permettant d'obtenir la restitution d'une somme d'argent toutes les fois où il existe une promesse implicite, couvrait un domaine très large. Cela était amplifié par le fait que la présomption de promesse pouvait reposer sur les faits (une promesse tacite en somme) ou être assimilée à une fiction légale, toutes les fois où le droit estimait que le défendeur devait restituer la somme d'argent, alors même que rien dans les faits ne permet de présumer une telle promesse²⁸³. Le vocabulaire employé par les juges à cette époque, qui faisaient parfois référence à un *implied contract*, était suffisamment large pour englober tant les promesses tacites que les promesses fictives. Ils ne faisaient pas de différence entre les deux, car cela était strictement indifférent, le résultat étant le même dans les deux cas. Les seules distinctions qui pouvaient être effectuées au sein de l'*indebitatus assumpsit* (et qui étaient dénommées *counts*), concernaient l'origine de l'obligation de restitution. Ainsi, l'action était subdivisée selon que le défendeur devait une somme d'argent afin de rémunérer un service qui lui a été rendu par le demandeur (*quantum meruit*) ; qu'il ait demandé à un tiers de payer l'une de ses dettes (*money paid*) ; ou le cas plus général où le défendeur a reçu une somme d'argent pour le compte du demandeur et qu'il s'engage à restituer (*money had and received to the use of the plaintiff*). À vrai dire, c'est le dernier *count* qui était le plus fréquemment utilisé car la formulation était suffisamment large pour englober de nombreuses hypothèses et il suffisait de démontrer que le défendeur était débiteur envers le demandeur, pour quelle que cause que ce soit, pour que les juges fissent droit à la demande²⁸⁴. Il est toutefois intéressant de noter que, même à cette époque, le droit anglais distinguait les cas où le demandeur souhaitait obtenir la rémunération d'un service rendu (*quantum meruit*), de celui où il a payé la dette d'autrui (*money paid*) ainsi que de celui où il demandait la restitution d'une somme d'argent qui lui revient (*money had and received*).

Les exigences formelles n'étaient pas exactement identiques, en particulier s'agissant du *quantum meruit*. Comme pour tous les *counts*, il était exigé une promesse implicite de payer de la part du défendeur, ce qui suffisait d'ailleurs pour le *count money had and*

²⁸³ J. H. BAKER, « The History of Quasi-Contract in English Law », in W. R. CORNISH, R. NOLAN, J. O'SULLIVAN, G. VIRGO (ed.), *Restitution, Past, Present & Future*, Hart Publishing, 1998, p. 40s.

²⁸⁴ G. E PALMER, « History of Restitution in Anglo-American Law », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, ch. 3, 1989, p. 9-10; W. CORNISH, S. ANDERSON, R. COCKS, M. LOBBAN, P. POLDEN, K. SMITH, *The Oxford History of the Laws of England*, Vol. XII, 1820-1914, Private Law, 2010, p. 564.

received, mais, pour le *quantum meruit*, il était en plus exigé une requête initiale du défendeur d'obtenir le service²⁸⁵. Ces exigences formelles (il fallait que cela apparaisse dans la rédaction) vont avoir une incidence dans l'élaboration du droit anglais moderne et expliquent, en grande partie, le recours initial à la figure du *quasi-contract*, en raison de l'idée d'une promesse implicite²⁸⁶.

77. Un effort de systématisation. – L'affaire *Moses v. Macferlan*. L'état du droit anglais, à cette époque, peut paraître aujourd'hui un peu « désordonné », surtout s'agissant du *count money had and received*. Il n'existait aucun critère ou condition permettant de savoir à l'avance dans quels cas le droit estimait qu'il existait une promesse implicite de restituer une somme d'argent. Encore une fois, cela tient au fait qu'à cette époque la systématisation ne paraissait pas nécessaire. Néanmoins, il faut mentionner une tentative de systématisation opérée par Lord Mansfield dans la mémorable affaire *Moses v. Macferlan*²⁸⁷ en 1760. La solution et les faits n'ont ici que peu d'intérêt car sur ce point le droit anglais a évolué et cette solution a par la suite été rejetée²⁸⁸. L'intérêt réside plutôt dans la justification générale donnée par Lord Mansfield où il fait une double énumération tant des situations qui interdisent toute restitution que celles ouvrant droit à restitution. Ces deux listes sont relativement détaillées, c'est la première systématisation des cas donnant lieu à restitution sous le *count money had and received*. La liste négative (refus de restitution), recouvre le cas des obligations naturelles, les obligations prescrites, lorsque le cocontractant est un mineur, lorsqu'il est demandé restitutions sur la base d'un contrat usuraire, ainsi que la demande de restitution des dettes de jeu²⁸⁹. Mais c'est surtout la liste positive qui fera florès,

²⁸⁵ J. H. BAKER, art. préc., p. 43.

²⁸⁶ Voir *infra* n°79.

²⁸⁷ (1760) 2 Burrow 1005, 97 E. R. 676.

²⁸⁸ Schématiquement Moses avait obtenu d'un de ses débiteurs (Chapman) plusieurs effets de commerce (*promissory notes*) par lequel ce dernier s'engageait à payer une certaine somme d'argent. Macferlan a obtenu de Moses qu'il endosse à son profit ces effets de commerce, en lui promettant qu'en cas de défaillance de Chapman, il ne l'actionnerait pas. En dépit cette promesse, Macferlan actionna tout de même Moses en paiement à la suite de la défaillance de Chapman. La cour condamna Moses, refusant de tenir compte de l'engagement de Macferlan (vraisemblablement pour des raisons procédurales). Moses fut ainsi contraint de payer en vertu du jugement. Plutôt que de faire appel, Moses réclama la restitution de la somme payée en assignant Macferlan devant une autre juridiction (*Court of King's Bench* – cour de *common law*) qui donna lieu à la décision commentée. Moses demanda ainsi la restitution d'une somme d'argent qui résultait pourtant d'un jugement non contesté, cette solution sera par la suite remise en cause, il n'est plus possible de demander la restitution d'un profit dérivant d'un jugement valable (pour les détails voir A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN *Cases and Materials on the Law of Restitution*, 2e éd., Oxford University Press, 2006., p.3-4).

²⁸⁹ « It does not lie for money paid by the plaintiff, which is claimed of him payable in point of honor and honesty, although it could not have been recovered from him by any course of law ; as in payment of a debt barred by the Statute of Limitations, or contracted during his infancy, or to the extent of principal and legal

car elle recouvre, en partie, les cas qui formeront par la suite le droit de l'*unjust enrichment*. Elle énumère notamment les cas d'un paiement fait par erreur, celui fait sous une *consideration* qui ne s'est pas concrétisée, celui fait sous la contrainte, par extorsion, oppression ou encore lorsqu'une personne tire un avantage indu du demandeur qui est dans une situation de vulnérabilité²⁹⁰. Cependant Lord Mansfield ne relia pas directement ce *count* à l'idée d'enrichissement injustifié, il établit simplement un lien entre l'équité²⁹¹ et cette action selon la formule restée célèbre : « If the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice, to refund ; the law implies a debt, and gives this action, founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract ('quasi contractu', as the Roman law expresses it) »²⁹².

Cette décision fut en son temps fortement critiquée, notamment en raison du recours au terme d'équité devant une juridiction de *common law* et de sa forte connotation morale jugée trop vague²⁹³. On pourra cependant noter, comme le fit remarquer Lord Wright dans l'affaire *Fibrosa*, que Lord Mansfield précisa que c'est la dette qui découle du droit et ne fait aucune mention à une promesse présumée par le droit²⁹⁴. Cette tentative de justifier autrement cette action que par une promesse implicite restera toutefois infructueuse dans un premier temps. La fiction de promesse perdura encore longtemps²⁹⁵. Il faut ajouter qu'il n'existait pas à l'époque de liens entre cette action et l'idée d'enrichissement injustifié²⁹⁶.

interest upon an usurious contract, or, for money fairly lost at play : because in all these cases, the defendant may retain it with a safe conscience, though by positive law he was barred from recovering ».

²⁹⁰ « But it lies for money paid by mistake; or upon a consideration which happens to fail; or for money got through imposition, (express, or implied;) or extortion; or oppression; or an undue advantage taken of the plaintiff's situation, contrary to laws made for the protection of persons under those circumstances ».

²⁹¹ Entendu au sens non technique du terme donc dans un sens proche du droit français. La décision fut en effet rendue par la *Court of King's Bench* donc une juridiction de *common law* et non d'*equity* à une époque où la distinction entre les deux juridictions existait encore.

²⁹² *Moses v. Macferlan*, (1760) 2 Burrow 1005, 97 E.R 676.

²⁹³ W. CORNISH, S. ANDERSON, R. COCKS, M. LOBBAN, P. POLDEN, K. SMITH, *op. cit.*, p.566-567.

²⁹⁴ *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*, (1943) AC 32, House of Lords, cité par A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *op. cit.*, p.15-16 "The law implies a debt or obligation which is a different thing. In fact, he [Lord Mansfield] denies that there is a contract; the obligation is as efficacious as if it were upon a contract. The obligation is a creation of the law, just as much as an obligation in tort. The obligation belongs to a third class, distinct from either contract or tort, though it resembles contract rather than tort".

²⁹⁵ Voir par exemple *Sinclair v. Brougham*, (1914) AC 398, House of Lords, cité par A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *op. cit.*, p.6. Ainsi le Viscount Haldane (Lord Chancellor) estimait "notwithstanding the wide scope of the [action for money had and received], I think that it must be taken to have been given only, as I have already said where the law could consistently impute to the defendant at least the fiction of a promise".

²⁹⁶ J. H. BAKER, art. préc., p.54, l'auteur met en avant les différences entre le droit écossais, qui faisait référence dès le XVIIe à la maxime de Pomponius et le droit anglais qui ne connaissait que très peu le droit

Cette absence de liens n'est guère étonnante et il est possible de faire une analogie avec le droit romain. Les juristes anglais raisonnaient très peu en termes de droits ou de sources d'obligation. Leur intérêt se concentrait sur le remède à appliquer à un cas particulier et sur les moyens d'y parvenir (le choix de la bonne procédure). Ainsi, il existait bien des moyens de sanctionner ce qui sera plus tard appelé l'*unjust enrichment* en droit anglais. Mais il n'existait aucun concept d'enrichissement injustifié pour la simple et bonne raison qu'à cette époque un tel concept était parfaitement inutile. La seule chose importante était d'identifier l'action correspondant aux faits²⁹⁷.

Section II : Le passage éphémère aux *quasi-contracts* et leur abandon définitif au profit de l'*unjust enrichment*

78. Un droit de transition. De nombreuses critiques se sont finalement élevées contre le système des *forms of action* que certains jugeaient trop obscur et peu lisible, en raison notamment de l'accumulation d'actions et d'absence de liens entre elles. L'abolition des *forms of action* achevée en 1852 fut donc une première étape vers une « remise en ordre ». Les anciennes actions furent cependant prises comme un point de départ pour reconstruire un droit des obligations à partir de sources et de principes. Comme l'*indebitatus assumpsit* était essentiellement fondée sur une promesse implicite, elle fut d'abord intégrée à l'étude du droit des contrats et aucun lien ne fut établi avec l'idée d'une restitution d'un enrichissement injustifié. La maturation vers une source d'obligation spécifiquement conçue pour restituer un enrichissement perçu comme injuste (*unjust enrichment*) fut relativement tardive, notamment comparé à d'autres systèmes juridiques comme le droit allemand ou même le droit français²⁹⁸. Cependant le droit anglais a connu une évolution fulgurante de l'*unjust enrichment*, vers la fin du XX^e, précisément au moment où les *quasi-contract* ont été définitivement abandonnés. Un bref panorama sur cette évolution, de l'abolition des *forms of action* à la reconnaissance de l'*unjust enrichment*, est nécessaire pour comprendre l'état du droit positif anglais. Cette évolution est également instructive pour le droit français, qui établit toujours un lien entre les quasi-contrats et l'enrichissement

romain, malgré l'usage du terme quasi-contrat, et n'a jamais cherché, à l'époque, à développer une théorie de l'enrichissement injustifié autour de l'*assumpsit*.

²⁹⁷ J. H. BAKER, art. préc., p. 39.

²⁹⁸ Si l'on s'en tient à une reconnaissance jurisprudentielle, il faut attendre officiellement 1991 avec la décision *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*, (1991) 2 AC 548 en droit anglais, en comparaison de 1892 pour le droit français avec l'arrêt *Boudier*. Cependant, si la reconnaissance expresse et officielle date de 1991, elle s'appuie sur des fondations déjà posées quelques décennies auparavant, essentiellement par la doctrine.

injustifié. Même si les *quasi-contracts* ont été une porte d'entrée pour l'enrichissement injustifié en droit anglais, puisqu'il fallait bien trouver un fondement plus solide que la simple fiction d'une promesse, les critiques quant à la notion de *quasi-contract* n'ont pas tardé à se développer, pour laisser place au développement d'un *restitution law*, soit d'un droit regroupant les cas où le demandeur doit restituer un gain et non compenser une perte. Si, dans un premier temps, ce terme de *restitution* recouvrait intégralement l'*unjust enrichment*, de telle sorte que le seul fondement des *restitutions* était l'*unjust enrichment*, le droit anglais s'est orienté vers une multiplication des causes de *restitution*, dont l'*unjust enrichment* qui en constitue la principale. Le terme d'*unjust enrichment* a fini par s'imposer comme un mécanisme à part entière. Il est ainsi possible de discerner deux grandes étapes dans cette évolution, la première étant l'apparition de l'idée d'enrichissement injustifié avec les *quasi-contracts* (I), puis leur abandon au profit d'un *restitution law* et de l'*unjust enrichment* (II).

I : L'implantation de l'enrichissement injustifié en droit anglais par l'intermédiaire des *quasi-contracts*

79. Les *quasi-contracts*, une notion peu employée avant le XX^e. Initialement, soit entre la seconde moitié du XIX^e et le début du XX^e, la plupart des juristes anglais s'accordaient sur le fait qu'il n'existait que deux sources d'obligations : le contrat et les *torts*²⁹⁹. Naturellement, les cas anciennement regroupés sous l'*indebitatus assumpsit* ont été rangés dans la catégorie contractuelle, en raison de la fiction de promesse³⁰⁰. À cette époque l'expression d'*implied contract* est davantage utilisée que le terme de *quasi-contract* qui ne s'est imposé que tardivement en droit anglais et pendant une période relativement brève³⁰¹. À l'exception notable de Lord Mansfield qui utilisa l'expression de *quasi ex contractu* dans l'affaire *Moses v. Maferlan*³⁰², le terme de *quasi-contract* n'est que très peu utilisé en

²⁹⁹ P. BIRKS, G. MCLEOD, « The Implied Contract Theory of Quasi-Contract : Civilian Opinion Current in the Century Before Blackstone », in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, n°1, 1986, p.52-53, les auteurs cite ainsi Lord Haldane affirmant, en 1914, dans l'affaire *Sinclair v. Brougham*, qu'il n'existe en droit anglais que deux sources d'obligation : le contrat et les délits.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Globalement ce terme s'est imposé en droit anglais des années 1920-1930 jusqu'à la fin des années 1960 grâce notamment au traité de Goff et Jones consacré au droit des restitutions et non plus aux quasi-contrats.

³⁰² Reproduit notamment dans J. B. SCOTT, *Cases on Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis & Company, 1905, p.4, l'affaire a été jugée en 1760.

Angleterre avant les années 1920-1930³⁰³. Ainsi Evans, dans sa traduction du Traité des obligations de Pothier en 1806, note qu'il n'existe pas de terme correspondant exactement au quasi-contrat en droit anglais si ce n'est le terme d'*implied contract*³⁰⁴. C'est ce dernier terme qui fut utilisé, bien plus que les *quasi-contracts*, du milieu du XVI^e jusqu'au XX^e³⁰⁵. La notion d'*implied contract* est née avec l'*indebitatus assumpsit* et s'est maintenue après l'abolition de l'ancienne procédure. Il n'existait donc pas de réelles différences, d'un point de vue théorique, entre les contrats reposant sur un véritable accord de volontés et les contrats imposés par le droit. La différence principale tenait à la preuve, alors que le consentement était irréfragablement présumé pour le *contract implied in law*, il fallait nécessairement apporter la preuve d'un accord de volontés dans le cas du *contract implied in fact*. Selon Birks, si cette fiction de contrat a prospéré aussi longtemps en droit anglais, c'est également en raison de l'influence de Blackstone et de son attrait pour la théorie du contrat social³⁰⁶. Ainsi, selon ce dernier, toute obligation résulte d'une manière ou d'une autre d'un contrat car tous les membres d'une société ont implicitement consenti à agir conformément au droit.

Cette fiction de consentement fit cependant l'objet de critiques de plus en plus vives jusqu'à être remise en cause à la fin du XIX^e³⁰⁷. La première réponse à cette critique fut de séparer plus distinctement ces *implied contracts in law* d'un véritable contrat. Paradoxalement, l'un des premiers pas vers l'indépendance de l'*unjust enrichment* fut le passage de l'*implied contract* au *quasi-contract*, car il mettait l'accent sur le fait qu'il ne

³⁰³ D.J IBBETSON, « Unjust Enrichment in English Law », in E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment and the Law of Contract*, Kluwer Law International, 2001, p.34. Les premières références anglaises peuvent être trouvées chez J. AUSTIN, *Lectures of Jurisprudence*, Vol III, John Murray, 1863, p. 134, chez T. E. Holland dans l'*Encyclopedia of the Laws of England* (cité par P.H. WINFIELD, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge University Press, 1931, p.120, n°3) et chez W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Vol.3, 3^e éd., Methuen & Co, 1923, p.427. On trouve cependant certaines décisions faisant référence de manière très occasionnelle au quasi-contrat au XVII^e v. J. KORTMANN, *op. cit.*, p.126 note 105.

³⁰⁴ W.D EVANS, *A Treatise of the Law of Obligations or Contract by M. Pothier*, Vol. 1, A. Straman, 1806, n°113 p. 69, (b).

³⁰⁵ A. K. R. KIRALFY, *Potter's Historical Introduction to English Law*, 4^e éd., Sweet & Maxwell, 1958, p.466.

³⁰⁶ P. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press Oxford, 1985, p.36.

³⁰⁷ Austin fut néanmoins précurseur car, dès 1832 il distinguait le quasi-contrat du contrat, même tacite : « From contracts, I shall proceed to *quasi-contracts* : that is to say, facts or events which are neither contracts nor delicts ; (...) I shall notice the frequent confusion of merely quasi-contracts with contracts which properly are such, although they are tacit or implied » (J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, John Murray, Albermarle Street, 1832, p. xl). Pour un résumé de la pensée des auteurs au XIX^e voir notamment W. CORNISH, S. ANDERSON, R. COCKS, M. LOBBAN, P. POLDEN, K. SMITH, *op. cit.*, p. 567-573.

s'agissait pas d'un véritable contrat³⁰⁸. Ce terme fut d'abord popularisé par des auteurs américains³⁰⁹ puis repris dans les années 1920-1930 en Angleterre principalement par les professeurs Winfield et Jackson³¹⁰. Il est perçu comme un compromis entre la tradition, qui qualifiait ces cas de contrats, et la nécessité de dissocier ces cas spécifiques du droit des contrats³¹¹. De l'aveu même de ces auteurs, le terme de quasi-contrat ne fut retenu que faute de mieux et n'emporta pas leur pleine adhésion en raison de son inexactitude³¹². Il permit cependant d'arracher ces cas de la catégorie contractuelle et de mettre un terme (du moins était-ce le souhait exprimé par ces auteurs) à l'idée de contrat fictif. En effet, il ne s'agit plus d'une différence de preuve mais d'une différence de sources d'obligation. Si les *quasi-contracts* ont ainsi été utilisés comme tremplin vers l'*unjust enrichment*, cela tient en premier lieu à l'évolution du droit anglais. Il n'existe donc, à l'origine, aucune volonté de lier l'*implied contract* à l'*unjust enrichment* pour en faire une source d'obligation autonome et cohérente.

80. Une association immédiate à l'idée d'enrichissement injustifié. L'évolution du droit anglais est assez différente par rapport à l'évolution du droit français. Bien qu'en France les quasi-contrats soient connus depuis longtemps, il existe très peu d'auteurs avant le milieu du XX^e a réellement associé les quasi-contrats à l'enrichissement injustifié³¹³. En Angleterre, au contraire, si les *quasi-contracts* ne sont réellement utilisés qu'au début du XX^e, ils sont immédiatement associés à l'idée d'enrichissement injustifié. Ainsi, Winfield

³⁰⁸ Il est ainsi possible de noter une différence d'approche entre le droit anglais et le droit français, alors que le quasi-contrat en France, au moins pour la majorité de la doctrine du XIX^e et début du XX^e, permet de faire un lien entre les obligations quasi-contractuelles et les obligations contractuelles, en droit anglais l'utilisation du terme *quasi-contract* permet justement de mettre l'accent sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un contrat.

³⁰⁹ Voir notamment J.B. AMES, "The History of Assumpsit. II. Implied Assumpsit", in *Harvard Law Review*, Vol. 2, n°2, 1888, p. 53 s. qui inspira d'autres auteurs dont W. A. KEENER, *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis and Company, 1893 et F. C. WOODWARD, *The Law of Quasi-Contracts*, Little, Brown and Company, 1913.

³¹⁰ P.H. WINFIELD, *The Province of the Law of Tort*, Cambridge University Press, 1931; R. M. JACKSON, *The History of Quasi-Contract in English Law*, Cambridge University Press, 1936

³¹¹ Ce sont notamment les arguments de R.M JACKSON, *op.cit.*, préface de l'auteur, p. xxii « It has come to be undesirable to treat Implied Contract as part of the Law of Contract, unless we are willing to lump together different types of obligation for the sake of a name (...) But it is equally undesirable to define quasi-contract as, among other things, not resting on contract when most quasi-contracts are contracts historically, and can still be called contracts with technical correctness ».

³¹² P.H. WINDFIELD, *op.cit.*, p.116 s.; R.M. JACKSON, *op.cit.*, p.127-130. L'emprunt à cette notion romaine s'explique aussi par l'influence des droits continentaux, et notamment français, au XIX^e (voir P. BIRKS, G. MCLEOD, *sart. préc.*).

³¹³ À l'exception notable de Toullier, mais avant lui personne n'a semble-t-il affirmé que tout quasi-contrat repose sur un enrichissement injustifié (voir *infra* n° 226). Il est possible en revanche qu'il ait, indirectement, inspiré le droit anglais sur ce point, voir *infra* n°81.

estime que: « The principle that ‘one person shall not unjustly enrich’ (...) is at the root of all genuinely quasi-contractual relations »³¹⁴. Il ne donne toutefois que très peu de références sur l’enrichissement injustifié, notion qui est pourtant nouvelle en droit anglais. Il est ainsi difficile d’établir précisément quand et pourquoi le droit anglais a associé les *quasi-contracts* à l’enrichissement injustifié. De manière plus générale, il est également compliqué de déterminer avec exactitude le moment où l’idée d’enrichissement injustifié s’est implantée en droit anglais.

Certes, les *forms of action* laissaient peu de place à la théorisation des sources d’obligation, mais il est tout de même frappant de constater la rapidité et la force avec lesquelles l’enrichissement injustifié s’est installé en Angleterre alors que les références à ce principe sont relativement rares, et très ambiguës, avant le XX^e. Certains auteurs anglais employèrent, dès le XIX^e, des expressions comme *undue advantage* ou *unjust profit* en définissant les *quasi-contracts*. Ces expressions ne doivent cependant pas tromper car elles étaient bien souvent employées dans un sens très particulier. Le danger est ainsi de surinterpréter d’anciens écrits pour leur donner une signification qui n’a été élaborée qu’ultérieurement et qui ne correspond pas à la volonté initiale de l’auteur. Ainsi, Austin estimait que les *quasi-contracts* reposaient sur l’idée d’un avantage indu (*undue advantage*), mais il souhaitait limiter cette catégorie aux services rendus, sans autorisation du défendeur, mais qui présentaient une utilité certaine comme le *negotium gestio* romain et le *salvage* anglais³¹⁵. L’idée n’était pas de restituer un profit illégitime du défendeur au demandeur mais d’encourager un acte utile et d’éviter que le généreux intervenant ne subisse un dommage³¹⁶. Le sujet présente ainsi une double difficulté. Non seulement le vocabulaire employé est particulièrement fluctuant d’un auteur à l’autre, mais en plus la signification des expressions évolue rapidement, multipliant ainsi les risques de contresens et d’anachronismes. Une fois ces difficultés prises en considération, il est possible d’estimer que les premiers auteurs anglais à associer les *quasi-contracts* avec l’enrichissement injustifié sont Winfield et Jackson dans les années 1930.

³¹⁴ P. H. WINFIELD, *op. cit.*, p.122.

³¹⁵ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, Vol. III, London, 1863, p.133-137.

³¹⁶ *Ibid.* p.133-134 « The basis is, to incite to certain useful actions. If the principle were not admitted at all, such actions would not be performed so often as they are (...) But quasi-contract seems to have a larger import; - denoting any incident by which one party obtains an *advantage* he ought not to retain, because the retention would damage another; or by reason of which, he ought to indemnify the other”.

81. Une possible influence française. Cette assimilation est relativement étonnante car elle n'est appuyée que par très peu de références. Ils renvoient certes à des auteurs américains de la toute fin du XIX^e, Keener et Ames, mais ces derniers ne citent pas leurs sources³¹⁷. Bien qu'il soit difficile de retracer l'origine de cette association de manière fiable, il n'est pas totalement exclu que les auteurs américains aient été influencés, au moins indirectement par Toullier. En effet, il semblerait que l'idée d'enrichissement injustifié n'était pas inconnu des auteurs américains du XIX^e, le Code civil Louisianais (révisé en 1825) faisant explicitement référence au principe selon lequel nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Il faut néanmoins noter que cette référence se trouve dans un article relatif à l'usage de l'équité dans l'interprétation des contrats (l'équivalent de l'ancien article 1135 du Code civil) et serait un emprunt direct à Toullier³¹⁸. Ce principe a toutefois largement dépassé le champ de l'interprétation des contrats et a été utilisé dans de nombreuses décisions de manière autonome³¹⁹. C'est ainsi que l'idée d'enrichissement injustifié s'est popularisée aux États-Unis, puis en Angleterre. Cependant, il n'existait pas à l'époque de réelle théorie sur l'enrichissement injustifié, les auteurs comme les rédacteurs du Code Louisianais se contentant de reprendre la maxime de Pomponius, sans lui donner plus de substance. Aussi, au fur et à mesure que l'idée d'une promesse implicite déclinait, l'enrichissement injustifié alors en vogue, pouvait apparaître comme un nouveau fondement adéquat pour ces *quasi-*

³¹⁷ Ames, qui fut le premier aux États-Unis à expressément lier les quasi-contrats à l'enrichissement injustifié, l'énonce comme une évidence et sans aucune référence (J.-B. AMES, "The History of Assumpsit. II. Implied Assumpsit", in *Harvard Law Review*, Vol. 2, n°2, 1888, p.64). Keener, quant à lui, se contente de faire référence à Ames (A. KEENER, « Quasi-contract, Its Nature and Scope », in *Harvard Law Review*, Vol. 7, n° 2, 1893, p.67, note 4).

³¹⁸ A. KULL, « James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment », in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, n°2, 2005, p.313-314: « One reason for the relative accessibility of the enrichment idea in 19th-century American law was the presence within the Union of State of Louisiana. Louisiana's revised Civil Code of 1825 added five new articles setting forth general principles to govern the interpretation of contracts », l'auteur reproduit ensuite l'un des articles du Code Louisianais définissant l'équité : « The equity intended by this rule is founded in the Christian principle not to do unto others that which we would not wish others should do unto us ; and on the moral maxim of the law that no one ought to enrich himself at the expense of another », l'auteur ajoute également que : « These Louisiana articles on contract interpretation had no direct antecedent in the Code Napoléon ; they were drawn instead from the leading commentary on the French Civil Code, the work of Charles-Bonaventure-Marie Toullier ». Pour la référence originelle chez Toullier, voir C.B.M. TOULLIER, J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 6^e éd., Vol. 3, F. Cotillon, Jules Renouard et Cie, p. 221. Par ailleurs, Toullier est sans doute l'un des premiers en droit français à estimer que tout quasi-contrat est fondé sur un enrichissement injustifié (voir *infra* n° 225), il n'est pas exclu que les auteurs américains comme Ames, se soient également inspiré de ce passage, même s'il est difficile d'en trouver des traces directes.

³¹⁹ A. KULL, art. préc., p. 314 "(...) while these articles were explicitly concerned with the interpretation of express contracts – and not with quasi-contracts, which received very limited treatment elsewhere in both the French and Louisiana Codes – the statement that 'no one ought to enrich himself at the expense of another' came to stand on its own, at least occasionally, as a principle of liability".

contracts, en manque de justification. Avant même d'être réellement approfondie, la notion d'enrichissement injustifié fut donc utilisée pour expliquer *a posteriori* des solutions anciennes qui ne trouvaient jusqu'alors aucun fondement satisfaisant. Mais il ne s'agit pas d'une réflexion en amont sur ce que pourrait être l'enrichissement injustifié, pour vérifier ensuite quelles actions sont susceptibles d'être regroupées sous ce fondement. Bien que les auteurs anglais se soient par la suite détachés un peu plus du passé et aient davantage approfondi la notion et le régime de l'enrichissement injustifié, certaines solutions du droit positif peuvent toujours s'expliquer en raison des anciennes actions, précédant l'abolition des *forms of action*.

82. Un premier parallèle avec le droit français. Il serait tentant à ce stade de dresser un parallèle avec le droit français, où il est largement admis aujourd'hui que les quasi-contrats sont fondés sur l'enrichissement injustifié³²⁰. Ce parallèle serait pourtant assez trompeur et si cette conclusion, qui a un temps prévalu en Angleterre, a pu être très indirectement inspirée de Toullier, le résultat était loin d'être identique. Certes, comme le droit anglais de début du XX^e, le droit français a davantage utilisé l'idée d'enrichissement injustifié comme une explication *ex post facto* pour trouver un fondement spécifique à la catégorie de quasi-contrat ; mais c'est précisément parce que l'enrichissement injustifié arrive dans un second temps, comme un fondement assez artificiel à ce stade, que des différences subsistent entre les deux systèmes juridiques, puisque le champ d'application des quasi-contrats dépend largement de l'état antérieur du droit. En droit anglais, les *quasi-contracts* s'étant largement inspiré de l'*indebitatus assumpsit* et surtout de l'action *money had and received*, la principale application concerne la restitution d'une somme d'argent, lorsque rien n'était véritablement dû au défendeur, soit un cas proche de la répétition de l'indu. Or, en droit français, le principal quasi-contrat, qui a d'ailleurs servi à la construction de l'action d'enrichissement en cause (aujourd'hui enrichissement injustifié), était la gestion d'affaires. Bien sûr, le droit anglais traitait également des services par l'intermédiaire du *quantum meruit*, mais il s'agissait d'un cas bien plus secondaire. Cette différence d'importance se ressent toujours aujourd'hui et explique en grande partie pourquoi le droit anglais consacre

³²⁰ Sur l'évolution du droit français, voir *infra* n°216s.

bien plus d'importance à la condition d'enrichissement et ne connaît pas de condition d'appauvrissement, ni de subsidiarité³²¹.

Une remarque similaire peut être faite à propos du droit allemand de l'enrichissement injustifié, qui s'est également davantage construit autour de l'hypothèse d'une restitution d'une somme d'argent³²². Le droit français, en revanche, en construisant son modèle de l'enrichissement injustifié essentiellement sur le modèle de la gestion d'affaires, accorde une importance démesurée à la condition d'appauvrissement et est contraint d'assortir l'action principale (l'action d'enrichissement injustifié) d'une condition de subsidiarité. Or, il nous semble que la gestion d'affaires n'est fondamentalement pas, et ne peut pas être, un cas particulier d'enrichissement injustifié et que l'enrichissement injustifié ne peut s'appliquer à des cas où un service est à l'origine de l'enrichissement³²³. De cette manière, en plus de l'absence d'uniformité de la catégorie des quasi-contrats ou des *quasi-contracts*, l'absence d'étude approfondie sur l'enrichissement injustifié³²⁴ fait qu'il est difficile de tirer une conclusion claire sur l'association entre quasi-contrats et enrichissement injustifié. Cette association est, à ce stade, assez superficielle et ne correspond certainement pas à l'essence supposée des quasi-contrats ou *quasi-contracts*. C'est d'ailleurs en raison de ce caractère assez artificiel des *quasi-contracts*, que les juristes anglais vont progressivement abandonner cette notion au profit du *restitution law*.

II : Des *quasi-contracts* au *restitution law* et *unjust enrichment*

83. Un terme impopulaire. Dès le début le terme de *quasi-contract* fit l'objet de nombreuses critiques et même ses partisans admirèrent qu'ils n'avaient choisi ce terme que faute de mieux³²⁵. Bien que cette qualification ait permis un début d'indépendance par rapport au contrat, une ambiguïté persiste entre les deux catégories. Par ailleurs, par rapport à l'état antérieur du droit, l'apport des *quasi-contracts* demeure relativement faible et ne suscite guère l'enthousiasme de la doctrine anglaise. La publication du *Restatement of Restitution, Quasi-contract and Constructive Trust*, en 1937 aux États-Unis, apporte un nouveau souffle

³²¹ Voir *infra* n°93s. sur l'état du droit positif. Au demeurant, il est possible de noter qu'en droit français, la répétition de l'indu ne requiert pas non plus un appauvrissement et n'est pas considérée comme une action subsidiaire (sur ce point voir *infra* n°362).

³²² Sur le droit allemand, voir *supra* n°55s.

³²³ Sur ce point voir *infra* n° 298s.

³²⁴ Du moins à l'époque où il est affirmé qu'il s'agit du fondement des quasi-contrats/*quasi-contracts*.

³²⁵ P. H. WINFIELD, *op. cit.*, 116-121; R. M. JACKSON, *op. cit.*, p.127-130.

et met en avant les insuffisances de la notion de *quasi-contract*. Le passage des *quasi-contracts* au *law of restitution*, en droit anglais, a certes été initié par le *Restatement* américain (A) mais il ne s'est imposé qu'à partir des années 1960, grâce aux travaux de la doctrine anglaise (B).

A) L'influence du *Restatement* américain de 1937

84. Présentation générale. Le *Restatement* de 1937 est très certainement l'élément déclencheur qui incitera, quelques décennies plus tard, la doctrine anglaise à abandonner le droit des *quasi-contracts* au profit du *law of restitution*, avant d'adopter *in fine* le droit de l'*unjust enrichment*. Il convient toutefois d'indiquer qu'un *Restatement* n'a aucune valeur normative. Il ne s'agit que d'une œuvre purement doctrinale, réunissant des praticiens et des universitaires, dont l'objectif principal est d'exposer l'état du droit positif dans un domaine donné³²⁶. Bien qu'il n'y ait aucune intention de renouveler profondément l'état du droit, ce *Restatement* présente la particularité de regrouper, pour la première fois, les solutions de *common law* (*quasi-contracts*) ainsi que les solutions d'*equity* (*constructive trust*, *equitable lien* et *subrogation*)³²⁷. L'ambition est ainsi de rassembler toutes les règles ayant pour but la restitution d'un enrichissement injuste³²⁸. Le titre ne fait toutefois pas référence à l'*unjust enrichment*, les rédacteurs ayant préféré le terme plus neutre de *restitution*³²⁹. Ce terme est compris comme le moyen de remettre le demandeur dans la

³²⁶ Le *Restatement* est ainsi un facteur d'unité du droit aux Etats-Unis, pour une présentation générale voir notamment J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 2004, n°25.

³²⁷ Sans entrer dans le détail, le *constructive trust* désigne l'hypothèse d'un quasi-trust, c'est-à-dire d'un cas où il n'y a pas de constitution expresse et volontaire d'un *trust*, mais où le droit reconnaît, pour des raisons d'équité, l'existence d'un *trust* au profit du demandeur (ce qui permet notamment au défendeur d'avoir une obligation de restitutions de tous les profits perçus au nom de ce *trust*) ; s'agissant d'un *equitable lien*, il est possible de dire qu'il s'agit d'un cas proche d'une sûreté réelle (un droit sur la valeur d'un bien appartenant au défendeur), qui serait accordée par le juge, pour des raisons d'équité, au profit du demandeur ; enfin la *subrogation* ressemble beaucoup à la subrogation personnelle du droit français, mais son champ d'application est plus limité, car le droit anglais est bien plus réticent à admettre qu'une personne autre que le débiteur puisse payer une dette pour ensuite se retourner contre le véritable débiteur.

³²⁸ *Restatement (First) of Restitution*, 1937, Part I, The Right to Restitution, Chapter 1, Introductory Matters, § 1 Unjust Enrichment: « A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other ».

³²⁹ La crainte principale était que le terme d'*unjust enrichment* soit interprété d'une manière politique, comme incitant les juges et les plaideurs à l'invoquer dès lors qu'un enrichissement leur paraît injuste (voir A. KULL, « James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment », *Oxford Legal Studies*, Vol ; 25, n°2, 2005, p. 318-319), certains y voyant même des relents marxistes ! Ces craintes se sont néanmoins dissipées et le dernier *Restatement* sur le sujet s'intitule dorénavant *Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment* (2011).

position qu'il occupait antérieurement, soit par le retour de la chose transférée, soit par le versement d'une somme d'argent représentant la valeur de la chose³³⁰. Les *restitutions* ne se limitent donc pas à la seule hypothèse d'une demande de somme d'argent, contrairement aux *quasi-contracts*. Ces derniers sont, en revanche, intégralement englobés dans la catégorie de *restitution*, qui recouvre tous les anciens *counts* de l'*indebitatus assumpsit*³³¹.

Cette association entre les *quasi-contracts* et l'enrichissement injustifié n'est toutefois pas nouvelle, les rédacteurs du *Restatement* s'étant inspiré, notamment, des travaux précédents d'Ames, Keener et Woodward³³². Ils en ont simplement étendu le champ aux remèdes fournis par l'*equity*. Globalement, le *Restatement* se divise en deux parties. La première partie pose les règles générales en vertu desquelles une personne peut être tenue de restituer un profit, tandis que la seconde envisage plus précisément les remèdes provenant de l'*equity* (*constructive trust*, *equitable lien* et *subrogation*). Cette nouvelle approche a suscité une certaine curiosité en Angleterre, où les références au *Restatement* n'ont pas tardé à se multiplier, y compris dans les décisions de justice, et ce notamment grâce à l'intermédiaire de Lord Wright qui fut le premier juriste anglais à en faire le commentaire³³³. Ainsi, certains juges n'hésitent pas à s'appuyer expressément sur une définition proposée par le *Restatement*³³⁴. Les références restent cependant timides et n'apportent pas de changement immédiat en droit anglais. Cette timidité est compréhensible à une période (fin des années 1930) où les juristes anglais utilisent encore volontiers la

³³⁰ *Restatement, op. cit.*, § 1 Unjust Enrichment, Comment a: « A person obtains restitution when he is restored to the position he formerly occupied either by the return of something which he formerly had or by the receipt of its equivalent in money ».

³³¹ Les frontières des *quasi-contracts*, en dehors de l'*indebitatus assumpsit*, peuvent toutefois prêter à discussion, raison pour laquelle il est précisé dans le *Restatement* que les obligations de payer une somme d'argent en vertu d'un jugement, d'une coutume ou de la loi ne sont pas incluses : « Such situations are within the subject of quasi contracts, which is herein dealt with in full, except those portions of it which deal with actions brought upon a judgment or for the violation of a duty to pay money created by custom or statute » (*Restatement, op. cit.*, Part I, Introductory note). Pour de plus amples développements sur le contenu des *quasi-contracts* et en particulier sur les *counts* de l'*indebitatus assumpsit* voir *supra* n° 74.

³³² J. B. AMES, art. préc.; W. A. KEENER, *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis and Company, 1893; F. C. WOODWARD, *The Law of Quasi-Contracts*, Little, Brown and Company, 1913; voir également les autres sources cités par A. KULL, art. préc.

³³³ Lord Wright était à l'époque juge au sein de la *High Court*: WRIGHT, « Book Review, Restatement of the Law of Restitution », in *Harvard Law Review*, Vol. 51, 1937-1938, p. 369-383.

³³⁴ Voir par exemple, le jugement rendu par Viscount Simon dans l'affaire *United Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1941), AC 1: « The true proposition is well formulated in the Restatement of the Law of Restitution promulgated by the American Law Institute, p. 525, as follows: 'A person upon whom a tort has been committed and who brings an action for the benefits received by the tortfeasor is sometimes said to waive the tort. The election to bring an action of assumpsit is not, however, a waiver of tort but is the choice of one of two alternative remedies' ». Le *waiver of tort* signifie que le demandeur, victime d'un *tort*, renonce à agir sur le fondement de ce *tort* pour, au contraire, agir sur un autre fondement.

notion d'*implied contract* au lieu des *quasi-contracts*³³⁵. Le *Restatement* constituera néanmoins une base nouvelle pour appréhender, sous une catégorie commune, tous les cas où le droit impose des restitutions pour prévenir un enrichissement injuste, indépendamment de la distinction traditionnelle entre *common law* et *equity*.

B) Les apports décisifs de la doctrine anglaise

85. Le traité de Goff et Jones. Il est une caractéristique commune que l'on retrouve tant en droit français qu'en droit anglais ou en droit allemand, à savoir que le droit de l'enrichissement injustifié est un droit essentiellement élaboré et impulsé par la doctrine. Si le *Restatement* a provoqué la curiosité des juristes, et notamment de juges anglais, il n'a pas eu une influence immédiate sur l'évolution du droit anglais. Il faut attendre l'année 1966, au moment de la publication du premier ouvrage consacré au *restitution law* par les professeurs Goff et Jones, pour que l'état du droit anglais change. En premier lieu, il faut noter que le terme de *restitution* n'est pas exactement entendu de la même manière en Angleterre que le terme de restitution en France³³⁶, puisqu'il ne s'agit pas simplement du fait matériel, le retour d'une chose, mais davantage d'un effet, celui de replacer le demandeur dans la position qui aurait dû être la sienne si le transfert n'avait pas eu lieu. Ainsi, la « restitution » ou le remboursement d'un prêt n'a pas sa place dans le *restitution law*, car cela relève de la simple exécution du contrat, tout comme la restitution de la chose dans le contrat de dépôt. Les auteurs estiment que cette nouvelle appellation traduit plus fidèlement l'état du droit que l'étiquette de *quasi-contract*. La critique ne se penche pas seulement sur l'ambiguïté du terme *quasi-contract*, qui est désormais bien implanté en droit anglais, mais plus généralement sur la manière de présenter les *restitutions*.

³³⁵ Il n'y a à l'époque que deux auteurs anglais qui ont véritablement étudié la notion, Winfield et Jackson (voir *supra* n° 80). Ainsi, bien que les *forms of action* aient été abolies en 1852, les références aux anciennes actions sont toujours présentes (bien que la signification puisse parfois évoluer un peu) ce qui peut rendre le droit anglais un peu plus difficile d'accès, pour un lecteur qui n'aurait aucune connaissance sur le droit antérieur.

³³⁶ Même s'il faut noter que ce terme est polysémique et ne recouvre pas toujours la même signification, voir les différentes significations dans le *Vocabulaire juridique* (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e ed., Association Henri Capitant, PUF, 2020, V° « Restitution »). La restitution est toutefois le plus souvent synonyme de remise effective de la chose, en nature ou en valeur. En procédures collectives, la loi distingue ainsi l'action en revendication, qui permet au propriétaire d'établir son titre de propriété sur un bien inclus dans la procédure du débiteur, de l'action en restitution, qui permet d'obtenir la remise effective de ce bien (art. L624-10 et R624-14 du Code de commerce).

86. Une réflexion plus approfondie sur les faits générateurs de *restitution*. L'inconvénient majeur des *quasi-contracts* était qu'ils incitaient à raisonner en termes de remèdes et non de droits³³⁷. En effet, si l'on se penche sur les *quasi-contracts* avérés, c'est-à-dire la majorité des anciens *counts* de l'*indebitatus assumpsit*, ils n'apportent aucune réponse sur les raisons qui justifient les restitutions. Le *quantum meruit* indique seulement que le défendeur devra accorder une rémunération raisonnable au demandeur pour le service rendu. Mais il ne permet pas d'identifier dans quels cas et pourquoi le demandeur peut obtenir rémunération pour un service non requis par le défendeur. De même, le *money had and received* permet au demandeur d'obtenir la restitution d'une somme d'argent, sans précision sur les raisons commandant au défendeur de reverser cette somme. Les *quasi-contracts* apparaissent donc comme une survivance des vieilles *forms of action*, et freinent ainsi toute réflexion sur cette source particulière d'obligation. Le *restitution law*³³⁸ renverse l'analyse et permet au contraire de se focaliser sur les « faits générateurs » de *restitution*. Ainsi, dans leur première édition, Goff et Jones établissent une nouvelle classification qu'ils subdivisent en trois catégories : les *restitutions* dues lorsque le demandeur a lui-même conféré le bénéfice au défendeur, celles dues lorsque le défendeur a reçu le bénéfice d'un tiers et celles dues lorsque le bénéfice a été recueilli par un acte fautif du défendeur³³⁹. Dans la première catégorie sont rangés les cas où le demandeur a agi par erreur, contrainte, ou nécessité ainsi que l'hypothèse où le bénéfice provient d'un acte juridique rendu inefficace³⁴⁰. Dans la deuxième catégorie, plus restreinte, les auteurs ont classé la subrogation ainsi que les cas où le demandeur peut faire valoir un droit de propriété sur un bien reçu par le défendeur (ce qui inclut notamment les *trusts*). La dernière catégorie présente la particularité d'être alternative, c'est-à-dire qu'elle recoupe des hypothèses qui peuvent également être réglées par le *tort law* (si un délit civil a été commis par le défendeur) ou par le droit de contrats (en cas de *breach of contract* imputable au défendeur).

³³⁷ Goff & Jones, *op. cit.*, p.26

³³⁸ La plupart du temps, le terme de *restitution* est employé au singulier et non au pluriel, il désigne plutôt un effet et s'oppose au terme *compensation*.

³³⁹ *Ibid.* p.27-28.

³⁴⁰ A cet égard, il importe peu en droit anglais que l'acte, le plus souvent un contrat, soit remis en cause *ab initio* ou qu'il soit simplement mis un terme pour l'avenir. Dans les deux cas, des restitutions (indépendantes du droit des contrats) peuvent être accordées, l'important étant qu'il soit mis fin au contrat (GOFF & JONES, *op. cit.*, p.265-266).

87. L'apport de Birks. À côté de l'ouvrage de Goff et Jones, qui furent les pionniers en ce domaine et influencèrent les ouvrages à venir, il faut mentionner un autre auteur décisif dans la construction de cette nouvelle branche du droit. En 1985, Birks publia son premier ouvrage en ce domaine : « An Introduction to the law of restitution »³⁴¹. L'objectif était de présenter de manière simple et claire le droit des *restitutions* et d'établir plus nettement ses limites avec le droit des contrats et des *torts* bien sûr, mais également avec le droit des biens. Birks insista davantage sur la distinction entre les *restitutions* fondées sur l'*unjust enrichment stricto sensu* (qu'il appelle *restitution by subtraction*) des *restitutions* trouvant également leur source dans une faute commise par le défendeur (*restitution for wrongs*). Cette *summa divisio* annoncera la future séparation des deux catégories et l'autonomie de l'*unjust enrichment* par rapport aux *restitutions for wrongs*. Mais, surtout, Birks tenta de rationaliser la matière en dissipant le plus possible les doutes pesant sur la notion d'*unjust enrichment*³⁴². Il faut noter néanmoins que si Birks ne mentionna pas le terme d'*unjust enrichment* dans le titre de son premier ouvrage, cela tient au fait qu'à cette époque, il estimait encore qu'il existait une parfaite identité entre l'effet de *restitution* et la source d'*unjust enrichment*, l'*unjust enrichment* ne pouvant produire que des *restitutions* et les *restitutions* n'ayant d'autre fait générateur que l'*unjust enrichment*³⁴³. Il faudra néanmoins attendre 1991 avant que la *House of Lords* reconnaisse l'*unjust enrichment* comme un concept juridique³⁴⁴ et 1996 pour que la théorie du *implied contract* et des *quasi-contracts* soient définitivement abandonnées³⁴⁵.

88. Les critiques sur l'intitulé *restitution*. Le *restitution law* a certes permis de regrouper les solutions de *common law* et d'*equity*, mais il a également conforté l'indépendance de cette

³⁴¹ P. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press, 1985.

³⁴² « The judges' unwillingness to use the language of unjust enrichment is based on a fear of uncertainty. They suppose word 'unjust' would invite appeals to abstract conceptions of justice derived from whatever moral and political values might best suit a party's case" (P. BIRKS, *op. cit.*, p. 18-19).

³⁴³ Il changea par la suite d'avis à ce sujet, en estimant que la catégorie de *restitution* (dès lors que l'effet est de restituer un gain et non compenser une perte) est plus large que le domaine de l'*unjust enrichment*, qui ne serait alors qu'une source possible de *restitution*, pour un changement de point de vue voir P. BIRKS, « Misnomer », in W. R. CORNISH, R. NOLAN, J. O'SULLIVAN, G. VIRGO, *Restitution, Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998, p.1-29.

³⁴⁴ *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd* (1991) 2 AC 548, il faut reconnaître que la présence de Goff parmi les juges a sans doute aidé dans la reconnaissance d'un tel concept.

³⁴⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* (1996) AC 669, affirmé très clairement dans l'opinion de Lord Browne-Wilkinson "The common law restitutionary claim is based not on implied contract but on unjust enrichment: in the circumstances the law imposes an obligation to repay rather than implying an entirely fictitious agreement to repay".

source d'obligation par rapport au droit des contrats, mettant ainsi un terme à l'ambiguïté provoquée par la notion de *quasi-contract*. Malgré ces avancées, le terme de *restitution law* n'est pas exempt de tout reproche, la principale critique étant que les *restitutions* renvoient à l'effet et non à la source d'obligation. Dans un premier temps, il n'y eut que très peu de discussions sur le contenu de la catégorie des *restitutions* et la réunion de remèdes de *common law* et d'*equity* fut bien accueillie. En revanche, le terme de *restitution* fit rapidement l'objet de critiques. On fit remarquer le décalage qui existait entre le contrat et les *torts* d'un côté, et la catégorie de *restitution* de l'autre³⁴⁶. Les *restitutions* n'étant qu'un effet possible d'une obligation, elles ne peuvent être mis au même rang que le contrat ou les *torts*. Le terme de *restitution* s'oppose à la compensation et non aux autres sources d'obligation.

Cette critique est toutefois sans conséquence tant que la seule cause possible de *restitution* est l'*unjust enrichment*. Si toutes les *restitutions* sont justifiées par l'idée d'un enrichissement injuste, l'intitulé exact importe peu et les deux termes peuvent être perçus comme équivalents. Cependant, une fois que les craintes autour de la notion d'*unjust enrichment* se sont dissipées, la symétrie parfaite entre le *restitution law* et l'*unjust enrichment* a été remise en cause. Ainsi, Birks pointe les dangers d'une telle dénomination, notamment parce qu'une analyse plus approfondie révèle selon lui que les *restitutions* n'auraient pas pour cause unique l'*unjust enrichment*, mais pourraient au contraire trouver leur source sur un autre fondement³⁴⁷. Par ailleurs, il existe deux manières de définir les *restitutions* en droit anglais, l'une extensive et l'autre plus restrictive. La première définition présente les *restitutions* comme tout remède permettant le reversement d'un gain/profit au demandeur³⁴⁸. La seconde, plus restrictive, réserve le terme de *restitution* au seul cas où l'enrichissement a été transféré par le demandeur au défendeur³⁴⁹. La première définition semble avoir les faveurs du droit positif, les manuels et les décisions entendant plutôt

³⁴⁶ Voir notamment les critiques de Jackson : « the trichotomy is not contract, tort, and unjust benefit, but contract, tort, and restitution. It is theoretically as unsound as a classification of birds and mammals by their structure and fishes as things that swim in water » (cité par A. KULL, art. préc., p. 302).

³⁴⁷ P. BIRKS, « Misnomer », in W. R. CORNISH, R. NOLAN, J. O'SULLIVAN, G. VIRGO, *op. cit.*, p. 1-29. Pour une opinion contraire d'un auteur pensant que les restitutions ne peuvent avoir que l'enrichissement injuste comme source voir l'article suivant dans le même ouvrage : A. TETTENBORN, « Misnomer – a Response to Professor Birks », in W. R. CORNISH, R. NOLAN, J. O'SULLIVAN, G. VIRGO, *op. cit.*, p.31-36.

³⁴⁸ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°1-03.

³⁴⁹ J. EDELMAN, *Gain-Based Damages, Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002, p. 44 s.; pour une présentation des deux conceptions voir notamment P. BIRKS, « Unjust enrichment and wrongful enrichment », (2001) 79 Tex. L. Rev. 1767, spéc. 1773.

largement le terme *restitution*³⁵⁰. Les *restitutions* sont donc non seulement distinguées de la compensation d'une perte mais également de la réalisation d'une promesse, ce qui explique, aussi, que le remboursement d'un prêt ne soit jamais analysé comme un cas de restitution et appartienne pleinement au droit des contrats³⁵¹. Les *restitutions* impliquent une remise en état et visent à placer le demandeur dans la position qui aurait dû être la sienne s'il n'y avait eu aucun transfert. Néanmoins, plutôt que de se placer du côté du demandeur, pour mesurer sa perte, les *restitutions* se placent du côté du défendeur, pour mesurer ce qu'il a reçu.

89. La préférence actuelle pour l'expression *unjust enrichment*. Les importantes contributions de la doctrine, qui ont peu à peu dégagé un régime et une cohérence à cette troisième source d'obligation, ont dissipé les derniers doutes qui pouvaient subsister à propos de l'*unjust enrichment*. Accusé au début du XX^e, d'être une expression trop vague qui pourrait être instrumentalisée pour statuer en équité³⁵², la mise en exergue de la spécificité de cette source d'obligation, à savoir la restitution d'un enrichissement transféré involontairement au défendeur, a fini par convaincre de l'utilité de l'*unjust enrichment*. À cela, il faut ajouter les limites assignées à l'*unjust enrichment*, qui ne dispose pas d'une action générale, mais de différents faits générateurs (appelés *unjust factors*), qui permettent au demandeur d'obtenir la restitution d'un enrichissement dans les cas où le droit considère l'enrichissement comme injuste, tels que l'erreur (*mistake*) ou la contrainte (*duress*)³⁵³. Ainsi, les juges anglais ont formellement reconnu l'*unjust enrichment* comme une source d'obligation à part entière dans la décision *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd*³⁵⁴, rendue en 1991 par la *House of Lords*, qui statuait encore à l'époque en dernier recours, avant la

³⁵⁰ Il est possible de noter qu'il s'agit d'ailleurs de la position adoptée dans le *Restatement* anglais consacré à l'*unjust enrichment*, qui présente les *restitutions* comme un moyen de reverser l'enrichissement au demandeur, voir A. BURROWS (ed.), *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012, p.38.

³⁵¹ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p.12-13, « the very starting point is that the principle of reversing an unjust enrichment is different from the principle of enforcing a promise. The principle against unjust enrichment would simply not come into play where the court was enforcing a promise. This explains why no textbooks on the law of restitution has ever included discussion of the obligation to repay a loan ».

³⁵² Contrairement à ce que la distinction entre *common law* et *equity* pourrait laisser penser, les juristes anglais regardent avec beaucoup de méfiance ce qui peut apparaître comme un jugement guidé par de *fair considerations* (qui correspond davantage à la manière dont les juristes français entendent le sens d'équité, en particulier dans l'expression statuer en équité). Cette méfiance explique l'aversion du droit anglais pour les principes généraux dont le champ d'application ne serait pas très bien cerné et qui pourrait potentiellement s'appliquer à des hypothèses illimitées et peu prévisibles.

³⁵³ Pour une présentation des *unjust factors* voir *infra* n° 105s.

³⁵⁴ [1991] 2 AC 548 ; [1991] 3 WLR 10.

création de la Cour suprême³⁵⁵. Il faut noter que Lord Goff, co-auteur du premier traité sur le *restitution law*, était également juge dans cette affaire. Par la suite, la plupart des manuels ont également changé leur dénomination, selon le champ d'application donné à leur ouvrage. Ainsi, Birks publia un manuel consacré exclusivement à *l'unjust enrichment*, dont la seconde édition fut publiée en 2005, et le traité *Goff & Jones* est désormais intitulé *Unjust Enrichment*, depuis la 8^e édition³⁵⁶. En revanche, les manuels des professeurs Burrows³⁵⁷ et Virgo³⁵⁸ ont conservé l'appellation de *law of restitution*, car ils n'envisagent pas seulement *l'unjust enrichment*, mais également les autres causes de *restitution*, en particulier le *restitution for wrong*³⁵⁹. Signe de l'importance de cette source d'obligation, un *Restatement* lui a été intégralement consacré en 2012 afin d'en faire un état clair et accessible aux juristes³⁶⁰.

*

* *

³⁵⁵ Qui a été créée par le *Constitutional Reform Act 2005* et qui est entrée en fonction en 2009.

³⁵⁶ MITCHELL (C.), MITCHELL (P.), WATTERSON (S.), *Goff & Jones, The Law of Unjust Enrichment*, 8e éd., Sweet & Maxwell, 2011.

³⁵⁷ A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3e éd., Oxford University Press, 2011.

³⁵⁸ G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 3e éd., Oxford University Press, 2015.

³⁵⁹ Sur ce concept, voir *infra* n° 195s.

³⁶⁰ A. BURROWS (ed.), *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, *op. cit.*, p.ix. L'*unjust enrichment* étant relativement nouveau, les auteurs du *Restatement* soulignent que tous les juristes ne sont pas encore nécessairement familiers de cette source, surtout qu'il faut ajouter que s'il existe des cours sur les *restitution* ou *l'unjust enrichment* dans les universités anglaises, ces derniers sont rarement obligatoires et arrivent à un stade avancé des études et sont surtout enseignés dans les universités londoniennes, à Oxford et Cambridge.

90. Conclusion du Chapitre I. La période des *quasi-contract* a été relativement brève en droit anglais, puisque cette expression n'a finalement été utilisée qu'entre le début du XX^e (plutôt vers 1920) et la fin du XX^e (au plus tard jusque dans les années 1990). Dès le départ pourtant, cette expression n'a pas emporté de réelle conviction et n'a été utilisée que de manière transitoire, en attendant mieux. Les *quasi-contracts* ont en effet permis d'assurer la transition entre la fin des *forms of action*, un droit essentiellement procédural où il importe avant tout de suivre la bonne procédure et utiliser les bonnes formules, et le droit nouveau pensé à partir d'une classification des sources d'obligation. Avant l'abolition définitive des *forms of action* en 1852, la manière de procéder des juristes anglais était finalement assez proche de celle utilisée en droit romain. Les cas où le demandeur souhaitait obtenir la restitution d'une somme d'argent était essentiellement réglé par une action appelée *indebitatus assumpsit*. Cette action a fini par supplanter d'autres actions plus longues et moins fiables, car ces actions (*debt* et *account*) permettaient au défendeur de faire obstacle à la demande par la simple affirmation de sa bonne foi, approuvée par des témoins sélectionnés par le défendeur. Le seul inconvénient de l'*indebitatus assumpsit* était que la forme de l'action exigeait l'existence d'une promesse, par le défendeur, de payer le demandeur. Cette promesse fut rapidement présumée, d'abord dans les cas où les faits pouvaient laisser supposer une telle promesse (ce qui pouvait être appelé *contract implied in fact*), puis dans tous les cas où les juges estimaient que le défendeur devait restituer une certaine somme d'argent au demandeur (*contract implied in law*), en dépit de l'absence de volonté du défendeur de payer. Lorsqu'il a fallu réorganiser la manière de présenter le droit, après l'abolition des *forms of action*, l'*indebitatus assumpsit* fut d'abord intégré purement et simplement au droit des contrats. Cependant, la particularité du *contract implied in law* se fit vite ressentir et ses liens avec le contrat contesté. Aussi, le terme de *quasi-contract* a permis un certain compromis, il permettait à la fois de faire sortir ces hypothèses de la catégorie du contrat, faute d'accord de volontés, tout en gardant un lien avec l'idée d'une fiction de contrat. À cet égard, les *quasi-contracts* ressemblent assez aux quasi-contrats tels que conçus par les romains, à savoir des anciens cas classés dans la catégorie de contrat, mais qui en ont été chassés en raison de leurs particularités. Toutefois, à la différence du droit romain, les *quasi-contracts* furent pratiquement immédiatement associés à l'idée d'enrichissement injustifié, sous l'influence du droit américain qui a probablement été lui-même influencé par les idées de Toullier. Si les juristes anglais ne franchissent pas immédiatement le pas en adoptant l'*unjust enrichment* comme source d'obligation, cela

tient aux réticences des juristes anglais à l'égard de l'idée d'enrichissement injustifié, qui paraît à l'époque trop vague et connotée politiquement pour être adoptée purement et simplement.

Ce fut le travail de la doctrine, inspirée par les travaux américains et notamment le *Restatement*, de dissiper les doutes sur cette nouvelle source d'obligation. Les premiers à franchir le pas furent Goff et Jones, qui publièrent le premier ouvrage systématisant toutes les hypothèses où l'objectif est de restituer un gain au demandeur (hypothèses de *restitution*). À ce stade le terme *restitution* est toujours plus fréquemment utilisé que celui d'*unjust enrichment*, et tend à remplacer les *quasi-contracts* qui n'ont jamais véritablement convaincu. Ce travail fut complété par Birks, qui fut également l'un des premiers à dissocier la source (*unjust enrichment*) de ses effets (*restitution*), en publiant l'un des premiers ouvrages entièrement consacré à l'*unjust enrichment*. En parallèle, la jurisprudence a fini par reconnaître que l'*unjust enrichment* est une source d'obligation à part entière, dans la décision *Lipkin Gorman*, rendue par la *House of Lords* en 1991. Depuis les *quasi-contracts* sont tombés en désuétude et certains auteurs à l'instar de Birks, n'ont pas hésité pas à les qualifier « d'hérésie »³⁶¹. Il serait donc maladroit d'utiliser l'exemple du droit anglais comme appui à l'affirmation selon laquelle tout quasi-contrat serait fondé sur l'enrichissement d'injustifié. Cette association entre les *quasi-contracts* et l'idée d'enrichissement injustifié ne fut utilisée qu'à titre de transition et parce que cela pouvait ressembler à l'ancienne action d'*indebitatus assumpsit*. À aucun moment les auteurs anglais n'ont affirmé que l'enrichissement injustifié participait de l'essence des *quasi-contracts* et ils n'ont eu aucun mal à abandonner cette catégorie, une fois que les doutes sur l'*unjust enrichment* ont été dissipés. L'abandon définitif des *quasi-contracts* dans les années 1990 s'est même accompagné d'un essor sans précédent de l'*unjust enrichment*, débarrassé de toute idée de fiction de contrat. L'état du droit positif permet de rendre compte de ce travail, même si certaines solutions contemporaines ne peuvent pleinement se comprendre qu'au regard des solutions passées.

³⁶¹ P. BIRKS, G. MCLEOD, « The Implied Contract Theory of Quasi-Contract : Civilian Opinion Current in the Century Before Blackstone », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, n°1, 1986, p. 47.

Chapitre II : L'*unjust enrichment* en droit positif

91. Une source encore en cours de développement. Si l'*unjust enrichment* a connu un développement exponentiel ces dernières décennies, des zones d'ombres demeurent et cette catégorie fait encore l'objet de critiques³⁶², au point qu'il est affirmé qu'elle est aujourd'hui en perte de vitesse³⁶³. Cet état des lieux pourrait faire non seulement douter de la pertinence de la comparaison avec le droit anglais, mais aussi, et plus fondamentalement de la nécessité de reconnaître une source d'obligation fondée sur l'enrichissement injustifié. Ces doutes doivent être dissipés. La comparaison avec le droit anglais est précisément intéressante, parce que le droit anglais a construit des conditions et moyens de défense spécifiques, sans emprunt maladroit à d'autres sources d'obligations, mais aussi parce que les difficultés que rencontre actuellement le droit anglais concernent aussi, et même de surcroît, le droit français. Pour appréhender au mieux l'*unjust enrichment*, il ne faut pas seulement s'attarder sur les conditions de cette action (Section I), il faut également cerner sa place au sein du droit des obligations (Section II).

Section I : Les conditions de l'*unjust enrichment*

92. Une action mieux encadrée. Les conditions de l'*unjust enrichment* sont *a priori* proches de celles utilisées en droit français, à ceci près qu'il n'est exigé aucun appauvrissement et que ces conditions ont fait l'objet d'une étude plus détaillée qu'en droit français. Outre l'absence d'appauvrissement, la principale différence avec le modèle français est la nécessité d'établir un *unjust factor*, c'est-à-dire qu'il appartient au demandeur d'établir que sa situation entre dans une des hypothèses où le droit considère l'enrichissement comme

³⁶² Voir notamment S. HEDLEY, *Restitution : Its Division and Ordering*, Sweet & Maxwell, 2001, spéc. p.179s. ; P. JAFFEY, « Chapter 8 : Restitution and the Unjust Enrichment Fallacy », in *Private Law and Property Claims*, Hart, 2007, p.211s. ; S. HEDLEY, M. HALLIWELL (ed.), *The Law of Restitution*, Butterworths, Lexis Nexis, 2002, n°1.25s. Toutefois, concernant les critiques du professeur Hedley, il faut mettre en perspective ces critiques de l'*unjust enrichment* avec la nouvelle définition qu'il propose du contrat, détachée de l'idée de consentement et centrée sur l'idée d'un transfert de valeur, et qui explique qu'il voit dans la plupart des cas d'*unjust enrichment* un contrat et qu'il se montre enclin à reprendre l'ancienne théorie de l'*implied contract*.

³⁶³ Voir notamment R. STEVENS, « The Unjust Enrichment Disaster », *LQR* 2018, 134 (Oct), p. 574s. ; la critique principale étant que l'*unjust enrichment* recouvre encore trop d'hypothèses disparates, même après l'extraction des *restitution for wrongs*. Il est vrai que l'*unjust enrichment* recouvre encore des hypothèses qui ne présentent pas la même *ratio legis*, cependant cela ne condamne pas pour autant cette source d'obligation, il nous semble qu'il faudrait pour cela enlever les services de l'*unjust enrichment*, voir *infra* n° 103.

injuste. D'où l'opposition de principe entre le modèle de l'enrichissement injustifié, suivi par les droits français et allemand³⁶⁴, où l'important est d'établir que l'enrichissement ne repose sur aucune base juridique, et le modèle de l'enrichissement injuste, suivi par le droit anglais, qui exige la démonstration du caractère injuste de l'enrichissement. Les différences apparaissent toutefois davantage au stade de l'étude de ces conditions. Le droit anglais insiste ainsi beaucoup plus sur l'exigence d'un enrichissement (I) et les *unjust factors* permettent de délimiter plus étroitement les frontières de l'*unjust enrichment* que la condition d'une absence de justification (II). Les juristes anglais s'attardent également davantage sur les liens entre l'enrichissement et son titulaire à travers l'exigence d'un enrichissement au détriment du demandeur (*at the expense*) (III). Enfin, cette source d'obligation a été l'occasion de développer des moyens de défense spécifiques (IV).

I : La nécessité d'un enrichissement

93. Une exigence primordiale. Le droit anglais insiste davantage que le droit français sur la condition de l'enrichissement et tâche au maximum de se concentrer sur la situation du défendeur, plus que sur celle du demandeur. L'objectif étant de restituer un profit, sans pour autant punir le défendeur, le droit anglais peut également tenir compte, dans certaines circonstances, de l'évaluation subjective de l'enrichissement par le défendeur. Il a par ailleurs développé de nombreuses règles d'évaluation, permettant d'apprécier au mieux le gain réel du défendeur. Néanmoins, malgré ces efforts, la définition de l'enrichissement fait toujours l'objet de débats et de critiques, notamment sur sa largesse excessive. Ces critiques sont intéressantes car elles peuvent en grande partie être transposée en droit français, qui connaît également une définition très accueillante de l'enrichissement. Aussi le droit français peut apprendre tant de la notion actuelle d'enrichissement en droit anglais (A), que des critiques dont il a fait l'objet (B).

A) La notion d'enrichissement

94. L'accent mis sur les règles d'évaluation. Alors que le droit français est très discret tant sur la définition de l'enrichissement que du point de vue de ses règles d'évaluation, le droit anglais s'avère bien plus contrasté. Autant l'enrichissement ne reçoit pas une définition plus

³⁶⁴ Même si le droit allemand a considérablement affiné sa clause générale pour finalement se rapprocher du modèle anglais, voir *supra* n° 56s.

détaillée qu'en droit français, autant il existe un luxe de détails s'agissant des règles d'évaluation. Comme en droit français, les juristes anglais se contentent de dresser une classification des différentes formes d'enrichissement en guise de définition, même si cette classification diffère de celle retenue en France (1). En revanche, ils ont élaboré des règles plus détaillées d'évaluation (2).

1) La définition et la classification des différentes formes d'enrichissement

95. Une distinction plus marquée selon les formes d'enrichissement. À l'instar du droit français, la notion d'enrichissement est entendue de manière très extensive et ne se limite pas à ce qui a pu accroître le patrimoine du défendeur. Il peut s'entendre aussi bien d'une somme d'argent reçue que d'une dépense épargnée, d'un bien que d'un service³⁶⁵. En somme, tout avantage susceptible d'être évalué pécuniairement peut être qualifié d'enrichissement³⁶⁶. Cette largesse peut s'expliquer pour au moins deux raisons. La première fait écho aux origines de l'*unjust enrichment* et remonte à l'*indebitatus assumpsit* qui englobait aussi bien des cas où le demandeur a transféré un bien ou une somme d'argent au défendeur, que les hypothèses où il a rendu un service au défendeur³⁶⁷. La seconde tient au fait que les autres conditions, en particulier l'exigence d'un *unjust factor*, paraissent suffisantes pour contenir l'*unjust enrichment* dans des limites raisonnables. En outre, la réduction de la notion d'enrichissement pourrait présenter le risque de limiter trop fortement le champ d'application de cette action, laissant le demandeur ayant conféré un avantage au défendeur sans protection. Cette crainte est sans doute exagérée et il est possible au contraire que la largesse de la définition soit avant tout due au fait que le concept et les finalités de l'*unjust enrichment* ne soient pas encore très bien définis³⁶⁸. Les points communs avec le droit français s'arrêtent cependant à ce stade, car si la définition est sensiblement la même, les distinctions opérées diffèrent. Alors que le droit français est attaché au triptyque classique distinguant l'accroissement de l'actif, la diminution du passif et le maintien de l'actif³⁶⁹, le droit anglais différencie non seulement le mode de réalisation de

³⁶⁵ P. BIRKS, *op. cit.*, p.53; A. BURROWS, *The Law of Restitution*, 3rd ed., Oxford University Press, 2011, p.45.

³⁶⁶ Voir notamment G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 3^e éd., Oxford University Press, 2015, p. 64.

³⁶⁷ Voir *supra* n° 75s.

³⁶⁸ Voir *infra* n° 102, sur les critiques de la notion d'enrichissement.

³⁶⁹ Voir *infra* n° 284, il faut noter toutefois que le droit français n'en tire aucune conséquence, pas même du point de vue de l'évaluation de l'enrichissement.

l'enrichissement (transfert d'un bien, usage du bien...), mais prend en compte d'autres formes d'enrichissement que celles utilisées par le droit français.

Ces distinctions ne sont pas purement ornementales, mais sont utilisées pour élaborer des règles d'évaluation spécifiques et adaptées à chaque forme d'enrichissement, qui viennent s'ajouter aux règles communes d'évaluation. Les juristes anglais distinguent quatre formes d'enrichissement : l'enrichissement monétaire, l'enrichissement par le transfert d'un bien, l'enrichissement par l'octroi d'un service ou l'enrichissement par l'extinction d'une obligation préexistante³⁷⁰. En plus de cette classification, il est également possible de différencier selon que le demandeur souhaite obtenir des restitutions pour la simple valeur de transfert de la chose, ou s'il souhaite obtenir des restitutions pour l'usage de la chose. À titre d'exemple, si le défendeur a reçu 1.000 €, il est non seulement possible d'obtenir la restitution de cette somme, mais il est également possible de prendre en considération le temps ou la période pendant laquelle le défendeur a pu utiliser cette somme, ce qui revient, dans ce cas, à demander des intérêts³⁷¹.

2) Les règles d'évaluation

96. La conciliation des intérêts du demandeur et du défendeur. À la différence du droit français, qui se place davantage du point de vue de l'appauvri, le droit anglais cherche au contraire à évaluer le plus précisément possible l'enrichissement réel du défendeur. Cette position a l'avantage d'offrir de meilleurs moyens de défense, tout en préservant les intérêts du demandeur. En effet, en droit français, la situation de l'enrichi n'a guère d'importance, et il importe peu que l'indemnité qu'il sera éventuellement amené à payer ne dégrade sa position. Seul le comportement de l'appauvri est pris en considération, son indemnité pouvant être modérée en cas de faute de sa part (article 1303-2 al.2 Code civil)³⁷². En droit anglais, l'analyse se concentre sur ce qu'a perçu le défendeur, tant du point de vue de l'existence de l'enrichissement qu'au regard de son évaluation. La valeur qu'accorde le demandeur à la chose ou ce qu'il a dépensé pour le défendeur est indifférent. Le droit anglais

³⁷⁰ Ces formes se retrouvent dans la plupart des ouvrages, voir par exemple : C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *Goff & Jones, The Law of Unjust Enrichment*, 9^e éd., Sweet & Maxwell, 2016, 5-01 s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 73s.

³⁷¹ Voir not. C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-07.

³⁷² Sur les faiblesses du droit français, voir notamment C. KENNEFICK, « La faute de l'appauvri : comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié », *RDC* n°4, 2015, p. 961s.

ne se contente pas ici de renvoyer la tâche de l'évaluation de l'enrichissement aux juges du fond mais élabore différentes mesures possibles d'évaluation selon les types d'enrichissement (monétaire, apport d'un nouveau bien, service rendu...) mais aussi selon la valeur que le défendeur peut accorder à l'enrichissement reçu. Puisqu'il ne s'agit pas de compenser une perte du demandeur mais de restituer l'enrichissement recueilli par le défendeur, c'est essentiellement du côté de ce dernier qu'il faut se placer. La doctrine et la jurisprudence anglaises ont ainsi élaboré différentes méthodes d'évaluation de l'enrichissement, relativement complexes, particulièrement pour un juriste français qui n'est guère habitué à ce luxe de détails ! Les débats concernant l'évaluation de l'enrichissement ne toutefois sont pas encore totalement clos. Les désaccords ne portent pas toujours sur des différences de fond, mais tiennent parfois davantage à des différences de présentation. L'un des points discutés concerne notamment le stade auquel les caractéristiques et, éventuellement, les préférences du défendeur doivent être prises en considération. Doit-on tenir compte de la personne du défendeur au stade de l'évaluation de l'enrichissement ou doit-on repousser cette étape au stade des moyens de défense ? Pour des raisons de clarté et pour ne pas obscurcir le propos, nous nous contenterons ici de présenter l'état du droit positif anglais, tel qu'il ressort des dernières décisions des juridictions anglaises, ainsi que du point de vue de la majorité de la doctrine. Il existe également des règles plus spécifiques d'évaluation selon la forme que peut revêtir l'enrichissement (notamment lorsqu'il s'agit de l'amélioration d'un bien ou de la valeur liée à la jouissance de la chose), mais il convient d'abord de présenter les règles générales d'évaluation.

97. Le point de départ – Le principe de l'*objective value*. Toutes les formes d'enrichissement ne présentent évidemment pas les mêmes difficultés d'évaluation. Lorsque l'enrichissement consiste en la perception d'une somme d'argent, il n'y a aucune difficulté, le défendeur est enrichi dans la mesure de la somme reçue. En revanche, dès lors que l'enrichissement prend la forme d'un bien non-monétaire ou d'un service, l'enrichissement du défendeur peut non seulement être difficile à évaluer, mais peut même être discutable. La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment fixé une règle de principe en la matière dans l'affaire *Benedetti v. Sawiris*³⁷³. L'enrichissement doit être évalué au jour de sa réception à sa valeur

³⁷³ (2013) UKSC 50, (2014) A.C. 938, les faits sont plus secondaires, l'essentiel étant la position de principe pris par la cour. Pour simplifier, le demandeur avait conseillé le défendeur sur la prise de contrôle d'une société et il était prévu que le défendeur devait apporter une certaine somme, le reste devant provenir

« objective » de marché. Cependant, cette notion n'est pas dénuée d'ambiguïtés et peut être entendue de manières différentes. Cela tient naturellement à la relativité et à la polysémie du terme objectif, mais également au fait qu'il n'existe pas qu'une seule valeur de marché. Il est possible de proposer, au moins, deux approches différentes de la valeur objective de marché, ces deux approches ayant été analysées dans l'affaire *Benedetti*. Une première, la plus simple, consiste à prendre la valeur ordinaire de marché, c'est-à-dire sans prendre en considération les caractéristiques éventuellement peu communes du défendeur, notamment son éventuelle position de force sur le marché qui lui permet de recevoir un service ou un bien à une valeur inférieure au prix qu'aurait payé une personne « lambda ». Une seconde approche consiste au contraire à tenir compte de la position particulière du défendeur. La différence est subtile et ne signifie absolument pas qu'il faille tenir compte des préférences et choix personnel du défendeur en cette hypothèse. Il s'agit plutôt de savoir quel prix une personne raisonnable aurait dû payer, pour le service ou le bien, si elle était à la place du défendeur³⁷⁴. C'est cette dernière approche qui fut adoptée dans l'affaire précitée. Il est vrai qu'en règle générale il n'existera, en réalité, aucune différence entre la première et la seconde approche. Ce n'est que si le défendeur présente une caractéristique particulière que cette règle apportera une différence.

Cela a pu notamment être observé dans l'affaire *Sempre Metals v. IRC*³⁷⁵, où le défendeur avait la particularité d'être le Trésor britannique. L'affaire trouvait sa source dans une législation anglaise qui fut jugée contraire à la législation européenne par la CJUE (CJCE à l'époque), le droit anglais réservant un avantage aux sociétés britanniques par rapport aux filiales dont le siège social de la société mère était domicilié en dehors du Royaume-Uni. Les premières bénéficiaient d'un délai supplémentaire pour payer certaines taxes alors que les dernières devaient payer en avance. Une société, filiale d'une autre résidant hors du Royaume-Uni, s'estima lésée et exigea que le Trésor britannique lui

d'investisseurs que le demandeur se chargeait de trouver. Malheureusement, il fut impossible de trouver d'autres investisseurs, de telle manière que l'accord conclu entre le demandeur et le défendeur fut rompu, et le défendeur apporta lui-même la somme manquante pour financer l'intégralité de l'opération. Le demandeur estima tout de même qu'il devait obtenir une rémunération pour le service rendu au défendeur, rémunération qui ne pouvait cependant plus trouver son fondement dans l'accord précédemment conclu. Le demandeur se plaça donc sur le terrain de l'*unjust enrichment*. Cependant le demandeur tenta d'obtenir la rémunération initialement prévue dans le contrat, supérieure à la valeur de marché, en arguant que cette rémunération représentait la valeur réelle du service aux yeux du défendeur, il invoqua donc une *subjective overvaluation*, qui fut refusée en l'espèce.

³⁷⁴ *Benedetti v. Sawiris*, (2013) UKSC 50, (2014) A.C. 938, n°17, « the test is the price which a reasonable person in the defendant's position would have had to pay for the services ».

³⁷⁵ (2008) 1 AC 561, (2007) 3 WLR 354.

restitue, non pas la taxe payée, car elle était bien due, mais l'enrichissement procuré par l'anticipation du paiement. Il est censé avoir bénéficié de cette somme d'argent versée en avance, car si la société n'avait pas payé, l'État aurait dû emprunter cette somme ailleurs³⁷⁶. L'une des principales difficultés de cette affaire était l'évaluation du taux d'intérêt. Faut-il prendre en considération le fait que le défendeur est l'État, qui, du fait de sa puissance économique, peut (encore) emprunter à un taux plus faible ? Ou doit-on simplement se référer au taux normal du marché ? Les juges ont opté pour la première solution, ils ont donc appliqué le taux applicable à l'État³⁷⁷. Une personne raisonnable, dans la même situation que l'État, aurait pu obtenir un prêt à un taux inférieur à celui qu'aurait obtenu un emprunteur ordinaire. Puisque le marché (et non le défendeur lui-même) en tient compte, il faut également en tenir compte pour évaluer le plus justement possible le gain réel du défendeur. C'est pour cela que cette méthode est finalement perçue comme objective, car elle ne prend en considération que les caractéristiques jugées importantes aux yeux des tiers (le marché) et qui ont une influence sur la valeur d'échange.

98. L'exception à l'*objective value* : la *subjective devaluation*³⁷⁸. Si l'*objective value* est la règle de principe, elle peut toutefois être écartée par le défendeur, s'il parvient à établir que le bénéfice objectif reçu présente, à ses yeux, une valeur moindre que l'*objective value*, voire n'en présente aucune. Cela ne nécessite toutefois pas d'effectuer une enquête oiseuse sur les intentions possibles du défendeur car, comme le rappelle Lord Clarke, il faut des manifestations objectives des intentions du défendeur³⁷⁹. Ce dernier doit démontrer qu'il aurait pu obtenir le même service pour un prix plus faible, s'il avait eu le choix. C'est

³⁷⁶ Pour une analyse succincte et claire de cette affaire voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p.66-67.

³⁷⁷ *Sempra Metals v. IRC*, préc., n°49, comme énoncé par Lord Hope: « But I would hold that it is open to the enriched to show that it would have been able to borrow money at rates or on terms more favourable to it than those available in the ordinary commercial market. If it can do that, then ordinary rates and other terms must give way to those that are relevant to the circumstances of the enriched. The unusual position of the revenue has been sufficiently demonstrated ». Il convient cependant de remarquer qu'à l'époque où fut rendue la décision, les juges qualifiaient cette méthode de *subjective devaluation* (voir *infra* n° 98). Depuis l'affaire *Benedetti*, cependant, cette règle est analysée comme une application du principe de l'*objective value*, ce qui est notamment souligné par Lord Clarke, dans l'affaire *Benedetti* : « When I first drafted this judgment I thought that *Sempra* was an example of subjective devaluation in practice. (...) I can now see that it may be an example of the objective value of the money to a person in the position of the defendant, namely the Government ».

³⁷⁸ Elaborée dans un premier temps par Goff et Jones, popularisée par Birks et reprise ensuite par la doctrine et la jurisprudence. Pour une présentation détaillée voir par exemple P. BIRKS, *Introduction*, p. 114 et p. 265s.

³⁷⁹ *Benedetti v. Sawiris*, n°23, « A defendant can always simply assert that he valued a benefit at less than the market value. However, a court will be very unlikely to accept such an assertion unless there has been some objective manifestation of the defendant's subjective views ».

notamment le cas lorsqu'un service a été, totalement ou en partie, rendu en vertu d'un contrat qui n'a jamais abouti ou qui s'est terminé et qui prévoyait une rémunération inférieure.

À titre d'illustration, il est souvent fait référence à l'affaire *Ministry of Defence v. Ashman*³⁸⁰. Les faits sont les suivants : un militaire a bénéficié d'un logement de fonction pour un loyer modique de 95.41 £/mois. Il était prévu qu'en cas de séparation avec son épouse, cette dernière devrait quitter les lieux. Le couple se sépara. Pour des raisons administratives (elle ne disposait pas encore d'un document lui permettant d'obtenir un autre logement), elle ne quitta pas les lieux immédiatement après la séparation. Le bailleur souhaita donc lui demander une indemnité, pour l'usage du bien, couvrant la période d'occupation et ce en référence à la valeur locative de 472 £/mois. Pourtant, dans leur décision, les juges ont finalement retenu le loyer tel que fixé dans l'ancien contrat de bail (95.41 £). L'idée est que l'ancienne épouse n'avait pas d'autre choix que de rester dans ce logement tant que sa situation administrative n'était pas clarifiée. Si elle avait eu le choix, elle ne serait certainement pas restée dans cet immeuble au vu des prix ordinaires du marché³⁸¹. Ce test vise à préserver l'autonomie du défendeur, qui est en principe libre de dépenser son argent comme il l'entend. Cette règle a pour objectif de protéger le défendeur et ne peut donc se retourner contre lui s'il est démontré que le défendeur accorde au contraire une valeur supérieure au service. Par principe la *subjective overvaluation* est refusée³⁸². Toutefois, cet argument ne peut être avancé dans tous les cas et il existe des limites à la *subjective devaluation*.

99. Les hypothèses non susceptibles de *subjective devaluation* (1). – L'incontrovertible *benefit*. Le défendeur ne peut pas toujours arguer que l'enrichissement reçu n'a aucune valeur pour lui, ou une valeur moindre. Il est des hypothèses où l'enrichissement est irréfutable, car aucune personne raisonnable ne peut sérieusement nier qu'elle a été enrichie. L'*incontrovertible benefit* a donc pour effet de faire obstacle à toute *subjective devaluation*.

³⁸⁰ (1993) 25 H.L.R., voir également A. BURROWS, *op. cit.*, p.51).

³⁸¹ Dans son opinion, le juge Hoffmann estime ainsi que: « a benefit may not be worth as much to the particular defendant as to someone else. In particular, it may be worth less to a defendant to a defendant who has not been free to reject it. Mr. and Mrs Ashman would probably have never occupied the premises in the first place if they had to pay £472 a month instead of the concessionary licence fee of £95. Mrs Ashman would certainly not have stayed in the premises at the market rate if she had any choice in the matter”.

³⁸² *Benedetti v. Sawiris*, (2013) UKSC 50, (2014) A.C. 938, n°27s.

Cette notion est bien implantée en droit anglais et a été admise dans plusieurs décisions³⁸³. Cependant les frontières en sont encore incertaines, de nombreux débats étant toujours ouverts pour déterminer les cas précis d'*incontrovertible benefit*. En somme, la ligne de démarcation tourne toujours autour de l'idée qu'il faut préserver l'autonomie et la liberté de choix du défendeur. Quand cette autonomie n'est pas menacée, la doctrine et la jurisprudence tendent à refuser au défendeur toute possibilité de contester la valeur, voire l'existence, de l'enrichissement. Parmi les cas qui ne se prêtent à aucune controverse, l'on retrouve celui du transfert d'une somme d'argent et celui du paiement de la dette d'autrui³⁸⁴. Le défendeur étant légalement tenu, dans ce dernier cas, de payer, il n'a aucune possibilité de contester l'enrichissement. De manière sans doute plus contestable, sont également considérées comme un enrichissement irréfutable, les dépenses nécessaires faites dans l'intérêt du défendeur, l'exigence de nécessité impliquant que le défendeur aurait de toute manière dû faire de telles dépenses³⁸⁵.

En revanche, cela est plus discuté dès lors que l'enrichissement est en nature, par exemple lorsqu'un bien du défendeur a été amélioré de telle sorte que sa valeur marchande a augmenté. Le débat est le suivant : l'enrichissement est-il irréfutable dès la réception du bien, ou dès son amélioration, ou doit-on attendre que le défendeur ait cédé le bien ? C'est la distinction entre le *benefit realizable in money* et le *benefit realized in money*. Dans le dernier cas, cela revient à un enrichissement monétaire, hypothèse non contestée d'enrichissement irréfutable. Dans le premier cas, en revanche, il y a un risque de limiter le libre choix du défendeur, qui pourrait voir sa situation se dégrader s'il devait restituer la valeur de l'enrichissement, alors qu'il a toujours le bien en sa possession, car il pourrait être contraint de le vendre. Cette solution peut être particulièrement rigide, tout particulièrement en cas d'amélioration d'un bien. Pour reprendre l'exemple du professeur Burrows, imaginons que l'amélioration porte sur le logement principal du défendeur, qui ne peut

³⁸³ Voir par exemple *Rowe v. Vale of White Horse DC*, (2003) EWHC 388, n°12. Voir également les références citées par G. VIRGO, *op. cit.*, p.78, note 106.

³⁸⁴ Voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p.79-80; C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-28, 4-29, 4-34.

³⁸⁵ G. VIRGO, *op. cit.*, p.80-81, C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-35. C'est assez contestable dans la mesure où ici, contrairement au paiement de la dette d'autrui, le défendeur n'a aucune obligation légale de payer, admettre qu'il s'agit d'un cas d'*incontrovertible benefit* apporte donc une limite à l'autonomie du défendeur. Par ailleurs, à supposer que l'exigence de nécessité permette de caractériser l'enrichissement, il est contestable d'estimer que cela permet également de figer la valeur de l'enrichissement sans que le défendeur n'ait la possibilité de pouvoir contester son évaluation par le biais du *subjective devaluation*.

déménager pour des raisons financières, familiales ou professionnelles. Admettre l'existence de l'enrichissement irréfutable dans ce cas pourrait le contraindre à vendre son logement pour pouvoir restituer le gain correspondant à l'amélioration³⁸⁶. Face à ces difficultés, plusieurs solutions ont été proposées. Birks considérait ainsi qu'il n'est possible d'y voir un enrichissement irréfutable que lorsque le bien a été réalisé en somme d'argent, c'est-à-dire vendu librement par le défendeur³⁸⁷. À l'inverse, les professeurs C. Mitchell, P. Mitchell et Watterson estiment que l'enrichissement est établi et irréfutable dès l'amélioration, sans qu'il ne soit nécessaire que le défendeur ait réalisé le bien pour éviter les manœuvres stratégiques du défendeur³⁸⁸. Une solution médiane a été proposée par le professeur Burrows. Un tel enrichissement sera considéré comme irréfutable lorsqu'il est raisonnablement certain que le défendeur va céder le bien³⁸⁹. Malgré ces difficultés, il n'existe pas, pour l'heure, de solutions parfaitement établies en jurisprudence, même si quelques décisions penchent davantage en faveur de la reconnaissance d'un enrichissement dès la réception du bien ou son amélioration (*benefit realizable in money*)³⁹⁰. Néanmoins, pour éviter les excès, comme l'illustre l'exemple de l'amélioration du logement principal, des auteurs ont proposé qu'en ce cas, plutôt que d'accorder des *restitutions*, le demandeur puisse obtenir un droit sur le bien, ainsi si le bien est finalement vendu, le demandeur pourra récupérer le montant qui lui est dû sur le produit de la vente³⁹¹.

100. Les hypothèses non susceptibles de *subjective devaluation* (2). – *Request et free acceptance*. À côté de l'*incontrovertible benefit*, il est possible de faire obstacle à la *subjective devaluation* s'il est établi que le défendeur avait requis le service à l'origine de

³⁸⁶ A. BURROWS, *op. cit.*, p.48.

³⁸⁷ P. BIRKS, *op. cit.*, p.61-62.

³⁸⁸ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-30 à 4-33, qui estiment que la jurisprudence va dans ce sens.

³⁸⁹ A. BURROWS, *op. cit.*, p.48-49.

³⁹⁰ Voir notamment *Cressman v. Coys of Kensington*, (2004) EWCA Civ 47, (2004) 1 WLR 2775, Lord Mance écarte les solutions proposées par Birks et Burrows, jugées trop restrictives et inapplicables en l'espèce, mais il ne semble admettre la solution de Goff et Jones (reprise par les professeurs C. Mitchell, P. Mitchell et S. Watterson) que par rapport au cas d'espèce, il ne semble pas en faire une règle générale : « Viewing the matter in the terms in which counsel presented it, there could be no difficulty in reaching this conclusion on the simple test of realisability advocated by *Goff & Jones*. Even if realisability is not alone generally sufficient, the ability to realise the mark in the future, coupled with the enjoyment of its possession and use in the meantime, seem to me considerable arguments in favour of a conclusion that Mr McDonald regarded himself as subjectively benefited by the mark and should be treated as benefited by its value. I would regard Professor Birks's test of realised benefit, if it were to be applied to this situation, as overly narrow, and Professor Burrows's test as inappropriate and inapplicable in the present context (unless in each case one were to treat the gift to the partner as a realisation of benefit, which seems artificial) ».

³⁹¹ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n° 4-33.

l'enrichissement (*request*), ou s'il n'a pas refusé ce service alors qu'il avait la possibilité de le faire (*free acceptance*). Ces deux cas présentent la particularité de ne s'appliquer qu'à un enrichissement procuré par un service. Dans les deux cas, le comportement du défendeur implique qu'il souhaitait obtenir le service rendu, il peut donc difficilement arguer qu'il n'y accorde aucune valeur. Il aurait toutefois pu être objecté que, si le défendeur ne peut nier être enrichi, il peut néanmoins contester l'évaluation de l'enrichissement et apporter la preuve qu'il aurait pu obtenir le service pour un prix inférieur, quand bien même il aurait requis le service. Ce n'est néanmoins pas le parti pris par la plupart des auteurs. Dans les deux cas, *request* ou *free acceptance*, le défendeur ne peut, une fois l'enrichissement établi par le demandeur, ni contester l'existence de l'enrichissement, ni réclamer son évaluation à un prix inférieur à celui ordinairement pratiqué. Cette solution est généralement justifiée par le fait que le défendeur ne pouvait ignorer, en pareilles hypothèses, que le service n'était pas gratuit et qu'il ne pouvait avoir été accordé à une valeur inférieure au prix du marché. Il faut toutefois noter que l'hypothèse du *request* est rare, car en ce cas il y aura en réalité bien souvent un contrat, tacite ou exprès. Dès lors qu'il s'agit de l'exécution d'un contrat, le droit de l'*unjust enrichment* cède la place au droit des contrats. Aussi, on trouve peu de décisions ayant fait application de cette règle³⁹².

Le cas du *free acceptance* est quant à lui particulièrement contesté. Certains auteurs estiment qu'aucune décision n'a réellement reconnu cette hypothèse³⁹³, tandis que d'autres affirment qu'elle est déjà établie en droit anglais³⁹⁴. Toutefois, comme le remarque le professeur Burrows, l'absence de réaction du défendeur peut aussi s'analyser comme une indifférence au service procuré, de telle manière qu'il est particulièrement contestable de reconnaître que, non seulement le *free acceptance* permet d'établir l'existence de l'enrichissement, mais qu'en plus il empêche le défendeur de le dévaluer³⁹⁵. Le *free acceptance* est d'autant plus délicat à admettre qu'il constitue également un *unjust factor*,

³⁹² Voir toutefois les quelques rares décisions citées par C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-44.

³⁹³ A. BURROWS, *op. cit.*, p. 56-59, l'auteur estime que les décisions généralement citées en faveur du *free acceptance* établissent en réalité l'enrichissement et son évaluation à partir d'autres méthodes, notamment celle de l'*incontrovertible benefit*, il existerait seulement des *obiter dicta*, de faible portée, en faveur de ce cas, ce qui tendrait à prouver qu'il n'est pas nécessaire de consacrer le *free acceptance* car les autres méthodes suffisent largement.

³⁹⁴ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-46 – 50; G. VIRGO, *op. cit.*, p.85-86.

³⁹⁵ A. BURROWS, *op. cit.*, p. 57 "As regards establishing benefit, free acceptance undermines respect for the individuality of values because it is a rational indication of nothing more than indifference to the objective benefit being rendered".

autrement dit cette hypothèse permet à la fois de caractériser un enrichissement et la raison justifiant les *restitutions (unjust factor)*³⁹⁶.

101. Les difficultés liées aux enrichissements non monétaires. Ces deux exceptions au *subjective devaluation*, mettent surtout en avant les difficultés que provoque le cas où l'enrichissement est une prestation de service, en particulier lorsque celle-ci ne laisse aucun résidu (adjonction ou amélioration d'un bien), ce que les juristes anglais nomment un *pure service*. Certes, l'hypothèse où un bien du défendeur a été amélioré par le fait du demandeur provoque également des discussions sur la manière dont il convient d'évaluer l'enrichissement. Cependant nul ne conteste que, en ce cas, il y a bien un enrichissement. Les débats portent en réalité davantage sur les moyens de défense qu'il faut accorder au défendeur, et ce pour éviter des solutions jugées trop rigoureuses. Ces débats permettent d'ailleurs de remettre en perspective certaines solutions françaises comme celle retenue à l'article 555 du Code civil, lorsque le tiers qui a construit sur le terrain d'autrui est de bonne foi. En ce cas, le Code civil laisse la possibilité au propriétaire du terrain de choisir entre le remboursement des dépenses du tiers (main d'œuvre et matériaux), ou une indemnité égale à la valeur dont a augmenté le fonds. Seule la seconde solution se rattache directement à l'enrichissement injustifié, mais ce choix laissé au propriétaire peut tout simplement s'analyser comme un moyen de concilier les intérêts du demandeur et ceux du défendeur. Il serait probablement excessif d'obliger systématiquement le propriétaire du fonds à restituer la plus-value, ce qui pourrait contraindre le propriétaire à vendre le terrain. Les immeubles (en particulier lorsqu'ils sont occupés par le propriétaire) ont incontestablement une valeur particulière et sont plus difficilement remplaçables que les biens meubles, d'où la nécessité d'offrir une protection accrue au défendeur. L'article 555 est donc moins une consécration de la règle du double plafond, qu'une solution particulière à un cas où il convient de ménager deux intérêts contradictoires³⁹⁷.

³⁹⁶ Sur le *free acceptance* comme *unjust factor* voir *infra* n° 138s.

³⁹⁷ Nous reviendrons plus tard sur cet article ainsi que sur le fait, qu'en ce cas, ce sont les intérêts de deux potentiels propriétaires, même si la loi tranche en faveur du propriétaire du fonds, qu'il convient de préserver, voir *infra* n° 464s. Dans les travaux préparatoires du Code civil, on retrouve ainsi une idée assez proche du droit anglais, qui estime que le propriétaire du fonds aurait pu obtenir la même amélioration pour un coût inférieur aux dépenses effectuées par le tiers (FAURE, *Rapport*, in LOCRE, *op. cit.*, T. 8, n°14, p.182 « En ce cas [bonne foi du tiers], le propriétaire du fonds ne pourra se dispenser de garder les ouvrages ; et, comme ce n'est plus par sa volonté qu'il les retient, mais par la volonté de la loi, il n'est point astreint à la nécessité de payer la valeur des arbres ou des matériaux et le prix de la main-d'œuvre. En effet, il est possible que la somme dont le fonds a augmenté de valeur soit inférieure à celle qu'il aurait à payer d'une autre manière »).

En revanche, lorsque l'enrichissement ne consiste qu'en l'accomplissement d'un service, les difficultés ne se concentrent plus seulement au stade de l'évaluation mais concernent aussi l'existence de l'enrichissement. À partir du moment où il n'existe aucune trace tangible du service, la seule manière de considérer que le défendeur s'est réellement enrichi est d'admettre qu'il a accepté, d'une manière ou d'une autre, de recevoir ce service. Aussi, il n'est pas anodin que dans les hypothèses où le *request* et le *free acceptance* sont amenés à jouer, la solution retenue aura pour effet, soit d'écarter purement et simplement la demande de restitution, faute d'enrichissement car les conditions du *request* et du *free acceptance* ne sont pas réunies, soit d'accorder des *restitutions* au prix du marché, sans possibilité de dévaluation. Ce système du tout ou rien ne se retrouve pas pour les autres formes d'enrichissement. En effet, s'il n'existe aucun *incontrovertible benefit*, cela ne signifie pas pour autant qu'aucune *restitution* ne sera *in fine* accordée au demandeur. Simplement, le défendeur pourra obtenir une modération du montant des *restitutions*, à hauteur de ce qu'il estime être son enrichissement réel. Cette singularité des services « purs » a ainsi conduit une partie de la doctrine anglaise à critiquer la notion trop extensive d'enrichissement, qui serait à l'origine de certaines incohérences dans le droit de l'*unjust enrichment*.

B) Les critiques sur la notion d'enrichissement

102. Une définition trop extensive de l'enrichissement. Si le droit anglais s'est efforcé de cadrer au mieux cette nouvelle source d'obligation, en particulier en la limitant à des cas circonscrits (*unjust factors*), étonnamment la notion d'enrichissement n'a pas fait l'objet d'une analyse aussi poussée. Certes, il existe, contrairement au droit français, différentes méthodes d'évaluation de l'enrichissement selon les formes qu'il peut revêtir. Mais la notion d'enrichissement en elle-même n'est pas définie avec beaucoup plus de précisions qu'en droit français³⁹⁸. Dans les deux systèmes, l'enrichissement est finalement synonyme d'un simple avantage, évaluable en argent. La seule réelle différence entre les deux systèmes juridiques tient au fait que le droit anglais se place essentiellement du point de vue du défendeur, contrairement au droit français qui a parfois tendance à déduire un

³⁹⁸ Voir notamment S. HEDLEY, "Enrichment", in S. DEGELING, J. EDELMAN (ed.), *Unjust Enrichment in Commercial Law*, Thomson Reuters, 2008, p.95-104, spéc. p. 95: « we have no very clear idea of what 'enrichment' means, or even whether it has a definite meaning ».

enrichissement de l'appauvrissement du demandeur³⁹⁹. Il est tout de même surprenant de constater que, si l'enrichissement est souvent présenté comme l'exigence première, sa définition reçoit si peu d'attention. Pourtant, c'est la notion d'enrichissement qui permet de donner la ligne directrice et la cohérence à cette source d'obligation. Aussi, à partir des distinctions opérées par le droit anglais, il est possible de faire deux remarques.

Premièrement, les différents types d'enrichissement ne sont en réalité qu'une reprise des anciens *counts* de l'*indebitatus assumpsit* : le *money had and received* pour l'enrichissement monétaire, le *quantum meruit* pour les services, le *quantum valebat* pour les biens et le *money paid* pour l'extinction d'une obligation préexistante⁴⁰⁰. Cette reprise pure et simple ne serait pas gênante, si elle avait l'objet d'une réflexion sur la possibilité de regrouper ces quatre cas sous une même catégorie. Ce qui nous amène à la seconde remarque. Comme le souligne le Professeur Webb, le simple fait qu'il existe une similarité factuelle entre ces différentes formes d'enrichissement (tous peuvent être évalués monétairement) ne signifie pas que l'ensemble de ces hypothèses doit être traité sous une même catégorie juridique. Plus qu'un vague rapprochement dans les faits, il faut vérifier que ces cas répondent à la même logique⁴⁰¹. C'est à partir de ce constat que les principales critiques ont été formulées, des auteurs ont mis en avant la particularité des services au point de douter de leur appartenance à l'*unjust enrichment*.

103. La solution proposée : l'exclusion des services purs. Ces auteurs se posent premièrement la question suivante : est-il possible de traiter de la même manière tout avantage susceptible d'une évaluation monétaire ? Une réponse positive permettrait de conserver la définition actuelle de l'enrichissement, tandis qu'une réponse négative impliquerait de réduire cette notion en retenant une définition qui ne regrouperait que les cas répondant à la même logique. Si l'enrichissement monétaire ou l'enrichissement par l'adjonction d'un bien ne pose aucun problème de principe⁴⁰², c'est la troisième forme,

³⁹⁹ Voir *infra* n° 294.

⁴⁰⁰ Sur les significations de ces différents *counts* voir *supra* n° 76.

⁴⁰¹ C. WEBB, *Reason and Restitution, A Theory of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2016, p. 102-103: « Determining the proper scope of the law of unjust enrichment has sometimes been thought to require no more than an extrapolation from the facts of its core case. (...) This was an error, the error again being to think that a set of like claims could be identified simply by their factual likeness, and not by their reasons. (...) But whether this or any other commonality supports viewing these cases as truly *like* cases is a question we can answer only by inquiry into what reasons for restitution exist on these facts ».

⁴⁰² L'enrichissement en nature ne pose en effet pas de difficultés quant à son existence, mais seulement quant à son évaluation.

l'enrichissement par service, qui a suscité le plus de controverses. Il faut toutefois préciser ce qu'il faut entendre par enrichissement par service. Le professeur Beatson le subdivise en quatre catégories⁴⁰³ : le service peut laisser une trace patrimoniale qui conduit à un enrichissement monétaire ou en nature (1) ; il peut permettre l'économie d'une dépense nécessaire⁴⁰⁴ (2) ; il ne laisse aucune trace mais conduit à un « enrichissement » du capital humain⁴⁰⁵ (3) ; il n'y a aucune trace ni « enrichissement » du capital humain⁴⁰⁶ (4). Les hypothèses (3) et (4) sont qualifiées par M. Beatson de services purs, qui ne devraient pas être traités par l'*unjust enrichment*. En effet, dans ces hypothèses le défendeur n'a rien reçu, rien qu'il ne puisse échanger ni restituer. Il s'agit *in fine* davantage d'indemniser un gain manqué du demandeur, même si le droit anglais se positionne du côté du défendeur pour évaluer ce que le service aurait dû lui coûter⁴⁰⁷. En réalité, l'objectif est clair, il s'agit d'accorder une rémunération au demandeur, en tenant compte toutefois des attentes supposées du défendeur et du coût « réel » du service s'il l'avait demandé. Le résultat de cette vision extensive est de regrouper sous une même catégorie des cas qui répondent en réalité à des logiques différentes.

Bien que cette approche soit minoritaire, d'autres auteurs, à la suite du professeur Beatson, ont dénoncé cette vision trop extensive de l'enrichissement⁴⁰⁸. Avant lui certains étaient allés plus loin encore en distinguant l'*unjust enrichment* de l'*unjust sacrifice*, qui recouvrirait les cas de services non sollicités. Dans cette optique, le demandeur ne demanderait pas la restitution d'un gain mais une récompense pour le service rendu, ce qui nécessiterait d'autres règles distinctes de celles utilisées pour l'*unjust enrichment*⁴⁰⁹.

⁴⁰³ J. BEATSON, *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, Clarendon Press, 1991, p.23.

⁴⁰⁴ M. Beatson ne donne toutefois que l'exemple où le demandeur a exécuté une obligation du défendeur.

⁴⁰⁵ Il donne l'exemple du professeur donnant une leçon à son élève.

⁴⁰⁶ C'est l'exemple d'une prestation de théâtre ou d'une performance musicale.

⁴⁰⁷ J. BEATSON, *op. cit.*, p.34, « It is referred to as his "time" and he "markets" his time (time in himself) just as he hires out time in his corporeal property. But to look at the matter this way is in effect to make the opportunity-loss of the unresqueted renderer of services the source of obligation whereas the hallmark of a restitutionary claim is the gain to the receiver"».

⁴⁰⁸ Voir par exemple: P. JAFFEY, « Two Theories of Unjust Enrichment », in J. W. NEYERS, M. MCINNES, S. G. A. PITEL, *op. cit.*, p.156-158; C. WEBB, *Reason and Restitution, A Theory of Unjust Enrichment*, Oxford Legal Philosophy, 2016, p.102 s. spéc. p. 118-119, "The reasons that support claims in mistaken payments and other asset transfers don't extend to those in which the defendant benefits from the claimant's services. (...) if we want the law of unjust enrichment to identify a body of cases that has a material, rational unity, then that unity is impaired not by the exclusion of the services cases, but by their inclusion"».

⁴⁰⁹ S. STOLJAR, « Unjust Enrichment and Unjust Sacrifice », in A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *op. cit.*, p. 101-103 (extraits), "Hence what A now seeks is not restitution of some thing or money retained by B, but recompense *for* services rendered, for his sacrifice of time, effort and expense on

Réduire l'enrichissement aux seules hypothèses d'enrichissement monétaire et en nature permettrait également de faire l'économie du *free acceptance*, et probablement en grande partie du *subjective devaluation*, car c'est dans les hypothèses de services purs que la liberté du défendeur est la plus menacée. Il est d'ailleurs notable que les principaux détracteurs de l'*unjust enrichment* se réfèrent essentiellement à ces cas (*free acceptance* et *subjective devaluation*) pour souligner le manque d'unité de cette catégorie et son éventuelle inconsistance⁴¹⁰. Ces remarques sur l'étendue de l'enrichissement valent également pour le droit français, qui gagnerait probablement à dissocier nettement l'enrichissement injustifié de la gestion d'affaires, qui serait applicable aux services. Il est tout de même étonnant que la notion d'enrichissement ne soit pas davantage cernée alors que la crainte d'une catégorie démesurée est partagée des deux côtés de la Manche. C'est pourtant principalement à travers cette notion que les frontières de l'*unjust enrichment* peuvent être tracées et réduites à des proportions raisonnables.

II : Les *unjust factors*

104. Un champ d'application plus étendu qu'en France. L'étude des *unjust factors* permet de mesurer l'étendue de l'*unjust enrichment* qui est bien plus vaste que son équivalent français, ce qui peut paraître surprenant du fait de l'absence de principe général en droit anglais. Malgré un champ d'application potentiellement illimité, l'enrichissement injustifié reste cantonné, en France, à des cas spécifiques, alors qu'existent une action générale et deux actions particulières, la gestion d'affaires et la répétition de l'indu⁴¹¹. Tandis que l'incertitude qui pèse, en droit français, tant sur la notion que sur les frontières de l'enrichissement injustifié n'incite pas les juristes à en faire usage, l'encadrement de l'*unjust enrichment* assure au contraire son autonomie et sa place aux côtés des autres sources d'obligation. Néanmoins, l'énumération des cas où le droit considère l'enrichissement injuste peut présenter au moins deux inconvénients. Le premier est le risque d'enfermer cette source d'obligation dans des frontières trop étroites, en empêchant son application à des cas non prévus initialement, mais qui pourraient être pertinemment traités par l'*unjust enrichment*. Le second réside dans l'articulation potentiellement complexe des *unjust*

behalf of B.”; G. MUIR, “Unjust Sacrifice and the Officious Intervener”, in A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *op. cit.*, p. 103-106 (extraits).

⁴¹⁰ Voir notamment S. HEDLEY, art. préc.

⁴¹¹ Voir *infra* n° 280s. sur le droit français.

factors, certains pouvant partiellement se recouper. Face à ces inconvénients, le droit anglais tente de trouver des solutions notamment en laissant la porte ouverte à la reconnaissance d'autres *unjust factors*, la liste n'étant pas exhaustive (A), certains auteurs s'étant même interrogé sur la possibilité de basculer d'un système d'*unjust enrichment* à un modèle d'enrichissement injustifié (B).

A) Une liste non exhaustive

105. Une liste flexible. Les juristes anglais ne se contentent pas d'établir une liste de cas particuliers, mais essayent au contraire de regrouper les différents *unjust factors* en sous-catégories cohérentes. Toutefois, la liste peut varier d'un auteur à l'autre, bien que la plupart du temps il s'agisse moins d'une différence de fond que de présentation. Pour la clarté du propos et afin de rester le plus proche possible de l'état du droit positif, il a été choisi de reprendre, essentiellement, les *unjust factors* retenus par le *Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*⁴¹². L'ensemble des auteurs s'accordent, par ailleurs, sur une *summa divisio* qui opère une distinction entre les cas où le demandeur n'a pas réellement consenti au transfert de l'enrichissement (*claimant's non voluntariness*) (1) et ceux où des raisons de politique juridique commandent les *restitutions* (*policy motivated restitution*) (2). Il faut également mentionner le cas particulièrement contesté⁴¹³ du *free acceptance* (3).

1) Les cas reposant sur l'absence de volonté du demandeur

106. Le contexte. La liste de ces *unjust factors* provoquera certainement l'étonnement des juristes français, car bon nombre de ces *factors* relèveraient, en France, du droit des contrats. Nous reviendrons plus en détail sur les relations entre l'*unjust enrichment* et le droit des contrats ultérieurement⁴¹⁴, mais il est possible de noter d'emblée que la présence d'un contrat ne fait pas automatiquement obstacle à une demande fondée sur l'*unjust enrichment*. Bien entendu une telle demande sera écartée, si elle a pour effet de remettre en cause l'équilibre du contrat et la charge des risques prévus par les parties, un contractant ne pouvant utiliser l'*unjust enrichment* comme moyen de déjouer les prévisions

⁴¹² A. BURROWS (dir.), *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012.

⁴¹³ Il n'est d'ailleurs pas retenu dans le *Restatement*, mais les occurrences à cet *unjust factor* étant très nombreuses, en particulier dans les manuels, il apparaît utile de le présenter.

⁴¹⁴ Voir *infra* n° 173s.

contractuelles⁴¹⁵. *A contrario*, dès lors que l'équilibre du contrat n'est pas remis en cause, il est possible d'invoquer cette source d'obligation⁴¹⁶. C'est également en vertu de cette idée que les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat relèvent du droit de l'*unjust enrichment*, mais cela peut également être le cas, lorsque le contrat a pris fin en raison d'une inexécution du contrat, et ce peu importe qu'il n'y ait pas d'anéantissement rétroactif du contrat⁴¹⁷. C'est un trait notable du droit anglais par rapport à d'autres systèmes, tels que le droit allemand⁴¹⁸. L'important n'est pas de savoir si le contrat a été rétroactivement anéanti ou non, mais si le contrat justifie toujours le transfert du profit. S'agissant des *unjust factors* fondés sur l'absence de consentement du demandeur, l'on retrouve essentiellement les cas d'ouverture proposés par Lord Mansfield dans l'affaire *Moses v. Macferlan*⁴¹⁹, auquel s'ajoute l'*ignorance*. Les *unjust factors* justifiés par l'absence de consentement ou le consentement vicié du demandeur regroupent la majorité des cas traités par cette source d'obligation. Parmi les cas reconnus par la jurisprudence ou largement reconnus en doctrine on retrouve ainsi *mistake* (a), *duress* (b), *undue influence* (c), *exploitation of weakness* (d), *incapacity* (e), *failure of consideration* (f) et *ignorance* (g).

⁴¹⁵ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°3-16.

⁴¹⁶ *Ibid.*, n°3-17: « If the underlying explanation for the principle that there is no claim in unjust enrichment where the contract is still subsisting, is that the contractual allocation of risk must be respected, an important consequence follows: claims in unjust enrichment should be permitted, even where a contract is still subsisting, if those claims do not undermine the contractual risks ».

⁴¹⁷ *Ibid.*, n°3-36: « If a contract has been terminated for breach, it is no longer subsisting, and, therefore, no longer prevents a claim in unjust enrichment from being brought. » Cette action peut même être intentée, dans certains cas, par celui qui a inexécuté son obligation !

⁴¹⁸ En droit allemand (voir *supra* n° 59), l'enrichissement injustifié ne s'appliquera qu'aux restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat, tandis que les éventuelles restitutions faisant suite à la résiliation d'un contrat sont traitées par le droit des contrats. Cette différence de traitement n'est pas toujours jugée opportune, même si c'est également la solution retenue par les *Principles of European Law*. Cette différence de traitement peut *a priori* se comprendre au regard de la distinction entre le modèle de l'enrichissement injustifié et le modèle de l'enrichissement injuste. Le premier modèle suppose qu'il n'y ait aucune base juridique à l'enrichissement ce qui est le cas si le contrat est rétroactivement anéanti, ce qui n'est en revanche pas le cas lorsqu'il n'est privé d'effet que pour l'avenir. Tandis que dans le second modèle, l'analyse ne se concentre pas sur l'absence de base juridique, mais sur le caractère injuste de l'enrichissement. Cette différence est sans doute plus apparente que réelle, car le droit anglais vérifie surtout si le contrat justifie bien le transfert du profit ou, s'il est au contraire mis de côté et ne justifie, de fait, plus le transfert.

⁴¹⁹ Voir *supra* n° 77, Lord Mansfield mentionnant dans sa décision les cas suivants : « But it lies for money paid by mistake; or upon a consideration which happens to fail; or for money got through imposition, (express, or implied;) or extortion; or oppression; or an undue advantage taken of the plaintiff's situation, contrary to laws made for the protection of persons under those circumstances ».

a) *Mistake*

107. Les règles de principe. Il s'agit de l'un des principaux *unjust factor* et celui qui se rapproche sans doute le plus de la répétition de l'indu. Ce cas vise l'hypothèse où un bénéficiaire a été transféré par erreur du demandeur au défendeur, ce qui remet en cause la volonté du demandeur. Il faut toutefois noter que *mistake*, entendu comme *l'unjust factor*, n'est pas synonyme du *mistake*, entendu comme vice du consentement dans la conclusion d'un contrat. L'*unjust factor* est compris plus largement comme toute croyance erronée, qu'elle soit spontanée ou provoquée par une fausse présentation des faits de la part du défendeur (*misrepresentation*) ou encore provoquée par le non-respect d'une obligation d'information due par le défendeur (*non-disclosure*). Cette erreur peut aussi bien être une erreur de fait, qu'une erreur de droit⁴²⁰. L'erreur est ainsi appréciée largement. Il est simplement exigé que l'erreur soit la raison du transfert : le demandeur n'aurait pas transféré ce bien s'il ne s'était pas trompé, peu importe que cela soit dans la croyance erronée d'une obligation préexistante ou non, selon la règle du *causation test*⁴²¹. Par contraste avec le droit français, en particulier avec l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu, l'éventuelle faute du demandeur est indifférente. Cela tient à la finalité de l'*unjust enrichment* qui n'a pas pour objectif de punir, ni de compenser une perte, mais de rendre un gain à son juste titulaire⁴²². En revanche, si la faute du demandeur est sans incidence, il est

⁴²⁰ Pendant longtemps, l'erreur de droit ne fut pas admise, par crainte de mettre trop aisément en péril la sécurité des transactions, une autre difficulté, spécifique à l'erreur de droit se posait également : *quid* si l'état du droit évolue en raison d'un revirement de jurisprudence, cela permet-il d'obtenir restitution d'un transfert à l'époque valable, mais qui du fait du changement de jurisprudence, ne l'est plus ? Le demandeur, qui a payé en croyant son transfert valable, peut-il arguer d'un changement ultérieur de jurisprudence pour caractériser une erreur ? En raison de l'effet déclaratif de la jurisprudence, il est désormais possible de se fonder sur une telle erreur (sur cette évolution voir A. BURROWS, *op. cit.*, p. 221-228) ; cette possibilité fut expressément reconnue dans l'affaire *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council*, (1999) 2 AC 349. Dans les faits une banque avait accordé des prêts à des municipalités dans des conditions qui étaient au moment de la conclusion du contrat valables, mais qui furent remises en cause ultérieurement par une décision de la Chambre des Lords, qui considéra que ces municipalités n'avaient en réalité pas les pouvoirs de conclure, à ces conditions, un tel contrat. Il s'agit des fameux *interest rate swap* qui ont causé de nombreuses difficultés auprès des mairies, qui n'ont souvent pas anticipé une montée vertigineuse des taux d'intérêts.

⁴²¹ A. BURROWS, *op. cit.*, p.207-208.

⁴²² Voir notamment P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2^e éd., Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2005, p.5s., spéc. p. 7: "It takes very slight facts to justify the relocation of an extent gain, and fault on the part of the recipient is not one of them. The liability is both strict and not affected by the carelessness of the claimant". Cela est également repris par le *Restatement*, art. 10 (3): « The defendant's enrichment may be unjust under subsection (1) even though the claimant's conduct was negligent" (A. BURROWS (dir.), *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2012, p.9).

toutefois possible de faire obstacle aux restitutions, sous certaines conditions, lorsque l'enrichissement n'est plus entre les mains du défendeur, qui en a disposé de bonne foi⁴²³. Cela contraste également avec le droit français qui, pour la répétition de l'indu⁴²⁴, ne tient pas compte du « déenrichissement » du défendeur, mais raisonne toujours en référence à la faute, ce qui rapproche ce cas du régime de la responsabilité⁴²⁵. Cette différence d'approche entre les deux pays peut être illustrée par l'affaire *Kelly v. Solari*⁴²⁶. Une compagnie d'assurances avait, par erreur, versé les sommes dues au titre d'un contrat d'assurance vie qui avait été précédemment résilié, faute du versement des dernières primes. La compagnie a pu obtenir restitution de la somme versée par erreur, l'erreur ayant vicié son consentement. Elle n'aurait en effet jamais versé la somme si elle avait su que le contrat avait été résilié.

108. L'exigence d'une erreur et l'absence de justification de l'enrichissement.

Contrairement au droit français, où l'enrichissement injustifié, de manière générale, n'est pas perçu comme le fondement des restitutions faisant suite à l'annulation d'un contrat, le droit anglais utilise au contraire cette source d'obligation dans ce cas précis. La première impression est certes que les frontières entre ces deux sources d'obligation sont plus difficiles à tracer, surtout qu'il faut garder à l'esprit que le simple fait qu'un contrat soit annulé ou privé d'effet n'entraîne pas automatiquement des *restitutions* sur le fondement de l'*unjust enrichment*. En effet, le demandeur doit toujours établir que les faits correspondent bien à l'un des *unjust factors*, le droit anglais ne connaissant pas le modèle

⁴²³ Voir *infra* n° 167s., sur le moyen de défense du *change of position*.

⁴²⁴ Pour l'action d'enrichissement injustifié, le principe est que l'enrichissement est évalué tel qu'il subsiste au jour de la demande (article 1303-4 Code civil), nous reviendrons sur ce point, mais cette différence entre répétition de l'indu et enrichissement injustifié n'est pas nécessairement justifiée et l'évaluation de l'enrichissement au jour de la demande peut également conduire à des résultats malheureux, voir *infra* n° 285s. De ce point de vue, le *change of position* offre une solution plus adaptée en trouvant un équilibre entre les droits du demandeur et ceux du défendeur.

⁴²⁵ Ce qui est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles Birks considère que la faute n'a aucun rôle à jouer dans l'*unjust enrichment*, P. BIRKS, *op. cit.*, p.6 « The notion of a careless insurance company recovering from a totally innocent widow is initially shocking. But the shock induces reflection, and reflection reveals that this indeed the essential nature of liability in unjust enrichment (...) Having been laboriously extracted from contract and trusts, the law of unjust enrichment could then be emptied into the law of wrongs ». Il convient de noter que c'est le risque qui guette le droit français de l'enrichissement injustifié, dont la distinction avec la responsabilité civile devient de plus en plus compliquée, voir *infra* n° 317s. Il faut toutefois noter un cas exceptionnel s'agissant de la répétition de l'indu, l'article 1352-2 al.1 prévoyant qu'en cas de revente de la chose, l'*accipiens* de bonne foi n'est tenu que de reverser le prix, même si la valeur de la chose transférée est supérieure, ce qui est une manière de prendre en considération le déenrichissement du défendeur, voir *infra* n° 333.

⁴²⁶ (1841) 152 E.R. 24

de l'enrichissement injustifié où il suffit d'établir l'absence de justification⁴²⁷. Bien que le droit anglais s'attache de prime abord à évaluer la qualité du consentement du demandeur, cela revient *in fine* à savoir si le contrat justifie toujours le transfert⁴²⁸. Il existe ainsi une position commune entre le droit français et le droit anglais, quand bien même le demandeur aurait commis une erreur emportant le transfert d'un bénéfice au défendeur, le premier ne peut réclamer la restitution de ce bénéfice s'il a été transféré en vertu d'un contrat toujours valable⁴²⁹.

109. La conciliation entre le droit des contrats et l'*unjust enrichment*. Bien qu'il suffise théoriquement que les conditions de l'*unjust enrichment* soient réunies pour obtenir des *restitution*, en pratique il est nécessaire de concilier ces règles avec celles du droit des contrats, lorsque les faits impliquent un contrat. Le juriste français peut ainsi se demander pourquoi cette question n'est pas intégralement traitée par le droit des contrats, à l'instar de notre système juridique. La réponse tient au fait que, s'il est nécessaire de se reporter au droit des contrats pour savoir dans quels cas un contrat ne peut plus produire effet, le droit des contrats ne peut plus apporter de réponse satisfaisante une fois le contrat anéanti. Les parties sont remises dans la position qu'elles auraient dû occuper si le contrat n'avait pas été conclu, le contrat ne peut donc justifier les *restitutions*, qui obéissent dès lors aux règles de l'*unjust enrichment* et non aux règles du droit des contrats. Les *restitutions* ayant notamment pour effet de retransférer les éventuels bénéfices perçus par les parties au titre du contrat anéanti, le meilleur fondement pour les justifier demeure l'*unjust enrichment*, sous réserve que toutes les conditions de l'action soient remplies. Il faut également y voir un signe de rejet de l'ancienne théorie de l'*implied contract*, les auteurs anglais refusant dorénavant de se fonder sur une supposée volonté des parties de remettre les choses en l'état.

⁴²⁷ Voir cependant Birks qui militait en faveur d'un tel modèle et estimait même que le droit anglais avait déjà effectué le changement et analysait l'affaire *Kelly v. Solari* comme relevant du modèle de l'enrichissement injustifié : « in *Kelly v. Solari*, the right to restitution follows from there being no obligation to discharge and no gift, no other possible basis being in sight. It is not necessary to make the connection with qualified intent and in practice the fact that it can be made remains a silent truth' (P. BIRKS, *op. cit.*, p.104).

⁴²⁸ P. BIRKS, *op. cit.*, p. 104.

⁴²⁹ C'est la solution retenue par le *Restatement*, et largement approuvée par la doctrine anglaise, art. 10(6): «In general, mistake does not render the enrichment unjust if the benefit was owed to the defendant by the claimant under a valid contractual, statutory or other legal obligation.» (A. BURROWS (dir.), *Restatement*, *op. cit.*, p.9). Certains auteurs proposent toutefois une exception en cas de *failure of consideration*, voir *infra* n° 177.

110. L’erreur vice de consentement (1). – La distinction entre *void* et *voidable*. Puisqu’il est nécessaire de se reporter au droit des contrats pour assurer une cohérence d’ensemble, il est utile d’apporter quelques précisions sur les vices du consentement en droit anglais. Il faut tenir compte du fait que le droit anglais est bien plus strict que le droit français sur l’erreur comme cause de nullité. Le droit anglais est également plus subtil que le droit français en ce qu’il fait une distinction entre le contrat qui est nul et n’a jamais créé d’obligation (*void*) et le contrat qui est annulable (*voidable*). Dans le premier cas, les parties n’ont rien à faire et ne sont pas juridiquement engagées puisque le contrat n’a en réalité jamais existé en raison d’un vice dans sa formation ; tandis que dans le second cas, le contrat produit néanmoins des effets et engage les parties tant que l’une d’elles n’a pas choisi de le rescinder (*rescission*)⁴³⁰. Selon les circonstances, l’erreur peut avoir pour effet de rendre le contrat *void* ou *voidable*. Si le contrat est *void*, des *restitutions* pourront être accordées soit sous l’*unjust factor mistake* ou éventuellement grâce à l’*unjust factor failure of consideration*⁴³¹, car en ce cas il n’y a pas simplement une erreur sur le transfert, mais plus généralement une disparition du fondement, ici le contrat, qui justifiait le transfert. Ce cas est néanmoins exceptionnel, notamment en raison d’une faveur du droit anglais envers les contrats apparemment formés, et ce n’est que dans les hypothèses où l’erreur est jugée fondamentale que le contrat pourra être considéré *void*, comme lorsque les parties s’accordent sur la vente d’un objet qui n’existe plus, au moment de la conclusion du contrat⁴³².

111. L’erreur vice de consentement (2). – Le contrat *voidable*. L’erreur peut également avoir pour effet de rendre le contrat *voidable*, mais le droit anglais n’admet pas que la simple erreur, qu’elle soit unilatérale ou partagée, puisse entraîner la nullité, quand bien même cette erreur aurait été déterminante du consentement⁴³³. Aussi, il n’y a que deux cas où l’erreur pourra entraîner la rescision du contrat : lorsqu’elle résulte d’une *misrepresentation*, c’est-à-dire d’une fausse présentation des faits par le cocontractant ou l’un de ses représentants qui a incité le demandeur à conclure le contrat, ou lorsqu’elle

⁴³⁰ Voir notamment J. CARTWRIGHT, *An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2^e éd., Hart Publishing, 2013, p. 155s.

⁴³¹ Voir *infra* n° 117.

⁴³² Pour de plus amples détails voir notamment E. PEEL, *Treitel, The Law of Contract*, 14^e éd., Sweet & Maxwell, 2015, n°8-001 s., spéc. n°8-002: “The conclusion reached in such cases is that the extreme injustice of holding one of the parties to the contract outweighs the general principle that apparent contract should be enforced”.

⁴³³ *Ibid.* p. 166-170.

résulte d'une *non-disclosure*, ce qui sera le cas lorsque l'autre partie n'a pas révélé les informations qu'elle aurait dû donner à son cocontractant en vertu d'une obligation d'information⁴³⁴. En somme, l'*unjust factor mistake* aura surtout vocation à être invoqué soit lorsqu'aucun contrat n'est en cause, soit lorsque le contrat ne produit plus d'effets en raison, par exemple, d'une précédente résiliation, comme dans l'affaire *Kelly v. Solari*. En revanche, les *restitutions* seront plus exceptionnelles lorsqu'il s'agit de remettre en cause la validité d'un contrat, le droit anglais admettant rarement qu'un contrat soit *void* ou *voidable* en raison d'une perception erronée des faits. Ainsi, si le contrat est maintenu en dépit d'une erreur sur les faits, mais que cette erreur est insuffisante pour entraîner l'anéantissement du contrat, le demandeur ne pourra pas, en principe, obtenir des *restitutions* en se fondant sur l'*unjust factor mistake*.

b) *Duress*

112. *Duress* (parfois appelé *compulsion*). Lorsque le demandeur a conféré un bénéfice sous la menace illégitime du défendeur, ou d'un tiers, il peut obtenir la restitution de ce profit grâce à l'*unjust factor duress*. Ces menaces peuvent aussi bien prendre la forme d'une menace économique que d'une menace à la personne ou à ses biens. Là encore ce qui justifie les *restitutions* est le fait que le transfert n'a pas réellement été consenti par le demandeur, qui a été privé de son libre arbitre. Un exemple peut être donné par l'affaire *Universe Tankship Inc of Moravia v. I.T. F*⁴³⁵. Un navire, sous pavillon de complaisance, avait été immobilisé par les membres d'un syndicat qui demandèrent aux propriétaires de se conformer aux accords collectifs négociés par le syndicat. Ils refusaient de laisser partir le navire à moins qu'un accord soit signé et que les propriétaires versent une certaine somme pour leur fonds d'aide aux salariés (une forme de sécurité sociale privée gérée par le syndicat). Les propriétaires, plutôt que d'accumuler les pertes en raison de l'immobilisation du navire, décidèrent de payer la somme demandée, mais une fois la somme versée, ils agirent en restitution contre le syndicat. Cette demande est accueillie, car les demandeurs n'ont versé cette somme que sous la contrainte et en raison du chantage opéré par le syndicat.

⁴³⁴ Voir A. BURROWS, *op. cit.*, p.243 s., il convient de noter qu'il n'existe pas d'obligation générale d'information, cela ne concerne que certains contrats en particulier, par exemple le contrat d'assurance ou lorsque les parties entretiennent des rapports de confiance, comme lorsqu'un contrat est conclu entre un *fiduciary* et le *beneficiary*.

⁴³⁵ (1983) 1 AC 366

c) *Undue influence*

113. Un domaine restreint. Ce cas se rapproche assez du précédent, mais alors que *duress* trouve ses origines dans le *common law*, *undue influence* provient de l'*equity*, et englobait les cas qui n'étaient pas couverts par *duress*, lorsque cette notion était entendue de manière restrictive et ne recouvrait notamment pas les menaces économiques⁴³⁶. Depuis, le cœur de cet *unjust factor* concerne les cas où le demandeur n'a pas pu prendre une décision de manière libre et indépendante, et a conféré un bénéfice sous l'influence du défendeur. Dans certains cas, il existe une présomption simple d'*undue influence*, lorsque le demandeur est sous la sphère d'influence du défendeur et que l'acte s'avère particulièrement désavantageux pour le demandeur. En cas de présomption, il appartient alors au défendeur de démontrer que le demandeur lui a volontairement et en pleine conscience conféré le bénéfice. Une illustration de cette présomption peut être donnée par l'affaire *Hammond v. Osborn*⁴³⁷. Une personne âgée dépendante et à la santé fragile recevait régulièrement la visite de sa voisine qui l'aidait également dans la vie quotidienne. Alors qu'il était à nouveau hospitalisé, il décida de faire un don à sa voisine, don particulièrement généreux puisqu'il lui versa la quasi-totalité de sa fortune. Au regard de l'état de santé du donateur et de l'importance du don par rapport au patrimoine du donateur, les juges ont considéré que le vieil homme n'avait pas donné son argent en pleine conscience, cette somme a donc dû être restituée, car la bénéficiaire n'a pas réussi à renverser la présomption et à établir que son voisin lui avait fait ce don de manière totalement libre et éclairée.

d) *Exploitation of weakness*

114. *Exploitation of weakness* (parfois appelé *unconscionable bargain*). Une fois encore ce cas se rapproche des précédents, surtout de l'*undue influence*, car ici aussi le défendeur exerce une influence sur le demandeur. Néanmoins, la spécificité de ce cas est la particulière vulnérabilité du demandeur, il s'agit ainsi moins de sanctionner l'abus d'influence d'une personne envers une autre, que de préserver les personnes présentant une certaine faiblesse. Cette vulnérabilité peut bien entendu être mentale ou physique, mais elle peut aussi être caractérisée par des circonstances particulières, même ponctuelles, ce qui sera le cas lorsque

⁴³⁶ A. BURROWS, *op. cit.*, p. 283.

⁴³⁷ (2002) EWCA 885, (2002) WL 1310756.

le demandeur traverse une situation difficile. Il faut toutefois préciser que le demandeur, malgré sa vulnérabilité, reste juridiquement capable, car s'il bénéficie d'une mesure particulière le privant de sa capacité juridique cela fait l'objet d'un *unjust factor* spécifique : *incapacity*. Un exemple d'*exploitation of weakness* peut être trouvé dans l'affaire *Backhouse v. Backhouse*⁴³⁸. Une femme adultère avait quitté mari et enfants pour vivre avec son amant. Après quelque temps, elle finit par divorcer de son mari, qui lui demanda alors de renoncer à tous ses droits sur le logement familial, sans aucune contrepartie. Sous la pression du divorce et prise d'un sentiment de culpabilité, elle consentit à cet accord sans avoir reçu le moindre conseil d'une personne indépendante. Cependant, regrettant son geste, elle estima finalement avoir droit à une partie de la valeur du logement. La cour a reconnu que la demanderesse avait subi une forte pression et n'avait pu avoir un consentement libre et éclairé. Elle a donc pu recevoir une somme représentant la valeur de sa part dans le logement, évaluée au jour de son départ. Il s'agit de l'une des rares affaires où les faits concernent le règlement patrimonial d'une rupture conjugale, le droit anglais n'appliquant pas l'*unjust enrichment* dans cette situation. Cependant, il existe ici une différence notable comparée au contentieux des concubins en France. L'épouse avait bien, avant le divorce, des droits sur le logement familial (qui appartenait aux deux époux), ce qui explique que les juges lui ont accordé une part sur ce logement. À l'inverse, en droit français, l'action d'enrichissement injustifié est précisément employée lorsque l'un des concubins n'a théoriquement aucun droit, notamment parce qu'il n'est pas propriétaire du logement, quand bien même il aurait participé à son financement ou à son amélioration⁴³⁹. Le droit anglais n'utilise ainsi pas l'*unjust enrichment* comme moyen de pallier l'absence de régime matrimonial.

e) *Incapacity*

- 115. *Incapacity*.** Ce cas ne pose pas de difficulté particulière et vise les hypothèses où le demandeur est juridiquement incapable, soit pour cause de minorité, soit pour d'autres causes, notamment des troubles mentaux sévères. La différence avec l'*undue influence* et l'*exploitation of weakness* est qu'ici il suffit d'établir l'incapacité du demandeur pour obtenir *restitution*, tandis que dans les autres cas il faut en plus établir que la transaction a

⁴³⁸ (1978) WLR 243.

⁴³⁹ Sur le contentieux des concubins et l'action d'enrichissement injustifié en droit français, voir *infra* n° 261s.

été particulièrement désavantageuse pour le demandeur, même si en pratique cela sera généralement le cas. Un cas d'*incapacity* peut par exemple être trouvé dans une affaire où, une personne, atteinte de sénilité, avait décidé de léguer l'immeuble dans lequel elle vivait à sa fille aînée. À sa mort, ses deux cadets estimèrent que le legs n'était pas valable car leur mère, ne disposant pas de toutes ses facultés mentales, n'avait pu comprendre la portée de son geste. Ils souhaitèrent donc que l'immeuble soit réintégré à la succession et partagé entre les trois héritiers. La demande a été accueillie, car il était établi qu'elle n'avait aucun moment de lucidité et n'avait pu saisir que son acte avait pour conséquence de désavantager ses deux cadets, l'immeuble constituant le principal actif de la succession⁴⁴⁰. Cette règle pourrait faire songer aux restitutions dues par un incapable en droit français, mais ici la présence d'une *incapacity* n'entraîne aucune différence de régime par rapport aux autres cas d'*unjust enrichment*.

f) *Failure of consideration* ou *failure of basis*

116. Un champ auparavant limité à l'enrichissement monétaire. Il s'agit de l'*unjust factor* le plus important après *mistake*. De prime abord, c'est le cas qui se rapproche le plus de notre modèle, puisqu'il suppose que le demandeur ait transféré le bénéfice dans un but particulier, qui ne s'est pas réalisé ou qui n'existe plus⁴⁴¹. Contrairement aux précédents *unjust factors*, l'intention du demandeur n'est pas viciée dès le départ, mais le transfert du bénéfice est conditionné à un événement, une contre-prestation du défendeur, qui n'a finalement pas été exécutée⁴⁴². Dans la majorité des cas, un contrat sera en cause, mais il est possible d'invoquer cet *unjust factor* dans un contexte non-contractuel. Étant donné qu'il s'agit potentiellement de l'*unjust factor* au champ d'application le plus vaste et celui qui pose le plus de difficultés de frontières avec le droit des contrats, les juges anglais ont posé certaines conditions, qui paraissent, aux yeux de la majorité de la doctrine, trop restrictives.

⁴⁴⁰ *Re Beaney* (1978) 1 WLR 770.

⁴⁴¹ Ce cas rappelle également la *Leistungskondition* du droit allemand, voir *supra* n° 56s.

⁴⁴² C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°12-01, "The core underlying idea of failure of basis is simple: a benefit has been conferred on the joint misunderstanding that the recipient's right to retain is conditional. If the condition is not fulfilled, the recipient must return the benefit (...) Failure of basis, is therefore, to be distinguished from unjust factor that focus on whether the payment is truly voluntary (such as mistake, duress, etc). In failure of basis cases, the claimant's intention to confer the benefit is genuine, but it is conditional".

La première de ces conditions, qui a été récemment supprimée⁴⁴³, est le fait que cet *unjust factor* ne s'applique qu'à un enrichissement monétaire, à l'exclusion de toutes les autres formes. Cette condition ne peut se comprendre qu'au regard de l'évolution historique du droit anglais. Pour les enrichissements non-monétaires, ce sont les anciens *counts quantum meruit* (pour les services) et *quantum valebat* (pour les biens) qui s'appliquaient, or pour que le demandeur obtienne gain de cause sur ces *counts*, il fallait qu'il établisse l'existence d'une requête préalable, même fictive⁴⁴⁴. Il n'est donc pas nécessaire de recourir au *failure of consideration*, puisque les *restitutions* étaient fondées sur l'idée que le défendeur avait requis le service ou le bien. S'agissant d'un enrichissement monétaire, le principal *count* était *money had and received*, or il n'était pas exigé pour cette action que le défendeur ait requis le transfert de la somme d'argent, le demandeur pouvant exiger restitution de la somme d'argent s'il établissait que le défendeur n'avait pas fourni la contre-prestation promise⁴⁴⁵.

À partir du moment où l'octroi d'un service est considéré comme un enrichissement⁴⁴⁶, il n'y a aucune raison de limiter un *unjust factor* à un certain type d'enrichissement, ce qui revient en outre à mélanger les étapes. Les *unjust factors* n'interviennent que dans un second temps, une fois l'enrichissement caractérisé, afin de déterminer si cet enrichissement est ou non injuste selon le droit. Cette ancienne distinction est intéressante car elle montre non seulement qu'il est difficile de se défaire des anciennes catégories, mais, surtout, parce qu'il

⁴⁴³ Voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°12-03 à 12-05, ils citent tout particulièrement l'affaire *Barnes v Eastenders Cash & Carry Plc*, (2015) AC 1. Dans les faits, un mandataire *ad hoc* avait été désigné par le juge pour gérer le patrimoine de personnes accusées de fraude, cependant le mandat fut par la suite révoqué par la Cour d'appel, le mandataire réclame tout de même une rémunération pour le temps où il a exercé ses fonctions sur le fondement de l'*unjust enrichment*. Il n'a, en effet, exercé ses fonctions que sous la promesse d'une rémunération (qui était prévu dans le mandat), ce mandat ayant été révoqué, il se fonde sur le *failure of consideration* pour obtenir la restitution du profit (*ie* la gestion du patrimoine). Les juges lui accordent, sans faire mention de la distinction entre enrichissement monétaire/enrichissement non-monétaire et de la seule application, jusqu'à cette affaire, du *failure of consideration* à l'enrichissement monétaire. Voir notamment l'opinion de Lord Toulson: « Professor Birks' reference to failure of the consideration for 'a payment' would apply equally to failure of the consideration for the provision of services. The present case involves both; the receiver made payments for the protection of the receivership property (in particular by the employment of security guards) and also provided professional services for which he seeks remuneration » (*Barnes*, déc. préc., n°108).

⁴⁴⁴ Voir *supra* n° 74s.; C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°12-03.

⁴⁴⁵ Voir *supra* n° 76.

⁴⁴⁶ Sur ce point, voir les critiques exprimées par une partie de la doctrine anglaise, *supra* n° 102. Il n'est d'ailleurs pas exclu que, si les juges ont longtemps été réticents à l'idée d'appliquer cet *unjust factor* à l'enrichissement par service, cela tienne à la particularité de ce cas et au fait qu'il est difficile d'accorder une rémunération sans l'accord du défendeur. Ce qui explique que, jusqu'à récemment, en cas d'inexécution du contrat, la seule action possible était de nature contractuelle, voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p.312.

nous semble que cela reflète surtout la spécificité des services⁴⁴⁷. En effet, s'il n'y a que la tradition qui justifie cette exclusion, cela devrait être la même chose pour tous les *unjust factors* dérivant de l'ancien *count money had and received*, tel que *mistake* ou *duress*⁴⁴⁸. Or, depuis la reconnaissance du *restitution law* et de l'*unjust enrichment*, il n'a jamais été contesté que ces *unjust factors* s'appliquent à tout type d'enrichissement. En raison du champ d'application potentiellement plus vaste du *failure of consideration* et des interférences possibles avec le droit des contrats, admettre son application aux services est potentiellement plus risqué, surtout que les règles d'évaluation ne sont pas les mêmes entre le droit des contrats et l'*unjust enrichment*. Ce qui pourrait notamment permettre au demandeur d'échapper à une mauvaise affaire et obtenir une rémunération supérieure à celle initialement prévue⁴⁴⁹. En effet, puisque les méthodes d'évaluation sont régies par l'*unjust enrichment*, si un contrat est terminé alors que l'un des contractants avait commencé à exécuter le service demandé, la mesure des *restitutions* pour le travail accompli reposera sur le prix qu'une personne, dans la position du défendeur, aurait dû payer. Ainsi, si le contractant avait réalisé une mauvaise affaire, notamment parce qu'il avait sous-évalué sa prestation, il pourra obtenir davantage en passant par l'*unjust enrichment*⁴⁵⁰.

117. *Failure of consideration* et droit des contrats – L'exigence de principe d'une *termination*. Dans la majorité des cas où cet *unjust factor* s'applique, un contrat a été conclu entre le demandeur et le défendeur, mais en raison des circonstances, le contrat n'a pas été exécuté ou a été annulé⁴⁵¹. Dans ces hypothèses, le demandeur peut préférer « sortir » du contrat et revenir à la situation qui aurait dû être la sienne s'il n'avait pas contracté. Le contrat est ainsi mis de côté et il est donc possible qu'une partie échappe à une mauvaise affaire en se fondant sur l'*unjust enrichment*. Cette solution n'est pas perçue comme choquante dans la mesure où il ne s'agit que d'un effet collatéral, les *restitutions* ne pouvant être accordées que si le demandeur établit que la contre-prestation attendue n'a pas été

⁴⁴⁷ Certes le refus s'appliquait à tout enrichissement non-monnaire, donc également aux autres biens, mais, en pratique, ce refus s'est essentiellement appliqué à des cas où l'enrichissement prenait la forme d'un service, voir notamment les cas relevés dans A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *Cases, Materials on the Law of Restitution*, 2^e éd., Oxford University Press, 2006, p. 297s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 311-312.

⁴⁴⁸ Qui faisaient partie de la fameuse liste énoncée par le juge Mansfield dans l'affaire *Moses v. Macferlan*, voir *supra* n° 77.

⁴⁴⁹ Voir *infra* n° 177.

⁴⁵⁰ Voir notamment sur ce cas J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 30th ed., Oxford University Press, p.629.

⁴⁵¹ Que ce soit parce que le contrat est *void* ou parce qu'il a été rescindé (pour la différence entre *void* et *voidable* voir *supra* n° 110).

exécutée⁴⁵². Il n'est toutefois pas toujours évident de déterminer si l'action doit être traitée par le droit des contrats ou le droit de l'*unjust enrichment*, en particulier lorsque le contrat n'est pas anéanti rétroactivement, mais simplement privé d'effet pour l'avenir. La différence de fondement n'entraînera certes pas toujours une différence sur le *quantum* versé au demandeur. Le choix du droit anglais peut, dans certains cas, se révéler plus adapté, en particulier parce qu'il est bien souvent assez artificiel de se fonder sur un contrat qui ne prévoit rien sur ce point, et surtout parce qu'il ne s'agit pas de répondre aux attentes des parties, mais bien de les remettre dans la situation qui aurait dû être la leur si le contrat n'avait pas été conclu⁴⁵³.

118. Une illustration du *failure of consideration* : l'affaire *Fibrosa*. L'affaire emblématique, qui a posé les bases de ce futur *unjust factor*, se retrouve dans la célèbre affaire *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd*⁴⁵⁴. Les faits sont les suivants. Un fabricant anglais s'était accordé avec un client polonais sur la fabrication, l'expédition et l'installation d'une machine dans les locaux de son client en Pologne, en 1939. Un acompte avait été versé, mais l'Allemagne ayant envahi la Pologne avant l'expédition de la machine, le fabricant n'a pu la faire livrer à son client. Ce dernier souhaita alors obtenir le remboursement de l'acompte versé, ce qui lui a été accordé par les juges anglais. Le raisonnement est intéressant car il n'insiste pas seulement sur l'idée que le contrat, devenu impossible à exécuter, ne justifie plus l'acompte. Il met également en avant le fait que le demandeur n'a jamais souhaité enrichir le défendeur ou prendre le risque de payer cette avance quelle que soit la tournure des événements⁴⁵⁵. Le simple fait que le contrat soit mis de côté n'est pas le seul élément pris en compte, l'élément primordial demeure l'intention des parties. Dès lors que l'allocation des risques et l'équilibre du contrat n'est pas remis en cause, il n'existe pas d'obstacle majeur aux *restitutions*. Au contraire,

⁴⁵² Cette solution est même expressément reprise dans le *Restatement*, art. 15(4)(a): « restitution for failure of consideration may enable a party to escape from a bad bargain » (A. BURROWS (dir.), *op. cit.*, p.13 et p.89).

⁴⁵³ C'est toutefois discutable s'agissant des services, où il est impossible, même en cas d'anéantissement rétroactif, de faire abstraction de la prestation effectuée, il s'agit donc bien dans cette hypothèse de faire comme si la prestation avait bien été exécutée ou comme si le service avait été accepté par l'autre partie. Faire abstraction de la prestation de service reviendrait en réalité à n'accorder aucune indemnité à celui qui a effectué la prestation de service.

⁴⁵⁴ (1943) AC 32

⁴⁵⁵ Voir notamment l'opinion de Lord Wright: « There was no intention to enrich him in the events which happened (...) The payment was originally conditional. The condition of retaining it is eventual performance. Accordingly, when that condition fails, the right to retain the money must simultaneously fail" (*Fibrosa*, déc. préc., p.64 – 65).

c'est l'absence de volonté du demandeur qui justifie les *restitutions*, cette absence de volonté étant caractérisée par la non-réception de la prestation promise et le fait que le contrat n'ait rien prévu en ce cas⁴⁵⁶. La démarche n'est donc pas exactement identique à celle retenue par les systèmes juridiques retenant le modèle de l'enrichissement injustifié.

119. La possibilité exceptionnelle d'obtenir des *restitutions* sans *termination*. Si par principe il est nécessaire que le contrat soit anéanti, au moins pour l'avenir, afin de faire appel aux règles de *l'unjust enrichment*, certains auteurs vont plus loin. Ils estiment ainsi, à l'instar du professeur Burrows, qu'il n'est pas nécessaire que le contrat soit privé d'effet pour que l'exigence de *failure of consideration* soit remplie⁴⁵⁷. L'idée est que le critère de l'anéantissement du contrat n'est pas une bonne ligne de démarcation entre le droit des contrats et *l'unjust enrichment*. Il faudrait davantage se demander si le transfert du profit était conditionné à un événement particulier et si la non-survenance de cet événement, par exemple, l'absence d'exécution de la contreprestation promise, remet en cause l'équilibre prévu par les parties. Autrement présenté cela revient à se demander quelle aurait été la réaction des parties si elles avaient su à l'avance que l'événement prévu ne se réaliserait pas, auraient-elles maintenu le contrat tel quel⁴⁵⁸ ?

Pour illustrer ces propos il est fréquemment fait appel à une décision australienne, *Roxborough v Rothmans of Pall Mall Australia Ltd*⁴⁵⁹, qui a accordé des *restitutions* en dépit de la survivance du contrat⁴⁶⁰. Dans cette affaire, un détaillant avait acheté des cigarettes à un grossiste. Les deux parties s'étaient accordées pour que le prix tienne compte de la taxe due par le grossiste à l'État, pour que le grossiste n'ait pas à supporter économiquement cette charge. Cependant, cette taxe a été déclarée, après la conclusion du contrat, contraire à la Constitution et ce alors que les parties avaient déjà commencé

⁴⁵⁶ Ce qui est d'ailleurs le premier élément mis en avant dans la solution de l'affaire *Fibrosa*, déc. préc., « that cl. 7 being limited in its ambit to delay in respect of which « a reasonable extension of time » might be granted, did not prevent frustration of the contract by reason of the war on the ground that it made express provision for that contingency, since this war involved prolonged and indefinite interruption of prompt contractual performance ».

⁴⁵⁷ A. BURROWS, *op. cit.*, p.328: “The better view is that contractual invalidity is not a necessary prerequisite (...) while contractual invalidity is a general requirement, it is not necessary requirement because, on particular facts, there may be no undermining of the risks undertaken by the parties – and at root no inconsistency between contract and unjust enrichment – if one were to allow restitution for failure of consideration”.

⁴⁵⁸ A. BURROWS, *op. cit.*, p.330.

⁴⁵⁹ (2001) HCA 68.

⁴⁶⁰ A. BURROWS, *op. cit.*, p. 329.

l'exécution du contrat. Le grossiste n'ayant pas à payer la taxe initialement due, le détaillant exiga la restitution du prix correspondant au montant de la taxe, sans remettre en cause le contrat conclu. La majorité des juges ont accueilli la demande, au motif qu'il y avait bien eu *failure of consideration*, puisque les prévisions des parties – le paiement de la taxe par le grossiste à l'État – ne s'étaient pas réalisées. Or le détaillant avait accepté de payer un tel montant uniquement en raison de la taxe due par le grossiste. Il était donc fondé à demander des *restitutions*⁴⁶¹. Bien sûr, ces cas demeurent relativement exceptionnels, il faut que le contrat soit clair sur l'intention des parties et surtout qu'il soit possible de « sectionner » les prestations, à l'instar de l'affaire *Roxborough*, où la restitution d'une partie du prix prévu dans le contrat ne remet pas en cause l'ensemble des prévisions des parties, mais permet au contraire d'ajuster leurs prévisions à la réalité des faits. Dans cette hypothèse particulière où l'intention des parties est claire, l'*unjust enrichment* est un moyen de prendre en considération un changement de circonstances qui vient bouleverser l'équilibre économique prévu par les parties. Cette solution restera cependant assez exceptionnelle et nécessitera un contrôle poussé sur l'intention réelle des parties, le doute sur leurs intentions aura ainsi vraisemblablement pour conséquence d'interdire toute *restitutions*. Ainsi par principe l'*unjust enrichment* ne pourra être invoqué que si, au préalable, le contrat ne produit plus d'effet⁴⁶².

120. La nécessité d'un *total failure*. Puisque l'anéantissement du contrat n'est pas toujours un critère pertinent, il faut encore déterminer dans quel cas il y a *failure of consideration* ou *failure of basis*, c'est-à-dire perte du fondement justifiant le transfert du profit. Cela ne

⁴⁶¹ Voir l'opinion majoritaire, spéc. n°104: « Is it unconscionable for Rothmans to enjoy the payments in respect of the tobacco licence fee, in circumstances in which it was not specifically intended or specially provided that Rothmans should so enjoy them? The answer should be in the affirmative. Here, “failure of consideration” identifies the failure to sustain itself of the state of affairs contemplated as a basis for the payments the appellants seek to recover” (*Roxborough v. Rothmans*, déc. préc.).

⁴⁶² Pour un autre exemple de *restitutions* devant être accordées en dépit de la survivance du contrat, le *Restatement* envisage le cas suivant : C engage D comme gardien de son usine pour une durée de cinq ans et un montant total de 100 000 £, payable en cinq fois à chaque début d'année pour un montant de 20 000£. Après deux années, C se rend compte que D n'a presque pas exécuté son travail lors de la première année, mais a en revanche fait un excellent travail la deuxième année. C décide de ne pas rompre le contrat, mais peut obtenir restitution des 20 000£ de la première année, car cette somme ne lui a été versée qu'en vue de sa prestation de gardiennage, prestation qu'il n'a pas accompli la première année. Il y a donc *failure of consideration* (A. BURROWS (dir.), *op. cit.*, Example 2, p. 90). D'autres exemples peuvent être trouvés dans la vie quotidienne : ainsi en est-il du cas où un colis est expédié avec suivi, ce qui implique un coût supplémentaire par rapport à l'envoi simple, mais où précisément le suivi n'est pas assuré. Le client n'a pas intérêt à rompre le contrat, il faut bien que le colis soit livré, mais il a payé un supplément pour un service qui ne lui a pas été fourni. Plus généralement ce cas pourra ainsi s'appliquer toutes les fois où il est prévu un supplément de prix pour une prestation accessoire, qui n'est finalement pas fournie.

pose aucune difficulté en cas d'anéantissement rétroactif ou lorsque le contrat a été totalement inexécuté, comme dans l'affaire *Fibrosa* où le client polonais n'a pas reçu la machine promise par l'entreprise anglaise. La question est toutefois de savoir s'il faut exiger le fait que le demandeur n'ait absolument rien reçu en contrepartie du bénéfice transféré, ou si le simple fait que la contreprestation ait été en partie exécutée suffit à faire obstacle à la demande. Bien que le droit positif soit sujet à des vifs débats sur ce point, les juges anglais semblent toujours exiger un *total failure of consideration*⁴⁶³. Cependant cette exigence n'est pas interprétée littéralement comme exigeant l'absence totale de contrepartie, la jurisprudence se montre plus subtile et il n'est pas toujours évident de la cerner⁴⁶⁴. Ainsi, pour caractériser un *total failure of consideration*, il importe peu que le demandeur ait reçu quelque chose du défendeur, si cela n'a rien à voir avec ce qui était prévu originellement, il y a bien un *total failure*. En somme, il faut que l'éventuelle contreprestation du défendeur concorde avec la contreprestation voulue par le demandeur pour faire obstacle au *total failure*⁴⁶⁵. Mais il existe également un autre cas où il est possible de caractériser une telle exigence, en dépit du fait que la contreprestation promise a été en partie exécutée.

121. L'atténuation à l'exigence d'un *total failure*. Ce tempérament à l'exigence d'un *total failure* est possible dès lors que la contreprestation est « sécable » ou divisible, c'est-à-dire qu'il est en réalité possible de découper cette contreprestation en plusieurs, distinctes, de sorte que l'inexécution d'une « sous » contreprestation puisse entraîner des restitutions sur

⁴⁶³ Voir cependant des signes de possible revirement : J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, 2016, p. 623-624.

⁴⁶⁴ Voir notamment F. WILMOT-SMITH, « Reconsidering 'total' failure », *Cambridge Law Journal*, 2013, 72 (2), 414-436, d'après l'auteur s'il est si difficile de comprendre l'exigence d'une *total failure of consideration* cela tient au fait qu'il existe différentes conceptions possibles de cette exigence, les auteurs n'entendant pas tous cette exigence de la même manière. Il estime ainsi que les nombreuses critiques de la doctrine à l'égard de cette exigence sont en partie infondées car elles ne correspondent pas à la manière dont les juges appréhendent le *total failure of consideration*. L'auteur plaide au contraire en faveur de cette condition car elle permet d'accorder des *restitutions* uniquement lorsqu'elles sont justifiées, c'est-à-dire uniquement lorsque la perte de la *consideration* est substantielle et remet véritablement en cause la volonté du demandeur de transférer l'enrichissement : « where the claimant does not accept the consequences of her undertaking with sufficient voluntariness, undoing those consequences is the best way to tackle the problem. However, this shows that restitution only makes sense when there is a dissonance between the position that the claimant anticipated and the position that she is actually in. The closer the claimant's position is to the one that she anticipated, the weaker the reason for restitution. This point demonstrates the value of the total failure rule. It prevents restitution where the failure of the condition is insubstantial. In so doing, it seeks to ensure that restitution is granted only when its award is justified » (F. WILMOT-SMITH, art. préc., p.430). Pour les critiques sur cette nouvelle interprétation, voir cependant G. VIRGO, *op. cit.*, p. 327, qui considère que cela ne reflète qu'imparfaitement le droit positif, mais révèle bien les difficultés posées par l'exigence d'une *total failure of consideration*.

⁴⁶⁵ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°12-24.

le fondement du *failure of consideration*. C'est d'ailleurs le cas dans l'affaire *Roxborough v. Rothmans of Pall Mall Australia Ltd.*, où le prix payé par le détaillant a été fractionné, de telle sorte que seule la fraction représentant le montant de la taxe a été restituée, et non l'intégralité du prix. En effet, le grossiste avait bien respecté le contrat, sauf en ce qui concerne le paiement de la taxe qui n'était plus due, il n'existait donc plus de raison de payer cette fraction du prix. Cette analyse implique nécessairement une approche très casuistique, qui peut être d'autant plus délicate s'il n'existe aucune stipulation faisant expressément mention de ce fractionnement de la contre-prestation. Cette possibilité de fractionnement pose inévitablement la question de l'appréciation laissée aux juges, en particulier lorsque le contrat est muet sur ce point. Quel doit-être le critère ? Au moins deux positions sont possibles, soit les juges se concentrent sur la nature du contrat et la possibilité matérielle de le fractionner, indépendamment de la volonté des parties, soit la ligne directrice demeure l'intention des parties et il faut rechercher si la fraction non exécutée conditionnait le transfert ou non. Il semble que les juges n'aient pas véritablement tranché entre ces deux positions⁴⁶⁶.

g) *Ignorance*

122. Les risques de dérives. Ce cas n'a jamais été expressément reconnu, mais il fait l'objet de nombreux débats en doctrine. Il est assez proche du *mistake*, à ceci près que le demandeur n'a ici pas conscience d'avoir transféré un profit au défendeur, ce qui impliquera le plus souvent que le défendeur s'est accaparé l'enrichissement à l'insu du demandeur. L'exemple le plus simple étant celui où le défendeur vole un bien au demandeur. Lorsque l'enrichissement ne passe pas entre les mains d'une troisième personne, la reconnaissance d'un tel *unjust factor* n'aura que peu d'intérêt, car il y aura pratiquement tout le temps un *wrong* (délit civil) associé qui produira les mêmes effets. En revanche, en cas d'enrichissement indirect, lorsqu'une troisième personne est impliquée, cet *unjust factor* devient plus intéressant car le demandeur n'aura bien souvent aucune autre action contre ce tiers. Cependant, le principe en droit anglais est qu'un enrichissement indirect ne remplit pas l'exigence d'un enrichissement au détriment du demandeur (*at the expense*)⁴⁶⁷. Ce qui explique en grande partie la réticence de la jurisprudence à l'égard de cet *unjust factor*, qui

⁴⁶⁶ Voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p. 321-324, l'auteur indique que cette possibilité de fractionner le paiement, est surtout un moyen de contourner l'exigence d'une *total failure of consideration*, lorsqu'elle est jugée inopportune.

⁴⁶⁷ Voir *infra* n° 159.

risquerait d'ouvrir trop largement les cas où le demandeur peut agir contre une personne n'ayant pas reçu directement l'enrichissement de sa part. Par ailleurs, et il s'agit sans doute de l'une des principales raisons expliquant l'absence de consécration, cette hypothèse risque d'ouvrir la porte aux enrichissements incidents⁴⁶⁸, dès lors que le demandeur n'a pas conscience d'avoir enrichi autrui par sa propre action. La consécration d'un tel *unjust factor* rapprocherait certainement le modèle anglais des modèles de droit continental, ici plus particulièrement du modèle français, avec toutes les incertitudes que cela peut comporter comme une étude de l'action d'enrichissement injustifié le démontre⁴⁶⁹. Bien qu'un tel cas pourrait certainement s'avérer utile, en particulier lorsque le défendeur a tiré un profit en raison de la violation d'un droit du demandeur, sa consécration en l'état actuel demeure peu probable, surtout si la notion d'enrichissement n'est pas au préalable davantage affinée.

2) Les cas reposant sur des raisons de politique juridique

123. Une liste hétéroclite. Contrairement à la première catégorie d'*unjust factors*, la seconde liste est bien plus diverse et peut difficilement se résumer à une seule et même idée, d'où l'appellation un peu vague de *policy-motivated restitution*. Il s'agit essentiellement de cas où le droit estime qu'il est nécessaire d'accorder des *restitutions*, quand bien même la volonté du demandeur ne serait pas remise en cause. À travers cette catégorie les juristes anglais envisagent ainsi les cas suivants : *legal compulsion* (a), *necessity* (b), *illegality* (c) et *unlawful obtaining or conferral of a benefit by a public authority* (d).

a) *Legal compulsion*

124. Les règles de principe en matière de paiement de la dette d'autrui. En dépit de la simplicité des faits – un créancier reçoit la prestation promise d'un tiers et non de son débiteur – ce cas pose des difficultés particulières tant en droit anglais qu'en droit français. Dans les deux systèmes juridiques, la principale question à résoudre est de savoir si cette prestation réalisée par un tiers peut valoir paiement et, le cas échéant, si ce tiers peut avoir un recours contre le véritable débiteur ainsi libéré de son obligation. La réponse de principe,

⁴⁶⁸Voir *infra* n° 145.

⁴⁶⁹ Voir *infra* n° 307s.

en droit anglais, est négative, même si les exceptions tendent à devenir plus nombreuses⁴⁷⁰. Hormis les cas où ce tiers a agi avec le consentement du débiteur et celui du créancier, ce qui ne pose aucune difficulté, les juristes anglais n'admettent qu'au cas par cas les hypothèses où il y aura paiement, et un recours du tiers *solvens* contre le véritable débiteur. Pour l'heure, la seule exception non contestée est *legal compulsion*, qui implique que le tiers a exécuté la prestation sous la contrainte du créancier. En effet, c'est la contrainte (légitime) exercée par le créancier à l'égard du tiers qui rend le paiement valable et libératoire. Le simple fait de payer la dette d'autrui, même dans un intérêt légitime ou avec l'intention d'aider le débiteur ne sont pas considérés comme des motifs valables, dès lors que le débiteur n'a rien requis. Ces restrictions par rapport au droit français, où le paiement effectué par un tiers est admis bien plus aisément, s'expliquent, d'une part, par la traditionnelle hostilité du droit anglais à l'encontre de toute personne s'immiscant dans les affaires d'autrui, et d'autre part, par les soupçons que suscite un tel geste, puisqu'aucune personne sensée ne paie sans raison la dette d'un tiers⁴⁷¹. Ainsi, seule la personne ayant payé sous la contrainte du créancier, ou sur requête du débiteur, est jugée digne de protection. Bien que ce cas ne soit pas classé dans la catégorie des *unjust factors* fondés sur l'absence de volonté du demandeur, les *restitutions* sont tout de même justifiées par l'idée que le demandeur n'a pas eu d'autre choix que de payer la dette d'autrui⁴⁷².

125. L'exigence d'une contrainte légitime (1). – L'exemple d'un droit de rétention. S'il y a bien des contraintes exercées sur le demandeur, celles-ci sont cependant légitimes, le créancier ayant simplement exercé un moyen de pression légal pour contraindre le demandeur au paiement. Ce qui différencie ce cas du *duress* où le moyen de pression utilisé ne respecte pas les voies de droit. Cette différence de fondement n'est pas sans intérêt pratique, car la demande ne sera pas dirigée contre la même personne selon que la contrainte est légitime ou illégitime. En cas de *duress*, le défendeur désigné est la personne ayant exercé la contrainte, qui ne peut valablement retenir le profit du fait de son acte illicite. En revanche, lorsque le cas de *legal compulsion* est applicable, le défendeur est la personne qui aurait dû payer, tout ou partie de la dette, soit le véritable débiteur. Le créancier, bien

⁴⁷⁰ Pour un état du droit anglais sur cette question voir A. BURROWS, *op. cit.*, p. 460-468 ; G. VIRGO, *op. cit.*, p.235-239.

⁴⁷¹ La crainte est qu'une personne ne paie la dette d'une autre dans le seul but d'avoir un moyen de pression contre elle. Une personne payant la dette d'autrui sans la requête du débiteur, et sans la contrainte du créancier, est donc soupçonnée d'avoir de mauvaises intentions.

⁴⁷² Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p. 436-437, l'auteur expliquant que l'emploi d'une contrainte légitime justifiait qu'il ne soit pas traité aux côtés des précédents *unjust factors*.

qu'ayant exercé une certaine pression sur le demandeur, peut conserver le profit qui vaut paiement à son égard. Sa créance initiale justifie le paiement, cet enrichissement ne peut dès lors être qualifié d'injuste. L'exemple typique de cet *unjust factor* est le créancier exerçant un droit de rétention sur un bien appartenant non pas à son débiteur, mais à un tiers. Ce dernier est contraint de payer le créancier s'il souhaite recouvrer son bien. Il n'y a donc aucune volonté d'avantager le débiteur, en le libérant de son obligation, et il n'y a aucune raison que le débiteur échappe ainsi à un engagement qu'il aurait normalement dû exécuter.

126. L'exigence d'une contrainte légitime (2). – L'exemple des coobligés. Toutefois la contrainte légale ne recouvre pas seulement l'hypothèse où un tiers, totalement étranger à la dette, est contraint de payer le créancier. Il est également, et avant tout, applicable lorsque le demandeur est obligé à la dette avec le défendeur. Le droit anglais distingue alors deux hypothèses. Celui où le demandeur est certes obligé à la dette, mais ne doit normalement pas y contribuer, en somme le demandeur est un garant qui n'a en principe pas vocation à supporter le poids définitif de la dette. Les juristes anglais utilisent ainsi le terme de *secondary liability*, ce qui explique que le demandeur ait en ce cas un recours pour le tout contre le défendeur (*reimbursement* ou *recoupment*), exactement comme dans l'hypothèse où le demandeur est totalement étranger à la dette⁴⁷³. Tandis que dans l'autre cas, le demandeur doit aussi contribuer, en partie, à la dette, mais a payé davantage que sa part et a en conséquence un recours contre le défendeur pour le surplus (*contribution*)⁴⁷⁴. En dehors des cas où le demandeur a été contraint de payer la dette d'autrui, le droit anglais semble difficilement admettre le recours du tiers contre le véritable débiteur. Certains auteurs estiment cependant qu'il conviendrait d'admettre plus largement ce recours, au-delà du seul *legal compulsion*, et l'étendre à toutes les hypothèses où le créancier a accepté la prestation

⁴⁷³ A. BURROWS, *op. cit.*, p.439-441.

⁴⁷⁴ Il existe de nombreuses règles entourant le recours en contribution, non seulement parce que de nombreuses lois spéciales envisagent la question, mais également parce qu'il peut y avoir des différences selon la source de l'obligation commune (ex : deux co-garants ou deux personnes jugées responsables d'avoir causé un dommage...), les règles de répartitions peuvent ainsi être différentes. Il n'est toutefois pas utile de rentrer dans le détail, il convient simplement de noter que ce recours est inclus, en droit anglais, dans l'*unjust enrichment*, car le défendeur, débiteur, s'enrichirait aux dépens du demandeur s'il ne reversait pas à ce dernier la part qu'il aurait dû payer. Pour plus de détails voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°19-01s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 246-251 ; A. BURROWS, *op. cit.*, p.455-460.

fournie par le tiers *solvens*, peu important que le *solvens* ait été contraint de le faire ou que le débiteur n'y ait pas consenti⁴⁷⁵.

127. Une comparaison avec le droit français. Tandis que le droit anglais traite majoritairement la question du paiement de la dette d'autrui au sein de l'*unjust enrichment*, ce problème n'est traité que partiellement et de manière secondaire par le droit de l'enrichissement injustifié en France. Ce cas est particulièrement complexe en droit français, car il est possible de mobiliser les trois quasi-contrats (gestion d'affaires, enrichissement injustifié et répétition de l'indu), qui ne sont toutefois envisagés qu'en dehors des cas où la subrogation légale ne s'applique pas. Il faut toutefois noter que les recours entre codébiteurs, ou les recours du garant contre le débiteur, sont traités de manière séparée et ne sont pas associés à l'enrichissement injustifié de manière générale. Cette association peut donc non seulement paraître étrange aux yeux d'un juriste français, mais également inutile. Pour mieux comprendre cette structure, il faut tout d'abord noter qu'il n'existe pas à proprement parler de régime général de l'obligation en droit anglais, il n'existe donc pas un corps de règles communes applicables indépendamment de la source d'obligation.

128. La subrogation en droit anglais. Le droit anglais connaît également la notion de *subrogation* et, si elle est également associée à l'*unjust enrichment*, elle n'est pas exactement appréhendée de la même manière qu'en droit français. Il existe cependant quelques points communs, le premier étant que les juristes anglais font également une distinction entre ce qui relève de la subrogation contractuelle et ce qui relève de la subrogation légale, seule cette dernière étant envisagée sous la catégorie d'*unjust enrichment*. Dans les deux systèmes juridiques également, la subrogation a pour effet de transférer des droits et de placer le subrogé dans la position du subrogeant. Les ressemblances s'arrêtent toutefois à ce stade. La principale différence entre le droit français et le droit anglais tient au fait que ce dernier système n'envisage pas la subrogation de manière autonome, mais comme un remède possible pour prévenir un enrichissement injuste. Ainsi, pour que le demandeur puisse être subrogé dans les droits du créancier, encore faut-il que les conditions de l'*unjust enrichment* soient au préalable réunies.

⁴⁷⁵ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p. 463: « A payment made to discharge a debt owed to the creditor and accepted by the creditor as discharging that debt ought to discharge that debt automatically (ie, without the debtor's acceptance) ».

Autrement dit, la *subrogation* trouve son fondement dans l'*unjust enrichment*, et n'obéit pas, contrairement au droit français, à des conditions propres⁴⁷⁶. Dans la plupart des cas, la *subrogation* sera appliquée dans le cas du *legal compulsion*, mais rien n'interdit d'y recourir lorsqu'un autre *unjust factor* est caractérisé⁴⁷⁷. Ainsi, en droit anglais, la *subrogation* est traitée avec les remèdes de l'*unjust enrichment*.

b) *Necessity*

129. Présentation générale. Par principe, le droit anglais n'accorde aucune action à une personne qui, sans y avoir été invitée, intervient dans les affaires d'autrui⁴⁷⁸. La gestion d'affaires n'est pas officiellement reconnue. Cependant, la jurisprudence ancienne a tout de même occasionnellement et exceptionnellement admis certains cas, notamment en passant par l'*indebitatus assumpsit*⁴⁷⁹. Les différents cas dans lesquels les juges avaient accordé une action à l'intervenant ont depuis été regroupés sous un *unjust factor, necessity*, qui n'a toutefois pas la portée générale de la gestion d'affaires, ni les mêmes effets. *A priori*, il est étrange que ce cas soit traité au sein de l'*unjust enrichment*⁴⁸⁰, en particulier si l'on considère que le remède approprié est la compensation des pertes subies par l'intervenant comme c'était le cas en droit romain et comme c'est toujours le cas en droit français. Deux raisons peuvent néanmoins justifier ce classement. La première raison est

⁴⁷⁶ Voir par exemple G. VIRGO, *op. cit.*, p. 234: « Although subrogation raises more complex questions, it will only be available once the claimant has established that the defendant has been unjustly enriched at the claimant's expense ». Cette vision a également une assise jurisprudentielle, en particulier dans l'affaire *Banque Financière de la Cité v Parc (Battersea) Ltd.*, (1999) 1 AC 221, mais dont on peut noter l'opinion de Lord Hoffmann : « Subrogation in this sense is a contractual arrangement for the transfer of rights against third parties and is founded upon the common intention of the parties. But the term is also used to describe an equitable remedy to reverse or prevent unjust enrichment which is not based upon any agreement or common intention of the party enriched and the party deprived ».

⁴⁷⁷ Voir A. BURROWS, *op. cit.*, p. 167.

⁴⁷⁸ Voir cependant pour une opinion contraire: D. SHEENAN, « *Negotiorum Gestio*: a Civilian Concept in the Common Law? », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, p.253-280, l'auteur recense les cas où le droit anglais a accordé une action à l'intervenant, que ce soit sur le fondement de l'*unjust factor necessity* ou sur un autre fondement, il en déduit que le droit anglais arrive à des solutions similaires aux droits continentaux, spéc. p.268: « Once all the effects of *negotiorum gestio* doctrines in other jurisdictions are understood, and mapped onto their functional English equivalents, it becomes clear that a structure similar to *negotiorum gestio* already exists, albeit unrecognized ». Il nous semble toutefois que le résultat diffère et qu'en particulier il est périlleux de traiter de la gestion d'affaires au travers l'*unjust enrichment*. Pour une autre opinion, estimant que le droit anglais n'est pas parvenu à un équivalent de la gestion d'affaires et estimant qu'il est souhaitable que le droit anglais en face un cas à part voir J. KORTMANN, *Altruism in Private Law Liability for nonfeasance and negotiorum gestio*, Oxford University Press, 2005.

⁴⁷⁹ Sur l'ancien état du droit anglais et les *forms of action* voir *supra* n° 72.

⁴⁸⁰ Certains auteurs proposent d'ailleurs d'exclure ce cas de l'*unjust enrichment*, voir notamment W. DAY, « Against Necessity as a Ground for Restitution », *RLR*, Vol. 24, 2016, p.26-46.

vraisemblablement historique, l'*unjust enrichment* a en effet récupéré une grande partie du contenu de l'*indebitatus assumpsit*, or la plupart des interventions dans les affaires d'autrui étaient réglées par le *quantum meruit*, si l'on laisse le cas particulier du sauvetage maritime qui a toujours fait l'objet d'un traitement à part. Initialement ce cas n'était pas justifié par l'idée de restituer un profit, mais par une requête implicite du défendeur qui aurait demandé l'aide du demandeur⁴⁸¹.

L'autre raison tient vraisemblablement toujours à une certaine hostilité à l'égard de l'intervenant. Si le droit anglais admet dorénavant plus facilement qu'un intervenant puisse obtenir une indemnité pour avoir sauvegarder les affaires ou la personne du défendeur, cette hostilité se fait toujours sentir tant dans les conditions que dans ses effets. Il convient de noter que si cette situation fait l'objet d'un *unjust factor* particulier, cela ne signifie pas pour autant qu'il existe aujourd'hui un principe général régissant la situation de l'intervenant. Ainsi, même si une espèce répond aux conditions de l'*unjust factor necessity*, il n'est pas certain que l'intervenant obtienne automatiquement des *restitutions* s'il ne s'agit pas d'un cas où la jurisprudence a expressément accueilli la demande de l'intervenant⁴⁸². Théoriquement, pour qu'une telle action aboutisse, il est nécessaire que l'intervenant démontre avoir agi, dans l'urgence, afin de préserver un bien ou la personne du défendeur d'un dommage imminent⁴⁸³.

130. Un cas de restitution et non de compensation. À côté de ces conditions restrictives, l'hostilité à l'égard de ces interventions se ressent toujours dans les effets. Au-delà des raisons historiques, une autre raison justifie que cette situation soit rangée dans l'*unjust enrichment* et ce afin de limiter l'indemnité due à l'intervenant, et empêcher en toute hypothèse l'intervenant d'obtenir la pleine compensation de ses pertes, alors même que le défendeur n'a rien requis. En effet, en principe, l'*unjust enrichment* permet de limiter l'indemnité à l'enrichissement reçu par le défendeur de telle manière que sa situation n'est pas dégradée. S'il devait en revanche compenser la perte de l'intervenant, il est possible

⁴⁸¹ Voir *supra* n° 74s.

⁴⁸² Sur l'incertitude entourant les frontières du *necessity* voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p. 289s. ; J. BEATSON, E. SCHRAGE, *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, 2003, p.322-324.

⁴⁸³ Voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°18-71s.; A. BURROWS (dir.), *Restatement, op. cit.*, p. 104s, le *Restatement* ajoute même que l'intervenant doit être une personne ayant les aptitudes nécessaires pour intervenir et qu'il doit dans la mesure du possible avoir essayé de communiquer avec le défendeur avant son intervention.

qu'il ait à déboursier bien plus que ce qu'il a reçu⁴⁸⁴. Le *necessity* semble ainsi rattacher à l'*unjust enrichment* davantage par opportunité, que par une finalité commune. Il n'est d'ailleurs pas anodin de voir que tous les ouvrages consacrés à cette source d'obligation abordent la question de l'appartenance réelle du *necessity* à l'*unjust enrichment*, ce qui n'est pas le cas des autres *unjust factors*⁴⁸⁵. Il faut toutefois relever un élan doctrinal en faveur d'un principe général, couvrant toutes les hypothèses où une personne est intervenue dans les affaires d'autrui⁴⁸⁶. Les auteurs estiment qu'il serait souhaitable, qu'en certaines hypothèses, le remède accordé soit, comme en France, la compensation des pertes de l'intervenant. Ils considèrent cependant qu'alors, ce principe ne pourrait entrer intégralement dans l'*unjust enrichment*, et ne serait relié à cette source d'obligation que lorsque la restitution d'un profit est accordée et non lorsque la perte de l'intervenant est compensée⁴⁸⁷.

131. Un champ d'application incertain. En dehors des cas expressément reconnus par la jurisprudence, il n'est pas certain qu'un intervenant puisse obtenir restitution sur le fondement de *necessity*. Le principe semble donc toujours être le refus de toute action, sauf cas exceptionnels. Ces cas sont assez hétéroclites et il est difficile d'en dégager une ligne directrice. Historiquement l'on retrouve les hypothèses des *burial cases*⁴⁸⁸ ainsi que les cas où une personne a pris en charge les dépenses nécessaires d'un incapable, tels que les frais d'hospitalisation dans un hôpital psychiatrique⁴⁸⁹. En dehors de ces hypothèses, il est possible de noter quelques cas plus récents, sans que les juges ne laissent toutefois entendre

⁴⁸⁴ Cette présentation est toutefois assez théorique car le *necessity* s'appliquant uniquement aux services, il est artificiel d'y voir un véritable enrichissement, pour les critiques sur les services et l'enrichissement voir *supra* n° 102 et *infra* n° 374s.

⁴⁸⁵ Voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°18-03; A. BURROWS, *op. cit.*, p. 485-486; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 304-305; P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2nd ed., Clarendon Law Series, 2005, p.23, qui est l'un des rares à considérer qu'il ne s'agit pas d'un cas relevant de l'*unjust enrichment*, mais d'une autre source d'obligation car l'objectif n'est pas de restituer un enrichissement mais bien de compenser une perte.

⁴⁸⁶ Voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°18-76: "As we said at the start of this chapter, it remains to be seen whether the English courts will forge a general doctrine from the foregoing cases, but in our view this would be a desirable step for them to take".

⁴⁸⁷ Voir notamment A. BURROWS (dir.), *Principles of the English Law of Obligations*, Oxford University Press, 2015, n° 3.123: "This doctrine would only belong in part to the law of unjust enrichment, as the remedies awarded would include, but would not be limited to, the restitution of benefits. In appropriate cases, necessitous interveners might also be entitled to a reward or an indemnity for their costs".

⁴⁸⁸ Ces affaires étaient relativement courantes au XIX^e et concernait l'hypothèse où un tiers avait payé les funérailles d'une personne à la place de la famille du défunt (notamment parce que la personne normalement en charge de ses frais est momentanément absente ou à l'étranger). La jurisprudence avait ainsi reconnu une action de ce tiers contre le membre de la famille normalement en charge des funérailles.

⁴⁸⁹ Voir J. BEATSON, E. SCHRAGE, *op. cit.*, p. 323 et G. VIRGO, *op. cit.*, p. 299.

qu'une possible extension serait possible. Par exemple, dans l'affaire *Re Berkeley Applegate (Investment Consultants) Ltd*⁴⁹⁰, une compagnie s'était volontairement mise en liquidation et avait désigné un liquidateur sans prévoir de rémunération. Le liquidateur demanda cependant une rémunération et le remboursement de ses dépenses, ce qui lui a été accordé en raison de leur caractère nécessaire. S'il n'avait pas réalisé ce travail, il aurait nécessairement dû être fait par quelqu'un d'autre et, par ailleurs, si un liquidateur judiciaire avait été nommé il aurait été rémunéré⁴⁹¹. L'appréciation reste tout de même assez sévère et les juges n'accordent pas aisément des *restitutions*. Une illustration de cette relative sévérité peut être donnée avec l'affaire *Guildford Borough Council v Hein*⁴⁹². Après un signalement de maltraitance, une femme s'était vu retirer la garde de ses nombreux bergers allemands (jusqu'à 140 !), par l'autorité locale. Pendant un certain temps, ces chiens avaient été gardés aux frais de cette autorité, qui demanda à la propriétaire de payer pour ces dépenses. Par principe, les juges estimèrent que tant que l'autorité avait le devoir de prendre soin de ces animaux, elle pouvait demander le remboursement des dépenses raisonnables et même une rémunération. Cependant, dans les faits, l'action a été rejetée au motif que l'injonction retirant la garde des chiens avait expiré, les autorités n'avaient donc plus le devoir de prendre soin de ces chiens et avaient au contraire l'obligation de les rendre à leur propriétaire. Les autres exemples de *necessity* sont tout aussi anecdotiques et aucune décision n'a encore posé de principe général⁴⁹³.

132. Une fausse ressemblance avec la gestion d'affaires. Vu de loin, le cas de *necessity* rappelle étrangement la figure de la gestion d'affaires. Leurs champs d'application respectifs sont, il est vrai, relativement proches. Dans les deux cas une personne intervient dans les affaires d'un tiers pour préserver ses biens ou son intégrité physique. Les ressemblances avec la gestion d'affaires s'arrêtent cependant au champ d'application et divergent notablement au niveau de ses conditions et de ses effets⁴⁹⁴. Contrairement au gérant qui agit librement, l'intervenant est ici contraint d'agir. À ceci près que la contrainte

⁴⁹⁰ (1989) Ch. 32, (1988) 3 WLR 95.

⁴⁹¹ "If the liquidator had not done this work, it is inevitable that the work, or at all events a great deal of it, would have had to be done by someone else, and on an application to the court a receiver would have been appointed whose expenses and fees would necessarily have had to be borne by the trust assets".

⁴⁹² (2005) EWCA Civ 979.

⁴⁹³ Pour une liste exhaustive voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°18-46s.

⁴⁹⁴ Il faut cependant noter que cet équivalent anglais de la gestion d'affaires, qui n'autorise pas, en principe, l'intervenant à obtenir le remboursement de ses dépenses, connaît quelques faiblesses, et il vaudrait probablement mieux dissocier ce cas de l'*unjust enrichment* et reconnaître ce cas comme une source autonome d'obligation, à l'instar du droit allemand. En ce sens voir J. KORTMANN, *op. cit.*, p.175s.

n'est pas ici matérialisée par une menace, physique ou morale, proférée contre le demandeur, contrairement à d'autres *unjust factors* comme *duress*. La contrainte est concrétisée par l'état d'urgence dans lequel se trouve l'intervenant, s'il n'intervient pas, un dommage sera immanquablement subi par le défendeur⁴⁹⁵. Cette condition tranche singulièrement avec la gestion d'affaires, puisque l'urgence n'est pas une condition en droit français, mais cela a également une incidence sur les effets. En droit anglais cet *unjust factor* implique que l'intervenant n'a pas souhaité conférer un quelconque bénéfice au défendeur, ce qui explique qu'il puisse obtenir restitution de l'enrichissement procuré au défendeur mais pas le remboursement intégral de ses dépenses. *A contrario*, en droit français, le gérant a souhaité agir en faveur du maître mais il n'a pas entendu en supporter les conséquences négatives. La mesure de l'indemnisation est donc la perte subie par le gérant et non le gain potentiel qu'il a procuré au maître, puisqu'il a souhaité agir dans l'intérêt du maître et lui conférer ce gain.

Cette vision n'est pas exempte de critiques, mais à ce stade il suffit de noter que les solutions du droit anglais sont inversées par rapport au droit français. Alors que le droit français a essentiellement construit l'enrichissement injustifié à partir de la gestion d'affaires, ce qui explique qu'il s'agit en réalité d'un modèle de compensation et non de restitution⁴⁹⁶, le droit anglais a construit son équivalent de la gestion d'affaires à partir de l'*unjust enrichment*, ce qui implique que l'intervenant ne puisse obtenir la pleine compensation des pertes qu'il a subies. Tandis que le concept français de l'enrichissement injustifié est nécessairement limité pour cette raison, la conception anglaise de la gestion d'affaires présente également certaines faiblesses, qui incitent à penser qu'il vaudrait mieux dissocier pleinement ces deux figures. Il faut toutefois remarquer que les frontières de cet *unjust factor* font l'objet de débats au sein de la doctrine anglaise et sont encore assez incertaines en jurisprudence⁴⁹⁷. Certains auteurs se demandent ainsi s'il ne remet pas en cause le principe selon lequel une personne intervenant dans les affaires d'autrui n'a droit à rien, sauf cas exceptionnels⁴⁹⁸. La question est donc la suivante : l'*unjust factor necessity* ne doit-il recouvrir que les cas exceptionnels où la jurisprudence a reconnu une action à

⁴⁹⁵ G. VIRGO, *op. cit.*, p.292-293, "Rather the circumstances of the case require the claimant to act to prevent harm being suffered. Typically, the pressure will derive from some form of disaster, whether natural or manmade".

⁴⁹⁶ Voir *infra* n° 241.

⁴⁹⁷ G. VIRGO, *op. cit.*, p.289; C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°18-03 et 18-04,

⁴⁹⁸ *Ibid.*

l'intervenant ou doit-il au contraire être généralisé pour devenir un équivalent anglais de la gestion d'affaires ? Cela signifierait qu'en dehors des cas reconnus par la jurisprudence, un intervenant pourrait obtenir *restitution*, à partir du moment où il a procuré un gain à un tiers.

c) *Illegality*

133. Un cas exceptionnel (1) – La protection d'une personne vulnérable. La notion reste encore relativement imprécise, mais concerne les hypothèses où un profit a été conféré en vertu d'un accord illégal. La difficulté principale est qu'il faut conjuguer cette règle avec le moyen de défense du même nom, l'illégalité pouvant faire obstacle à toutes *restitutions*. Les *restitutions* sur le fondement de cet *unjust factor* sont donc exceptionnelles, et ont pour objectif d'encourager l'abandon d'une activité illégale, ce qui explique pourquoi ce cas est rangé parmi les *policy motivated restitution*. Il y a essentiellement deux cas dans lesquels des *restitutions* peuvent être accordées. Si l'illégalité vise à protéger une personne, ou une catégorie de personne, présentant une certaine vulnérabilité, cette personne peut obtenir *restitution*. Ainsi, dans l'affaire *Kiriri Cotton Co. Ltd. v Ranchoddas Keshavji Dewani*⁴⁹⁹, un locataire devait verser une certaine somme d'argent au propriétaire pour accéder aux locaux (l'équivalent d'un pas-de-porte). Seulement la loi avait interdit ce genre de pratique afin de protéger les locataires. Le locataire pouvait récupérer le montant versé. Ainsi, les *restitutions* ne portent pas atteinte à l'objectif poursuivi par la loi. Bien au contraire, elles permettent de rétablir la situation qui aurait dû être celle du locataire si l'accord n'avait pas été illégal, c'est-à-dire qu'il n'aurait jamais dû verser cette indemnité.

134. Un cas exceptionnel (2) – L'échec du projet illicite. La seconde exception admise est plus vaste. Elle vise à inciter à la repentance, et autorise l'une des parties à se retirer de l'accord et obtenir les *restitutions* du profit transféré tant que le but illicite n'a pas été complètement achevé, ce que les juristes nomment la doctrine du *locus poenitentiae*. Pour autant il n'est pas, ou plus, exigé une véritable repentance de la part du demandeur. Une telle analyse serait en réalité très difficile à mener car il n'est pas possible de connaître les motivations profondes du demandeur. Cet *unjust factor* est bien souvent mobilisé dans les cas de fraude aux droits des créanciers, comme l'illustre l'affaire *Tribe v Tribe*⁵⁰⁰, où un père avait transféré les droits sociaux de la société qu'il avait créé à son fils, afin que ses

⁴⁹⁹ (1960) 2 WLR 127.

⁵⁰⁰ (1996) Ch 107; (1995) 3 WLR 913.

créanciers ne puissent les saisir. Dans les faits, le père avait confié la gestion de la société à son fils, à la suite de son départ à la retraite, mais il avait conservé la majorité des parts sociales. Toutefois, les locaux de la société étaient toujours loués sous le nom du père, qui demeurait juridiquement le locataire. Les propriétaires, notant le mauvais état des immeubles, voulaient que le locataire remette les locaux en bon état. Effrayé par les coûts qu'une telle remise en état pourrait engendrer et craignant de perdre ses droits sociaux, qui représentaient la majorité de sa fortune, il décida de transférer ses droits à son fils. Il prévoyait néanmoins de les récupérer, une fois le litige avec les propriétaires réglé et lorsqu'il n'y existera plus aucun risque de poursuite. Finalement un accord a été trouvé avec les propriétaires et le père. Ce dernier demanda à son fils de lui retransférer ses droits sociaux, ce que le fils refusa. Le père demanda ainsi la restitution de ses droits, demande qui a été accueillie. Les juges se fondèrent en effet sur le fait que, même si l'objectif était clairement illégal, il n'avait pas été mené à son terme car, en l'espèce, le stratagème n'avait affecté aucun créancier, puisqu'un accord avait été conclu⁵⁰¹. Ainsi, dès lors que le demandeur s'est volontairement retiré de l'accord illégal, avant que le but poursuivi n'ait été atteint, il est possible d'obtenir des *restitutions*. L'idée est que la règle inverse – le refus de toute restitution – risquerait d'entraîner des résultats peu opportuns. En l'occurrence, dans cette affaire, Lord Nourse ajoute qu'il n'y a aucune raison pour que le fils retienne ces droits sociaux, pour son propre bénéfice alors même qu'il avait conscience que son père avait pour intention de léguer ses droits, représentant la majorité de ses biens, à l'ensemble de sa famille⁵⁰².

135. Les liens avec le moyen de défense *illegality*. Ce cas est toutefois peu invoqué en tant que fondement justifiant les *restitutions*. Le plus souvent le demandeur fera appel à un autre *unjust factor*, comme *mistake* ou *failure of consideration*, et le défendeur lui opposera l'illégalité de l'accord pour faire obstacle à toutes *restitutions*. Ce moyen de défense était auparavant entendu assez largement, mais une décision récente de la Cour suprême vient de réduire singulièrement son champ d'application. Auparavant, la règle de principe était le rejet de la demande si le défendeur parvenait à démontrer l'existence d'un motif illicite,

⁵⁰¹ Voir l'opinion de Lord Millet: « But I would hold that genuine repentance is not required. Justice is not a reward for merit; restitution should not be confined to the penitent. I would also hold that voluntary withdrawal from an illegal transaction when it has ceased to be needed is sufficient. » (*Tribe v. Tribe*, déc. préc.).

⁵⁰² « the defendant had acted basely by seeking to retain for himself assets which he knew the plaintiff had desired to protect for the benefit of the whole family » (*Tribe v. Tribe*, déc. préc.).

cette règle n'étant écartée que dans certains cas, par exemple, lorsque le demandeur était innocent ou ignorait l'illégalité⁵⁰³. La liste de ces exceptions n'a toutefois cessé de s'allonger, tout simplement parce que le refus des *restitutions* paraissait inadapté dans bien des cas, et surtout, parce qu'une telle réponse contredisait parfois davantage l'intérêt poursuivi par le droit. Ainsi dans l'affaire *Patel v Mirza*⁵⁰⁴, les juges ont renversé la règle de principe et l'exception. Désormais, le principe est que l'illégalité ne permet pas, en soi, de faire obstacle à une demande en *restitution* fondée sur l'*unjust enrichment*⁵⁰⁵. L'idée est simple. Puisque les restitutions ont pour objectif de replacer les parties dans leur position antérieure au transfert, accorder les *restitutions* aura le plus souvent pour effet de faire échec au but illicite. En ce sens accueillir une telle demande est plus respectueuse de l'ordre public que la décision de la refuser, car cette décision de refus aurait pour effet de consolider la situation illicite. Lord Toulson donne ainsi l'exemple de pots de vin donnés à un membre d'un parti politique ou à un agent public, en ce cas il est probablement plus choquant, et moins respectueux de l'ordre public, de considérer que le politicien ou l'agent corrompu puissent conserver la somme d'argent, que de restituer cette somme au corrupteur⁵⁰⁶. Des exceptions peuvent néanmoins exister et inciter à rejeter la demande. Afin de faire le départ entre ces deux choix, il faut regarder la raison pour laquelle le droit considère l'accord comme illégal et voir quelle solution respecte le mieux la raison d'être de la règle de droit⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Voir notamment A. BURROWS, *op.cit.*, p. 588-589.

⁵⁰⁴ (2017) AC 467. Dans les faits, le demandeur avait donné une certaine somme d'argent afin de spéculer sur les cours d'une action d'une grande banque nationale, car le défendeur lui avait assuré pouvoir obtenir des informations internes à propos d'une prochaine annonce du Gouvernement qui aurait une incidence sur le cours de l'action. Il promettait de lui révéler ces informations en « avant-première » avant que l'annonce ne soit officielle, ce qui est prohibé par le droit anglais. Cependant, l'information ne fut jamais transmise et le demandeur réclama restitution de la somme versée sur le fondement du *failure of consideration*.

⁵⁰⁵ « A claimant, such as Mr Patel, who satisfies the ordinary requirements of a claim for unjust enrichment, should not be debarred from enforcing his claim by reason only for the fact that the money which he seeks to recover was paid for an unlawful purpose. There may be rare cases where for some particular reason the enforcement of such claim might be regarded as undermining the integrity of the justice system » (voir l'opinion majoritaire de lord Toulson, *Patel v. Mirza*, déc. préc., n°121).

⁵⁰⁶ *Patel v Mirza*, déc. préc., n°118. Il faut rappeler qu'ici les juges statuent uniquement sur une action civile, à l'exclusion du domaine pénal, il n'est donc pas question de statuer sur les conséquences d'une éventuelle infraction à la loi pénale.

⁵⁰⁷ Voir le résumé de la solution par Lord Toulson, *Patel v Mirza*, déc. préc., n°120: « The essential rationale of the illegality doctrine is that it would be contrary to the public interest to enforce a claim if to do so would be harmful to the integrity of the legal system (or, possibly, certain aspects of public morality, the boundaries of which have never been made entirely clear and which do not arise for consideration in this case). In assessing whether the public interest would be harmed in that way, it is necessary (a) to consider the underlying purpose of the prohibition which has been transgressed and whether that purpose will be enhanced by denial of the claim, (b) to consider any other relevant public policy on which the denial of the claim may have an impact and (c) to consider whether denial of the claim would be a proportionate response to the illegality, bearing in mind that punishment is a matter for the criminal courts ».

136. Comparaison avec le droit français. La question de l'illégalité, qu'elle soit envisagée comme un cas de *restitutions* ou au contraire comme un obstacle aux *restitutions*, semble poser des difficultés dans tous les systèmes juridiques. L'état du droit français n'est pas plus clair sur ce point que ne l'est le droit anglais. Bien qu'en droit français cette question soit surtout abordée en droit des contrats, plus particulièrement lors des restitutions consécutives à l'annulation du contrat pour cause immorale, les liens avec l'enrichissement injustifié ne sont pas inexistantes. Ainsi, il est possible de trouver l'affirmation que le refus d'accorder des restitutions en cas de contrat illicite risquerait de créer un enrichissement injustifié au profit de celui qui pourrait conserver l'enrichissement illicite⁵⁰⁸. Toutefois, ce n'est pas l'enrichissement injustifié qui justifie les éventuelles restitutions dues lorsque le contrat est annulé en raison du but illicite (ou anciennement de la cause illicite). D'une certaine manière l'affaire *Patel v. Mirza* a rapproché l'état du droit anglais de celui du droit français, car le principe en droit français est précisément que l'illégalité n'est pas un obstacle aux restitutions, sauf lorsque le but poursuivi était immoral, selon l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*⁵⁰⁹. Cependant, il est possible de noter que la jurisprudence étend parfois la règle *nemo auditur* à des cas où il n'y a pourtant aucun but immoral, mais une « simple » illégalité, selon ce que les juges peuvent juger opportun en fonction des cas d'espèce⁵¹⁰.

Cette casuistique est sans doute inévitable et l'inclusion de ce cas au sein de l'*unjust enrichment* ne permet pas de déceler une ligne de conduite claire. Il est à vrai dire contestable d'inclure ce cas au sein de l'*unjust enrichment* ou de l'enrichissement injustifié. Il n'est pas difficile pourtant de comprendre pourquoi, dans un premier temps, il est possible de faire un lien avec cette source d'obligation. Le profit est en effet la conséquence d'un acte illégal et pourrait donc aisément être qualifié d'injuste ou injustifié, au sens de contraire au droit. Néanmoins, il semble que ce ne soit pas le sens exact à donner à l'enrichissement injustifié, ou du moins il tranche singulièrement par rapport aux hypothèses énoncées précédemment. Dans les autres cas, il est question de réattribuer un gain à son véritable titulaire qui n'a pas voulu réellement transférer ce gain, ou en tous les cas pas à ces

⁵⁰⁸ Voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Les obligations*, 12^e éd., Précis Dalloz, 2018, n°579, p.654.

⁵⁰⁹ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 18^e éd., Domat, L. G. D. J., 2019, n°243. Bien que l'ordonnance du 10 février 2016 n'aborde pas ce point dans le chapitre relatif aux restitutions, il est plus que probable que la jurisprudence maintienne cette règle à l'avenir.

⁵¹⁰ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°580, p. 656.

conditions. En cas d'illégalité, l'objectif est davantage de priver une personne d'un gain et, surtout, de faire échec à l'objectif poursuivi. Il est ainsi possible de comprendre les hésitations de la jurisprudence sur les conséquences de l'illégalité et surtout sur l'attribution de ce gain. Doit-il rester entre les mains du défendeur ou au contraire retourner dans le patrimoine du demandeur ? L'*unjust enrichment* ou l'enrichissement ne permettent pas, à vrai dire, de répondre à cette question.

d) *Unlawful obtaining, or conferral, of a benefit by a public authority*

137. Un cas spécifique réservé aux autorités publiques. La particularité de ce cas tient à la qualité de la personne du demandeur ou du défendeur, qui est une personne publique. Ces personnes étant soumises à des règles particulières, les juristes anglais ont développé un *unjust factor* spécifique lorsqu'une personne publique a reçu ou a conféré un profit illégalement. L'illégalité tient au fait que la personne n'avait pas le pouvoir de recevoir ou de conférer un tel profit, ce qui justifie en soi les *restitutions*. Avant la décision *Woolwich Equitable Building Society v IRC*, il était nécessaire d'établir l'un des *unjust factors* vu précédemment pour obtenir des *restitutions*, il n'existait aucune particularité⁵¹¹. Dans cette affaire, une société contestait la légalité d'une taxe. Avant que les juridictions ne statuent sur ce point, la société décida toutefois de payer cette taxe, afin de ne pas ternir sa réputation et d'éviter d'éventuels intérêts de retard, si la taxe s'avérait finalement due. Cependant, les juges ont finalement retenu l'illégalité de cette mesure et la société demanda la restitution des sommes versées. La difficulté est que la société n'avait versé cette somme ni sous la contrainte⁵¹², ni sous l'emprise d'une erreur. Néanmoins, les juges ont considéré, pour la première fois, que le simple caractère illégal – le dépassement de pouvoir des autorités plus précisément – justifie en soi les *restitutions*, sans qu'il soit nécessaire de caractériser un autre *unjust factor*⁵¹³.

⁵¹¹ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p. 498.

⁵¹² Ce point est à vrai dire contestable, certes à ce moment la société n'avait subi aucune pression des pouvoirs publics et s'était spontanément acquitté de la taxe, mais elle l'a fait uniquement afin de ne pas aggraver sa situation, dans la perspective où la taxe ne serait finalement pas jugée illégale. C'est donc la perspective de sanctions potentielles qui l'ont incité à payer.

⁵¹³ Voir notamment l'opinion de Lord Goff: « I now turn to the submission of Woolwich that your Lordships' House should, despite the authorities to which I have referred, reformulate the law so as to establish that the subject who makes a payment in response to an unlawful demand of tax acquires forthwith a *prima facie* right in restitution to the repayment of the money”.

Il aurait sans doute été possible d'affirmer que lorsqu'il s'agit d'une autorité publique, et tout particulièrement du Trésor, cela puisse caractériser ou au moins faire présumer une contrainte. Néanmoins, il semble que les juristes anglais aient souhaité traiter à part les cas où l'État est partie au procès, même si l'action demeure une action « de droit privé »⁵¹⁴. Aussi, ce cas entraînerait un régime quelque peu dérogatoire, notamment du point de vue des moyens de défense qui ne seraient pas exactement les mêmes, il ne serait notamment pas possible d'invoquer le *change of position*⁵¹⁵. Il faut également tenir compte des nombreuses *statutes* (lois) qui prévoient des règles particulières en ce cas, dérogatoires du *common law*⁵¹⁶. Il n'est guère utile de rentrer dans le détail de la législation, il est juste intéressant de noter que les hypothèses où l'État, ou une autre personne publique, sont intéressées, il existe une adaptation des règles par rapport au « droit commun ». Cette division n'est bien sûr pas étrangère au droit français, où les quasi-contrats peuvent aussi s'appliquer en droit administratif. À ceci près qu'en droit français, cette branche est considérée comme autonome par rapport aux quasi-contrats de droit privé, même si elle s'inspire de principes de droit privé. Par ailleurs, cette affaire fut utilisée par Birks pour soutenir un passage d'un modèle avec *unjust factors* à un modèle fondé sur l'*absence of basis*. En effet, il estimait après l'affaire *Woolwich* que l'idée qui justifiait les *restitutions* était l'absence de fondement juridique au paiement de la taxe⁵¹⁷. Cette voie ne fut pas suivie et il faut toutefois noter que la justification principale à cet *unjust factor* est le caractère illicite du transfert, ou plus précisément la non-conformité aux règles régissant les relations entre l'État et ses administrés⁵¹⁸.

⁵¹⁴ A. BURROWS (ed.), *Restatement, op. cit.*, p. 113: “the *Woolwich* principle rests on the public principle of unlawfulness. Nevertheless, the claim for restitution is a private law claim. The determination of whether the receipt was, or was not, unlawful or ultra vires does not, therefore, require initial judicial review proceedings”.

⁵¹⁵ Sur ce moyen de défense voir *infra* n° 168s.

⁵¹⁶ Pour un exposé des principaux textes spéciaux voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°22-04s., cela concerne essentiellement la matière fiscale.

⁵¹⁷ P. BIRKS, *Unjust Enrichment, op. cit.*, p.134.

⁵¹⁸ Voir sur ce point le *Restatement*: « Although the *Woolwich* principle is wide-ranging, it is theoretically important to recognize that it belongs within the unjust factors scheme and requires that the benefit was unlawfully obtained. It is insufficient to show that the money (or other benefit) was not due” (A. BURROWS (ed.), *Restatement, op. cit.*, p.112).

3) Le cas contesté du *free acceptance*

138. La singularité du *free acceptance*. La particularité de ce cas est qu'il permet non seulement de caractériser un *incontrovertible benefit*⁵¹⁹, mais aussi d'établir le caractère injuste de l'enrichissement. À l'instar de *necessity*, le champ d'application du *free acceptance* est limité à un type d'enrichissement : les services. Néanmoins, contrairement à ce dernier *unjust factor*, le demandeur n'agit nullement sous la contrainte de l'urgence, son action est purement volontaire. Il s'agit du cas où l'ancienne logique quasi-contractuelle se fait le plus sentir. Les conditions de ce fait générateur montrent bien que l'idée d'un consentement fictif n'est pas très loin. En effet, pour pouvoir invoquer avec succès le *free acceptance*, il est nécessaire d'établir que le défendeur ne peut ignorer que le service rendu n'est pas gratuit et qu'il a laissé faire le demandeur, alors qu'il aurait raisonnablement pu refuser le service. Cet *unjust factor* se démarque ainsi particulièrement des autres, où l'absence de volonté réelle du demandeur semble être la principale raison justifiant les *restitutions*, et ce même parmi les *unjust factors* fondés sur une raison de politique juridique. Ainsi, le *legal compulsion* exige que le demandeur ait agi sous la contrainte légitime du créancier, tandis que le *necessity* implique que le demandeur ait agi dans l'urgence, sans compter l'*unlawful obtaining benefit by a public authority* qui est essentiellement justifié par la crainte que peuvent inspirer les autorités publiques sur les personnes privées. Ici, au contraire, c'est le comportement du défendeur qui est scruté avec attention. La logique sous-jacente est bien perceptible, si le défendeur n'a pas refusé le service alors qu'il aurait pu le faire, c'est au fond qu'il accepte le service. Certes, le demandeur n'a pas entendu conférer un service au défendeur, du moins pas gratuitement. Cependant, contrairement aux autres *unjust factors*, cette absence de volonté n'est ici pas suffisante pour obliger le défendeur.

139. Une illustration avec l'affaire *Chief Constable of the Greater Manchester Police*. Cette attention portée à la volonté du défendeur, qui est en principe indifférente pour établir le caractère injuste de l'enrichissement, est bien visible dans la jurisprudence. Bien que ce cas soit particulièrement débattu au sein de la doctrine, et qu'il ne soit d'ailleurs pas retenu par le *Restatement*, certaines décisions ont pu admettre l'existence du *free acceptance*, au moins par principe. Ainsi, dans l'affaire *Chief Constable of the Greater Manchester Police*

⁵¹⁹ Voir précédemment *supra* n° 99.

*v Wigan Athletic Ltd*⁵²⁰, un club de football devait faire appel, à ses frais, à un service spécial de police pour sécuriser ses matchs. Le club étant monté en 1^{re} division, le chef de police estima alors qu'il fallait renforcer la sécurité du stade. Dans les faits, le *free acceptance* n'a pas été retenu mais il l'aurait été si : le club n'avait jamais expressément indiqué qu'il refuserait de payer pour les effectifs supplémentaires et s'il avait malgré tout laissé faire la police, en toute connaissance de cause. Or, en l'espèce, le club avait plusieurs fois répété qu'il ne souhaitait pas obtenir un renforcement de sécurité. Par ces conditions, le *free acceptance* est nécessairement limité à des cas marginaux et il n'est pas certain qu'il soit opportun de reconnaître un tel cas, notamment parce que bien souvent le demandeur aura pris le risque de ne percevoir aucune rémunération, ce qui suffit à rejeter sa demande⁵²¹. Il faut d'ailleurs noter que Birks, l'un des principaux défenseurs du *free acceptance*, a lui-même reconnu les failles de ce cas et décidé de l'abandonner en tant qu'*unjust factor* dans la dernière édition de son ouvrage⁵²².

140. Les difficultés posées par le *free acceptance*. Il peut être *a priori* surprenant de constater que les juristes anglais aient consacré un cas aussi imprécis, qui permet non seulement de caractériser un enrichissement, mais également d'établir son caractère injuste. Il est toutefois particulièrement éclairant de voir qu'aucune décision récente n'a accepté, dans les faits, d'accorder des *restitutions* sur le fondement du *free acceptance*. Bien que cet *unjust factor* soit en principe accepté par les juges, il existe toujours, dans les faits, un obstacle empêchant de faire droit à la demande⁵²³. Il est d'ailleurs difficile de trouver un exemple, même un cas d'école, permettant d'illustrer ce cas, tant il paraît excessif d'accorder des *restitutions* alors qu'il n'existe aucun enrichissement tangible et que le défendeur n'a jamais requis le moindre service. Birks a bien proposé l'exemple, devenu célèbre, du « laveur de vitres ». Une personne lave vos fenêtres, sans votre autorisation préalable, et, plutôt que de l'arrêter, vous restez caché jusqu'à ce qu'il ait terminé son travail. Une fois la tâche accomplie, vous sortez de votre cachette et affirmez que vous ne

⁵²⁰ (2008) EWCA Civ 1449.

⁵²¹ Voir A. BURROWS, *op. cit.*, p.335-339, par ailleurs l'auteur note que ce cas ne jouera dans pratiquement aucune hypothèse, aussi il est préférable qu'il disparaisse « At least at the present time burial is more apt for Birks' troublesome creature than imprisonment in a tiny cell ».

⁵²² P. BIRKS, *op. cit.*, p. 42: "At one time it seemed that it was essential to make room, alongside the intent-based unjust factors, for a fault-based and defendant-sided category called something like 'unconscientious receipt' or simply 'free acceptance'. That proved to be the result of muddled thinking (...) There is no doubt that Professor Burrows was right to eliminate this defendant-sided category".

⁵²³ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p. 58-59; A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *op. cit.*, p.392-393.

lui verserez pas un centime pour un service que vous n'avez pas commandé⁵²⁴. En ce cas l'absence d'autorisation n'est pas un obstacle. Vous auriez pu refuser ce service, au lieu de cela, vous l'avez laissé faire, votre passivité fait donc présumer votre acceptation tacite au service⁵²⁵. Cet exemple a toutefois peu de chance de prospérer, étant donné que le droit anglais admet, par ailleurs, qu'il est fait obstacle aux *restitutions* s'il est établi que le demandeur a pris un risque en transférant cet enrichissement. Cela sera le cas lorsque le demandeur a sciemment accordé un service au défendeur, alors qu'il sait qu'il n'a pas l'accord de ce dernier pour le faire. Dans l'hypothèse exceptionnelle où les conditions sont réunies, la présomption d'acceptation du service par le défendeur permettra de caractériser son « enrichissement »⁵²⁶. Ce cas particulier fait, à vrai dire, davantage penser à la logique de l'*implied contract* et des *quasi-contract*, où tout est fait comme s'il y avait eu un contrat entre les parties, l'essentiel reposant sur la fiction d'une acceptation du défendeur. Certains auteurs estiment néanmoins que refuser des *restitutions* en toutes circonstances, alors que le défendeur ne pouvait ignorer le caractère onéreux du service et qu'il aurait pu le refuser, conduirait à un résultat inéquitable, pour ne pas dire inacceptable⁵²⁷. Il n'est toutefois pas nécessaire d'étendre artificiellement le domaine de l'*unjust enrichment* pour parvenir à un tel résultat. Il serait, en effet, plus simple dans ce cas de conclure à l'existence d'un contrat tacite entre les parties. Dans les deux cas, les juges tentent de sonder l'intention des parties, en particulier celle du défendeur, à partir d'un même faisceau d'indices, notamment le fait pour le défendeur d'avoir laissé le demandeur s'exécuter, sous ses yeux, sans s'y opposer. Ces hypothèses devraient rester exceptionnelles, comme le démontre la jurisprudence à propos du *free acceptance*, il n'est pas nécessaire d'étendre artificiellement le champ de l'*unjust enrichment* pour les inclure.

⁵²⁴ P. BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press, Oxford, 1985, p. 265 "Suppose that I see a window-cleaner beginning to clean the windows of my house. I know that he will expect to be paid. So, I hang back unseen till he finished the job; then I emerge and maintain that I will not pay for work which I never ordered".

⁵²⁵ *Ibid.*, « I have freely accepted the service. I had my opportunity to send him away. I chose instead to let him go on. I must pay the reasonable value of his work".

⁵²⁶ Présomption qu'il ne peut renverser dès lors qu'il est établi qu'il aurait pu refuser le service et qu'il ne pouvait ignorer que ce service n'était pas gratuit.

⁵²⁷ Voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n17-06s., l'idée serait que le défendeur est en cette hypothèse de mauvaise foi, car il aurait pu rejeter le service. Cependant, en ce cas, il s'agit davantage de sanctionner le comportement du défendeur que de réattribuer un gain au demandeur, ce qui n'est pas l'objectif de l'*unjust enrichment*.

B) Les débats sur le passage à un modèle d'enrichissement injustifié

141. Le modèle proposé par Birks. Après avoir été un fervent défenseur du modèle anglais basé sur les *unjust factors*, Birks opte finalement pour un modèle proche des modèles français et allemand, c'est-à-dire un système fondé sur l'absence de justification juridique à l'enrichissement. Il propose ainsi d'abandonner les *unjust factors* au profit d'un unique cas d'*absence of basis*⁵²⁸. Selon Birks, ce changement ne serait pas aussi radical qu'il n'y paraît. Cela ne nécessiterait pas de modifier les solutions déjà retenues et permettrait au contraire de justifier certaines décisions, qui ne peuvent s'expliquer, selon l'auteur, par aucun *unjust factor*. Un tel système apporterait davantage de clarté et surtout plus de simplicité que l'accumulation d'*unjust factors*. Avec ce nouveau système, l'analyse ne se concentre plus sur l'absence de volonté réelle du demandeur ou sur des raisons de politique justifiant les *restitutions*, mais sur la « validité » de l'obligation justifiant le transfert. Il faut d'emblée noter que si Birks prône un passage au modèle de l'enrichissement injustifié, il s'inspire du modèle allemand et non du modèle français, qui est au demeurant jugé peu technique et trop vague⁵²⁹. Cette inspiration allemande se ressent très fortement dans le système proposé par Birks, car le principe général est immédiatement assorti de nombreuses distinctions, qui ne sont cependant, et naturellement, pas les mêmes que celles retenues en droit allemand⁵³⁰.

142. Une distinction entre l'*unjust enrichment* et les *restitutions for wrongs*. La principale différence avec le modèle allemand réside dans l'absence d'équivalent à l'*Eingriffskondiktion*, c'est-à-dire l'enrichissement procuré par la violation d'un droit exclusif⁵³¹. Dans ces hypothèses, le défendeur aura bien souvent commis un *wrong* – pour simplifier, un fait générateur de responsabilité - en ce cas pour Birks, les *restitutions*, s'il y a lieu, ne doivent pas être rattachées à l'*unjust enrichment*, mais à ce que les juristes anglais

⁵²⁸ P. BIRKS, *Unjust Enrichment, op. cit.*, p.129 s.

⁵²⁹ Birks prend ainsi l'exemple du droit canadien (*ie* hors Québec) qui est passé au modèle d'enrichissement injustifié en reprenant, semble-t-il davantage, le modèle français que le modèle allemand, mais Birks note que : « Canada, under French influence, has already become the first common law country to embrace the civilian terminology but appears to be in danger of failing incoherently between two stools, since it uses the language of absence of cause without regard to the technicalities of its operation » (P. BIRKS, *op. cit.*, p.44).

⁵³⁰ Pour une présentation générale du système allemand, voir *supra* n° 55s.

⁵³¹ Voir *supra* n° 62s.

nomment désormais les *restitution for wrongs*⁵³². Cette séparation se justifie, selon Birks, par le fait qu'en ce cas c'est le *wrong* qui justifie l'octroi de *restitutions* et non l'*unjust enrichment*⁵³³. En somme, l'*unjust enrichment* doit uniquement reposer sur un fait qui rappelle le cas du paiement réalisé par erreur, et qui ne repose donc ni sur une manifestation de volonté, ni sur un fait générateur de responsabilité. Il en résulte que, pour Birks, plusieurs sources d'obligation peuvent entraîner des *restitutions* et il n'existe aucun monopole de l'*unjust enrichment* sur ce remède particulier. L'*unjust enrichment* se concentre donc essentiellement sur des cas où l'enrichissement a été transféré par le demandeur (*participatory enrichment*), ou lorsque le demandeur n'a eu absolument aucun contrôle sur ce transfert (*non-participatory*), par exemple, parce qu'un tiers lui a subtilisé le profit⁵³⁴. Au sein de la première catégorie (*participatory enrichment*), Birks distingue encore entre le transfert ayant pour objectif d'éteindre une obligation pré-existante (*obligatory enrichment*) et le transfert volontaire réalisé dans un but particulier (*voluntary enrichment*). Dans le premier cas, si l'obligation fondant le transfert n'a jamais existé ou a par la suite disparu, le demandeur pourra obtenir restitution, car il n'y a pas ou plus de justification à l'enrichissement du défendeur⁵³⁵. Si l'obligation préexistante est issue d'un contrat, il faudra préalablement remettre en cause le contrat, soit parce qu'il lui manque initialement un élément de validité, soit parce qu'il est possible d'y mettre un terme pour l'avenir. Ainsi Birks prend exemple de l'affaire *Fibrosa*⁵³⁶, où le demandeur n'ayant jamais reçu la machine promise par le fabricant, en raison de l'invasion de la Pologne par l'Allemagne, il pouvait mettre un terme au contrat, qui dès lors ne pouvait plus justifier l'acompte qu'il avait versé au fabricant⁵³⁷. À côté de l'*obligatory enrichment*, le demandeur a pu transférer

⁵³² Sur le débat à propos de l'existence des *restitution for wrongs* ou de leur appartenance à l'*unjust enrichment*, voir *infra* n° 195s. Pour résumer, l'enjeu est de savoir si les *restitutions* découlant d'un *wrong*, qui peut être un *breach of contract* (inexécution d'un contrat), un *equitable wrong* (fait générateur de responsabilité créé par les juridictions d'*equity* à l'époque où la dualité de juridictions entre cours de *common law* et cours d'*equity* existait encore) ou un *tort* (fait générateur de responsabilité créé par les juridictions de *common law*), doivent être soumises au régime de l'*unjust enrichment* ou à un régime qui leur est propre.

⁵³³ P. BIRKS, *op. cit.*, p. 11s., spéc. p. 12: "The proof is that it is impossible to dispense with the wrong and come up with a different not-wrong explanation of his duty to give up his profit. The words 'unjust enrichment at the expense of the claimant' succeed in concealing this. The language applies easily enough but it does not identify a cause of action materially identical to mistaken payment of non-existent debt (...) it was obtained by a wrong. There was no connection between claimant and enrichment other than the wrong".

⁵³⁴ P. BIRKS, *Unjust Enrichment, op. cit.*, p.129.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 130 s.

⁵³⁶ Voir *supra* n° 118.

⁵³⁷ P. BIRKS, *op. cit.*, p. 140-142, spéc. p. 142: "That is how the pyramid works: the failure of reciprocation invalidates the obligation and the invalidity of the obligation constitutes the absence of explanatory basis which renders the enrichment unjust".

un bénéfice, certes sans y être juridiquement obligé, mais en vue d'un but particulier, si ce but n'est finalement pas atteint, il est possible de réclamer la restitution du profit transféré. Un exemple est celui d'un constructeur, qui anticipant la conclusion d'un contrat, prépare les plans jusqu'à ce que son client refuse finalement de poursuivre l'opération⁵³⁸. Dans l'ensemble, la majorité des solutions retenues par le système anglais actuel pourrait se fondre dans le modèle proposé par Birks. L'inconvénient, cependant, est que le système « birksien » dispose de frontières moins nettes que le système actuel, ce qui explique son rejet au sein de la doctrine anglaise et de la jurisprudence.

143. Les réticences face au modèle de l'enrichissement injustifié. Le modèle proposé par Birks n'a guère suscité d'enthousiasme outre-Manche, la grande majorité des auteurs se montrant particulièrement hostiles à un tel modèle. Ses apparentes simplicité et élégance seraient particulièrement trompeuses, car il ne conduirait en réalité qu'à repousser les problèmes et risquerait de laisser un pouvoir discrétionnaire au juge⁵³⁹. La principale crainte suscitée par un tel système est que, sous couvert d'une absence de justification juridique, le juge décide d'accorder ou, au contraire, de refuser des *restitutions* en fonction de ce qui lui semble équitable et juste. Plus généralement, la critique du système proposé par Birks fait écho au scepticisme des juristes anglais face aux systèmes juridiques adoptant le modèle de l'enrichissement injustifié. Il convient toutefois de mentionner que ces systèmes juridiques peuvent présenter entre eux des différences notables, parfois bien plus importantes qu'avec le modèle anglais. On peut noter ainsi au moins deux sous-modèles d'enrichissement injustifié : le modèle allemand et le modèle français auquel correspond, semble-t-il, le droit canadien⁵⁴⁰. À vrai dire, les juristes anglais font rarement une référence directe au droit français de l'enrichissement injustifié, à l'exception de l'arrêt *Boudier* qui suscite bien souvent l'incompréhension et une certaine inquiétude⁵⁴¹. Ils évoquent davantage les systèmes s'inspirant du droit français comme le droit canadien, qui serait passé d'un

⁵³⁸ P. BIRKS, *op. cit.*, p. 143.

⁵³⁹ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p.110 s., spéc. p.111 « In other words, a scheme can be made to appear elegant if it no longer has to answer many difficult question ».

⁵⁴⁰ Par droit canadien il est entendu le droit s'appliquant à l'ensemble du Canada à l'exception du Québec, qui s'inspire évidemment du Code civil français. Cette similitude est notamment notée par Birks, le droit canadien s'étant vraisemblablement inspiré du droit français sur ce point (P. BIRKS, *op. cit.*, p. 79).

⁵⁴¹ Inquiétude commune aux juristes anglais mais aussi allemands, les professeurs Johnston et Zimmermann évoquant une « general disquiet about the *Boudier* decision » (D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (dir.), *Unjustified Enrichment : Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, note 67 p.20).

système d'enrichissement injuste à celui d'enrichissement injustifié⁵⁴². Les références directes sont toutefois plus nombreuses lorsqu'est évoqué le débat sur la possibilité pour le droit anglais de reconnaître un équivalent à la gestion d'affaires⁵⁴³.

144. Les critiques sur le modèle canadien. Le droit canadien est le seul pays de *Common law* à avoir basculé d'un modèle d'enrichissement injuste à un modèle d'enrichissement injustifié, ce qui a provoqué de nombreuses critiques chez les juristes anglais comme chez certains juristes canadiens⁵⁴⁴. Pour qu'un enrichissement soit injustifié au sens du droit canadien, il est nécessaire que le demandeur démontre l'*absence of juristic reason*, qui s'établit en prouvant qu'il ne provient pas d'un contrat, d'une disposition légale, d'une intention libérale ou d'une toute autre obligation légale⁵⁴⁵. Cette règle n'est pas sans rappeler le nouvel article 1303-1 du Code civil qui précise que « l'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale ». Le droit canadien ajoute toutefois une étape supplémentaire. Le défendeur peut faire obstacle aux restitutions si, en dépit de l'absence de justification, des raisons tenant aux prévisions raisonnables des parties ou à l'intérêt général le justifient⁵⁴⁶. Cette étape n'est pas clairement formulée en droit français, mais rien n'empêchait les juges, avant la réforme du moins, de faire échec à l'action en prétextant l'existence d'une cause à l'enrichissement, l'existence d'une faute pouvant ainsi parfois faire obstacle à toute demande⁵⁴⁷.

Cette approche est très majoritairement condamnée par la doctrine anglaise, même par les auteurs qui sont, par ailleurs, sensibles au droit canadien, notamment s'agissant de la

⁵⁴² C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°1-24.

⁵⁴³ Voir notamment M. Kortmann qui base son ouvrage sur une comparaison entre droits anglais, allemand et français pour démontrer l'utilité de reconnaître la gestion d'affaires en dehors de toute hypothèse d'enrichissement injustifié (J. KORTMANN, *op. cit.*).

⁵⁴⁴ Voir les références citées par A. BURROWS, *op. cit.*, p.115, note 156. Voir également M. MCINNES, "Resisting Temptations to 'Justice' » in R. CHAMBERS, C. MITCHELL, J. PENNER, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2009, p. 100s.

⁵⁴⁵ A. BURROWS, *op. cit.*, p.115; M. MCINNES, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Lexis Nexis Canada, 2014, p.1177, l'auteur note toutefois que le cas des concubins n'entre pas véritablement dans cette catégorie, alors même que le passage au modèle de l'enrichissement injustifié a précisément eu pour point de départ le contentieux des concubins.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ Voir notamment les cas où la faute est une cause de l'appauvrissement : M. LECENE-MARENAUD, « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.* 1994.515s., spéc. 518s, comp. avec l'alinéa 2 du nouvel article 1303-2 du Code civil qui prévoit désormais seulement une modération de l'indemnité due à l'appauvri en cas de faute.

condition de l'appauvrissement. Ainsi, les professeurs C. Mitchell, P. Mitchell et Watterson évoquent les confusions et les problèmes que connaît le droit canadien depuis le passage d'un droit de l'enrichissement injuste à l'enrichissement injustifié, tous les auteurs ne s'accordant pas sur la manière d'appréhender cette condition⁵⁴⁸. De même, le professeur Virgo pointe la complexité et les incertitudes entourant la notion d'absence de justification, ce qui en fait un critère peu fiable et peu prévisible⁵⁴⁹. Ce qui pourrait être appelé le modèle français est ainsi quasi-unanimement rejeté par la doctrine anglaise en raison de son imprécision. Il faut également ajouter un autre facteur de « répulsion », celui-ci propre au droit français : le maintien des quasi-contrats. Cet attachement ne peut que laisser perplexe la doctrine anglaise qui s'est longtemps battue pour l'abandon de cette catégorie. Le droit français apparaît donc sur ce point obsolète et passe davantage pour un contre-modèle qu'une source d'inspiration.

145. Les limites du modèle de l'enrichissement injustifié. – Comparaison des systèmes anglais, français et allemand. Les critiques anglaises sur le modèle de l'enrichissement injustifié sont intéressantes car elles peuvent aisément être transposées en droit français. L'exigence d'une absence de justification juridique ne peut être maintenue telle qu'elle, car il est des hypothèses où cette exigence conduirait à un résultat peu souhaitable. Un exemple, fréquemment cité peut servir d'illustration quant aux insuffisances de cette condition. Afin d'avoir une température convenable dans son appartement mal isolé, A doit surchauffer chaque pièce de son logement. En raison de cette mauvaise isolation, B, le voisin de l'étage supérieur profite de la chaleur dégagée par l'appartement de A, ce qui lui permet de faire des économies d'énergie. Dans les systèmes juridiques étudiés (droit anglais, droit allemand, droit français), cette dépense épargnée pourrait être considérée comme un enrichissement⁵⁵⁰. Il existe un consensus sur le fait qu'il n'est pas souhaitable d'accorder une action à A dans cette hypothèse, mais ce résultat est obtenu avec plus ou moins de

⁵⁴⁸ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°1-21 s., spéc. n°1-24, note 52, certains auteurs canadiens estiment ainsi que le passage du système de l'enrichissement injuste à l'enrichissement injustifié n'est pas complet et n'est utilisé que pour pallier les lacunes du droit existant, lorsqu'aucun des faits générateurs d'enrichissement injuste n'est identifié.

⁵⁴⁹ G. VIRGO, *op. cit.*, p.131-132.

⁵⁵⁰ Ce qui pose également la question de la définition de l'enrichissement. Ce cas particulier pourrait en réalité être résolu par une définition plus encadrée de l'enrichissement qui exclurait notamment de son champ d'application, le cas des dépenses épargnées et plus généralement les services, voir *infra* n° 377s.

difficulté selon les systèmes juridiques et les éventuelles précisions apportées sur la condition d'absence de justification.

Ce cas ne pose aucun problème en droit anglais, puisqu'il n'existe aucun *unjust factor* dans cette hypothèse, il ne peut donc y avoir aucune *restitution* sur le fondement de l'*unjust enrichment*⁵⁵¹. Le droit allemand parvient également à s'en sortir, grâce aux affinements apportés à la clause générale. Il n'y a en effet, dans cet exemple, aucune intention de la part de A d'exécuter une obligation, ni violation d'un droit exclusif ou paiement de la dette d'autrui, et il serait excessif d'y voir un cas d'impense⁵⁵². En revanche, cette solution est bien péniblement atteinte en droit français ou dans le système proposé par Birks. Ce dernier n'a eu d'autre choix que de recourir à une vision particulièrement extensive et artificielle de la donation, en estimant qu'A ne peut ignorer que ses dépenses de chauffage profitent à B et qu'ainsi, A a, d'une certaine manière, consenti à chauffer l'appartement, même s'il n'a pas d'autre choix⁵⁵³... Un don involontaire en quelque sorte !

La solution du droit français est à peine plus convaincante et consiste à refuser toute indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause, au motif que l'appauvrissement trouve ici sa cause dans l'intérêt personnel de l'appauvri⁵⁵⁴. Cette solution est maintenue depuis la réforme, l'article 1303-2 disposant qu'il « n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel ». Le modèle français doit ainsi multiplier les exceptions au gré des espèces, faute d'avoir suffisamment cerné et encadré sa clause générale. En effet, dans le cas de l'appartement chauffé, l'exigence de subsidiarité ne serait pas d'un grand secours pour écarter l'action, car il n'existe précisément aucune autre action dans ce cas-là, si bien que l'action d'enrichissement injustifié ne pourrait être perçue, dans ce cas précis, comme un moyen de détourner d'autres règles de droit. En somme, un « pur » modèle

⁵⁵¹ Que l'enrichissement soit conscient ou non, A n'a pas agi sous l'emprise d'une erreur puisqu'il aurait chauffé son appartement dans tous les cas, il n'y a pas non plus de *failure of consideration* puisque B n'a jamais promis aucune contreprestation. Même le *necessity* ne pourrait être mobilisé car il s'agit de l'hypothèse d'un *incidental benefit*, c'est-à-dire que le fait de A profite incidemment à B, mais A n'a jamais entendu intervenir dans les affaires de B.

⁵⁵² G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.196-197.

⁵⁵³ P. BIRKS, *Unjust Enrichment, op. cit.*, p. 158-160: "In the case of the upstairs neighbour, the would-be claimant cannot show that the enrichment was unjust because in choosing to heat his own flat he intends gratuitously to heat the neighbour's flat [...] the cause of enrichment is a grudging gift".

⁵⁵⁴ Nous y reviendrons plus longuement par la suite mais le droit français fait une distinction entre la cause de l'appauvrissement et la cause de l'enrichissement, cette distinction n'étant pas toujours très claire et rarement pertinente, voir *infra* n° 343s.

d'enrichissement injustifié, avec la seule précision que l'enrichissement est justifié par l'existence d'une obligation ou d'une intention libérale, est impossible à maintenir, surtout si, par ailleurs, la notion d'enrichissement est appréhendée de manière très large. Cette conclusion peut être corroborée par la place qu'occupe l'enrichissement injustifié/injuste dans ces systèmes juridiques. Alors qu'il occupe une place relativement importante en droit allemand et droit anglais, il n'a qu'une place purement résiduelle en droit français. Cette source d'obligation, si elle se présente sous la forme d'une clause générale mal encadrée, est effectivement « une machine à faire sauter le reste du droit »⁵⁵⁵. Comme tout ce qui est dangereux, l'enrichissement injustifié est donc en grande partie laissé soigneusement de côté en France. Malgré des bases communes, le droit allemand se rapproche ainsi davantage du droit anglais que du droit français. Le système allemand en affinant sa clause générale et le système anglais en étendant ses *unjust factors* arrivent à des résultats relativement similaires⁵⁵⁶.

III : Le lien entre l'enrichissement et le demandeur : *at the expense*

146. L'exigence d'un enrichissement au détriment du demandeur. Cette notion a fait l'objet de récents développements en droit anglais, les auteurs s'étant davantage concentrés dans un premier temps sur les *unjust factors*⁵⁵⁷. Il n'est en effet pas suffisant d'établir que le défendeur s'est enrichi d'une manière injuste, il faut encore établir que l'enrichissement du défendeur s'est réalisé au détriment du demandeur. À travers cette exigence, c'est donc la question du lien entre le demandeur et l'enrichissement qui est traitée. De manière générale, les ouvrages de droit anglais distinguent principalement deux problèmes sous cette condition : le premier concerne le débat sur la nécessité ou non d'exiger un appauvrissement corrélatif à l'enrichissement et le second se concentre plus précisément sur la question des enrichissements indirects, hypothèse qui, en raison de sa complexité, mérite un traitement distinct. En effet, contrairement au droit français, du moins pour

⁵⁵⁵ Selon une expression de Flour, J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois*, 1975, 1^{re} partie, n°30854, p. 186.

⁵⁵⁶ G. DANNEMANN, *op. cit.*, p.162s., spéc. p.178 « And while they start from opposite ends, they employ very similar techniques for achieving what are often similar results ». Le droit anglais de l'*unjust enrichment* est toutefois plus étendu s'agissant des restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat, tandis que le droit allemand de l'enrichissement injustifié est plus étendu s'agissant des gains illicites.

⁵⁵⁷ Voir notamment le récent article du professeur Burrows, A. BURROWS, « At the Expense of the Claimant : A Fresh Look », *Restitution Law Review*, Vol. 25, 2017 p.167-182 ; ainsi que la monographie consacrée à cette condition E. BALL, *Enrichment at the Claimant's Expense: Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016.

l'action d'enrichissement injustifié, où il n'existe aucun refus de principe de restituer un enrichissement indirect⁵⁵⁸, le droit anglais part de la solution opposée et refuse, par principe, d'accorder une action au demandeur lorsque le profit est passé entre les mains d'un tiers. Le débat sur le rôle éventuel de l'appauvrissement est également particulièrement instructif pour le droit français. Il révèle non seulement que cette condition n'a rien de naturel dans le contexte de l'enrichissement injustifié, mais également qu'il est possible de se défaire d'une telle exigence qui est davantage justifiée par les faiblesses et lacunes du droit positif que par la nature de l'action. Nous suivrons donc le schéma suivi par les juristes anglais en analysant d'abord le rôle de l'appauvrissement (A), puis en réservant un traitement spécifique à l'hypothèse des enrichissements indirects (B).

A) Le rôle de l'appauvrissement au sein de l'*unjust enrichment*

147. Une condition instrumentale. Que ce soit le droit anglais, le droit français et même, pendant un temps, le droit allemand⁵⁵⁹, tous ces systèmes juridiques ont envisagé l'exigence d'un appauvrissement ou d'une perte du demandeur. Cette position pourrait conforter la solution française si une analyse plus approfondie ne révélait pas les artifices d'une telle exigence, qui n'est absolument pas justifiée par l'essence de l'enrichissement injustifié, mais par la crainte d'un excès de restitution. Cette exigence est d'ailleurs souvent révélatrice d'un droit de l'enrichissement injustifié toujours en construction et il est particulièrement intéressant de noter que la manière dont cette exigence est appréhendée, lorsqu'elle n'est pas abandonnée, dépend en grande partie de la généralité de l'action, les risques d'excès n'étant pas les mêmes dans tous les systèmes juridiques. Ainsi, contrairement à la notion d'enrichissement qui est perçue de manière similaire en Allemagne, en France et en Angleterre, la notion d'appauvrissement ou de perte peuvent présenter des différences, en fonction de la nécessité de restreindre plus ou moins fortement le recours à cette action. Alors qu'il existe un consensus, si ce n'est une unanimité, sur la nécessité d'exiger un appauvrissement corrélatif à l'enrichissement en droit français, le droit anglais met davantage en avant les inconvénients et les confusions possibles résultant de cette condition,

⁵⁵⁸ Ce qui ne signifie pas, bien évidemment, que le droit français admet en toute occasion la restitution d'un enrichissement indirect, une telle solution serait tout simplement intenable, mais le droit français doit recourir à d'autres conditions pour éviter les excès, en particulier aux conditions d'absence de justification et de subsidiarité.

⁵⁵⁹ Voir T. KREBS, «The Fallacy of Restitution for Wrongs», in A. BURROWS, L. RODGER (ed.), *Mapping the Law*, Oxford University Press, p.379s.

ce qui a conduit à son rejet. Il est tout de même intéressant d'analyser les arguments des partisans d'un recours à l'appauvrissement (1), avant de voir la position récente de la Cour suprême (2) et les raisons justifiant le rejet de cette condition (3).

1) Les arguments en faveur de l'exigence d'appauvrissement

148. Les rôles et définitions possibles de l'appauvrissement. Avant d'exposer les arguments de cette doctrine, il faut avoir à l'esprit que l'appauvrissement peut jouer, au moins, deux rôles différents⁵⁶⁰. Soit, il ne sert que de lien de rattachement entre l'enrichissement et le demandeur, sans être pris en considération dans le calcul des *restitutions*, il n'y a ainsi pas de règle de double-plafond⁵⁶¹. Soit, l'appauvrissement sert à la fois de lien de rattachement et de mesure aux *restitutions*. Dans le premier cas, l'appauvrissement a un rôle assez limité et fait office de lien de causalité, l'avantage étant cependant que cette source d'obligation peut être utilisée dans les cas où l'enrichissement est supérieur à la perte subie par le demandeur. Dans le second cas, au contraire, l'appauvrissement devient aussi important que l'enrichissement et peut limiter fortement le potentiel de cette source autant qu'il peut obscurcir les frontières avec d'autres sources. Mais pour déterminer les effets de cette condition, encore faut-il savoir ce qu'elle recouvre. Étonnamment, il n'existe aucune définition claire de cette condition et le terme de perte, ou *loss*, est susceptible d'être entendu de différentes manières. Il existe notamment deux extrêmes. Une première possibilité est que ce terme renvoie seulement à une perte physique (somme d'argent ou bien en nature qui figurait initialement dans le patrimoine du demandeur). Une seconde est de l'entendre de manière plus générale, la perte étant le gain qui aurait dû revenir au demandeur, ce qui revient à dire que l'appauvrissement consiste en la perte de l'enrichissement. Seulement, entendue de cette manière, cette condition devient redondante avec l'exigence d'un enrichissement et surtout elle ne permet pas de répondre au réel problème, qui est de savoir dans quelle mesure l'enrichissement résultant du transfert peut être relié au demandeur. La plupart des auteurs favorables à l'appauvrissement oscillent entre ces deux approches, mais ils estiment généralement que la perte doit

⁵⁶⁰ Sur cet aspect, voir notre article M. COMBOT, « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC* n°4, 2019, p.306s.

⁵⁶¹ Voir notamment E. BALL, *op. cit.*, p.77: « The first is whether a claimant must suffer a loss to establish a claim. The second is whether, if loss is required, restitution is capped by it. This chapter argues that the answer to the first question is 'yes', insofar as the claimant must suffer an *initial* (and not necessarily *persisting*) loss, while the answer to the second question is 'no', insofar as the concept of loss capping obscures the true nature of the relationship between enrichment and loss in unjust enrichment ».

également être un plafond aux *restitutions* en s'inspirant indirectement du modèle français, à travers l'exemple du droit canadien⁵⁶². Pourtant, il existe une différence de présentation, qui n'est pas neutre, entre le droit français et ces auteurs. Lorsque l'exigence d'une perte est envisagée, elle n'est jamais présentée sur le même plan que l'enrichissement, mais bien souvent à l'occasion d'un cas particulier où il semble opportun de limiter les *restitutions* à la perte du demandeur, lorsqu'elle est inférieure à l'enrichissement.

149. Une appréciation à géométrie variable. La manière dont ces auteurs envisagent la perte est assez variable et révèle, en creux, les hypothèses où le lien entre l'enrichissement et le demandeur semblent plus distant, non pas parce que ce dernier n'aurait subi aucune perte, mais parce qu'intuitivement il paraît gênant de conférer au demandeur un droit sur l'enrichissement du défendeur. La condition de l'appauvrissement est ainsi essentiellement mise en avant dans l'hypothèse où le demandeur a accompli un service qui a procuré une plus-value au patrimoine du défendeur. En ce cas la limite de l'appauvrissement a pour effet de réduire les *restitutions* au seul coût du service⁵⁶³. À côté de cela, ces auteurs ont une conception relativement large de l'appauvrissement, car ils acceptent par ailleurs que le fait que le demandeur a été dépossédé de son bien pendant un certain temps puisse constituer un appauvrissement. En conséquence, ils ne remettent pas en cause le fait que le demandeur puisse obtenir restitution de l'enrichissement procuré par l'usage de la chose, à partir du moment où cet enrichissement correspond à son appauvrissement, c'est-à-dire au prix que le demandeur aurait retiré s'il avait loué son bien, indépendamment de l'utilisation réelle qu'il comptait en faire⁵⁶⁴. Il aurait pourtant pu être argué que la plus-value procurée par le service est une perte pour le demandeur, qui comptait profiter de l'enrichissement qu'il a contribué à créer. Cette solution semble pourtant, de prime abord, moins satisfaisante, mais cela ne tient pas au fait qu'en ce cas le demandeur n'a pas subi de perte. Quelle que soit la manière dont est définie l'appauvrissement ou la perte, il semble que cette condition est en

⁵⁶² Pour les principaux partisans de la condition d'appauvrissement correspondant à l'enrichissement en droit anglais, voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-106s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p.116s.

⁵⁶³ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-111.

⁵⁶⁴ Voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-114: "The answer to this depends on whether one considers that the right to control use and enjoyment of an asset has a stand-alone economic value that is lost by the claimant and gained by the defendant during the time that the asset is in the defendant's possession, regardless of whether the claimant would actually have used the asset himself or hired it out to someone else during the same period".

réalité inadaptée et répond de manière très imparfaite à une situation où le lien entre l'enrichissement et le demandeur est plus problématique.

150. Le problème des services procurant une plus-value. Si le cas des services purs a déjà entraîné un certain nombre de critiques, dans la mesure où il est artificiel d'y voir un quelconque enrichissement du demandeur⁵⁶⁵, l'hypothèse où le service a engendré une plus-value dans le patrimoine d'un tiers n'est en réalité guère plus simple. Au regard du droit positif et de la manière dont est actuellement défini l'enrichissement, un service peut être source de deux formes différentes d'enrichissement, qui peuvent se cumuler : la simple dépense épargnée, donc la valeur même du service, ou bien la plus-value procurée par la prestation de service. La difficulté consiste à choisir l'enrichissement qui doit revenir et doit être relié au demandeur. Théoriquement, pourtant, il serait possible de considérer que les deux doivent être pris en considération, puisque dans les deux cas, l'enrichissement provient de celui qui a réalisé le service. Cette option n'a toutefois jamais été proposée, les auteurs se divisant entre les partisans de la plus-value et les partisans de la dépense épargnée. Il est *a priori* plus pertinent de prendre en considération la plus-value, si le raisonnement se concentre véritablement sur l'enrichissement du défendeur, car la dépense épargnée revient en réalité davantage à prendre en considération la perte du demandeur⁵⁶⁶. Néanmoins, la solution de la plus-value n'a finalement pas beaucoup plus de justification. En ce cas, il est certes incontestable qu'il existe un enrichissement pour le défendeur, mais le lien entre la plus-value et le demandeur est, quant à lui, plus discutable. En effet, le plus souvent le service a conduit à une amélioration d'un bien qui appartient au défendeur et sur lequel le demandeur n'a aucun droit. Or, en principe, la plus-value d'un bien est attribuable à son propriétaire⁵⁶⁷.

151. Le refus des restitutions en cas de plus-value liée à un service. Deux éléments au moins peuvent s'opposer à toute restitution en faveur du demandeur. Le premier tient à la

⁵⁶⁵ Sur les critiques de la notion d'enrichissement et sur les services purs voir *supra* n° 102.

⁵⁶⁶ C'est notamment la position de J. BEATSON, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁶⁷ Les professeurs C. Mitchell, P. Mitchell et Watterson notent que la plus-value ne tiendra pas seulement au service rendu par le demandeur, mais également au potentiel du bien du défendeur (C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°5-41. Ils notent également que cela reviendrait à ne pas tenir compte du libre choix du défendeur, car si le défendeur avait réclamé ce service, c'est bien parce qu'il avait en tête que ce service pourrait lui profiter (« Another way of putting this point in cases where the claimant has asked the defendant to repair or improve his property is that he has chosen to have the work done precisely because it will generate a profit that he can keep for himself, and it would subvert his freedom of choice if he were forced to hand any part of the profit over to the defendant »).

différence entre les services et les autres formes d'enrichissement. Lorsque l'enrichissement est monétaire ou en nature, le demandeur a un droit antérieur sur cette somme d'argent ou ce bien, ce qui n'est pas le cas lorsqu'un service améliore un bien appartenant à un tiers, l'auteur de ce service n'ayant aucun droit sur le bien amélioré. Ainsi, dans les deux premières formes d'enrichissement, l'enrichissement se fait au détriment du demandeur dans la mesure où le lien qui existait entre lui et ce bien a été brisé sans qu'il n'y consente. Cette logique ne se retrouve pas dans l'hypothèse d'un service. Bien au contraire, il faut prendre en compte un second élément. Non seulement le demandeur n'a pas de droit sur le bien, mais en plus il existe un principe selon lequel les plus-values d'un bien profitent au propriétaire, or en ce cas le propriétaire du bien amélioré est le défendeur. La question est donc de savoir si le droit doit attribuer, par principe ou dans des cas exceptionnels, la plus-value issue d'un service à son auteur plutôt qu'au propriétaire du bien amélioré. Preuve des difficultés de ce cas, le droit anglais n'a pas véritablement tranché la question, et il semblerait que la réponse dépende des circonstances de l'espèce, même si le droit anglais semble actuellement opter en faveur de la seule restitution de la dépense épargnée⁵⁶⁸. Il est, en effet, difficile d'ériger une règle de principe selon laquelle toute personne ayant conféré une plus-value à un tiers par son seul labeur mérite la restitution de cette plus-value. Curieusement, en droit français, cette problématique n'est jamais relevée. Lorsque l'enrichissement prend la forme d'un service qui a conduit à une plus-value, la question de savoir s'il faut, pour l'enrichissement, comptabiliser la plus-value et la valeur du service (dépense épargnée) n'est jamais posée, mais la jurisprudence semble alors ne prendre en considération que la plus-value, pour le calcul de l'enrichissement⁵⁶⁹.

2) L'affaire *Investment Trust Companies v Revenue and Customs Commissioners*

152. Le contexte. – La décision *TFL Management Services Ltd*. Cette récente décision de la Cour suprême⁵⁷⁰ n'est pas la première à s'intéresser plus particulièrement à la condition de 'at the expense', mais il existe un degré de généralisation plus poussé que d'ordinaire ainsi qu'une volonté de faire état du droit positif, sans pour autant clore le débat. Il faut dire qu'une précédente affaire avait suscité de nombreux remous et mis en exergue les difficultés

⁵⁶⁸ Voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°5-37 à 5-41, il est possible de trouver des décisions dans les deux sens, certaines tranchant en faveur de la prise en considération de la seule plus-value, d'autres optant pour la seule valeur du service en lui-même (dépense épargnée).

⁵⁶⁹ Voir sur cet aspect en droit français *infra* n° 315 et 316.

⁵⁷⁰ (2017) 2 WLR 1200.

persistantes concernant le lien entre le demandeur et l'enrichissement. Dans l'affaire *TFL Management Services Ltd v Lloyds TSB Bank Plc*⁵⁷¹, une personne s'estimant créancière assigna son débiteur, mais une première décision estima que le véritable créancier était en réalité un tiers. Schématiquement, ce tiers, profitant de la décision qui le désignait comme véritable créancier, a agi contre son débiteur pour obtenir le recouvrement de sa créance. Cependant, le premier (faux) créancier s'estima lésé car il avait finalement dû supporter l'intégralité des frais de justice pour une décision qui profite *in fine* à une tierce personne (le véritable créancier). Il assigna le véritable créancier en estimant qu'il s'est enrichi à son détriment en s'épargnant des frais supplémentaires pour obtenir le recouvrement de sa créance. La cour d'appel décida de renverser la décision qui avait rejeté la demande en première instance et reconnut ainsi que tous les éléments de l'*unjust enrichment* étaient réunis en l'espèce. Il faut toutefois préciser que les juges ont bien insisté sur la particularité des faits de l'espèce (le demandeur pensait véritablement être créancier, il avait commis une erreur) qui justifie la solution. Ils mettent également en avant le fait que le droit anglais n'interdit pas en tant que tel la restitution d'un enrichissement incident, à partir du moment où toutes les conditions de l'action sont réunies.

Le simple fait que le demandeur ait agi dans un intérêt purement égoïste ne fait pas obstacle à l'action, car rien en droit anglais ne permet d'instaurer une telle limite selon les juges d'appel⁵⁷². Cette décision a pourtant été critiquée notamment sur la condition *at the expense*, qui pour certains n'était pas présente car il n'y avait pas eu de transfert entre le demandeur et le véritable créancier. On peut noter d'emblée une différence avec le droit français, qui admet précisément, s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, que la poursuite exclusive d'un intérêt personnel du demandeur fait obstacle à l'action. Cet obstacle ne va pas de soi, et même si la décision *TFL* est sans doute critiquable, cela ne tient pas au fait qu'en l'espèce le demandeur a agi dans son intérêt personnel, mais bien au fait qu'il cherche en l'espèce à se faire rembourser des frais de justice qui sont normalement à sa charge, puisqu'il a perdu dans la première affaire. Ce recours à l'intérêt égoïste du demandeur n'est guère pertinent dans un domaine où le demandeur cherche à rectifier un

⁵⁷¹ (2013) EWCA Civ 1415; (2014) 1 WLR 2006.

⁵⁷² Voir notamment l'opinion de Lord Beatson : « Given the position in the scholarly commentaries, and the absence of decisions which explicitly proceed on the basis of a principle barring “incidental benefits”, or any clear (let alone agreed) formulation of what it is which is to be prevented, I do not consider that it is appropriate to give summary judgment on the basis of a general principle barring restitution in respect of benefits conferred “incidentally”. To do so would, in particular, be to discount the possible alternative explanations for the scenarios which have been said to be examples of its operation » (*TFL*, déc. préc., n°86).

transfert vicié et dans la plupart des cas d'*unjust enrichment*. Il est difficile de dire que le demandeur n'agit pas par intérêt personnel, que ce soit dans le cas où il pense payer une dette dont il se croyait débiteur (paiement de la dette d'autrui) ou en cas de *failure of consideration* où le transfert de valeur était conditionné à l'exécution d'une autre obligation ou à la survenue d'un certain évènement⁵⁷³.

153. La décision *Investment Trust*. - Les faits. La décision *TFL* a provoqué de nombreux remous et suscité quelques inquiétudes sur l'étendue de l'*unjust enrichment*. Tout particulièrement, l'admission par principe des enrichissements incidents – c'est-à-dire le fait entraînant un enrichissement du demandeur mais également un enrichissement pour des tiers, par effet « boule de neige » - n'a pas été accueillie favorablement. Cette admission, sans limite apparente, risquait d'entraîner un excès de *restitution* puisqu'il est relativement fréquent qu'une personne enrichisse des tiers par son action. La décision *TFL* a donc rendu nécessaire une clarification sur les conditions de l'*unjust enrichment*, et plus particulièrement sur la condition *at the expense*, qui permet d'établir un lien entre l'enrichissement et le demandeur. Avec la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Investment Trust*, la volonté des juges est donc d'éclaircir la notion d'*at the expense* au-delà des simples faits de l'espèce, prenant ainsi le contrepied de l'affaire *TFL*. Les faits étaient les suivants : un fonds d'investissement avait passé un contrat avec ses dirigeants prévoyant une rémunération pour leurs services. Les parties étant convaincues que les prestations étaient soumises à la TVA, elles avaient alors majoré le prix des prestations du montant de la TVA, qui devrait ensuite être versé par les dirigeants au Trésor. Seulement, une directive européenne prévoyait que ces services ne n'étaient pas soumis à la TVA. Plutôt que d'agir directement contre les dirigeants, le fonds d'investissement a décidé d'agir contre le Trésor en restitution des sommes qu'il estimait avoir indument versées.

154. Une motivation ambiguë. Alors que cela n'était pas dicté par les faits de l'espèce, les juges ont précisé dans cette affaire ce qu'il faut entendre par un enrichissement réalisé au détriment du demandeur (*at the expense*). Le point de départ est le suivant : un simple transfert de valeur (somme d'argent, biens en nature ou service), du demandeur au

⁵⁷³ Dans l'affaire *Fibrosa* par exemple le client ayant transféré l'acompte ne l'a pas fait en vue d'enrichir le constructeur, mais bien en vue d'obtenir la machine convenue pour son profit personnel. Bien sûr cela a pour effet de conférer un enrichissement à l'autre partie, mais ce n'est pas l'effet recherché. C'est ce qui distingue foncièrement l'enrichissement injustifié de la gestion d'affaires (voir *infra* n° 441s.).

défendeur, n'est pas suffisant pour entraîner des *restitutions*, même si un *unjust factor* est par ailleurs établi. Il faut en plus que le transfert de valeur se soit réalisé au détriment du demandeur, dans le sens où il doit en résulter pour ce dernier une perte économique (*economic loss*). Pourtant Lord Reed ajoute expressément que cette *economic loss*, ne doit surtout pas être entendu de la même manière que *loss* au sens de la responsabilité civile⁵⁷⁴, même s'il se garde bien de préciser la manière dont cette *economic loss* doit être comprise. Il précise simplement que cela peut, par exemple, être constitué par le fait d'avoir réalisé une prestation de service au bénéfice du défendeur, alors que le demandeur n'a jamais entendu réaliser cette prestation gracieusement. Lord Reed met en exergue les deux raisons justifiant le recours à cette *loss*, qui nous semble-t-il, expliquent également en partie la position du droit français, même si elles ne sont jamais explicitement exprimées.

D'après Lord Reed, l'exigence d'une perte permettrait de faire obstacle, par principe, tant aux enrichissements indirects qu'aux enrichissements incidents. Pour autant, à aucun moment, il n'est précisé que la perte sert aussi de mesure aux *restitutions*. Les juges semblent, dans cette décision, estimer que la perte permet simplement d'affirmer que l'enrichissement s'est réalisé au détriment du demandeur, sans pour autant limiter les *restitutions* à cette perte. Bien au contraire, puisqu'ils réaffirment que les *restitutions* ne sont pas un remède compensatoire. Cette décision peut cependant semer un peu le trouble, d'autant qu'auparavant, les juges avaient plutôt tendance à rejeter toute exigence de perte en la matière⁵⁷⁵. Il nous semble pour autant qu'il ne faudrait pas déduire de cette décision un infléchissement de la position anglaise vers la position canadienne⁵⁷⁶ ou française, la notion de perte étant ici envisagée de manière très générale, puisque les juges ont surtout

⁵⁷⁴ Voir dans la décision précitée, le jugement de Lord Reed, n°45: « It should be emphasised that there need not be a loss in the same sense as in the law of damages: restitution is not a compensatory remedy. For that reason, some commentators have preferred to use different terms, referring for example to a subtraction from, or diminution in, the claimant's wealth, or simply to a transfer of value. But the word "loss" is used in the authorities, and it is perfectly apposite, provided it is understood that it does not bear the same meaning as in the law of damages ».

⁵⁷⁵ Voir notamment *Kleinwort Benson Ltd. v. Birmingham City Council*, (1996) 3 W.L.R. 1139, (1997) Q.B. 380, l'opinion de Lord Saville : « His obligation to return the money is not based on any loss the payer may have sustained, but on the simple ground that it is unjust that he should keep something to which he has no right and which he only received through the payer's performance of an obligation which did not un fact exist ».

⁵⁷⁶ La règle du double plafond est également retenue en droit canadien, voir notamment M. MCINNES, *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Lexis Nexis, 2014, p.183s et p.1262s., spéc. p.183-184: « Canadian courts generally have restricted restitution to the highest amount that is common to the defendant's benefit and the plaintiff's detriment (...) Anglo-Australia law, however, imposes liability to the full extent of the defendant's enrichment, even if "restitution" thereby exceeds the value of the plaintiff's deprivation ».

souhaité mettre l'accent sur la nécessité d'un transfert de valeur entre le demandeur et le défendeur. De manière générale, une telle exigence n'apporterait rien au droit anglais, même dans les deux cas cités par Lord Reed, et il apparaît au contraire qu'une telle exigence entraînerait davantage de difficultés qu'elle n'apporterait de solutions⁵⁷⁷. Il faut ainsi relever que dans cette affaire, le demandeur avait incontestablement subi une perte (les sommes versées en raison de la TVA non due), ce n'est donc pas cet élément qui fait obstacle aux *restitutions*, mais simplement le fait que ce transfert n'a pas été réalisé directement entre le demandeur et le défendeur, qui n'a reçu une partie de ses sommes que par l'intermédiaire des dirigeants. C'est d'ailleurs sur le terrain des enrichissements indirects que cette décision est particulièrement importante. On peut simplement regretter la référence à la perte, même si elle n'est pas retenue dans la mesure des *restitutions*, qui non seulement n'était pas nécessaire dans cette affaire, mais qui en plus laisse planer une certaine incertitude sur l'opportunité de cette condition.

3) L'inutilité de l'appauvrissement

155. La position du droit anglais. L'état du droit anglais est largement en défaveur d'une condition d'appauvrissement, à l'instar du droit allemand. Le *Restatement*, qui n'a certes pas de valeur normative mais qui est censé dresser un état du droit positif, réfute expressément une telle exigence⁵⁷⁸. Le refus de l'appauvrissement est total et implique non seulement qu'il n'existe aucune règle du double-plafond en droit anglais, ce que ne remet pas en cause la décision *Investment Trust*, mais également qu'il n'est même pas exigé d'appauvrissement initial faisant le lien entre le demandeur et l'enrichissement. En dépit des quelques critiques et auteurs favorables à l'instauration d'une condition d'appauvrissement⁵⁷⁹, une telle exigence a vraisemblablement peu de chance de s'imposer. Elle est d'autant moins nécessaire que l'*unjust enrichment* est suffisamment encadré par d'autres conditions (notamment les *unjust factors*) pour que cette source soit contenue dans

⁵⁷⁷ Lord Reed admet lui-même que s'agissant des enrichissements incidents, le système des *unjust factors* apporte des garanties suffisantes, permettant notamment d'écarter les *heat rising cases*: « In practice, situations where the defendant has received a benefit merely as an incidental consequence of the claimant's pursuit of some other objective are also often situations in which the enrichment of the defendant is not in any event unjust » (*Investment Trust*, déc. préc., n°52).

⁵⁷⁸ A. BURROWS (ed.), *Restatement, op. cit.*, p. 45: « While the benefit must be obtained from the claimant, this need not involve a loss to the claimant, or a loss to the claimant equivalent to (or that acts as a cap on) the enrichment of the defendant ».

⁵⁷⁹ Voir les références précitées *supra* n° 148, note 562.

des limites raisonnables. Le fait que l'*unjust enrichment* se soit principalement développé à partir de l'action *money had and received*⁵⁸⁰, soit une hypothèse où une somme d'argent a été transférée indûment, est certainement également un facteur incitant à se défaire de toute exigence d'appauvrissement. De manière générale, il semble que l'abandon de toute exigence d'appauvrissement soit un signe de développement plus avancé de l'enrichissement injustifié, comme le démontre l'évolution du droit allemand⁵⁸¹.

156. Une réponse inadaptée aux enrichissements indirects et enrichissements incidents.

Bien que Lord Reed ait mentionné ces deux hypothèses d'enrichissement dans la décision *Investment*, comme justifiant le recours à une perte, au moins initiale, cette condition serait en réalité inutile dans les deux cas. L'appauvrissement est surtout utilisé comme variable d'ajustement lorsqu'il semble peu opportun d'accorder des *restitutions*. Seulement, le résultat est souvent décevant, même lorsque l'appauvrissement est aussi utilisé comme mesure des *restitutions*.

En cas d'enrichissement indirect, le simple fait que l'enrichissement soit passé entre les mains d'un tiers n'a pas pour effet d'effacer l'appauvrissement du demandeur. Le problème est alors simplement repoussé au stade du lien de causalité requis entre ces deux éléments, mais l'exigence d'un lien direct est encore trop large pour offrir des limites convenables à l'*unjust enrichment*⁵⁸². En cas d'enrichissement incident, selon la manière dont l'appauvrissement est appréhendé en droit positif, il sera en réalité bien souvent possible de trouver un appauvrissement, pour au moins deux raisons. D'une part, parce que dans la plupart des cas d'enrichissements incidents, le demandeur a entrepris certaines dépenses (coûts des travaux de remise en état par exemple ou coût du chauffage pour reprendre le *heat rising case*...). D'autre part, parce que le droit anglais, comme le droit français, reconnaît qu'un demandeur ayant accompli un service, susceptible d'être évalué monétairement, peut obtenir une rémunération sous réserve que les autres conditions de l'action soient réunies. L'appauvrissement serait ici le gain manqué (la rémunération qu'il

⁵⁸⁰ Pour la présentation de cette action voir *supra* n° 76.

⁵⁸¹ Voir notamment T. KREBS, « The Fallacy of Restitution for Wrongs », in A. BURROWS, L. RODGER (ed.), *Mapping the Law*, Oxford University Press, 2006, p.379s., spéc. p.380-381.

⁵⁸² Voir A. BURROWS, art. préc., p.172 qui donne l'exemple du propriétaire déracinant l'ensemble des arbres de son terrain, ce qui permet de dégager la vue et d'augmenter la valeur du terrain voisin, il y a bien un lien de causalité entre le travail du premier propriétaire et l'enrichissement du second, ce qui ne devrait pas compter comme un enrichissement au détriment de, car il ne s'agit que d'une conséquence secondaire au travail effectué et non d'un transfert direct au second propriétaire.

aurait dû obtenir, plus les dépenses réalisées). La seule limite que pourrait éventuellement apporter l'appauvrissement est la possibilité de réduire le montant des *restitutions*, si l'on exige un appauvrissement corrélatif à l'enrichissement. Or dans les deux hypothèses évoquées, l'objectif n'est pas de réduire le montant dû mais bien de rejeter purement et simplement l'action. Tous les systèmes juridiques ont donc dû développer d'autres règles pour écarter l'application de l'enrichissement injustifié à ces hypothèses. En droit anglais, comme cela a déjà été vu, des limites suffisantes sont déjà apportées par le système des *unjust factors*⁵⁸³. On peut également mentionner les règles relatives à l'évaluation de l'enrichissement lorsqu'il n'est pas « irréfutable » (*incontrovertible benefit*), puisqu'en ce cas le défendeur a la possibilité d'arguer que cet enrichissement n'a en réalité aucune valeur pour lui, ou du moins une valeur moindre⁵⁸⁴. Il est alors possible de comprendre pourquoi l'essentiel des décisions anglaises ne font jamais référence à l'appauvrissement, et pourquoi ce débat n'est apparu que relativement tardivement⁵⁸⁵ et seulement à l'occasion de certains contentieux, notamment celui des services procurant une plus-value. En plus d'être une condition inutile, l'appauvrissement entraîne d'autres difficultés, puisqu'elle incite à se poser la question d'un lien de causalité entre l'appauvrissement et l'enrichissement.

157. L'épineuse question du lien de causalité. Dès lors qu'un appauvrissement est exigé, la question du lien de causalité entre cet élément et l'enrichissement devient cruciale, car tout appauvrissement lié à un gain ne peut entraîner des *restitutions*. Un exemple simple est celui de l'arrivée d'un nouveau concurrent sur un marché qui entraîne une perte de clientèle pour un autre acteur du marché et un gain pour le nouveau concurrent qui a réussi à capter cette clientèle⁵⁸⁶. L'appauvrissement et l'enrichissement sont tous les deux étroitement corrélés, l'enrichissement de l'un n'a été possible que par l'appauvrissement de l'autre, pour autant aucune restitution ne sera admise, en raison de la règle de la libre concurrence. Si la règle du *at the expense* était cependant interprétée comme exigeant un appauvrissement de la part du demandeur, elle ne permettrait pas d'écarter cette demande entre concurrents. Au-delà du fait que l'appauvrissement n'est pas une bonne limite, il déplace surtout le problème et incite à raisonner en termes de compensation d'une perte. La question n'est plus de savoir

⁵⁸³ Voir *supra* n° 105s.

⁵⁸⁴ Sur les règles du *subjective devaluation* voir *supra* n° 98.

⁵⁸⁵ Il est notable de constater que l'exigence d'un appauvrissement n'est envisagée dans l'ouvrage de référence *Goff & Jones*, qu'à partir de la 8^e éd, mais auparavant cette question n'était pratiquement pas abordée.

⁵⁸⁶ Exemple également choisi par le professeur Burrows, A. BURROWS, art. préc., p.170.

dans quels cas l'enrichissement retenu par le défendeur devrait revenir au demandeur (question d'attribution) mais de déterminer dans quels cas le demandeur peut obtenir compensation de son appauvrissement lorsqu'il en est résulté un gain pour un tiers. La difficulté est qu'il est délicat de trouver un critère pertinent à partir de l'appauvrissement, même s'il existe un lien de causalité direct entre l'appauvrissement et l'enrichissement, notamment parce que l'ajout de cette condition revient à mélanger deux questions différentes. Les raisons justifiant la compensation d'une perte ne sont pas les mêmes que celles justifiant la restitution d'un gain. D'ailleurs, l'une des raisons qui expliquent le scepticisme fréquent autour de cette source d'obligation tient justement au fait que ces raisons ne sont pas encore suffisamment mises en avant, notamment parce qu'il est accordé trop d'importance au transfert de valeur réalisé par le demandeur au bénéfice du défendeur, et ce même en droit anglais.

158. L'exemple du droit canadien. Le droit canadien n'a pas seulement été le seul système du *Commonwealth*⁵⁸⁷ à opérer un changement (critiqué) de modèle en passant d'un système d'*unjust factors* à un système d'absence de justification juridique⁵⁸⁸. Il est également le seul à exiger un appauvrissement correspondant à l'enrichissement, c'est-à-dire que l'appauvrissement est tant une condition de l'action qu'une mesure des restitutions. Il est bien entendu possible d'y voir l'influence indirecte du droit français, à travers le droit québécois, avec des conséquences similaires. Les justifications données à cette règle sont essentiellement les mêmes qu'en droit français, à savoir que l'enrichissement injustifié trouve son fondement dans la justice corrective et n'aurait d'autre but que de remédier à un déséquilibre patrimonial⁵⁸⁹. Cette vision n'est pas sans conséquence sur les applications

⁵⁸⁷ Il est fait volontairement référence au *Commonwealth* et non aux pays de *Common law* car nous écartons ici de l'analyse le droit américain, qui se désintéresse en grande partie de l'*unjust enrichment*, notamment en raison du scepticisme lié aux classifications des sources d'obligation et au courant du « réalisme » juridique qui préfère s'attarder sur d'autres domaines (droit des minorités, des personnes âgées...), pour plus d'explications voir C. SAIMAN, « Restitution in America : Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, n°1 (2008), p. 99-126. Même s'il faut toutefois noter qu'il y a eu depuis un 3^e *Restatement* en la matière en 2011 et qu'un nouveau supplément du célèbre traité du professeur Palmer est sorti en 2018 (G.E. PALMER, 2018 *Cumulative Supplement n°2, Law of Restitution*, Vol. I-IV, Wolters Kluwer, 2018).

⁵⁸⁸ Voir *supra* n° 144.

⁵⁸⁹ Les critiques sur le recours à la justice corrective sont donc les mêmes que celles adressées au droit français, nous renvoyons donc aux développements ultérieurs, voir *infra* n° 244. Sur l'argument de la justice corrective, comme justifiant un appauvrissement, en droit canadien voir notamment M. MCINNES, *op. cit.*, p.1256s., spéc p.1258 : « At least in general terms, Aristotle's conception of corrective justice seems a perfect fit for unjust enrichment and restitution ». Ce sempiternel recours à une notion aussi vague que la justice corrective montre, nous semble-t-il, que ce n'est décidément pas l'appauvrissement qui justifie les restitutions et qu'il n'existe pas beaucoup d'arguments en faveur de cette exigence.

pratiques de l'enrichissement injustifié et au Canada, comme en France, le contentieux principal concerne la répartition des biens et des dettes entre concubins, ce qui est assez unique au sein des pays du *Commonwealth*⁵⁹⁰. Contrairement à ce qui se passe en droit français, cependant, certains auteurs soulignent la singularité de ces affaires par rapport à celles plus classiques, comme le paiement réalisé par erreur ou les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat, et pointent les risques d'une instrumentalisation de l'enrichissement injustifié à des fins politiques.

À vrai dire, il semble que si le droit canadien a opté pour un modèle plus proche du droit français que du droit anglais, cela tient tout d'abord à un certain activisme judiciaire, les juges souhaitant pouvoir utiliser un outil suffisamment flexible en cas de besoin, lorsqu'aucune autre source d'obligation ne peut être utilisée⁵⁹¹. Ce modèle étant toutefois très large, il a fallu trouver des limites et l'exigence d'un appauvrissement a été perçue comme un bon moyen d'éviter un excès de restitution. Là encore cette exigence démontre son inefficacité, puisque le droit canadien a dû développer certains moyens de défense spécifique, notamment s'agissant des enrichissements incidents⁵⁹². L'état du droit ne semble pas fixé sur ce point et les juges tentent tant bien que mal de refuser ces demandes en jouant sur les conditions de l'action, tantôt en estimant qu'il n'existe en réalité aucun enrichissement, tantôt en estimant qu'il s'agit d'un enrichissement indirect⁵⁹³. En plus des inconvénients déjà cités, cette condition oblige également le droit canadien à dissocier les *restitutions for unjust enrichment* des *restitutions for wrongs*, lorsque le bénéfice découle de la violation par le défendeur d'un devoir envers le demandeur. Alors qu'une telle dissociation ne s'impose pas en droit anglais, qui pourrait ainsi en faire l'économie⁵⁹⁴, le fait que les *restitutions* soient nécessairement limitées à la plus faible des deux valeurs entre l'enrichissement et l'appauvrissement incite à créer une catégorie distincte, lorsqu'il est souhaitable de reverser un profit qui dépasse l'appauvrissement du demandeur.

⁵⁹⁰ M. MCINNES, *op. cit.*, p.1178

⁵⁹¹ M. MCINNES, art. préc., p.116s., spéc. p. 129: « Likewise, the very name of *unjust* enrichment appears to countenance a flexible, result-oriented approach. The action consequently is construed to privilege discretion over doctrine ».

⁵⁹² Le professeur McInnes consacre d'ailleurs un chapitre entier sur ces enrichissements incidents et sur les possibles moyens de défense pour faire obstacle à la demande, voir M. MCINNES, *op. cit.*, « Chapter 41 : Defences – Incidental Benefits », p. 1635-1648.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ Voir *infra* n° 209.

B) Le sujet délicat de l'enrichissement indirect

159. Le rejet de principe de l'enrichissement indirect. Il s'agit probablement de l'une des questions les plus délicates et complexes de l'*unjust enrichment*. Cette expression d'enrichissement indirect recouvre la même situation dans les systèmes juridiques français et anglais. Elle vise l'hypothèse où l'enrichissement a été transféré dans le patrimoine d'une première personne, avant d'être reçu dans le patrimoine d'une seconde. Contre laquelle de ces personnes le demandeur peut-il agir : celui qui a reçu directement l'enrichissement de sa part ou celui qui perçoit *in fine* le profit ? Il serait probablement plus opportun d'agir contre la personne qui a *in fine* reçu le bénéfice, mais le lien avec le demandeur peut paraître plus éloigné, surtout si le profit a été transféré à plus de deux personnes successivement. Il n'existe malheureusement aucune réponse pleinement satisfaisante à ce problème et deux extrêmes doivent être évités. D'un côté, le refus systématique de toute action serait sans doute trop sévère à l'égard du demandeur, qui resterait dans certaines hypothèses sans aucun remède possible, alors même qu'il est possible de caractériser l'enrichissement et un *unjust factor*⁵⁹⁵. D'un autre côté, admettre trop aisément que le demandeur puisse agir contre une personne ayant reçu le profit des mains d'un tiers risquerait aussi de menacer la sécurité des transactions. Non seulement cela pourrait remettre en cause un contrat conclu ultérieurement et auquel le demandeur est un tiers, mais cela peut également perturber l'équilibre d'un contrat auquel le demandeur est partie. Sur ce point le droit anglais se distingue nettement du droit français, car il n'admet pas qu'un créancier puisse avoir une action contre un tiers, ayant profité de l'exécution du contrat, afin de contourner l'insolvabilité de son débiteur⁵⁹⁶. Autrement dit, si l'affaire *Boudier* avait été jugée en Angleterre plutôt qu'en France, le vendeur d'engrais n'aurait jamais eu gain de cause, car il appartient en principe au créancier de supporter les risques d'insolvabilité de son débiteur. En dehors de ce cas, l'état du droit anglais demeure encore un peu obscur sur ce point, mais il est malgré tout possible de dégager des lignes directrices, en particulier grâce à l'affaire *Investment Trust Companies v Revenue and Customs Commissioners*⁵⁹⁷. En raison des risques que cela fait courir aux tiers, la solution de principe est que l'enrichissement ne

⁵⁹⁵ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-15.

⁵⁹⁶ Cette règle a d'abord été énoncée par la doctrine et reprise par le *Restatement*, à son article 8: « the defendant's enrichment is at the claimant's expense if the benefit obtained by the defendant is (...) directly from the claimant rather than by the way of another person » (A. BURROWS (ed.), *op. cit.*, p.44). Elle est admise comme un point de départ par Lord Reed dans la décision *Investment Trust Companies*, *déc. préc.*, n°50.

⁵⁹⁷ *Déc. Préc.*, voir *supra* n° 153s.

respecte la condition *at the expense* que s'il provient directement du demandeur. Cette règle ne constitue toutefois qu'un point de départ et non un principe absolu⁵⁹⁸.

160. La règle de principe : la règle du *direct provider only*. La règle du *direct provider only* implique que seule la personne ayant reçu en premier l'enrichissement est tenue de restituer l'enrichissement. En cas de chaîne de transferts, A ayant transféré un gain à B, qui le transfère à nouveau à C..., les personnes plus éloignées (*remote recipients*) ne seraient tenues à aucune restitution, de telle manière que A ne pourrait agir directement contre C. La plupart des auteurs s'accordent cependant sur le fait qu'il n'existe pas de règles absolues interdisant, par principe, une action contre celui qui s'est indirectement enrichi⁵⁹⁹. Ce refus de principe est assez typique de la méthode anglaise : par principe le défendeur n'est tenu d'aucune obligation, sauf si les circonstances sont telles que la règle de principe semble présenter plus d'inconvénients que d'avantages. En effet, s'il existe un consensus sur le fait qu'il n'est pas possible d'admettre, de manière générale, que le demandeur puisse agir contre toute personne s'étant enrichi indirectement, cela tient essentiellement à deux craintes : le risque de remettre en cause des transactions conclues avec des tiers et le risque de contourner les règles de l'*insolvency law*⁶⁰⁰. Dans le premier cas, l'admission généralisée de l'enrichissement indirect pourrait en effet remettre en cause certaines conventions : celles conclues entre le premier récipiendaire de l'enrichissement et le tiers bien sûr, mais elle pourrait également remettre en cause des conventions passées entre le premier

⁵⁹⁸ Voir le jugement majoritaire de Lord Reed, dans l'affaire *Investment*, déc. préc., notamment n° 50: « It has often been suggested that there is a general rule, possibly subject to exceptions, that the claimant must have directly provided a benefit to the defendant. The situations discussed in the two preceding paragraphs can be reconciled with such a rule, if it is understood as encompassing a number of situations which, for the purposes of the rule, the law treats as equivalent to a direct transfer, in the sense that there is no substantive or real difference. So understood, the suggested rule is helpful. It may nevertheless require refinement to accommodate other apparent exceptions, and it would be unwise at this stage of the law's development to exclude the possibility of genuine exceptions, or to rule out other possible approaches ».

⁵⁹⁹ Voir notamment P. BIRKS, *op. cit.*, p. 86s.: « Immediacy matters. I can only sue a remote enricher if the rules of leapfrogging do not forbid it. 'At the expense of the claimant' means, in the first instance, 'immediately at the expense of the claimant' »; A. BURROWS, *op. cit.*, p.69s. spéc. p. 72: « The only obvious conclusion to be reached is that there is no overwhelming case against that restriction [c'est-à-dire l'interdiction d'agir contre une personne s'étant indirectement enrichie] and that one can readily understand the courts' preference for developing exceptions rather than departing from the general restriction » ; voir cependant le traité *Goff & Jones*, où les auteurs estiment qu'il faudrait plutôt raisonner en terme de causalité, plutôt que d'énoncer une règle générale interdisant les *restitutions* en cas d'enrichissement indirect, C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-10s., spéc. n°6-12.

⁶⁰⁰ La traduction de cette expression en français est délicate, car il n'existe pas de strict équivalent en droit français ou, du moins, ces équivalents seraient éparpillés (notamment entre le droit des sûretés, les procédures civiles d'exécution et le droit des procédures collectives). Sous cette appellation d'*insolvency law*, il est ainsi fait référence aux règles et principes qui régissent les cas où le débiteur n'est plus en mesure de payer ses dettes et où le droit prévoit des règles régissant la distribution de l'actif entre les différents créanciers.

récipiendaire et le demandeur, en modifiant la charge des risques⁶⁰¹. Dans le second cas, une l'absence de restriction pourrait contrevenir à certaines règles concernant l'ordre de paiements des créanciers. Elle autoriserait, en effet, le demandeur/créancier à contourner son débiteur pour aller chercher une tierce personne et ce, en passant devant d'autres créanciers de son débiteur, de rang équivalent ou supérieur⁶⁰². L'*unjust enrichment* ne confère aucun privilège, ni aucune sûreté au demandeur et comme tout créancier, le demandeur doit supporter le risque d'insolvabilité de son débiteur. Ces craintes permettent de comprendre les exceptions posées par la jurisprudence, car les juges admettront plus facilement une exception à ce refus de principe, lorsqu'il paraît certain qu'il n'existe aucun risque de remise en cause d'un contrat valablement conclu, ou aucun contournement des règles de l'*insolvency law*.

161. Les exceptions. – L'agency. La liste des exceptions à la règle du *direct provider* n'est pas exhaustive, les juges ayant eux-mêmes reconnus qu'il n'était pas possible, en l'état actuel, de fixer un critère précis permettant d'établir dans quelles circonstances le demandeur peut agir en cas d'enrichissement indirect⁶⁰³. Dans la décision la plus récente et la plus complète sur ce point, Lord Reed estime qu'il existe notamment deux cas où l'action du demandeur est susceptible de prospérer bien qu'il n'ait pas directement transmis le bénéfice au défendeur⁶⁰⁴. Ces deux cas ne sont pas perçus comme des exceptions à proprement parler, car ils sont par analogie assimilés à un enrichissement direct. Ainsi, l'enrichissement est réputé direct lorsque le profit a été transféré par un représentant du demandeur, le représentant étant censé agir pour le compte du demandeur. Il existe de multiples cas de représentation en droit anglais et même une branche du droit spécialement dédiée à ces situations : *law of agency*. Il n'est pas possible ici d'évoquer toutes les situations où le droit considère qu'une personne en représente une autre, mais il suffit ici d'indiquer que la représentation en droit anglais, comme en droit français, n'est absolument pas limitée à la sphère contractuelle et il est ainsi possible qu'une personne soit représentée sans l'avoir requis.

⁶⁰¹ Par exemple si le demandeur a conclu un contrat impliquant un transfert de valeur irrévocable, quelles que soient les circonstances, il ne devrait pas être autorisé à agir contre un tiers pour obtenir la restitution de l'enrichissement transféré.

⁶⁰² C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-16.

⁶⁰³ *Investment Trust Companies*, *déc. préc.*, n°50.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

162. Une illustration : l'affaire *Relfo*. Un exemple intéressant, concernant un enrichissement factuellement indirect mais assimilé juridiquement à un enrichissement direct, peut être trouvé dans l'affaire *Relfo Ltd. (In Liquidation) v Varsani*⁶⁰⁵. Les faits sont relativement complexes, mais peuvent être synthétisés comme suit : l'ancien gérant d'une société, afin de régler un différend commercial personnel, avait transféré une importante somme d'argent, appartenant à la société, à son partenaire commercial. Pour laisser le moins de traces possibles de cette utilisation frauduleuse des fonds de la société, il avait fait transiter l'argent par différents comptes bancaires avant de l'inscrire sur le compte du défendeur. À la suite de ce virement, la société avait été placée en liquidation judiciaire et le liquidateur avait demandé la restitution des sommes versées au partenaire qui a reçu les fonds. Bien que cette somme n'ait pas été directement transférée par le demandeur, puisque les fonds ont transité via plusieurs comptes bancaires, la demande a été accueillie sur le terrain de l'*unjust enrichment*. Les juges ont estimé, en effet, qu'en raison des faits particuliers de l'espèce, l'ancien gérant ayant à dessein utilisé des moyens détournés pour faire parvenir la somme au défendeur, il y avait lieu de considérer que l'enrichissement était direct, car cela reflétait la réalité économique de la situation⁶⁰⁶. Bien que cela n'apparaisse pas clairement dans la décision, cette affaire a été interprétée, par Lord Reed, comme étant un exemple où le profit a été transféré par un représentant du demandeur, et doit donc être assimilé à un enrichissement direct⁶⁰⁷.

163. Le paiement de la dette d'autrui. Le second cas où un enrichissement indirect est assimilé à un enrichissement direct est celui du paiement de la dette d'autrui. Le demandeur transfère en effet le profit au créancier, mais, si ce transfert vaut paiement, il peut se retourner contre le véritable débiteur, qui a été libéré de sa dette initiale⁶⁰⁸. Ce détour met en exergue la complexité du paiement de la dette d'autrui dont le rattachement à l'enrichissement injustifié ne va en réalité pas de soi⁶⁰⁹. Intuitivement, ce rattachement a

⁶⁰⁵ (2014) EWCA Civ 360, (2014) WL 1097140.

⁶⁰⁶ Voir le jugement majoritaire de Lady Arden, n°97: « The judge found that Mr Gorecia's objective was to confer a benefit on Mr Bhimji Varsani by a circuitous route. Those factors are in my judgment the principal factors that make his enrichment unjust. In my judgment, they are sufficient for this purpose. As a matter of substance, or economic reality, Mr Bhimji Varsani was a direct recipient ». Voir toutefois la décision précitée, *Investment Trust*, Lord Reed rejette l'argument de la réalité économique, qu'il trouve fallacieux, même s'il approuve la solution sur le fond.

⁶⁰⁷ *Investment Trust Companies*, déc. préc., n°48.

⁶⁰⁸ *Ibid.*, n°49.

⁶⁰⁹ Voir *infra* n° 460. Il faut toutefois noter que le paiement de la dette d'autrui provoque également de nombreuses difficultés en droit français, plusieurs actions peuvent être envisagées, dont les trois quasi-contrats...

pourtant un sens et il ne paraît pas absurde de considérer qu'il n'existe pas de réelle différence entre le fait de recevoir directement une somme d'argent pour payer une dette ou le fait qu'un tiers le fasse à notre place. Pourtant comme le démontre le droit anglais, il ne s'agit probablement pas d'un pur cas d'enrichissement injustifié, mais davantage une hypothèse qui peut, par analogie, se rattacher à cette catégorie.

164. Des exceptions cantonnées à un enrichissement monétaire. En dehors de ces deux hypothèses, la jurisprudence demeure plus incertaine et il faut regarder au cas par cas. Une liste des exceptions ayant déjà été retenues par la jurisprudence a été dressée dans le *Restatement*, qui les mentionne dans son article 8(2)⁶¹⁰. Cette liste, si elle n'est pas exhaustive, ne permet pas non plus de dégager un véritable critère permettant d'établir avec précision les cas où un enrichissement indirect peut malgré tout entraîner des *restitutions*. Il est toutefois intéressant de noter que toutes ces exceptions concernent toujours un enrichissement monétaire, et jamais d'autres formes d'enrichissement, en particulier les services. En somme, ces hypothèses recouvrent essentiellement des cas où une personne, bien souvent sciemment, a transféré une somme d'argent appartenant au demandeur à un tiers. Ces exceptions permettent ainsi au demandeur d'agir directement contre ce tiers pour récupérer ses fonds. Bien qu'en pratique ces exceptions ne concernent que le transfert d'une somme d'argent, ces solutions sont aisément transposables aux cas où un bien du demandeur, autre qu'une somme d'argent, aura été transféré au défendeur. Le droit antérieur du demandeur sur le bien, si l'on considère qu'il y a eu un transfert de propriété, justifie l'obligation de restituer le profit réalisé à son détriment, puisqu'il n'a jamais consenti à la perte de son bien.

En revanche, il serait plus délicat de reconnaître une exception à cette règle de principe lorsque l'enrichissement est caractérisé par l'octroi d'un service. Deux grandes illustrations peuvent être données. Premièrement, il est possible que le service profite indirectement à

⁶¹⁰ Il serait peu utile de lister l'ensemble des exemples, peuvent néanmoins être cités, outre les deux cas cités assimilés à un enrichissement direct par Lord Reed, le cas où une personne, alors qu'elle détient en *trust* un bien pour le compte du demandeur, décide de le transférer à un tiers. En ce cas le demandeur peut directement agir contre le tiers. Le *Restatement* met également en avant le cas particulier où le demandeur a payé un surplus représentant la taxe devant être payé par le commerçant à l'État en pensant la taxe due alors qu'elle ne l'est pas ou plus. En ce cas, le demandeur pourrait agir directement contre le Trésor, l'idée étant de prendre en compte la réalité économique de l'opération, si le client n'est juridiquement pas tenu de verser la taxe, dans les faits, le montant de la taxe est toujours répercuté sur le prix final de sorte que, d'un point de vue économique, c'est le client qui paye la taxe.

un tiers. Par exemple, si un garagiste répare la voiture de son client, qui n'en est en réalité pas propriétaire, et que ce dernier repart avec la voiture sans payer⁶¹¹, il est possible de se demander si le garagiste pourrait agir contre le véritable propriétaire. Deuxièmement, il est possible que le défendeur s'enrichisse au détriment de celui qui a payé le service dont il a profité, à la place du demandeur. Les professeurs C. Mitchell, P. Mitchell et Watterson développent ainsi l'exemple et le raisonnement suivants : le demandeur emploie une personne pour effectuer certaines tâches, et « achète » donc d'une certaine manière le temps et le travail de son employé. Si cet employé – payé par le demandeur – fournit un service qui profite à un tiers, qui n'a rien payé, ce dernier s'enrichirait au détriment du demandeur⁶¹². Ces auteurs vont plus loin en se demandant si le salarié peut également agir contre celui qui a profité du service rendu, si son employeur ne le paie pas⁶¹³. Ces exemples ne donnent généralement lieu à aucune *restitution*, bien souvent parce que cela remettrait en cause le principe selon lequel le créancier doit supporter le risque d'insolvabilité de son débiteur. L'autre élément à prendre en considération est également la réticence des juristes anglais à reconnaître qu'une personne puisse être obligée à rémunérer un tiers pour un service qu'elle n'a jamais requis. Il nous semble, à nouveau, que cette solution est implicitement justifiée par la spécificité des services. À partir du moment où le demandeur n'a pas été contraint de réaliser ce service, il peut difficilement imposer une obligation à une tierce personne, ce qui revient en réalité à lui imposer de se défaire d'un élément de son patrimoine (la somme d'argent représentant la rémunération, qui est présente dans son patrimoine avant l'octroi du service), alors que dans les autres formes d'enrichissement, il lui appartient seulement de rendre un bien qui n'aurait jamais dû être présent dans son patrimoine.

165. Le cas du *tracing*. Cette figure ne se rencontre pas seulement dans l'hypothèse d'un enrichissement indirect, mais elle est considérée comme l'une des principales exceptions où le demandeur est autorisé à agir contre le défendeur, bien que l'enrichissement soit indirect. Cette figure est particulièrement délicate à appréhender, même si, en guise d'introduction, il est possible de la présenter comme un équivalent anglais de la subrogation réelle. Le *tracing* désigne en effet la possibilité d'identifier un bien comme le substitut d'un

⁶¹¹ Ce qui exclut la possibilité d'exercer un droit de rétention sur la voiture contre le propriétaire.

⁶¹² Voir C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-54 à 6-56.

⁶¹³ *Ibid.*, n°6-57.

autre bien, la valeur du premier bien ayant été utilisée pour acquérir le second⁶¹⁴. Ainsi, par exemple si A verse par erreur 2 000€ à B et que B achète avec cette somme un ordinateur qu'il offre à C, la question est de savoir si A peut agir contre C et quels types de droit il peut avoir sur l'ordinateur (un droit sur la seule valeur de la chose ou un droit sur la chose elle-même). Si la description du *tracing* semble relativement simple, l'appréhension de ce mécanisme est en réalité très complexe au point que l'un des grands spécialistes de la matière avoue ne pas être certain de bien le comprendre⁶¹⁵. Ce mécanisme pose deux difficultés principales. Dans quels cas le droit considère-t-il qu'un bien est le substitut d'un autre, en particulier lorsqu'il a été « mélangé » à un bien appartenant au défendeur ou à un tiers ? Une fois le substitut trouvé, dans quels cas et dans quelle mesure le demandeur peut-il avoir un droit sur ce nouveau bien ? Il n'existe à l'heure actuelle pas de réponses précises à ces interrogations qui font encore l'objet de controverses. Il faut ajouter qu'en ce domaine il existe encore des différences entre l'*equity* et le *common law*. Néanmoins, il faut au préalable préciser que cette hypothèse doit être nettement dissociée du *following*, qui permet de suivre le même bien en quelques mains qu'il se trouve⁶¹⁶. Le *tracing* ne permet pas de revendiquer un bien dont le propriétaire a perdu la possession, mais de trouver un substitut à un précédent bien, qui lui aura été subtilisé ou qu'il aura transféré involontairement. Ainsi, en tant que tel le *tracing* n'est pas un remède, mais davantage un moyen d'obtenir certains remèdes selon l'expression du professeur Burrows⁶¹⁷.

Ce procédé peut aboutir à deux résultats : soit un droit personnel contre celui qui a reçu la chose, soit un droit réel sur la chose. Dans le premier cas, cela n'a d'intérêt que lorsque l'enrichissement est indirect, car, dans l'hypothèse d'un enrichissement direct, le demandeur a déjà un droit personnel à l'encontre du défendeur dès lors que les conditions de l'*unjust enrichment* sont remplies. Cela a par exemple été retenu dans l'affaire *Lipkin Gorman v Karpnale*⁶¹⁸, où un avocat avait retiré une importante somme d'argent du compte

⁶¹⁴ R. CHAMBERS, « Tracing and Unjust Enrichment », in J. W. NEYERS, M. McINNES, S. G. A. PITEL, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p. 266.

⁶¹⁵ L. SMITH, « Tracing », in A. BURROWS, Lord RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p. 119 s. “Even thirteen years later, however, I am still not sure that I understand it very well”.

⁶¹⁶ Selon la distinction proposée par le professeur Smith et qui est dorénavant communément admise par la doctrine et la jurisprudence, voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°7-12 s.

⁶¹⁷ A. BURROWS, *op. cit.*, p.117 “It is plainly not a ground for restitution and, although commonly thought of as a remedy, it is more accurately described as a means of getting to particular remedies rather than being a remedy itself”.

⁶¹⁸ (1991) 3 WLR 10, (1991) 2 AC 548.

en banque de son cabinet pour assouvir sa passion du jeu dans un casino. L'avocat étant insolvable, le cabinet s'était retourné contre le casino et avait obtenu gain de cause, car il avait pu démontrer que la somme d'argent gagnée par le casino provenait, ou pouvait être relié, à l'argent prélevé sur le compte en banque du cabinet⁶¹⁹. Toutefois, le véritable intérêt du *tracing* réside dans la possibilité d'obtenir un droit réel sur la chose, ce qui permet notamment d'obtenir une priorité par rapport aux autres créanciers du défendeur⁶²⁰. Cette possibilité n'est cependant accordée qu'au compte-goutte et il n'existe à l'heure actuelle aucun critère fiable permettant de déterminer dans quels cas le *tracing* peut conduire à des *proprietary restitution*, c'est-à-dire un droit réel sur la chose.

166. La distinction entre *clean substitution* et *mixed substitution*. Pour pouvoir utiliser ce procédé, il faut encore pouvoir identifier le bien remplaçant le précédent. La première étape consiste donc à poser les règles d'identification du bien. Les principes ne sont pas encore totalement fixés et il faut se reporter aux cas où la jurisprudence a admis ce procédé. Il est toutefois plus facile d'admettre qu'un bien remplace un autre lorsqu'il existe un lien direct et exclusif entre le précédent bien et le nouveau, soit en cas de *clean substitution*. Par exemple, si le demandeur transfère involontairement 150 € au défendeur, qui les utilise pour acheter une montre de la même valeur, il n'existe aucune difficulté d'identification, le défendeur n'ayant utilisé que cette somme d'argent pour acquérir le nouveau bien. En revanche, cette identification devient beaucoup plus délicate dès lors que le défendeur ne se contente pas d'utiliser le bien du demandeur, mais y mêle également un de ses biens ou celui d'un tiers (*mixed substitution*), ce qui sera en pratique très fréquent. Ainsi, si la montre ne vaut pas 150 € mais 500 € et que le défendeur utilise ses fonds propres pour financer le reliquat, cela empêche-t-il pour autant le demandeur de faire appel aux règles du *tracing* ? Il faut ici distinguer les solutions retenues par le *common law* de celles de l'*equity*. Par principe, en *common law*, seul le *clean substitution* est accepté et dès lors que le bien du demandeur a été mêlé à un autre bien du défendeur ou d'un tiers, il n'est pas possible d'utiliser ce procédé⁶²¹. En revanche, si le demandeur se place sur le terrain de l'*equity*, il

⁶¹⁹ Voir le jugement de Lord Goff dans l'affaire *Lipkin Gorman*, déc. préc., p. 17: « It must follow a fortiori that the solicitors, as owners of the chose in action constituted by the indebtedness of the bank to them in respect of the sums paid into the client account, could trace their property in that chose in action into its direct product, the money drawn from the account by Cass. It further follows from the concession made by the respondents, that the solicitors can follow their property into the hands of the respondents when it was paid to them at the club ».

⁶²⁰ Voir A. BURROWS

⁶²¹ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p.123-125.

peut identifier un substitut quand bien même il y aurait eu un mélange entre le bien du demandeur et le bien du défendeur, le cas le plus évident étant celui où le défendeur utilise tant une somme d'argent provenant du demandeur que des fonds propres pour acquérir un nouveau bien.

La différence entre *common law* et *equity* tient au champ d'application, le demandeur ne pouvant se placer sur le terrain de l'*equity* que s'il parvient à démontrer qu'il avait, en *equity*, un titre de propriété sur le bien avant son transfert, ce qui sera le cas lorsque le défendeur avait un devoir (*fiduciary duty*) de conserver le bien au profit du demandeur⁶²². Ce *fiduciary duty* est imposé lorsqu'il existe une relation de confiance entre les deux parties, ce qui en pratique recouvre notamment les relations entre un représenté (*principal*) et son représentant (*agent*) ou la relation entre un *trustee* (celui qui gère les biens mis en *trust*) et le *beneficiary*. Néanmoins, dans la mesure où le nouveau bien est le produit de plusieurs biens, dont l'un seulement appartenait au demandeur, il faut établir des règles de répartition. Si le nouveau bien est le produit de biens appartenant à deux parties « innocentes », c'est-à-dire autres que celui qui était tenu de conserver le bien (le *fiduciary*), la règle de principe est la répartition à proportion de la valeur de chaque bien, ce qui permet de tenir compte des possibles moins ou plus-value du nouveau bien⁶²³. En revanche, si le nouveau bien a été acquis pour une partie grâce à la valeur du bien à conserver par le *fiduciary* et pour l'autre partie par des fonds propres, les règles de répartition se font en faveur du demandeur, toute diminution de la valeur du nouveau bien devant être supportée par le *fiduciary*. Ces règles s'appliquent aussi bien aux enrichissements directs qu'indirects. Seulement, en cas d'enrichissement indirect, il faudra d'abord établir que les faits entrent dans un des cas où le droit autorise le demandeur à agir contre une personne ayant reçu l'enrichissement par l'intermédiaire d'un tiers.

⁶²² L'exemple principal étant celui du *trust*, où le bénéficiaire du *trust* conserve, du point de vue de l'*equity*, la propriété de la chose mise en *trust*. Ainsi si le *trustee* (sorte de fiduciaire) dispose de la chose à son profit, il sera possible pour le bénéficiaire d'invoquer un droit sur la chose s'étant substituée à l'ancienne et ce quand bien même le *trustee* aurait également utilisé une partie de ses fonds.

⁶²³ Il existe une règle particulière concernant les comptes bancaires, lorsqu'une somme d'argent du demandeur est mélangée avec les fonds appartenant à un tiers, il n'est néanmoins pas nécessaire d'entrer dans les détails, puisque cette règle a semble-t-il été abandonnée ou son champ d'application a, au moins, été en grande partie réduit, voir not. A. BURROWS, *op. cit.*, p.133 s. L'exemple est le suivant, le *fiduciary* a transféré les 500 € qu'il détenait pour le demandeur à un tiers, ce tiers mélange cette somme d'argent avec les 1.500€ qui lui appartiennent. Si la valeur de ce fonds n'évolue pas, le demandeur peut « tracer » les 500€, sans difficulté et s'il y a eu une variation, le demandeur peut prétendre à un quart de la valeur du fonds.

167. Une sélection des moyens de défense. Le droit anglais connaît de nombreux moyens de défense, ce qui peut être surprenant de prime abord puisque les conditions d'application de l'action sont bien encadrées. Aussi, on pourrait s'attendre à ce que les moyens de défense soient sans doute plus développés dans un système juridique où les conditions d'application sont plus souples, comme le droit français. La situation est pourtant inversée, le droit français n'ayant développé pratiquement aucun moyen de défense propre à l'enrichissement injustifié. Il faut constater que la distinction entre les conditions d'application des différents quasi-contrats et les moyens de défense n'est pas toujours très nette⁶²⁴. Cette différence mise à part, l'étude de certains moyens de défense anglais permet de mieux révéler la particularité de cette source d'obligation par rapport aux autres. Il n'est cependant pas nécessaire de faire un exposé exhaustif de tous les moyens de défense, notamment parce que certains ne présentent précisément pas de particularité ou de difficulté. Ainsi, il est possible de retrouver comme moyen de défenses la prescription ; l'impossibilité de restituer l'enrichissement ; le moyen de défense tiré de l'illégalité⁶²⁵ ; l'exclusion de l'*unjust enrichment* par une disposition légale expresse ou une stipulation contractuelle ; la confirmation par le demandeur d'un contrat susceptible d'être annulé ; si des contre-restitutions sont dues par le demandeur au défendeur, l'impossibilité pour le premier de restituer l'enrichissement au second fait obstacle à la demande ; l'autorité de la chose jugée ou la transaction ; l'*estoppel* (qui ne présente en réalité plus vraiment d'intérêt depuis la reconnaissance du *change of position*) ; enfin en matière fiscale, le demandeur pourrait également, dans les cas où la loi l'admet, invoquer le moyen du *passing on*, qui n'est normalement pas reconnu en droit commun et qui concerne essentiellement l'hypothèse où un commerçant a payé un surplus de TVA qui s'est répercuté sur les prix des marchandises, le surplus est donc neutre pour le commerçant⁶²⁶. En revanche, il est deux moyens qui méritent d'être mis en avant. Le premier concerne le *change of position* qui est le moyen de défense spécifique à l'*unjust enrichment*, et le second est un concept également connu du droit français, mais très rarement envisagé dans le contexte de l'enrichissement injustifié et

⁶²⁴ Voir *infra* n° 286.

⁶²⁵ Le moyen de défense tiré de l'illégalité a également pu être présenté au moment de la présentation de l'*unjust factor illegality* (voir *supra* n° 133s).

⁶²⁶ Pour une présentation synthétique de ces moyens de défense voir A. BURROWS (ed.), *Restatement, op. cit.*, p. 16-19 pour une présentation des dispositions, p.117-153 pour les explications.

qui concerne le tiers acquéreur de bonne foi (*bona fide purchase*). Tandis que le *change of position* permet de dissocier nettement l'*unjust enrichment* de la responsabilité civile (A), la règle du *bona fide purchase* permet à nouveau de faire un lien entre cette source d'obligation et le droit des biens (B).

A) Un moyen spécifique à l'*unjust enrichment* : le *change of position*

168. Une prise en considération encadrée de la bonne foi du défendeur. Le droit anglais a consacré un moyen de défense original, le *change of position*, qui n'est pas le seul moyen de défense mis à la disposition du défendeur, mais qui présente la particularité d'avoir été créé spécifiquement pour les besoins de l'*unjust enrichment*. Ce moyen, construit sur-mesure, vise à prévenir un excès de restitution et éviter que l'application stricte des principes de l'*unjust enrichment* ne conduise à des résultats trop sévères pour le défendeur. Toutefois il n'est pas question de laisser un blanc-seing aux juges, qui pourraient décider, selon leur bon vouloir, s'il convient ou non de faire obstacle à la demande en raison de considérations d'équité. Fidèles à leurs habitudes, les juristes anglais ont élaboré des règles relativement précises pour encadrer ce nouveau moyen de défense. Le *change of position* permet de résoudre la difficulté suivante : en cas de dissipation de l'enrichissement entre le jour de la réception par le défendeur et le jour du jugement, qui doit supporter la perte de l'enrichissement⁶²⁷ ? La réponse de principe du droit anglais est qu'à partir du moment où le demandeur a établi que le défendeur s'est injustement enrichi à ses dépens, ce dernier est tenu de restituer l'enrichissement procuré au jour de sa réception. Le défendeur peut cependant réduire, partiellement ou intégralement, le montant des *restitutions* s'il apporte la preuve de plusieurs éléments. Outre le fait que le demandeur ait disposé de tout ou partie de l'enrichissement, ce dernier doit établir que sa situation a changé de telle manière que l'obligation de restitution de l'intégralité de l'enrichissement aggraverait sa situation. Il faut donc qu'en premier lieu le défendeur ait perdu tout ou partie de l'enrichissement, par exemple parce qu'il a dépensé tout ou partie de l'argent indûment perçu, de sorte qu'une condamnation à des *restitutions* aggraverait sa situation et entraînerait son appauvrissement. Toutefois cet appauvrissement doit être directement lié à l'enrichissement injuste, c'est-à-dire que le défendeur devait penser, de bonne foi, que l'enrichissement lui revenait et qu'il pouvait en disposer librement. Il ne s'agit pas de prendre en compte les variations générales

⁶²⁷C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°27-03.

du patrimoine du défendeur. Si son appauvrissement n'est pas dû à la dissipation de l'enrichissement mais à un autre évènement qui se serait de toute manière produit, alors il ne peut invoquer le *change of position*⁶²⁸. Autrement dit, le défendeur doit établir qu'il n'aurait effectué aucune dépense s'il n'avait pas reçu cet enrichissement. Il a saisi l'opportunité que lui confère la réception de ce bénéfice pour entreprendre de nouvelles dépenses. L'important est donc le lien de causalité qui existe entre la réception de l'enrichissement et sa perte par le défendeur⁶²⁹. Si le défendeur est dans une position délicate, sans lien avec la réception de l'enrichissement, il sera malgré tout tenu de restituer le bénéfice, car sa position aurait été la même s'il n'avait pas perçu l'enrichissement.

169. Une illustration du *change of position*. Un bon exemple peut être trouvé dans l'affaire *Derby v. Scottish Equitable Plc*. En l'espèce, une compagnie d'assurances avait, par erreur, surévalué le montant de la pension à attribuer à M. Derby, notamment parce que la compagnie avait omis de prendre en considération les sommes perçues par le défendeur à la suite de son licenciement⁶³⁰. Malgré la situation du défendeur qui, outre des difficultés financières, était en instance de divorce et avait des problèmes de santé, le moyen de défense ne fut pas retenu, même si grâce à cet argent il avait pu rembourser un emprunt bancaire. En effet, le défendeur aurait de toute manière dû rembourser cet emprunt et le fait de restituer le paiement indu n'aggravait en réalité pas sa situation, qui aurait été la même s'il n'avait pas perçu, par erreur, une pension surévaluée⁶³¹. L'avantage de ce moyen de défense est qu'il n'a pas nécessairement pour effet d'exclure toute *restitution*. Le montant dû sera seulement réduit dans la mesure du « désenrichissement » du défendeur, si toutes les conditions précitées sont remplies. Bien entendu, ce moyen de défense ne peut être utilisé

⁶²⁸ A. BURROWS, *op. cit.*, p.527. L'auteur prend l'exemple du défendeur qui, après la réception de l'enrichissement, est licencié ou subi un accident de voiture. Ces deux évènements n'ont rien à voir avec la réception de l'enrichissement, le défendeur ne peut donc invoquer le *change of position* : « Change of position is concerned with loss of benefit (disenrichment) and not with general hardship suffered by the defendant (...) Unless the subject is to disintegrate into a case by case discretionary analysis of the justice of individuals facts, far removed from principle, it is imperative that, there is a sufficient causal link between the defendant's unjust enrichment and his or her loss ».

⁶²⁹ Le plus souvent cette perte sera matérialisée par une dépense mais cela peut également prendre d'autres formes comme, par exemple, quitter son travail en raison de l'enrichissement reçu (exemple donné par Lord Walker dans l'affaire *Derby v. Scottish Equitable Plc*, (2001) Pens. L. R. 163, n°32).

⁶³⁰ Le défendeur étant âgé de 57 ans au moment de son licenciement, il a pu bénéficier de certaines aides. Arrivé à l'âge de 65 ans, âge officiel de départ à la retraite en Angleterre, il a fait valoir ses droits à la retraite.

⁶³¹ Comme l'explique Lord Brown: « I would not wish to be thought unsympathetic to Mr Derby's position. He is now beset by grave financial problems albeit, on the judge's findings, that would have been so even without the mistaken over-payment ».

par un défendeur de mauvaise foi, qui sait pertinemment qu'il n'a aucun droit sur cet enrichissement⁶³².

Cependant, le *change of position* ne tient pas compte d'une faute éventuelle du défendeur, notamment sa négligence, tant qu'il demeure de bonne foi⁶³³. Cette position a été défendue par le *Privy Council* dans une affaire *Dextra Bank & Trust Co Ltd v. Bank of Jamaica*, les juges estimant qu'il serait étrange de prendre en considération le comportement du défendeur, alors qu'il est admis que le comportement du demandeur n'a pas d'influence sur le bien-fondé de sa demande⁶³⁴. Seule la situation du défendeur, et non son comportement, peut avoir une conséquence sur le montant des *restitutions*. Ce moyen de défense permet ainsi d'atténuer l'éventuelle rigueur de la solution de principe, sans pour autant admettre trop facilement un déchargement du défendeur au motif qu'il ne dispose plus de l'enrichissement au jour de la demande ou du jugement. En effet, à partir du moment où l'*unjust enrichment* est déconnecté de toute idée de faute et de sanction, le comportement du demandeur ou celui du défendeur doivent par principe être indifférents. Dès lors qu'il s'agit de restituer un enrichissement à son légitime titulaire, celui qui l'a reçu doit logiquement le rendre, peu importe sa bonne ou mauvaise foi. En revanche, à partir du moment où le *change of position* est une règle de faveur et une protection accordée au défendeur, il n'est pas absurde de limiter son utilisation au seul défendeur de bonne foi. Il est d'ailleurs probablement plus correct d'affirmer que dans le droit de l'*unjust enrichment*, la mauvaise foi du défendeur est indifférente, car elle n'aura pas jamais pour effet d'aggraver sa situation par rapport à ce qu'il doit normalement restituer dès lors que toutes les conditions de l'*unjust enrichment* sont *prima facie* remplies. En revanche, la bonne foi peut incidemment jouer sur le montant des *restitutions* en faveur du défendeur, si ce dernier parvient à établir les conditions du *change of position*.

⁶³² A. BURROWS, *op. cit.*, p.537.

⁶³³ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°27-41; A. BURROWS, *op. cit.*, p.540-542.

⁶³⁴ (2001) WL 1422965, spéc. n° 45 « They regard good faith on the part of the recipient as a sufficient requirement in this context. In forming this view, they are much influenced by the fact that, in actions for the recovery of money paid under a mistake of fact, which provide the usual context in which the defence of change of position is invoked, it has been well settled for over 150 years that the plaintiff may recover 'however careless [he] may have been, in omitting to use due diligence'. It seems very strange that, in such circumstances, the defendant should find his conduct examined to ascertain whether he had been negligent, and still more so that the plaintiff's conduct should likewise be examined for the purposes of assessing the relative fault of the parties". On pourrait cependant remarquer, comme le souligne le Professeur Burrows, que les deux situations, celle du demandeur et celle du défendeur, sont différentes et qu'il n'est pas nécessairement étrange d'évaluer le comportement du défendeur lorsqu'il invoque un « désenrichissement » alors que le comportement du demandeur, qui ne demande qu'à récupérer son dû, est par principe indifférent (A. BURROWS, *op. cit.*, p. 541).

B) L'exception du *bona fide purchase*

170. Un moyen de défense en cas d'enrichissement indirect. Le moyen de défense *bona fide purchase* assure une protection au tiers de bonne foi, ayant reçu l'enrichissement des mains d'un premier récipiendaire et non du demandeur lui-même. Ce moyen ne joue donc que dans les cas d'enrichissement indirect, lorsque l'enrichissement est passé dans un premier patrimoine pour être transféré dans un second. Or, ce second transfert peut être justifié par la conclusion d'un contrat entre le premier récipiendaire et le tiers. Si ce contrat a été de surcroît conclu à titre onéreux, l'obligation de restituer l'enrichissement pourrait dégrader la situation du tiers. En effet, ce dernier serait d'un côté tenu d'exécuter la contrepartie prévue dans le contrat et, d'un autre côté, il serait également tenu de restituer l'enrichissement reçu. Le moyen de défense *bona fide purchase* a donc pour objectif de protéger ce tiers, en lui évitant d'avoir à restituer l'enrichissement, un peu comme l'article 2276 du Code civil protège le possesseur de bonne foi contre l'action en revendication du propriétaire. Ce moyen de défense fait donc obstacle à la demande, contrairement au *change of position* qui permet seulement de réduire le montant des *restitutions* dans la mesure du « désenrichissement »⁶³⁵. Le *bona fide purchase* n'est pas spécifique à l'*unjust enrichment* et provient du *property law* (droit des biens), au point que certains auteurs anglais réfutent même l'existence d'un tel moyen de défense au sein de l'*unjust enrichment*⁶³⁶.

171. Les conditions du *bona fide purchase*. La première condition pour que ce moyen de défense puisse jouer est la bonne foi du défendeur. Le défendeur doit établir qu'il n'avait pas conscience de l'origine de l'enrichissement. La bonne foi n'est cependant pas suffisante. Il doit également établir qu'il a exécuté une contre-prestation en échange de l'enrichissement reçu. Ce moyen de défense vise ainsi à préserver la sécurité des transactions, en évitant que le défendeur, qui a par exemple payé l'intermédiaire pour recevoir la chose, ne soit tenu de la restituer sans être certain de pouvoir récupérer la contrepartie qu'il a versé à l'intermédiaire, son cocontractant. Cette solution ne serait finalement que la transposition de la règle qui empêche toute *restitution* entre deux parties,

⁶³⁵ A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, *op. cit.*, n°3.173.

⁶³⁶ Voir les débats C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°29-12s., selon l'opinion de certains le *bona fide* serait inutile en raison du *change of position*. Il semble toutefois que l'état du droit anglais soit en faveur de la reconnaissance de ce moyen de défense au sein de l'*unjust enrichment*, d'où sa place dans le *Restatement* (A. BURROWS, *op. cit.*, art. 27, p.131s.).

lorsque le transfert prend sa source dans un contrat valide⁶³⁷. Il y a cependant une particularité en cas d'enrichissement indirect. Comme le contrat ne lie pas directement le demandeur au défendeur, ce dernier ne peut s'appuyer sur le seul contrat pour faire obstacle à la demande et le simple fait qu'il ait déjà exécuté la contreprestation ne pourrait être opposée au demandeur⁶³⁸. Il faut concilier deux intérêts contradictoires, celui du demandeur, dont l'enrichissement a été injustement transféré à un premier récipiendaire et celui du défendeur, qui a payé un tiers pour recevoir ce bien. Il faut noter que, puisque ce moyen de défense n'a vocation à jouer qu'en cas d'enrichissement indirect, il ne sera qu'exceptionnellement utilisé. En effet, le droit anglais n'admet que restrictivement les hypothèses où le demandeur peut agir contre un défendeur ayant reçu l'enrichissement des mains d'un tiers⁶³⁹.

Section II : La place de l'*unjust enrichment* au sein du droit des obligations anglais

172. L'*unjust enrichment* et ses frontières externes. Pour avoir une appréhension globale de l'*unjust enrichment*, il n'est pas suffisant de se contenter d'une étude des conditions de cette source d'obligation. Il est nécessaire d'analyser ses rapports avec les autres sources d'obligation. Le droit anglais connaît essentiellement⁶⁴⁰ quatre sources d'obligation : le contrat, les *torts* (délits civils issus des juridictions de *common law*), les *equitable wrongs* (délits civils issus des juridictions d'*equity*) et l'*unjust enrichment*. Ces sources sont généralement étudiées de manière séparée et il n'existe pas de régime général de l'obligation. S'il n'existe pas de régime général, les juristes anglais ont toutefois pris l'habitude d'analyser de manière distincte les différents remèdes, indépendamment de leurs sources d'obligation. Ainsi, il est possible de distinguer le *law of damages* et le *restitution law*. Tandis que le premier se concentre sur les différents types de dommages et intérêts existants et leurs règles d'évaluation, le second analyse les différentes hypothèses où le défendeur est tenu de restituer un gain. La confrontation de ces deux remèdes est particulièrement intéressante car un cas particulier est révélateur des difficultés actuelles de tracer des frontières entre les différentes sources d'obligation : les *restitutions for wrongs*

⁶³⁷ A. BURROWS, *op. cit.*, p.578s.

⁶³⁸ *Ibid.*, l'auteur citant un extrait de l'article du professeur Barker: « The defence exists in that type of case because the defendant is otherwise unprotected against the claims of the plaintiff who, in contract law, is immune from risk-allocation in contracts to which he is not party ».

⁶³⁹ Sur l'enrichissement indirect en droit anglais, voir *supra* n° 159.

⁶⁴⁰ La liste n'est pas exhaustive, les juristes anglais laissant la porte ouverte à de nouvelles sources.

ou, autrement qualifiés, les *restitutionary damages*. Ce cas présente la particularité de mêler à la fois les *damages* et les *restitutions*, car il correspond à l'hypothèse où le défendeur doit restituer le gain issu d'un délit civil (*torts* ou *equitable wrong*) ou d'une inexécution contractuelle (*breach of contract*)⁶⁴¹. Cette catégorie d'hybride, les *restitutionary damages*, invite d'ailleurs à s'interroger sur les frontières de l'*unjust enrichment* avec les autres sources d'obligation. Plus particulièrement, elle amène la question suivante : quel doit être le fait générateur de ces *restitutions*, lorsque le défendeur a tiré profit de la violation d'une autre source d'obligation (contrat, *tort* ou *equitable wrong*) ? Il est possible d'hésiter entre l'*unjust enrichment*, en raison du but poursuivi (la restitution d'un gain), ou d'une autre source d'obligation selon l'obligation violée initialement (contrat, *tort* ou *equitable wrong*). Si le droit anglais a préféré dissocier le cas des *restitutions for wrongs* de l'*unjust enrichment*, en estimant que le fait générateur est le délit civil ou l'inexécution contractuelle à l'origine de l'enrichissement du défendeur, cette solution s'avère critiquable et réduit le domaine de l'*unjust enrichment* de manière sans doute peu adaptée. Les interactions entre l'*unjust enrichment* et les autres sources d'obligation se réalisent donc à deux niveaux : au niveau des frontières entre chaque source et au niveau du fait générateur adéquat lorsque le défendeur s'est enrichi par la violation d'une obligation préexistante. Il est donc intéressant de s'intéresser d'abord aux relations entre le contrat et l'*unjust enrichment* (I), puis aux relations entre les *torts*⁶⁴² et l'*unjust enrichment* (II) et enfin au problème des *restitutions for wrongs* (III).

⁶⁴¹ Si cette hypothèse reçoit la double qualification de *damages* et de *restitution*, cela tient au fait que les *damages* sont la conséquence normalement attachée à la commission d'un *wrong* (*breach of contract*, *tort*, *equitable wrong*) et qu'il est ici également question de restituer un gain, ce qui entre dans le champ des *restitutions*.

⁶⁴² Les relations entre l'*unjust enrichment* et les *equitable wrongs* ne seront pas envisagés spécifiquement, car elles sont très similaires aux liens qui unissent les *torts* et l'*unjust enrichment*, il n'est donc pas nécessaire d'y consacrer un point particulier.

I) Les liens entre le droit des contrats et l'*unjust enrichment*

173. Des frontières difficiles à tracer. Quel que soit le système juridique étudié, les frontières entre le droit des contrats et l'enrichissement injustifié/*unjust enrichment* font toujours l'objet de nombreux débats⁶⁴³. Le droit anglais n'échappe pas à la règle et si l'histoire n'est pas étrangère à ces relations étroites⁶⁴⁴, une autre raison justifie également cette proximité. Le contrat étant le principal outil pour transférer un enrichissement, les risques de recoupement avec l'*unjust enrichment* sont importants. La difficulté ne porte pas véritablement sur la distinction entre le contrat et l'*unjust enrichment*, mais sur leurs champs d'application respectifs qui sont bien plus délicats à tracer, ne serait-ce que parce que le contrat ne se définit pas par sa finalité et peut donc recouvrir potentiellement un champ très large. Le principal point d'achoppement concerne les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat, en particulier en raison de l'inexécution du contrat. Est-ce le contrat qui justifie ces restitutions ou l'*unjust enrichment* ? Est-ce qu'il y a un intérêt à traiter, partiellement ou intégralement, ce cas au sein de l'*unjust enrichment* ? Ces questions ont beaucoup agité la doctrine anglaise, certains estimant le contrat impuissant à justifier ces restitutions, d'autres dénonçant au contraire la trop grande emprise du droit de l'*unjust enrichment*⁶⁴⁵. Ces débats sont particulièrement intéressants car ils révèlent qu'une solution unitaire (tout contractuel ou tout *unjust enrichment*) n'est probablement pas possible ni souhaitable. Seulement, alors que les droits continentaux dessinent classiquement ces frontières selon que le contrat a été rétroactivement ou non anéanti, le droit anglais se détourne totalement de cette distinction pour chercher un autre critère, sans doute plus subtil mais certainement plus intéressant. L'état du droit anglais n'a pas encore atteint son point d'achèvement et il n'est pas impossible que certaines solutions actuellement traitées par l'*unjust enrichment* soient mieux traitées par le droit des contrats. Toujours est-il que les solutions anglaises offrent des perspectives très intéressantes et pour mieux les cerner il faut

⁶⁴³ Il est vrai que l'une des principales applications de l'*unjust enrichment* concerne les hypothèses où le demandeur souhaite obtenir la restitution d'un enrichissement transféré en vertu d'un contrat qui a par la suite été remis en cause, mais comme le souligne le professeur Dickson, cela ne signifie pas pour autant que l'*unjust enrichment* ne constitue pas une source d'obligation à part entière, B. DICKSON, « Unjust Enrichment Claims : A Comparative Overview », *Cambridge Law Journal*, (54)1, March 1995, p. 100-126, spéc. p. 103 : « This does not mean that restitutionary principles recognised by the law must to this extent be viewed as part and parcel of the law contract. They should rather be seen as an autonomous set of principles which interact with established contractual principles ».

⁶⁴⁴ L'ancienne théorie de l'*implied contract* a brouillé les pistes entre le droit des contrats et l'*unjust enrichment*, sur l'*implied contract* voir *supra* n° 79.

⁶⁴⁵ Voir par exemple J. BEATSON, « Restitution and Contract : Non-cumul ? », *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 1, 2000, p.83s.

d'abord cerner le rôle de l'*unjust enrichment* en présence d'un contrat (A) avant d'examiner l'éventuelle combinaison entre les règles de l'*unjust enrichment* et celles du droit des contrats (B).

A) Le rôle de l'*unjust enrichment* en présence d'un contrat

174. Le risque à éviter : le contournement des règles contractuelles. Le principal problème auquel sont confrontés tous les systèmes juridiques est le risque de contournement des règles du contrat par le droit de l'*unjust enrichment*/enrichissement injustifié. Ce risque existe essentiellement dans deux hypothèses : lorsque le profit a été transféré à une troisième personne par un contrat (hypothèse classique d'enrichissement indirect), ou bien lorsque l'un des cocontractants entend sortir d'une mauvaise affaire ou éluder certaines clauses du contrat en faisant opportunément appel à l'*unjust enrichment*. Le premier risque est en grande partie évité en droit anglais, les hypothèses d'enrichissement indirect n'étant admises qu'en des cas exceptionnels⁶⁴⁶. En revanche, le second risque est bien réel et ce d'autant plus que le droit anglais laisse une place bien plus grande à l'*unjust enrichment*, dans les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat, que le droit allemand ou le droit français. Pourtant, de manière surprenante, le droit anglais respecte probablement davantage les prévisions des parties que les autres systèmes juridiques envisagés. À cet égard, même si le droit anglais est sans doute le droit qui offre les solutions les plus complexes et les plus subtiles, c'est aussi semble-t-il celui qui a le plus approfondi les liens entre le droit des contrats et l'*unjust enrichment*. S'il existe de tels liens entre les deux sources d'obligation, cela peut bien entendu s'expliquer en partie par l'ancêtre de l'*unjust enrichment*, les *quasi-contracts*, qui incitaient à les ranger auprès des contrats, mais cela n'explique pas tout, puisque le droit français connaît toujours cette catégorie sans faire autant de liens entre l'enrichissement injustifié et le droit des contrats⁶⁴⁷. Sur ce point il est donc possible d'opposer les droits continentaux au droit anglais. S'agissant des droits continentaux, les frontières sont certes plus simples *a priori* à tracer, mais elles souffrent vraisemblablement de cette simplicité qui n'apportent pas toujours les réponses les plus adaptées. Alors que le droit français ne fait pratiquement aucune distinction et tend à classer

⁶⁴⁶ Nous renvoyons aux développements consacrés à l'enrichissement indirect, voir *supra* n° 161s.

⁶⁴⁷ Il est d'ailleurs curieux d'observer que, malgré le maintien des quasi-contracts, cette catégorie est davantage mise en parallèle avec la responsabilité civile plutôt qu'avec le droit des contrats, ainsi par principe, le professeur Viney estime qu'en cas de lacunes des règles des quasi-contracts, il faut se reporter aux règles de la responsabilité civile (G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., L.G.D.J., 2019, n°310).

l'intégralité de ces restitutions dans le droit des contrats⁶⁴⁸, le droit allemand fait le départ selon que le contrat a été anéanti rétroactivement (application de l'enrichissement injustifié) ou non (application du droit des contrats)⁶⁴⁹. Il n'est pas certain que ce critère temporel soit particulièrement pertinent, car l'absence d'anéantissement rétroactif ne signifie pas pour autant que le contrat est apte à justifier les restitutions qui suivent. En se focalisant non pas sur l'anéantissement du fondement juridique (contrat) mais sur ce qu'ont réellement souhaité les parties et les contreparties effectivement reçues, le droit anglais apporte nous semble-t-il des réponses plus adaptées. Il convient d'emblée de noter que, si les juristes anglais connaissent la différence entre un anéantissement rétroactif et non rétroactif, la notion de rétroactivité, au moins s'agissant de l'*unjust enrichment*, est finalement perçue comme artificielle, raison pour laquelle la majorité des auteurs préfèrent se concentrer sur le caractère conditionnel ou non du transfert.

175. La réponse du droit anglais : le critère de la condition. En l'état du droit positif, le droit anglais l'*unjust enrichment* peut être invoqué dans plusieurs hypothèses : lorsque le contrat a été annulé, ou lorsqu'il a été résilié et que le demandeur souhaite être replacé dans la position qu'il devrait occuper si le contrat n'avait pas été conclu. Cela suppose toutefois qu'il n'existe pas de stipulations spécifiques dans le contrat organisant précisément cette hypothèse⁶⁵⁰, ce qui se comprend par l'idée que les règles de l'*unjust enrichment* ne sont pas d'ordre public. De la même manière que chaque personne est libre de disposer de ses biens, elle peut également organiser les conditions dans lesquelles le transfert d'un de ses biens peut être remis en cause. Allant plus loin, une partie de la doctrine anglaise estime qu'il n'est pas nécessaire que le contrat ait été anéanti pour invoquer les règles de l'*unjust enrichment*, bien que cela n'ait pas encore été expressément repris par la jurisprudence⁶⁵¹.

⁶⁴⁸ Voir sur l'étude du droit français *infra* n° 499. On peut toutefois noter que les apports de la réforme du 10 février 2016 sont sur ce point particulièrement faibles, en dépit de l'introduction d'un chapitre consacré aux restitutions. En effet, il n'est pas question du fondement de ces restitutions alors qu'un régime commun est prévu quelle que soit la cause des restitutions, nullité, caducité, répétition de l'indu ou la résolution.

⁶⁴⁹ Sur le droit allemand voir *supra* n° 59.

⁶⁵⁰ J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 30e ed., Oxford University Press, 2016, p.27.

⁶⁵¹ Ainsi le professeur Burrows estime qu'il faut plutôt regarder s'il existe dans les faits un risque de détournement du contrat. Il ajoute que la notion de *failure of consideration* est normalement suffisamment encadrée pour éviter ce risque, A. BURROWS, *op. cit.*, p.329: « Restitution for failure of consideration does not contradict the contract (and hence the parties' risk allocation) because, had it been known that the consideration would fail, the contractual obligation to render the benefit would not have arisen. The failure of consideration means that there is no contractual obligation to render the benefit as well as meaning that there can be restitution in respect of the benefits rendered ». Sur la notion de *failure of consideration* voir *supra* n° 116s.

Le droit anglais ne met pas l'accent sur l'absence de fondement au transfert ou l'anéantissement de l'acte juridique justifiant le transfert de l'enrichissement – il ne s'agit pas d'un modèle d'enrichissement injustifié. Il faut surtout regarder si le demandeur a conditionné le transfert de l'enrichissement à une contreprestation particulière. Si cette contreprestation n'est pas fournie, ou ne peut plus être fournie, le transfert de l'enrichissement est injuste, car le demandeur n'a consenti au transfert de cet enrichissement qu'à la condition de recevoir la contreprestation. Le transfert ne correspond pas en ce cas à sa volonté exprimée. Il est donc autorisé à obtenir la restitution de l'enrichissement transféré, selon les règles de l'*unjust enrichment*.

176. Illustrations jurisprudentielles. Ce critère explique parfaitement les solutions de droit positif. Ainsi si l'on reprend l'affaire *Fibrosa*, le client polonais peut demander la restitution de l'acompte, car cet acompte n'a été versé que dans la perspective, ou sous la condition, de recevoir la machine commandée au fabricant. S'il s'avère que l'exécution du contrat n'est pas possible ou qu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas, il est possible d'invoquer les règles de l'*unjust enrichment*, même si le contrat est toujours formellement en vigueur. Bien évidemment, dans la plupart des cas, une telle demande sera en réalité concomitante à une demande en résolution, mais il est possible que seule une prestation du contrat n'ait pas été exécutée. En ce cas, si cette prestation est divisible et indépendante des autres, comme l'était le paiement du surplus représentant la taxe à payer par le grossiste dans l'affaire *Roxborough*⁶⁵², il serait également possible de recourir à l'*unjust enrichment*. Ainsi, les juges doivent scruter l'intention des parties telle qu'elle résulte du contrat et des circonstances de fait entourant sa conclusion, sans recourir à un examen sur les intentions internes, non exprimées, des parties. Il est nécessaire de démontrer que la raison pour laquelle l'enrichissement a été transféré, telle qu'elle a été négociée par les parties au contrat, n'a pas été respectée. La présence d'un contrat ne fait pas obstacle à l'*unjust enrichment* lorsque le cocontractant n'est pas prêt à s'exécuter ou que le demandeur n'a pas renoncé à son droit.

Cela suppose également d'apporter la preuve que le demandeur n'a pas entendu supporter le risque de ne pas recevoir la contreprestation attendue. L'enrichissement est en

⁶⁵² Voir *supra* n° 119

ce cas inconditionnel et acquis au défendeur quelle que soit la tournure des évènements⁶⁵³. Il semble toutefois que, pour déclarer l'enrichissement inconditionnel, il faille une stipulation allant en ce sens dans le contrat, puisqu'il est raisonnable de penser que lorsqu'un contrat est synallagmatique, la prestation d'un contractant est conditionnée à la réception de la contreprestation de l'autre partie. Il faut toutefois mentionner certaines hypothèses plus complexes, où il est nécessaire que le contrat fasse clairement apparaître le fait que le transfert était conditionné à un élément précis. Il est possible de prendre pour exemple l'affaire *Roxborough*⁶⁵⁴. Le détaillant avait accepté de payer un surplus pour couvrir la taxe que le grossiste devait ensuite payer à l'État. En cours d'exécution du contrat, la taxe avait été jugée contraire à la Constitution et le grossiste avait pu obtenir la restitution des sommes déjà versées à l'État au titre de cette taxe. Le détaillant estimait que le grossiste devait en conséquence lui restituer le surplus qu'il avait payé et dont l'existence était seulement justifiée par cette taxe. Cette demande a été acceptée par les juges australiens, au motif que le contrat indiquait clairement que ce surplus n'était dû que pour couvrir la taxe payée par le grossiste. La disparition de la taxe justifiait donc les *restitutions*. En revanche, si le contrat n'avait pas précisé que le surplus du prix était justifié par le paiement de la taxe et qu'il y avait simplement un prix global, les juges n'auraient jamais accordé de *restitutions*. Il ne doit y avoir aucun doute sur la volonté des parties et la raison pour laquelle le demandeur a transféré l'enrichissement. En cas de doute sur la raison du transfert, la demande fondée sur l'*unjust enrichment* ne pourra vraisemblablement prospérer, au risque de contourner les stipulations du contrat.

177. L'*unjust enrichment* en complément du droit des contrats. L'un des apports du droit anglais est de montrer que la présence d'un contrat ne fait pas nécessairement obstacle à l'*unjust enrichment*. Mieux, l'*unjust enrichment* peut même être utilisé pour respecter la volonté des parties et adapter le contrat à un changement de circonstances, comme dans le cas de l'affaire *Roxborough*, avec la disparition de la taxe. Les règles du droit des contrats présentent un caractère spécial, limité à ce qui a été prévu par les parties et dérogeant aux règles plus générales du droit de l'*unjust enrichment*, qui reprend son empire dès lors que le contrat ne peut plus justifier le transfert. Ainsi, l'*unjust enrichment* peut,

⁶⁵³ On retrouve cette idée dans l'affaire *Fibrosa*, où les juges mettent clairement en avant le fait que le client polonais n'avait pas entendu verser de manière inconditionnelle l'acompte (voir *supra* n° 118). Cette solution explique en revanche que les sommes accordées à titre de « caution » (*deposit*) ne sont pas restituées lorsqu'il est mis fin au contrat.

⁶⁵⁴ Voir *supra* n° 119.

schématiquement, intervenir dans deux grandes hypothèses, soit en raison d'une inexécution substantielle du contrat, c'est-à-dire de l'inexécution de l'obligation contrepartie au transfert, mais non de l'inexécution d'une obligation accessoire, soit en raison d'un changement de circonstances remettant en cause les prévisions des parties, voire rendant l'exécution du contrat impossible, comme dans l'affaire *Fibrosa*. Lorsque le comportement d'une partie ou des circonstances de fait modifient à ce point les obligations et la charge des risques prévues par les parties, l'*unjust enrichment* permet de répondre à un déséquilibre. Ce déséquilibre s'analyse bien entendu par rapport à ce qui a été initialement prévu par les parties, et non par rapport à un déséquilibre « objectif ». Ce rééquilibrage peut être total si le contrat est anéanti, au moins pour l'avenir, et conduire à des *restitutions* réciproques, le demandeur pouvant également être amené à restituer ce qui l'aurait perçu au titre du contrat, ou bien seulement partiel, si le contrat subsiste. En ce cas, il est nécessaire d'établir que les différentes prestations prévues dans le contrat sont divisibles, et que l'une des prestations justifiant le transfert du gain du demandeur n'a pas été exécutée ou n'est pas exécutable⁶⁵⁵. Le droit des contrats et l'*unjust enrichment* fonctionnent ainsi en tandem et il faut se demander quel est l'objectif du demandeur : souhaite-t-il obtenir l'exécution du contrat, par équivalent ou en nature, ou, si les conditions le permettent, souhaite-t-il sortir du contrat, intégralement ou partiellement, et retrouver sa position antérieure ? Bien que cela soit encore discuté⁶⁵⁶, une majorité d'auteurs, suivie en cela par la jurisprudence, estiment que les *restitutions*, qui visent à remettre le demandeur dans sa position initiale en lui permettant de récupérer le gain transféré, sont fondées sur l'*unjust enrichment* et non sur le contrat⁶⁵⁷.

178. Restitution et services. Il est tout de même un cas où il est difficile d'estimer que les *restitutions* sont bien fondées sur l'*unjust enrichment* et non sur le contrat : lorsque le

⁶⁵⁵ Voir notamment pour une synthèse T. BALOCH, *Unjust Enrichment and Contract*, Hart Publishing, 2009, spéc. p.180-181.

⁶⁵⁶ Certains auteurs estiment ainsi que les *restitutions* sont toujours justifiées par le contrat et relèvent en tant que telles du droit des contrats, voir notamment pour une synthèse : P. JAFFEY, « Two Theories of Unjust Enrichment », in J. W. NEYERS, M. MCINNES, S. G. A. PITEL, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p. 139 s., spéc. p. 153 : « Any claim that arises as a result of the fact that a contract was not performed as agreed, and by virtue of this, must be contractual », l'auteur s'inscrit plus largement dans un courant minoritaire qui rejette l'existence même de l'*unjust enrichment*, voir pour de plus amples développements P. JAFFEY, *Private Law and Property Claims*, Bloomsbury, 2007, spéc. Chap. 8: « Restitution and the Unjust Enrichment Fallacy », p.211s.

⁶⁵⁷ Voir notamment J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 620 (à propos des restitutionary awards accordés en cas d'inexécution): « It should also be stressed that, even where the innocent party is seeking these remedies where the contract has been discharged for breach, the cause of action is not breach of contract but rather unjust enrichment with the relevant ground of unjust enrichment

demandeur souhaite obtenir des *restitutions* en raison d'un service qu'il a réalisé pour le défendeur, en vertu d'un contrat qui a été anéanti. Au temps des *forms of action*, lorsque le demandeur souhaitait obtenir la « restitution » du gain représenté par le service accompli, en l'absence de contrat ou en raison d'un contrat ineffectif, la demande était fondée sur le *quantum meruit*. La logique de cette action était de fournir une juste rémunération pour le travail accompli. Elle était initialement classée en droit des contrats, car elle impliquait une promesse (fictive) de payer de la part du défendeur⁶⁵⁸.

Au-delà des aspects historiques, la singularité de ce cas par rapport aux hypothèses où les *restitutions* concernent une somme d'argent ou un bien en nature est assez frappante. Lorsqu'il est question de « restituer » le gain représentant la valeur du service, le demandeur ne souhaite pas faire abstraction du contrat et occuper la position qui aurait dû être la sienne s'il n'y avait pas eu ce contrat, cela reviendrait à nier qu'un service ait été accompli. Au contraire cela ressemble fortement à une demande d'exécution du contrat, même si elle n'est que partielle. À ceci près que les règles de l'*unjust enrichment* lui permettent éventuellement d'obtenir une rémunération supérieure à celle prévue dans le contrat, si cette dernière était sous-évaluée par rapport au prix normal du marché (ou au prix qu'aurait payé une personne raisonnable à la place du défendeur⁶⁵⁹). À cet égard, certains auteurs souhaitent qu'il y ait un plafond ne permettant pas au demandeur d'obtenir davantage que ce qu'il aurait pu obtenir en vertu du contrat⁶⁶⁰. Ce qui est tout à fait compréhensible si l'on estime qu'il s'agit moins de restituer un enrichissement injustifié que d'accorder au demandeur une rémunération proportionnelle au travail accompli. À l'heure actuelle cependant, la solution du droit anglais est la suivante : le demandeur qui a fourni une prestation de service, en vertu d'un contrat qui a été anéanti, peut demander des *restitutions* sur le fondement de l'*unjust enrichment*. Cette demande est intégralement soumise au régime de l'*unjust enrichment* et les *restitutions* accordées peuvent donc être supérieures ou inférieures au prix fixé initialement dans le contrat.

being, for example, total failure of consideration ». Cette approche est globalement retenue dans tous les ouvrages généraux sur l'*unjust enrichment*, bien entendu dans celui du professeur Burrows (A. BURROWS, *The Law of Restitution, op.cit.*, p.319), mais également dans le Traité *Goff & Jones* (C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°12-01s.).

⁶⁵⁸ Voir *supra* n° 75 et 76.

⁶⁵⁹ Sur l'évaluation de l'enrichissement voir *supra* n° 96s.

⁶⁶⁰ Voir la synthèse du Professeur Virgo sur les arguments en faveur et en défaveur de ce plafond, G. VIRGO, *op. cit.*, p.100-102. L'un des arguments militant en faveur de ce plafond est bien entendu le fait qu'il est admis que le défendeur puisse établir qu'il évalue l'enrichissement à une valeur moindre que sa valeur de marché (*subjective devaluation*, voir *supra* n° 98). Or la conclusion d'un contrat avec stipulation d'un prix est une preuve assez forte de la valeur réelle de la prestation aux yeux des parties.

B) La combinaison entre les remèdes du droit des contrats et l'*unjust enrichment*

179. La combinaison entre les règles sanctionnant l'inexécution du contrat et l'*unjust enrichment*. Les problèmes de combinaison se poseront essentiellement lorsque l'une des parties a inexécuté ses obligations (*breach of contract*), puisqu'il est en ce cas possible pour la partie souffrant de l'inexécution d'obtenir des *damages*, voir, exceptionnellement, l'exécution forcée du contrat (*specific performance*)⁶⁶¹. Ces questions ne se poseront pas en cas de *frustration* du contrat, c'est-à-dire en cas de changements de circonstances bouleversant les prévisions des parties⁶⁶², puisque ces événements ont pour principal effet de libérer les parties de leurs obligations et, le cas échéant, de provoquer des *restitutions* si une partie avait déjà accompli sa prestation et n'a rien reçu en retour, mais aucun *damages* ne pourront être accordés⁶⁶³. En pratique, le cas de concours le plus fréquent est le suivant : un contrat a été inexécuté et le demandeur peut à la fois envisager le fondement contractuel, au titre du *breach of contract* et le fondement de l'*unjust enrichment*, avec l'*unjust factor failure of consideration*. Peut-il choisir les règles qui lui sont le plus favorables ou existe-t-il une hiérarchie ? Il faut distinguer selon que la partie demanderesse est l'auteur de l'inexécution ou la partie souffrant de l'inexécution. Aussi étonnant que cela puisse paraître, il n'est pas exclu que la partie qui est elle-même à l'origine de l'inexécution puisse obtenir des *restitutions*. Les règles ne sont pas identiques et si la partie innocente peut obtenir des *restitutions* plus aisément (1°), la partie à l'origine de l'inexécution peut exceptionnellement voir sa demande accueillie sur ce fondement (2°).

⁶⁶¹ Contrairement au droit français, le principe en droit anglais n'est pas l'exécution forcée, mais l'exécution par équivalent grâce à l'octroi de *damages*. Dans certaines circonstances, les juges peuvent néanmoins accorder l'exécution forcée s'ils l'estiment opportun, pour de plus amples détails voir J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 608-615.

⁶⁶² Il n'est pas possible de traduire *frustration* par force majeure, car leurs champs d'application respectifs ne se recouvrent pas complètement, la doctrine du *frustration* pouvant notamment recouvrir des cas comme la disparition de l'objet principal du contrat, d'un changement de législation ou du décès d'un contractant alors que ce dernier était tenu d'accomplir un service que seul lui pouvait accomplir (ex : un orchestre invite un pianiste de renom à se produire mais celui-ci décède la veille du concert), pour de plus amples développements et exemples voir J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 497s.

⁶⁶³ Cela est essentiellement recouvert par l'*unjust factor failure of consideration* (voir *supra* n° 116s.), et il faut ajouter qu'une loi particulière encadre également cette hypothèse, *Law Reform (Frustrated Contracts) 1943*, qui est perçue comme la loi la plus importante concernant l'*unjust enrichment* (A. BURROWS, *The Law of Restitution, op. cit.*, p.361 s.), une section entière lui est même consacrée dans le traité *Goff & Jones* (C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, « 15. Frustrated Contracts », n°15-01s.).

1°) Le choix de l'action pour la partie innocente

180. L'absence d'exigence de subsidiarité. Il n'existe pas de condition de subsidiarité en droit anglais⁶⁶⁴. Dès lors, en cas de concours d'actions, il est par principe possible de choisir l'action la plus favorable. Si le concours d'actions est accepté en droit anglais, cela tient au fait que l'*unjust enrichment* protège des intérêts différents de ceux du droit des contrats. Tandis que l'*unjust enrichment* vise à préserver le patrimoine du demandeur en corrigeant tout transfert vicié, les *damages* résultant de l'inexécution du contrat ont pour objectif de placer le contractant dans la situation qui aurait dû être la sienne si le contrat avait été correctement exécuté⁶⁶⁵. Le demandeur est donc libre de choisir l'action la plus favorable selon l'intérêt qu'il entend protéger.

181. Les cas possibles de concours d'actions. En dépit d'un courant doctrinal qui estime que l'anéantissement du contrat n'est pas une condition nécessaire pour obtenir des *restitutions* sur le fondement de l'*unjust enrichment*, la jurisprudence n'a encore jamais octroyé de *restitutions* lorsque le contrat subsiste⁶⁶⁶. Aussi, pour que le demandeur puisse obtenir des *restitutions*, il faut que le contrat ait été « mis de côté » ou anéanti, c'est-à-dire que le demandeur doit avoir résilié le contrat en raison de l'inexécution, ce qui suppose une inexécution privant le contrat de sa substance⁶⁶⁷. Par principe, en droit anglais, l'anéantissement en ce cas n'emporte aucun effet rétroactif⁶⁶⁸. Toutefois, et comme souvent, affirmer que l'anéantissement n'est pas rétroactif ne résout pas toutes les difficultés. S'il n'y a guère de doutes pour les obligations ayant déjà été exécutées et pour lesquelles chacune des parties a reçu la contreprestation attendue⁶⁶⁹, le sort des autres obligations, en

⁶⁶⁴ Voir notamment J. BEATSON, E. SCHRAGE (ed.), *op. cit.*, p.423 s., il est cependant noté que le fait qu'il soit généralement exigé que le contrat soit résilié ou annulé avant de pouvoir demander des *restitutions* peut être perçu comme une forme de subsidiarité de l'*unjust enrichment* par rapport au droit des contrats (*ibid.*, p. 426). Toutefois, il nous semble un peu excessif d'y voir une forme de subsidiarité, ou plutôt il est inutile de passer par cette notion puisque cette hypothèse peut être encadrée par le caractère injuste de l'enrichissement.

⁶⁶⁵ Voir notamment A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, *op. cit.*, n°4-17.

⁶⁶⁶ Voir *supra* n° 175, sur le critère de la condition.

⁶⁶⁷ Une simple inexécution n'est pas suffisante, à moins que le contrat ne dispose expressément que tel événement entraînera la résiliation, autrement il faut une inexécution « sérieuse » et substantielle (pour plus de détails voir J. W. CARTER, *op. cit.*, p. 83s).

⁶⁶⁸ Voir notamment J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p.553; E. PEEL, *Treitel, The Law of Contract*, 14^e ed, Sweet & Maxwell, 2015, n°22-022.

⁶⁶⁹ L'exemple fréquemment repris étant celui où le contrat prévoit que chaque mois A devra livrer à B une certaine quantité de marchandises pour lesquelles il recevra une certaine somme d'argent, payée les 1ers de chaque mois. Si le contrat a correctement été exécuté pendant 6 mois et qu'au 7^e mois B n'est pas livré et met fin au contrat, il ne pourra obtenir restitution des sommes versées pendant les 6 premiers mois, puisqu'il

particulier celles n'ayant été que partiellement exécutées, est plus incertain. Les difficultés surgissent tout particulièrement lorsque l'un des cocontractants n'a accompli qu'une partie de la prestation de service demandée et souhaite malgré tout obtenir, non pas le prix intégral tel que fixé dans le contrat, mais une rémunération représentant la valeur du travail fourni. Il n'existe à l'heure actuelle pas de règles parfaitement certaines pour résoudre ces difficultés, et tout dépend encore de la manière dont les juges interprètent l'exigence d'une *failure of consideration*, en particulier si elle doit être totale ou si une *partial failure* est admise⁶⁷⁰. Si une clause du contrat prévoit expressément que le prix n'est dû qu'au complet achèvement de la prestation et que la résiliation intervient avant, le demandeur ne pourra obtenir aucune *restitution*⁶⁷¹. En revanche, dès lors qu'aucune stipulation du contrat n'envisage cette hypothèse, il faut se reporter à l'intention présumée des parties, aucune règle de principe n'existant en ce cas.

182. La distinction entre la restitution d'une somme d'argent et la restitution d'un bien en nature ou d'un service. Pour apprécier concrètement les cas où il est possible d'admettre des *restitutions*, la doctrine fait généralement une distinction selon que le demandeur entend obtenir les *restitutions* d'une somme versée ou l'équivalent d'un bien transféré ou d'un service rendu. De manière générale, les *restitutions* d'une somme d'argent posent bien moins de difficultés que les autres formes de *restitutions*. Si l'on laisse de côté les difficultés résultant de l'appréciation de l'exigence d'une *total failure of consideration*, la seule question qui peut se poser réside dans le caractère conditionnel ou non du versement de la somme d'argent. Ainsi, les « cautions » ne peuvent être restituées lorsque le contrat est résilié, si le contrat prévoit que le défendeur peut conserver la somme versée en cas de non-exécution du contrat pour quelle que cause que ce soit⁶⁷².

Les autres formes de *restitution*, en particulier celles concernant les services, ont causé bien plus de difficultés. Parmi les quelques décisions ayant eu à traiter de ce problème, l'affaire la plus fréquemment citée est *Planché v Colburn*⁶⁷³. Dans cette affaire, les juges avaient admis que le demandeur pouvait obtenir une partie du prix en dépit de l'exécution

a obtenu les marchandises prévues au contrat. En revanche, pour le 7^e mois, s'il n'a rien reçu en contrepartie de son paiement, il pourra obtenir le remboursement.

⁶⁷⁰ Voir *supra* n° 120, sur l'exigence d'une *total failure*.

⁶⁷¹ C. WEBB, *Reason and Restitution, A theory of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, p. 168.

⁶⁷² Voir notamment B. MCFARLANE, R. STEVENS, « In defence of Sumpter v Hedges », *Law Quarterly Review*, 2002, 569 s., spéc. p. 575.

⁶⁷³ (1831) 8 Bing. 14, 131 ER 305.

incomplète de l'ouvrage. Le demandeur devait rédiger un traité sur les anciennes armures destiné à être publié dans un périodique. Malheureusement, en raison du faible succès de la revue, les éditeurs mirent un terme à sa publication avant que le demandeur n'ait pu achever son article. Cependant, le demandeur avait déjà passé un temps considérable et rédigé une partie de l'ouvrage. Comme l'ouvrage n'était toutefois pas complet, il ne lui a été accordé qu'une partie de la somme prévue dans le contrat (50 £ sur les 100 £ prévus initialement) sur le fondement de l'ancienne action du *quantum meruit*⁶⁷⁴. Pour les juges, si le contrat n'existait plus, le demandeur ne devait néanmoins pas perdre le fruit de son travail, surtout que le demandeur avait entrepris ce travail dans l'objectif d'être rémunéré⁶⁷⁵. Cette décision a toutefois fait l'objet de critiques car le demandeur n'avait même pas délivré une partie de l'ouvrage au défendeur. L'enrichissement de ce dernier était donc douteux en l'espèce, sauf à admettre que le défendeur est présumé s'être enrichi du fait qu'il ait requis le service⁶⁷⁶. Bien que l'application de la solution aux faits ait été critiquée, la solution demeure aujourd'hui toujours de droit positif : dès lors que le défendeur a reçu une partie de ce qui a été prévu, alors que le demandeur n'a reçu aucun paiement, il peut obtenir une juste rémunération pour ce qui a été accompli, au titre de l'*unjust enrichment*⁶⁷⁷.

183. La différence entre les *restitutions* et les *damages*. L'une des questions qui peut se poser face à cette situation est celle de l'intérêt de laisser le choix au demandeur entre ces deux actions, puisqu'*a priori* le demandeur pourrait obtenir la même chose sur le terrain des *damages* ? Mais tel n'est pas le cas, en réalité, car même si en pratique, il existera bien souvent une coïncidence entre le montant des *restitutions* et des *damages*, la manière de calculer les deux diffère. Le demandeur peut ainsi avoir intérêt à préférer l'une des actions par rapport à l'autre. Globalement, les *restitutions* seront plus avantageuses lorsque la

⁶⁷⁴ L'affaire date de 1831, soit une époque où l'*unjust enrichment* n'existait pas encore et où les *forms of action* existait toujours, sur cette époque voir *supra* n° 79. Cette affaire est cependant toujours citée à l'heure actuelle, les juristes anglais ayant tendance à se fonder sur d'anciennes décisions pour justifier des solutions actuelles.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, voir l'opinion du juge Tindal: « The considerations by which an author is generally actuated in undertaking to write a work are pecuniary profit and literary reputation (...) when a special contract is in existence and open, the Plaintiff cannot sue on a quantum meruit: part of the question here, therefore, was, whether the contract did exist or not. It distinctly appeared that the work was finally abandoned; and the jury found that no new contract had been entered into. Under these circumstances the Plaintiff ought not to lose the fruit of his labour ».

⁶⁷⁶ T. BALOCH, *op. cit.*, p.138-139.

⁶⁷⁷ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p.346-347: « In principle, if the innocent party has validly terminated the contract for breach it should be entitled to restitution provided there has been a total or partial failure of consideration and provided it can establish, whether by showing an incontrovertible benefit or by the 'request' test, that the defendant has been benefited ».

valeur de la chose acquise ou du service accompli a sensiblement diminué depuis la conclusion du contrat, ou qu'elle a été sous-évaluée par les parties. Le principe est que les *damages* doivent placer le contractant dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté (*performance* ou *expectation measure*). Aussi il n'est pas possible de sortir d'une mauvaise affaire si le prix de la chose ou du service a fortement chuté depuis la conclusion du contrat ou s'il avait été, dès l'origine, sous-évalué⁶⁷⁸. Inversement, les *damages* seront bien plus intéressants si la valeur de la chose ou du service a, au contraire, fortement augmenté depuis la conclusion du contrat, le demandeur pouvant en ce cas obtenir la plus-value puisqu'il l'aurait obtenue si le contrat avait été correctement exécuté⁶⁷⁹. De manière générale, le fait de pouvoir échapper à une mauvaise affaire est globalement accepté en droit anglais, dans la mesure où l'autonomie de l'*unjust enrichment* justifie qu'il ne soit pas tenu compte de ce que le demandeur aurait pu obtenir si le contrat avait été exécuté⁶⁸⁰. Cependant, et comme cela a déjà été remarqué précédemment⁶⁸¹, certains auteurs ont tout de même proposé de tenir compte du prix du contrat comme d'un plafond limitant le montant des *restitutions*. Mais, il est notable de constater que ce plafond n'a été proposé que dans l'hypothèse où les *restitutions* concernent la valeur d'une prestation de service.

184. L'inconvénient de l'*unjust enrichment* en cas de restitution d'une prestation de service. Pour mieux comprendre la particularité des services et l'inconvénient de ne pas admettre que la rémunération fixée dans le contrat soit un plafond, il suffit de comparer le cas des services avec le cas des *restitutions* d'une somme d'argent ou d'un bien en nature. Lorsque le gain consiste en une somme d'argent ou en un autre bien, le défendeur l'a

⁶⁷⁸ Voir notamment J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p.570; A. BURROWS, *op. cit.*, p. 344-345. Il faut toutefois mentionner l'hypothèse où le demandeur a transféré un bien autre qu'une somme d'argent, dont la valeur a augmenté depuis la conclusion du contrat (par exemple le demandeur a transféré une poterie pour un prix de 200, qui est depuis évaluée à 250). En ce cas, si la poterie ne peut être restituée en nature, il faudra tenir compte de sa valeur actuelle (au jour des *restitutions* soit 250), si le demandeur se place sur le terrain de l'*unjust enrichment*.

⁶⁷⁹ J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 570, les auteurs donnant l'exemple de l'acquéreur d'un tableau qui n'a jamais été délivré, il pourrait obtenir la valeur réelle du tableau quand bien même cette valeur dépasse de loin le prix de vente du tableau.

⁶⁸⁰ C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°3-46: "The law of unjust enrichment is independent of the law of contract, and there is no reason why the different bases on which liability arises should yield the same outcome. Unlike the situation where damages for breach of contract might be formulated in terms of expectation or reliance loss, there is no compelling policy reason why a claimant in such circumstances should not be able to avail himself of the law of unjust enrichment in order to escape from a bad bargain".

⁶⁸¹ Voir *supra* n° 178.

effectivement recueilli dans son patrimoine, de sorte qu'il est moins délicat de l'inciter à restituer ce qu'il a perçu, quand bien même cela revient à admettre que le demandeur obtienne davantage que ce qu'il aurait perçu si le contrat avait été exécuté. Par exemple, si le demandeur a payé 500 pour un bien qui ne vaut plus que 400 et qui ne lui a jamais été délivré, s'il se fondait sur les *damages* il ne pourrait pas récupérer les 500 qu'il a effectivement versés, car si le contrat avait été exécuté il aurait un bien qui ne vaut plus que 400. La situation n'est pas la même lorsque le bénéfice perçu par le défendeur prend la forme d'une prestation de service, *a fortiori* si cette prestation ne conduit à aucun accroissement du patrimoine du défendeur. Dans ce cas, il doit « restituer » un enrichissement qui ne figure pas dans son patrimoine et qu'il ne peut ni échanger ni transférer à son tour. Une manière de le protéger consiste ainsi à plafonner le montant des *restitutions* au prix prévu dans le contrat. En ce cas l'objectif n'est pas de placer le demandeur dans la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, mais bien de faire comme si le contrat avait été exécuté, au moins en partie. Il est ainsi possible de comprendre la limite du prix fixé par le contrat, puisque le demandeur n'aurait pas pu espérer davantage si le contrat avait été correctement exécuté. Autrement dit, il nous semble que cette limite revient, implicitement, à admettre que l'octroi d'une rémunération pour le travail accompli par le demandeur ne relève pas des *restitutions of unjust enrichment* mais bien des *damages for breach of contract*⁶⁸². Ce n'est toutefois pas la solution actuellement retenue par le droit positif, qui ne fait pas de distinction selon que les *restitutions* portent sur une prestation de service, une somme d'argent ou un bien en nature. Il est donc possible pour le demandeur d'obtenir des *restitutions* supérieures à la rémunération fixée dans le contrat, lorsque ce dernier a effectué une prestation de service pour le défendeur, en vertu d'un contrat qui a été anéanti⁶⁸³.

2°) Le choix de l'action pour la partie à l'origine de l'inexécution

185. Les règles de principe. Il s'agit cette fois-ci de se placer du côté de la partie ayant inexécuté son obligation. Par hypothèse, cela suppose que l'inexécution ne soit pas totale,

⁶⁸² P. JAFFEY, « Unjust Enrichment and Contract », *The Modern Law Review*, (2014) 77(6), p.983s., spéc. p. 986: “Unfortunately, the law of unjust enrichment treats a non-contractual claim for payment for services as analogous to the claim to recover a mistaken payment, and assimilates these very different types of claim under a common framework for unjust enrichment. This obscures the distinction between them, and undermines the contractually-oriented regime for claims for payment for services”.

⁶⁸³ Voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°3-52s.

sinon le demandeur ne pourrait prétendre à rien. La situation en cause est celle où le demandeur a partiellement exécuté la ou les prestations prévues au contrat. Le demandeur peut-il en raison de cette inexécution obtenir la restitution de tout ce qu'il a transféré avant l'inexécution ? Intuitivement, il serait possible de penser que l'octroi de *restitutions* est impossible en ce cas. Ce n'est pas le parti pris du droit anglais où le rôle de la faute est marginal voire inexistant en ce qui concerne l'*unjust enrichment*, même si la solution prônée par le *Restatement* est que l'auteur de l'inexécution ne peut en ce cas se fonder sur l'*unjust factor failure of consideration*⁶⁸⁴. Cette source d'obligation n'ayant pas vocation à sanctionner un comportement, l'auteur de l'inexécution peut obtenir des *restitutions* lorsqu'il a conféré un bénéfice à son contractant qui ne trouve plus aucune justification du fait de la résiliation du contrat.

Toutefois, la solution n'est pas exactement la même selon le type de contrat en cause. Le droit anglais établit une distinction entre deux types de contrats : l'*entire contract* et le *severable contract*⁶⁸⁵. L'*entire contract* fait référence à un contrat dont les prestations ne sont pas divisibles, car les parties regardent le contrat comme un tout. À l'opposé, le *severable contract* est un contrat où les prestations sont « séparables », c'est-à-dire que les différentes prestations du contrat peuvent être considérées indépendamment les unes des autres. La qualification du contrat dépend avant tout de l'intention des parties et est affaire d'interprétation. Un contrat sera plus aisément qualifié d'*entire contract* lorsque les parties ont prévu que le prix ne peut être payé qu'à l'achèvement complet de la ou des prestations. Inversement, lorsque le contrat prévoit un échelonnement du paiement du prix en fonction de l'exécution du contrat, la qualification de *severable contract* sera plus probable. En présence d'un *entire contract*, la solution est radicale : le demandeur ayant exécuté une partie de la prestation ne peut rien espérer et ce quel que soit le fondement. Aucun *damages* ne peuvent être accordés, ni aucune *restitution* sur le fondement de l'*unjust enrichment*. En revanche, en présence d'un *severable contract*, il est possible que le demandeur obtienne quelque chose au prorata de l'exécution du contrat, sur le fondement du contrat ou sur le fondement de l'*unjust enrichment*.

⁶⁸⁴ A. BURROWS (ed.) *Restatement, op. cit.*, art. 15(4)(b), p. 86 et le commentaire p. 90: « normally, a person who breaks a contract may not rely on failure of consideration as an unjust factor », les auteurs ne donnent cependant pas de critère permettant d'affirmer dans quels cas l'auteur de l'inexécution peut tout de même demander des *restitutions*, ils se réfèrent aux décisions s'étant déjà prononcées à ce sujet.

⁶⁸⁵ Pour une présentation de cette distinction voir le rapport du *Law commission n°121, Pecuniary restitution on breach of contract* (1983), n°2.2.

186. Illustrations jurisprudentielles. Pour mieux illustrer cette hypothèse, il est possible de prendre appui sur une affaire célèbre, *Dies v. British and International Mining and Finance Corporation Ltd*⁶⁸⁶. Un contrat de vente d'armes et de munition avait été conclu, mais l'acquéreur n'avait versé qu'une partie du prix et n'avait jamais pris délivrance des biens objets de la vente. Le vendeur résilia donc le contrat, mais l'acquéreur souhaitait récupérer la somme qu'il avait déjà versée. L'action a été accordée sur le fondement d'un consentement fictif de rembourser la somme d'argent (l'*unjust enrichment* n'existait pas encore comme fondement). Dans cette hypothèse il faut tout de même déduire des *restitutions* les possibles *damages* que la partie innocente peut réclamer à son cocontractant. En revanche, lorsque l'auteur de l'inexécution s'était engagé à effectuer une prestation de service, la jurisprudence semble être bien plus pointilleuse. Pour accorder des *restitutions*, elle exige que l'intégralité de la prestation ait été accomplie et rejette toute demande en *restitutions* dès lors que le demandeur n'a accompli qu'une partie de la prestation⁶⁸⁷. Cette solution peut avoir des effets particulièrement sévères pour le demandeur, puisqu'il importe peu que le demandeur n'ait exécuté que 10% ou 90% du service requis, le résultat sera le même. Il ne pourra obtenir aucune *restitution* pour la valeur du service rendu, ni pour les dépenses ou les biens qui ont finalement bénéficié au défendeur, qui pourra donc en profiter gratuitement. Ainsi, dans l'affaire *Sumpter v Hedges*⁶⁸⁸, le demandeur devait construire deux maisons sur le terrain appartenant au défendeur pour une somme de £565. Il avait, avant l'abandon des travaux faute d'argent, accompli des travaux pour une valeur de £333. Le défendeur acheva finalement les travaux, à son compte, en utilisant les outils et matériaux laissés par le demandeur. Le demandeur souhaitait obtenir une partie du prix, représentant la valeur des travaux accomplis, mais cette demande fut rejetée au motif que le demandeur avait abandonné l'exécution du contrat et que le prix prévu n'était dû qu'une fois l'intégralité de la prestation achevée⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ (1939) 1 KB 724.

⁶⁸⁷ J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *op. cit.*, p. 630; A. BURROWS, *op. cit.*, p. 356-361.

⁶⁸⁸ (1898) 1 QB 673

⁶⁸⁹ Voir notamment l'opinion du juge Smith: « The law is that, where there is a contract to do work for a lump sum, until the work is completed the price of it cannot be recovered. Therefore, the plaintiff could not recover on the original contract », ainsi que celle du juge Collins: « If the plaintiff had merely broken his contract in some way so as not to give the defendant the right to treat him as having abandoned the contract, and the defendant had then proceeded to finish the work himself, the plaintiff might perhaps have been entitled to sue on a quantum meruit on the ground that the defendant had taken the benefit of the work done. But that is not the present case ». Il faut noter cependant que le demandeur avait reçu une partie du prix par le défendeur en avance.

187. Une solution fortement débattue. – Les différentes positions. Cette décision, et celles qui ont suivi⁶⁹⁰, font toujours l'objet de nombreuses critiques, la majorité de la doctrine rejetant en particulier le manque de flexibilité de cette solution⁶⁹¹. Un rapport de la *Law Commission*⁶⁹² avait ainsi proposé d'abandonner la règle posée par *Sumpter v Hedges*, à savoir que l'auteur de l'inexécution ne peut obtenir une rémunération pour le travail accompli lorsque le travail n'a pas été mené à son terme. Le rapport de la *Law Commission* propose une solution de compromis, évitant la solution du tout ou rien. En cas d'exécution partielle du contrat, même pour un *entire contract*, le demandeur pourra obtenir une indemnité représentant la valeur de la prestation effectivement accomplie, mais cette indemnité ne pourra pas dépasser ce qui est prévu initialement dans le contrat. En somme, il n'est pas possible de faire appel aux règles de l'*unjust enrichment* pour obtenir un montant supérieur à celui initialement prévu par les parties⁶⁹³. Cette solution n'a cependant pas été adoptée. Certains auteurs ont tout de même approuvé la décision *Sumpter v Hedges*⁶⁹⁴. Ces auteurs estiment ainsi qu'il ne s'agit que de l'application orthodoxe des principes généraux, la question principale étant de savoir si la prestation est ou non, selon l'intention des parties, divisible. Si le contrat n'est pas explicite sur ce point, il faut ainsi se reporter à des indices : tels que la manière dont le prix est fixé⁶⁹⁵ ; le fait que la simple exécution partielle de la

⁶⁹⁰ Voir notamment *Bolton v Mahadeva*, (1972) 1 WLR 1009, un entrepreneur devait installer un système de chauffage, ce qu'il avait effectivement réalisé, mais le maître de l'ouvrage refusa de payer en raison des nombreuses malfaçons (en particulier le fait que le chauffage ne chauffait pas suffisamment...) et mit fin au contrat. L'entrepreneur estima cependant qu'il avait au moins droit de recevoir une somme représentant la valeur des travaux réalisés, moins les *damages* dus au maître de l'ouvrage, ce qui fut cependant refusé, au motif que lorsque le contrat prévoit une somme forfaitaire, elle n'est due que si la prestation est effectivement achevée selon les stipulations prévues par le contrat.

⁶⁹¹ Pour une synthèse des arguments en défaveur de la solution voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p.356-361, le principal argument étant que cette solution entraîne un enrichissement injuste au profit de la partie innocente, qui obtient une partie de ce qui a été voulu sans rien déboursé : « That windfall, combined with the fact that the contract-breaker was obviously only carrying out the work on the basis of the innocent party's promised payment (so that there was a failure of consideration), constituted an unjust enrichment of the innocent party at the contract-breaker's expense ».

⁶⁹² Un organisme indépendant créé par le Parlement britannique pour faire périodiquement un état des lieux du droit anglais et proposer, le cas échéant, des projets de réforme.

⁶⁹³ *Pecuniary Restitution on Breach of Contract*, (1983), Law Commission No 121, 2-37: "The party in breach can, of course, only have a remedy in respect of work done under the contract (...) the sum payable pursuant to the remedy should not exceed the sum representing the proportion that what has been done under the contract bears to what was promised to be done" (accessible notamment dans A. BURROWS, E. MCKENDRICK, J. EDELMAN, *op. cit.*, p.303).

⁶⁹⁴ B. MCFARLANE, R. STEVENS, art. préc., p. 569s.

⁶⁹⁵ Une somme unique et forfaitaire incitera à penser que les parties ont conditionné le paiement du service à l'exécution intégrale de la prestation, tandis qu'un fractionnement du prix en fonction de l'avancée de la prestation pourrait faire présumer une obligation divisible.

prestation puisse être vue comme un bénéfice pour le défendeur⁶⁹⁶ ; les coûts déjà engagés par le demandeur et les conséquences potentiellement sévères à son égard s'il ne devait pas être payé ; enfin la possibilité pour le demandeur de corriger ou non la mauvaise exécution de sa prestation⁶⁹⁷.

188. La difficile évaluation des *restitutions*. Bien que les solutions du droit positif soient avant tout guidées par la distinction entre *entire contract* et *severable contract*, il est possible d'y voir une différence entre restitution d'un service et restitution d'une somme d'argent ou d'un bien en nature. Les deux affaires évoquées précédemment, l'affaire *Dies* et l'affaire *Sumpter*, illustrent bien cette différence. Si l'on applique la logique des restitutions d'un service aux restitutions monétaires, cela reviendrait, dans l'affaire *Dies*, à ce que l'acquéreur, n'ayant payé qu'une partie du prix, demande, non pas le remboursement de la somme versée, mais la valeur du nombre d'armes correspondant au prix effectivement payé⁶⁹⁸. Cette solution paraît pourtant peu acceptable, en tout cas bien moins que le simple remboursement de la somme, car cela revient en réalité à revoir les prévisions des parties. Comment déterminer le nombre d'armes à délivrer en fonction du paiement partiel ? La réponse n'est pas évidente, car le simple ratio entre le prix effectivement payé et le prix initialement prévu appliqué au nombre d'armes que l'acquéreur s'est engagé à acheter ne correspond pas nécessairement à l'intention des parties. Le vendeur n'aurait peut-être pas vendu au même prix les armes si l'acquéreur s'était engagé à en acheter moins⁶⁹⁹.

Le même schéma s'applique aux *restitutions* par service. L'accomplissement de la moitié du service, à supposer que cela constitue un véritable gain pour le défendeur, ne

⁶⁹⁶ Les auteurs donnent ainsi l'exemple d'une prestation de coiffure, si le coiffeur ne la réalise qu'à moitié, il est difficile d'affirmer que le défendeur en tire un réel bénéfice (au contraire le résultat est bien souvent pire), en ce cas il est vraisemblable que la prestation est perçue comme indivisible et que le paiement du coiffeur est conditionné à l'exécution intégrale de la prestation (B. MACFARLANE, R. STEVENS, art. préc., p.596).

⁶⁹⁷ *Ibid*, p.596-599.

⁶⁹⁸ B. MCFARLANE, R. STEVENS, art. préc., p. 585: "Q agrees to sell, and R agrees to buy, 1,000 rifles provided that R pays £ 10,000 in advance in five instalments. R pays £2,000 but fails to pay the balance (...) it is plain that R cannot claim to be entitled to 200 rifles as a result of his part payment. There would be an inconsistency with *Sumpter v Hedges* if such a claim to 200 rifles were allowed. Where a contract has stipulated that money is only to be payable upon the fulfilment of a certain condition, it is plainly inconsistent with this, as R's contract only determined his entitlement to rifles not to money. Hence it *may* be possible to construe R's contract with S as allowing recovery of a part payment if R does not pay the balance".

⁶⁹⁹ Prenons un exemple chiffré. A s'est engagé à acquérir, auprès de B, 100 fusils pour un prix global de £1000, mais ne réussit à verser que £500. Cela signifie-t-il qu'il pourrait obtenir 50 fusils, si l'on considère que le prix d'un fusil est de £10 ? Mais si la vente n'avait concerné, dès le départ, que 50 fusils, le prix unitaire aurait peut-être été plus élevé que £10.

signifie pas nécessairement que ce dernier aurait payé 50 % de la somme prévue, s'il avait été convenu dès l'origine que le demandeur n'accomplirait qu'une partie des travaux. Les stipulations du contrat sont en ce cas essentielles et il convient de tenir compte d'une éventuelle ventilation du prix ou de tirer les conséquences d'une simple fixation globale du prix. Il pourrait être objecté que s'il est question d'appliquer les règles de l'*unjust enrichment*, les stipulations contractuelles devraient être indifférentes. Seulement comment évaluer l'enrichissement réel sans s'y référer lorsque le demandeur souhaite en réalité obtenir l'exécution partielle du contrat ? C'est une chose d'obtenir le remboursement d'une somme versée ou l'équivalent monétaire d'un bien que l'on a transféré, c'est autre chose d'obtenir une partie de la chose promise. Le droit de l'*unjust enrichment*, et plus généralement de l'enrichissement injustifié, est une protection contre le transfert vicié ou non consenti d'un bien sur lequel le demandeur dispose, au moins, d'un droit antérieur, et non une protection de l'attente légitime des parties⁷⁰⁰. C'est une conséquence nécessaire de la protection du droit de propriété. Pour revenir à l'affaire *Sumpter v Hedges*, il nous semble que si la solution peut *in fine* être critiquée pour sa trop grande généralité, l'octroi éventuel d'une partie de la rémunération pour l'accomplissement partiel de la prestation ne peut relever que du droit des contrats, et non de l'*unjust enrichment*, car il s'agit d'exécuter partiellement le contrat en fonction de l'intention des parties.

II) La distinction entre les *torts* et l'*unjust enrichment*

189. Des frontières peu explorées. Tandis que les relations entre le contrat et l'*unjust enrichment* ont fait l'objet de nombreuses études détaillées, les travaux sur les relations entre *tort* et *unjust enrichment* sont restés bien plus discrets. Cette discrétion est particulièrement notable dans les principaux ouvrages consacrés aux différentes sources d'obligation, que ce soient les manuels de droit des contrats, de droit des *torts* ou de l'*unjust enrichment*. S'il existe toujours des éléments sur la comparaison d'une source extracontractuelle avec le contrat, la comparaison entre deux sources extracontractuelles, les *torts* et l'*unjust enrichment*, reste particulièrement rare⁷⁰¹. Pour mieux situer l'*unjust*

⁷⁰⁰ C'est la raison pour laquelle il nous semble que l'enrichissement ne peut concerner le service en lui-même, c'est-à-dire qu'il n'est pas possible de considérer que l'économie d'une dépense (la rémunération que le défendeur aurait dû verser) constitue un enrichissement au sens de l'enrichissement injustifié. Il ne peut être question d'une chose qui peut se transférer et s'échanger, pour de plus amples développements, voir *infra* n°.

⁷⁰¹ Aucune référence dans le Clerk and Lindsell par exemple (M. JONES (ed.), *Clerk & Lindsell on Torts*, 22^e ed., Sweet & Maxwell, 2018) et inversement les ouvrages consacrés à l'*unjust enrichment* n'y font pas non plus mention. Seul l'ouvrage de Winfield and Jolowicz consacre un paragraphe qui ne se limite pas aux

enrichment par rapport au *tort law*, il n'est pas inutile de faire une brève présentation du second (A), avant d'aborder les éléments qui distinguent ces deux sources d'obligation (B).

A) Une brève présentation du *tort law*

190. Les torts : une liste hétéroclite de délits spéciaux. La comparaison entre les *torts* et l'*unjust enrichment* est plus complexe que la comparaison entre le contrat et l'*unjust enrichment*, car le lecteur est confronté à une première difficulté : la définition du mot *tort*. Certains auteurs anglais estiment même qu'il n'est pas possible de définir positivement cette notion, sans tomber dans une excessive généralité⁷⁰². Le plus souvent les *torts* sont présentés de manière négative, comme un cas particulier de *civil wrong* (violation d'un devoir primaire fixé par le droit) qui ne correspond ni à l'inexécution d'un contrat (*breach of contract*), ni à la violation d'un devoir provenant de l'*equity* (*equitable wrong*), ni à la violation d'un devoir posé explicitement par une loi (*statutory breach*). De manière générale, les *torts* peuvent être présentés comme des délits civils, issus des juridictions de *common law*, et qui sont principalement sanctionnés par l'octroi de dommages et intérêts⁷⁰³. Selon certains auteurs, les *torts* seraient environ au nombre de 70⁷⁰⁴ et interviennent aussi bien pour protéger un intérêt en particulier, l'intégrité physique ou la réputation d'une personne par exemple, que pour sanctionner un comportement jugé blâmable, telle que la négligence⁷⁰⁵. La liste des *torts* est donc surtout traditionnelle et repose sur les cas historiquement qualifiés de *torts*. Cette liste hétéroclite de délits civils spéciaux implique que chaque *tort* dispose, en principe, d'un champ d'application précis, rendant normalement accidentels les éventuels recoupements avec d'autres *torts* ou d'autres sources d'obligation.

restitution for wrongs, même s'il s'agit d'une distinction entre *restitution* et *tort* et non entre *unjust enrichment* et *tort* (W. H. ROGERS (ed.), *Winfield & Jolowicz, Tort*, 18^e ed., Sweet & Maxwell, 2010).

⁷⁰² Voir W. V. H. ROGERS, *op. cit.*, n°1-1 "numerous attempts have been made to define a 'tort' or 'tortious liability', with varying degrees of lack of success", les auteurs remarquent d'ailleurs que généralement les définitions du tort vise essentiellement à le distinguer des autres sources d'obligation. Voir toutefois pour une tentative de définition, P. H. WINFIELD, *op. cit.*, p.32: « Tortious liability arises from the breach of a duty primarily fixed by the law: such duty is towards persons generally and its breach redressible by an action for unliquidated damages ».

⁷⁰³ A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations, op. cit.*, n°2.01 : « A tort is defined in formal terms as a civil wrong which gives rise to an action for damages, other than one which is exclusively a breach of contract or breach of trust, or other equitable obligation ».

⁷⁰⁴ A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations, op. cit.*, n°2.06: "The English law of torts still appears to consist of a list of over 70 wrongs, distinct though sometimes overlapping, each with its own name and conditions of liability".

⁷⁰⁵ *Ibid.*, n°2.10: « the list of torts is a mixed list, with some wrongs defined in terms of protected rights and torts such as negligence or deceit potentially cutting across all protected nominate rights and belonging in a series in which the liability focuses upon fault rather than particular rights ».

Cette absence d'unité en la matière ne semble toutefois pas poser de difficultés particulières. Les juristes anglais admettent parfaitement l'idée qu'il n'est guère possible de trouver un dénominateur commun à toutes les hypothèses où le droit entend imposer la réparation d'un préjudice⁷⁰⁶. Toujours est-il qu'en raison de l'absence de principe général en matière de *tort* et en raison de l'absence de caractéristiques positives, les juristes anglais se sont davantage concentrés sur les caractéristiques de l'*unjust enrichment*. Cette manière, négative, de concevoir les *torts* a ainsi eu une conséquence certaine sur la place laissée à l'*unjust enrichment*. À partir des cas historiquement rattachés aux *torts*, qui ont à l'origine tous vocation à compenser une perte, sans qu'il soit possible d'apporter plus de précision, l'*unjust enrichment* s'est au contraire concentré sur les hypothèses où il est question de reverser un gain. Ainsi, il est possible de comprendre pourquoi, *a priori*, le droit anglais laisse plus de place à l'*unjust enrichment*. Des cas qui seraient plutôt traités sous l'angle de la responsabilité civile en France, le sont sous l'*unjust enrichment* en Angleterre, nous pensons tout particulièrement au cas où l'enrichissement provient d'une contrainte exercée par le défendeur, tels que pour les *unjust factors* de *duress*, *undue influence* ou *exploitation of weakness*⁷⁰⁷. Les *torts* ne connaissant aucun principe général de responsabilité pour faute et ne se limitant pas à sanctionner un comportement fautif, l'*unjust enrichment* a pu regrouper l'essentiel des cas de restitution d'un gain

191. Les cas de concours entre *tort* et *unjust enrichment*. Les cas de superposition entre un *tort* et l'*unjust enrichment* sont relativement rares⁷⁰⁸. Il existe cependant des hypothèses où tant les conditions d'application de l'*unjust enrichment* que celles d'un *tort* soient simultanément réunies. De manière générale, ce concours existe surtout en présence d'un *tort* protégeant le demandeur contre une atteinte à son droit de propriété, comme c'est le cas du *tort* de *conversion*. Ce *tort* sanctionne la prise de possession, par le défendeur, d'un bien appartenant au demandeur, sans le consentement de ce dernier⁷⁰⁹. Il compense en partie

⁷⁰⁶ Voir notamment W. H. V. ROGERS, *op. cit.*, n°1-2: « It is not possible to assign any one aim to the law of tort, which is not surprising when one considers that the subject comprehends situations as disparate as A carelessly running B down in the street; C calling D a thief; E giving bad investment advice to F; G failing to diagnose H' dyslexia at school ».

⁷⁰⁷ Pour ces *unjust factors*, voir *supra* n° 112, n° 113 et n° 114.

⁷⁰⁸ Il s'agit seulement des cas où les faits entrent tant dans la catégorie d'un *tort* que dans celle de l'*unjust enrichment*, car les conditions de ces deux catégories sont remplies. Tout autre est la question de savoir si le profit tiré d'un *tort* doit être sanctionné par l'*unjust enrichment* ou par le *tort law*, dans ce cas il ne s'agit pas d'une question de « cumul » mais bien, en amont, de qualification et classification.

⁷⁰⁹ A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, *op. cit.*, n°2-310.

l'absence d'action en revendication en droit anglais⁷¹⁰. L'exemple concret le plus simple et le plus emblématique est celui du vol qui est susceptible d'être appréhendé de deux manières différentes, avec des conséquences relativement identiques. Il est d'abord possible d'y voir le *tort* de *conversion*, le défendeur ayant accaparé la chose du demandeur, ce qui lui cause une perte. Ou bien il est possible d'y voir un *unjust enrichment*, le demandeur n'ayant pas eu conscience du transfert (ou ayant été dans l'incapacité de réagir) ce qui constituerait l'*unjust factor* d'*ignorance*, soit ayant été contraint par le défendeur de lui transférer le bien, ce qui constituerait l'*unjust factor* de *duress*⁷¹¹. Le défendeur serait quant à lui enrichi par le bien qu'il a subtilisé au demandeur. Dans ce cas précis le concours des actions n'est guère gênant, puisque les conséquences sont globalement identiques, lorsque le gain et la perte sont d'une valeur équivalente⁷¹². Il peut toutefois exister des cas où le choix a une véritable conséquence sur le montant qu'est susceptible de recevoir le demandeur, parce que l'enrichissement et la perte ne seront pas d'un montant identique. Le droit anglais laisse, par principe, la liberté au demandeur de choisir l'action la plus favorable.

B) Les éléments de distinction entre *tort* et *unjust enrichment*

192. L'autonomie de l'*unjust enrichment* par rapport aux *torts*. Au regard de la brève présentation des *torts*, il serait possible de se demander pourquoi l'*unjust enrichment* ou au moins les différents *unjust factors* ne peuvent pas être considérés comme des *torts* ? Puisqu'il n'existe après tout aucune définition positive des *torts*, pourquoi ne pas y avoir inclus ces cas, puisqu'il n'existait aucun risque de perdre en cohérence ? Même avant l'avènement de l'*unjust enrichment*, lorsque la catégorie des *quasi-contracts* existait encore, un tel rapprochement n'a jamais été fait. Contrairement au droit français où la volonté de distinguer les quasi-contrats du contrat a paradoxalement incité à un rapprochement avec la responsabilité civile, pour ne pas dire à une absorption par celle-ci⁷¹³, les juristes anglais

⁷¹⁰ À l'heure actuelle, il n'existe effectivement aucune action réelle qui permette au demandeur de récupérer la chose dont il a été dépossédé, il doit passer soit par le *tort* de *conversion* afin d'obtenir des *damages* compensant sa perte, soit par l'*unjust enrichment*, afin d'obtenir des *restitutions* pour obtenir la restitution de l'enrichissement procuré au défendeur (voir notamment D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN, « Unjustified enrichment : surveying the landscape », in D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (ed.), *Unjustified Enrichment : Key issues in comparative perspective*, Cambridge University Press, 2002, p.13).

⁷¹¹ Pour une présentation de ces *unjust factor* voir pour *ignorance supra* n° 122 et pour *duress supra* n° 112.

⁷¹² En toute hypothèse, il ne serait pas possible en ce cas de faire appel au moyen de défense *change of position* en raison de la mauvaise foi du défendeur. Il n'est cependant pas exclu que cela puisse dans certaines hypothèses avoir une influence sur la manière d'évaluer le montant de l'indemnité, en particulier si le demandeur n'agit pas immédiatement après le vol.

⁷¹³ Voir *infra* n° 317s.

ont assez rapidement distingué ce cas des *torts* et plus généralement des *wrongs*⁷¹⁴. On pouvait déjà voir chez Winfield l'idée que le devoir imposé par le droit dans les *quasi-contract* est différent de celui des *torts*, au moins dans son champ d'application. Il notait ainsi que généralement les premiers impliquent seulement un devoir envers une personne en particulier, alors que les *torts* imposent un devoir général⁷¹⁵. De manière plus générale et au niveau de la distinction entre les *wrongs* et l'*unjust enrichment*, les juristes anglais font une distinction entre les *primary duties*, qui imposent à une personne un comportement particulier et les *secondary duties*, qui sanctionnent la violation d'un *primary duty*. Parmi les *primary duties*, il est courant de trouver les obligations et devoirs découlant d'un contrat, mais il est également fréquent d'y classer l'obligation de restituer un enrichissement obtenu au détriment d'autrui, ce qui a notamment été défendu par Birks⁷¹⁶. Cette classification n'est pas neutre et n'est pas sans poser de difficultés, car comme le remarque un auteur, si l'*unjust enrichment* est réellement classé parmi les *primary duties*, la conséquence classiquement attachée à leur violation est la compensation de la perte éventuelle. Aussi la question que pose cet auteur est de savoir pourquoi la violation d'une obligation résultant d'un *unjust enrichment* ne permet pas d'accorder une compensation au demandeur, s'il subit une perte, à l'instar de ce qui se passe pour d'autres *primary duties*⁷¹⁷.

193. La spécificité de l'*unjust enrichment*. La réponse résiderait dans la spécificité de l'*unjust enrichment* par rapport aux autres *primary duties*, qui recouvrent essentiellement des devoirs de ne pas causer un dommage à autrui et donc des devoirs négatifs, tandis que l'*unjust enrichment* a pour objet d'imposer au défendeur un devoir positif de restituer le profit injustement acquis⁷¹⁸. Le champ d'application de ce devoir étant strictement limité,

⁷¹⁴ Les *wrongs* représentent la catégorie générale (les *torts* étant une catégorie particulière de *wrongs*). La définition du terme *wrong* est également assez délicate, mais il est possible de le présenter comme une violation d'un devoir primaire fixé par le droit, entraînant une obligation de réparation.

⁷¹⁵ P. H. WINFIELD, *op. cit.*, p. 188: "But a real difference is to be found in the scope of the duty. In tort it is towards persons generally, in quasi-contract it is towards a particular person".

⁷¹⁶ P. BIRKS, *op. cit.*, p.169: "Rights born of wrongs are secondary rights, because every wrong is an infringement of an antecedent right which is itself independent of wrongdoing and as such primary. The receipt of a mistaken payment is not a wrong. Nor is any other unjust enrichment. The right to restitution which is born of that event is a primary right to be paid the value of the enrichment".

⁷¹⁷ S. SMITH, « Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract », in R. CHAMBERS, C. MITCHELL, J. PENNER (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2009, p.182-183: "The puzzle, then, is why the breach of restitutionary primary duties is treated differently than the breach of non-restitutionary ('ordinary') primary duties. If the breach of an ordinary primary duty causes a loss, the defendant is prima facie liable to pay damages in the amount of that loss (...) But if a restitutionary duty is breached, there is no right to damages. In the law's eyes, the right to restitution appears either to be a right that cannot be infringed or a right whose infringement causes no loss".

⁷¹⁸ *Ibid.*, p.189.

puisque le défendeur est seulement tenu de restituer un enrichissement qui ne lui revient pas, les effets de la violation de ce devoir le sont également. Ce qui expliquerait que le demandeur ne pourrait obtenir, en plus de la restitution du gain, la compensation d'une perte supplémentaire⁷¹⁹. Ainsi, par exemple, si le vol d'une somme d'argent est analysé sous l'angle de l'*unjust enrichment*, la seule réponse possible serait la restitution de cette somme. Le fait que le défendeur ait par ailleurs endommagé d'autres biens du demandeur, notamment parce qu'il serait entré par effraction dans son domicile, est sans importance. Le devoir premier n'est pas alors de ne pas causer un dommage aux biens d'autrui, mais de restituer un enrichissement illégitime. La volonté de délimiter davantage le devoir, et de ne pas lui attribuer les conséquences classiques des *wrongs*, peut donc justifier cette classification et cette distinction.

194. Le critère principal : la distinction entre fait profitable et fait dommageable. Ces précisions sur les spécificités de l'*unjust enrichment*, notamment par rapport à d'autres *primary duties*, n'est finalement pas sans rappeler la distinction faite en France, entre le fait profitable (quasi-contrat) et le fait dommageable (responsabilité civile). La différence étant, cependant, que cette distinction semble davantage opérer en droit anglais qu'en droit français, où elle est par ailleurs critiquée⁷²⁰. Ce constat s'explique, en premier lieu, car le droit anglais de l'*unjust enrichment* n'exige pas de condition d'appauvrissement ou de perte, et même lorsque certains auteurs ou certaines décisions utilisent le terme de *loss*, il est immédiatement précisé qu'il a un autre sens que celui utilisé en droit de la responsabilité⁷²¹. L'étude du droit anglais et des conditions de cette action ont ainsi montré que les juristes anglais se concentrent essentiellement sur le gain du défendeur, et non sur la perte du demandeur. Il nous semble également que si cette distinction illustre davantage l'état du

⁷¹⁹ S. SMITH, art. préc., p. 188: "The scope of responsibility attached to restitutionary duties is different. A restitutionary duty to cure a problem – to 'do justice'. If that duty is breached, the defendant's responsibility properly extends only so far as the effects of the breach on that aim. It extends only to responsibility for curing the problem that gave rise to the duty. If justice demands that \$100 be paid to the claimant, then the defendant who breaches this duty is responsible for the effect of the breach on justice; that is to say, for the missing \$100".

⁷²⁰ Voir *infra* n° 318.

⁷²¹ Voir *supra* n° 154s.

droit anglais que celui du droit français, cela tient au fait que le droit anglais tire davantage les conséquences de cette distinction au stade du régime.

Puisqu'il est simplement question de restituer un profit, non seulement il convient de se placer du côté du défendeur, mais il n'est également jamais tenu compte de la faute éventuelle du demandeur, notamment de sa faute de négligence, et la bonne foi du défendeur ne fait pas obstacle à l'action, à moins qu'il n'établisse des circonstances exceptionnelles permettant de caractériser le *change of position*. La position retenue par le droit français est plus ambiguë, car le régime rappelle finalement celui de la responsabilité civile et la faute joue encore un rôle important, quel que soit le quasi-contrat en cause⁷²². En droit anglais au contraire, le comportement des parties est par principe totalement indifférent. Cette distinction n'est cependant pas absolue, du moins ne joue-t-elle pas pour tous les *torts*. Il est dorénavant possible que certains *torts* puissent également entraîner des *restitutions*⁷²³. Il nous semble néanmoins que cela ne remette pas fondamentalement la distinction en cause, notamment parce qu'elle fonctionne parfaitement pour l'*unjust enrichment*, qui n'entraîne jamais d'autre réponse que des *restitutions*. Ces nuances reflètent avant tout l'hétérogénéité des *torts*, où il est difficile de trouver un dénominateur commun, contrairement à l'*unjust enrichment* qui, par comparaison, offre une certaine unité⁷²⁴. En somme la caractéristique de l'*unjust enrichment* par rapport aux *torts* réside dans le fait que cette source d'obligation a une finalité particulière et unique, reverser un enrichissement injuste, au contraire de la variété des intérêts protégés par les *torts*.

III) La distinction entre l'*unjust enrichment* et les *restitutions for wrongs*

195. Deux causes différentes de *restitutions*. Les *wrongs* recouvrent un domaine plus vaste que la responsabilité civile, puisqu'y sont classés non seulement les *torts*, mais également l'inexécution d'un contrat (*breach of contract*) ainsi que les *equitable wrongs* (violation

⁷²² Voir *infra* n° 325s.

⁷²³ Voir quelques paragraphes plus loin sur les *restitutions for wrongs*, *infra* n° 207s. Il faut néanmoins préciser d'emblée que ces cas sont exceptionnels.

⁷²⁴ C'est notamment le constat de Birks: "Disorder in the law of torts is largely due to mixing incompatible approaches. We have torts which are degrees of fault, like negligence and deceit, and we have torts which are infringements of protected interests, like defamation, nuisance, interference with contractual relations, and interference with goods. These cannot but cut across each other. History brought us to that confusion (...) The law of unjust enrichment is young enough to haul itself out of a similar mess" (P. BIRKS, *op. cit.*, p.44).

d'un devoir créés par les juridictions d'*equity*). Ces derniers étant très spécifiques au droit anglais⁷²⁵, nous nous concentrerons sur les deux premiers types de *wrong*, qui peuvent poser les mêmes difficultés de frontières en droit français. Une présentation générale des *restitutions for wrongs* est toutefois nécessaire (A) avant de se concentrer sur les *restitutions* en cas de *breach of contract* (B), puis en cas de *tort*⁷²⁶ (C).

A) Une présentation générale des *restitutions for wrongs*

196. Les *restitutionary damages* et *compensatory damages*. Lorsqu'un *wrong* (un *tort* ou un *breach of contract* par exemple) est commis, la victime peut avoir le choix entre l'obtention du profit éventuellement réalisé par le défendeur et la réparation de son dommage. Les deux remèdes ont alors un fait générateur commun : le *wrong*. Pour mieux distinguer ces éventuelles *restitutions* des *restitutions for unjust enrichment*, la doctrine emploie davantage pour ces *restitutions for wrongs* le terme de *restitutionary damages*. Les *damages* s'entendant comme la sanction monétaire d'un *wrong*. Il n'est pas possible d'utiliser cette expression s'agissant de l'*unjust enrichment*, car ce « fait générateur » de *restitution* n'est pas considéré comme un *wrong*⁷²⁷. Raison pour laquelle les juristes anglais utilisent seulement le terme de *restitution* s'agissant de l'*unjust enrichment*, et non celui de *restitutionary damages* qui n'est utilisé qu'en cas de *restitution for wrongs*. Par ailleurs, il est important de préciser que ce terme de *damages* ne correspond pas exactement aux dommages et intérêts du droit français, car il est dorénavant parfaitement admis que les *damages* peuvent avoir d'autres fonctions que la réparation d'un dommage, le droit anglais dénombrant de nombreuses variantes de *damages* : *exemplary damages*, *nominal damages*,

⁷²⁵ En droit français, la plupart de ces *equitable wrongs* seraient rangés au sein de la responsabilité civile, telle que l'intrusion dans la vie privée (*breach of privacy*). La distinction entre *equitable wrongs* et *torts* est surtout historique (voir notamment A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, *op. cit.*, n°2.02).

⁷²⁶ Les *restitutions for equitable wrong* suivant une logique similaire aux *restitutions for torts*, il n'est pas nécessaire d'en faire un état particulier.

⁷²⁷ J. EDELMAN, *McGregor on Damages*, 20e éd., Sweet & Maxwell, 2018, n°1-001 et spéc.1-004: "There is thus excluded from damages three common types of case giving pecuniary satisfaction by success in an action because they are not dependent on wrongdoing. These are actions for money payable by the terms of a contract, actions for restitution based on unjust enrichment, and actions under statutes where the right to recover is independent of any wrong". Cela signifie donc qu'il faut être vigilant en matière de contrat car il peut y avoir, à la suite d'un *breach of contract* en particulier, tant des *compensatory damages*, pour placer le contractant dans la position qui aurait dû être la sienne si le contrat avait été correctement exécuté, des *restitutions (for unjust enrichment)* si le contractant souhaite être placé dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas conclu le contrat et enfin des *restitutionary damages* (ou *restitution for wrongs*) si le cocontractant a inexécuté le contrat en vue de faire un profit.

*vindictory damages*⁷²⁸... Parmi ces nombreux *damages*, la division principale fait tout de même le départ entre les *compensatory damages* et les *non-compensatory damages* dont les *restitutionary damages* ne sont qu'un exemple. Il existe une différence importante entre ces deux catégories. Autant un *wrong* peut toujours entraîner des *compensatory damages* visant à réparer la perte subie, autant les autres formes de *damages* ne peuvent être octroyées pour tous les *wrongs*. S'agissant des *restitutionary damages*, il existe deux principales difficultés. La première est qu'il est actuellement impossible d'identifier avec précision les cas dans lesquels des *restitutionary damages* peuvent être octroyés, la jurisprudence rendant des solutions qui semblent contradictoires. La seule certitude est que le simple fait d'avoir tiré un profit d'un *wrong* n'entraîne pas automatiquement l'octroi de *restitutionary damages*, les juges conservant une large marge d'appréciation en la matière. La seconde difficulté réside dans l'absence d'unité de la catégorie, qui est utilisée à des fins différentes selon le *wrong* en cause. Tantôt ces *restitutionary damages* auront vocation à sanctionner un comportement lucratif particulièrement cynique du défendeur, tantôt elles auront simplement vocation à reverser un gain qui aurait dû revenir au demandeur, ce qui les rapprochent des *restitutions for unjust enrichment*.

197. Les conséquences de l'absence d'unité (1). – Une combinaison de différents remèdes. L'étude des *restitutionary damages* est rendue particulièrement complexe par le fait qu'il ne s'agit pas vraiment d'un remède unique, mais davantage d'une catégorie regroupant des « sous-remèdes » qui ont tous vocation à restituer un gain du défendeur au demandeur⁷²⁹. Ainsi, il n'est pas rare dans les décisions de justice de retrouver d'autres appellations, qui sont couvertes par le terme *restitutionary damages* : l'action *money had and received*, l'*account of profits* et les *restitutionary damages stricto sensu*. Comme souvent en droit anglais, ces appellations sont surtout des traces du passé, en particulier pour l'action *money had and received* et l'*account of profits*. L'action *money had and received* fait référence à l'ancienne action du même nom⁷³⁰ et est utilisée dans les décisions

⁷²⁸ Pour un exposé détaillé de l'ensemble des *damages*, voir l'ouvrage de référence repris par M. Edelman, J. EDELMAN, *McGregor on Damages*, 20^e ed., Sweet & Maxwell, 2018.

⁷²⁹ Voir le rapport du *Law Commission* consacré aux *Aggravated ; Exemplary and Restitutionary Damages* (*Law Commission* n°247, 1997), Part. III, n°1.82 : « One of the most needlessly confusing aspects of the law of restitution is the host of differently labelled remedies that are concerned to effect restitution ». Le rapport préconise d'ailleurs de revoir cet état pour qu'il ne soit fait référence qu'à un seul et unique remède, les *restitutionary damages*.

⁷³⁰ Il s'agit d'un ancien *count* de l'action *indebitatus assumpsit*, sur l'histoire du droit anglais voir *supra* n° 76.

lorsqu'il est question de restituer un profit provenant d'un délit civil (*wrong*) issu du *common law* (surtout pour les *torts* et parfois pour les *breach of contract*), le profit ayant été directement soustrait au demandeur. L'idée étant alors que le défendeur/*wrongdoer* a reçu le profit pour le compte du demandeur, à qui il doit le restituer. Toutefois, cette action a des conséquences variables selon les cas et l'estimation des juges, qui peuvent considérer qu'il n'y a pas lieu de restituer l'intégralité du profit. Les juges n'accordent parfois qu'une portion du profit, notamment lorsqu'il s'agit de l'utilisation fautive d'un bien appartenant au demandeur. En ce cas, les juges accordent le plus souvent une indemnité représentant la valeur d'usage (*reasonable charge for the use of the property*)⁷³¹. Initialement, l'*account of profit* était utilisé en cas de profit provenant d'un délit civil issu de l'*equity* (*equitable wrong*), ce qui implique essentiellement la violation d'un *fiduciary duty*, qui est un lien de confiance unissant deux personnes, l'*agent* (le représentant) et le *principal* (le représenté). Ainsi, si l'*agent* a détourné un profit au détriment du *principal*, il sera tenu de le restituer, l'*account of profit* étant similaire à l'obligation de reddition des comptes du mandataire. Mais ce remède issu de l'*equity* a été étendu à d'autres cas, essentiellement des cas impliquant la violation d'un droit de propriété intellectuelle (qui sont pour la plupart considérés comme des *torts*)⁷³² et permet au demandeur d'obtenir l'intégralité des profits obtenus par le défendeur, au motif que le défendeur a alors détourné un profit qui aurait dû revenir au demandeur. Le dernier « sous-remède » est d'autant plus compliqué à appréhender qu'il porte la même appellation que le terme générique, à savoir *restitutionary damages*. Cependant, au sens étroit du terme, les *restitutionary damages* ne viseraient que les cas où le défendeur a seulement réalisé une économie, et non un gain positif⁷³³. Il en résulte une impression d'un certain désordre, d'autant plus que le champ d'application de ces *restitutionary damages*, au sens large, demeure incertain. Hormis les cas où la jurisprudence a accordé de tels *damages*, et encore la jurisprudence rend parfois des décisions contradictoires, il est difficile de se prononcer sur des cas n'ayant jamais fait l'objet d'une décision.

⁷³¹ Voir le rapport du *Law Commission* précité, Part. III, n° 1.10.

⁷³² Voir G. VIRGO, *op. cit.*, p. 424-425 ; le rapport du *Law Commission* précité, Part. III, n° 1-19.

⁷³³ G. VIRGO, *op. cit.*, p. 427 : « it is preferable to confine the notion of restitutionary damages to a particular form of financial remedy which is different from those other two remedies [money had and received, account of profits] namely where the defendant has not obtained a positive benefit from the commission of the wrong but has simply saved money as a result of committing a wrong».

198. Les conséquences de l'absence d'unité (2). – Les incertitudes sur le *quantum des restitutions*. Le champ d'application n'est pas la seule incertitude. L'évaluation des *restitutions* pose également un problème lorsque le fondement (apparent) est le *wrong*. À supposer que ce *wrong* puisse entraîner des *restitutions*, cela signifie-t-il que l'intégralité des profits réalisés doit être automatiquement reversée au demandeur ? Si l'objectif est réellement d'éviter que le défendeur ne profite de son *wrong*, en ce cas la réponse devrait être positive, mais elle devrait également valoir pour tout *wrong* permettant à son auteur de réaliser un gain. Ainsi, comme pour le champ d'application des *restitutionary damages*, il n'existe aucune règle certaine s'agissant de l'évaluation de ces *damages*. La diversité des cas rend toutefois la tâche très délicate à tel point que la *Law Commission* a estimé qu'il existe une marge de manœuvre pour les juges, qui sont libres de décider s'ils n'accordent que tout ou partie des gains au demandeur⁷³⁴. S'il n'existe pas de critère certain, les solutions ne se réduisent toutefois pas à une réponse entre tout ou rien. Certains critères ont ainsi pu émerger, sans qu'aucun ne s'impose avec évidence.

Parmi ces critères, le langage des *wrongs* incite en premier lieu à tenir compte du comportement du défendeur ou, au moins, des conséquences de son acte. Plus l'acte sera grave ou le comportement répréhensible, plus les juges seront enclins à la sévérité. Ce critère a davantage la faveur en cas de *breach of contract*, mais étonnamment, s'agissant des *torts*, la gravité de l'acte ou du comportement ne semble pas être le critère retenu par les juges. Il est frappant de constater qu'en ce domaine, il est en premier lieu fait appel aux règles régissant le droit de propriété, à savoir quelle part et quels intérêts ont respectivement le demandeur et le défendeur sur les gains⁷³⁵. Il peut être ainsi tenu compte des améliorations réalisées par le défendeur sur la chose ou du travail qu'il a accompli. Avant d'approfondir la distinction entre les différents faits générateurs de *restitutions*, il apparaît que les juges, au moins pour les *restitutions for torts*, cherchent toujours le lien entre l'enrichissement et le demandeur. En somme, il faut rechercher si le droit désigne un titulaire (ou plusieurs) pour ces gains et si cette répartition a été respectée. Cette différence entre ces deux *wrongs*

⁷³⁴ *Law Commission*, rapp. préc., n°1.62: « Even if one has established that gains are factually attributable to the wrong, the courts still have a discretion to award a part, rather than the whole, of those gains (...) our proposed legislation should not deal with how the quantum of restitution is determined ».

⁷³⁵ D. FRIEDMANN, « Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery », 79 *Texas Law Review* 1879, spéc. p. 1924s.

apparaît mieux à l'étude des cas où des *restitutionary damages* ont été accordés soit pour *breach of contract* soit en raison d'un *tort*.

B) En cas de *breach of contract*

199. L'état du droit positif. Malgré la proximité entre les deux parties et le fait que l'enrichissement provienne de l'inexécution du contrat, les *restitutions for a breach of contract* s'éloignent probablement davantage de l'*unjust enrichment* que les *restitution for torts*. En effet, par principe, le contrat ne fait naître que des droits relatifs au profit des contractants. Ainsi, le simple fait que l'une des parties ait méconnu son engagement ne justifie pas que tous les profits tirés de l'inexécution soient reversés au cocontractant victime de cette inexécution. Il peut toutefois être opportun de prévoir une telle sanction dans certains cas, pour prévenir les inexécutions les plus cyniques. Cette idée de sanction justifierait alors que ces *restitutions* soient séparées de l'*unjust enrichment*. Une présentation générale de ce cas (1°) permettra de mieux comprendre les solutions du droit positif (2°).

1°) Le contexte général

200. L'inexécution lucrative du contrat. Contrairement à la situation précédemment abordée, il n'est pas ici question de récupérer ce qui a été transféré au cocontractant en vertu d'un contrat, mais bien d'obtenir le profit qu'un cocontractant a réalisé en ne respectant pas les obligations issues du contrat. Alors que, dans la première hypothèse, l'objectif est de remettre les parties dans la position qui aurait dû être la leur si le contrat n'avait pas été conclu, dans la seconde, le but est de savoir si l'inexécution du contrat autorise la partie innocente à revendiquer le profit réalisé, à son insu, par son cocontractant. Cela peut aussi bien concerner l'hypothèse où le vendeur a vendu une seconde fois la chose à une personne proposant un meilleur prix, que celle où une partie méconnaît une obligation de non-concurrence et en tire un profit. Le contractant victime de l'inexécution peut-il obtenir le profit obtenu en violation du contrat ? Le cas échéant, ces restitutions doivent-elles relever de l'*unjust enrichment* ou des *restitutions for wrongs* ? Cette situation semble s'éloigner des cas classiques de l'*unjust enrichment*, car s'il existe bien un profit, le lien entre cet enrichissement et le demandeur semble plus distendu (il ne provient pas de lui et il n'a *a priori* aucun droit exclusif sur ce profit). La finalité est également distincte, car il s'agit

davantage de sanctionner le comportement du cocontractant n'exécutant pas son obligation, que de restituer au demandeur un gain qui aurait dû lui revenir. En somme, les *restitutions* ne tendent pas, en ce cas, à corriger un mauvais transfert, mais à priver le cocontractant d'un gain acquis de manière fautive⁷³⁶. Le fondement n'est pas anodin et commande le champ d'application de la notion. Si l'on admet que ce cas est spécifique et constitue une catégorie distincte de l'*unjust enrichment* et se rattache aux *restitutions for wrongs*, en ce cas l'accent peut être mis sur la faute du défendeur. Seules certaines fautes peuvent justifier le « dégorgement » des profits tirés de l'inexécution. En revanche, si le fondement choisi est l'*unjust enrichment*, il faudra établir dans quelle mesure le profit du défendeur s'est réalisé au détriment du demandeur. En droit positif, il est difficile de placer l'intégralité de ces hypothèses sous le fondement de l'*unjust enrichment*. En effet, l'étude de la condition *at the expense* démontre que le droit anglais ne considère que l'enrichissement ne s'est réalisé au détriment du demandeur que lorsqu'il provient de ce dernier, directement ou indirectement. Cela justifie que le demandeur puisse recouvrer le bien transféré par contrat, si le contrat venait à être remis en cause, mais non qu'il puisse percevoir les gains du défendeur, même ceux résultant de l'inexécution du contrat.

201. Une différence possible entre contrats translatifs et contrats non translatifs. Il faudrait probablement réserver l'hypothèse où un contrat a valablement transféré la propriété d'un bien au demandeur, mais où le précédent propriétaire, en violation du contrat, dispose à nouveau du bien au bénéfice d'un tiers. Cela recouvre essentiellement le cas de la vente de la chose d'autrui. Dans cette hypothèse, néanmoins, ce n'est pas tant l'inexécution du contrat qui justifierait des restitutions, que le transfert de propriété du bien au demandeur. Pour résumer, en droit anglais, il n'existe pas une règle unique de transfert de propriété⁷³⁷. Les règles peuvent varier selon le type d'opération ou de bien transféré. Pour la vente de biens meubles corporels, une loi spéciale a été adoptée à ce sujet : *Sale of Goods Act* (1979). Les dispositions ne sont pas particulièrement claires sur le moment du transfert de propriété, mais de manière générale le principe est que le moment du transfert est décidé par les

⁷³⁶ Sur une comparaison entre les droits français et anglais sur les restitutions à des fins punitives, voir Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, th. Paris I, L.G.D.J., 2004, n°437s.

⁷³⁷ A. BURROWS (ed.), *English Private Law*, 3e ed., Oxford University Press, 2013, n°4.446, la principale distinction concerne les biens meubles et les biens immeubles, mais il existe également des règles particulières s'agissant de la vente de biens meubles corporels et des legs.

parties⁷³⁸. Cette loi envisage néanmoins l'hypothèse de la vente du bien d'autrui, dans sa section 21. Il est ainsi précisé qu'en cas de vente par un non-proprétaire, il n'y a pas de transfert au profit de l'acquéreur⁷³⁹. Dans le cas d'une double vente, il faudrait donc considérer que le premier acquéreur demeure propriétaire de la chose vendue⁷⁴⁰, sauf à ce que le premier contrat ne prévoit un transfert différé de propriété. En revanche, s'agissant des actes portant transfert de propriété d'un immeuble, le transfert de propriété est soumis à une formalité de publicité⁷⁴¹.

La différence entre les contrats translatifs de propriété et les autres, tient à ce que les premiers confèrent à l'acquéreur un droit absolu, le droit de propriété, tandis que les autres contrats ne confèrent qu'un droit relatif, comme par exemple une obligation de non-concurrence. Il est possible de reprendre l'exemple donné par le professeur Krebs⁷⁴², qui correspond certes au droit allemand, mais qui est parfaitement transposable. Dans son exemple, un compositeur, gêné par le bruit d'un forgeron, était parvenu à un accord avec ce dernier afin qu'il ne travaille pas pendant certaines heures de la journée. Le forgeron n'ayant pas respecté son engagement, la question était de savoir si le compositeur pouvait réclamer l'intégralité des bénéfices engrangés pendant ces horaires. Comme l'intuition le laisse présager, la réponse est négative, d'une part car le forgeron n'a jamais consenti à délivrer ses gains et, d'autre part car le compositeur ne peut prétendre, de manière générale, avoir un droit sur les gains du travail d'autrui, quand bien même ils résulteraient de la violation d'un contrat. Les gains issus du travail reviennent en effet à leur auteur, sauf si ce dernier y renonce au profit d'un tiers. En l'absence de tout transfert consenti par l'auteur, il est difficile de justifier la réattribution de ces gains à une personne qui est totalement étrangère

⁷³⁸ *Ibid.*, n°10.16: « it is not the delivery of the goods, control over the goods or payment of the price which operate to transfer property; it is the intention of the parties ». Cette règle ne vaut pas lorsque la vente concerne un bien futur ou bien qui n'est pas encore déterminé avec précision, en ce cas, il faut attendre que le bien soit identifié, notamment par la délivrance de la chose (*Ibid.*, n°10.20).

⁷³⁹ La section 21 (1) de cette loi prévoit que: « where goods are sold by a person who is not their owner (...) the buyer acquires no better title to the goods than the seller had ».

⁷⁴⁰ Il existe toutefois des exceptions à cette règle et où le droit considère qu'il y a bien eu transfert de propriété, en dépit de l'absence de titre de propriété du vendeur et ce afin de protéger l'acquéreur de bonne foi. Cela est le cas notamment lorsque le véritable propriétaire a pris le risque que son bien soit vendu sans son accord ou qu'il a commis une faute en lien avec la vente du bien (A. BURROWS (ed.), *English Private Law*, *op. cit.*, n°10.25).

⁷⁴¹ *Land Registration Act* (2002), Section 27 (1) : « If a disposition of a registered estate or registered charge is required to be completed by registration, it does not operate at law until the relevant registration requirements are met » et Section 27 (2) (a) : « In the case of a registered estate, the following are the dispositions which are required to be completed by registration : a transfer ».

⁷⁴² T. KREBS, « The Fallacy of 'Restitution for Wrongs' », in A. BURROWS, L. RODGER (ed.), *Mapping the Law*, Oxford University Press, p.386.

à la réalisation de ce bénéfice. En revanche, un raisonnement différent peut être conduit lorsque le contrat transfère, immédiatement⁷⁴³, la propriété, puisque ce droit peut justifier que toutes les plus-values afférentes au bien reviennent au propriétaire. Cela pourrait ainsi justifier, en cas de revente de la part du vendeur peu scrupuleux, que le produit de la vente revienne intégralement au premier acquéreur, même s'il excède la valeur de la première vente⁷⁴⁴. Cette distinction n'est pas pour l'heure opérée en droit anglais, mais il faudrait vraisemblablement faire une distinction entre les *restitutions* justifiées par la seule volonté de prévenir qu'une personne tire profit de l'inexécution de ses engagements, et celles justifiées avant tout par l'idée que ce profit aurait dû revenir à la partie victime de l'inexécution. Il faut toutefois remarquer qu'en matière d'inexécution contractuelle, la première justification se rencontrera plus fréquemment, ce qui explique d'ailleurs que le droit positif se concentre en premier lieu sur les cas où l'inexécution paraît suffisamment grave pour entraîner la restitution du profit.

2°) L'état du droit positif

202. L'affaire *Attorney General v Blake*. Avant l'affaire *Blake*⁷⁴⁵, le principe était qu'il ne pouvait y avoir aucun *restitutionary damages*, pour les profits tirés de l'inexécution. Le contractant devait se tourner vers les règles du droit des contrats, c'est-à-dire, qu'en cas de *breach*, la partie victime de l'inexécution ne pouvait obtenir que des dommages et intérêts compensant la perte liée à l'inexécution⁷⁴⁶. L'affaire *Blake* ne renverse certes pas le principe, car toute inexécution lucrative n'emportera pas automatiquement des *restitutions* sur le seul fondement de l'inexécution (*restitution for breach of contract*), mais elle ouvre une brèche autorisant, dans certains cas, cette solution. L'affaire est digne d'un roman de

⁷⁴³ Le raisonnement ne serait nous semble-t-il pas transposable en cas de simple promesse, puisqu'en l'absence de transfert de propriété, le bénéficiaire ne dispose que d'un droit relatif à l'encontre de son cocontractant et non d'un droit exclusif sur la chose. Encore faudrait-il ajouter que ce transfert de propriété doit être parfaitement valable et pleinement consenti pour que le nouveau propriétaire puisse avoir un droit exclusif sur le bien.

⁷⁴⁴ Y.-M. LAITHIER, th. préc., n°454.

⁷⁴⁵ *Attorney General v Blake*, (2001) 1 AC 268, cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire comparé droit français – droit anglais par le professeur Fauvarque-Cosson (B. FAUVARQUE-COSSON, « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat l'arrêt *Attorney General v Blake* : la consécration, par la Chambre des Lords, d'une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l'existence d'un préjudice, mais sur le profit tiré de la rupture du contrat », *RDC* n°2, 2005, p.479 s.). Il faut également citer l'analyse de la décision dans la thèse du professeur Laithier (Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, th. Paris I, 2004, p.533s.).

⁷⁴⁶ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p. 664-665.

John le Carré, et les faits relativement exceptionnels expliquent en grande partie la solution⁷⁴⁷.

À l'époque de son recrutement dans les services de renseignement britannique, George Blake s'était engagé à ne révéler aucune information découlant de son activité professionnelle. Pendant près d'une décennie, il divulgua de précieuses informations à l'Union soviétique et il fut arrêté et condamné à 42 ans de réclusion criminelle pour trahison. Après une spectaculaire évasion, il se réfugia à Moscou où il se mit à rédiger son autobiographie, contenant bien entendu de nombreuses informations sur son activité professionnelle. En violation de son obligation de confidentialité, il trouva un éditeur britannique pour publier son ouvrage, qui lui accorda d'ailleurs une généreuse avance, et le livre fut publié sans aucune autorisation de la Couronne, ni vérification préalable des services de renseignement. Bien qu'il y ait eu une violation de l'obligation de confidentialité, l'ouvrage de Blake ne contenait aucune information mettant en péril la sécurité nationale, car ces informations n'étaient plus confidentielles au moment de la publication. La Couronne britannique ne pouvait donc démontrer aucun préjudice, mais exigea cependant que tous les bénéfices liés à la publication de l'ouvrage lui soient reversés afin que Blake ne tire aucun profit de son crime. La demande a été accueillie. Lord Nicholls, dans son opinion majoritaire, précise que cette solution est exceptionnelle et qu'il ne doit pas être déduit de cette affaire que le reversement du profit résultant de l'inexécution est automatique⁷⁴⁸. Ce remède ne doit être accordé que si le remède « naturel », des dommages et intérêts compensant la perte du contractant victime de l'inexécution, n'est pas jugé adéquat. Cela sera notamment le cas lorsque les juges considèrent que le demandeur a un intérêt légitime à prévenir tout gain illicite du défendeur⁷⁴⁹. Depuis *Blake*, il y a donc peu

⁷⁴⁷ Bien que la porte soit laissée ouverte à d'autres cas, Lord Nicholls admet explicitement que le contexte particulier de l'affaire justifie le reversement de l'intégralité des profits à la Couronne : « Had the information which Blake has now disclosed still been confidential, an account of profits would have been ordered, almost as a matter of course. In the special circumstances of the intelligence services, the same conclusion should follow even though the information is no longer confidential ».

⁷⁴⁸ Le fait que le demandeur soit l'Etat a d'ailleurs joué un rôle non négligeable, ce qui revient en quelque sorte à fixer une amende, plutôt que de dégorger un profit envers une personne privée sans qu'aucun lien ne puisse réellement être établi entre cette personne et le gain.

⁷⁴⁹ *Blake*, déc. préc., p.285: « An account of profits will be appropriate only in exceptional circumstances. (...) It will be only in exceptional cases, where those remedies are inadequate that any question of accounting for profits will arise. No fixed rules can be prescribed. The court will have regard to all circumstances, including the subject matter of the contract, the purpose of the contractual provision which has been breached, the circumstances in which the breach occurred, the consequences of the breach and the circumstances in which relief is being sought. A useful general guide, although not exhaustive, is whether the plaintiff had a

de décisions où les juges ont alloué ce remède, à la place des dommages et intérêts compensatoires.

203. L'affaire *Esso Petroleum Company*. Il est toutefois possible de citer, dans un autre contexte où l'intérêt national n'est pas concerné, l'affaire *Esso Petroleum Company Ltd v Niad Ltd*⁷⁵⁰. La célèbre compagnie pétrolière avait conclu un contrat d'approvisionnement avec un détaillant, le contrat prévoyant que ce dernier ne pouvait fixer des prix à la pompe supérieurs à ceux imposés par la compagnie, en raison de la ligne commerciale de celle-ci qui était de proposer les prix les plus bas du marché. En contrepartie, la compagnie s'engageait à garantir une certaine marge au détaillant. Le détaillant n'avait pas respecté ces conditions et avait vendu le fuel à des prix supérieurs. Pendant cette même période, les bénéfices du détaillant avaient diminué de manière constante, en raison d'une diminution de la clientèle. En principe, pour pouvoir obtenir des dommages et intérêts compensatoires, la compagnie aurait dû démontrer que la baisse des bénéfices était imputable au comportement du détaillant, c'est-à-dire au non-respect de la politique tarifaire. Or, cette preuve était pratiquement impossible à apporter, le simple non-respect de la politique tarifaire ne permettant pas d'établir à lui seul ce fait. Aussi, pour ne pas laisser cette inexécution du contrat sans sanction, la compagnie avait réclamé, à la place des *compensatory damages*, des *restitutionary damages*. L'évaluation de ces dommages et intérêts tenait compte de la différence entre le prix effectivement pratiqué par le détaillant et le prix normalement imposé par la grille tarifaire de la compagnie, le premier étant supérieur au second. Le détaillant souhaitait ainsi réaliser une marge plus importante en pratiquant des prix plus élevés que ceux exigés par la compagnie. Les juges ont donné raison à la compagnie en lui octroyant des *restitutionary damages*. Pour justifier leur décision, les juges se sont fondés sur la décision *Blake*, en estimant qu'en l'espèce les *compensatory damages* n'étaient pas adaptés⁷⁵¹. En outre, ils ont estimé que l'inexécution du détaillant portait atteinte à l'image de la compagnie, qui avait lancé une campagne de publicité massive vantant ses prix imbattables. L'inexécution d'un détaillant pouvait ainsi rejaillir sur l'ensemble du réseau, en entamant la crédibilité de la marque⁷⁵². Cette fixation des prix

legitimate interest in preventing the defendant's profit-making activity and, hence, in depriving him of his profit".

⁷⁵⁰ (2001) WL 1476190.

⁷⁵¹ *Esso Petroleum Company Ltd*, déc. préc., n°63: "First, damages is an inadequate remedy. It is almost impossible to attribute lost sales to a breach by one out of several hundred dealers who operated Pricewatch."

⁷⁵² *Ibid.*, « Second, the obligation to implement and maintain the recommended pump prices was fundamental to Pricewatch. Failure to observe it gives the lie to the advertising campaign by which it was publicized and

étant par ailleurs essentiel à l'économie du contrat et le détaillant ayant été sommé quatre fois de respecter ses engagements, les juges ont estimé que la compagnie avait un intérêt légitime à prévenir tout enrichissement fautif du détaillant. Cette décision est certainement plus surprenante que l'affaire *Blake*, car il n'est pas question d'un intérêt public, mais seulement d'intérêts privés. Le raisonnement s'attache ici sur le fait que l'inexécution ne porte pas seulement atteinte à la compagnie, mais risque de rejaillir également sur l'ensemble du réseau. Les juges ont manifestement été sensibles au fait que le détaillant avait manifestement agi par calcul.

204. Le champ d'application réduit des *restitutionary damages*. Il est encore assez délicat de déterminer précisément dans quels cas les juges accorderont le dégorgement des profits résultant de l'inexécution, plutôt que des *compensatory damages*. Il semble que l'un des critères faisant pencher la balance en faveur des premiers soit l'impossibilité d'identifier une perte du demandeur alors que l'inexécution du contrat et le profit engendré par elle sont patents⁷⁵³. La volonté de sanctionner la partie fautive est claire, mais en l'état du droit positif, il ne faut pas confondre ces *restitutionary damages* avec les *punitive damages* ou les *exemplary damages*. En cas de *restitutionary damages*, il n'est question que de reverser les profits effectivement réalisés et non d'imposer une somme forfaitaire, indépendamment du bénéfice réalisé par le fautif. L'objectif des *restitutionary damages* est seulement d'empêcher le défendeur de tirer profit de l'inexécution du contrat. Il doit ainsi simplement être replacé dans la position qui aurait dû être la sienne s'il s'était conformé à ses engagements. Néanmoins, si la manière dont le contractant s'est enrichi paraît choquante, il est difficile de relier ce profit au demandeur et de justifier qu'il puisse récupérer l'intégralité des bénéfices réalisés par le défendeur.

205. Un cas troublant. – Les *negotiating damages* ou *Wrotham Park damages*. Il existe toutefois un cas où des *damages* ont été accordés en raison de la violation d'un contrat, mais qui ne correspond pas exactement à la logique des décisions *Blake* ou *Esso*. Ce cas est d'autant plus troublant que contrairement aux affaires précitées, la nature de ces *damages*,

therefore undermines the effectiveness of Pricewatch in achieving the benefits intended for both Esso and all its dealers within Pricewatch”.

⁷⁵³ Voir notamment O. ODUDU, G. VIRGO, « Inadequacy of compensatory damages », in *Restitution Law Review*, Vol. 17, 2009, p.112 s.

entre *compensatory* ou *restitutionary*⁷⁵⁴, prête encore à débats, même après une récente décision de la Cour suprême. Tout commence par l'affaire *Wrotham Park*⁷⁵⁵. Un noble avait décidé de vendre une partie de ses terres, en échange l'acquéreur s'était engagé à ne pas construire sur une partie du terrain sans l'accord du vendeur. Le vendeur était, en effet, toujours propriétaire d'un terrain voisin et ne souhaitait pas être incommodé par des constructions. En dépit de son engagement, l'acquéreur n'avait pas respecté cette obligation et avait érigé plusieurs constructions sur le terrain. La destruction des constructions n'a cependant pas été accordée. Les juges ont en effet considéré la demande de destruction disproportionnée, car les constructions n'avaient pas affecté la valeur du terrain appartenant toujours au vendeur. À la place, les juges ont décidé d'octroyer des *damages*. Cependant, le calcul de ces *damages* est assez original. Les juges sont pourtant partis d'un point de départ connu s'agissant d'un *breach of contract*, à savoir la situation dans laquelle le cocontractant se serait trouvé s'il n'y avait pas eu d'inexécution du contrat⁷⁵⁶. Toutefois, il est ici estimé que la meilleure façon de les calculer est de prendre en considération la somme qu'aurait acceptée le cocontractant pour libérer l'autre partie de son obligation, donc pour l'autoriser à construire⁷⁵⁷. L'incertitude sur ces *damages* fut telle que la doctrine les nomma *Wrotham Park damages*. Ces *damages* sont toujours d'actualité, une décision de la Cour suprême britannique ayant en 2018 accordé des *damages* de ce type, qu'elle requalifie cette fois de *negotiating damages*.

206. L'affaire *Morris Garner*. Dans l'affaire *Morris Garner*⁷⁵⁸, la Cour ne qualifie pas directement ces *negotiating damages*, mais elle les présente comme une autre manière d'évaluer la perte du contractant et non comme un moyen de restituer un profit à ce

⁷⁵⁴ Certains auteurs y voient des *restitutionary damages*, notamment J. EDELMAN, *op. cit.*, n°14-037 et A. BURROWS, p.635-638, d'autres au contraire sont en faveur de la qualification de *compensatory damages*, voir les références citées par A. BURROWS et notamment le point de vue du professeur Stevens (A. BURROWS, *op. cit.*, p.638-640), voir également J. SENU, « Negotiating Damages and the Compensatory Principle », *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, Issue 1, March 2020, p. 110-131.

⁷⁵⁵ *Wrotham Park Estate Co. Ltd. v Parkside Homes Ltd. and Others*, (1974) 1 WLR 798, pour une analyse de cette décision voir notamment Y.-M. LAITHIER, th. préc., n°446.

⁷⁵⁶ *Wrotham Park*, déc. préc., l'opinion du juge Brightman, 815, « the general rule would be to measure damages by reference to that sum which would place the plaintiffs in the same position as if the covenant had not been broken ». Ce qui fait ainsi pencher la balance vers la qualification de *compensatory damages*, au moins du point de vue des juges ayant rendu la décision.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, « such a sum of money as might reasonably have been demanded by the plaintiffs from Parkside as a quid pro quo for relaxing the covenant ».

⁷⁵⁸ *One Step (Support) Ltd v. Morris-Garner*, (2018) UKSC 20, (2018) 2 WLR 1353, dans les faits d'anciens dirigeants d'une société ont violé leur engagement de non-concurrence, la société demande donc des *damages* pour cette inexécution et le débat porte sur la manière dont il revient de les calculer.

dernier⁷⁵⁹. À vrai dire cette qualification de *negotiating damages* est ambiguë, voire trompeuse, car elle laisse penser que leur attribution repose sur des négociations fictives. Autrement dit, s'il était établi que les parties ne seraient jamais parvenues à un accord, notamment parce que le cocontractant n'aurait jamais accepté de libérer l'autre partie moyennant un prix, de tels *damages* devraient être refusés. Or ce n'est pas la position de la Cour, qui affirme expressément qu'il importe peu que l'une des parties aurait vraisemblablement refusé cet accord, car ces « négociations » sont purement fictives. En revanche, elle utilise d'autres critères, qui rappellent cette fois ceux utilisés en cas de *restitution for tort*, ce qui brouille un peu plus les pistes. En effet, ces *damages* pourront être accordés lorsque le droit violé représente en soi un bien. En ce cas la perte correspond à la valeur économique de ce bien, qui est ainsi une valeur économique protégée⁷⁶⁰. Il est tout de suite précisé que cela n'est vrai que pour certains droits contractuels, comme un accord sur un droit de propriété intellectuelle, un accord de confidentialité ou un accord interdisant de faire un certain usage d'un terrain⁷⁶¹. En l'espèce, ce n'était pas le cas, car il était simplement question d'une violation d'une obligation de non-concurrence, dont la violation n'emporte pas, selon les juges, la perte d'un bien protégé par le droit. Cette décision, en dépit des précieuses indications qu'elle comporte, apporte davantage de questions que de réponses. Surtout, elle brouille un peu plus les pistes entre les *restitutions for breach of contract* et l'*unjust enrichment*, mais aussi entre les *restitutionary damages* et les *compensatory damages*.

C) En cas de *tort*

207. Un champ d'application plus incertain. Il n'existe encore aucun critère fiable permettant de cerner à l'avance les *torts* pouvant donner lieu à *restitution* et la jurisprudence en la matière n'est pas très claire. Le seul élément de certitude réside dans le caractère

⁷⁵⁹ *Ibid.* n°91: « There are certain circumstances in which the loss for which compensation is due is the economic value of the right which has been breached, considered as an asset. The imaginary negotiation is merely a tool for arriving at that value. The real question is as to the circumstances in which that value constitutes the measure of the claimant's loss ».

⁷⁶⁰ *Ibid.*, n°92: « The claimant has in substance been deprived of a valuable asset, and his loss can therefore be measured by determining the economic value of the asset in question. The defendant has taken something for nothing, for which the claimant was entitled to require payment ».

⁷⁶¹ *Ibid.* n°92-93. Le terme exact utilisé pour le dernier exemple est *breach of a restrictive covenant over land*, ce qui est particulièrement difficile à traduire car il n'existe pas d'exact correspondant en droit français, tout au plus cela peut ressembler à une servitude négative (voir W. DROSS, *Droit des biens*, 4^e ed., Domat, L.G.D.J., 2019, n°369). Cet exemple fait directement référence à l'affaire *Wrotham Park*, déc. préc., où le cocontractant s'était engagé par un *restrictive covenant* à ne pas construire.

exceptionnel de ce remède, les *restitutionary damages* n'ayant pas la portée générale des *compensatory damages*. Il n'est pas nécessaire d'établir une liste exhaustive des cas où des *restitutions for torts* ont été attribués⁷⁶². Il est toutefois intéressant de dresser les grandes lignes car elles montrent, comme le souligne M. Krebs, que le *tort* n'est pas un fait générateur suffisant, ni pertinent pour déterminer s'il y a lieu à *restitution*⁷⁶³. Sans surprise, les hypothèses où de tels *damages* ont été plus aisément acceptés correspondent aux cas des *proprietary torts*, ainsi qu'aux cas de violation d'un droit de propriété intellectuelle. La notion de *proprietary torts* n'est pas toujours aisée à cerner et recouvre les *torts* qui préservent le droit de propriété ou les intérêts du propriétaire. Si la reconnaissance de *restitutionary damages* a été plus aisée pour cette catégorie de *tort*, elle n'est néanmoins pas absolue et certaines décisions semblent parfois remettre en cause cette possibilité⁷⁶⁴.

208. Les principaux cas admis. Parmi les principaux cas admis, on retrouve essentiellement les *torts* de *conversion*, *trespass to good* et *trespass to land* ainsi que certains cas de *nuisance*. Le *tort* de *conversion* ne se réduit pas au vol de la chose d'autrui, mais concerne plus généralement tous les cas où une personne est privée de la possession et de la jouissance de l'un de ses biens, ce qui peut inclure aussi bien l'utilisation de la chose d'autrui sans consentement, que sa destruction ou sa vente à l'insu de son propriétaire⁷⁶⁵. Le *trespass* désigne quant à lui la violation d'un droit de propriété, comme le fait de circuler sans autorisation sur un terrain appartenant à autrui (*trespass to land*) ou de détériorer un de ses biens (*trespass to goods*)⁷⁶⁶. Quant au *tort* de (*private*) *nuisance*, il est lui-même entendu de manière assez large et sanctionne tout comportement entravant l'usage ou la jouissance d'un immeuble, sans qu'il soit nécessaire que l'auteur de l'acte empiète physiquement sur le terrain d'autrui, de simples bruits ou même odeurs pouvant constituer une *nuisance*⁷⁶⁷. Alors que la possibilité d'obtenir des *restitutionary damages* semble bien établie pour les trois premiers *torts*, plusieurs décisions ont remis en cause cette possibilité pour le *tort* de

⁷⁶² Pour un référencement complet voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p.453s. ; A. BURROWS, *op. cit.*, p. 643s. ; J. EDELMAN, *op. cit.*, n°14-016s.

⁷⁶³ T. KREBS, art. préc., p. 380s. qui montre les errances du droit allemand lorsqu'il se fondait également sur le caractère illicite de l'acte pour justifier les restitutions, avant de se tourner vers l'enrichissement injustifié.

⁷⁶⁴ Voir notamment A. BURROWS, *op. cit.*, p.652-653.

⁷⁶⁵ W. V. H. ROGERS, *op. cit.*, n°17-6.

⁷⁶⁶ A. BURROWS, *op. cit.*, n°2-307, la notion de *trespass to goods* se superpose en grande partie avec le *tort* de *conversion*, ce dernier est toutefois un peu plus spécifique en ce sens qu'il faut que l'auteur de l'acte est une volonté de prendre le contrôle de la chose, ce qui n'est pas le cas du *trespass*.

⁷⁶⁷ W. H. V. ROGERS, *op. cit.*, n°14-4.

nuisance. Aussi à l'heure actuelle, le champ d'application des *restitutionary damages* semble restreint aux seules hypothèses de *trespass to land*, *trespass to goods* ou *conversion*.

209. Un critère possible : l'appropriation des droits du demandeur ? S'il n'existe pas encore de critère clair permettant d'élire les *torts* susceptibles d'entraîner une telle réponse, une décision ayant refusé des *restitutions* pour le *tort* de *nuisance* apporte des éléments intéressants, même si au regard des faits la solution *in fine* rendue par les juges se comprend aisément. Dans l'affaire *Forsyth-Grant v Allen*⁷⁶⁸, le défendeur avait construit deux immeubles sur un terrain récemment acquis, ce terrain jouxtant celui du demandeur, propriétaire de longue date d'un hôtel. La construction de ces immeubles avait considérablement réduit la luminosité sur le terrain du demandeur et ce dernier estimait qu'il avait acquis un droit, après toutes ces années, à maintenir un certain degré de luminosité. Il estimait ainsi que le défendeur aurait dû construire un puits de lumière et plutôt que de demander des dommages et intérêts compensant la perte de lumière, le demandeur réclamait le reversement du profit tiré par le défendeur, résultant des mètres carré gagnés en ne construisant pas ce puit de lumière. Le défendeur se serait ainsi enrichi au détriment du demandeur. Dans les faits, le profit réalisé par le défendeur était en réalité bien supérieur à la perte résultant de la perte de luminosité. Cette demande fut rejetée, en premier lieu parce que les juges ne souhaitaient pas étendre excessivement les cas où des *restitutions for torts* sont valables, pour éviter l'opportunisme des requérants.

Le juge Patten donne également un autre argument : ce cas de *nuisance* n'implique aucune appropriation des droits du demandeur par le défendeur. Contrairement aux cas de *trespass*, ou de *conversion* qui supposent une atteinte physique aux biens du propriétaire. Or, en l'espèce, s'il y avait bien une atteinte à la jouissance du bien du demandeur (perte de luminosité), cette atteinte résultait simplement de la construction d'immeuble sur un terrain appartenant au défendeur, sans empiètement sur celui du demandeur⁷⁶⁹. Le simple fait qu'un

⁷⁶⁸ (2008) EWCA Civ 505 ; (2008) Env. L. R. 41, cette décision fait suite à une précédente qui avait également refusé des *restitutions* pour le même *tort*, *Stoke-on-Trent CC v W & J. Wass Ltd*, (1988) 1 WLR 1406 dont la motivation est assez proche.

⁷⁶⁹ Voir l'opinion du juge Patten, n°32: « An actionable nuisance does not involve the misappropriation of the claimant's rights in the same way, even as in a case of trespass, let alone as in a case of conversion or copyright or trademark infringement. The essence of the tort is that the claimant's rights to the reasonable enjoyment of her property have been infringed by the use which the defendant makes of his own land. On the face of it, this should not entitle the claimant, in my judgment, to more than compensation for the loss which she has actually suffered ».

tort protège le droit de propriété du demandeur contre les atteintes d'un tiers n'est donc pas suffisant. Il est par ailleurs nécessaire que le défendeur se soit approprié le bien du demandeur sans son autorisation, même si cette appropriation est temporaire. Cette solution semble justifiée par l'idée qu'il n'y a qu'en cette hypothèse qu'il existe un lien suffisant entre le profit et le demandeur, alors qu'en l'espèce ce lien était bien lointain. Pourquoi est-il besoin de recourir au *tort* pour justifier les *restitutions*, alors que ce n'est manifestement pas la justification principale ? La raison qui justifiait le recours aux *restitutions for wrongs*, plutôt qu'à l'*unjust enrichment*, à savoir la crainte d'ouvrir de manière trop large cette action, se retrouve plus encore en matière de *tort*. Le cas de l'espèce en est l'exemple manifeste. Puisqu'il est impossible d'admettre que tout *tort* entraîne des *restitutions*, il faut trouver d'autres critères permettant de sélectionner les cas entraînant des *restitutions*⁷⁷⁰.

210. Comparaison entre *restitution for breach of contract* et *restitution for torts*. Cette jurisprudence crée également une différence difficilement justifiable, si l'on retient cette catégorie de *restitutions for wrongs*, entre les *restitutions for breach of contract* et les *restitutions for torts*. En effet, les premiers sont avant tout justifiés par l'idée de punition ou de dissuasion, à l'exception des *negotiating damages*. Or, avec les *torts* ce n'est semble-t-il pas le cas, les juges s'attachant davantage au lien entre le gain et le demandeur. À s'en tenir à la décision précitée, la gravité du comportement du défendeur n'a pas d'incidence sur le remède, même si en l'espèce le *tort* pouvait paraître d'une faible gravité. Comment expliquer cette différence ? L'impossibilité d'obtenir des *exemplary damages* en cas de *breach of contract* est sans doute une première explication⁷⁷¹. Les *restitutionary damages for breach of contract* sont alors un moyen d'arriver à une fin similaire. Il est néanmoins possible de trouver une autre explication, qui se rapproche des solutions retenues par le droit allemand et qui rappelle la distinction entre droits absolus et droits relatifs. Lorsque le demandeur dispose d'un droit absolu sur le gain, ou une partie du gain, il importe peu que

⁷⁷⁰ À comparer avec la position du professeur Jaffey qui, bien qu'étant critique envers le concept d'*unjust enrichment* qui ne peut selon lui justifier véritablement les *restitutions*, estime aussi qu'aucun *tort* ne peut expliquer convenablement cette réponse, voir P. JAFFEY, *op. cit.*, p. 104 : « The function of tort law is to determine the extent to which D should be constrained in his activities in order to protect C against harm or intrusion, or, more broadly, the extent to which he should be responsible for a loss that an act or activity of his causes to C (...) This interests recognized in tort law also include C's interest in his property. This calls for an independent prior definition of the scope of C's property right, and this is supplied by property law ».

⁷⁷¹ Globalement il n'y a que trois hypothèses où il est possible d'obtenir des *exemplary damages* : la conduite arbitraire ou contraire à la Constitution d'un agent de l'État (emprisonnement illicite par exemple) ; lorsque le défendeur a agi dans le but d'obtenir un profit, peu importe que ce profit ait été obtenu ou non (par exemple, un journal publiant délibérément un contenu diffamatoire dans le but de vendre davantage d'exemplaires) ; lorsqu'une loi le prévoit expressément (J. EDELMAN, *op. cit.*, n°13-017s.).

le défendeur ait commis un acte d'une particulière gravité. Il est tenu de restituer l'enrichissement à partir du moment où il s'est approprié un bénéfice qui revient légitimement à autrui, c'est-à-dire lorsque la loi réserve une sphère d'exclusivité au demandeur⁷⁷². *A contrario*, lorsque le demandeur ne dispose que d'un droit relatif, les *restitutionary damages* devraient être en principe exclus, sauf à vouloir cette fois-ci sanctionner un comportement particulièrement répréhensible, en privant celui qui a inexécuté son engagement du profit qu'il a pu tirer de l'inexécution. Les *torts* ne créent aucun droit relatif, mais imposent au contraire à chacun de respecter un certain nombre de devoirs. Aussi, les profits tirés de la commission d'un *tort* ne peuvent être attribués au demandeur que si, par ailleurs, ce *tort* empiète sur un droit exclusif du demandeur. En ce cas, ce n'est pas le *tort* qui justifie les *restitutions*, mais bien la violation de ce droit exclusif. Les *restitutions* pourraient alors être intégrés à l'*unjust enrichment* qui tend plus généralement à réattribuer les gains à son légitime titulaire en cas de transfert vicié.

En revanche, en présence d'un contrat, il y a bien un engagement d'une partie envers une autre en particulier. Sauf à ce que le contrat attribue expressément tel gain à un contractant en particulier, la violation du contrat ne permet pas d'attribuer ce gain à la partie victime de l'inexécution. Pour justifier le reversement de ce profit, il faut trouver une autre explication. Cette explication se fondera généralement sur la volonté de dissuader toute violation du contrat et de punir, le cas échéant, le contractant fautif en le privant de ses gains. Les décisions *Blake* ainsi qu'*Esso* sont clairement animées par cette idée. Cette justification n'a cependant rien à voir avec l'*unjust enrichment*, qui n'a pas pour objectif de sanctionner un comportement. Ces différences devraient justifier un traitement à part, ce qui permettrait par ailleurs de mettre fin à certaine confusion et apporter davantage de cohérence. Ainsi, il est tout à fait possible de rejoindre Birks lorsqu'il affirme que l'affaire *Blake* ne répond absolument pas à l'idée d'un enrichissement injuste⁷⁷³. Cela ne signifie pas que la catégorie des *restitutions for wrongs* devrait être maintenue et il faudrait au moins faire le départ entre les cas où l'objectif est de sanctionner un comportement et ceux où l'objectif est de réattribuer un gain à son légitime titulaire. Les décisions *Wrotham Park* et

⁷⁷² Voir T. KREBS, art. préc., p. 379 s., même si l'auteur admet que certains droits contractuels puissent avoir le même effet lorsque le contrat réserve une sphère d'exclusivité à l'un des contractants, spéc.p. 397 : « If the law were to focus on the contractual right instead of the wrong of breaching it, one useful criterion, based on the attribution doctrine, would be to ask whether the contractual right reserves to the claimant a sphere of economic activity from which the defendant is excluded ».

⁷⁷³ P. BIRKS, *op. cit.*, p.13.

Morris-Garner sont en revanche plus difficile à analyser et il faut reconnaître que leur logique se rapproche davantage de celle des *restitutions for torts*. Il existe cependant une grande différence entre la motivation de la décision *Morris-Garner* et celle de *Blake*. Les *negotiating damages* sont justifiées par l'idée que le défendeur a interféré avec un droit du demandeur, qui juridiquement peut être considéré comme un bien, ou au moins comme une valeur économique protégée. La motivation est ainsi assez proche de la décision *Forsyth*. Dans les deux cas il est question d'une interférence du défendeur avec la sphère protégée du demandeur. L'intégration de l'ensemble de ces cas sous l'appellation générique de *restitution for wrongs* empêche malheureusement de faire des distinctions ou des rapprochements et semble condamner cette catégorie à l'incohérence.

*

* *

211. Conclusion du chapitre II. L'étude de l'*unjust enrichment* s'avère particulièrement instructive. Elle montre qu'il est possible de forger une source d'obligation autonome et spécifique. Le droit anglais s'illustre ainsi pour donner une place prépondérante à l'enrichissement, le résultat de cette action étant seulement de restituer un gain et non de compenser une perte. Ainsi, le droit anglais n'exige pas un appauvrissement corrélatif du demandeur et, surtout, il n'existe pas de règle de double plafond qui diminue singulièrement l'utilité de cette source d'obligation. De même, il n'existe aucune condition de subsidiarité. L'*unjust enrichment* n'est donc pas une source d'obligation s'appliquant à défaut d'autres solutions, mais bien une source à part entière, ce qui laisse le choix au demandeur de sélectionner l'action la plus favorable, en cas de concours d'actions. Cependant pour éviter un excès de *restitution*, le droit anglais a choisi d'opter pour une liste d'*unjust factors*, plutôt que pour un principe général de restitution d'un enrichissement injustifié. La liste des *unjust factors* est intéressante, car elle révèle les raisons (positives) justifiant qu'une personne soit tenue de restituer un enrichissement. Aussi, la plupart de ces *unjust factors* montrent que l'objectif est surtout de rectifier un transfert vicié, qui ne respecterait pas réellement la volonté du demandeur. L'aspect « propriétaire » de cette source d'obligation est donc mise en avant, puisqu'elle permet de protéger le demandeur d'une dépossession involontaire d'un enrichissement qui lui revient. La spécificité de cette source se ressent également au stade des moyens de défense. Puisque l'*unjust enrichment* vise à restituer un

enrichissement au demandeur, indépendamment du comportement des parties, la faute de l'une des parties est par principe indifférente. Cependant, pour atténuer l'obligation qui pèse sur le défendeur, lorsque celui-ci a disposé de tout ou partie de l'enrichissement, il lui est possible d'invoquer le *change of position*. Ce moyen de défense lui permet de diminuer le montant des *restitutions* à l'enrichissement subsistant, pour éviter que la situation du défendeur ne se dégrade. Ainsi conçu, l'*unjust enrichment* se distingue des autres sources d'obligation et principalement du contrat et des *torts*. Le contrat régit les transferts volontaires et non remis en cause, alors que l'*unjust enrichment* a vocation à s'appliquer lorsque le transfert ne correspond pas à ce qui a été prévu et voulu par les parties. À l'égard des *torts*, la distinction est sans doute plus délicate. Contrairement à l'*unjust enrichment* qui n'a qu'une finalité unique – restituer un enrichissement injustement transféré par le demandeur au défendeur – les *torts* ne constituent pas une catégorie homogène et il faut se référer aux cas déjà qualifiés de *torts* par les juridictions. Bien que le droit anglais ait beaucoup évolué pour parvenir à une source d'obligation globalement cohérente et unique, il existe encore des zones d'ombre et des difficultés. Ces incertitudes sont également très instructives, car elles ne sont pas spécifiques au droit anglais. Les deux principales difficultés tiennent, d'une part, à l'application de l'*unjust enrichment* lorsque le demandeur a réalisé un service au bénéfice du défendeur et, d'autre part, à l'exclusion de l'*unjust enrichment* lorsque le défendeur s'est enrichi, au détriment du demandeur, en commettant un délit civil (*civil wrong*). Le droit anglais montre bien les particularités de l'enrichissement par octroi d'un service. Deux *unjust factors* sont spécifiquement consacrés aux services : *necessity* et le *free acceptance*. Or, l'appartenance réelle de ces deux cas à l'*unjust enrichment* est particulièrement discutée, car l'objectif est moins de restituer un enrichissement, que d'obtenir le remboursement d'une dépense (*necessity*) ou l'octroi d'une rémunération pour un service non requis (*free acceptance*). C'est également à cause des services, que certains auteurs se sont prononcés en faveur d'une condition d'appauvrissement. L'objectif poursuivi par ces auteurs est ainsi d'éviter que le demandeur n'ait un droit sur la plus-value, lorsque le service procuré a amélioré un bien appartenant au défendeur. Si cela ne constitue pas l'état du droit positif, il est permis de se demander si l'*unjust enrichment*, et plus généralement l'enrichissement injustifié, peut réellement s'appliquer au cas des services, tant la logique semble différente. En revanche, l'*unjust enrichment* aurait certainement une carte à jouer lorsque le défendeur s'est enrichi au détriment du demandeur, en commettant un *wrong*. Néanmoins, le choix retenu en droit anglais est de dissocier cette hypothèse de l'*unjust enrichment*, en estimant que le fait

générateur des *restitutions* demeure le *wrong*. Or, cette analyse ne permet pas de déterminer les *wrongs* susceptibles d'entraîner des *restitutions*, puisque le principe est que ces *restitutions* ne sont pas automatiquement accordées en cas de *wrong*. Les décisions rendues en la matière démontrent d'ailleurs que le fondement réel des *restitutions* n'est pas le *wrong*. Ces *restitutions* sont en effet accordées soit pour sanctionner un comportement déloyal qui serait autrement laissé impuni (surtout en cas de *breach of contract*), soit pour restituer un enrichissement qui aurait dû revenir au demandeur (surtout en cas de *tort*). Dans ce dernier cas, l'*unjust enrichment* serait un fondement plus légitime et permettrait d'apporter davantage de cohérence.

212. Conclusion du sous-titre II. L'*unjust enrichment* s'est imposé progressivement en droit anglais. L'évolution fut dans un premier temps relativement lente, puisque cette source d'obligation n'a été officiellement reconnue par les juridictions qu'en 1991, avec la décision *Lipkin Gorman*. Avant d'être une source d'obligation à part entière, l'*unjust enrichment* a longtemps été cantonné aux dernières pages des ouvrages consacrés au droit des contrats, et ce en raison de l'héritage des *forms of action* et de l'*implied contract theory*. Originellement, la demande de restitution d'une somme d'argent, d'un bien ou d'un service était fondée sur une fiction de promesse de payer de la part du défendeur. La fin des *forms of action* en 1852 et le passage vers un droit plus substantiel a d'abord conduit à ranger ces *implied contracts* dans la catégorie du droit des contrats. La particularité de ces demandes de restitution, qui ne reposaient sur aucun accord de volontés, a finalement incité les juristes anglais à les sortir de la catégorie contractuelle au début du XX^e. La notion de *quasi-contract* pouvait ainsi apparaître comme un bon compromis et recouvrir, un peu comme en droit romain, des cas anciennement qualifiés de contrat. La particularité du droit anglais est toutefois d'avoir immédiatement associé les *quasi-contracts* avec l'idée d'enrichissement injustifié, sous l'influence de la doctrine américaine. L'idée d'enrichissement injustifié paraissait, à l'époque, trop vague et connotée politiquement pour être reprise explicitement, les *quasi-contracts* permettaient donc de les séparer du contrat, sans pour autant apporter un changement radical. La qualification de *quasi-contract* n'emportait pourtant pas la conviction, surtout de la part de la doctrine, qui a commencé à se détourner de cette qualification au profit du terme *restitution law*, mettant ainsi en avant la finalité de cette source : la restitution d'un enrichissement. L'impulsion fut donnée par le premier traité sur les *restitutions*, rédigé par Goff et Jones dans les années 1960, puis par Birks qui œuvra ardemment pour la reconnaissance de l'*unjust enrichment*. Une fois les doutes dissipés sur

la notion d'*unjust enrichment* et sa reconnaissance officielle par la décision *Lipkin Gorman*, l'évolution du droit anglais a été fulgurante. Depuis 1991 jusqu'à nos jours, l'*unjust enrichment* a gagné ses lettres de noblesse et est devenu le principal fait générateur de *restitution*, les *restitutions for wrongs* n'étant qu'un fait générateur secondaire. Si le droit anglais présente encore certaines incertitudes et zones d'ombre, le chemin parcouru entre l'abolition des *forms of action* en 1852 et la période actuelle est impressionnant. Le droit anglais est ainsi une preuve que l'enrichissement injustifié n'est pas condamné à demeurer dans les limbes de l'équité. Il est possible d'en faire une source d'obligation autonome, sans que son régime juridique ne soit calqué sur un régime préexistant et en lui donnant une réelle spécificité : la restitution d'un enrichissement revenant au demandeur.

213. Conclusion du titre I. Un retour historique et comparé sur l'enrichissement injustifié apporte des éclairages intéressants tant sur cette source d'obligation particulière que sur les liens qui unissent l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats. Il apparaît ainsi que ces liens sont artificiels, les quasi-contrats servant bien souvent de transition et d'étape intermédiaire entre un ancien état où le contrat était appréhendé très largement et un nouvel état où la notion de contrat s'est resserrée. Ainsi, en droit romain comme en droit anglais, la qualification de quasi-contrat recouvre essentiellement des cas anciennement qualifiés de contrat. Faute d'autres catégories aptes à les accueillir, la catégorie de quasi-contrat fait office de catégorie par défaut, dans l'attente d'un meilleur fondement. Il faut dire que l'enrichissement injustifié n'était pas un concept connu du droit romain. Certes, il est possible de trouver des actions ponctuelles sanctionnant un enrichissement perçu comme illégitime, la *condictio indebiti* (ancêtre de la répétition de l'indu) étant le meilleur exemple, mais il n'existe pas de sources d'obligation forgées autour de ce concept. L'appui du droit romain peut donc s'avérer périlleux et porteur de certaines confusions. Ainsi, l'action *de in rem verso* était relativement proche de la gestion d'affaires. Elle avait moins pour objectif de restituer un enrichissement, que de permettre à un créancier d'obtenir le paiement de sa créance auprès du *pater familias*, lorsqu'une personne, sous l'autorité de ce dernier, a contracté une dette qu'il est dans l'incapacité de payer. Il n'est guère étonnant que les pères fondateurs de l'enrichissement injustifié, Grotius et Pufendorf, ne se soient pas beaucoup inspirés du droit romain pour élaborer cette nouvelle source d'obligation. Leur seule source d'inspiration fut les *condictiones* romaines, qui regroupaient globalement les cas où une personne devait une somme d'argent à une autre, et plus particulièrement la *condictio indebiti*. À aucun moment, cependant, Grotius et Pufendorf n'ont associé l'enrichissement

injustifié aux quasi-contrats. Cette source d'inspiration se retrouve également en droit allemand, qui n'a pas jugé bon de reprendre la catégorie romaine des quasi-contrats et qui est l'un des premiers systèmes juridiques à avoir reconnu l'enrichissement injustifié comme une véritable source d'obligation. Mieux, en l'absence des quasi-contrats, le droit allemand n'a pas rapproché l'enrichissement injustifié de la gestion d'affaires, qui est une source distincte d'obligation. Le régime de l'enrichissement injustifié allemand n'est donc pas inspiré du régime de la gestion d'affaires et répond à des conditions qui lui sont propres. Ainsi, il n'existe aucune condition d'appauvrissement, ni règle de double plafond et s'il est possible de trouver une règle de subsidiarité, elle joue au sein de l'enrichissement injustifié et non au détriment de cette source. En effet, bien que le droit allemand ait initialement adopté une clause générale d'enrichissement injustifié, les juristes allemands ont progressivement affiné cette clause en de multiples subdivisions, qui délimitent l'action d'enrichissement injustifié. Ces différentes subdivisions sont hiérarchisées de telle manière que les subdivisions secondaires (les *Nichtleistungskonditionen*) ne peuvent être invoquées que si la subdivision principale (*Leistungskondition* – enrichissement par prestation du demandeur) est sans application. À cet égard, il existe une certaine convergence entre le droit allemand et le droit anglais, aucun de ces deux systèmes n'ayant adopté une action véritablement générale d'enrichissement injustifié. Cela est évident pour le droit anglais, qui a adopté un modèle d'enrichissement injuste (*unjust enrichment*) au sein duquel le droit établit une liste de cas où l'enrichissement est réputé injuste (*unjust factors*). Mais cela peut également se retrouver en droit allemand, qui adopte a priori un modèle d'enrichissement injustifié, c'est-à-dire un modèle où les restitutions sont avant tout justifiées par l'absence de fondement juridique au transfert. Le travail de subdivision de la clause générale contenue au § 812 du BGB est tel, qu'il est difficile d'y voir aujourd'hui une action véritablement générale, même si la lettre de la loi n'a pas changé. De même, dans ces deux systèmes juridiques, l'accent est mis sur la spécificité de cette source : la restitution d'un enrichissement. Il n'existe ainsi aucune exigence d'un appauvrissement corrélatif. Bien que les systèmes anglais et allemand soient issus de traditions juridiques différentes, il existe un rapprochement certain de ces deux droits à propos de l'enrichissement injustifié. Ce rapprochement rend d'autant plus remarquable la singularité du modèle français de l'enrichissement injustifié, qui tend fortement à minorer la spécificité de cette source.

Titre II : La singularité du modèle français de l'enrichissement injustifié

214. Une source résiduelle. En droit français, l'enrichissement injustifié n'est pas véritablement une source d'obligation à part entière, du moins pas au même titre que l'enrichissement injustifié en droit allemand, ou l'*unjust enrichment* du droit anglais⁷⁷⁴. De manière générale, l'enrichissement injustifié est majoritairement perçu en doctrine comme le fondement des quasi-contrats et un moyen de donner une cohérence à cette catégorie romaine. Pourtant, en dépit de cette affirmation, la catégorie des quasi-contrats a relativement peu évolué et ne dispose pas d'un régime général. Le Code civil se contente, en effet, de lister trois quasi-contrats : l'action générale d'enrichissement injustifié (articles 1303 à 1303-4), et les deux cas spécifiques que sont la gestion d'affaires (articles 1301 à 1301-5) et la répétition de l'indu (articles 1302 à 1302-3). À ce stade, il est déjà possible de noter deux particularités du modèle français : le maintien des quasi-contrats, même après l'ordonnance de 2016, et le fait que la gestion d'affaires soit perçue comme un cas particulier d'enrichissement injustifié. Ces deux éléments ne vont pourtant pas de soi et expliquent pour beaucoup l'état actuel du droit français. Non seulement l'idée que l'enrichissement injustifié est le fondement de tous les quasi-contrats n'a pas apporté la cohérence souhaitée au sein de cette source d'obligation, mais elle a surtout empêché le développement d'une véritable source d'obligation d'enrichissement injustifié. Ce résultat tient en grande partie à l'évolution des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié en droit français. Plutôt que de se concentrer d'abord sur le concept d'enrichissement injustifié afin de vérifier que les quasi-contrats originels du Code civil (gestion d'affaires et répétition de l'indu) correspondent bien à des hypothèses d'enrichissement injustifié, le raisonnement s'est inversé. L'objectif principal est de trouver un concept suffisamment large pour englober les deux quasi-contrats originels, le résultat étant une conception déformée de l'enrichissement injustifié. En conséquence, le champ d'application de cette source d'obligation demeure particulièrement incertain (Sous-titre I) et son régime reste largement incohérent (Sous-titre II).

⁷⁷⁴ L'illustration la plus frappante de cet état est l'absence de manuels, de traités ou de monographies spécifiquement consacrés à l'enrichissement injustifié en droit français, contrairement à la littérature abondante en droit allemand et en droit anglais. La doctrine française s'est davantage consacrée au droit des contrats ainsi qu'à la responsabilité civile et à quelque peu laissé de côté les « autres sources » d'obligation.

Sous-titre I : Une source d'obligation au champ d'application incertain

215. Le rattachement aux quasi-contrats à l'origine des difficultés. L'enrichissement injustifié, entendu comme le fondement des quasi-contrats, devait apporter une unité et une cohérence à cette source d'obligation alors en perte de vitesse. Idéalement, ce nouveau fondement devait délimiter les quasi-contrats en permettant d'anticiper les cas où il serait possible de reconnaître un quasi-contrat. L'objectif n'a pas été atteint, loin s'en faut, et il est aujourd'hui toujours aussi difficile de cerner l'étendue des quasi-contrats, mais aussi de l'enrichissement injustifié. Comment expliquer ce résultat ? Pour mieux comprendre comment le droit français a pu en arriver là, il faut retracer l'évolution des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié depuis 1804. Cette évolution met à mal le postulat selon lequel l'enrichissement injustifié serait au fondement de tout quasi-contrat et montre que cette affirmation n'a rien de naturelle et repose sur certaines confusions. Elle montre également qu'il existe un décalage important entre la doctrine, qui estime que tout quasi-contrat est fondé sur l'enrichissement injustifié, et la jurisprudence qui ne restreint pas les quasi-contrats à cette idée. Il en résulte qu'il est particulièrement délicat de cerner les contours de cette source d'obligation. Les relations particulièrement complexes qu'entretiennent l'enrichissement injustifié avec les quasi-contrats (Chapitre I) éclairent ainsi le décalage qui peut exister entre le discours doctrinal et la pratique jurisprudentielle (Chapitre II).

Chapitre I : L'enrichissement injustifié et le quasi-contrat, une relation complexe

216. Une assimilation tardive. L'enrichissement injustifié n'a pas été immédiatement associé aux quasi-contrats. Bien au contraire, jusqu'à la seconde moitié du XX^e, il a évolué en marge de ces derniers. La naissance et l'évolution de l'enrichissement injustifié ne se sont pas faites sans peine car le Code civil de 1804 ne laissait *a priori* aucune place à une action générale d'enrichissement injustifié. Il fallait ainsi trouver un point d'ancrage, en particulier pour les Exégètes qui ne pouvaient se résoudre à créer de toute pièce une action non prévue par le Code napoléon. Le passage par un quasi-contrat, la gestion d'affaires, en raison des lacunes du Code (Section I) servira pourtant de point de départ pour affirmer non seulement que l'enrichissement injustifié est un quasi-contrat, mais aussi et surtout qu'il est le fondement de cette catégorie (Section II).

Section I : Les lacunes du Code civil

217. Une source inconnue en 1804. Bien que les écrits de Grotius et Pufendorf aient été connus tant des inspireurs du Code civil, Pothier et Domat, que des rédacteurs eux-mêmes, la volonté de créer une source d'obligation autour de l'idée d'enrichissement injustifié n'est pas encore présente en 1804. Il est vrai que cette source d'obligation n'était qu'à ses balbutiements et l'absence de théorie du patrimoine empêche un réel développement de cette source d'obligation. Il résulte de la littérature de l'époque que l'enrichissement injustifié n'est ainsi pas d'actualité et qu'il n'existe pas à cette époque de réelle volonté de construire une source d'obligation forgée autour de l'idée d'enrichissement injustifié. Il existe quelques dispositions éparses dans le Code civil pour restituer un enrichissement injustifié, le principal exemple étant la répétition de l'indu, mais rien de plus. Lorsqu'à la fin du XIX^e, l'enrichissement injustifié sera plus dans l'air du temps, la doctrine tentera de trouver un point d'ancrage pour cette nouvelle théorie. C'est donc en raison de l'absence de principe général d'enrichissement injustifié en 1804 (I) que la théorie de la gestion d'affaires anormale va pouvoir prospérer (II).

I : L'absence de principe général d'enrichissement injustifié en 1804

218. La notion de quasi-contrat dans le Code civil. Le Code civil de 1804 retient une définition relativement similaire à celle de Pothier à l'article 1371 (ancien)⁷⁷⁵. L'ancien article définissait ainsi le quasi-contrat comme : « les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelque fois un engagement réciproque des deux parties ». La différence principale est toutefois que l'ancien article 1371 n'établit pas expressément qu'il s'agit d'un fait licite⁷⁷⁶. Contrairement à Pothier, l'article s'en tient seulement au fait « purement volontaire ». Cette expression assez ambiguë est présentée comme une amélioration et permet de ne retenir que deux quasi-contrats : la gestion d'affaires et la répétition de l'indu. Les trois autres quasi-contrats

⁷⁷⁵ Pothier définissait ainsi le quasi-contrat comme « le fait d'une personne permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles », voir *supra* n° 48.

⁷⁷⁶ Cette exigence est toutefois expressément reprise par Treilhard qui rappelle que le quasi-contrat s'oppose au délit parce qu'il résulte d'un fait licite. Les rédacteurs croyaient vraisemblablement cette exigence à ce point évidente qu'ils n'ont pas pris la peine de la mentionner (J.-B. TREILHARD, « Exposé de motifs », *in* LOCRE, *op. cit.*, n°4 p.29).

traditionnels (tutelle, obligation de payer les legs, indivision) sont écartés au motif qu'ils ne résultent pas d'un fait volontaire. Il est important de préciser que les deux cas retenus ne sont rangés dans la catégorie quasi-contractuelle que parce qu'ils résultent, d'après les rédacteurs, d'un fait volontaire et non parce qu'ils seraient des cas particuliers d'un principe général commun tel que l'enrichissement injustifié. Comme Pothier, les rédacteurs estiment que les quasi-contrats sont fondés sur l'équité. Ce fondement n'est d'ailleurs pas la caractéristique des quasi-contrats, l'équité étant également utilisée pour légitimer les délits et les quasi-délits⁷⁷⁷. Les rédacteurs se contentent donc de reprendre la notion romaine sans lui donner une signification plus claire. L'élément surprenant concerne la liste réduite des quasi-contrats (gestion d'affaires et répétition de l'indu) alors que la définition donnée, autour du fait volontaire, ne paraît pas restreindre la catégorie à ces deux quasi-contrats.

Pourtant, ce fait volontaire ne paraît pas être la caractéristique principale de la gestion d'affaires, ni de la répétition de l'indu. Il ne peut évidemment s'agir d'une volonté de s'engager envers une autre personne, les rédacteurs mettant expressément en avant le fait que l'obligation découle de la loi et non de la volonté⁷⁷⁸. Pour la gestion d'affaires, il est absolument indifférent que le gérant ait la volonté de s'engager à poursuivre la gestion jusqu'à son terme. Quant au maître il est particulièrement douteux qu'il ait la volonté de rembourser les dépenses résultant d'une immixtion qu'il est censé ignorer. De même, pour la répétition de l'indu, peu importe que l'*accipiens* se soit ou non engagé à restituer la chose au *solvens*, il y est tenu dès la réception de la chose non due. Mais s'il suffit que le débiteur (ou le créancier car il peut y avoir un engagement réciproque) ait agi de sa propre initiative, la définition du quasi-contrat n'apporte pas grand-chose et ne permet pas d'exclure tous les anciens quasi-contrats romains. Ainsi, l'héritier est tenu de payer les legs dès lors qu'il a accepté la succession, qui est un fait volontaire. Sans compter tous les autres cas qui pourraient entrer dans cette catégorie grâce à cette définition. Un auteur n'a ainsi pas hésité à qualifier de quasi-contractuelle, au milieu du XX^e, l'obligation du père envers l'enfant né hors mariage au motif qu'il existait un fait volontaire (la procréation) créant une obligation envers l'enfant...⁷⁷⁹ L'exemple peut sembler un brin absurde et excessif mais, à y regarder

⁷⁷⁷ Voir le rapport de De Greuille, à propos des articles 1370 à 1386 : « Vous avez dû remarquer que ces dispositions sont toutes puisées dans la raison, la sagesse, l'équité naturelle, et dans les principes de la plus saine morale » (in A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 13, 1828, p.477).

⁷⁷⁸ Voir le discours de Treilhard « Dans les quasi-contrats au contraire (...) l'obligation, ainsi que je l'ai déjà observé, résulte d'un fait : c'est la loi qui le rend obligatoire ».

⁷⁷⁹ L. NUVILLE, « Du quasi-contrat de procréation d'enfant hors mariage », *G. P.* 1948, 1^{er} semestre, doct. 12 « Ne pourrait-on pas considérer les relations sexuelles comme rentrant dans la catégorie de ces "faits

de plus près, l'excès vient davantage du critère posé par la loi. Si seul le fait volontaire du débiteur compte, rien n'empêche effectivement de qualifier cette obligation de quasi-contractuelle. Pour la même raison, les obligations alimentaires pourraient être qualifiées pareillement et résulteraient selon les cas du mariage ou de la procréation.

219. Une définition inadaptée à la répétition de l'indu. L'inconvénient le plus manifeste de cette définition est qu'elle ne convient que très peu à la répétition de l'indu. En effet, la plupart des auteurs s'accordent pour ne pas la limiter au cas où le *solvens* s'est trompé, mais l'étendent également au cas où il a été contraint de payer ce qu'il ne devait pas⁷⁸⁰. Le concept de « fait volontaire par contrainte » peut laisser particulièrement songeur. En outre, la différence entre la répétition de l'indu (reposant à l'origine sur une erreur) et la gestion d'affaires pose également question. Quel rapport entre un gérant qui agit de manière consciente dans le but d'aider un tiers⁷⁸¹ et le *solvens* qui agit certes de sa propre initiative mais par erreur ? Si la liste des quasi-contrats a été réduite à ces deux cas, cela tient vraisemblablement à une raison plus triviale : l'impossibilité de les classer ailleurs dans le Code civil. Autant les trois anciens quasi-contrats romains (tutelle, obligation de payer les legs et indivision), du fait de leur spécificité, peuvent être aisément rangés dans d'autres parties du Code civil (l'indivision et l'obligation de l'héritier dans le droit des successions, la tutelle dans le droit des personnes). Autant la question de la localisation au sein du Code civil est bien plus complexe pour la gestion d'affaires et la répétition de l'indu. Ces deux derniers cas sont bien plus généraux en ce sens qu'ils ne sont pas limités à un contexte particulier. Ainsi, contrairement aux obligations purement légales qui sont dispersées dans tout le Code civil, il était impossible de ranger la gestion d'affaires et la répétition de l'indu ailleurs que dans la partie consacrée au droit des obligations. Ces obligations ne répondant ni à la définition de contrat ni à celle de délit et de quasi-délit, le choix a finalement été fait de conserver la catégorie de quasi-contrat. Ce choix ne s'explique donc pas simplement par volonté de respecter la tradition. Si tel avait été le cas, il aurait été plus simple et plus

purement volontaires de l'homme''. [...] En se livrant à un acte qui peut aboutir à la conception d'un enfant, les auteurs sont l'un et l'autre responsables de ce résultat éventuel, dans leurs relations mutuelles comme envers leur créature, encore bien que leur volonté demeure étrangère à tout engagement consenti ».

⁷⁸⁰ Par exemple F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1290 ; M. DOUCHY, « La répétition de l'indu », *Rép. Dalloz*, 2012, n°50 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, T.2, *Le fait juridique*, 14^e ed., 2011, n°27 ; A. BENABENT, *Droit des obligations*, 18^e ed., L.G.D.J., 2019, n°470.

⁷⁸¹ Cette intention de gérer est régulièrement mise en avant dans les travaux préparatoires, notamment par De Greuille « En effet, dès que par un sentiment de bienveillance on s'est immiscé dans la gestion de l'affaire d'autrui (...) » (H. BERTRAND DE GREUILLE, « Rapport », in LOCRE, *op. cit.*, p.37).

respectueux de conserver l'ensemble des quasi-contrats romains, quitte à fusionner cette catégorie avec celles des obligations purement légales.

220. Une source privée de sa signification historique. Même si les juristes romains n'ont jamais appréhendé les quasi-contrats comme une source cohérente et unitaire⁷⁸², la catégorie était d'une certaine manière encadrée, ou à tout le moins, la liste des quasi-contrats n'était pas destinée à évoluer. En effet, le principal point commun des cinq quasi-contrats romains⁷⁸³ était de regrouper des cas anciennement classés dans la catégorie de contrat, mais qui en ont été chassés en raison d'un resserrement de cette catégorie⁷⁸⁴. Le critère d'appartenance aux quasi-contrats (*i.e.* l'ancienne qualification de contrat) empêche, par hypothèse, une extension de la liste des quasi-contrats, si ce n'est des ajouts par analogie aux quasi-contrats préexistants⁷⁸⁵. Tant que les juristes sont restés fidèles au droit romain, la catégorie de quasi-contrat n'a de fait pas évolué⁷⁸⁶. En revanche, à partir du moment où le droit romain perd en influence et que la signification originelle des quasi-contrats est progressivement mise de côté, la liste des quasi-contrats commence à s'agrandir⁷⁸⁷. Certains auteurs tenteront ensuite de trouver une cohérence aux quasi-contrats en partant du choix délibéré des rédacteurs de les réduire à la gestion d'affaires et à la répétition de l'indu⁷⁸⁸. Il ne faudrait toutefois pas y déceler une volonté d'associer les quasi-contrats avec l'enrichissement injustifié, cette assimilation n'était clairement pas présente en 1804, car le concept d'enrichissement n'était pas encore véritablement implanté en droit français.

221. La référence à un principe d'équité. Il existe dans les travaux préparatoires du Code civil, quelques références au principe selon lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Ces références sont cependant sans conséquence et ont la même valeur que la maxime de Pomponius⁷⁸⁹. Il s'agit simplement d'un adage qui rappelle l'un des objectifs poursuivis par le droit. Il n'en découle aucune règle spécifique. Ces références se retrouvent à divers

⁷⁸² Sur le droit romain, voir *supra* n° 28s.

⁷⁸³ Pour mémoire, les quasi-contrats romains comprenaient : la répétition de l'indu, la gestion d'affaires, la tutelle, l'obligation de payer les legs ainsi que l'indivision.

⁷⁸⁴ Sur ce point voir H. VIZIOZ, th. préc., n° 12 et 13, p. 42-43.

⁷⁸⁵ Certains auteurs ont ainsi rajouté, pendant la période médiévale, la curatelle à la liste des quasi-contrats, en raison de la ressemblance avec la tutelle, déjà qualifiée de quasi-contrat (H. VIZIOZ, th. préc., n° 46, p.177).

⁷⁸⁶ H. VIZIOZ, th. préc., n° 46.

⁷⁸⁷ Voir en droit français, les quasi-contrats reconnus par la jurisprudence (*infra* n° 251s.).

⁷⁸⁸ Voir notamment M. DOUCHY, th. préc., p.8.

⁷⁸⁹ Sur ce point voir *supra* n° 30.

endroits du Code, dans les passages consacrés aux restitutions dues par un incapable⁷⁹⁰, à la répétition de l'indu⁷⁹¹, mais aussi ceux consacrés à l'accession⁷⁹². Il est ainsi possible, à ce stade, d'affirmer que le droit français du début du XIX^e n'est guère plus développé que le droit romain s'agissant de l'enrichissement injustifié. Il connaît certes certaines actions spécifiques qui peuvent être raccrochées à cette idée, la répétition de l'indu ou l'accession par exemple, mais il n'existe aucune source spécifique d'obligation fondée sur ce concept. Ce sera le travail de la doctrine de combler les lacunes du Code civil à partir des dispositions préexistantes.

II : La naissance de la théorie de la gestion d'affaires anormale

222. Le contexte : le choix entre la répétition de l'indu et la gestion d'affaires. Dans la première moitié du XIX^e, il était peu concevable de créer de toute pièce une action dont l'existence n'avait pas formellement été reconnue par le Code civil. Aussi, l'absence d'action générale d'enrichissement injustifié dans le Code n'incitait pas les auteurs à proposer la création d'une nouvelle action. Il faut également ajouter que l'enrichissement injustifié n'est pas encore un concept familier des auteurs, qui s'en tiennent généralement à la maxime de Pomponius. Aussi, pendant la majeure partie du XIX^e, il s'agit avant tout de trouver des solutions ponctuelles à des cas particuliers, plutôt que de concevoir une action générale. Au regard des actions préexistantes, et particulièrement des quasi-contrats du Code, le choix peut théoriquement se porter tant sur la répétition de l'indu que sur la gestion d'affaires. Théoriquement, on pourrait penser que la préférence aurait dû revenir à la répétition de l'indu. En effet, cette action est fréquemment présentée comme le cas particulier d'enrichissement injustifié par excellence⁷⁹³, certains auteurs estimant même qu'aujourd'hui la répétition de l'indu pourrait être absorbée par l'action d'enrichissement injustifié⁷⁹⁴. Alors pourquoi les auteurs du XIX^e et la jurisprudence ne sont-ils pas passés

⁷⁹⁰ Voir le commentaire sous l'ancien article 1312, à propos des restitutions consécutives à la rescision, le discours de Bigot-Préameneu : « Mais en même temps la bonne foi ne leur permettrait pas de répéter ce qui aurait tourné à leur profit : si la loi ne veut pas qu'ils soient lésés, elle ne veut pas aussi qu'ils s'enrichissent aux dépens d'autrui » (A. FENET, *op. cit.*, T.13 p.290).

⁷⁹¹ Dans le rapport de De Greuille à propos de l'ancien article 1381 sur les impenses (A. FENET, *op. cit.*, T.13, p. 473).

⁷⁹² Dans la présentation faite par Portalis sur l'article 554 (A. FENET, *op. cit.*, T.11, p.127)

⁷⁹³ Voir notamment J. CARBONNIER, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, les obligations*, Quadriga, P.U.F., 2004, n°1213, p. 2419 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2005, n°792.

⁷⁹⁴ Voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale – Quasi-contrats*, P. U. F., p. 423 et p. 429.

par la répétition de l'indu pour pallier l'absence d'action générale d'enrichissement injustifié ? Contrairement à la gestion d'affaires, dont l'effet est d'indemniser le gérant de ses pertes (et non de lui restituer l'enrichissement procuré au maître de l'affaire), la répétition de l'indu a véritablement pour effet de restituer un enrichissement indu de l'*accipiens* au *solvens*. Certes, la répétition de l'indu ne peut normalement être utilisée en cas d'enrichissement indirect (c'est-à-dire lorsque l'enrichissement a d'abord été transféré dans le patrimoine d'un tiers, avant d'être transféré dans le patrimoine du défendeur), car les articles du Code de 1804 laissaient entendre qu'il fallait un transfert direct du *solvens* à l'*accipiens*⁷⁹⁵. De plus, la répétition de l'indu ne s'applique traditionnellement pas au cas de service, mais seulement lorsque le *solvens* a transféré une somme d'argent ou un bien en nature. L'utilisation de la répétition de l'indu suppose donc une déformation de l'action originale, mais cela est également le cas de la gestion d'affaires, qui suppose traditionnellement une intention altruiste de la part du gérant et qui ne peut donc être utilisée lorsque le pseudo-gérant n'a pas eu conscience de s'immiscer dans les affaires d'autrui. Dans les deux cas, il était nécessaire de déformer les actions préexistantes. La répétition de l'indu présentait une proximité bien plus grande avec l'idée d'enrichissement injustifié, mais le choix s'est pourtant initialement porté sur la gestion d'affaires.

223. Le substitut choisi : la gestion d'affaires. Avant la consécration de l'action *de in rem verso* ou d'enrichissement sans cause en 1892 par l'arrêt *Boudier*, la jurisprudence, sous l'influence de la doctrine, avait tendance à utiliser la gestion d'affaires pour indemniser le pseudo gérant, qui avait procuré un avantage au maître, sans intention altruiste⁷⁹⁶. En raison de cette absence d'intention altruiste, cette déformation de la gestion d'affaires fut nommée gestion d'affaires intéressée ou gestion d'affaires anormale, pour faire la distinction avec la gestion d'affaires « normale » (c'est-à-dire avec une intention altruiste). Ce dédoublement entre la gestion normale et la gestion anormale provient sans doute directement de Pothier, qui distinguait la gestion d'affaires de l'action d'équité selon laquelle « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui »⁷⁹⁷. Si Pothier ne qualifiait pas cette action d'équité de

⁷⁹⁵ L'ancien article 1376 du Code civil disposait que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'indûment reçu » (nous soulignons).

⁷⁹⁶ Voir notamment sur l'évolution historique avant l'arrêt *Boudier*, F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.* n°1301.

⁷⁹⁷ Pour une présentation de la gestion d'affaires chez Pothier, voir *supra* n° 52. Pothier partait de l'hypothèse d'une personne s'étant immiscée par erreur dans les affaires d'autrui, dans la croyance erronée de gérer son affaire.

gestion d'affaires⁷⁹⁸, les auteurs du XIX^e vont rattacher cette « action d'équité » directement à la gestion d'affaires. Demolombe faisait encore la différence entre l'action *contraria*⁷⁹⁹ de la gestion d'affaires et l'action d'équité. Mais, comme il ne souhaitait pas faire de l'équité la seule source de l'obligation, il affirma que cette action était un auxiliaire de l'action de gestion d'affaires⁸⁰⁰. D'autres allèrent bien plus loin et intégrèrent cette action particulière dans la gestion d'affaires, en supprimant l'exigence de l'intention de gérer et en présentant désormais la gestion d'affaires comme une application particulière de l'enrichissement injustifié⁸⁰¹. Toutefois, la plupart des auteurs estimaient alors que l'indemnité du gérant non altruiste devait être limitée à l'enrichissement procuré au maître⁸⁰², contrairement au gérant altruiste qui pouvait obtenir l'indemnisation de ses dépenses comme le prévoyait l'ancien article 1375 du Code civil⁸⁰³. La théorie de la gestion d'affaires anormale était ainsi née et a été reprise en jurisprudence⁸⁰⁴, bien que certains arrêts semblassent au début se départir d'une telle analyse pour se fonder uniquement sur l'équité⁸⁰⁵.

224. Les raisons justifiant le recours à la gestion d'affaires. La période « pré-Boudier » ne laisse aucun doute sur le fait que le palliatif de la future action d'enrichissement sans cause (devenue, depuis 2016, l'action d'enrichissement injustifié) était la gestion d'affaires et non la répétition de l'indu. Cela se retrouve à la fois dans la doctrine et la jurisprudence. Cependant, il n'existe aucune explication qui pourrait justifier ce choix, au détriment de la répétition de l'indu. Il nous semble que ce choix s'explique par le fait qu'il n'était pas

⁷⁹⁸ Il distinguait en effet les deux actions, qui n'avaient selon lui pas le même fondement, voir *supra* n° 53. Cela tient vraisemblablement à la volonté de ne pas déformer la gestion d'affaires telle qu'elle avait été conçue par les juristes romains.

⁷⁹⁹ C'est-à-dire l'action du gérant contre le maître.

⁸⁰⁰ DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 49.

⁸⁰¹ Notamment DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, T.13, Alex Gobelet, 1831, n°636, voir aussi L. LAROMBIERE, *op.cit.*, n° 18 ; TOULLIER, *Le droit civil français*, T.6, Méline, Cans et Cie, 1848, n°23 pour qui les obligations réciproques de la gestion d'affaires viennent « de la loi, qui les fait naître à l'occasion du fait seul de la gestion, en vertu du grand principe d'équité ou justice naturelle que personne ne doit s'enrichir au détriment d'un autre sans sa volonté ».

⁸⁰² Voir notamment L. LAROMBIERE, *op. cit.*, n°18 p.419-420 ; DURANTON, *op. cit.*, n°649.

⁸⁰³ L'ancien article 1375 du Code civil disposait que « le maître dont l'affaire a été bien administrée doit (...) rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il [le gérant] a faites ».

⁸⁰⁴ Voir par exemple Req., 18 juin 1872, D. 1872.1.471 « Attendu que les obligations réciproques qui peuvent résulter d'un quasi-contrat de gestion d'affaires naissent du fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties ; qu'il importe peu que celui qui a fait l'acte de gestion ait entendu agir tout à la fois dans son intérêt personnel et dans l'intérêt d'un tiers, si, en réalité, ce tiers était intéressé à l'acte et en a profité » ; Req., 16 juillet 1890, S.1894.1.19, D.1891.1.49.

⁸⁰⁵ Req., 17 mars 1857, *Veuve Maurin c. Cauvas*, D.1857.1.150, la mère avait placé son fils dans un pensionnat pour son éducation mais fut incapable de payer, le pensionnat se retourna donc contre le fils qui avait reçu un héritage important. La demande fut accueillie et la Cour rejeta le pourvoi de la veuve en se contentant de noter que la décision était conforme à l'équité.

réellement question d'enrichissement injustifié, du moins pas dans le sens de restitution d'un enrichissement revenant au demandeur, comme c'est le cas dans la répétition de l'indu. La maxime d'équité « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » n'a pas un sens technique à l'époque et est utilisée de manière assez vague par l'ensemble des auteurs du XIX^e. À rebours de ce qui est présenté habituellement – la gestion d'affaires anormale serait un moyen de pallier l'absence d'action générale d'enrichissement injustifié – il nous semble que l'objectif était à l'origine simplement d'élargir la gestion d'affaires à des situations où le gérant n'avait aucune intention altruiste, sans aucune volonté d'en faire les prémisses d'une action générale d'enrichissement injustifié. En effet, pour que le gérant dispose d'une action contre le maître, il faut en principe établir que la gestion a été utile et que le gérant avait l'intention d'agir dans l'intérêt du maître. Si la condition d'une intention altruiste était cependant perçue comme trop restrictive, sa suppression pure et simple emportait l'inconvénient inverse d'étendre trop largement la gestion d'affaires. En effet, la seule condition d'utilité est insuffisante pour limiter la gestion d'affaires. Cela signifierait que toute personne s'étant immiscé utilement dans les affaires d'autrui aurait systématiquement le droit au remboursement de l'intégralité de ses dépenses.

Pour pouvoir étendre raisonnablement la gestion d'affaires à des cas où le gérant n'avait aucune intention altruiste, il fallait donc trouver une autre limite, qui pourrait justifier l'obligation à la charge du maître. Cette autre limite a été trouvée dans l'avantage conféré à autrui⁸⁰⁶. Lorsque la gestion a procuré un avantage ou un enrichissement au maître, le gérant peut avoir une action contre le premier. Comme le gérant non altruiste est cependant moins méritant que le gérant altruiste, son indemnité est limitée à l'avantage procuré au maître. L'action d'équité selon laquelle « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » est donc utilisée comme un moyen d'étendre la gestion d'affaires à des cas où il paraît injuste de laisser le poids intégral de la dépense à la charge du gérant. L'objectif n'est pas de restituer un enrichissement sur lequel le demandeur avait un droit antérieur, comme c'est le cas de la répétition de l'indu où le *solvens* entend reprendre ce qui lui appartenait avant le transfert à l'*accipiens*. L'objectif est d'indemniser, dans la limite de l'enrichissement procuré, le gérant non altruiste. Le point de départ de la future action d'enrichissement injustifié, en droit français, est donc complètement différent de ceux retenus par d'autres systèmes juridiques, puisque le droit français part d'une hypothèse de gestion d'affaires.

⁸⁰⁶ Les termes d'avantage ou d'enrichissement sont utilisés de manière indifférenciée par les auteurs du XIX^e et dans un sens peu technique.

Par comparaison, le point de départ des droits allemand et anglais est plus proche d'une hypothèse de répétition de l'indu, puisqu'ils prennent notamment appui sur le cas du paiement par erreur pour construire leur modèle d'enrichissement injustifié⁸⁰⁷. La singularité du modèle français trouve ainsi son origine dans le point de départ choisi, celui d'une immixtion non consciente dans les affaires d'autrui. La théorie de la gestion d'affaires anormale a laissé des traces, puisque le régime de l'actuelle action d'enrichissement injustifié est en réalité bien plus proche de celui de la gestion d'affaires que de celui de la répétition de l'indu⁸⁰⁸. C'est aussi en raison de cette théorie que la gestion d'affaires a finalement été perçue comme un cas particulier d'enrichissement injustifié, alors que la gestion d'affaires n'avait jamais été appréhendée de cette manière auparavant⁸⁰⁹. La perspective s'est ainsi inversée et alors qu'au départ la maxime d'équité « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » est venu au secours de la gestion d'affaires, il est aujourd'hui courant de penser que c'est la gestion d'affaires qui est venu au secours de l'enrichissement injustifié.

225. Le résultat de la théorie de la gestion d'affaires anormale sur le fondement des quasi-contrats. La théorie de la gestion d'affaires anormale n'a pas d'effet immédiat sur la manière de présenter les quasi-contrats et en particulier sur le fondement de cette catégorie. Dans un premier temps, les auteurs du XIX^e s'en tiennent aux dispositions du Code civil et appréhendent les quasi-contrats comme un « presque contrat », selon les mots de Demolombe⁸¹⁰. Pour la majorité des auteurs, les quasi-contrats n'ont donc pas pour fondement commun l'enrichissement injustifié, à l'exception de Toullier⁸¹¹. Cependant, puisque la gestion d'affaires commence à être perçue comme un cas particulier

⁸⁰⁷ Sur le droit allemand voir *supra* n° 55s., sur le droit anglais *supra* n° 74s.

⁸⁰⁸ Sur cet aspect voir *infra* n° 282s.

⁸⁰⁹ Ripert attribue ainsi ce changement à Planiol : « Planiol, ramenant au contrat et à la loi toutes les sources des obligations, a fondu les obligations quasi-contractuelles dans les obligations légales, et la gestion d'affaires est alors apparue comme une catégorie d'enrichissement sans cause » (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, réimpr. 4^e éd., coll. Anthologie du Droit, L.G.D.J., 1949, n°140, p. 256).

⁸¹⁰ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, T. 31, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, A. Lahure, 1882, n°37. D'autres auteurs s'en tiennent également à la ressemblance entre quasi-contrats et contrat, voir notamment : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil* T. 13, Alex-Gobelet, 1831, n°630 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, T. 20, 3^e éd., Bruylant, 1878, n°308 « (...) le consentement est supposé, présumé. Il y a donc une grande analogie entre les contrats et les quasi-contrats » ; V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. 5, 7^e éd., Delamotte et fils, 1873, p. 257s.

⁸¹¹ C. TOULLIER, J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Vol. VI, Cotillon Renouard et Cie, n°20, p. 13 : « Tout fait licite quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie ».

d'enrichissement injustifié en raison de la théorie de la gestion d'affaires anormale, l'idée d'un fondement commun avec la répétition de l'indu, qui a toujours été associée à l'idée d'enrichissement injustifié, commence à faire son chemin. Il n'en faudra pas plus pour que des auteurs, majoritairement au XX^e, estiment que tout quasi-contrat est fondé sur l'enrichissement injustifié⁸¹². Seulement, avant que ce fondement ne fasse véritablement consensus en doctrine, il faudra lever un dernier obstacle. En effet, une fois l'action de *in rem verso* consacrée par l'arrêt *Boudier*, cette action ne fut pas automatiquement classée dans la catégorie de quasi-contrat.

Section II : Les liens entre l'action d'enrichissement injustifié et les quasi-contrats

226. Un rattachement progressif. Avant que l'enrichissement sans cause (dorénavant action d'enrichissement injustifié) ne soit perçu comme l'action générale et le fondement de tout quasi-contrat, la qualification de cette action a posé certaines difficultés. Cette action ne faisant pas partie de la liste originelle des quasi-contrats, elle ne fut pas immédiatement rattachée à cette catégorie⁸¹³. Au contraire, elle était plus volontiers rangée parmi les obligations légales. Il ne faut pas non plus négliger l'influence du BGB, fraîchement promulgué et dont la modernité tranche avec la classification très traditionnelle retenue par le Code Napoléon. Aussi, initialement l'enrichissement sans cause ne fut absolument pas rattaché aux quasi-contrats, que ce soit par la doctrine ou la jurisprudence (I). Néanmoins, le courant va s'inverser à partir des années 1960, une fois passée toute volonté de revoir la classification des sources du Code civil (II).

⁸¹² Voir *infra* n° 226s.

⁸¹³ Sur la lente évolution des quasi-contrats et leur association à l'enrichissement injustifié, voir également E. DESCHEEMAER, art. préc, qui montre que les liens entre l'enrichissement injustifié et les quasi-contrats n'ont rien de naturels.

I : Le refus initial de la qualification quasi-contractuelle

227. L'enrichissement sans cause : une action rattachée à l'équité. L'arrêt *Boudier*⁸¹⁴ a marqué un tournant en reconnaissant de manière autonome l'action d'enrichissement sans cause (également appelée action *de in rem verso*), sans qu'il ne soit plus nécessaire de passer par la gestion d'affaires. Une question demeure cependant : à quelle source d'obligation doit être rattachée cette nouvelle action ? Si quelques rares auteurs du XIX^e étaient parvenus à assimiler l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats, cette thèse ne trouve pratiquement aucun écho en doctrine au début du XX^e. Cette absence n'est guère étonnante, car l'enrichissement injustifié, incarné à l'époque par l'enrichissement sans cause, n'est même pas qualifié de quasi-contrat. Les deux sont totalement dissociés, à tel point que la première thèse consacrée aux quasi-contrats, en droit français, n'accorde aucun développement particulier à l'enrichissement sans cause, qui est d'ailleurs qualifiée d'obligation légale par l'auteur⁸¹⁵. De même, deux des principales thèses sur l'enrichissement sans cause, celles de Goré et Béguet⁸¹⁶, ne discutent même pas de l'éventuelle qualification quasi-contractuelle⁸¹⁷. La qualification d'obligation légale est assez courante au début du XX^e, en raison du rapprochement de l'action avec l'équité, et elle est notamment défendue par Vizioz⁸¹⁸. Demogue affirme qu'il s'agit également de la qualification la plus prudente, même s'il estime que la théorie de l'enrichissement sans cause peut parfois être qualifiée de quasi-contrat, lorsque l'enrichissement trouve son origine dans un acte de l'appauvri⁸¹⁹. Le plus surprenant est que certains auteurs ne prennent pas toujours la peine de classer cette

⁸¹⁴ Req., 15 juin 1892, *D.* 1892.1.596 ; *S.* 93.1.281, note LABBE ; *GAJC*, T.2, n°241.

⁸¹⁵ G. GOUBLET, *La notion du quasi-contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*, th. Paris, 1904, n°86, même si l'auteur mentionne la théorie de Planiol, selon lequel tout quasi-contrat se rapporte à l'idée d'enrichissement sans cause (n°83).

⁸¹⁶ F. GORE, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, th. Paris, Dalloz, 1949 ; J.-P. BEGUET, *L'enrichissement sans cause*, th. Alger, 1945.

⁸¹⁷ C'est également le cas des premières thèses consacrées à l'action *de in rem verso* ou à l'enrichissement sans cause, parues entre 1900 et 1920. Voir par exemple : V. POLTZER, *L'enrichissement sans cause*, th. Paris, Sirey, 1912, l'auteur n'envisage que les théories de l'équité, de la gestion d'affaires anormale, du quasi-délit et celles retenues par Ripert et Teisseire dans leur article de 1904. Sa préférence va pour la théorie de l'équité (V. POLTZER, th. préc., p. 54) ; voir également J. RENARD, *De l'enrichissement sans cause en droit français*, th. Montpellier, 1920.

⁸¹⁸ H. VIZIOZ, th. préc., n°71, qui soutient également que la répétition de l'indu devrait aussi être rangée dans cette catégorie, car l'obligation ne naîtrait pas d'un fait volontaire, mais de la simple conservation d'un enrichissement injustifié. On peut également citer C. STOICESCO, *De l'enrichissement sans cause*, th. Paris, 1904, p.51 « nous pouvons nous demander dans quelle catégorie se rangera l'enrichissement sans cause. A notre avis, il n'y a pas d'hésitation à avoir. Nous sommes certainement en présence d'une obligation légale ».

⁸¹⁹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, T. III, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p.7 et p.137-138.

action au sein des sources d'obligations. Si l'on se réfère aux trois principaux articles de l'époque traitant de cette action, la qualification de quasi-contrat est rejetée en bloc, même s'ils ne rattachent pas toujours cette action à une source d'obligation préexistante⁸²⁰. Rouast y voit seulement une règle d'origine coutumière⁸²¹, mais Ripert et Teisseire⁸²², ainsi que Loubers⁸²³ ne rattachent pas cette action à une autre source d'obligation⁸²⁴. Si ces auteurs évoquent rapidement la qualification quasi-contractuelle cela tient à deux raisons. La première est liée à la théorie de la gestion d'affaires anormale, qui est encore fréquemment évoquée dans les ouvrages de l'époque. La seconde tient au fait que Planiol estime alors que les quasi-contrats « se ramènent tous à l'idée d'un enrichissement sans cause » mais propose ensuite de les rapprocher des délits et quasi-délits en raison de leur caractère illicite⁸²⁵. Comme Toullier avant lui, Planiol ne fournit aucune justification, ni aucune référence pour appuyer sa théorie et se contente de l'énoncer, sans plus d'argument. Si la qualification de quasi-contrat est donc évoquée à propos de l'action d'enrichissement sans cause (pour être rejetée), cela tient surtout à la notoriété d'un auteur tel que Planiol, qui incite les autres auteurs à évoquer sa théorie, même si c'est pour la réfuter⁸²⁶.

⁸²⁰ Ainsi Labbé rattache l'action *de in rem verso* à l'équité dans sa note sous l'arrêt *Boudier* et estime que c'est également la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Boudier* : « Nul ne doit s'enrichir sans juste cause aux dépens d'autrui ; l'équité ne le souffre pas. C'est l'unique fondement de l'action *de in rem verso*. Notre arrêt apporte l'appui de son autorité à cette seconde doctrine [*la première doctrine faisait référence au fondement de la gestion d'affaires anormale*] souple et élastique » (note Labbe, S. 93.1.281, spéc. p. 282).

⁸²¹ A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1922.35s., spéc. 103-109.

⁸²² G. RIPERT, M. TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD civ.* 1904.727s. spéc. p. 743 : « il nous faut nettement poser le principe d'indépendance de l'enrichissement sans cause par rapport aux autres sources d'obligations, et de son caractère irréductible à la notion de gestion d'affaires ».

⁸²³ H. LOUBERS, « L'action 'de in rem verso' et les théories de la responsabilité civile », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1912.396s, spéc. p. 403 où il réfute la qualification contractuelle et quasi-contractuelle, pour rapprocher « l'enrichissement injuste » (c'est l'appellation utilisée par l'auteur) de la responsabilité civile.

⁸²⁴ G. RIPERT, M. TEISSEIRE, art. préc., p. 741s. qui évoquent rapidement l'assimilation mais l'intègrent plus généralement dans la critique du système proposé par Planiol, qui fait de l'enrichissement sans cause un délit ; A. ROUAST, art. préc., qui ne critique également que la théorie de la gestion d'affaires anormale, mais ne consacre aucun développement sur la qualification éventuelle de quasi-contrat. C'est encore le cas dans la thèse de C. Stoicesco qui évoque, pour les rejeter, les possibles qualifications de quasi-délict ou de quasi-contrat : C. STOICESCO, th. préc., p. 54 – 57.

⁸²⁵ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, L.G.D.J., 1905, n°807 et n°811, les quasi-contrats seraient fondés sur un fait illicite selon Planiol, car le fait de conserver un enrichissement sans cause serait contraire au droit et donc illicite.

⁸²⁶ Cela est particulièrement notable dans les articles précités de Rouast, Loubers, Ripert et Teissere ainsi que dans les thèses précitées de Stoicesco ou Goublet. C'est également le cas d'Eugène Gaudemet, qui évoque spécifiquement « la théorie générale proposée par Planiol » pour estimer qu'elle lui paraît peu exacte notamment car « la gestion d'affaires ne peut se ramener à l'enrichissement sans cause, car elle implique l'intention de représenter le géré » (E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, réimp. éd. 1937, Dalloz, 2004, p. 294-295). Tous citent Planiol au moment de discuter de la qualification de quasi-contrat de

228. L'impopularité des quasi-contrats. Comment expliquer qu'une qualification qui paraît aujourd'hui aussi naturelle était à ce point marginale il y a un siècle à peine ? Il existe au moins trois raisons qui justifient que l'enrichissement sans cause n'était pas qualifié comme quasi-contrat, et que la théorie de l'enrichissement sans cause n'était pas perçue comme le fondement des quasi-contrats. Une raison historique d'abord. Cette qualification n'avait pas grand sens pour des juristes encore attachés au droit romain qui ne pouvait y voir qu'un anachronisme fâcheux. Il n'est à cet égard pas étonnant que Vizioz, qui consacre les deux tiers de sa thèse à l'histoire des quasi-contrats en droit romain et dans l'ancien droit, conteste vigoureusement la qualification de quasi-contrat de l'action d'enrichissement sans cause⁸²⁷. Ensuite, la deuxième raison tient probablement à un rejet de toutes les théories pouvant être, de près ou de loin, associées à l'École de l'Exégèse. En effet, le rattachement de l'enrichissement sans cause aux quasi-contrats évoque encore la théorie de la gestion d'affaires anormale, fréquemment invoquée au XIX^e⁸²⁸. Ce rejet explique également qu'à cette époque, la doctrine distingue encore soigneusement l'enrichissement sans cause de la gestion d'affaires, alors qu'elle admet volontiers que la répétition de l'indu est une application de l'enrichissement sans cause⁸²⁹. Enfin, la troisième raison tient à l'influence du droit allemand qui inspire particulièrement les juristes de l'époque, notamment grâce à l'intermédiaire de Saleilles. Or, si le droit allemand ne connaît pas les quasi-contrats, il consacre l'enrichissement injustifié comme une source autonome d'obligation⁸³⁰. Cette influence incite de plus en plus d'auteurs à, non seulement, construire une nouvelle source d'obligation autour de l'enrichissement sans cause, mais également à abandonner la catégorie des quasi-contrats. La modernité du BGB fait apparaître les lacunes du Code civil

l'action d'enrichissement sans cause. Si Planiol n'avait pas affirmé que l'enrichissement sans cause est le fondement de tous quasi-contrats, il n'est pas certain que les auteurs de l'époque auraient ne serait-ce qu'évoqué l'éventualité de la qualification de quasi-contrat. Cette qualification ne pouvait qu'être surprenante à l'époque, car l'influence du droit romain est encore perceptible chez les auteurs de l'époque et jamais les juristes romains n'ont associé l'enrichissement sans cause ou l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats.

⁸²⁷ Il faut préciser qu'il n'envisage cette qualification (pour la réfuter) que parce que Planiol a défendu l'idée que tout quasi-contrat serait fondé sur l'enrichissement injustifié. Cette idée est très minoritaire à cette époque, précisément parce qu'elle ne résulte pas de la conception traditionnelle et romaine des quasi-contrats, raison pour laquelle Vizioz n'envisage l'enrichissement injustifié (enrichissement sans cause à l'époque) que dans un paragraphe. Voir H. VIZIOZ, th. préc., n° 5.

⁸²⁸ On retrouve notamment ces critiques dans les articles précités de Rouast, Ripert et Teissere ainsi que Loubers (voir références *supra* n° 227).

⁸²⁹ Voir notamment sur la distinction entre gestion d'affaires et enrichissement sans cause : A. ROUAST, art. préc., n° 2 ; G. RIPERT, M. TEISSEIRE, art. préc., p. 734 s.

⁸³⁰ R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., L.G.D.J., 1925, p. 449.

et incite surtout à repenser la classification des sources d'obligation en dehors des catégories romaines, devenues, pour certaines, inadaptées.

229. Les réticences de la jurisprudence face à la qualification quasi-contractuelle. Ce refus de la qualification quasi-contractuelle se retrouve également en jurisprudence, pendant la première moitié du XX^e. Cette harmonie entre le discours doctrinal et les solutions jurisprudentielles est suffisamment notable pour être soulignée, car il existera après un décalage croissant entre les deux⁸³¹. Ainsi, durant cette période, la jurisprudence se contente de viser « les principes qui régissent l'action *de in rem verso* », sans rattacher cette nouvelle action de quasi-contrat⁸³². La motivation des arrêts postérieurs, et tout particulièrement celle d'un arrêt de 1915, est à ce titre assez étonnante⁸³³. Cet arrêt est plus connu pour être l'une des premières décisions à introduire la condition de subsidiarité de l'action d'enrichissement sans cause. Seulement, la subsidiarité est définie comme le fait de n'avoir « aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit ». Or, si l'on entend qualifier cette action de quasi-contrat, il aurait fallu préciser aucune action d'un autre quasi-contrat. Cette définition de la subsidiarité laisse, en réalité, fortement entendre que l'enrichissement sans cause n'entre dans aucune des catégories visées. Cette formulation se comprend cependant par ses origines, car elle est reprise d'Aubry et Rau⁸³⁴, or ces deux auteurs n'ont jamais qualifié l'enrichissement sans cause (ou l'action *de in rem verso*) de quasi-contrat⁸³⁵. La Cour d'appel de Paris affirme encore en 1936 que l'action dérive seulement d'un principe d'équité⁸³⁶. Si l'on se concentre sur les seuls arrêts de la Cour de cassation, il n'existe, à notre connaissance, aucune décision rattachant l'enrichissement sans cause aux quasi-contrats depuis l'arrêt *Boudier* jusqu'à la fin des années 1960⁸³⁷. Tout au

⁸³¹ Ce décalage interviendra à partir du moment où la doctrine, dans sa grande majorité, admettra que l'enrichissement injustifié est le fondement des quasi-contrats, voir *infra* n° 250s.

⁸³² On peut ainsi trouver des arrêts se référant toujours « aux principes de l'action *in rem verso* » ou « principes de l'enrichissement sans cause » dans les années 50 (Civ., 19 jan. 1953, *D.1953.234*) ainsi que dans les années 60 (Civ. 1^{re} sect., 18 jan. 1960, *D.1960.753*).

⁸³³ Civ., 2 mars 1915, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant*, *D.P* 1920.1.102 ; *GAJC*, T.2, n°242.

⁸³⁴ C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, T. 4, 4^e éd., Cosse, Marchal & Cie, 1871, n°440 où ils n'envisagent parmi les quasi-contrats que la gestion d'affaires et la répétition de l'indu, alors que l'action d'enrichissement sans cause (dont ils ont été les premiers promoteurs) est rangée parmi « les facultés inhérentes au droit de propriété », les auteurs précisant simplement qu'il s'agit de la sanction d'une règle d'équité qui ne peut être obtenue que si le demandeur ne dispose « d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit » (C. AUBRY, C. RAU, *op. cit.*, T. 6, 4^e éd., 1873, p. 246).

⁸³⁵ Voir *supra* n° 41.

⁸³⁶ CA Paris, 30 mai 1936, *D.H.* 433.

⁸³⁷ C'est en tout cas ce que révèle une analyse des arrêts reproduits dans les recueils Dalloz et de la Semaine juridique durant cette période. Il semble qu'une même conclusion doit être tirée pour les décisions des juridictions inférieures.

plus les demandeurs au pourvoi invoquent-ils dans leurs moyens l'article 1371, souvent accompagné des articles 1372 et suivants, en référence à l'ancienne utilisation de la gestion d'affaires pour sanctionner un enrichissement sans cause⁸³⁸. Mais les juges ne se fondent jamais sur ces articles ou n'utilisent jamais le terme de quasi-contrats s'agissant de l'enrichissement sans cause. Il est d'ailleurs assez remarquable que les arrêts de cassation ne visent à cette époque aucun texte si ce n'est l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 qui dispose explicitement que les décisions ne « peuvent être cassées que pour une contravention expresse à la loi »⁸³⁹. Alors même qu'il aurait été relativement aisé de viser l'article 1371 (ancien), la Cour ne se donne même pas cette peine. Il nous semble qu'il faut y voir le signe que la qualification de quasi-contrat n'est absolument pas ancrée dans le droit positif de l'époque. Par extension, puisque l'enrichissement sans cause n'est même pas regardé comme un quasi-contrat, il ne peut *a fortiori* être perçu comme le fondement de cette catégorie.

230. Du rejet de la qualification au rejet de la catégorie. L'intérêt pour l'enrichissement sans cause s'accroissant, de plus en plus d'auteurs en font une source d'obligation à part entière, à l'instar de ce que fait le droit allemand. Ces auteurs ne se contentent cependant pas d'ajouter une nouvelle source d'obligation aux côtés des anciennes. Ils réorganisent l'ensemble de la classification des sources d'obligation et s'interrogent notamment sur la pertinence de la catégorie quasi-contractuelle. Le violent réquisitoire d'une grande partie de la doctrine est souvent justifié par l'argument tenant à la fausseté de la notion. Les rédacteurs du Code civil auraient commis une grossière confusion en érigeant les quasi-contrats en source d'obligation, car les juristes romains n'employaient cette expression que pour souligner la proximité des effets avec le contrat et non pour en faire une source d'obligation⁸⁴⁰. Ce n'est toutefois pas le seul élément qui motive la suppression de cette catégorie, car cet argument était déjà bien connu des Exégètes. C'est la consécration de l'enrichissement sans cause comme source d'obligation qui incite véritablement à repenser la classification des sources. La plupart des auteurs du XX^e suppriment donc la catégorie de quasi-contrats, pour en faire deux nouvelles : l'enrichissement sans cause (qui inclut

⁸³⁸ Voir par exemple : Req. 22 juin 1927, S.1927.1.338, le demandeur invoquait la violation des articles 1370, 1375 du Code civil et des principes de l'action *de in rem verso*, la Cour se contente de rejeter le pourvoi au motif qu'il n'y avait aucun transfert de valeur mais ne dit rien sur la qualification de l'action *de in rem verso*.

⁸³⁹ Voir par exemple Civ. 1^{re} sect., 18 jan. 1960, arr. préc., « Vu l'art.7 de la loi du 20 avril 1810, et les principes qui régissent l'action *de in rem verso* ».

⁸⁴⁰ Voir notamment H. VIZIOZ, th. préc.

également la répétition de l'indu) et la gestion d'affaires. On retrouve ce découpage de nombreux ouvrages des années 1930 jusqu'aux années 1990. A titre d'exemples peuvent être cités les ouvrages de Colin et Capitant⁸⁴¹, Josserand⁸⁴², Marty et Raynaud⁸⁴³ ainsi que celui de Starck, Boyer et Laurent⁸⁴⁴. De même, dans les travaux de la commission de réforme du Code civil, il était prévu de consacrer l'enrichissement sans cause comme source d'obligation et de supprimer les quasi-contrats⁸⁴⁵. L'argument de la tradition, s'agissant de l'assimilation entre enrichissement injustifié et quasi-contrat, est donc difficilement tenable. Cette thèse n'a été défendue que par quelques rares auteurs, essentiellement Toullier et Planiol, et ne repose sur aucune base historique solide. Marginale pendant toute une partie du XX^e, cette doctrine va cependant devenir majoritaire à la fin du siècle dernier.

II : Le rattachement de l'enrichissement sans cause aux quasi-contrats

231. Un sauvetage inespéré. Il semblerait que le maintien des quasi-contrats, ainsi que leur association à l'enrichissement injustifié, ne doivent en réalité leur succès qu'au fait que cette thèse a été défendue par des noms célèbres. Même si l'intégralité de la doctrine de Planiol n'a pas été conservée, en particulier l'idée selon laquelle l'enrichissement injustifié reposerait sur un fait illicite, l'assimilation qu'il proposait entre quasi-contrat et enrichissement injustifié finira par prévaloir. Ce succès tardif doit certainement beaucoup à l'influence du doyen Carbonnier, qui reprend, avec quelques modifications, cette doctrine dans la première édition de son manuel en 1957. Carbonnier présente ainsi l'enrichissement sans cause comme l'action générale et les quasi-contrats du Code comme des cas spéciaux, les deux ayant pour objectif commun de restituer l'avantage reçu d'autrui⁸⁴⁶. Il assimile la gestion d'affaires à un cas particulier d'enrichissement injustifié, sans aucune justification si ce n'est qu'elle « est couramment analysée de la même manière (comme ayant pour

⁸⁴¹ A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, 7^e éd., Dalloz, 1932, n°6-7.

⁸⁴² L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, T. 2, 3^e éd., Sirey, 1939, n°10. L'auteur range toutefois la gestion d'affaires parmi les actes unilatéraux de volonté (n°1448).

⁸⁴³ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, T. 1, *Les sources*, 2^e éd., Sirey, 1988, n°378.

⁸⁴⁴ B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n°2126.

⁸⁴⁵ Voir notamment les procès-verbaux de l'année 1946-1947 qui distingue parmi les sources non volontaires des obligations la loi et l'enrichissement sans cause (il est prévu un renvoi pour les délits, quasi-délits et pour la répétition de l'indu) : *Travaux de la commission de réforme du Code civil, année 1946-1947*, Sirey, 1948, p.125.

⁸⁴⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, *Les biens et les obligations*, 1^{re} ed., Thémis, P.U.F., 1957, n°198, p. 693. Contrairement à Planiol, Carbonnier oppose la responsabilité, fait illicite et dont l'objectif est de compenser un dommage, aux quasi-contrats, fait licite.

fondement l'avantage procuré par le gérant au maître) »⁸⁴⁷. Il faut toutefois ajouter une innovation du doyen Carbonnier, qui met ainsi en avant la distinction entre fait profitable (quasi-contrat) et fait dommageable (délits et quasi-délits), qui séduit bien plus que l'ancienne distinction entre fait licite et fait illicite.

C'est d'ailleurs pendant cette période qu'un changement s'opère en jurisprudence. En effet, à partir des années 1970, la Cour de cassation commence à rattacher l'enrichissement sans cause aux quasi-contrats, sans pour autant en faire le fondement de tout quasi-contrat⁸⁴⁸. Toutefois, si Planiol et Carbonnier ne donnent aucune explication, il faut tout de même justifier ce changement, si possible en trouvant un appui historique. La fameuse maxime de Pomponius est reprise pour démontrer que l'enrichissement injustifié aurait des origines romaines et l'on se sert de la théorie de la gestion d'affaires anormale pour démontrer que ce cas est bel et bien une application de l'enrichissement injustifié. Ce qui n'était au XIX^e qu'un expédient pour étendre la gestion d'affaires à des immixtions non altruistes dans les affaires d'autrui, devient la preuve que les quasi-contrats ont toujours été fondés sur l'enrichissement injustifié.

*

* *

232. Conclusion du chapitre I. Les relations entre l'ancienne action d'enrichissement sans cause et les quasi-contrats sont un peu plus complexes que ce qui est parfois affirmé. L'idée selon laquelle l'enrichissement injustifié serait le fondement de tous les quasi-contrats est en réalité assez récente et n'est devenue courante qu'à partir des années 1960-1970, sous l'impulsion du doyen Carbonnier. Auparavant, il n'y a que Toullier et Planiol pour soutenir cette idée, sans qu'elle ne soit pour autant étayée par des arguments. L'absence de lien entre l'idée d'enrichissement injustifié et les quasi-contrats n'est pourtant pas surprenante. Au moment de la rédaction du Code civil, l'enrichissement injustifié n'est pas encore un concept bien implanté et les juristes romains n'ont jamais associé les quasi-contrats à

⁸⁴⁷ *Ibid.*, n°198, p. 695, sans doute fait-il référence à la théorie de la gestion d'affaires anormale qui prévalait au XIX^e. Toujours est-il qu'il ne cite aucune référence pour étayer cette affirmation.

⁸⁴⁸ Le visa est toujours le même « Vu l'article 1371 du Code civil et les principes régissant l'enrichissement sans cause », par exemple Civ 3^e, 1 avr. 1971, n°69-11.939, *Bull.* 1971, III, n°239, p.171; Civ. 3^e, 5 janv. 1972, n°70-12.910, *Bull.* 1972, III, n°1, p.1; Soc., 12 déc. 1973, n°72-13.297, *Bull.* 1973, I, n°657, p.605; Com., 7 juin 1979, n°77-15.236, *Bull.* 1979, IV, n°183.

l'enrichissement injustifié. À une époque où les juristes sont encore fidèles au droit romain, l'association entre quasi-contrats et enrichissement injustifié ne peut donc que paraître saugrenue. Par ailleurs, à cette époque, la gestion d'affaires n'est pas appréhendée comme un cas spécifique d'enrichissement injustifié, qui ne peut donc servir de fondement commun à tous les quasi-contrats. Le rapprochement entre gestion d'affaires et enrichissement injustifié ne se réalise qu'avec la naissance de la gestion d'affaires anormale, qui permet à un gérant dénué d'une intention altruiste d'obtenir une indemnisation auprès du maître, dans la limite de l'enrichissement procuré. Il semblerait que cette gestion d'affaires anormale soit d'abord motivée par la volonté d'étendre une action jugée trop restrictive, bien plus que par l'idée de pallier l'absence d'action générale d'enrichissement injustifié. L'objectif n'est en effet pas de restituer un enrichissement, mais d'indemniser au moins en partie un gérant ayant réalisé des dépenses qui profitent à un tiers. C'est une raison qui permet d'expliquer pourquoi, avant l'arrêt *Boudier*, les juges utilisaient la gestion d'affaires et non la répétition de l'indu, qui est pourtant bien plus proche de l'enrichissement injustifié que la gestion d'affaires. Ce point de départ par la gestion d'affaires anormale, qui marque la singularité du modèle français, va avoir des conséquences sur le développement de l'enrichissement injustifié, entendu comme sources d'obligation. Pourtant, signe que l'enrichissement injustifié et les quasi-contrats ne sont pas associés, la nouvelle action d'enrichissement sans cause, consacrée par l'arrêt Boudier, n'est même pas qualifiée d'action quasi-contractuelle. Pour la majorité des auteurs de l'époque ainsi que pour la jurisprudence, cette action est fondée sur l'équité, ce qui conduit à la classer davantage dans la catégorie des obligations légales. L'enrichissement sans cause est même perçu comme une occasion de revoir la classification des sources d'obligation et d'abandonner la catégorie de quasi-contrats, qui est fortement décriée dans la première moitié du XX^e. Cette volonté de changement ne va pas durer et puisque l'idée d'une réforme du Code civil semble s'éloigner, certains auteurs, dont le doyen Carbonnier, semblent désireux de trouver une cohérence à la catégorie de quasi-contrats. Le rapprochement opéré entre l'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires, grâce à la théorie de la gestion d'affaires anormale, va alors être réutilisé pour démontrer que tous les quasi-contrats sont fondés sur l'idée d'enrichissement injustifié. En effet, vu que la répétition de l'indu a depuis longtemps été associée à l'enrichissement injustifié (elle est même le point de départ de cette source d'obligation pour Grotius) et que la gestion d'affaires est désormais perçue comme un cas particulier d'enrichissement injustifié, il devient possible d'affirmer que l'enrichissement injustifié est le fondement des quasi-contrats. L'action d'enrichissement sans cause est, à partir de ce moment, également

classée dans la catégorie des quasi-contrats et présentée comme l'action générale. Malheureusement cette qualification forcée de quasi-contrat s'est avérée néfaste pour le développement de l'enrichissement injustifié, entendu comme source d'obligation. Les quasi-contrats s'avèrent être un carcan pour l'enrichissement injustifié, qui a finalement été réduit à un simple mécanisme d'équité.

Chapitre II : Le décalage entre le discours doctrinal et la pratique jurisprudentielle

233. Les lacunes théoriques à l'origine du décalage. L'un des aspects les plus frappant du droit français est le constat d'un décalage important entre la doctrine et la jurisprudence. Même si la jurisprudence a fini par admettre que l'action d'enrichissement injustifié est un quasi-contrat, il ne s'agit que d'un quasi-contrat parmi d'autres et non de l'action générale et principale de cette catégorie. L'une des raisons justifiant ce décalage tient au fait qu'il n'existe pas de véritable concept d'enrichissement injustifié. L'affirmation selon laquelle tout quasi-contrat est fondé sur l'enrichissement injustifié n'apporte donc que très peu de clarifications et n'a pas offert aux magistrats un compas fiable permettant de délimiter les quasi-contrats et de leur apporter une cohérence. L'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié (Section I) explique donc les désordres du droit positif (Section II).

Section I : L'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié

234. Un concept réduit à l'équité. L'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié n'est guère surprenante à partir du moment où le point de départ de ce concept repose sur une catégorie fondamentalement incohérente : les quasi-contrats. Les quasi-contrats originels (gestion d'affaires et répétition de l'indu) ne réunissant pas des cas fondés sur une même *ratio legis*, il n'est pas possible de fonder une source rationnelle à partir de cette source (I). La doctrine a alors tenté de combler ce manque, par le recours à la justice corrective (II), mais son insuffisance explique que la « logique quasi-contractuelle », celle qui crée un parallèle entre le contrat et le quasi-contrat, se soit paradoxalement maintenue (III).

I : L'incohérence originelle des quasi-contrats

235. Une notion particulièrement ambiguë. Le juriste qui souhaiterait observer les rapports entre quasi-contrat et enrichissement injustifié est confronté à une première difficulté : la terminologie particulièrement fluctuante. Tantôt l'enrichissement injustifié désigne le

concept et fondement des quasi-contrats, tantôt il désigne un quasi-contrat en particulier, l'action d'enrichissement injustifié désormais régie par les articles 1303 à 1303-4 du Code civil. Une fois passé ce premier cap, pour savoir ce que désigne l'enrichissement injustifié, il reste encore à savoir ce que recouvre ce concept et quelles sont les principales idées directrices de la matière. Une autre difficulté surgit alors, car il n'est pas possible de réunir sous une même catégorie cohérente, la répétition de l'indu et la gestion d'affaires, qui répondent à des logiques irréconciliables. Il faut donc d'abord mettre au clair la terminologie utilisée (A) avant d'examiner la source de l'incohérence qui tient à la volonté de concilier la gestion d'affaires avec la répétition de l'indu (B).

A) Une terminologie fluctuante, source de confusion

236. La confusion sur la dénomination de la source. L'un des principaux obstacles à la compréhension de l'enrichissement injustifié réside dans le vocabulaire employé. Quiconque s'intéressant un tant soit peu à ce domaine ne peut qu'être frappé par le désordre qui règne en la matière. La dénomination même de la source prête à confusion ! Quel intérêt de faire un détour par le quasi-contrat si cette catégorie est fondée sur l'enrichissement injustifié ? Pourquoi ne pas directement la nommer enrichissement injustifié ? Lorsque les auteurs envisagent le fondement des quasi-contrats, ils se contentent bien souvent de reprendre la maxime « Nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui » sans plus d'explication. Cela pose une première difficulté au regard de toutes les dispositions du Code civil qui, en dehors des quasi-contrats, ont pu être rattachées à cette maxime. Il est ainsi possible de citer les articles traitant des restitutions consécutives à la nullité pour cause d'incapacité, à la construction sur le terrain d'autrui, ainsi que de nombreuses dispositions relatives à des contrats spéciaux, notamment celles imposant à un contractant de rembourser les dépenses faites dans son intérêt par son cocontractant⁸⁴⁹. Doit-on dorénavant qualifier ces hypothèses de quasi-contrats ou doit-on faire une distinction entre une acception très générale de cette maxime et une acception spécifique aux quasi-contrats ? Pour quelques auteurs, certaines de ces hypothèses peuvent effectivement être qualifiées de quasi-contrat⁸⁵⁰, mais cette

⁸⁴⁹ Pour voir une liste relativement complète voir R. DEMOGUE, *op. cit.*, p.122. L'auteur cite notamment les articles relatifs à l'accession (articles 554, 555, 557, 566, 570, 571 et 574), sur les impenses (articles 548, 861, 862, 1634, 1635, 1673, 1890, 1947) ...

⁸⁵⁰ C'est notamment le cas du professeur Chénéde, qui estime que l'assistance bénévole, les impenses, les restitutions résultant de l'anéantissement rétroactif d'un contrat, mais également l'obligation d'indemnisation pesant sur le mandant et le déposant pour les avances ou les dépenses de conservation de la chose sont à ranger dans la catégorie des quasi-contrats (F. CHENEDE, th. préc., n°351 à 355). D'autres ajoutent le

qualification est refusée par d'autres⁸⁵¹. La majorité de la doctrine demeure toutefois silencieuse sur ce point⁸⁵². Une solution pourrait être de laisser à cette maxime une signification très générale, qui ne serait pas spécifique aux quasi-contrats, et d'utiliser dorénavant le terme d'enrichissement injustifié pour désigner le fondement des quasi-contrats. Cette solution serait d'autant plus souhaitable que cette maxime remonte au droit romain, soit à une époque où l'enrichissement injustifié n'existait pas et où, en plus, elle était utilisée comme une maxime générale du droit irréductible à une source spécifique d'obligation⁸⁵³. Son utilisation ne peut donc que prêter à confusion sur le champ d'application de cette source d'obligation car si l'on s'attarde un peu sur les dispositions qui ont été reliées à cette maxime, elles n'ont pas grand-chose à voir entre elles⁸⁵⁴. Il est possible que la maxime « Nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » paraisse à ce point intuitive, qu'elle semble ne mériter aucun développement supplémentaire.

237. La confusion entre le concept et le quasi-contrat nommé. L'enrichissement injustifié ne désigne pas seulement le fondement de la catégorie, il est dorénavant employé pour qualifier l'un des trois quasi-contrats du Code civil. Existe-t-il une différence, ou au moins une nuance, entre l'enrichissement injustifié entendu comme fondement et l'enrichissement injustifié compris comme quasi-contrat nommé ? En toute rigueur, il faudrait certainement établir une telle distinction entre le genre et l'espèce. Il est néanmoins particulièrement difficile d'en trouver dans la littérature consacrée à ce sujet, ce qui peut expliquer que les rédacteurs de l'ordonnance aient pu maintenir le terme de quasi-contrat pour mieux dissocier le quasi-contrat nommé du fondement de la catégorie. Cela ne fait toutefois que déplacer le

transport bénévole, les pourparlers contractuels (lorsqu'il y a remise d'un bien ou d'informations), ou encore les recours en contribution (voir notamment X. PIN, art. préc., n°40 à 46).

⁸⁵¹ Ainsi Mme Guelfucci-Thibierge réfute le fondement de l'enrichissement injustifié pour les restitutions consécutives à la nullité du contrat et pour cette raison elle rejette également la qualification de quasi-contrat (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, th. Paris I, L.G.D.J., 1992, n°638 et n°649 (pour le refus du fondement sur la répétition de l'indu), n°639 et n°645 à 648 (pour le refus du fondement sur l'enrichissement sans cause), n°658 (pour le refus de la qualification quasi-contractuelle).

⁸⁵² Nous verrons de toute manière qu'avec une telle conception des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié, cette qualification est malheureusement totalement inutile. Ce qui peut expliquer le silence sur ce point.

⁸⁵³ Sur le droit romain, voir *supra* n° 30.

⁸⁵⁴ L'ancien article 1312 du Code civil est souvent cité comme une application particulière de cette maxime. Cet article prévoyait, qu'en cas de nullité d'un acte pour incapacité, le mineur ou majeur sous tutelle ne pouvait être contraint de restituer que ce qui a tourné à leur profit. Cette limite n'est qu'une mesure de protection de l'incapable et peut difficilement être comparée, par exemple, aux dispositions relatives à la construction sur le terrain d'autrui où l'objectif est de trouver un compromis entre le propriétaire du terrain et le constructeur.

problème. Il est d'ailleurs frappant de constater que, dans la plupart des ouvrages, si le lecteur souhaite en savoir davantage sur le concept d'enrichissement injustifié, il est bien souvent obligé de se reporter au chapitre consacré au quasi-contrat d'enrichissement injustifié (ou auparavant enrichissement sans cause). Ce ne serait guère gênant s'il n'existait pas des différences importantes entre les autres quasi-contrats et celui d'enrichissement injustifié. Ainsi, quelques auteurs notent que la répétition de l'indu ne présente pas tout à fait la même nature que le quasi-contrat d'enrichissement injustifié, car le premier aurait une nature restitutoire tandis que le second aurait une nature indemnitaire ou compensatoire⁸⁵⁵. Pourtant, ces auteurs affirment malgré tout que les deux quasi-contrats sont fondés sur le concept d'enrichissement injustifié. D'autres auteurs remarquent au contraire des différences importantes entre la gestion d'affaires et le quasi-contrat d'enrichissement injustifié⁸⁵⁶. Il existe néanmoins un point commun entre ces différents auteurs : aucun ne précise ce qu'il convient d'entendre sous le concept d'enrichissement injustifié ni comment il se distingue du quasi-contrat nommé qui porte le même nom. Si la répétition de l'indu n'a pas la même nature que le quasi-contrat d'enrichissement injustifié, pourquoi est-elle malgré tout qualifiée de quasi-contrat ? Même chose pour la gestion d'affaires. La seule manière de répondre à ces questions est de préciser d'abord le concept d'enrichissement injustifié. Or, de manière fort surprenante, le concept n'a jamais été rigoureusement distingué du quasi-contrat et ce sont donc les caractéristiques de ce dernier qui sont également utilisées pour définir le concept. Pour maintenir un minimum de clarté, nous nous efforcerons de dissocier les deux. Le terme d'enrichissement injustifié seul sera employé pour désigner le fondement supposé de la catégorie quasi-contractuelle, tandis que la référence à l'action d'enrichissement injustifié désignera dorénavant le quasi-contrat nommé.

B) L'impossible conciliation de la gestion d'affaires et de la répétition de l'indu

238. Une association réductrice. Il est souvent affirmé que la gestion d'affaires et la répétition de l'indu sont deux applications particulières de l'enrichissement injustifié, car elles présenteraient le même schéma : l'enrichissement de l'un entraînant l'appauvrissement de l'autre. Si l'on transpose ce schéma à la gestion d'affaires, l'enrichissement du maître

⁸⁵⁵ Par exemple, voir S. NIZARD DE SAINT-DIDIER, *La répétition de l'indu*, th. Paris II, 1998, n°528, p. 365.

⁸⁵⁶ Par exemple, voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°2, note 1.

serait caractérisé par l'utilité de la gestion⁸⁵⁷, tandis que le gérant serait appauvri par les dépenses faites ou par les éventuels dommages subis. Pour la répétition de l'indu, la chose transférée indûment matérialiserait à la fois l'appauvrissement du *solvens* et l'enrichissement de l'*accipiens*. Ce schéma est toutefois particulièrement simpliste et si l'on s'attarde sur ce qui peut constituer l'enrichissement dans la gestion d'affaires et la répétition de l'indu, il est clair que cette condition n'est pas appréciée de la même manière⁸⁵⁸. En réalité, la condition d'enrichissement est entendue de manière extensive pour pouvoir englober la notion d'utilité dans la gestion d'affaires. Ce n'est qu'au prix de cet artifice que ces deux quasi-contrats peuvent être regroupés sous un fondement commun alors qu'ils poursuivent tous deux des objectifs parfaitement distincts (1). Cette conception a nécessairement eu des conséquences sur l'action d'enrichissement injustifié (2).

1) Deux modèles distincts

239. L'indifférence du profit dans la gestion d'affaires. La condition d'utilité de la gestion n'est requise que pour éviter que toute personne s'immisçant dans les affaires d'autrui ne réclame une indemnité, alors même qu'elle aurait agi de manière parfaitement inopportune et alors surtout que le maître de l'affaire n'a commis aucune faute et n'a rien réclamé. Il est en ce cas nécessaire de limiter le nombre de personnes pouvant obtenir une indemnisation. L'enrichissement du maître n'a en réalité aucune importance, tant et si bien que dans l'hypothèse où le gérant n'aurait subi aucune perte mais où le maître aurait recueilli un gain, le premier n'aurait droit à rien⁸⁵⁹. La mesure de l'indemnisation du gérant ne correspond jamais au gain ou à la plus-value réalisée par le maître⁸⁶⁰. Dans la répétition de l'indu, au contraire, ce qui est pris en considération, et ce qui fera l'objet des restitutions, c'est le profit reçu par l'*accipiens* : seulement ce qu'il a reçu mais tout ce qu'il a reçu ! Le nouvel article

⁸⁵⁷ Le fait que la condition de l'utilité de la gestion d'affaires soit jugée équivalente à la condition d'enrichissement est relativement récent, car auparavant seule la gestion d'affaires anormale était perçue comme une application de l'enrichissement injustifié (voir *supra* n°223), mais il est aujourd'hui devenu courant de comparer la condition d'utilité à la condition d'enrichissement (voir par exemple F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1277). Il nous semble qu'il s'agit là d'une déformation résultant de la théorie de la gestion d'affaires anormale, qui a conduit à analyser, de manière générale, la gestion d'affaires comme un cas particulier d'enrichissement injustifié.

⁸⁵⁸ Voir *infra* n° 282s.

⁸⁵⁹ Les dispositions du Code civil sont claires sur ce point, et ce que ce soit l'ancien article 1375 ou le nouvel article 1301-2. Ces deux articles n'évoquent que le remboursement des dépenses et l'indemnisation d'un dommage.

⁸⁶⁰ Sauf bien entendu l'hypothèse où la perte du gérant est égale au gain du maître, mais il ne s'agirait en ce cas que d'une simple coïncidence.

1352-3 du Code civil illustre bien cet aspect et indique que la restitution inclut notamment les fruits perçus par l'*accipiens*, qui ne sont, par hypothèse, pas sortis du patrimoine du *solvens*. Ce qui est au contraire pris en considération, dans la gestion d'affaires, c'est l'appauvrissement du gérant. Dans la gestion d'affaires, comme en matière de responsabilité, on se place du côté du créancier de l'indemnité. Ce qui compte est la perte subie par le gérant, peu importe le gain perçu ou non par le maître.

240. L'indifférence de l'appauvrissement dans la répétition de l'indu.

L'appauvrissement est, en revanche, sans importance dans la répétition de l'indu. Certes, le *solvens* perd la chose transférée mais la mesure de ce qui lui est dû est évaluée en fonction de ce qu'a reçu l'*accipiens* et non de ce qu'il a perdu. La règle sur le sort des fruits perçus par l'*accipiens* peut à nouveau servir d'illustration. Cette solution répond bien à la logique de la répétition de l'indu, qui est une logique de propriété. Il appartient au (légitime) propriétaire de recueillir les fruits de son bien. S'ils sont perçus par une tierce personne, ils doivent être restitués, sauf accord contraire du propriétaire. Ainsi, ce qui est pris en considération est ce que l'*accipiens* a reçu et qui aurait légitimement dû revenir au *solvens*. Autrement formulé, une fois qu'il est établi que le profit est bien relié au *solvens*, l'attention se focalise sur l'*accipiens* et ce qu'il a reçu et non sur ce que le *solvens* a perdu. Cela explique que l'article 1352-1 mette à la charge du *solvens* les dégradations et détériorations du bien, sauf mauvaise foi et faute de l'*accipiens*. Cette règle est à rapprocher de l'idée que les risques de la chose pèsent en principe sur le propriétaire. S'il n'y avait pas eu de transfert, le *solvens* aurait naturellement dû supporter ces dégradations, à moins bien évidemment qu'elles ne soient le résultat de la faute d'un tiers. La répétition de l'indu et la gestion d'affaires présentent ainsi deux modèles différents. Tandis que la répétition de l'indu offre un modèle original que l'on ne retrouve dans aucune autre source d'obligation, la gestion d'affaires reprend au contraire des solutions existantes tant en droit des contrats (s'agissant des obligations du gérant à l'égard du maître qui ressemblent aux obligations d'un mandataire) qu'en droit de la responsabilité (s'agissant de l'obligation du maître à l'égard du gérant). La particularité de la gestion d'affaires est d'offrir une solution dans un cas où il n'existe en principe aucun fait générateur de responsabilité ni aucun contrat⁸⁶¹. Elle n'a pour unique but

⁸⁶¹ Le professeur Libchaber note ainsi qu'il s'agit d'une solution d'équité affaiblie, car elle permet au demandeur d'avoir un recours alors qu'aucun autre fondement n'est invocable, mais seulement lorsqu'il est mu par une intention altruiste (R. LIBCHABER, « Le rôle de l'initiative personnelle dans la gestion d'affaires », *RDC* n°3, 2015, p. 487).

que d'encadrer une hypothèse très particulière où un tiers s'est immiscé dans les affaires d'autrui. Cela explique également pourquoi, contrairement à la répétition de l'indu, le comportement des parties, et surtout celui du gérant, est important. La gestion d'affaires ne repose pas sur une logique « objective », puisqu'elle est mue par un sentiment d'équité, il faut tenir compte des mérites particuliers du demandeur, pour savoir s'il convient de lui attribuer ou non une indemnité. L'intention du gérant est donc très importante et a des conséquences sur le principe de l'indemnité comme sur son évaluation⁸⁶². De ce fait, la gestion d'affaires n'a qu'une vocation marginale. *A contrario*, la répétition de l'indu repose sur un fait plus « objectif » et le comportement des parties est bien moins important, puisqu'il est avant tout question de restituer un enrichissement à son légitime titulaire et de protéger ainsi son patrimoine. L'action d'enrichissement injustifié se rapprochant, par ses origines, bien plus de la gestion d'affaires que de la répétition de l'indu, l'on comprend pourquoi, au stade de son régime, le comportement des parties a une incidence aussi importante⁸⁶³.

2) L'influence sur l'élaboration de l'action d'enrichissement injustifié

241. L'importance de l'appauvrissement. L'origine de l'action d'enrichissement injustifié témoigne qu'il s'agit davantage d'une réduction de la gestion d'affaires que d'une réelle action fondée sur l'enrichissement injustifié. Le régime de l'action est donc essentiellement inspiré de la gestion d'affaires et non de la répétition de l'indu. La conséquence paradoxale est que l'exigence d'un enrichissement est moins importante que celle d'un appauvrissement. La limite de l'enrichissement ne se justifie pas de la même manière que dans la répétition de l'indu. Dans l'action d'enrichissement injustifié, cette condition est uniquement une protection de l'enrichi, ce dernier n'ayant rien requis de l'appauvri ni commis aucune faute, il n'existe aucune raison d'indemniser au-delà de l'enrichissement et d'appauvrir à son tour l'enrichi⁸⁶⁴. Nous sommes bien loin de la logique de la répétition de l'indu où l'enrichissement est perçu comme la « propriété » légitime du *solvens* qui a

⁸⁶² L'on comprend ainsi pourquoi la plupart des auteurs du XIX^e établissaient une différence de régime entre la gestion d'affaires intéressée ou anormale (qui justifiait que l'indemnité soit limitée à l'enrichissement procuré au maître) et la gestion d'affaires désintéressée (qui permettait d'obtenir un remboursement intégral des dépenses).

⁸⁶³ Voir notamment sur l'appréhension de la faute (*infra* n° 325s.) et de la justification de l'appauvrissement par l'intérêt personnel de l'appauvri (*infra* n° 345).

⁸⁶⁴ Voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, p. 1378. Nous verrons toutefois que cet argument est purement théorique, car en certains cas seul l'appauvrissement est réellement pris en compte, notamment lorsqu'il n'y a qu'une dépense épargnée, qui ne laisse aucune trace patrimoniale, voir *infra* n° 296s.

involontairement transféré le bien. L'enrichissement n'est alors pas une limite secondaire, il est la condition première de l'action et l'objet même de la demande. Cette conception de l'enrichissement injustifié permet également de comprendre pourquoi les frontières entre l'action d'enrichissement injustifié sont bien plus complexes avec la gestion d'affaires qu'avec la répétition de l'indu. Il est à cet égard intéressant de noter que seules les dispositions relatives à la gestion d'affaires opèrent un renvoi exprès à l'action d'enrichissement injustifié⁸⁶⁵, alors qu'un tel renvoi est inexistant s'agissant de la répétition de l'indu. L'article 1303 du Code civil prévoit pourtant un concours possible entre ces deux figures et l'action d'enrichissement injustifié, en posant la règle de subsidiarité de cette dernière action⁸⁶⁶. Ainsi tant l'action que le concept se rapprochent bien davantage du modèle de la gestion d'affaires, qui est un modèle de compensation, que celui de la répétition de l'indu, modèle de restitution⁸⁶⁷. Les nouvelles dispositions du Code civil reflètent en partie cette vision car, si les dispositions sur la répétition de l'indu ne renvoient pas à l'action d'enrichissement injustifié, elles renvoient en revanche aux restitutions (article 1302-3). Ces dispositions sont d'ailleurs les seules à utiliser le terme de restitution, complètement absent dans les dispositions relatives à la gestion d'affaires⁸⁶⁸ et à l'action d'enrichissement injustifié⁸⁶⁹, qui préfèrent utiliser le terme d'indemnisation ou de remboursement.

⁸⁶⁵ Article 1301-5 du Code civil : « Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié ».

⁸⁶⁶ Article 1303 : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

⁸⁶⁷ Mme Nizard de Saint-Didier note également cette différence, même si les deux actions sont, pour elle, fondées par l'enrichissement injustifié : « (...) à la différence de la répétition de l'indu, ou encore des restitutions consécutives à la nullité, celui qui s'est enrichi sans cause devra non pas restituer mais indemniser l'appauvri. Avec l'action *de in rem verso*, on sort ainsi du domaine des restitutions, pour entrer dans celui de l'indemnisation » (S. NIZARD DE SAINT-DIDIER, *th. préc.*, n°528, p.365). Le professeur Libchaber note également une différence entre l'action d'enrichissement injustifié (action indemnitaire) et la répétition de l'indu (action restitutive) (R. LIBCHABER, « Indu à trois, ou enrichissement sans cause ? », *RDC* n°4, 2014 p. 622). Voir *contra* L. ANDREU, N. THOMASSIN, *Cours de droit des obligations*, 5^e éd., Gualino, 2020, n°1362, ces auteurs rangent la répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié dans une sous-catégorie qu'ils nomment quasi-contrats restitutives. Cependant, ils ne précisent pas davantage cette notion de quasi-contrat restitutive, qui sied très peu à l'action d'enrichissement injustifié, la loi n'utilisant d'ailleurs que le terme d'indemnité et non de restitution, contrairement à ce qu'elle fait pour la répétition de l'indu.

⁸⁶⁸ Article 1301-2, al.2 : « Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion ».

⁸⁶⁹ Article 1303-2, al.1 : « Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel ».

242. L'absence de distinction effective entre restitution d'un gain et compensation d'une perte. En raison de l'influence prépondérante de la gestion d'affaires, l'enrichissement injustifié, tant le concept que l'action, est majoritairement perçu comme un moyen de compenser une perte. Il n'est d'ailleurs pas rare de lire que les quasi-contrats ont pour objectif de « compenser l'avantage injustement reçu d'autrui »⁸⁷⁰, ce qui ne vaut que pour la gestion d'affaires et l'action d'enrichissement injustifié. Les particularités de la répétition de l'indu sont donc bien souvent effacées et il n'est pas anodin que ce soit le quasi-contrat qui ait le moins attiré l'attention de la doctrine⁸⁷¹. La distinction proposée par le doyen Carbonnier entre les quasi-contrats s'intéressant à l'avantage procuré à autrui et la responsabilité se préoccupant de la perte causée à autrui n'a finalement pas fait florès⁸⁷². Elle est même remise en cause et des auteurs, comme le professeur Chénéde, affirment au contraire que la responsabilité et les quasi-contrats ont tous deux le même objectif : compenser une perte. La réelle distinction entre les deux sources proviendrait, d'après cet auteur, de l'origine de la perte. Dans le cas de la responsabilité, elle résulterait du fait du débiteur, dans celui des quasi-contrats du fait du créancier lui-même⁸⁷³. Cette nouvelle présentation est certainement plus proche de l'état du droit positif⁸⁷⁴, mais elle assigne aux quasi-contrats et, par ricochet, à l'enrichissement injustifié, un rôle et une utilité très limités.

Il existe *a priori* bien moins de raisons de faire supporter à un tiers la charge d'une perte causée par son propre fait, que la charge d'une perte causée par le fait de ce tiers⁸⁷⁵. Par ailleurs, cette présentation a également pour inconvénient de rapprocher l'enrichissement

⁸⁷⁰ Voir par exemple : P. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, *op. cit.*, p.761 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 10^e éd., L.G.D.J., 2020, p. 401.

⁸⁷¹ Il y a eu très peu de thèses consacrées à ce sujet. Au XX^e, il y a essentiellement celle de Mme Nizard de Saint-Didier, et quelques-unes à la fin du XIX^e, qui s'intéresse davantage à la comparaison entre la *condictio indebiti* et son équivalent français, la répétition de l'indu. Voir par exemple : H. MAURIN, *La répétition de l'indu en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1872 ; T.-N. JAFFFEUX, *De l'action en répétition de l'indu, en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1887.

⁸⁷² J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, 21^e éd., Thémis, P.U.F., 1998, n°198.

⁸⁷³ F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, th. Paris II, Economica, 2008, n°347.

⁸⁷⁴ Encore qu'elle reflète imparfaitement la répétition de l'indu où il est admis de longue date que l'indu peut être caractérisé non seulement en cas d'erreur mais également en cas de contrainte exercée contre le *solvens*, en ce cas l'origine de la perte ne se trouve pas dans la personne du créancier (*solvens*) mais dans la personne ayant exercé la contrainte (*accipiens* ou un tiers). Il nous semble toutefois que le constat est plus sombre et qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun critère de fiable de distinction entre le quasi-contrat et la responsabilité civile, voir *infra* n° 318.

⁸⁷⁵ Ce qui peut d'ailleurs expliquer le fait que la liste des quasi-contrats soit relativement limitée par le législateur, ces quasi-contrats procédant d'une « équité mineure » (R. LIBCHABER, « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine*, n°258, mai 2016, p.73).

injustifié du droit de la responsabilité. Ainsi, alors que les quasi-contrats, ancienne version⁸⁷⁶, peinaient à se distinguer du contrat, l'assimilation avec l'enrichissement injustifié, les rapproche désormais dangereusement du droit de la responsabilité. Nous ne sommes plus très éloignés du système proposé par Planiol qui voyait dans chaque quasi-contrat un fait illicite involontaire, rejoignant ainsi la définition des quasi-délits⁸⁷⁷. Mais la distinction entre quasi-délit et délit étant inutile, Planiol suggérait de regrouper ces deux sources et les quasi-contrats sous une même catégorie, les trois ayant pour caractéristique de réparer un préjudice réalisé⁸⁷⁸. Le risque est ainsi de faire de l'enrichissement injustifié un succédané de la responsabilité, à l'utilité marginale.

II : L'utilisation abusive de la justice corrective

243. Le déplacement de valeurs et la justice corrective. L'affirmation est couramment répandue : l'enrichissement injustifié, à travers les quasi-contrats, aurait pour objectif de corriger un déplacement de valeur injustifié⁸⁷⁹. Il est ainsi fait appel au concept de justice corrective dont l'enrichissement injustifié serait le meilleur exemple. La justice corrective, par opposition à la justice distributive, tend à rétablir l'égalité arithmétique. Elle a pour objectif de rectifier un mouvement de valeur considéré injuste, peu important les mérites ou les qualités des personnes en présence⁸⁸⁰. En application de ces principes, la « spécificité » de tout quasi-contrat serait de rétablir l'équilibre entre deux patrimoines, ni plus ni moins, ce qui expliquerait la règle du double plafond dans l'action d'enrichissement injustifié. L'appauvri ne doit pas s'enrichir, ou, selon la célèbre formule de Rouast « le droit n'ouvre pas d'action aux envieux de la richesse d'autrui, si scandaleuse que soit son origine. Et même il ne permet pas à celui qui a été l'artisan de cette richesse d'en réclamer aucune part s'il

⁸⁷⁶ Avant l'assimilation avec l'enrichissement injustifié, lorsque l'analogie avec le contrat prévalait.

⁸⁷⁷ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, 3^e éd., L.G.D.J., 1905, n°812, p.262.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, n°807, p.259 : « A eux trois [les délits, quasi-délits et quasi-contrats], ces trois groupes de faits forment au complet la catégorie des obligations qui naissent d'un *préjudice réalisé* ».

⁸⁷⁹ Entre autres X. PIN, L. DEVIN, « Quasi-contrats. - Théorie générale », *Jurisclasseur civil code*, art. 1370 et 1371, 2011, n°39 ; M. DOUCHY, th. préc., spéc. p.269-270 ; P. LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », *Rép. Dalloz*, 2014, n°15 et 23.

⁸⁸⁰ F. CHENEDE, th. préc., n°6, p.9, l'auteur prend comme exemple de justice corrective la responsabilité civile qui tend à réparer un dommage injustement causé, l'auteur de ce dommage devant réparation qu'il soit « riche ou nécessiteux ».

n'est prouvé qu'il n'a subi lui-même un préjudice. La base fondamentale de l'action *de in rem verso* est le préjudice subi par le demandeur »⁸⁸¹.

La première difficulté de cette idée de rétablissement d'un équilibre est qu'elle n'est absolument pas spécifique au droit de l'enrichissement injustifié, mais irrigue au moins tout le droit des obligations, si ce n'est le droit dans son ensemble. Elle n'apporte donc aucune précision supplémentaire sur ce qui ferait la particularité de cette source d'obligation par rapport aux autres. Ou alors il faudrait préciser davantage ce que signifie le rétablissement de l'équilibre dans le contexte de l'enrichissement injustifié, l'équilibre s'appréciant toujours par comparaison avec une situation présentée comme idéale.

244. Les insuffisances de la justice corrective. On peut tout d'abord noter qu'expliquer l'enrichissement injustifié à partir de la philosophie d'Aristote est quelque peu anachronique pour une source d'obligation qui n'a réellement émergé qu'à partir du XVII^e. Aristote ne fait d'ailleurs jamais mention des hypothèses actuellement rattachées à l'enrichissement injustifié, du moins pas lorsqu'il aborde la notion de justice corrective. Un auteur avait ainsi pu considérer que l'enrichissement injustifié ne relevait finalement pas de la justice corrective, du moins pas dans le sens où l'entendait Aristote⁸⁸². Les exemples d'Aristote sont d'ailleurs assez surprenants. En effet, le philosophe grec donne comme exemples le fait d'infliger des blessures volontaires ainsi que le meurtre. Dans ces cas, il estime que « la passion et l'action ont été divisées en parties inégales, mais le juge s'efforce, au moyen du châtiment, d'établir l'égalité, en enlevant le gain obtenu »⁸⁸³. Même s'il reconnaît qu'en ce cas, tant les termes de perte que de gain ne sont pas les plus appropriés, il estime que dès lors que « le dommage souffert a été évalué, on peut parler de perte et de gain »⁸⁸⁴. Ce schéma semble plus adapté à la responsabilité civile qu'à l'enrichissement injustifié, même s'il paraît difficile, à vrai dire, d'en tirer des conséquences juridiques précises. Une remarque de M. Klimchuk retient d'ailleurs particulièrement l'attention. L'extrapolation de la justice corrective aristotélicienne à l'enrichissement injustifié tend à vider ce concept d'une grande partie de sa substance. Elle ne permet pas d'apporter la moindre explication sur les raisons justifiant les restitutions et peut être au contraire le support de n'importe quelle considération

⁸⁸¹ A. ROUAST, art. préc., p.45.

⁸⁸²D. KLIMCHUK, « Unjust Enrichment and Corrective Justice », in J. W. NEYERS, M. MCINNES, S. G. A. PITEL (ed.), *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p.111 s.

⁸⁸³ Aristote, *Ethique à Nicomaque*, trad. J. TRICOT, Librairie philosophique J. Vrin, 1987, p.233-234.

⁸⁸⁴ *Ibid.*, p.235-236.

d'équité⁸⁸⁵. Il est donc particulièrement gênant que ce concept de justice corrective, ou commutative⁸⁸⁶, soit souvent invoqué pour justifier la condition de l'appauvrissement⁸⁸⁷. La justice corrective peut éventuellement schématiser le mécanisme des restitutions, mais sa formulation, au moins celle retenue par les juristes, ne fournit aucune explication sur les raisons qui justifient la restitution d'un gain. Elle ne permet pas non plus de justifier l'exigence d'un appauvrissement. En effet, à partir du moment où il n'existe aucune précision sur ce qu'il faut entendre par la notion d'équilibre dans l'enrichissement injustifié, comment peut-on affirmer que la compensation de l'appauvrissement suffit à rétablir l'équilibre ?

245. L'impossible justification de la règle du double-plafond. Cela nous ramène à la formule de Rouast qui peut sans doute appeler deux critiques. La première concerne l'expression de « richesse d'autrui » qui justifierait que le demandeur ne puisse obtenir davantage que son appauvrissement. À y regarder de plus près, il n'est cependant pas certain qu'il s'agisse réellement de la richesse d'autrui, en tout cas s'agissant de la répétition de l'indu. Ce qui semble justifier les restitutions en ce cas est davantage l'idée que le *solvens* conserve un intérêt et un lien sur la chose transférée⁸⁸⁸. Autrement dit, le *solvens* ne lorgne pas dans cette hypothèse sur la richesse d'autrui, il ne demande qu'à récupérer la sienne ! Ce n'est en revanche pas le cas de la gestion d'affaires, ce qui conduit à la seconde critique. S'il s'agit véritablement de la richesse d'autrui, comment l'appauvrissement pourrait-il justifier pleinement la compensation ? À vrai dire, en cas d'appauvrissement, il n'y a semblait-il que deux raisons pouvant justifier une indemnisation : le comportement du défendeur qui aurait provoqué l'appauvrissement ou le comportement remarquable du demandeur qui appelle une protection. Dans le premier cas, cela renvoie essentiellement à la responsabilité.

⁸⁸⁵ D. KLIMCHUK, art. préc, p.117 « But this (...) makes the concept of corrective justice *too thin* (...) because nothing on this account prevents from being invoked under the name of corrective justice just the sort of equitable considerations restitution scholars have sought to displace. (...). On this account, then, little or no explanatory or justificatory work is done by the form of corrective justice”.

⁸⁸⁶ Les deux termes sont généralement employés comme synonymes, le premier étant utilisé par Aristote, le second par Saint-Thomas. Il n'est ici pas fait de distinction entre les deux termes, même si d'un point de vue philosophique cette assimilation serait très certainement contestable.

⁸⁸⁷ Ainsi l'un des rares auteurs anglais a exigé une perte correspondant à l'enrichissement fait référence aux principes de justice corrective: G. VIRGO, *op. cit.*, p.118 « the preferable view is that the restitutionary remedy should indeed be capped by the claimant's loss, by virtue of the recognition of the principle of corrective justice ».

⁸⁸⁸ Voir *infra* n° 285 et n° 397.

Dans le second cas, qui est celui de la gestion d'affaires, l'utilité de l'acte et l'intention altruiste du gérant légitiment l'indemnisation.

En revanche, que ce soit pour la répétition de l'indu ou l'action d'enrichissement injustifié, on ne retrouve aucune de ces situations. Les restitutions ne sont commandées ni par le comportement du demandeur, ni par celui du défendeur. S'agissant de la répétition de l'indu, elles viennent simplement corriger le transfert vicié d'un bien. Aussi, dans ce contexte, l'équilibre n'est rétabli que lorsque le défendeur reverse l'intégralité de ce qu'il a reçu indûment, sans qu'il soit nécessaire de faire référence à un quelconque appauvrissement du demandeur. L'idée d'un déplacement de valeurs rompant l'équilibre n'est donc pas fautive mais pêche par imprécision. Cette idée n'est pas la caractéristique de l'enrichissement injustifié, dans la mesure où elle irradie l'intégralité du droit des obligations. La responsabilité viendra également corriger un déséquilibre provoqué par l'auteur du dommage, qui sera obligé de le réparer. De même, en matière contractuelle, l'équilibre se mesure ici par rapport aux attentes des parties, les dispositions sur l'inexécution du contrat ayant pour objectif de rétablir l'équilibre, c'est-à-dire d'offrir à chacune des parties l'exécution de la prestation promise ou son équivalent. Cette imprécision n'est cependant pas surprenante, elle tient à la largesse excessive de la catégorie. Dès lors que l'enrichissement injustifié a repris le contenu des quasi-contrats, il n'était pas possible de trouver une ligne directrice cohérente. Il fallait composer notamment avec ces deux mécanismes aux logiques divergentes que sont la gestion d'affaires et la répétition de l'indu. L'enrichissement injustifié, en tant que dénominateur commun des quasi-contrats, doit pourtant pouvoir associer ces deux quasi-contrats particuliers. Il n'est ainsi pas anormal que le résultat soit aussi imprécis et large, car c'est l'unique manière de pouvoir regrouper ces deux quasi-contrats nommés. Avec une finalité aussi large, l'enrichissement injustifié, et par extension les quasi-contrats, recouvrent donc toutes les hypothèses, ni contractuelles ni délictuelles, où il paraît néanmoins équitable d'accorder une action au demandeur.

III : Le maintien de la logique quasi-contractuelle

246. Du fait volontaire au fait spontané. Face aux lacunes de l'enrichissement injustifié, perçu comme un déplacement de valeurs injustifié, la doctrine est paradoxalement revenue aux sources du quasi-contrat. La notion de déplacement de valeurs étant bien trop vague, la doctrine n'a eu d'autre choix que de réutiliser l'ancienne définition de l'article 1371 en

guise de complément. La définition des quasi-contrats autour d'un fait purement volontaire était toutefois trop ambiguë, particulièrement à l'heure où la distinction entre acte et fait juridiques a pris une importance théorique considérable. Cette expression peut en effet provoquer une confusion et sous-entendre qu'il existe une volonté de produire des effets juridiques. Si cette expression est toujours employée, le nouvel article 1300 y faisant toujours référence, certains auteurs préfèrent employer le terme de fait spontané⁸⁸⁹. Cette nouvelle expression ne se distingue que peu de la première puisque dans les deux cas, il n'y a aucune définition précise et l'accent est mis sur le fait du demandeur, qui a fourni, de sa propre initiative, un avantage au défendeur. Aussi les critiques adressées au fait volontaire peuvent également être formulées à l'encontre du fait spontané⁸⁹⁰. Si cette définition sied très bien à la gestion d'affaires, où l'intention de gérer reflète bien l'idée de spontanéité qui est un niveau en deçà de l'intention libérale⁸⁹¹, elle est en revanche très peu adaptée à la répétition de l'indu et à l'enrichissement injustifié. Si c'est véritablement l'absence de justification qui prime, il devrait être indifférent que le fait provienne du demandeur ou du défendeur, ce qui explique que la répétition de l'indu soit admise en cas de contrainte exercée sur le *solvens*⁸⁹². Hormis cette hypothèse particulière, la captation d'un enrichissement par le défendeur conduira généralement à l'engagement de la responsabilité de celui-ci envers le légitime « titulaire » de cet enrichissement⁸⁹³. La différence de fondement entre le cas de la contrainte et celle de la captation de l'enrichissement peut pourtant paraître inadéquate étant donné que ces deux sources d'obligations conduisent en principe à un résultat différent, et ce, alors qu'il s'agit fondamentalement dans les deux cas de restituer un profit.

247. L'exigence d'un fait licite. En plus de l'idée de spontanéité, les quasi-contrats se distingueraient de la responsabilité par l'exigence d'un fait licite. Là encore, il n'est pas certain que cette distinction soit réellement pertinente si l'on se concentre sur la raison d'être de l'enrichissement injustifié⁸⁹⁴. En somme, les quasi-contrats, fondés sur

⁸⁸⁹ Voir notamment : M. DOUCHY, *op. cit.*, n°122 ; P. LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », *Rép. Dalloz*, 2014, n°13 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd., P.U.F., 2020, n°78.

⁸⁹⁰ Voir *supra* n° 218 et 219.

⁸⁹¹ Le professeur Bout estime ainsi qu'il n'existe qu'une différence de degré entre l'intention de gérer et l'intention libérale (R. BOUT, th. préc., n°85).

⁸⁹² Le nouvel article 1302-2 du Code civil consacre d'ailleurs expressément cette hypothèse, alors que l'article 1300 maintient la définition du quasi-contrat autour du fait purement volontaire...

⁸⁹³ L'on songe par exemple au profit tiré de la violation d'un brevet, ou d'une atteinte au droit à l'image...

⁸⁹⁴ Voir *infra* n° 373s.

l'enrichissement injustifié, se distingueraient de la responsabilité par la personne à l'origine du fait ainsi que par leur caractère licite, et ils se distinguent des contrats par l'absence de volonté. Fait du créancier, licéité et absence de volonté, autant d'éléments qui caractérisaient le quasi-contrat bien avant que l'enrichissement injustifié ne soit considéré comme le fondement des quasi-contrats ! Le nouveau fondement des quasi-contrats ne permettrait pas de le distinguer des autres sources d'obligations, en particulier de la responsabilité, car il s'agirait en réalité de compenser une perte. L'utilité de l'enrichissement injustifié comme fondement des quasi-contrats est donc à ce point limitée qu'il faut revenir à la définition originelle des quasi-contrats pour lui donner un peu de contenance... Le résultat est ainsi plus que mitigé. Les quasi-contrats demeurent une catégorie purement négative, regroupant les cas ne pouvant ni se rattacher au contrat ni à la responsabilité. La référence à l'enrichissement injustifié, qui aurait pu apporter un peu de cohérence, n'a fait qu'ajouter d'inutiles complications. Néanmoins, avec la reconnaissance de l'action d'enrichissement injustifié (ex enrichissement sans cause), on aurait pu espérer que la liste des quasi-contrats soit dorénavant fermée. En effet, l'enrichissement injustifié étant le principe et le fondement, toutes situations ne pouvant être appréhendées ni par la gestion d'affaires, ni par la répétition de l'indu devraient pouvoir être traitées par cette action. Ce n'est néanmoins pas l'opinion de la majorité de la doctrine, qui estime qu'il est toujours possible de reconnaître des quasi-contrats innommés.

248. Le recours aux quasi-contrats innommés. Ce terme n'avait que peu de sens auparavant, mais il devient encore moins compréhensible à partir du moment où l'enrichissement injustifié est censé être le principe et le fondement des quasi-contrats. À vrai dire, même si l'enrichissement injustifié n'est pas considéré comme le fondement de cette catégorie, l'expression de quasi-contrat innommé ne présente aucun intérêt et n'est finalement pas si évidente à cerner en dehors de la catégorie des contrats. Elle est sans intérêt car il n'existe aucun droit commun des quasi-contrats qui pourrait servir de base commune. L'accumulation de ces lacunes rend cette notion bien difficile à cerner. Qu'est-ce qu'un quasi-contrat innommé ? Un quasi-contrat n'étant pas expressément qualifié comme tel par la loi ou un cas qui n'est absolument pas envisagé par la loi et qui est « découvert » par le juge ? Prenons l'exemple des récompenses envisagées par le Code civil et fréquemment qualifiées de quasi-contrat. S'agit-il d'un quasi-contrat innommé (car la loi ne les qualifie pas de quasi-contrat) ou d'un quasi-contrat nommé (car la loi envisage néanmoins cette situation) ? En pratique cette distinction n'a strictement aucun intérêt, mais

elle est, en plus, théoriquement oiseuse car elle ne se comprend guère que dans un contexte contractuel.

L'intérêt principal de cette distinction, en droit des contrats, est la possibilité pour les parties de créer un contrat qui n'obéira pas aux règles spécifiques d'un contrat nommé, mais seulement au droit commun des contrats, censé être plus souple⁸⁹⁵. Cette distinction se comprend au regard de la classification des contrats qui rassemblent de multiples espèces autour d'un même genre. Cette taxonomie ne se retrouve pas dans les quasi-contrats, où l'on peine à trouver un genre commun rassemblant des espèces aussi différentes et où il n'existe, en toute hypothèse, aucun régime commun. En réalité, si cette distinction est reprise en matière de quasi-contrats, ce n'est que par mimétisme avec le droit des contrats.

Cet emprunt contractuel aurait logiquement dû disparaître avec l'assimilation des quasi-contrats à l'enrichissement injustifié. Pourtant, même les auteurs défendant ardemment l'assimilation admettent un possible recours aux quasi-contrats innommés⁸⁹⁶. Le recours à l'innommé suppose, *a minima*, de reconnaître la possibilité aux parties, ou à tout le moins au juge, de reconnaître de nouveaux quasi-contrats en dehors des hypothèses reconnues par la loi. Mais quelle est l'utilité de cette notion si la loi reconnaît déjà une action générale censée combler les lacunes ? Transposé à la responsabilité pour faute, cela reviendrait à dire qu'en dehors du principe général de responsabilité pour faute reconnu par les (anciens) articles 1382 et 1383 du Code civil (dorénavant articles 1240 et 1241), le juge aurait la possibilité de reconnaître des fautes innommées, ce qui n'a aucun sens. Si l'action d'enrichissement injustifié est véritablement générale et si elle est le fondement de tout quasi-contrat, toutes situations nouvelles pouvant être qualifiées de quasi-contrat devraient entrer dans le champ d'application de cette action. Il est possible néanmoins que la distinction perdure en raison du régime de l'enrichissement injustifié qui semble bien souvent inadapte⁸⁹⁷. Mais quand bien même le régime ne serait pas jugé adéquat, il faudrait davantage faire appel à la distinction entre général et spécial plutôt qu'à la distinction entre nommé et innommé. Il est toutefois frappant de constater que, quelle que soit la conception

⁸⁹⁵ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°95.

⁸⁹⁶ Voir notamment : A. SERIAUX, *op. cit.*, n° 79; F. CHENEDE, th. préc., n°350. La plupart des manuels sont étonnamment silencieux sur ce point, contrairement au rapport au Président de la République qui admet expressément cette hypothèse.

⁸⁹⁷ Voir *infra* n° 311s., cette critique se concentre surtout la règle du double plafond. Il est d'ailleurs curieux que cette règle soit si âprement défendue dans son principe alors qu'elle est souvent la raison pour laquelle l'action d'enrichissement injustifié est délaissée au profit d'une autre.

du quasi-contrat retenue, les auteurs admettent aisément la possibilité de reconnaître des quasi-contrats innommés avant même de s'être prononcé sur la nature et le genre du quasi-contrat. Il paraît pourtant délicat de débattre sur l'éventuelle exhaustivité de la liste des quasi-contrats si l'on ignore exactement quelles sont les caractéristiques du quasi-contrat⁸⁹⁸. Cela est d'autant plus problématique que les quasi-contrats n'ont normalement pas pour vocation d'être une catégorie purement résiduelle, ce rôle étant dévolu aux obligations purement légales. Cette dernière catégorie étant toutefois peu invoquée⁸⁹⁹, les quasi-contrats ont finalement récupéré en grande partie cette fonction.

Section II : Un droit positif désordonné

249. Une législation et une jurisprudence illisibles. Faute de concept bien identifié, et en l'absence de toute précision légale, les juges disposent de la plus grande liberté s'agissant de l'enrichissement injustifié et des quasi-contrats. Ils ne s'estiment notamment pas tenus par la conception renouvelée des quasi-contrats autour de l'enrichissement injustifié et conservent la faculté de découvrir de nouveaux quasi-contrats lorsqu'ils en ressentent le besoin, sans avoir à les rattacher à l'enrichissement injustifié. En dépit de la très grande plasticité de la notion, force est de reconnaître que la jurisprudence n'a pas fait un usage démesuré des quasi-contrats, la liste des quasi-contrats créés étant relativement courte. Leur utilisation demeure ponctuelle et imprévisible. Paradoxalement, la prudence relative des juges participe aussi à cette impression de désordre, car il reste difficile de déterminer dans quelles situations la jurisprudence fera usage des quasi-contrats, et ce qu'ils soient nommés ou innommés. Si l'on ajoute à cela que les quasi-contrats innommés d'un jour ne le restent pas nécessairement toujours, la systématisation de cette source d'obligation devient quasi-impossible. Ainsi, l'évolution de cette source d'obligation est marquée par un certain chaos (I) que ne risque malheureusement pas de dissiper l'ordonnance du 10 février 2016 (II).

⁸⁹⁸ En ce sens voir E. DESCHEEMAEEKER, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD. civ.* 2013.1s., spéc. p.10.

⁸⁹⁹ Il faut probablement y voir une gêne quant à l'expression d'obligation légale qui, selon la manière dont on l'entend, peut englober *in fine* toutes les obligations de manière générale ou au moins toutes les obligations extra-contractuelles (pour des clarifications sur la notion d'obligation extra-contractuelle voir F. CHENEDE, « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *RDC* n°3, 2010, p. 1015s., spéc. n°5 et 6).

I : Une évolution chaotique et incertaine

250. Le décalage entre le discours doctrinal et la pratique jurisprudentielle.

L'imprécision de la théorie des quasi-contrats s'est nécessairement répercutée sur la manière dont les juges ont appréhendé cette source d'obligation. La théorie n'ayant fourni aucun outil fiable, la jurisprudence s'est débrouillée tant bien que mal avec les maigres dispositions existantes. Si la doctrine majoritaire admet que l'enrichissement injustifié est le fondement des quasi-contrats, tel n'est pas le cas de la jurisprudence qui s'en tient à la définition légale du quasi-contrat de l'ancien article 1371 du Code civil. Autrement dit, pour la jurisprudence, l'action d'enrichissement sans cause (dorénavant l'action d'enrichissement injustifié) n'est qu'un quasi-contrat parmi d'autres et non le fondement de cette catégorie. Aussi faut-il tenir compte de cette dichotomie dans l'analyse et dissocier la manière dont la jurisprudence appréhende les quasi-contrats de manière générale (A), et la manière dont elle appréhende l'action d'enrichissement injustifié en particulier (B).

A) L'utilisation des quasi-contrats par la jurisprudence

251. Une utilisation aléatoire. L'assimilation doctrinale entre quasi-contrats et enrichissement injustifié n'ayant abouti à rien de concret, la jurisprudence s'en est tenue à la lettre du Code civil. Les anciennes dispositions du Code n'étaient toutefois pas d'une précision exemplaire et ont pu susciter l'embarras de la jurisprudence quant aux limites à poser à cette catégorie. Il n'existe ainsi aucune ligne directrice en la matière (1) et la jurisprudence oscille entre un mouvement de répulsion et un mouvement d'attraction de la qualification quasi-contractuelle (2).

1) L'absence de ligne directrice

252. Le refus de l'enrichissement injustifié comme fondement aux quasi-contrats. Si la majorité de la doctrine s'est prononcée en faveur d'une conception « renouvelée » des quasi-contrats autour de l'enrichissement injustifié, la jurisprudence s'est montrée bien plus évasive et semble maintenir l'ancienne conception des quasi-contrats, à savoir une

conception rapprochant le quasi-contrat du contrat⁹⁰⁰. Bien qu'un aperçu de la jurisprudence révèle que les quasi-contrats les plus utilisés demeurent l'enrichissement sans cause, la répétition de l'indu et la gestion d'affaires, elle se réserve la possibilité de reconnaître ponctuellement de nouveaux cas sans chercher à les rattacher à l'idée d'un enrichissement injustifié. Sans être particulièrement fréquent, le recours aux quasi-contrats innommés suscite parfois l'intérêt des magistrats et des plaideurs. Le cas des loteries publicitaires a fait couler beaucoup d'encre mais il n'est pas le seul. Deux autres cas ont également attiré un peu l'attention : le quasi-contrat de cession d'entreprise⁹⁰¹ et le quasi-contrat résultant de la résiliation d'un contrat de franchise⁹⁰².

253. La quasi-contrat de cession d'entreprise. Dans le cas du quasi-contrat de cession d'entreprise, les juges ont opportunément utilisé cette source d'obligation pour sanctionner le repreneur dont l'offre avait été retenue par le plan de cession, mais qui avait par la suite refusé de conclure les actes nécessaires à la réalisation de la cession⁹⁰³. Il existait en effet un « vide », puisque la loi ne prévoyait pas de sanction particulière en cas de refus de conclure les actes de cession et il n'était pas possible d'utiliser les sanctions relatives à l'inexécution contractuelle, puisque précisément le contrat n'avait pas encore été conclu. Le quasi-contrat a donc ici été utilisé pour sanctionner le comportement du repreneur, qui n'a pas respecté son engagement⁹⁰⁴. S'agissant de ce quasi-contrat de cession, il n'existe

⁹⁰⁰ Il existe toutefois certains auteurs en faveur d'un rapprochement entre contrat et quasi-contrat, voir notamment A. BENABENT, *op. cit.*, n°440. Ce même auteur propose d'ailleurs la création d'un nouveau quasi-contrat afin d'accorder un équivalent de la prestation compensatoire pour des couples non-mariés : A. BENABENT, « Pour une prestation compensatoire hors mariage : la piste du quasi-contrat ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, L.G.D.J., 2019, p.15s. D'autres auteurs vont plus loin et estiment que les quasi-contrats ont précisément perdu de leur cohérence avec l'apparition de l'enrichissement sans cause, qui occulte le parallèle entre les quasi-contrats et les contrats (R. LIBCHABER, « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine*, n°258, mai 2016, p.73s.).

⁹⁰¹ Com. 26 oct. 1999, n° 96-19.156, *Bull. IV*, n° 193, dans cette hypothèse l'engagement unilatéral a également été mobilisé, voir J. MESTRE, B. FAGES, « Les cessionnaires d'entreprises en redressement judiciaire obligés tant sur le fondement du quasi-contrat que sur celui de l'engagement unilatéral... », *RTD civ.* 2000.835.

⁹⁰² Com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, *D.* 2008.388, note D. FERRIER, le franchisé demandait une indemnité pour perte de clientèle, la solution est rendue au seul visa de l'article 1371 sans aucune référence à l'enrichissement sans cause.

⁹⁰³ Il existe en effet une dissociation entre d'un côté le plan de cession qui est arrêté par un jugement et le contrat de cession conclu ultérieurement pour mettre en œuvre le plan de cession (sur ce point voir notamment A. LIENHARD, « Conditions et nature de la responsabilité du repreneur n'ayant pas signé les actes de cession », *D.* 1999.67).

⁹⁰⁴ Cette décision s'inscrit ainsi « dans le mouvement contemporain de moralisation des plans de cession (...) le quasi-contrat tendrait ainsi à devenir un moyen purement technique permettant d'établir artificiellement un lien de droit entre deux personnes se trouvant dans des situations juridiques originales qui ne sont adaptées ni à l'application intégrale du régime de la responsabilité contractuelle, ni à celle de la responsabilité

aucun lien avec l'idée d'un enrichissement injustifié, et les motifs de l'arrêt évoquent même la « responsabilité » du repreneur⁹⁰⁵, comme s'il s'agissait d'une « responsabilité quasi-contractuelle ».

254. Le quasi-contrat résultant de la résiliation d'un contrat de franchise. Ce cas est particulièrement intéressant car la Cour de cassation a, dans un premier temps, reconnu un quasi-contrat innommé obligeant le franchiseur à réparer le dommage causé par la résiliation du contrat⁹⁰⁶. Elle a, par la suite, fait machine arrière en refusant toute indemnité au franchisé, mais cette fois-ci sur le terrain de l'enrichissement sans cause⁹⁰⁷. Le changement de fondement entre les deux affaires, quasi-contrat innommé dans un cas, enrichissement sans cause dans l'autre, ne manque évidemment pas de susciter des interrogations dans un domaine où elles sont déjà fort nombreuses. On aurait pu arguer que la référence à l'enrichissement sans cause est en réalité implicite dans l'arrêt du 9 octobre 2007, bien que seul l'article 1371 (ancien) soit visé et qu'il ne soit fait aucune mention de l'enrichissement sans cause dans la motivation de la Cour. Cet argument doit être réfuté et ce pour au moins deux raisons. Premièrement, parce que la Cour de cassation refuse l'assimilation entre quasi-contrats et enrichissement injustifié, de sorte que le seul visa de l'article 1371 sans autre précision ne peut faire présumer un recours implicite à l'enrichissement sans cause. En second lieu, la comparaison avec le second arrêt, celui du 23 octobre 2012, incite également à penser que le fondement retenu dans ces deux affaires diffère.

En effet, le changement dans la motivation des arrêts peut se justifier pour des raisons pratiques. Dans le premier arrêt, celui de 2007, les juges souhaitaient manifestement pallier l'absence d'indemnité de sortie de réseau, notamment lorsque la rupture du contrat de franchise, par le franchiseur, est particulièrement brutale et ne respecte même pas le préavis

délictuelle » (C. ASFAR, « Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil », *Droit et patrimoine*, 2002, n°104, p.31-32).

⁹⁰⁵ Com. 26 oct. 1999, déc. préc. : « qu'en se prononçant ainsi, sans retenir, en présence de l'inexécution de l'engagement pris par la société IFR, une cause d'exonération de sa responsabilité, l'a cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », un auteur commentant l'arrêt note ainsi la ressemblance entre cette responsabilité quasi-contractuelle avec les autres cas de responsabilité (C. ASFAR, art. préc.).

⁹⁰⁶ Com., 9 oct. 2007, arr. préc.

⁹⁰⁷ Com. 23 oct. 2012, n° 11-21.978 et 11-25.175. La première affaire fait suite au premier arrêt du 9 octobre 2007 et statue sur l'arrêt de renvoi après cassation qui avait refusé d'accorder au franchisé une indemnité, la Cour choisit finalement de revenir sur sa première décision mais en refusant cette fois-ci l'indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

fixé contractuellement⁹⁰⁸. En ce cas le quasi-contrat innommé offre une souplesse incontestable dans l'évaluation de l'indemnité et permet une indemnisation généreuse qu'il serait plus difficile d'obtenir avec l'action d'enrichissement sans cause⁹⁰⁹. La motivation de cet arrêt laisse en effet une grande latitude aux juges du fond en estimant que le franchisé « subissait un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction ». Ainsi, le raisonnement se concentre exclusivement sur le préjudice du franchisé et en aucun cas sur l'éventuel enrichissement du franchiseur, qui n'est même pas pris en considération dans l'évaluation de l'indemnité. En revanche, dans le second arrêt, lorsqu'il s'agit de refuser toute indemnité, l'action d'enrichissement sans cause offre un argument imparable et expéditif : « l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties »⁹¹⁰. L'utilisation des quasi-contrats par la Cour de cassation est donc purement instrumentalisée⁹¹¹ et il serait vain d'y chercher une quelconque cohérence.

255. L'utilisation des quasi-contrats innommés par les juges du fond. Les juges du fond ne sont toutefois pas en reste et peuvent également de temps à autre découvrir de nouveaux quasi-contrats. A titre d'exemple, une cour d'appel avait reconnu un quasi-contrat de prêt à usage pour un salarié qui avait accidenté le véhicule de sa société alors qu'il l'utilisait à des fins personnelles⁹¹². Une autre application, plus originale, peut être relevée dans un jugement d'un tribunal de grande instance⁹¹³. Un cavalier s'était volontairement fait photographe mais il ignorait que ces photographies seraient utilisées à des fins

⁹⁰⁸ En ce sens voir notamment P. LETOURNEAU, « Quasi-contrat », *op. cit.*, n°64.

⁹⁰⁹ Et ce en raison de la règle du double plafond.

⁹¹⁰ Com., 23 oct. 2012, arr. préc. En ce sens voir S. PELLET, « Pas d'indemnité pour perte de clientèle fondée sur l'enrichissement sans cause ! », *LEDC* n°11, 2012, p. 1, qui note qu'il est même possible de considérer qu'il n'y a ni enrichissement ni appauvrissement, car la jurisprudence considère par ailleurs que le franchisé dispose d'une clientèle propre distincte de celle du franchiseur. La rupture du contrat de franchise n'a donc pas pour effet automatique de transférer la clientèle du franchisé au franchiseur, il n'y a donc ni enrichissement du franchiseur, ni appauvrissement du franchisé.

⁹¹¹ En l'occurrence, le quasi-contrat a été utilisé pour (tenter) de reconnaître un droit à une indemnité de sortie pour le franchisé. Cependant, si on admet cette solution pour le franchisé, il faudrait également le reconnaître à d'autres distributeurs, tels que les concessionnaires, et l'on comprend alors que, face à ces enjeux économiques, la Cour de cassation ait finalement reculé sur ce point (S. PELLET, art. préc.).

⁹¹² Relevé dans un arrêt de la Cour de cassation du 26 octobre 1965 (Civ. 1^{re}, 26 oct. 1965, *Bull.* n°569), le salarié avait changé d'itinéraire et s'était écrasé contre un arbre, les juges du fond avaient ainsi relevé que « le fait volontaire de Vessard avait engendré un quasi-contrat de prêt à usage l'obligeant à restituer à la société Bourgoin-Primeurs le camion emprunté (...) ». Le quasi-contrat ne fut toutefois pas retenu par la Cour de cassation.

⁹¹³ TGI Tarascon, 2 juil. 1982, *Fesquet c/ Soc. Furygan*, D. 1983.394, note R. LINDON.

publicitaires ; il exigea donc une indemnité auprès de la société. Les juges du fond laissèrent de côté « les grands principes de jurisprudence sur la défense de la personnalité pour faire application de principes plus besogneux », en l'occurrence les quasi-contrats⁹¹⁴. Plus récemment, un tribunal d'instance a reconnu un « engagement volontaire et unilatéral » sur le fondement de l'ancien article 1371 afin de condamner une société qui ne respectait pas ses engagements de respecter la réglementation des publicités⁹¹⁵... Il faut toutefois reconnaître que les juges utilisent cette source d'obligation avec parcimonie, lorsqu'aucune autre source, mieux connue, ne leur paraît plus adéquate. La nouvelle conception des quasi-contrats, centrée sur l'enrichissement injustifié, n'a apporté aucun changement significatif à l'utilisation de cette source d'obligation par la jurisprudence. Cette utilisation demeure toujours aussi hasardeuse et oscille entre attraction et répulsion.

2) L'utilisation hasardeuse des quasi-contrats

256. Le résultat d'une catégorie incohérente. On aurait pu penser que la jurisprudence qualifie de quasi-contrat toutes les hypothèses ne pouvant raisonnablement entrer ni dans la catégorie de contrat, ni dans celle de la responsabilité. *A fortiori* lorsqu'un quasi-contrat nommé peut être utilisé sans trop d'excès. Tel n'est pourtant pas toujours le cas et les magistrats, aussi bien que les plaideurs, préfèrent parfois s'en tenir au duo classique contrat/responsabilité. Toutefois, il est aussi des cas où ces deux catégories paraissent à ce point inadaptées que les juges, en désespoir de cause, optent pour la qualification de quasi-contrat. Il est particulièrement difficile de faire une synthèse de la jurisprudence et de cerner les raisons qui poussent à choisir une qualification au détriment d'une autre. Il est néanmoins intéressant de s'attarder sur deux exemples qui illustrent bien ce mouvement de balancier entre répulsion d'une part (a) et attraction d'autre part (b).

⁹¹⁴ L'accent est davantage mis sur le fait volontaire et la proximité avec un contrat, toutefois les juges notent tout de même que la société a tiré un bénéfice, bien qu'ils ne se fondent pas sur cet élément pour évaluer l'indemnité. Ils ne font aucune référence à l'enrichissement sans cause, pas plus qu'à un autre quasi-contrat nommé et notent au contraire que « le fait actuel pour la doctrine, la pratique, la jurisprudence de laisser presque dans l'oubli l'article 1370 du c.civ. n'empêche pas qu'on puisse y recourir ». L'application de l'enrichissement injustifié à cette hypothèse ne serait pourtant pas infondée, il semble ainsi qu'en Allemagne l'enrichissement injustifié puisse être utilisée pour sanctionner une atteinte aux droits de la personnalité (voir notamment G. DANNEMANN, *op.cit.*, p.95-96).

⁹¹⁵TI Lyon, 13 fév. 2015, n°11-13-002572.

a) Le mouvement de répulsion ou l'exemple de l'assistance bénévole

257. La préférence accordée à la convention d'assistance bénévole. Le cas de l'assistance bénévole est parfaitement révélateur du sentiment de rejet que peuvent provoquer les quasi-contrats. En effet, dans cette hypothèse, il n'est même pas besoin de recourir à un quasi-contrat innommé, le quasi-contrat de gestion d'affaires pouvant parfaitement être appliqué à cette hypothèse⁹¹⁶. Néanmoins, à côté de la gestion d'affaires, d'autres qualifications sont parfois proposées telle que la fameuse convention d'assistance bénévole ainsi qu'un nouveau quasi-contrat d'assistance⁹¹⁷. Bien que ce soit le fondement le plus décrié, la jurisprudence recourt plus facilement à la convention d'assistance bénévole⁹¹⁸ qu'à la gestion d'affaires, qui n'est toutefois pas complètement mise de côté⁹¹⁹. Elle n'a semble-t-il jamais reconnu un nouveau quasi-contrat d'assistance. Comment expliquer l'utilisation alternative de ces deux fondements et la préférence pour la convention d'assistance bénévole ? Il semble qu'il n'existe aucun critère permettant de prédire le fondement utilisé, la Cour de cassation ne censurant pas l'utilisation de l'un au détriment de l'autre. Les juges du fond ont donc toute latitude pour choisir le fondement qui leur paraît préférable, cette préférence allant généralement à la source qu'ils connaissent le mieux : le contrat. Pourtant, la gestion d'affaires paraît tout indiquée pour répondre à cette situation, sans qu'il soit besoin de recourir à un nouveau quasi-contrat⁹²⁰.

258. Une qualification plus appropriée : la gestion d'affaires. Comme le remarque le professeur Bout, toutes les caractéristiques de la gestion d'affaires sont réunies : l'absence

⁹¹⁶ En ce sens, voir notamment T. GENICON, « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d'assistance bénévole », *RDC* n°1, 2014, p.16s.

⁹¹⁷ Voir notamment M. DOUCHY, th. préc., p. 264. Cependant, au regard de l'objectif de l'auteur, à savoir démontrer que tout quasi-contrat repose sur l'enrichissement injustifié, il est étonnant qu'elle qualifie cette hypothèse de quasi-contrat, surtout si l'action d'enrichissement injustifié (à l'époque sans cause) ne peut être mobilisée, faute d'enrichissement...

⁹¹⁸ Pour des exemples récents voir par exemple : Civ. 2^e, 12 sept. 2013, n°12-23.530 ; Civ. 1^{re}, 15 oct. 2014, n°13-20.875 ; Civ. 2^e, 5 fév. 2015, n°13-27.780. Pour un aperçu de la jurisprudence en ce domaine, voir C.-E. BUCHER, « Assistance bénévole », in D. MAZEAUD, R. BOFFA, N. BLANC (dir.), *Dictionnaire du contrat*, L.G.D.J., 2018, n°15, p.68-72. L'auteur estime ainsi que la qualification de contrat d'assistance n'est pas nécessairement erronée, lorsque l'accord de volontés n'est pas douteux. En revanche, lorsqu'il est porté assistance à une personne en péril, dans une situation d'urgence, la qualification de quasi-contrat serait, d'après l'auteur, la plus appropriée.

⁹¹⁹ Elle demeure utilisée ponctuellement, voir par exemple : Civ. 1^{re}, 28 janv. 2010, n°08-16.844.

⁹²⁰ Sur cet aspect voir également T. GENICON, art. préc., qui note que : « Reste qu'il n'est tout de même pas très satisfaisant que deux sources d'obligations qui répondent à des logiques fort différentes soient aussi rendues interchangeables... ».

de requête de la part du maître, l'intention altruiste du gérant ainsi que l'utilité initiale de l'acte visant à préserver la vie ou l'intégrité physique du maître⁹²¹. Certains auteurs, favorables à la création d'un nouveau quasi-contrat, ont néanmoins critiqué le recours à la gestion d'affaires au motif que la condition d'utilité serait douteuse et que la gestion d'affaires n'aurait vocation qu'à traiter d'affaires patrimoniales⁹²². Ces critiques peuvent cependant être réfutées. Premièrement, la condition d'utilité, outre qu'elle ne doit être qu'initiale et ne suppose pas *in fine* que l'opération soit un succès, est appréciée par rapport aux espérances du gérant, selon le résultat qu'il cherche à atteindre⁹²³. Il suffit qu'un résultat favorable soit possible, selon l'appréciation du gérant. Il paraît ainsi difficile de remettre en cause l'utilité d'un acte visant à sauvegarder la personne du maître, quand bien même le gérant aurait agi de manière téméraire.

Quant à la seconde critique, s'il paraît certain qu'aux yeux des rédacteurs de 1804 la gestion visait les affaires patrimoniales, cet argument paraît relativement faible pour exclure l'extension de la gestion d'affaires à l'assistance d'une personne en danger. A vrai dire, cet argument s'explique très certainement par le fait que la gestion d'affaires est perçue comme une application de l'enrichissement injustifié⁹²⁴, ce qui est contestable. Aussi, cette appréhension de la gestion d'affaires incite à mettre l'accent sur l'aspect patrimonial. Il paraît ainsi difficile d'affirmer que la préservation d'une vie (ou du moins la tentative) « enrichit » la personne sauvée. Cette affirmation peut néanmoins être renversée si l'on dissocie la gestion d'affaires de l'enrichissement injustifié. La consécration d'un nouveau quasi-contrat ne semble donc pas pertinente, puisque la gestion d'affaires pourrait très bien servir dans cette situation. Il n'est d'ailleurs pas exclu que ce débat, qui rend les limites de la gestion d'affaires assez incertaines, incite les juges à se détourner de ce fondement pour se concentrer sur la convention d'assistance bénévole. L'instrumentalisation clairement assumée du contrat pour des raisons de pure opportunité pouvant, paradoxalement, moins effrayer les magistrats. Par ailleurs, l'utilisation du contrat laisse également une marge de

⁹²¹ R. BOUT, « La convention dite d'assistance », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p.157s.

⁹²² Notamment P. LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014, n°41 s. ; M. DOUCHY, th. préc., n°117 ; A. MONTAS, *Le quasi-contrat d'assistance : essai sur le droit maritime comme source de droit*, th. Nantes, préf. Y. TASSEL, L.G.D.J., 2007, p. 280s ; C.-E. BUCHER, art. préc., p. 71.

⁹²³ R. BOUT, « Quasi-contrats. – Gestion d'affaires. – Conditions d'existence », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1372 à 1375, 2012, n°101.

⁹²⁴ C'est d'ailleurs la vision retenue par les auteurs précités et globalement par tous ceux défendant la consécration de ce quasi-contrat d'assistance.

manœuvre confortable sur le contenu de cette « convention » et sur le degré de diligence requis par le sauveteur. La gestion d'affaires est cependant suffisamment souple pour pouvoir être utilisée en cette hypothèse.

b) Le mouvement d'attraction

259. Le cas des loteries publicitaires. Lorsque l'usage du contrat ou de la responsabilité paraît particulièrement inadéquat, les juges peuvent être tentés de recourir, en désespoir de cause, aux quasi-contrats. La saga des loteries publicitaires illustre bien ce phénomène, la qualification de quasi-contrat n'ayant été retenue qu'en dernier, après que la jurisprudence a tenté de passer par le contrat, l'engagement unilatéral puis la responsabilité. Au regard de la littérature très abondante consacrée à cet épisode, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur les critiques qu'il a suscitées⁹²⁵. Il est toutefois surprenant qu'un cas aussi marginal et relativement insignifiant ait causé autant de remous⁹²⁶. Le quasi-contrat a été utilisé dans ce cas pour sanctionner un comportement bien particulier : la fausse promesse de gain. Ainsi, la Cour de cassation a estimé que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer »⁹²⁷. Les loteries publicitaires n'ont pourtant pas brisé la cohérence des quasi-contrats, pour la simple et bonne raison que cette cohérence n'a jamais existé. Cet épiphénomène peut néanmoins appeler quelques remarques.

Avant l'ordonnance du 10 février 2016, il était difficile de reprocher à la Cour de cassation le recours à cette qualification, et ce, en raison de la largesse de l'ancien article 1371 du Code civil, qui ne limite absolument pas les quasi-contrats à l'idée d'enrichissement injustifié. L'envoi d'un courrier constitue bien un fait volontaire de l'organisateur des loteries. La difficulté est de savoir si ce fait volontaire est suffisant pour créer un engagement de l'organisateur envers le destinataire du courrier. La loi n'apportant

⁹²⁵ Voir notamment pour une synthèse : *GAJC*, T. 2, n°244 ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement de droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, Defrénois, 2007, n°106s. ; D. MAZEAUD, « Loteries publicitaires : la fluidité des frontières entre le contrat et le délit... », *D.* 2002.1316 qui milite en faveur d'une approche plus « objective » du contrat, où la volonté déclarée de s'engager primerait sur la volonté réelle, ce qui permettrait, selon la rédaction de la publicité, de reconnaître un contrat.

⁹²⁶ Les autres cas précédemment évoqués n'avaient pas causé autant de tracas, pourtant accorder une indemnité de sortie de réseau à un franchisé, par le biais des quasi-contrats, a très certainement un impact plus important que celui des loteries publicitaires...

⁹²⁷ Ch. mixte 6 sept. 2002, *GAJC*, T.2, n°244.

aucune réponse à cette question, les juges ont profité de ce silence. La seule critique possible aurait pu porter sur le caractère illicite de la pratique des loteries publicitaires, alors qu'il est traditionnellement exigé que le fait quasi-contractuel soit licite, même si cette exigence n'est pas expressément indiquée. Pourtant, il est possible de nuancer cette affirmation sur le caractère nécessairement illicite des loteries publicitaires, surtout depuis les assouplissements législatifs apportés entre 2011 et 2016⁹²⁸. L'article L121-20 du Code de la consommation dispose ainsi que ces pratiques sont licites dès lors qu'elles ne sont pas déloyales. Or l'appréciation de la déloyauté, qui peut être constituée lorsque la pratique commerciale est trompeuse⁹²⁹, semble reposer sur un critère plus exigeant que celui posé par la Cour de cassation en 2002, à savoir le simple fait de ne pas avoir mis en évidence l'existence d'un aléa. Ce critère n'ayant pas évolué depuis l'arrêt d'une chambre mixte de 2002, un organisateur de loteries publicitaires peut donc être quasi-contractuellement engagé sans que son activité soit pour autant illicite⁹³⁰. Le cas des loteries publicitaires n'est ainsi qu'une nouvelle illustration des lacunes de l'ancien article 1371, qui ne donne aucune indication sur les raisons qui justifient la reconnaissance d'un quasi-contrat, laissant ainsi un blanc-seing à la jurisprudence.

260. Les quasi-contrats, un palliatif insuffisant aux lacunes des sources d'obligation. Il est frappant de constater qu'une partie des commentaires ont directement pointé du doigt les « faiblesses » de la classification actuelle des sources d'obligation avant même de s'interroger sur le bien-fondé de la demande de délivrance d'un gain issu d'une fausse promesse. Si la qualification de quasi-contrat a été contestée, la solution consistant à allouer le gain au demandeur est en revanche rarement remise en cause⁹³¹. Comme souvent, dès lors que le demandeur semble de bonne foi, l'absence de réponse juridique est perçue comme une lacune du droit, alors qu'elle pourrait tout autant être interprétée comme une volonté de n'accorder aucune protection juridique dans ce cas particulier. Il ne sert à rien

⁹²⁸ Sur l'évolution de la législation voir notamment E. PETIT, « Loteries publicitaires : d'un assouplissement à l'autre ? », *D.* 2013.2649.

⁹²⁹ Voir l'article L121-1 *in fine*, pour une définition d'une pratique commerciale trompeuse voir L121-2 notamment 2° : « Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : (a) l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; (...) (e) la portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ».

⁹³⁰ Pour un arrêt récent qui rappelle cette exigence voir notamment : Civ. 1^{re}, 14 jan. 2016, n°14-26.969.

⁹³¹ Pour une exception voir E. DESCHEEMAEKER, art. préc., p. 14 ; pour une opinion plus nuancée voir R. LIBCHABER, « Les loteries publicitaires : pour une substitution de la peine privée au quasi-contrat », *Defrénois*, n°18, 2003, p.1168s., qui estime que ce cas fait apparaître « un problème de juridicité, qu'il faudrait envisager en soi avant de mobiliser l'arsenal du droit des obligations pour les traiter ».

d'établir des catégories juridiques avec des conditions d'application spécifiques si un simple sentiment d'équité suffit à les contourner. Les catégories juridiques sont par nature exclusives et ne permettent de protéger que certains cas jugés dignes d'intérêt, le non-respect des conditions auxquelles est subordonnée leur application devant, par principe, entraîner le rejet de la demande. C'est aussi pour cela que l'équité, de manière générale, ne peut être une source d'obligation, directement ou indirectement via les quasi-contrats. Il est inutile d'élaborer des conditions d'application propres à chaque source d'obligation si elles peuvent être remise en cause par l'équité. Quel est l'intérêt d'affirmer qu'il n'existe aucun contrat s'il s'agit par la suite de faire comme si un contrat avait été conclu⁹³² ? Dans le cas des loteries publicitaires, est-il véritablement justifié d'accorder l'intégralité du gain annoncé au demandeur qui, aussi sympathique soit-il, n'a subi aucune perte et ne peut établir aucun véritable lien avec ce gain, si ce n'est un espoir déçu ? Il n'a transféré aucune valeur, ni rendu aucun service qui pourrait justifier une récompense. Le recours à la responsabilité avait rapidement été abandonné en raison de la faiblesse du préjudice indemnifiable, qui ne dissuaderait pas les entreprises de mener une telle activité, à moins que l'on ne recoure à des dommages et intérêts punitifs⁹³³. Il est pourtant permis de penser qu'il s'agit là simplement d'une application orthodoxe et mesurée des règles en vigueur, le demandeur ne méritant pas davantage que la réparation de cet espoir déçu. Si l'objectif principal est de moraliser et sanctionner ces entreprises, cette fonction revient au droit pénal et non au droit civil⁹³⁴. La loi ne prévoit certes plus d'amende spécifique pour les loteries publicitaires, mais elles peuvent toujours être sanctionnées au titre de pratiques commerciales trompeuses, l'article L132-2 du Code de la consommation prévoyant en ce cas une amende pouvant aller jusqu'à 300.000 € et deux ans d'emprisonnement⁹³⁵. Il

⁹³² Il s'agit, nous semble-t-il, de la principale critique que l'on peut également formuler à l'encontre de la théorie du professeur Honorat (J. HONORAT, « Rôle des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969.653) : il est totalement inutile de préserver la notion de contrat si l'on ne préserve pas également son régime. Il est ainsi artificiel d'enlever l'étiquette de contrat forcé pour lui substituer celle de quasi-contrat, si le résultat est absolument le même.

⁹³³ Voir notamment R. LIBCHABER, « Un faux pas de plus dans la construction du régime des loteries publicitaires », *RDC* n°4, 2015, p.861s. ; D. FENOUILLET, « Loteries publicitaires : pour un droit efficace ! », *RDC* n°3, 2007, p. 788s.

⁹³⁴ Pour une critique de l'usage de la responsabilité civile comme moyen de sanctionner le comportement d'un fait fautif en dehors de toute idée de réparation voir C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale, à la recherche d'une cohérence perdue*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, L.G.D.J., 2016, n°644.

⁹³⁵ D'aucuns diront que c'est l'inefficacité des sanctions pénales qui ont incité le juge à prévoir une sanction civile. Si tel est le cas, il appartient au législateur de modifier la sanction et non au juge d'en créer une nouvelle. Il convient toutefois de constater que depuis 2002, cette jurisprudence semble n'avoir eu que des effets très limités, un aperçu sur Légifrance démontrant qu'il existe toujours de nombreux arrêts rendus par la Cour de cassation sur cette question, la pratique ne s'est donc pas tarie avec cette solution.

vaudrait donc mieux abandonner ce quasi-contrat qui n'est justifiée ni en théorie, ni en opportunité. Sans nécessairement établir une liste exhaustive des sources d'obligation, il faudrait cesser de vouloir systématiquement déformer les catégories préexistantes ou en créer de nouvelles pour un cas particulier qui n'appelle pas nécessairement de réponse juridique.

B) L'utilisation de l'action d'enrichissement injustifié par la jurisprudence

261. Un critère unique d'application : l'équité. Pour la jurisprudence, l'enrichissement sans cause n'est qu'une espèce du genre quasi-contractuel. Comme pour la catégorie quasi-contractuelle, les limites demeurent particulièrement floues et il n'est pas toujours évident de déterminer à l'avance les situations dans lesquelles l'action sera accueillie. Là encore les considérations d'équité l'emportent bien souvent sur le raisonnement juridique. On peut également noter une certaine fébrilité de la jurisprudence dans l'utilisation de cette action, tiraillée entre la peur des lacunes et la crainte de l'excès. Il apparaît en effet que cette action est moins justifiée par la volonté de reverser l'enrichissement procuré au défendeur, que par le souci d'offrir une indemnité au demandeur dans une situation délicate. Ce détournement de l'enrichissement injustifié est d'autant plus aisé que les définitions d'enrichissement et d'appauvrissement sont entendues assez largement, laissant ainsi une marge d'adaptation appréciable aux magistrats. Cette source d'obligation sert alors de paravent juridique pour éviter d'affirmer que l'équité, en générale, peut être une source directe d'obligations. Il ne s'agit pas de partir d'un principe d'équité bien déterminé et de dégager des règles techniques dictées par ce principe, mais bien de régler un litige en fonction d'un sentiment d'équité. L'inconvénient de l'approche française est de faire de l'enrichissement injustifié une notion vide de toute substance et nécessairement limitée aux cas marginaux, comme l'illustre parfaitement l'utilisation de l'enrichissement sans cause en matière de concubinage.

262. L'ajout de conditions étrangères à l'action. L'équité ne s'appliquant qu'en des cas exceptionnels, il n'est guère étonnant que les juges reconnaissent très rarement que les conditions de l'action d'enrichissement injustifié soient réunies en matière de concubinage⁹³⁶. Précisément, cette action n'est reconnue que lorsque la situation « normale » est jugée à ce point inéquitable que les juges pallient l'absence de disposition

⁹³⁶ Voir par exemple : Civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, *Bull.* 2006, I, n°517, p.458.

spéciale par le recours à l'action d'enrichissement injustifié. Il est frappant de constater que, non seulement le vocabulaire employé est calqué sur celui du mariage, mais qu'en plus l'enrichissement n'est pas véritablement pris en compte. En effet, il apparaît à la lecture des arrêts que les juges se focalisent sur la situation du demandeur, et ne recherchent pas réellement quel est le profit retiré (ou même la dépense épargnée) par le défendeur, ce qui se ressent également dans l'indemnisation octroyée. Cela est particulièrement visible lorsqu'un concubin entend obtenir le remboursement d'une partie des dépenses engagées pour les besoins du couple. En principe, il n'existe aucune obligation légale de contribution aux « charges du concubinage » comparable à ce que prévoit l'article 214 du Code civil en cas de mariage⁹³⁷. Il appartient donc aux concubins de s'accorder sur la manière de répartir les charges communes, à défaut de quoi l'un n'a en principe aucun recours contre l'autre. Cependant, il est des hypothèses où les juges, exceptionnellement, entendent corriger une répartition des charges qu'ils jugent trop inéquitable. Bien entendu, ils ne peuvent reconnaître une obligation de contribution entre concubins identique à celle de l'article 214, aussi est-il ajouté une condition supplémentaire : la contribution excessive aux frais de la vie courante⁹³⁸. Du point de vue de l'enrichissement injustifié, l'excès est une condition pourtant peu pertinente. En effet, l'excès incite à se pencher sur la seule situation du concubin demandant une indemnité, et non sur l'enrichissement effectif de son partenaire qui ne peut être déduit de la seule contribution excessive du demandeur. Certes, il pourrait être argué qu'une contribution excessive de l'un correspond à un enrichissement de l'autre, qui a de ce fait insuffisamment contribué aux charges du ménage. Cependant, cela revient tout de même à supposer qu'il existe entre concubins un devoir « allégé » de contribution aux charges de ménage, afin de pouvoir quantifier l'excès. Il n'est donc pas question d'appliquer cette action sans prendre en compte la situation de couple, ce qui devrait pourtant être le cas si la jurisprudence s'en tenait à une appréciation orthodoxe de l'action

⁹³⁷ Civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, arr. préc., « aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de la vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées ». Il est intéressant de noter l'utilisation de l'enrichissement sans cause par les juges du fond dans cette affaire. La cour d'appel avait accordé l'action *de in rem verso* sur la simple constatation qu'il n'y avait aucune autre action valable et avait ainsi condamné le concubin à rembourser la moitié des dépenses engagées par sa concubine pendant la cohabitation !

⁹³⁸ L'expression est toujours la même, voir pour une utilisation récente : Civ. 1^{re}, 1^{er} fév. 2017, n°16-12.744.

d'enrichissement injustifié. L'objectif des juges est en réalité assez clair et consiste à répartir équitablement les dépenses du couple en fonction des revenus des concubins.

263. Une illustration du détournement de l'action d'enrichissement injustifié. Cette impression est confortée par une étude des arrêts d'appel. Celle-ci révèle que les juges regardent avant tout s'il existe une disproportion de revenus entre les concubins ou si la partie demanderesse est dans une situation précaire⁹³⁹. Ainsi, le fait qu'un concubin supporte seul le remboursement d'un prêt immobilier finançant le logement commun, jusqu'à la rupture, n'est pas jugé excessif, car « compte tenu de la forte disproportion de revenus entre M. X, chirurgien-dentiste, et Mme Y, simple assistante dentaire, il n'était pas anormal (*sic*) que le premier supporte l'intégralité des échéances d'emprunts immobiliers »⁹⁴⁰. En revanche, l'action est accordée pour le remboursement du prêt ayant servi à acquérir une voiture, dont la concubine était seule propriétaire⁹⁴¹. Les raisons de cette décision se devinent aisément. Le prêt finançant la construction de la maison familiale sur le terrain de la concubine est une dépense ayant servi aux deux concubins, au moins jusqu'à la rupture. Il ne paraît ainsi pas inéquitable, du moins pour les juges, de laisser ces échéances au seul concubin plus fortuné. Comme pour les époux, la contribution se fait en proportion des facultés respectives des concubins. Contrairement au mariage, en revanche, l'objectif n'est pas d'apporter une égalisation des conditions de vie entre concubins, aussi la concubine est-elle tenue de rembourser à son concubin le prix de la voiture dont elle seule bénéficie. L'action d'enrichissement injustifié sert donc ici de substitut à l'absence d'obligation spécifique de contribuer aux charges du concubinage, les critères empruntés étant relativement similaires, quoique plus exigeants⁹⁴², que ceux utilisés pour l'obligation

⁹³⁹ Ainsi les juges ont accordé l'action *de in rem verso* au concubin qui avait reversé une partie de ses indemnités sur un compte joint devenu individuel, à la suite de la rupture. Les juges mettent en avant le fait que demandeur ne vivait désormais qu'avec une faible pension de 633 euros par mois (CA Bastia, 30 janv. 2013, n°06/01230), un pourvoi a été formé contre cet arrêt mais il fut rejeté par la Cour de cassation (Civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n°14-13.449).

⁹⁴⁰ CA Colmar, 18 mars 2016, n°14/03014.

⁹⁴¹ Même arrêt.

⁹⁴² Les juges veillent tout de même à ne pas avantager les concubins par rapport aux époux, même séparés de biens. Il ne faudrait pas faire du concubinage un « quasi-mariage », où bien que les concubins n'aient pas souhaité se marier, le droit leur appliquerait le régime du mariage. Cet aspect peut expliquer la jurisprudence chaotique, les juges étant tiraillés par le fait de ne pas accorder aux concubins les mêmes avantages que le mariage, tout en essayant de régler les suites de la séparation. Ainsi, comme le note le professeur Chénéde, la jurisprudence se montre bien moins exigeante à l'égard d'un époux qui a financé l'acquisition d'un immeuble appartenant en propre à son conjoint, le simple fait que l'immeuble serve d'habitation familiale n'étant pas un élément permettant d'écarter la demande en paiement d'une créance (F. CHENEDE, Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage », D.2010.718s).

de contribution aux charges du mariage⁹⁴³. Il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de suivre la jurisprudence en la matière, la Cour de cassation ayant pu rendre des décisions quelque peu contradictoires en raison de l'appréciation souveraine laissée aux juges du fond⁹⁴⁴.

264. Des décisions contradictoires. Une illustration de cette contradiction peut être trouvée dans deux affaires ayant donné lieu à deux arrêts rendus le même jour, par la même chambre, pour des faits très similaires. Dans les deux espèces, un concubin avait financé les travaux de rénovation de l'immeuble appartenant à son partenaire, mais servant de lieu commun d'habitation au couple. Dans les deux cas il y a rejet du pourvoi, alors que l'un des arrêts d'appel faisait droit à la demande en raison des frais exceptionnels engagés par le concubin et que, l'autre, au contraire, excluait l'enrichissement sans cause au motif qu'il y avait un intérêt personnel du concubin financeur⁹⁴⁵. Il avait pourtant été jugé que dans les deux cas il existait un enrichissement du concubin propriétaire de l'immeuble, et dans les deux cas, les deux concubins vivaient dans le logement... Ces arrêts du 24 septembre 2008 démontrent que la condition de l'absence de cause⁹⁴⁶ est avant tout un instrument permettant d'accorder ou de refuser une indemnité, selon que les juges estiment le demandeur digne de protection ou non. La Cour de cassation n'exerce aucun contrôle particulier sur ce qui peut constituer une intention libérale ou un intérêt personnel de l'appauvri, puisqu'elle renvoie systématiquement à l'appréciation souveraine des juges du fond. Il peut paraître étonnant que la Cour de cassation refuse tout contrôle alors qu'il s'agit d'une condition essentielle de l'action et qu'elle semble davantage relever du droit que du pur fait. Cela ne fait toutefois qu'accréditer l'idée que l'enrichissement sans cause (et maintenant l'action d'enrichissement injustifié) n'est gouverné par aucune règle précise et se trouve, en grande partie, abandonné au sentiment d'équité des juges du fond. L'inconvénient est de faire de l'enrichissement injustifié une notion vide de toute substance et nécessairement limitée aux cas marginaux. Une telle conception rend impossible tout effort de systématisation à tel

⁹⁴³ Pour une systématisation des solutions jurisprudentielles voir toutefois J. GARRIGUES, *Droit de la famille*, 2^e éd., Hypercours, Dalloz, 2018, n°653. L'auteur estime ainsi qu'un concubin ne pourra jamais voir sa demande accueillie sur le terrain de l'enrichissement sans cause pour des dépenses ordinaires.

⁹⁴⁴ Ce qui n'incite pas non plus les juges du fond à motiver avec détails les décisions, sur ce point voir F. CHENEDE, art. préc.

⁹⁴⁵ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, *Bull.* 2008, I, n° 211; Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, *Bull.* 2008, I, n° 212.

⁹⁴⁶ Il semble que le contrôle de la Cour de cassation sur cette condition d'absence de justification (ancienne absence de cause) soit irrégulier. Tantôt elle contrôle cette condition, en particulier lorsqu'il s'agit de vérifier qu'un contrat ne justifie pas l'enrichissement, tantôt elle l'abandonne aux juges du fond, notamment lorsqu'il s'agit de caractériser une intention libérale ou un intérêt personnel de l'appauvri. Cette condition n'est à vrai dire pas uniforme et recouvre plusieurs éléments, sur cet aspect voir *infra* n° 338s.

point que Béguet, qui avait consacré sa thèse à l'enrichissement sans cause, souhaitait sa disparition pure et simple⁹⁴⁷ ! Nous avons néanmoins la faiblesse de penser qu'il est possible de forger une catégorie cohérente à partir de l'enrichissement injustifié. Cela suppose toutefois de se défaire de la conception actuelle qui tend à associer l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats pour n'en faire *in fine* qu'une courroie de transmission de l'équité. Ce n'est malheureusement pas le parti pris par la récente ordonnance du 10 février 2016.

II : Les ambiguïtés de l'ordonnance du 10 février 2016

265. Une réforme *a minima*. Le moins que l'on puisse dire est que les quasi-contrats n'ont pas été au cœur de la réforme du droit des obligations. Ce faible intérêt est déjà révélé dans le titre de l'ordonnance du 10 février 2016, qui ne comporte même pas le terme de quasi-contrat⁹⁴⁸. Il est tout de même piquant de constater qu'à l'heure où la modernité est constamment mise en avant comme un objectif primordial, l'ordonnance maintient malgré tout cette catégorie juridique désuète que la plupart de nos voisins ont abandonnée sans grand regret⁹⁴⁹. De manière peu surprenante, la réforme n'a pas apporté de nombreuses modifications par rapport au droit positif antérieur⁹⁵⁰. En ce domaine, sa principale innovation sur le fond, la nouvelle définition de l'article 1300, n'aura probablement que de faibles conséquences (A). Toutefois, l'analyse de l'ordonnance serait incomplète s'il n'était pas également fait mention du nouveau chapitre consacré aux restitutions, dont les liens avec l'enrichissement injustifié sont insuffisamment soulignés (B).

A) Une nouvelle définition des quasi-contrats

266. Un fait purement volontaire et profitable. Le nouvel article 1300 du Code civil définit les quasi-contrats comme « des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de

⁹⁴⁷J.-P. BEGUET, *L'enrichissement sans cause*, th. Alger, 1945, p.294, « bien des causes d'insécurité disparaîtraient d'un droit assez rompu aux rapports sociaux pour se passer d'une équité absolue ».

⁹⁴⁸ Le titre est ainsi formulé : Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ».

⁹⁴⁹ C'est le cas des Codes civils italien, suisse et québécois (v. J.-S. BORGHETTI, art. préc., p.793, note 6), c'est également le cas du droit néerlandais et bien entendu du droit anglais.

⁹⁵⁰ Sur le peu de changements qu'il faut espérer avec la réforme, voir R. LIBCHABER, « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine*, n°258, mai 2016 ; voir aussi l'article du professeur Descheemaeker, qui fait également une comparaison avec le droit allemand et le droit anglais : E. DESCHEEMAEKER, « The New French Law of Unjustified Enrichment », *RLR*, Vol. 25 (2017), p.77s.

celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ». Cet article est assez révélateur de l'embarras que peut provoquer cette catégorie. Le droit français n'ayant pas franchi le cap de l'autonomie de l'enrichissement injustifié par rapport aux quasi-contrats, il tente de trouver une position intermédiaire en fondant tous ces derniers sur l'idée d'un fait qui profite à un tiers. Cette volonté de trouver un minimum de cohérence est malheureusement vouée à l'échec tant que la finalité de l'enrichissement injustifié n'est pas véritablement étudiée et que les quasi-contrats ne correspondant pas à cette idée ne sont pas rangés dans la catégorie des autres sources d'obligation, à l'instar de la gestion d'affaires. Malheureusement, comme l'attention s'est essentiellement, et de manière compréhensible, portée sur le droit des contrats, aucune réflexion approfondie ne paraît avoir été menée sur cet aspect. Aucune disposition du Code apporte le moindre élément sur ce qu'il convient d'entendre par un fait qui profite à un tiers sans y avoir droit, ni ne donne de définition de l'enrichissement. Étant donné que ni la doctrine, ni la jurisprudence ne définissent réellement ces termes, il n'y a aucune amélioration à attendre de ce côté. Il ne serait pourtant pas nécessaire d'adopter une définition extrêmement précise et rigide, il suffirait avant tout de mettre en avant la finalité de cette source d'obligation pour identifier ce qu'il convient d'intégrer dans cette catégorie et ce qu'il convient d'exclure. Il serait sans doute possible de gloser sur l'utilisation, à l'article 1300, du terme de profit et non d'enrichissement. Faut-il y voir une nuance, le profit devant s'entendre de manière plus extensive que l'enrichissement ? La réponse est vraisemblablement négative, et il convient de considérer les deux termes comme synonymes, faute de précision supplémentaire. Reste à savoir si cette définition va produire l'effet tant escompté, c'est-à-dire apporter davantage de cohérence et exclure les cas limites, comme celui des loteries publicitaires⁹⁵¹.

267. Une définition très extensive. Au regard des affirmations précédentes, il est permis d'avoir de sérieux doutes, et il est probable que la logique « fourre-tout » des quasi-contrats ait encore de beaux jours devant elle. Bien qu'il n'ait aucune portée normative, le rapport au Président de la République, qui accompagne l'ordonnance, est assez révélateur de la volonté de laisser un grand pouvoir d'appréciation aux juges. Il est ainsi affirmé que « cette définition est suffisamment souple pour permettre au juge, le cas échéant, d'appréhender des comportements qui devraient entraîner des obligations d'indemnisation à la charge de

⁹⁵¹ En ce sens, voir F. CHENEDE, « Les quasi-contrats », *JCP G* suppl. n°21, mai 2015, p.60s., spéc. p.62.

leurs auteurs, en dépit du silence de la loi »⁹⁵². Cet appel ne manquera certainement pas d'être entendu par des juges, qui n'ont généralement pas besoin de la permission du législateur pour consacrer de nouvelles obligations. Cette souplesse se retrouve d'ailleurs dans la rédaction de l'article 1300 qui continue de faire référence à des « faits purement volontaires », à l'instar de l'ancien article 1371. Le maintien de cette expression est d'ailleurs assez curieux, puisqu'elle est davantage source d'ambiguïtés que de clarté⁹⁵³. Par le passé cette expression s'est montrée dépourvue de toute substance et a notamment été utilisée dans le contentieux des loteries publicitaires.

268. L'omission du fait licite. L'autre élément surprenant est l'absence de référence au fait licite, le quasi-contrat supposant traditionnellement que le fait du demandeur ne soit pas illicite, par opposition aux délits. En effet, l'article 1300 mentionne uniquement le fait « purement volontaire » et profitable. Cette omission peut être interprétée comme une volonté de ne pas cantonner les quasi-contrats aux seuls faits licites, la mention « sans y avoir droit » pouvant être à cet égard assez ambiguë⁹⁵⁴. Certes, cette expression est plus générale que la notion d'illicéité. Mais si le fait de profiter « sans y avoir droit » n'implique pas nécessairement qu'il s'agisse d'un fait illicite, un fait illicite profitable sera *a fortiori* inclus dans cette expression. Un plaideur pourrait, en effet, difficilement prétendre avoir un droit sur un profit obtenu de manière illicite⁹⁵⁵.

269. Le fait profitable : une fausse limite. La mention d'un fait profitable pourrait-elle cependant suffire à délimiter plus raisonnablement les frontières du quasi-contrat, en évitant les excès passés ? Probablement pas. Il n'est ainsi pas impossible de voir un fait profitable dans le fait d'organiser des loteries publicitaires. En effet, le nouvel article 1300 indique seulement que le défendeur doit profiter de ce fait purement personnel, mais cela n'implique pas nécessairement que ce profit se fasse aux dépens du demandeur, que celui-ci se soit

⁹⁵² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Sous-titre III Autres sources d'obligations.

⁹⁵³ Voir *supra* n° 218.

⁹⁵⁴ Ce qui ne serait pas improbable au regard des incertitudes entourant les limites de l'illicéité et un certain penchant à caractériser aisément un fait illicite. Par ailleurs, on peut douter de la pertinence de ce critère pour délimiter l'enrichissement injustifié avec la responsabilité civile. Le professeur Chénéde estime également qu'il « est aujourd'hui certain que la distinction du quasi-contrat et du délit ne passe pas par l'opposition du licite et de l'illicite » (F. CHENEDE, th. préc., p. 324).

⁹⁵⁵ En particulier si l'on définit l'illicite comme ce qui est contraire au droit (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 13^e ed., P.U.F., 2020, V° *Illicite*, n°3).

appauvri ou encore que le profit provienne directement de lui. Ainsi, les organisateurs de telles loteries ont bien entendu un avantage pécuniaire à réaliser de telles opérations, ne serait-ce qu'en faisant entrer de nouveaux clients dans leurs fichiers⁹⁵⁶ ou, mieux, en obtenant également une commande⁹⁵⁷. La seule objection qu'il est possible de soulever est que le profit n'est en ce cas que potentiel, du moins si le bon de participation n'a pas été renvoyé, car la Cour de cassation ne subordonne pas l'obligation de délivrance du gain au renvoi de ce bon⁹⁵⁸. Cela sera-t-il suffisant pour mettre fin au recours aux quasi-contrats dans cette hypothèse ? Au regard de la constance de la jurisprudence depuis 2002, son abandon paraît peu probable. Au-delà des loteries publicitaires, l'exigence d'un fait profitable ne devrait pas restreindre de beaucoup cette catégorie étant donné que le terme de profit sera très certainement apprécié avec la même souplesse que la notion d'enrichissement. Il suffira ainsi pour les juges de caractériser un simple avantage évaluable en argent, ce qui, à l'heure où il est possible d'évaluer monétairement tous les préjudices extrapatrimoniaux, ne devrait pas constituer une barrière insurmontable. Cette exigence risque ainsi d'être purement rhétorique, les juges du fond courent tout au plus le risque d'une cassation disciplinaire s'ils ne caractérisent pas formellement ce fait profitable. La nouvelle définition n'apportera donc pas, en elle-même, de véritables limites à la catégorie de quasi-contrat⁹⁵⁹.

270. Une liste non exhaustive et l'absence de régime commun. Si la définition, bien qu'accueillante, ne servait que d'introduction pour présenter les trois seuls quasi-contrats régis par le Code, cette définition extensive n'aurait que peu d'incidence. Une lecture rapide de l'alinéa 2 de l'article 1300 pourrait au demeurant laisser penser que la catégorie des quasi-contrats est dorénavant fermée⁹⁶⁰. En effet, il paraît inutile de lister les trois quasi-contrats du Code si cette liste n'a pas un caractère exhaustif, car sinon il serait plus pertinent d'affirmer expressément qu'il existe d'autres quasi-contrats que ceux mentionnés dans ce

⁹⁵⁶ Ces fichiers ayant en soi une valeur pécuniaire, cette valeur augmentant avec le nombre de personnes inscrites sur ces fichiers.

⁹⁵⁷ R. LIBCHABER, art. préc., n°3 ; D. FENOUILLET, art. préc.

⁹⁵⁸ Civ. 1^{re}, 19 mars 2015, *Bull.* 2015, I, n°67, n°13-27.414.

⁹⁵⁹ Voir cependant *contra* F. CHENEDE, art. préc., qui estime que la réforme a purgé la catégorie quasi-contractuelle de son inconsistance passée, en adoptant la conception du quasi-contrat centrée sur un fait profitable.

⁹⁶⁰ Article 1300 al. 2 : « Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié ».

sous-titre⁹⁶¹. Au demeurant, à partir du moment où l'enrichissement injustifié est désormais consacré, il devrait être inutile de recourir à d'autres quasi-contrats, en tout cas si cette action est considérée comme le principe et le fondement de tout quasi-contrat. Pourtant, en dépit de la règle qui voudrait que l'on interprète une norme dans le sens qui lui confère un effet utile, il semble bien qu'ici le contraire s'impose. Le rapport au Président est sur ce point plus explicite que le texte et affirme que « l'énumération non exhaustive des quasi-contrats dans le second alinéa implique qu'il puisse exister des quasi-contrats innommés, dont le régime juridique n'est pas prévu par le Code civil ». Nul doute que cette invitation sera très bien accueillie par la jurisprudence qui n'hésitera pas à en faire bon usage lorsqu'elle l'estimera opportun. Cet article est donc en grande partie inutile et soulève davantage de questions qu'il n'apporte de réponses⁹⁶². Le recours aux quasi-contrats innommés n'a pourtant pas grand sens⁹⁶³. Là encore, la réforme n'a pas tranché entre la logique contractuelle et traditionnelle des quasi-contrats et celle de la conception « moderne » autour de l'enrichissement injustifié. Mais cette souplesse est d'autant plus critiquable que la définition du quasi-contrat ne permet pas d'appréhender les faits susceptibles d'être qualifiés de quasi-contrat. De plus, les dispositions du Code ne prévoient aucun régime commun à tous les quasi-contrats, le rapport au Président laissant implicitement entendre que les juges seront libres de choisir le régime juridique applicable⁹⁶⁴. En somme, non seulement les juges peuvent découvrir de nouveaux quasi-contrats de manière relativement aisée et imprévisible, mais en plus ils sont entièrement libres d'en dessiner le régime applicable ! Il n'est pas interdit d'être quelque peu sceptique face à ces « innovations », en particulier lorsque la lisibilité et l'accessibilité du droit font partie des objectifs possibles affichés de la réforme...

271. Un moyen détourné de reconnaître des dommages et intérêts punitifs ?

Paradoxalement, alors que cette nouvelle définition aurait pu avoir pour objectif de restreindre quelque peu la catégorie des quasi-contrats, elle risque bien au contraire de

⁹⁶¹ La majorité des commentateurs de la réforme retiennent l'interprétation inverse, à savoir que le nouvel article 1300 al. 2 sous-entend que la liste n'est pas exhaustive, voir notamment F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, 2^e éd., 2018, n°131-30 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., 2018.

⁹⁶² En ce sens voir notamment J.-S. BORGHETTI, art. préc., spéc. p.793, qui souligne que l'article ne permet pas de prédire quel fait est susceptible d'entraîner la création d'un quasi-contrat, l'ajout de l'exigence du fait profitable n'apportant pas beaucoup d'éclaircissements. Sur l'inutilité de l'article 1300 voir également G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n°703 et 704.

⁹⁶³ Pour les critiques sur cette notion voir *supra* n° 248.

⁹⁶⁴ Voir en ce sens G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n°703.

mettre en lumière certaines utilisations potentielles du quasi-contrat qui n'avaient pas, ou peu, été envisagées auparavant. En insistant à ce point sur le fait qui profite, l'article 1300 pourrait ainsi être utilisé comme un moyen détourné d'introduire des dommages et intérêts punitifs. Étant donné qu'il n'existe pas de liste exhaustive des quasi-contrats, et qu'il suffit de caractériser un fait qui profite à autrui sans droit pour en reconnaître un, cet article pourrait être une invitation indirecte à la reconnaissance d'un tel mécanisme. Rien ne l'empêcherait, puisqu'un quasi-contrat innommé ne serait absolument pas régi par les dispositions relatives aux quasi-contrats nommés, et en particulier par la règle du double-plafond propre à l'action d'enrichissement injustifié. L'absence de règle sur les conditions d'indemnisation laissant par ailleurs une grande marge de manœuvre aux magistrats, ces derniers ne seraient pas tenus de reverser l'intégralité du profit au demandeur, mais pourraient effectuer des gradations et appliquer des règles différentes selon le quasi-contrat innommé en cause. Il est néanmoins possible de faire barrage à une telle utilisation de l'article 1300, à condition d'estimer que les quasi-contrats ont pour fondement un fait licite, malgré le silence et la lettre de l'article 1300 qui laissent plutôt penser le contraire. À moins que la jurisprudence ne soit tentée de reconnaître un fallacieux principe de « non cumul » entre la responsabilité civile et les quasi-contrats, afin d'éviter que ces derniers ne phagocytent la première⁹⁶⁵.

De la même manière, un contractant inexécutant volontairement son engagement contractuel, parce qu'il y trouve un profit, pourrait-il être « quasi-contractuellement » engagé à reverser ce profit à son cocontractant ? Il pourrait être soutenu qu'il s'agit là d'une interprétation large des dispositions du Code civil mais nous voyons difficilement ce qui pourrait, en l'absence de plus de précisions y faire obstacle. Non pas qu'elle nous paraisse souhaitable, mais face à une disposition aussi large et imprécise, la jurisprudence aura les mains entièrement libres. Bien entendu, il n'est pas dit que la jurisprudence fera effectivement usage de l'article 1300 pour arriver à de telles fins. La prudence, dont font souvent preuve les juges, rend hautement improbable une explosion des quasi-contrats dans les années à venir. Néanmoins, il est possible de s'attendre à quelques soubresauts, à l'image des loteries publicitaires ou du quasi-contrat de cession d'entreprise, soubresauts qui risquent d'entraver davantage la quête de cohérence et de lisibilité des quasi-contrats. Ainsi, loin d'apporter les clarifications nécessaires à cette catégorie désuète, le nouvel article

⁹⁶⁵ Sur les liens entre responsabilité et quasi-contrats voir *infra* n° 317s.

charrie son lot d'incertitudes et ouvre de nouvelles possibilités que l'ancienne définition ne pouvait révéler.

B) L'absence de fondement théorique aux restitutions

272. L'absence de définition des restitutions. L'une des innovations de l'ordonnance du 10 février 2016 est d'avoir introduit un chapitre entier consacré aux restitutions⁹⁶⁶. Cette innovation est incontestablement la bienvenue, mais les nouvelles dispositions sont assez ambiguës, l'une des principales difficultés remarquée étant l'absence de fondement précis des restitutions⁹⁶⁷. Bien que le rapport souligne la volonté d'unifier l'ensemble des règles applicables aux restitutions, il n'est cependant pas certain que la source des restitutions soit sans influence sur le régime applicable⁹⁶⁸. Il faut dire qu'en ce domaine les opinions sont particulièrement partagées, en particulier s'agissant des restitutions faisant suite à l'anéantissement rétroactif du contrat⁹⁶⁹. Il semble à peu près certain qu'au regard de la diversité des hypothèses de restitution, qui ne se réduisent pas aux hypothèses prévues par ce nouveau chapitre⁹⁷⁰, il est impossible de toutes les regrouper sous un régime commun⁹⁷¹. Cette diversité tient sans doute également au fait qu'il n'existe pas réellement de définition

⁹⁶⁶ Pour une présentation générale sur ce nouveau chapitre et l'état antérieur du droit voir notamment J. KLEIN, « Les restitutions », *Droit et patrimoine*, n° 258, mai 2016, p. 90-92 et S. PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP G*, 2016, n°24, p.676 s.

⁹⁶⁷ Sur ce point voir notamment M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA* n°096, mai 2016, p.6s. ; S. PELLET, art. préc., p.676.

⁹⁶⁸ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* « Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à s'appliquer à toutes formes de restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, la résolution, la caducité ou encore la répétition de l'indu ».

⁹⁶⁹ Les projets Terré et Catala s'opposent sur ce point, le premier rattachant ces restitutions à la répétition de l'indu (P. REMY, « Des autres sources d'obligations », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2013, p. 37) tandis que le second en fait une catégorie à part rattachée au droit des contrats (Y.-M. SERINET, « Restitution après anéantissement du contrat, art. 1161 à 1164-7 », in P. CATALA (dir.), *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, 2006, p.55s.).

⁹⁷⁰ Les dispositions du Code civil s'agissant notamment des contrats spéciaux n'ayant pas été modifiés par la réforme de 2016, il est toujours possible de retrouver le terme de restitution s'agissant, notamment, du contrat de prêt (article 1900) ou du contrat de dépôt (article 1915).

⁹⁷¹ Pour un panorama des différents cas de restitution voir M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, préf. G. CORNU, th. Paris II, Cujas, 1991, p. 35-37, l'auteur fait notamment une distinction entre les restitutions « normales », prévues par les parties (comme l'usufruit, le prêt, l'exercice du réméré ou la condition résolutoire) et les restitutions « anormales » qui présentent un caractère pathologique, voir également P. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil, Cours de doctorat Paris II 1974-1975*, Les cours de droit, 1975.

unitaire⁹⁷², le seul point commun étant le retour d'un bien (ou de sa valeur) à la personne l'ayant transféré en premier. Les nouvelles dispositions ne donnent cependant aucune définition du terme restitution, mais si l'on s'en tient au sens couramment donné à ce terme, c'est-à-dire comme le retour d'une chose, il est toutefois un cas qui pose difficulté : la « restitution » d'une prestation de service (art. 1352-8 du Code civil). Il paraît pourtant difficile d'accorder le terme de restitution à un cas où la prestation ne peut, même pas conceptuellement, être restituée en nature, dans la mesure où un service ne peut être en lui-même ni échangé, ni transféré. Ce que le créancier cherche à obtenir en ce cas n'est pas la restitution de la valeur du service, mais une rémunération pour un service qu'il n'a pas entendu délivrer gratuitement. Il n'est pas certain que ce cas particulier doive suivre les mêmes règles que les autres cas⁹⁷³. On peut également regretter le fait qu'il n'existe aucune disposition prévoyant l'articulation entre les restitutions et d'autres mécanismes, comme la responsabilité civile⁹⁷⁴.

273. La diversité des causes de restitutions. De manière générale, les nouvelles règles du Code civil ne sont pas très prolixes sur les méthodes d'évaluation, ce qui réduit singulièrement l'intérêt pratique de ces dispositions⁹⁷⁵. Le champ d'application de ces dispositions n'est d'ailleurs pas très clair. Bien entendu, l'absence de définition des restitutions n'arrange pas les choses. De surcroît, le Code n'établit pas une liste des cas donnant lieu à restitution, mais procède par renvoi au chapitre V consacré aux restitutions. Ces renvois sont au nombre de quatre et concernent la nullité (art. 1178), la caducité (art. 1187), la résolution (art. 1229) et la répétition de l'indu (art. 1302-3). Cela signifie-t-il qu'en dehors de ces cas, les dispositions relatives aux restitutions ne peuvent s'appliquer ? Une telle solution serait probablement trop rigoureuse mais il est étonnant que le Code civil ne soit pas plus précis quant au champ d'application. On peut notamment s'étonner que la répétition de l'indu soit le seul quasi-contrat à propos duquel il est fait référence à ces

⁹⁷² Le vocabulaire juridique de l'association Capitant rend bien compte de cette diversité, les restitutions pouvant viser autant le « 1 fait de remettre au propriétaire une chose dont il avait été privé indûment ou involontairement » ou « 2 fait de remettre à qui de droit une chose que l'on doit rendre, mais que l'on ne détenait pas injustement » ou encore plus spécifiquement « 4 opérations de remise en ordre consécutives à l'annulation d'un acte » (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 13^e éd., P.U.F., 2020, V^o *Restitution*). Sur la difficulté à saisir la notion de restitution, en raison de ses différentes applications, voir R. LIBCHABER, « Restitutions et indemnités », *RDC* n°3, 2011, p. 865s.

⁹⁷³ Voir *infra* n° 419.

⁹⁷⁴ Voir sur ce point S. PELLET, « Restitutions et responsabilité : cents fois sur le métier », *RDC* n°2, 2018, p. 201s.

⁹⁷⁵ Voir notamment M. MIGNOT, art. préc., qui note également l'imprécision entourant la manière dont le terme de restitution doit être entendu.

articles, ce qui tend à démontrer que le seul véritable quasi-contrat restitutoire soit la répétition de l'indu⁹⁷⁶. Il est également surprenant d'affirmer de manière péremptoire que les restitutions dues au titre de la nullité, de la caducité, de la résolution et de la répétition de l'indu peuvent être soumises au même corps de règles sans se prononcer, au préalable, sur la conception retenue des restitutions⁹⁷⁷.

274. Les différentes conceptions possibles. Plusieurs conceptions ont déjà été proposées, en particulier par le professeur Pellet, qui observe que la réforme n'a pas clairement tranché entre une conception « mécanique » des restitutions – où il est simplement question de « rendre » la chose ou la prestation – et une conception plus économique dont l'objectif est de remettre les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si l'obligation n'avait pas été exécutée⁹⁷⁸. Seulement, s'il est clair qu'il n'est pas possible de se contenter d'une vision mécanique⁹⁷⁹, la conception économique ne serait sans doute pas elle-même suffisante. Il nous semble ainsi que le problème devrait être traité plus en amont et qu'il est difficile de trancher sur la conception souhaitable des restitutions, sans décider au préalable quel(s) devraient être le ou les fondement(s) des restitutions. Naturellement, l'un des fondements qui avait été envisagé par la doctrine était l'enrichissement injustifié, via sa principale application la répétition de l'indu⁹⁸⁰. Seulement, pour des raisons tenant essentiellement à

⁹⁷⁶ *Contra* L. ANDREU, N. THOMASSIN, *op. cit.*, n°1362, ces auteurs qualifiant l'action d'enrichissement injustifié de quasi-contrat restitutoire au motif qu'elle repose sur une « technique consistant à inverser un transfert de valeur intervenu sans justification ».

⁹⁷⁷ Ainsi le professeur Pellet met en avant les nombreuses incertitudes que soulèvent ces dispositions, assez peu détaillées. En cas de carence, comment combler utilement ces lacunes si la loi n'a pas tranché sur le sens à donner aux restitutions ? (S. PELLET, « Les restitutions et si le dogmatisme avait du bon ? », art. préc.).

⁹⁷⁸ S. PELLET, « Les restitutions et si le dogmatisme avait du bon », art. préc., p. 1171, même s'il est possible de noter une préférence pour la conception plus économique, notamment parce qu'il est dorénavant admis que le demandeur peut obtenir des restitutions lorsque le défendeur a utilisé la chose pendant une certaine période (article 1352-3). En ce sens, S. PELLET, « Proposition de modifications des articles 1352 et suivants du Code civil : les restitutions », *RDC* n°1, 2017, p. 211.

⁹⁷⁹ Sur les inconvénients d'une telle conception, voir les articles du professeur Pellet (S. PELLET, « Les restitutions et si le dogmatisme avait du bon », art. préc. ; « Proposition de modification des articles 1352 et suivants du Code civil »), qui note les potentielles iniquités d'un tel résultat, puisque cela reviendrait à ne pas tenir compte, dans un contexte contractuel, des avantages retirés du contrat. Il faudrait donc combiner ces règles avec celles de la responsabilité civile pour parvenir à un équilibre.

⁹⁸⁰ Voir notamment J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°23. *Contra* C. GUELFUCCI-THIBIERGE, th. préc., n°641s. pour la nullité et T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, th. Paris II, L.G. D. J., 2007, n°918s., pour la résolution. Dans les deux cas, les auteurs notent en particulier le régime inadapté, soit de l'action d'enrichissement injustifié (sans cause à l'époque) en raison essentiellement de la règle du double plafond, et la répétition de l'indu en raison de l'ancien article 1380 qui limitait les restitutions au prix de revente de la chose lorsque l'*accipiens* est de bonne foi (pour une autre interprétation de cette règle et une comparaison avec le *change of position*, voir *infra* n° 333). On peut toutefois noter que l'ancienne règle de l'article 1380 a été retenue par le nouvel article 1352-2 et est donc applicable à toutes restitutions quel que soit le fait générateur. Sur les incertitudes tenant au fondement des

la prescription et à la volonté de ne pas remettre en cause des clauses contractuelles organisant les restitutions, ce fondement avait parfois été écarté⁹⁸¹. Les incertitudes entourant le concept d'enrichissement injustifié n'incitent pas non plus à le retenir comme fondement. Pourtant, les incertitudes qui planent sur l'enrichissement injustifié se retrouvent également en matière de restitutions.

275. La différence entre les restitutions d'une prestation de service et les restitutions d'un bien. Les nouvelles dispositions du Code, tout comme les différentes analyses doctrinales de ces articles, font ressortir une nette différence entre les restitutions d'un bien et les restitutions d'un service. Cette distinction est déjà perceptible en droit anglais, où les règles relatives aux restitutions diffèrent également selon la forme de l'enrichissement⁹⁸². Une disposition en particulier a suscité certaines critiques, l'article 1352-8 qui dispose que les restitutions d'une prestation de service s'évaluent au jour de la fourniture du service. Cette disposition tranche bien sûr avec celles relatives aux restitutions portant sur un bien, puisque celles-ci sont estimées au jour de la restitution (article 1352)⁹⁸³. Pourtant, cette différence est bienvenue, car comme le remarquent certains auteurs, une prestation de service n'a pas la même utilité qu'un bien, elle ne peut être « revendue » et elle ne présente d'utilité qu'au moment où elle est fournie⁹⁸⁴. Il est possible d'ajouter une autre remarque. La solution inverse aurait pour conséquence de réévaluer le montant initialement prévu par les parties, lorsque les restitutions sont consécutives à l'anéantissement d'un contrat⁹⁸⁵. La

restitutions avant la réforme de 2016, voir notamment P. REMY, « Les restitutions dans un système de quasi-contrats : l'expérience française », art. préc.

⁹⁸¹ Dans le fameux arrêt de 2002 (Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, *Bull.* 2002, I, n°218) qui affirme que les restitutions découlent de la seule nullité et non d'un indu, l'enjeu était à l'époque la prescription, qui était alors pour la répétition de l'indu de 30 ans. Depuis la réforme de la prescription, cet enjeu a disparu. S'agissant des clauses organisant les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat, le fondement de la répétition de l'indu ne fait à vrai dire pas obstacle au jeu de ces clauses, voir *infra* n° 511s. sur la possibilité de conclure des conventions organisant les restitutions.

⁹⁸² Voir *supra* n° 95.

⁹⁸³ Pour des critiques sur cette disposition, outre l'article du professeur Pellet (S. PELLET, art. préc.), voir également L. ANDREU, N. THOMASSIN, *op. cit.*, n°1434, les auteurs estimant qu'il était possible et souhaitable d'adopter la solution retenue pour les restitutions d'un bien, puisqu'il serait possible de faire une analogie entre les deux.

⁹⁸⁴ C'est l'un des arguments défendus par O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Lexis Nexis, 2018, p. 946 ; T. GENICON, *th. préc.*, n°943.

⁹⁸⁵ Il faut toutefois mentionner que le risque d'une différence entre le prix convenu dans le contrat et le prix de marché existe aussi lorsque la date d'évaluation est au jour de la fourniture du service, l'article 1352-8 n'indiquant pas qu'il faille tenir compte du prix contractuel. Cependant, il nous semble qu'en dépit de la rédaction très « objective » de l'article, qui incite à ne tenir compte que de la valeur de marché, il est possible de tenir compte du prix prévu dans le contrat, ne serait-ce que parce que l'article n'a pas vocation à

partie devant « restituer » la prestation de service pourrait ainsi être amenée à payer une somme supérieure à celle prévue dans le contrat. Autant, s'agissant d'un bien, si le montant des restitutions est supérieur au prix prévu initialement dans le contrat ce n'est guère choquant, car si le transfert n'avait pas eu lieu, le demandeur aurait profité de la plus-value. En revanche, un service n'a de réelle valeur que dans la mesure où il a été requis, il est donc nécessaire de tenir compte du prix fixé par les parties. Il est toutefois possible de noter que cette règle pose des difficultés dans la plupart des systèmes juridiques. Ainsi, en droit anglais, à l'heure actuelle, la solution de principe est que les *restitutions*, en cas de service, ne tiennent pas compte du prix fixé dans le contrat, car le contrat ne justifie pas les *restitutions*⁹⁸⁶, ce qui peut conduire l'une des parties à payer un prix supérieur à celui qui avait été initialement prévu.

276. Les restitutions portant sur la valeur de jouissance. L'article 1352-3 apporte une solution nouvelle à une hypothèse qui a provoqué de nombreuses hésitations jurisprudentielles en disposant que les restitutions incluent la valeur de jouissance de la chose⁹⁸⁷. Cette solution risque cependant de créer de nombreuses difficultés, d'une part en raison de la généralité de la solution et, d'autre part, parce que la restitution de la valeur de jouissance peut être confondue avec la restitution d'une prestation de service, lorsque le contrat accorde précisément la jouissance d'un bien à une partie, comme le contrat de bail. La généralité de la solution est d'autant plus problématique que l'inclusion de la valeur de jouissance dans les restitutions ne va en réalité pas de soi et participe de l'idée que tout ce qui peut être appréhendé comme une valeur économique doit pouvoir être restitué et ce, afin, de permettre un retour à un équilibre⁹⁸⁸. Cette solution serait justifiée par symétrie avec la solution retenue pour la restitution des fruits de la chose. Si les fruits peuvent être restitués, la valeur de jouissance devrait l'être également car les deux participeraient de la

s'appliquer qu'aux seules restitutions faisant suite à l'anéantissement d'un contrat, d'où l'absence de mention à un prix prévu dans le contrat.

⁹⁸⁶ Voir *supra* n° 178.

⁹⁸⁷ Pour un retour sur la jurisprudence voir notamment O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.935-936, le contentieux s'est surtout cristallisé à propos du contrat de vente (est-il possible de demander des restitutions représentant la valeur de jouissance, lorsque l'acquéreur a joui pendant un temps du bien vendu, avant l'anéantissement du contrat de vente ?) et du contrat de bail, lorsque le contrat est anéanti.

⁹⁸⁸ Voir notamment R. WINTGEN, « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif », *Deffrénois*, n°10, 2004, p. 692 ; T. GENICON, « Les conséquences de la résolution pour inexécution : la question de l'indemnité d'usage de la chose restituée », *RDC* n°2, 2008, p. 255s. ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, T. 2, *L'objet et la cause – la nullité*, 4^e éd., 2013, n°2900.

jouissance de la chose. De plus l'effet rétroactif de l'anéantissement commanderait la restitution de la valeur de jouissance, car la jouissance de la chose serait devenue indue et le défendeur se trouverait dans une situation similaire à celle de l'occupant sans droit ni titre qui doit de ce fait débiteur d'une indemnité d'occupation⁹⁸⁹.

Ces arguments peuvent être réfutés. Premièrement, la restitution des fruits ne se justifie pas vraiment par l'idée de jouissance de la chose, mais bien par l'idée qu'ils devraient revenir au demandeur en tant qu'excroissance de la chose sur laquelle il avait un droit exclusif et par le fait que la possession des fruits par le défendeur crée un enrichissement injustifié⁹⁹⁰. En cas de simple jouissance du bien, le défendeur ne s'est approprié aucun profit devant en principe revenir au demandeur. De plus, il est difficile de voir une réelle privation de la part du demandeur qui a précisément conclu un contrat soit pour disposer définitivement de la chose, soit pour conférer la jouissance à un tiers (ce qui démontre qu'il n'entendait pas user de la chose). Ce qui permet d'ailleurs de différencier cette situation de celle de l'occupant sans droit ni titre, où le propriétaire de la chose n'a jamais entendu renoncer à son droit d'user de la chose, l'occupant s'étant fautivement et sans autorisation approprié la chose d'autrui⁹⁹¹. Nous l'étudierons plus en détail ultérieurement, mais si la restitution de la valeur de jouissance a parfois été autorisée en jurisprudence, cela concernait essentiellement des contrats portant sur l'utilisation de la chose, les restitutions revenant en réalité à accorder l'exécution partielle du contrat⁹⁹².

Par ailleurs, l'autre difficulté tient à la distinction de ces restitutions avec la restitution d'une prestation de service, lorsque le contrat porte précisément sur la jouissance de la chose. Il ne s'agit pas simplement d'une redondance regrettable, car le Code prévoit un mode de calcul différent selon le cas et notamment, la date d'évaluation est différente. Alors que pour la valeur de jouissance, le juge doit statuer « au jour où il se prononce » (article 1352-3 alinéa 2), pour la restitution d'une prestation de service, il doit se placer à la date à laquelle la prestation a été fournie (article 1352-8)⁹⁹³. Cette différence peut évidemment être

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ Voir *infra* n° 397s.

⁹⁹¹ L'indemnité d'occupation est ainsi davantage fondée sur une idée de responsabilité que celle de restitution ; dans le cas d'occupation non autorisée, il est possible de voir un préjudice pour le propriétaire qui n'a jamais renoncé à l'utilisation, même temporaire, de son bien, ce qui n'est pas le cas lorsqu'un propriétaire a conclu un contrat sur l'un de ses biens.

⁹⁹² Sur cet aspect voir *infra* n° 392.

⁹⁹³ En ce sens L. ANDREU, N. THOMASSIN, *op. cit.*, n°1434.

importante dans un contrat de bail, notamment si les loyers ont augmenté entre le moment où le locataire profite des locaux et le moment où le juge statue, ce qui est assez fréquent. Face à cette difficulté, il est possible d'affirmer que la jouissance est englobée dans la notion de prestation de service et qu'à partir du moment où il s'agit de la prestation principale, ce cas devrait entrer dans le champ d'application de l'article 1352-8⁹⁹⁴. Il est également possible d'estimer que l'article 1352-3 visant une hypothèse plus spécifique, ce cas devrait être soumis à ce dernier article⁹⁹⁵.

277. Les hésitations sur le montant des restitutions. Une autre difficulté, qui emporte souvent le rejet de l'enrichissement injustifié comme fondement des restitutions, porte sur le montant des restitutions. Deux éléments expliquent tout particulièrement ce rejet. D'une part, l'exigence d'un appauvrissement, qui serait commune à tous les quasi-contrats et pas seulement à l'action d'enrichissement injustifié, conduit généralement à écarter tant cette dernière action que la répétition de l'indu, afin de ne pas amoindrir les restitutions dues⁹⁹⁶. D'autre part, ces deux actions accordent un rôle trop important à la bonne et à la mauvaise foi, ce qui ne s'érigerait pas au mécanisme plus objectif des restitutions⁹⁹⁷. Ces critiques mettent en avant les lacunes du régime actuel de l'enrichissement injustifié, plus qu'elles n'évincent l'enrichissement injustifié comme fondement potentiel des restitutions. Il n'est pas question d'affirmer que toute restitution est nécessairement fondée sur l'enrichissement injustifié, mais cette dernière source semble avoir un rôle à jouer et il est intéressant de constater que les mêmes difficultés peuvent se retrouver à la fois à propos de l'enrichissement injustifié et des restitutions⁹⁹⁸. Il faut dire que l'enrichissement injustifié et les restitutions partagent des finalités communes, en particulier si l'on compare avec la répétition de l'indu. Si l'on

⁹⁹⁴ Position notamment soutenue par O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.825.

⁹⁹⁵ Les professeurs Chantepie et Latina envisagent ainsi le cas des restitutions consécutives à l'anéantissement d'un bail, s'agissant de la prestation du bailleur, sous l'article 1352-3 (G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, p.910).

⁹⁹⁶ Voir C. GUELFUCCI-THIBIERGE, th. préc., n°652-654, qui estime ainsi que l'ancien article 1380 n'est que la preuve que la répétition de l'indu est une application de l'enrichissement sans cause. Voir également T. GENICON, th. préc., n°920. Pour une autre interprétation de cet article et du nouvel article 1352-2.

⁹⁹⁷ T. GENICON, th. préc., n°920 qui note plus précisément que les articles (ancien) relatifs à la bonne ou mauvaise foi ne se prêtent guère à une situation où le transfert est devenu indu, puisqu'ils supposent que l'*accipiens* avait connaissance du caractère indu au jour de la réception. Les nouveaux articles relatifs aux restitutions accordant également un rôle non négligeable à la bonne ou mauvaise foi, ces critiques ont été reprises par certains pour affirmer que ces nouvelles dispositions ne sont pas adaptées à un cas où le transfert est devenu indu (voir O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.919s.).

⁹⁹⁸ C'est précisément en raison de son caractère « objectif » qu'il est possible de remettre en cause la condition d'appauvrissement et le rôle de la bonne ou mauvaise foi, pour les critiques sur ces conditions voir *infra* n° 306s. et n° 332s.

met de côté le cas des restitutions dues par un incapable, justifiées par d'autres impératifs⁹⁹⁹, et celui des services, les autres cas de restitutions répondent tous à une logique commune de corriger le transfert vicié d'un bien et de le rendre à son légitime titulaire. Dès lors, il est permis de penser qu'en approfondissant davantage l'analyse de l'enrichissement injustifié, il serait également possible de régler certaines difficultés présentes en droit des restitutions. Il est en tout cas intéressant de noter que la principale source d'inspiration de ce nouveau chapitre V du Code civil a été la répétition de l'indu, plusieurs règles des anciens articles 1376 à 1381 du Code civil ayant été reprises pour forger les règles communes à toutes les restitutions.

*

* *

278. Conclusion du chapitre II. L'enrichissement injustifié devait être le fondement qui devait apporter une cohérence et une unité aux quasi-contrats. Le résultat ne fut malheureusement pas à la hauteur des espérances. Les quasi-contrats n'ont toujours pas un domaine très clair et il n'existe pas de règles générales gouvernant cette source d'obligation. Le principal défaut n'est pas tant que l'enrichissement injustifié n'a apporté aucun changement à la catégorie de quasi-contrat, mais plutôt que le rattachement de l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats a empêché l'élaboration d'un véritable concept d'enrichissement injustifié. L'incohérence originelle des quasi-contrats a rejailli sur l'enrichissement injustifié. Il n'est tout simplement pas possible de construire une source d'obligation rationnelle à partir des deux quasi-contrats d'origine (gestion d'affaires et répétition de l'indu), car ils répondent tous deux à des logiques irréconciliables. Ainsi, la volonté de trouver coûte que coûte un fondement capable d'englober les deux ne pouvait qu'aboutir à la formation d'un concept vague, sans réelle substance. L'enrichissement injustifié n'est donc qu'un vague concept d'équité qui n'apporte pas de réelle clarification sur la catégorie dont elle est censée être le fondement. Du fait de l'excessive généralité de la conception actuelle de l'enrichissement injustifié, la jurisprudence n'a pas véritablement évolué et les contours des quasi-contrats demeurent toujours aussi difficile à tracer. La Cour de cassation n'a jamais fait sienne l'affirmation selon laquelle tout quasi-contrat est fondé sur l'enrichissement injustifié. Il est ainsi possible de trouver de temps à autre de nouveaux

⁹⁹⁹ Essentiellement la protection de la personne vulnérable, d'où le fait que celle-ci n'ait qu'à restituer ce qui lui reste et non ce qu'elle a reçu.

quasi-contrats qui ne répondent pas du tout à une hypothèse d'enrichissement injustifié. Les quasi-contrats sont alors surtout utilisés afin de sanctionner un comportement ou le non-respect d'un engagement donné, comme pour les loteries publicitaires, ou le quasi-contrat de cession d'entreprise. Les magistrats se montrent cependant relativement prudents et n'utilisent qu'avec parcimonie les quasi-contrats, lorsqu'aucune autre source ne leur paraît plus adéquate. Cet état ne devrait pas changer après l'ordonnance du 10 février 2016, la réforme n'ayant pas apporté beaucoup de clarifications et la nouvelle définition des quasi-contrats ne devraient pas restreindre de beaucoup la catégorie.

279. Conclusion du sous-titre I. L'enrichissement injustifié peine encore à trouver sa place en droit français et il est difficile de déterminer avec précision ce que recouvre exactement l'enrichissement injustifié. Ce domaine incertain se comprend aisément au regard de l'évolution particulièrement complexe et non linéaire de l'enrichissement injustifié. Alors que l'enrichissement injustifié n'était pas encore bien connu des juristes au début du XIX^e, les auteurs, sous l'influence de Pothier, ont commencé à utiliser la maxime de Pomponius pour étendre la gestion d'affaires à des cas où le gérant n'avait aucune intention altruiste. Il n'y avait aucune volonté réelle, à l'époque, de créer une action visant à restituer un enrichissement, il s'agissait simplement d'accorder une indemnité à une personne qui avait réalisé une dépense qui avantageait un autre. Lorsque l'enrichissement injustifié deviendra dans l'air du temps, à la fin du XIX^e, la théorie de la gestion d'affaires sera réutilisée pour construire l'action d'enrichissement sans cause (aujourd'hui action d'enrichissement injustifié). L'originalité du droit français est donc de partir de la gestion d'affaires pour construire son action générale d'enrichissement injustifié, alors que la gestion d'affaires est initialement une action purement indemnitaire, qui n'a pas vocation à restituer un enrichissement au demandeur. Toutefois, comme l'enrichissement injustifié n'avait auparavant jamais été associé aux quasi-contrats (le droit romain ne connaissait pas ce concept), la nouvelle action d'enrichissement injustifié fut d'abord majoritairement classée parmi les obligations légales. Ce n'est qu'à la seconde moitié du XX^e qu'elle a été classée parmi les quasi-contrats et qu'un consensus a commencé à émerger sur le fait qu'il s'agissait également du fondement des quasi-contrats. Ce nouveau fondement n'a cependant pas apporté la cohérence souhaitée, bien au contraire. Le rattachement de l'enrichissement injustifié aux quasi-contrats a empêché le développement de cette source d'obligation et a scellé définitivement les liens avec la gestion d'affaires. De ce fait, il n'était pas possible d'obtenir un résultat satisfaisant, car les deux quasi-contrats originels (gestion d'affaires et

répétition de l'indu) n'ont pas la même finalité. Seule la répétition de l'indu a pour objectif de restituer un enrichissement, contrairement à la gestion d'affaires qui a une visée indemnitaire. De surcroît, la répétition de l'indu est un mécanisme « objectif » où le comportement des parties est moins important que la titularité du *solvens* sur l'enrichissement transféré à l'*accipiens* ; alors que la gestion d'affaires n'entend, à l'origine, protéger que le gérant méritant, c'est-à-dire le gérant agissant par altruisme. La conséquence est qu'il n'existe pas à l'heure actuelle de véritable concept d'enrichissement injustifié, qui est réduit à un vague concept d'équité. Cela s'en ressent sur l'état du droit positif, où il est difficile d'établir une ligne directrice. Faute de concept clair, la jurisprudence n'a pas fait sienne la théorie selon laquelle l'enrichissement injustifié serait le fondement de tous les quasi-contrats. La réforme du 10 février 2016 n'entraînera vraisemblablement pas de grands bouleversements en la matière. L'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié explique que ce fondement n'a pas permis de délimiter convenablement les quasi-contrats, dont le champ d'application demeure indéterminé. Cette lacune a également eu une incidence sur le régime de l'enrichissement injustifié, qui est largement incohérent et inadapté à l'objectif poursuivi.

Sous-titre II : Un régime inadapté et incohérent

280. Une conséquence des insuffisances du concept de l'enrichissement injustifié. Si l'enrichissement injustifié est véritablement le fondement des quasi-contrats, en ce cas le régime des différents quasi-contrats devrait être relativement similaire. Or, l'analyse détaillée du régime des trois quasi-contrats (action d'enrichissement injustifié, gestion d'affaires et répétition de l'indu) montre que ce n'est pas le cas. La comparaison des régimes des trois quasi-contrats permet d'ailleurs d'infirmer certaines idées reçues. La première est l'idée que la répétition de l'indu serait le quasi-contrat qui présenterait le moins de différence avec l'action d'enrichissement injustifié, alors que la gestion d'affaires serait un cas plus particulier d'enrichissement injustifié. La réalité serait plutôt l'inverse. La répétition de l'indu présente une véritable particularité par rapport aux deux autres quasi-contrats, ce qui explique d'ailleurs qu'elle n'a jamais été absorbée par l'action d'enrichissement injustifié. À l'inverse, la gestion d'affaires présente une grande proximité avec l'action d'enrichissement injustifié. Cette proximité n'est cependant pas étonnante au regard des origines de l'action d'enrichissement injustifié et la comparaison de ces deux quasi-contrats montre à quel point l'action d'enrichissement injustifié s'est inspiré du régime de la gestion d'affaires. Or, étant donné que la gestion d'affaires ne suit pas une logique d'enrichissement injustifié mais une logique d'indemnisation, il n'est guère surprenant que cette logique d'indemnisation se soit retrouvée dans l'action d'enrichissement injustifié. La conséquence est que le régime de l'action d'enrichissement injustifié est inadapté et peu cohérent par rapport à l'idée que sous-tend le nom de cette action : la restitution d'un enrichissement. Pour mieux le démontrer, il est intéressant de partir des conditions de la prétendue action générale d'enrichissement injustifié et de les comparer avec les conditions des deux autres quasi-contrats. Il est possible de reprendre la distinction fréquemment retenue s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, entre les « conditions économiques » et les « conditions juridiques », pour les étendre à l'ensemble des quasi-contrats, qui sont censés recouvrir le domaine de l'enrichissement injustifié. L'analyse se concentre d'abord sur les « conditions économiques » de l'enrichissement injustifié (Chapitre I) puis sur les « conditions juridiques » (Chapitre II).

Chapitre I : Les « conditions économiques » de l'enrichissement injustifié

281. Des conditions peu étudiées. Sous le vocable de « conditions juridiques » ou de « conditions matérielles », il est fréquent de ranger les conditions d'enrichissement et d'appauvrissement¹⁰⁰⁰. Pourtant, l'appellation de « conditions économiques » ou de « conditions matérielles » interpellent, surtout en comparaison avec les « conditions juridiques » de l'action d'enrichissement injustifié (l'absence de justification et la subsidiarité). Est-ce à dire que les conditions d'enrichissement et d'appauvrissement ne seraient pas des « conditions juridiques »¹⁰⁰¹ ? Ce « déclassement » à de simples conditions matérielles ou économiques est assez révélateur du fait que ces conditions sont relativement peu étudiées. Elles sont pourtant présentées comme des conditions pouvant être retrouvées dans les trois quasi-contrats, et pas seulement dans l'action d'enrichissement injustifié. Ainsi, dans la répétition de l'indu, le *solvens* a perdu la chose transférée, qui constitue aussi l'enrichissement de l'*accipiens*. Dans la gestion d'affaires, le gérant a pu réaliser des dépenses utiles qui profitent au maître. Cette brève présentation est cependant trompeuse et une analyse plus détaillée montre que l'enrichissement et l'appauvrissement ne sont pas appréhendés de la même manière selon les quasi-contrats. Une ligne de démarcation se dessine ainsi entre la répétition de l'indu, d'un côté, et l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires de l'autre. Seule la répétition de l'indu peut, en vérité, se réclamer d'un véritable modèle d'enrichissement injustifié. Elle est la seule action à prendre réellement en compte l'enrichissement, sans recourir par ailleurs à une condition d'appauvrissement, puisque cette action se concentre uniquement sur ce qu'a reçu l'*accipiens*. Au contraire, l'enrichissement est relegué à un second plan dans l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires, surtout en comparaison de l'appauvrissement qui y joue un rôle crucial. Il en résulte que pour deux quasi-contrats sur trois, dont l'action présentée comme générale, l'enrichissement ne joue qu'un rôle mineur. Cet état se répercute naturellement sur la conception de l'enrichissement injustifié et il est

¹⁰⁰⁰ Voir par exemple M.-L. DINH, *L'enrichissement injustifié en droit privé*, th. Rennes I, 2018, n°15 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1304 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°1223.

¹⁰⁰¹ Qu'il y ait une dimension économique dans l'enrichissement et l'appauvrissement ne fait aucun doute, mais c'est également le cas pour le préjudice dans la responsabilité civile. Or, nul ne songe à le présenter comme une « condition économique » par oppositions aux « conditions juridiques ». Le terme de « conditions économiques » semble ainsi un peu maladroit, car il s'agit bien de conditions juridiques au même titre que les autres.

ainsi possible de constater que l'enrichissement est une condition secondaire (Section I), tandis que l'appauvrissement est devenu la condition principale (Section II).

Section I : L'enrichissement, une condition secondaire

282. Le paradoxe du droit positif. L'analyse comparée des trois quasi-contrats révèle un aspect surprenant et relativement peu étudié de cette source d'obligation. L'enrichissement, qui est censé être au cœur de ces trois actions, présente des différences considérables selon l'action en cause. Il faut cependant noter une constante. Cette condition ne fait jamais l'objet d'une étude approfondie que ce soit au niveau de la seule action d'enrichissement injustifié ou en comparaison avec la répétition de l'indu et la gestion d'affaires. Pourtant, cette comparaison permet de révéler les véritables différences entre les quasi-contrats et de revenir sur certaines idées reçues, en particulier l'idée selon laquelle la répétition de l'indu serait une réduction de l'action d'enrichissement injustifié. Une comparaison l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu démontre cependant que les objectifs poursuivis par ces deux actions sont parfaitement distincts. L'enrichissement dans l'action d'enrichissement injustifié s'avère assez artificiel et n'est en réalité utilisé que pour identifier un débiteur – celui qui s'est enrichi - de l'obligation d'indemnisation de l'appauvri. Cette action se révèle ainsi beaucoup plus proche de la gestion d'affaires où l'enrichissement du maître est pourtant indifférent. Pour mieux s'en rendre compte, il faut d'abord analyser les divergences d'appréciation de l'enrichissement entre l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu (I), pour ensuite s'attarder sur la gestion d'affaires et les cas de dépenses épargnées où l'enrichissement est en réalité indifférent (II).

I : La condition d'enrichissement dans l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu

283. Des divergences substantielles. La répétition de l'indu est parfois présentée comme la « forme la plus caractéristique d'enrichissement injuste »¹⁰⁰², ce qui n'est guère étonnant au

¹⁰⁰² F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, n°227. Voir également Y. LOUSSOUARN, « La condition d'erreur du 'solvens' dans la répétition de l'indu », *RTD civ.* 1949.212s., l'auteur estime que si cette action présente une individualité par rapport à la théorie de l'enrichissement injuste, il n'existe aucune différence fondamentale de nature, sa présence isolée dans le Code civil s'expliquant simplement par l'absence de principe général (à l'époque).

regard de l'histoire de cette source d'obligation¹⁰⁰³. Pour autant, cette affirmation ne correspond pas à l'état du droit positif. L'une des plus éclatantes illustrations de la singularité de la répétition de l'indu par rapport à l'action d'enrichissement injustifié réside précisément dans la manière dont l'enrichissement est appréhendé. Il est d'ailleurs étonnant que ces différences ne soient pas plus souvent mises en lumière et que l'ordonnance du 10 février 2016 ait maintenu, voire renforcé, ces différences entre ces deux actions. Cette singularité de la répétition de l'indu s'observe à deux niveaux, d'une part, la notion d'enrichissement n'est pas appréhendée de la même manière que dans l'action d'enrichissement injustifié (A) et, d'autre part, la date d'appréciation de l'enrichissement diverge également entre les deux actions (B).

A) Des divergences sur la notion d'enrichissement

284. Une notion peu encadrée dans l'action d'enrichissement injustifié. Comme il n'existe aucun régime juridique commun aux trois quasi-contrats, le premier réflexe pour appréhender la condition d'enrichissement est d'observer les règles relatives à l'action générale. Cette première approche s'avère particulièrement décevante, car il n'existe tout simplement aucune disposition sur la définition ou la caractérisation de l'enrichissement. La Cour de cassation n'est pas plus prolixe à ce sujet, car elle ne contrôle pas la manière dont les juges évaluent l'enrichissement, elle s'assure seulement que les juges du fond ont bien appliqué la règle du double plafond¹⁰⁰⁴. Un certain laconisme peut également être observé dans les décisions de juges du fond, qui se contentent généralement de recourir à un expert, sans discussion ni explication sur la valeur retenue¹⁰⁰⁵. Il est d'ailleurs particulièrement étonnant de constater, que sauf en cas d'une erreur grossière dans l'application de la règle du double plafond, les plaideurs contestent rarement, même devant les juges du fond, l'évaluation de l'enrichissement. La contestation portera essentiellement

¹⁰⁰³ Grotius, qui peut être considéré comme le père fondateur, a essentiellement pensé cette source d'obligation à partir de la *condictio indebiti*, pour une brève présentation des origines de l'enrichissement injustifié voir *supra* n° 40s.

¹⁰⁰⁴ Voir par exemple : Civ. 1^{re} sect., 19 janv. 1953, D. 1953.1.234, « qu'en condamnant les époux Oustry à payer à Lestrade le montant de la plus-value donnée à leur immeuble par les travaux opérés par celui-ci, sans avoir recherché, au préalable, si cette plus-value n'excédait pas le coût de ces travaux, l'arrêt attaqué n'a pas eu égard à la double limite déterminant l'indemnité due à l'enrichisseur, à défaut de laquelle celui-ci s'enrichirait indûment au détriment de l'enrichi », voir plus récemment Civ. 1^{re}, 8 oct. 2014, n°13-18.563.

¹⁰⁰⁵ Voir par exemple CA Limoges, 16 nov. 2015, n° 15/00444 où le jugement est infirmé car les juges de 1^{re} instance ont retenu la valeur de l'enrichissement alors que celle de l'appauvrissement était plus faible (l'espèce concernait un cas de construction sur le terrain d'autrui, la valeur de la plus-value était plus élevée que la valeur représentant les dépenses engendrées par les travaux de construction).

sur les conditions de subsidiarité ou d'absence de justification (anciennement absence de cause). Ces deux dernières conditions ne sont d'ailleurs jamais mises au même plan que l'enrichissement et l'appauvrissement, qui sont souvent qualifiés de conditions matérielles ou économiques, tandis que la subsidiarité et l'absence de justification sont qualifiées de conditions juridiques¹⁰⁰⁶.

Le fait que l'enrichissement soit considéré comme une condition « économique » et non juridique est assez révélateur du relatif désintérêt que suscite cette condition, qui est simplement présenté comme le pendant positif de l'appauvrissement, les deux conditions étant prétendument symétriques. L'enrichissement est ainsi présenté comme tout fait pouvant avantager autrui, que ce soit d'un point de vue matériel ou même moral¹⁰⁰⁷. Pourtant, nous pourrions le constater lorsque sera étudiée la condition d'appauvrissement, la condition d'enrichissement n'est pas l'exact pendant de l'appauvrissement¹⁰⁰⁸. La condition d'appauvrissement est en réalité appréhendée de manière plus restrictive, précisément pour éviter que cette action ne puisse être utilisée pour « dégorger » les gains de l'enrichi vers l'appauvri¹⁰⁰⁹. À l'inverse, la notion d'enrichissement est volontairement appréciée très largement, pour être certain de ne pas laisser l'appauvri sans indemnisation, et ce même si l'enrichissement de « l'enrichi » est particulièrement artificiel¹⁰¹⁰.

285. Une appréhension différente de l'enrichissement dans l'action de répétition de l'indu. L'une des principales différences entre l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu tient au fait que la répétition de l'indu ne s'applique non seulement qu'à un accroissement d'actif (transfert d'une somme d'argent ou d'un bien en nature), mais

¹⁰⁰⁶ Pour la qualification de conditions économiques voir notamment A. ROUAST, art. préc. ; M. DOUCHY, th. préc., n°10s. ; Pour la qualification de conditions matérielles voir notamment V. FORTI, « L'enrichissement injustifié. – Généralités. – Conditions matérielles », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1303 à 1303-4, 2016 ; A.-M. ROMANI, « Enrichissement injustifié », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2018.

¹⁰⁰⁷ Voir notamment L. ANDREU, N. THOMASSIN, *op. cit.*, n°1387. La distinction entre condition économique et condition juridique est à vrai dire étonnante. En comparaison le préjudice n'est jamais présenté comme une condition économique de la responsabilité par opposition, par exemple, au fait générateur et au lien de causalité qui seraient des conditions juridiques. Qu'il y ait une dimension économique dans ces conditions, cela est indéniable, mais cela ne les empêche pas d'être également des conditions juridiques. Cette appellation malheureuse laisse penser qu'il n'est pas possible de prévoir des règles précises d'évaluation ou de caractérisation de l'enrichissement, ces règles étant laissées à l'appréciation des experts.

¹⁰⁰⁸ Voir *infra* n° 306.

¹⁰⁰⁹ Voir *infra* n° 307s.

¹⁰¹⁰ Ce que révèle une analyse des cas de dépenses épargnées, voir *infra* n° 296.

aussi qu'elle ne s'applique pas du tout en cas de réalisation d'un service à l'*accipiens*¹⁰¹¹. La répétition de l'indu ne peut s'appliquer en cas de simple dépense épargnée, c'est-à-dire lorsque le défendeur a réalisé une économie grâce au demandeur. Dans la répétition de l'indu, il est nécessaire que l'*accipiens* ait reçu un gain positif. Cette différence explique que la répétition de l'indu ne soit pas soumise aux mêmes limites que l'action d'enrichissement injustifié, à l'instar de la condition de subsidiarité. Lorsque l'enrichissement est limité à la réception d'un bien ou d'une somme d'argent, il n'est pas nécessaire de recourir à la condition de subsidiarité, car le risque « d'implosion » du droit est pratiquement inexistant et ce pour au moins deux raisons. D'une part, parce qu'il est relativement aisé de trouver la *ratio legis* de cette action – protéger le *solvens* contre un transfert indu d'un de ses biens – ce qui limite les tentations d'instrumentalisation de cette action. Le fondement de cette action réside ainsi dans le droit de propriété initial du *solvens* sur le bien transféré, ce qui lui confère en principe une exclusivité sur la valeur de ce bien. D'autre part, la limitation au seul transfert d'un bien ou d'une somme d'argent exclut automatiquement les hypothèses d'enrichissements incidents, c'est-à-dire les hypothèses où l'enrichissement du demandeur aurait provoqué l'enrichissement d'autres personnes, par effet de « boule de neige ». Cette forme particulière d'enrichissement, qui pose des difficultés dans tous les systèmes juridiques¹⁰¹², implique que les restitutions peuvent potentiellement concerner la moindre action du demandeur ayant permis à un tiers de s'enrichir. La répétition de l'indu n'étant pas concernée par cette forme d'enrichissement, le nombre de limitations est moindre et l'action n'est notamment pas rejetée si le *solvens* a agi exclusivement dans son intérêt personnel, contrairement à ce qui se passe pour l'action d'enrichissement injustifié (article 1303-2). Cet état pourrait cependant changer si le champ d'application de cette action était élargi aux services.

¹⁰¹¹ Les dispositions du Code civil ne l'interdisent certes pas, mais traditionnellement la répétition de l'indu ne s'applique qu'aux transferts de somme d'argent ou d'un bien en nature. Il faut ajouter qu'une extension aux services serait dangereuse, car cela signifierait que toutes les fois où le *solvens* aurait accordé un service « qui n'est pas dû » à l'*accipiens*, il aurait une action contre ce dernier. Il faut toutefois mentionner le nouvel article 1302-2, al.2, qui dispose que « la restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur », ce qui permet au *solvens* d'agir contre le véritable débiteur, alors même qu'il n'a rien reçu du premier (sur ce point voir *infra* n°366).

¹⁰¹² Pour le droit anglais, voir *supra* n° 145.

B) Des divergences sur la date de caractérisation de l'enrichissement

286. La règle de l'action d'enrichissement injustifié : le profit subsistant au jour de la demande. Au-delà de la notion d'enrichissement, une autre différence mérite d'être soulignée car elle est révélatrice des différences de finalité entre l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu, même si à première vue cela ne concerne qu'un point de détail : la date d'appréciation de l'enrichissement. Il s'agit certainement de l'un des rares aspects techniques à être directement envisagé par loi et à faire l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation, qui n'hésite pas à censurer les juges du fond n'appréciant pas l'enrichissement à la bonne date¹⁰¹³. Le nouvel article 1303-4 apporte pourtant une amélioration par rapport au droit antérieur en ce sens qu'avant 2016, la valeur de l'enrichissement était figée à la date de la demande, selon le principe du nominalisme monétaire. Dorénavant il est évalué au jour du jugement « tel qu'il subsiste au jour de la demande »¹⁰¹⁴. Néanmoins, le reproche qui peut être adressé à cette nouvelle disposition est qu'elle tend à englober une question qui mériterait un traitement séparé et qui concerne les risques de « désenrichissement » de l'enrichi. En effet, affirmer que l'enrichissement n'est caractérisé qu'au jour de la demande revient à faire peser ces risques sur le seul appauvri, quand bien même l'enrichi aurait commis une faute dans la « disparition » de l'enrichissement. Ainsi, si l'enrichi dispose, en tout ou partie, de l'enrichissement reçu avant la demande, son enrichissement diminuera d'autant. Ce qui conduira, en vertu de la règle du double plafond, à l'exonérer partiellement voire intégralement de son obligation de restitution, s'il a disposé de tout l'enrichissement avant cette date. Il faut remarquer que cette règle ne change même pas lorsque l'enrichi est de mauvaise foi, puisque la seule sanction prévue en ce cas est qu'il devra verser une indemnité représentant la plus forte des deux valeurs entre l'appauvrissement et l'enrichissement, sans que la date d'appréciation de ces deux valeurs ne soit modifiée (art. 1303-4). Simplement, dans cette hypothèse, il ne pourra pas bénéficier d'une exonération intégrale puisque l'appauvrissement représentera la plus forte valeur en ce cas. Cette règle pourrait par ailleurs poser des difficultés d'interprétation lorsque l'enrichissement prend la forme d'une dépense épargnée, ce qui

¹⁰¹³ Pour l'action d'enrichissement sans cause Civ. 1^{re} sect., 18 janv. 1960, « pour apprécier cet enrichissement, le juge doit se placer au jour où l'action est intentée », la solution a dorénavant changé mais il est vraisemblable que la Cour maintienne son contrôle et censure les juges qui ne respecteraient pas la nouvelle règle.

¹⁰¹⁴ Sur les changements apportés par la réforme voir notamment F. CHENEDE, *op. cit.*, n°134.51 et 134.52.

constitue l'une des principales applications pratiques l'action d'enrichissement injustifié. Il est en effet difficile de voir quel profit peut subsister s'agissant d'un service qui a déjà été consommé et qui n'a, par hypothèse, laissé aucun résidu dans le patrimoine du défendeur. Il est toutefois plus probable que cet article soit interprété de telle manière que l'enrichissement sera en réalité caractérisé au jour où le service a été réalisé, l'économie faite par le défendeur n'étant pas susceptible de disparaître¹⁰¹⁵. Cette solution est d'ailleurs reprise à l'article 1352-8 relatif aux « restitutions » d'une prestation de service, qui n'est cependant pas applicable directement à l'action d'enrichissement injustifié, le Code civil ne faisant aucun renvoi vers le chapitre consacré aux restitutions dans les dispositions relatives à l'enrichissement injustifié.

287. La conciliation entre les intérêts de l'appauvri et ceux de l'enrichi. Il pourrait dans certains cas être excessif de faire peser intégralement les risques de « désenrichissement » sur l'enrichi, *a fortiori* lorsque celui-ci n'est pas de mauvaise foi. Il existe en ce cas, en particulier lorsque l'enrichissement prend la forme d'un accroissement de patrimoine, un risque que le défendeur ne s'appauvrisse en devant restituer plus que ce qui lui reste. Néanmoins, il a malgré tout reçu quelque chose qui ne lui était pas dû et c'est ici que les solutions retenues en droit anglais peuvent être une source d'inspiration. Il serait sans doute plus pertinent de dissocier les deux étapes, en prévoyant que, par principe, l'enrichissement est caractérisé au jour de la réception, tout en aménageant un moyen de défense permettant à l'enrichi de bonne foi, dans certaines circonstances, de s'exonérer partiellement ou intégralement de son obligation de restitution en fonction de son désenrichissement¹⁰¹⁶. La règle du profit subsistant se comprend s'agissant des restitutions dues par un incapable qui, au regard de sa situation, mérite un traitement de faveur (art. 1352-4), mais il nous semble que cette règle n'est pas transposable à l'enrichissement injustifié, à tout le moins si la logique est de rendre un enrichissement à son légitime titulaire. Cette règle se comprend d'autant moins qu'une solution différente est prévue dans la répétition de l'indu, qui n'est pourtant censée être qu'une réduction de l'action d'enrichissement injustifié.

¹⁰¹⁵ Ce qui laisse transparaître déjà un certain artifice, car en réalité l'économie réalisée par le défendeur correspondra en cas à l'appauvrissement du demandeur, c'est-à-dire à la rémunération qu'il aurait pu demander, voir *infra* n° 294.

¹⁰¹⁶ Pour les solutions de droit anglais sur le *change of position*, voir *supra* n° 168s., pour une perspective de droit prospectif voir *infra* n° 433s.

288. La règle de principe pour la répétition de l'indu. Bien que cela ne soit pas explicitement envisagé, il résulte tant des dispositions relatives à cette action que de celles relatives aux restitutions, que l'enrichissement est par principe caractérisé au jour de la réception de l'indu, du moins lorsque la chose a été dès l'origine indument reçue¹⁰¹⁷. Cette règle se comprend aisément et fait une nouvelle fois ressortir la logique « propriétaire » de l'action. Le gain devant légitimement revenir au *solvens* et l'*accipiens* ne disposant d'aucun droit sur lui, la solution de principe est qu'il doit restituer l'intégralité de ce qu'il a reçu. Cette solution est d'autant plus compréhensible qu'elle ne défavorise pas par principe l'*accipiens*, qui ne verra pas sa situation patrimoniale changée par rapport à sa situation initiale, sauf bien sûr en cas de « désenrichissement ». Mais même en cette hypothèse, cette solution peut se comprendre, car à partir du moment où la chose a été transférée du *solvens* à l'*accipiens*, c'est ce dernier qui en a la maîtrise. Il serait sans doute excessif de faire peser sur le seul *solvens* tout risque de dégradations ou de disparition de la chose, alors qu'elles résultent peut-être d'une certaine négligence de l'*accipiens*. Ainsi, l'article 1352-1 admet que, par principe, les dégradations et détériorations qui diminuent la valeur de la chose sont à la charge de l'*accipiens*. En tout état de cause, si la justification première de la répétition de l'indu est de protéger un droit de propriété, il nous semble que cette protection n'est pleinement effective que si la date retenue pour évaluer l'assiette de l'enrichissement est celle de la réception et non celle du profit subsistant¹⁰¹⁸.

289. La prise en considération exceptionnelle du « désenrichissement » de l'*accipiens*.

Il est parfois fait exception à la règle de la date de réception afin de prendre en considération la situation de l'*accipiens*. Ces exceptions permettent de faire peser les risques de « désenrichissement » sur le *solvens* et pourraient faire songer au *change of position* anglais¹⁰¹⁹, si ce n'est que ces règles ne constituent pas un simple moyen de défense pour l'*accipiens* mais de véritables règles de fond. La première exception se trouve à l'article 1352-1 qui fait peser les risques de dégradations et détériorations sur le *solvens* lorsque l'*accipiens* est de bonne foi et que les dégradations et détériorations n'ont pas été causées par sa faute. Il est ici possible d'y voir à nouveau une logique proche du droit de propriété,

¹⁰¹⁷ Cela résulte des articles 1302, 1302-1 qui prévoient que l'*accipiens* doit restituer ce « qui n'est pas dû ».

¹⁰¹⁸ C'est-à-dire qu'il n'est tenu compte que de l'enrichissement qui demeure dans le patrimoine du défendeur au moment de l'action. Ainsi si le défendeur a dépensé une partie de l'enrichissement, son obligation de restitution diminue automatiquement du montant dépensé avant que l'action ne soit intentée.

¹⁰¹⁹ Il s'agit d'un moyen de défense spécifique à l'*unjust enrichment*, qui permet au défendeur de réduire le montant des restitutions lorsqu'il a disposé d'une partie de l'enrichissement et si certaines conditions sont réunies (pour la présentation de ce moyen de défense voir *supra* n° 168s.).

puisque si les dégradations et détériorations ne sont pas dues à la faute de l'*accipiens*, elles résultent vraisemblablement du cours normal des choses ou d'un cas fortuit. Or, dans ces hypothèses, si le *solvens* n'avait pas transféré la chose, il aurait dû lui-même subir ces détériorations et dégradations. Les restitutions devant simplement le placer, au moins par équivalent, dans la situation qui aurait été la sienne si le transfert indu n'avait pas eu lieu. Il ne doit pas être intégralement déchargé des risques qu'il aurait dû supporter en l'absence de transfert.

La deuxième exception se rapproche davantage du *change of position*, en ce sens qu'elle envisage explicitement une hypothèse où l'*accipiens* a disposé d'une partie de l'enrichissement. Son champ d'application est toutefois limité au cas où l'*accipiens* a reçu un bien en nature qu'il a par la suite vendu. Si l'on considère que l'enrichissement est caractérisé au moment où la chose a été reçue et qu'il est évalué au jour du jugement, les restitutions pourraient effectivement être supérieures au prix de vente de la chose, raison pour laquelle l'article 1352-2 al.1 permet à l'*accipiens* de bonne foi de ne restituer que le prix de la vente¹⁰²⁰. Si l'on fait une comparaison avec le *change of position*, et même si la lettre de la disposition ne fait référence qu'à la bonne foi, cette dernière condition ne semble pas être la seule explication justifiant la clémence à l'égard de l'*accipiens*. En effet, dans la situation spécifiquement visée par l'article 1352-2, la situation de l'*accipiens* peut se détériorer s'il doit restituer davantage que le prix de vente, or cet appauvrissement est directement connecté à la chose indument transférée, puisqu'il n'aurait jamais pu vendre la chose s'il ne l'avait pas reçue. Il ne se serait donc pas retrouvé dans cette situation sans le transfert indu de la chose. Il n'existe pas d'autres règles en droit français qui se rapprochent autant du *change of position*.

II : Une condition indifférente dans la gestion d'affaires et en cas de dépense épargnée

290. L'effacement de la condition d'enrichissement. Si la comparaison entre la répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié a permis de révéler des différences, la comparaison avec la gestion d'affaires fait au contraire apparaître des similitudes. Cette similitude est d'autant plus surprenante que par principe l'enrichissement est indifférent

¹⁰²⁰ Il s'agit d'une reprise de la solution posée à l'ancien article 1380, qui ne s'appliquait à l'époque qu'à la répétition de l'indu. Cet ancien article disposait que : « Si celui qui a reçu l'indu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente ».

dans la gestion d'affaires. Or, en analysant plus attentivement les cas de services purs ou de dépense épargnée, il apparaît que l'enrichissement est également indifférent dans l'action d'enrichissement injustifié. Pour mieux s'en rendre compte il faut d'abord partir de la gestion d'affaires (A), pour ensuite s'intéresser à la manière dont l'action d'enrichissement injustifié traite les hypothèses de services purs (B).

A) La gestion d'affaires, une logique indemnitaire

291. La différence entre utilité et enrichissement. Le seul moyen de considérer que la gestion d'affaires est, de manière générale, un cas particulier d'enrichissement injustifié est d'estimer que la condition d'utilité de la gestion est assimilable à un enrichissement. Cela revient à dire qu'une gestion utile entraîne nécessairement un enrichissement du maître. Il est ici possible de voir un élargissement de la notion d'enrichissement, puisqu'au début du XIX^e, à l'époque où la théorie de la gestion d'affaires anormale prévalait, il était fait une distinction entre la gestion d'affaire « normale » (une gestion altruiste et utile¹⁰²¹) et la gestion d'affaires anormale, où l'enrichissement procuré au maître remplaçait l'exigence d'une intention altruiste¹⁰²². L'enrichissement étant aujourd'hui assimilé à un simple avantage évaluable en argent, cela suffit à englober la condition d'utilité dans la gestion d'affaires. Cependant, il est possible d'y voir un artifice. En effet, la condition d'utilité ne remplit pas la même fonction que la condition d'enrichissement et ne sert notamment pas de mesure pour le calcul de l'indemnité due au gérant¹⁰²³. Cette singularité de la gestion d'affaires est relevée dans la plupart des manuels¹⁰²⁴, bien que la majorité des auteurs y voient malgré tout un cas particulier d'enrichissement injustifié¹⁰²⁵. Cependant, la différence relevée concerne le moment d'appréciation de l'enrichissement, la gestion d'affaires se différenciant des autres quasi-contrats au motif que l'utilité initiale de l'acte est suffisante. En y réfléchissant de plus près, la différence tient moins au fait qu'il est suffisant que l'utilité ne soit qu'initiale, qu'au fait que l'utilité n'est en réalité pas la mesure de l'indemnité. Le caractère initial n'empêcherait pas, à vrai dire, de considérer la gestion

¹⁰²¹ L'utilité a toujours été une condition de la gestion d'affaires, en même temps que l'intention altruiste.

¹⁰²² Sur la théorie de la gestion d'affaires anormale, voir *supra* n° 223s.

¹⁰²³ Voir en ce sens, F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *Cours de droit civil, Contrats – Théorie générale – Quasi-contrats*, P. U. F., 2014, p. 447.

¹⁰²⁴ Voir par exemple J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 3 note 1 et p. 17 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1277 (sur l'utilité initiale de la gestion d'affaires, par rapport à l'utilité finale de l'action d'enrichissement injustifié).

¹⁰²⁵ Voir cependant F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p.447-448.

d'affaires comme un cas particulier d'enrichissement injustifié, s'il suffisait que le maître se soit enrichi au moment de la gestion. Tel serait le cas, par exemple, si le gérant, en réparant un bien appartenant au maître, l'améliore de telle manière qu'il en résulte une plus-value au moment de la gestion, cette plus-value disparaissant par la suite en raison d'un incendie. Cela rejoint la question vue antérieurement sur les risques de « désenrichissement »¹⁰²⁶ et ce n'est pas parce que ce risque pèse sur le défendeur, ici le maître de l'affaire, que cela empêche d'y voir un mécanisme d'enrichissement injustifié. Cela rappelle la solution retenue en matière de répétition de l'indu, où l'enrichissement est caractérisé au moment de la réception de l'indu. C'est également le principe en droit anglais, où l'enrichissement est apprécié au jour de sa réception par le défendeur et non au jour du jugement.

292. La vraie incompatibilité : la seule prise en considération de la perte du gérant. En revanche, ce qui devrait exclure la gestion d'affaires de la catégorie de l'enrichissement injustifié tient au fait que l'indemnité due par le maître ne tient jamais compte de son enrichissement, même initial, mais s'intéresse au contraire exclusivement à la perte subie par le gérant. Si l'on reprend l'exemple de l'amélioration du bien du maître, même si la plus-value conférée par le gérant reste intacte au moment où le gérant agit contre le maître, ce dernier ne devra pas restituer la valeur de la plus-value, mais il devra seulement indemniser le gérant de ses pertes (dépenses et/ou préjudices). Autrement dit, l'utilité ne sert ni de limite ni de mesure à l'indemnisation du maître, le maître ne pouvant réduire l'indemnité due au gérant au profit qu'il a reçu¹⁰²⁷. La gestion d'affaires est ainsi, dans ses effets, très proche de la responsabilité civile. L'analyse se concentre uniquement sur la perte du gérant et non sur le bénéfice éventuel du maître de l'affaire. Le résultat recherché est la compensation d'une perte et non la restitution d'un gain¹⁰²⁸. Dès lors que l'acte est utile, le

¹⁰²⁶ Voir *supra* n° 286.s

¹⁰²⁷ Comme l'illustre cet arrêt de la Cour de cassation (Cass. Civ., 30 mai 1951, S. 1952.I.14). Un époux, séparé en biens, avait effectué des travaux sur bien propre de son épouse. L'arrêt d'appel avait fixé « les droits du docteur Auregan au montant de la plus-value actuelle résultant, pour la propriété Ar Vaet des constructions ou embellissements incorporés à l'immeuble principal ; au motif que cette plus-value constitue l'avantage dont a bénéficié la dame Armandie et dont elle doit être privée ». L'arrêt est cassé au visa de l'article 1375 (ancien) du Code civil, seules les dépenses du gérant devaient être prise en compte.

¹⁰²⁸ Cet aspect est davantage remarqué à l'étranger, voir par exemple S. J. STOLJAR, « Chapter 17 : *Negotiorum gestio* », in E. VON CAEMMERER, P. SCHLECHTRIEM, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, 1971, n°12, p. 10 « The gestor's claim, in other words, is not to get something back, but to be recompensed for time and effort or to be reimbursed for expenses incurred, the point being that unless he is indemnified at least for his outlays he would suffer clear economic loss » ; P. BIRKS, *op. cit.*, p. 23 « There is no inquiry at all into the enrichment of the beneficiary and hence no tie between enrichment of the beneficiary and the amount he must pay. The measure of recovery is not gain-based ».

maître doit rembourser toutes les dépenses et réparer l'intégralité des préjudices éventuellement subis par le gérant au cours de sa gestion. En revanche, si l'acte est inutile, le gérant ne peut prétendre à aucune indemnité. Cette condition d'utilité s'éloigne également de la notion d'enrichissement, dans la mesure où l'utilité peut être retenue même si elle n'était que potentielle et que l'acte n'a en réalité eu aucun effet positif pour le maître, même si l'on se place au jour de la gestion¹⁰²⁹. C'est notamment le cas, lorsque le gérant tente de porter secours au maître, sans y parvenir¹⁰³⁰. Ce qui explique que certains auteurs préfèrent le terme d'opportunité à utilité¹⁰³¹. Cette condition d'utilité ne peut donc être vue comme une application de l'enrichissement injustifié, elle permet simplement de protéger le maître contre les immixtions, certes bien intentionnées, mais parfaitement inopportunes. La double condition d'utilité et d'une intention altruiste se comprend également par le fait que la règle de principe est qu'il ne faut pas s'immiscer dans les affaires d'autrui, seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier l'immixtion dans les affaires d'un tiers.

293. La volonté d'agir au profit d'autrui. De même, le caractère volontaire de la gestion éloigne également ce mécanisme de l'enrichissement injustifié. Le gérant a, non seulement, parfaitement conscience d'agir pour autrui, mais souhaite en plus le faire dans l'intérêt de ce dernier¹⁰³². Il serait ainsi paradoxal que le remède accordé au gérant soit précisément l'obtention de l'avantage qu'il a souhaité conférer au maître, car cela reviendrait, pour le demandeur, à reprendre d'une main ce qu'il a voulu donner de l'autre. En d'autres termes, l'éventuel enrichissement que le gérant pourrait procurer au maître est justifié (ou causé selon l'ancienne terminologie) par son intention altruiste, ce qui explique qu'il n'a aucun droit sur cet enrichissement. Probablement la vision la plus claire de la gestion d'affaires est-elle celle proposée dans les *Principles of European Law*. La gestion d'affaires est clairement dissociée de l'enrichissement injustifié¹⁰³³ et, s'il est fait référence à l'intention

¹⁰²⁹ Il n'y a donc même pas d'utilité initiale. Cette utilité escomptée ne serait toutefois suffisante que lorsque la gestion est purement désintéressée (voir R. BOUT, art. préc., n°133).

¹⁰³⁰ Sur cet exemple voir *supra* n° 257, sur le concours avec la convention d'assistance bénévole.

¹⁰³¹ Voir J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰³² Ce qui n'exclut pas qu'il puisse également y trouver un intérêt, comme l'évoque dorénavant l'article 1301-4 al.1 : « L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires ».

¹⁰³³ C. VON BAR (ed.), *Principles of European Law, Benevolent Intervention in Another's Affairs*, Sellier, Bruylant, Staempfli, 2006, Introduction, n° 85 "From today's perspective at any rate it does not seem appropriate to merge under one heading the law of benevolent intervention, the law of *condictio indebiti*, and the remaining law of unjustified enrichment (which for the most part has been a more recent development historically)". Cette conception est largement inspirée par le modèle allemand qui dissocie également l'enrichissement injustifié de la gestion d'affaires (voir *supra* n° 65s., sur le modèle allemand).

de faire un acte bénéfique au maître¹⁰³⁴ (*the predominant intention of benefiting another*), ce terme est entendu largement, au sens d'un avantage, et n'implique pas un enrichissement du maître¹⁰³⁵. De manière cohérente, puisque l'intervenant a souhaité agir au bénéfice du maître, il peut obtenir le remboursement de ses dépenses et la réparation de ses préjudices, ainsi qu'une éventuelle rémunération s'il a agi dans l'exercice de sa profession¹⁰³⁶.

B) Le cas des dépenses épargnées : une condition déduite de l'appauvrissement

294. Un enrichissement artificiel. La notion extensive de l'enrichissement dans l'action d'enrichissement injustifié a malheureusement eu pour effet de traiter les dépenses épargnées comme une forme d'enrichissement. Pourtant cette forme d'enrichissement répond à une logique différente (1) qui contraste fortement avec les autres formes (2), et qui aboutit paradoxalement à des résultats plus avantageux que la gestion d'affaires (3).

1) L'appréciation de l'enrichissement en cas de dépense épargnée

295. Les difficultés particulières de l'enrichissement par service ou par dépense épargnée. La particularité de cette forme d'enrichissement est rarement mise en avant, alors qu'elle pose pourtant davantage de difficultés d'évaluation que les autres formes d'enrichissement. En effet, lorsque l'appauvri accomplit un service pour l'enrichi, ce dernier est supposé s'enrichir par l'économie d'une dépense, c'est-à-dire le montant qu'il aurait dû payer pour obtenir ce service. Cependant, étant donné qu'il s'agit d'évaluer le bénéfice de l'enrichi, cet enrichissement ne devrait pas systématiquement être identique à la rémunération que l'appauvri pouvait espérer obtenir, en fonction de ses qualifications, de sa qualité de professionnel, du temps passé... qui correspond au manque à gagner de l'appauvri. Pour évaluer l'enrichissement, il faudrait tenir compte du choix de l'enrichi, qui

¹⁰³⁴ Le terme employé est *principal* qui est assez difficile à traduire en français autrement que par une périphrase, celui pour lequel on agit ou éventuellement par le terme de représenté. Ce terme pouvant toutefois prêter à confusion en droit français, par commodité nous préférons conserver le terme de maître, qui est par ailleurs également retenue dans la traduction française réalisée par le Professeur Ghestin (C. VON BAR, *op. cit.*, p.18).

¹⁰³⁵ C. VON BAR, *op. cit.*, Article 1:101, n°17, ce qui explique que, à l'instar du droit français, le succès de l'opération n'est pas exigé, c'est l'avantage escompté qui est pris en considération (n°18) et cette source d'obligation ne concerne pas uniquement la sphère patrimoniale et peut tout aussi bien concerner un acte visant à préserver l'intégrité physique ou la vie d'autrui (n°9).

¹⁰³⁶ *Ibid.*, article 3 : 101 (droit à indemnisation et remboursement), article 3 : 102 (droit à une rémunération), article 3 : 103 (droit à réparation en cas de préjudice matériel ou corporel du gérant subi au cours de son intervention).

revêt ici une importance particulière, car certains facteurs peuvent avoir une influence sur le montant de l'économie réelle réalisée par ce dernier. Soit l'enrichi peut établir qu'il aurait lui-même pu réaliser le service, si l'appauvri ne l'avait pas fait, auquel cas l'économie réalisée correspond aux seuls frais éventuels qu'il aurait pu engager pour réaliser ce service (coût des matériaux par exemple). Soit l'enrichi aurait effectivement dû recourir à un tiers pour réaliser ce service, mais même en ce cas, l'économie réelle peut être différente du manque à gagner de l'appauvri, si l'enrichi peut établir qu'il aurait pu obtenir ce même service à un coût inférieur. Cette distinction entre l'économie réalisée par l'enrichi et le manque à gagner de l'appauvri n'est pas véritablement présente en droit français, du moins pas au stade de l'évaluation de l'indemnité. Elle est en revanche prise en considération en droit anglais, grâce à des règles d'évaluation propres à cette forme d'enrichissement, mais également grâce au *subjective devaluation*, qui permet au défendeur de diminuer le montant des restitutions de telle manière qu'elles correspondent à l'économie réelle, qui peut être inférieure à la valeur de marché du service¹⁰³⁷.

296. L'appréciation de la dépense épargnée en jurisprudence. En l'absence de règles particulières d'évaluation, l'appréciation de cet enrichissement est généralement assez sommaire, lorsqu'il n'est pas simplement déduit du manque à gagner de l'appauvri, et donc de l'appauvrissement. Un arrêt de la Cour de cassation est à cet égard particulièrement éloquent¹⁰³⁸. Une concubine réclamait une indemnité sur le fondement de l'enrichissement sans cause car elle avait participé à l'exploitation du fonds de commerce de son concubin, un café-bar, notamment en servant la clientèle. La motivation de l'arrêt d'appel était particulièrement intéressante car elle avait refusé l'indemnité au motif qu'il n'était pas certain qu'il « aurait eu besoin sans elle d'un employé salarié, ni d'ailleurs qu'il n'en avait pas déjà et qu'il est impossible d'affirmer l'étendue ni même le principe de l'appauvrissement de Mme X ». La référence à l'appauvrissement est certes ici ambiguë, car c'est l'enrichissement qui est douteux. Si le concubin n'a pas eu besoin de salarié, il n'a pas réalisé d'économie. Cela démontre toutefois que dans le cas des dépenses épargnées il peut être délicat de discerner l'enrichissement de l'appauvrissement. Cet argument, qui peut rappeler les règles anglaises du *subjective devaluation*, est pourtant sèchement écarté par la Cour de cassation qui casse l'arrêt et considère que la collaboration de la concubine à l'exploitation du fonds « impliquait par elle-même un appauvrissement de Mme X et un

¹⁰³⁷ Voir *supra* n° 98.

¹⁰³⁸ Civ. 1^{re}, 15 octobre 1996, n°94-20.472, D. 1997.177, note R. LIBCHABER.

enrichissement de M.Y »¹⁰³⁹. Ainsi, dès lors que l'appauvri réalise un service, sans justification, il faut y voir à la fois un enrichissement et un appauvrissement, sans que l'enrichi puisse contester la réalité de l'économie qu'il est censé avoir réalisée. Or, dans ce cas, cela revient à considérer que le manque à gagner de l'appauvri constitue à la fois l'appauvrissement de ce dernier et l'enrichissement de l'enrichi. L'analyse se concentre donc essentiellement du côté de l'appauvri, sans égard pour l'avantage réellement reçu par l'enrichi, ce qui rappelle davantage les règles de la responsabilité civile qu'une logique d'enrichissement injustifié¹⁰⁴⁰.

297. L'absence totale de référence à l'enrichissement. Si l'enrichi ne peut véritablement contester la réalité de son enrichissement, les juges du fond veillent toutefois à la vraisemblance des sommes demandées et peuvent réduire le montant de l'indemnité, comme l'illustre un arrêt de cour d'appel¹⁰⁴¹. Une concubine affirmait avoir effectué des heures de ménage, 6 heures par jour selon elle, et de secrétariat sans rémunération au profit de son concubin. La cour d'appel n'a pas retenu le chiffrage de la concubine qui « apparaît excessif aux regard des besoins d'un homme seul en ménage et repassage » mais considère, sans plus de précision sur les montants retenus, qu'il « convient dès lors de retenir au titre des heures de travail effectuées par Madame Y pour le compte de Monsieur X : 4 heures de ménage et repassage pendant $46+46=8=100$ semaines à 11€ de l'heure soit 4400€ (...). Qu'en conséquence, les heures de travail effectuées par Madame Y non rétribuées doivent donner lieu à compensation (*sic*) au titre de l'enrichissement sans cause »¹⁰⁴². Il y a donc simplement un contrôle de l'excès, mais il est remarquable de constater que les juges du fond ne prennent même pas la peine de caractériser distinctement l'enrichissement et l'appauvrissement et se contentent de calculer le manque à gagner (réel) de la concubine. Dans ces affaires, la règle du double plafond est nécessairement sans application, puisque l'appauvrissement et l'enrichissement sont systématiquement jugés d'un montant égal¹⁰⁴³.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ Voir toutefois *contra* R. LIBCHABER, note préc., qui approuve la décision de la Cour et reproche à la cour d'appel d'avoir mélangé les conditions de la gestion d'affaires avec celles de l'enrichissement sans cause car cela reviendrait à se demander si le travail a été utile ou nécessaire « alors même qu'il a conduit à un enrichissement ». Il nous semble cependant qu'en réalité la solution de la Cour aboutit à ne considérer que l'appauvrissement sans égard pour l'enrichissement, car si le concubin n'avait effectivement pas eu besoin d'employé supplémentaire, il est difficile de voir comment il a pu réaliser une économie, et donc un enrichissement.

¹⁰⁴¹ CA Paris, 3 juin 2016, 15/06177.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ Il pourrait théoriquement y avoir une cassation pour non-respect de la règle du double plafond si les juges du fond ne font pas apparaître les deux valeurs. Cela n'entraînerait sans doute pas de changement quant au

Certaines décisions vont cependant encore plus loin au point de ne même pas relever, ne serait-ce qu'artificiellement par le biais d'une dépense épargnée, un enrichissement du défendeur. Ainsi, dans un arrêt du 15 mars 1988, l'action d'enrichissement sans cause a été accueillie au profit d'un vendeur qui, après avoir résilié la vente, s'était retourné contre l'acquéreur pour obtenir la réparation du préjudice résultant de la dépréciation du bien. De manière étonnante, plutôt que de contester la réalité de l'enrichissement, le pourvoi faisait valoir que l'exigence de subsidiarité de l'action n'était pas satisfaite, ce qui est balayé par la Cour de cassation qui a estimé que la « créance de réparation du préjudice que la société DAVO a subi du fait de l'utilisation par son acheteur de ses deux machines ne résulte ni du contrat de vente, ni de la résolution de ce contrat, ni d'une faute du syndic »¹⁰⁴⁴. Le seul enrichissement possible pour l'(ex) acquéreur réside dans la jouissance de la chose entre le moment où il a reçu le bien et le moment où il le restitue. Il est toutefois peu vraisemblable que cet enrichissement corresponde exactement à l'appauvrissement résultant de la dépréciation de la chose. Toujours est-il qu'il n'est absolument pas fait référence à cet enrichissement, mais seulement au préjudice subi par le vendeur. La référence de la Cour de cassation à la « créance de réparation du préjudice » est particulièrement éloquente et témoigne du réel objectif de cette prétendue action d'enrichissement injustifié : réparer un préjudice et non restituer un enrichissement.

2) La comparaison avec les autres formes d'enrichissement

298. Une différence de logique entre gain positif et dépense épargnée. Quand bien même il serait admis que tout avantage susceptible d'être évalué en argent peut constituer un enrichissement, l'analyse des différentes formes d'enrichissement montre que les raisons justifiant sa « restitution », dans la limite de l'appauvrissement, ne sont pas identiques. La notion d'enrichissement recouvre ainsi au moins deux hypothèses qui devraient être distinguées et même rangées dans des catégories différentes. Lorsque l'enrichissement conduit à un accroissement du patrimoine du défendeur, le demandeur dispose généralement d'un droit antérieur sur l'élément qui vient accroître le patrimoine, la plupart du temps un droit de propriété, qu'il a perdu au profit du défendeur. Le seul moyen de

montant de l'indemnité, car les juges du fond seraient libres de retenir au titre de l'enrichissement, une valeur identique à l'appauvrissement. La règle du double plafond est ainsi purement formelle.

¹⁰⁴⁴ Com., 15 mars 1988, *Bull.* 1988, IV, n°105, p. 73, n°86-16.691.

protéger droit de propriété¹⁰⁴⁵, puisqu'il s'agit d'un transfert non consenti, consiste donc à lui conférer une action personnelle à hauteur de la valeur du bien perdu. En ce sens, cette action prend le relais de l'action en revendication lorsque celle-ci ne peut pas ou plus être utilisée¹⁰⁴⁶. Il s'agit ainsi d'une protection personnelle du droit de propriété. Il est absolument indifférent qu'une personne, ayant reçu indument une somme d'argent, ait consenti, même fictivement, à la recevoir. À partir du moment où son patrimoine s'est accru, il n'est pas excessif d'obliger le défendeur à restituer ce gain, puisque cela le ramènera dans la situation dans laquelle il aurait dû se trouver s'il n'y avait pas eu ce transfert injustifié. Il en va de même pour un enrichissement non monétaire (adjonction ou amélioration d'un bien). Le défendeur a dans son patrimoine un bien amélioré ou nouveau qu'il peut échanger ou céder en réalisant une plus-value, à laquelle il n'aurait pu, en principe, prétendre. Dans les deux cas il s'agit simplement de replacer le défendeur dans sa position initiale.

La situation est tout autre en cas de dépenses épargnées. En ce cas l'obligation qui pèse sur le défendeur détériore nécessairement sa situation et le place dans une situation différente de sa position initiale, c'est-à-dire avant la réalisation du service. L'objectif n'est pas de replacer les parties dans la situation dans laquelle elles auraient dû se retrouver s'il n'y avait pas eu de transfert d'un profit, mais au contraire de les placer dans la situation où elles se seraient trouvées si ce profit avait été convenablement transféré, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le service aurait été accepté par les deux parties. Deux exemples simples et chiffrés permettent de comprendre la différence de situation entre les hypothèses d'accroissement de patrimoine et de dépenses épargnées. A transfère par erreur une somme d'argent d'un montant de 20 à B qui, avant le transfert, dispose d'un patrimoine d'une valeur de 100. Ce transfert permet ainsi au patrimoine de B de passer à 120. L'obligation de restitution qui pèse sur B a simplement pour effet de ramener son patrimoine à sa valeur

¹⁰⁴⁵ La question de savoir s'il y a effectivement un transfert de propriété du bien du demandeur au défendeur peut cependant être débattue. Ce débat est en grande partie éludé par le droit positif et les rares cas où il a été envisagé concernent la seule action de répétition de l'indu (voir notamment la distinction faite par Pothier entre la répétition de l'indu et l'action en revendication, J.-J. BUGNET, *Œuvres de Pothier*, T. 5, , 2^e éd., H. Plon, 1861, p.101 : « le *promutuum* n'est point parfait, et ne produit point en vous l'obligation de me rendre une pareille somme ou quantité, si je ne vous ai pas transféré la propriété des espèces, ou si, à défaut de translation de propriété, vous ne les avez pas consommées : en attendant, vous êtes seulement sujet à la revendication des espèces de la part de ceux à qui elles appartiennent »). De manière générale, seul un auteur envisage cette question, voir E. DESCHEEMAEKER, art. préc., p. 23-24. Cette lacune peut toutefois se comprendre s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié qui concerne principalement et en pratique des hypothèses de dépenses épargnées, il n'y a guère de sens à se demander si la « propriété » du service a été transféré au défendeur.

¹⁰⁴⁶ E. DESCHEEMAEKER, art. préc., spéc. p. 17-21.

initiale, 100, et ne détériore donc pas sa situation. Si A réalise un service pour B sans que ce dernier n'ait rien requis, sans qu'il n'en résulte de plus-value, et qu'il demande une rémunération de 20, le patrimoine de B passera cette fois-ci de 100 à 80 après restitutions. Cette différence entre la situation initiale et celle qui suit les restitutions justifie qu'un traitement différent soit réservé à cette hypothèse où la situation patrimoniale du défendeur se détériore. Par ailleurs, il s'agit dans cette hypothèse de protéger une espérance de gain du demandeur, la possibilité d'obtenir une rémunération, et non de préserver en valeur un droit de propriété involontairement perdu au profit d'un tiers. Ces deux raisons expliquent que dans ce cas, contrairement aux hypothèses d'accroissement de patrimoine, le choix du défendeur ait un rôle à jouer, tant pour caractériser l'enrichissement que pour l'évaluer comme le montrent d'ailleurs certaines règles particulières du droit anglais¹⁰⁴⁷. Il aurait pu réaliser le service lui-même ou l'obtenir à un prix moins élevé, ce qui aurait une influence sur l'état de son patrimoine.

3) La comparaison avec la gestion d'affaires

299. Un parallèle avec la gestion d'affaires : le refus de principe d'octroi d'une rémunération. Le cas des dépenses épargnées peut paraître d'autant plus étonnant si l'on compare avec les solutions existant en matière de gestion d'affaires, où le droit, par principe, refuse au gérant de réclamer la moindre rémunération, seule les dépenses effectuées ou le dommage subi en cours de gestion pouvant être compensés¹⁰⁴⁸. Dans le cas de la gestion d'affaires, l'altruisme du gérant n'est pas considéré comme une raison suffisante pour justifier l'octroi d'une rémunération. Or, dans l'action d'enrichissement injustifié, le demandeur n'a aucune intention d'être utile au défendeur et, dans l'hypothèse d'une dépense épargnée, il ne reste par hypothèse aucun résidu, aucune plus-value, dans le patrimoine du défendeur. De ce point de vue, il est étonnant de constater que le droit s'avère plus généreux s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié que pour la gestion d'affaires, alors même que la première action n'est finalement qu'une réduction de la seconde. Le refus d'accorder une rémunération dans la gestion d'affaires est pourtant

¹⁰⁴⁷ Voir *supra* n° 98, voir également *supra* n° 138s. sur le *free acceptance*, qui ne s'applique qu'aux services.

¹⁰⁴⁸ Les articles du Code n'interdisent pas expressément l'octroi d'une rémunération, mais il y a tout lieu de penser que l'ancienne jurisprudence, traditionnellement et majoritairement hostile à la rémunération du gérant perdure (en ce sens voir F. CHENEDE, *op. cit.*, n°132.23). Il faut toutefois mentionner que cette interdiction n'est pas absolue et qu'il y a parfois eu certaines décisions dissonantes ayant octroyé une rémunération notamment aux généalogistes, sur ces exceptions voir R. BOUT, « Quasi-contrats. – Gestion d'affaires. – Effets », *Jurisque Civil Code*, Art. 1372 à 1375, 2012, n°60 à 62.

particulièrement instructif et permet de réaliser que, ce qui fait la réelle valeur du service, en l'absence de toute plus-value, est le fait qu'il ait été accepté ou requis par le défendeur. En l'absence de consentement de sa part, il ne serait pas possible de lui imposer un service, et surtout de l'obliger à verser une rémunération, qui détériore nécessairement sa situation patrimoniale. Malheureusement, le fait que le cas des dépenses épargnées ne soit absolument pas distingué des autres formes d'enrichissement empêche de cerner la particularité de cette situation. Cela ne signifie pas toutefois qu'aucune action ne pourrait être accordée dans cette hypothèse, mais il semble que l'enrichissement injustifié ne soit pas un bon outil pour ce cas, car il ne permet pas de cerner la raison justifiant non seulement la rémunération du demandeur, mais également la diminution du patrimoine du défendeur. Faudrait-il en ce cas revenir sur la règle retenue en matière de gestion d'affaires et admettre, exceptionnellement, que le gérant puisse réclamer une rémunération ? Cette solution est notamment admise en droit allemand, lorsque le gérant est un professionnel, même si le calcul de la rémunération peut causer certaines difficultés¹⁰⁴⁹. Toutefois, il faut noter qu'une telle solution est contraire à l'esprit général de cette action¹⁰⁵⁰.

Section II : L'appauvrissement, la condition principale

300. Une exigence à géométrie variable. Il est aujourd'hui affirmé que l'ensemble des quasi-contrats a pour objet de corriger un appauvrissement spontané¹⁰⁵¹. Pourtant, comme pour la condition de l'enrichissement, il est possible de noter des différences selon le quasi-contrat en cause. Alors que l'appauvrissement n'a aucune incidence s'agissant de la répétition de l'indu, il s'agit de l'élément principal dans la gestion d'affaires et même dans l'action d'enrichissement injustifié. L'appauvrissement ne s'impose cependant pas avec la force de l'évidence, même si elle a toujours été discutée dans la plupart des systèmes juridiques, notamment en droit anglais et même en droit allemand¹⁰⁵². Si cette condition est

¹⁰⁴⁹ Voir G. DANNEMANN, *op. cit.*, p. 111 qui donne notamment l'exemple d'une affaire où un médecin a ainsi sauvé la vie d'autrui, il peut lui réclamer des honoraires. Toutefois, une question se pose : quels honoraires peut-il réclamer ? Ceux qu'il pratique habituellement ou les honoraires pratiqués en moyenne par un médecin classique pour ce type d'acte ? Que se passe-t-il si le maître est sauvé par un médecin très réputé qui pratique des honoraires bien supérieurs à la moyenne, alors que le maître se serait bien contenté d'un médecin certes moins réputé mais également moins cher ?

¹⁰⁵⁰ En ce sens voir F. CHENEDE, *op. cit.*, n°132-23.

¹⁰⁵¹ Voir notamment F. CHENEDE, *th. préc.*, n°386 ; A. SERIAUX, *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd., P.U.F., 2020, n°78.

¹⁰⁵² Voir pour le droit anglais *supra* n° 147s. ; pour le droit allemand voir T. KREBS, « The Fallacy of 'Restitution for Wrongs », in A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p.379s. Il est tout de même intéressant de constater que plus un

fréquemment invoquée, c'est qu'elle peut donner l'illusion d'enfermer l'enrichissement injustifié dans des limites raisonnables et éviter ainsi un excès de restitutions. Néanmoins, cette condition présente bien plus d'inconvénients que d'avantages. Ainsi, il s'avère que l'appauvrissement est en réalité une limite illusoire, et même contreproductive (I) qui a considérablement porté atteinte à la cohérence du concept d'enrichissement injustifié en même temps qu'il a obscurci la distinction avec la responsabilité civile (II).

I : Une limite illusoire au domaine de l'enrichissement injustifié

301. Une notion à géométrie variable. L'appauvrissement peut de prime abord apparaître comme une solution pour apporter des limites raisonnables, en particulier à l'action d'enrichissement injustifié. La solution proposée en son temps par Ripert et Teisseire de ne retenir que le seul enrichissement, au motif qu'il devrait revenir à celui qui en est l'auteur et non à celui qui s'est simplement contenté de le recueillir, était beaucoup trop large pour être adoptée par le droit positif¹⁰⁵³. Toutefois, s'il est nécessaire d'encadrer cette source d'obligation, le recours à l'appauvrissement ne s'impose pas et il est étonnant de constater qu'à l'exception de Ripert et Teisseire, il n'existe pratiquement aucune opposition à cette condition, souvent présentée comme naturelle et présente dans chaque quasi-contrat. La manière dont l'appauvrissement est appréhendé dans chacune de ses actions varie considérablement et montre que cette condition ne remplit pas les mêmes fonctions selon le quasi-contrat en cause. Il n'est cependant pas nécessaire de s'attarder sur la répétition de l'indu, où l'appauvrissement est indifférent à tel point que cette condition n'est pas exigée par la loi. Certes, dans l'absolu, il n'est pas impossible de voir un appauvrissement dans la répétition de l'indu. Le *solvens* a bien perdu la somme d'argent transférée ou le bien transmis à l'*accipiens*. Cependant, la justification première de l'action ne se trouve pas dans l'appauvrissement du *solvens*, mais dans le droit de propriété qu'il détenait sur la chose avant le transfert, l'absence de consentement, ou son caractère vicié, justifiant que ce gain, ou au moins sa valeur, lui soit réattribué. En revanche, il est bien plus intéressant de s'attarder sur ce qui peut constituer un appauvrissement dans la gestion d'affaires et sur cette condition dans l'action d'enrichissement injustifié. De manière générale

Le système est avancé sur cette source d'obligation, moins la condition d'appauvrissement s'impose, le droit allemand en est un bon exemple.

¹⁰⁵³ G. RIPERT, M. TEISSEIRE, art. préc., p.756. Elle fut d'ailleurs abandonnée par Ripert par la suite, voir G. RIPERT, *op. cit.*, n°141s.

l'appauvrissement diffère de la notion de dommage en responsabilité civile, mais il varie également dans ces deux actions. Ces variations sur l'appauvrissement révèlent la particularité de la gestion d'affaires, qui ne peut être réduite à un cas particulier d'enrichissement injustifié. Inversement, l'utilisation de l'appauvrissement dans l'action d'enrichissement injustifié met en exergue les incohérences et les failles de cette action au champ d'application théoriquement bien trop large. L'analyse de l'appauvrissement dans la gestion d'affaires (A) ainsi que dans l'action d'enrichissement injustifié (B) permet de mieux se rendre compte des faiblesses de cette condition au sein de l'enrichissement injustifié.

A) L'appréhension de l'appauvrissement dans la gestion d'affaires

302. Un rôle différent. L'appauvrissement ne joue pas exactement le même rôle dans la gestion d'affaires que dans l'action d'enrichissement injustifié. Contrairement à ce qui vaut pour cette dernière action où il s'agit d'une condition de fond, l'appauvrissement n'est pas un prérequis dans la gestion d'affaires et n'apparaît que dans un second temps. Si on se focalise sur les obligations du maître, qui naissent dès lors que la gestion a été utile et conduite dans son intérêt, la principale est de respecter les engagements contractés par le gérant dans son intérêt (art. 1301-1 al.1). Si par ailleurs le gérant subit un « dommage en raison de la gestion », selon l'expression de l'article 1301-1 al. 2, le maître devra l'indemniser. L'appauvrissement n'est qu'éventuel et ne joue absolument pas le rôle de limite que l'on peut trouver dans l'action d'enrichissement injustifié. Il n'est utilisé que comme mesure de l'indemnité due au gérant, dès lors que les conditions d'utilité et d'intention altruiste sont réunies. Cette obligation d'indemnisation ne se justifie que par la volonté de protéger le gérant, qui ne doit pas souffrir des éventuelles pertes que la gestion a pu lui occasionner. Cette volonté de protection explique le domaine de l'appauvrissement dans la gestion d'affaire qui est entendu de manière plus restrictive que le dommage en responsabilité civile, mais qui se distingue également de l'appauvrissement de l'enrichissement injustifié.

303. Une sélection des dommages réparables. Bien que l'article 1301-2, al.2 utilise le terme de dommage, il nous semble que la référence au dommage subi « en raison de sa gestion » (article 1301-2 al. 2) doit inviter à sélectionner les dommages susceptibles d'être réparés. Même si l'ancien article 1375 du Code civil se contentait de viser les dépenses

utiles, et non le dommage subi, cet ajout ne devrait pas entraîner un changement significatif par rapport à la manière dont les juges interprétaient l'ancien article. Il ne devrait pas y avoir une extension des dommages réparables et seuls ceux qui peuvent être reliés à la gestion peuvent être indemnisés. Pour synthétiser, alors qu'en matière de responsabilité civile il est traditionnellement enseigné que le dommage recouvre tant la perte éprouvée (*damnum emergens*) que le gain manqué (*lucrum cessans*)¹⁰⁵⁴, le dommage réparable du gérant ne couvre en principe que la perte éprouvée, à l'exclusion de tout gain manqué. L'illustration la plus connue de cette approche est le refus d'accorder une rémunération au gérant, mais cela ne s'arrête pas à cette hypothèse. De manière générale, la jurisprudence rappelle périodiquement que le gérant n'a aucun droit sur la plus-value conférée au maître¹⁰⁵⁵, qui ne saurait constituer un manque à gagner pour le gérant. Cette solution se justifie par le fait que le gérant a normalement souhaité conférer ce gain au maître de l'affaire (intention altruiste), il ne saurait donc en demander la « restitution ». Indépendamment de la plus-value et bien que cette hypothèse ne soit jamais invoquée devant les juges du fond, il nous semble que le gérant ne pourrait pas non plus arguer que son intervention l'a empêché de réaliser un gain, quand bien même ce gain serait certain¹⁰⁵⁶. Il doit seulement être protégé des conséquences éventuellement néfastes causées sur sa personne ou ses biens en raison de son intervention. On retrouve d'ailleurs une solution identique dans les principes de droit européen consacrés à la gestion d'affaires, où il est prévu une obligation d'indemnisation à la charge du maître, mais cette obligation ne couvre que les désavantages qui découlent de l'intervention¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ Voir notamment G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., L.G.D.J., 2013, n°251 ; F. TERRRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°923 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°135.

¹⁰⁵⁵ Voir par exemple Cass. Civ., 30 mai 1951, S. 1952.I.14, les juges du fond rappellent également cette exigence, voir par exemple : CA Rennes, 1 avril 2008, 06/07757 : « Malgré les termes restrictifs de l'article 1890 du Code civil il est admis que les dispositions de l'article 1375 du Code civil concernant la gestion d'affaires sont applicables en matière de prêt. En conséquence l'emprunteur peut demander remboursement au prêteur des dépenses utiles et nécessaires (...) En revanche, il ne peut réclamer ni le remboursement de dépenses voluptuaires ou de pur agrément, ni une indemnité correspondant à la plus-value que les améliorations apportées à la chose procurent au prêteur ».

¹⁰⁵⁶ Par exemple son intervention a pu le détourner de son activité professionnelle, ce qui l'a empêché d'honorer un rendez-vous avec un client ou de réaliser une commande importante.

¹⁰⁵⁷ C. VON BAR, *op. cit.*, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, n° 9 p. 259: "an intervener should be entitled to receive reimbursement only for the disadvantages which he has actually sustained by managing another's affairs", ce qui explique que la simple perte de revenu ne soit pas retenue, spéc. n°12, p. 261: "Expenditure" likewise excludes any claim for loss of income which the intervener sustains because he was preoccupied with the interests of the principal. That is a matter of damage and not of expenditure in this sense of an outlay or contribution".

304. Le cas du dommage corporel et de ses suites. Il est toutefois permis de penser qu'il y a un cas où il serait possible de prendre en compte un gain manqué du gérant, lorsqu'il a subi un dommage corporel qui l'empêche de reprendre son activité professionnelle. Le maître de l'affaire doit-il compenser la perte des gains professionnels lorsque le gérant a subi un dommage corporel au cours de son intervention ? Il existe très peu de décisions sur ce point¹⁰⁵⁸ car, lorsque l'intervenant subi un dommage corporel, les juges retiennent davantage la qualification de convention d'assistance que celle de la gestion d'affaires, qui n'est bien souvent invoquée qu'à titre subsidiaire par les plaideurs¹⁰⁵⁹. Sur le fondement de la convention d'assistance, il est parfaitement admis que l'intervenant peut obtenir la réparation de ce gain manqué¹⁰⁶⁰. Ce fondement offre toutefois une plus grande marge de manœuvre pour les juges qui sont libres de déterminer le contenu de ce « contrat » et donc les obligations mises à la charge de chacune des parties. Si la réparation de ce préjudice peut prêter à débats dans la gestion d'affaires, cela tient au fait que le gérant a lui-même causé son propre préjudice. Il existe donc moins de raisons *a priori* pour faire peser sur une tierce personne, ici le maître de l'affaire, les préjudices subis par le gérant. Tout particulièrement s'agissant des conséquences futures, liées à l'impossibilité de poursuivre une activité professionnelle par exemple. Il est cependant probable que les juges indemnisent en pratique un tel préjudice, notamment par égard pour le gérant.

B) L'appréhension de l'appauvrissement dans l'action d'enrichissement injustifié

305. Une action mal-nommée. L'analyse de l'action d'enrichissement injustifié révèle que cette action n'est pas utilisée pour reverser un enrichissement injustifié, mais bien pour compenser ou rembourser une dépense qui aurait dû être prise en charge par un tiers, ce qui correspond à une logique proche de la gestion d'affaires, dont elle est d'ailleurs issue.

¹⁰⁵⁸ Ces décisions admettent généralement la réparation du préjudice corporel sans pour autant être plus précis sur ce que recouvre ce préjudice, et si notamment il recouvre les pertes de gains professionnelles futures, voir notamment T. Civ Lille, 28 juin 1955, *Gaz. Pal.* 1955, 2, p. 413 et TGI Paris, 25 oct. 1971, *Gaz. Pal.* 1972, 1, p.124.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, voir T. GENICON, « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d'assistance bénévole », *RDC* n°1, 2014, p.16s., qui note qu'il « n'est pas impossible que les juges se prononcent en fonction de la façon dont la victime engage son action et que, lorsqu'elle omet d'invoquer la gestion d'affaires pour préférer se placer sur le terrain de la convention d'assistance bénévole, ils retiennent logiquement l'existence de cette dernière ».

¹⁰⁶⁰ Voir par exemple : CA Rennes, 21 oct. 2009, n°08/02924, l'assistant perçoit bien une somme pour la perte de gains professionnels actuelle et future et même la réparation du préjudice esthétique. En l'espèce, l'assistant a été victime d'une électrocution, alors qu'il élaguait des arbres sur le domicile de sa belle-mère, arbres qui se trouvaient à proximité d'une ligne à haute tension.

L'action d'enrichissement injustifié n'est ainsi pas une action fondée sur l'idée d'un enrichissement injustifié. Cette qualification empêche non seulement cette source de prendre son plein essor, mais prive également de la possibilité de réfléchir sur une possible extension de la gestion d'affaires, lorsqu'il n'existe aucune intention de gérer. Ces faiblesses s'illustrent à un double niveau, au stade de la condition de fond, où l'appauvrissement ne parvient pas à délimiter correctement l'action (1) et au stade de l'évaluation de l'indemnité avec l'application particulière de la règle du double plafond (2).

1) Au stade de la condition

306. L'appauvrissement une condition plus restrictive que l'enrichissement. Dans l'action d'enrichissement injustifié, il est fréquent de présenter l'appauvrissement comme le reflet inverse de l'enrichissement, comme s'il existait un « effet miroir »¹⁰⁶¹. Cette présentation est pourtant inexacte et il apparaît que l'appauvrissement est entendu plus restrictivement que l'enrichissement. En effet, alors que l'enrichissement est défini comme tout avantage évaluable en argent¹⁰⁶², l'appauvrissement ne couvre pas toutes les pertes pécuniairement évaluables. Il résulte de la jurisprudence, que deux types d'appauvrissement peuvent être indemnisés par l'action d'enrichissement injustifié : la rémunération espérée et la perte d'un bien ou d'une somme d'argent figurant antérieurement dans le patrimoine de l'appauvri. Comme pour la gestion d'affaires, la plus-value de l'enrichi ne saurait constituer un manque à gagner pour l'appauvri. Cette restriction n'est toutefois pas justifiée exactement par les mêmes raisons, puisqu'en cette hypothèse l'appauvri n'a pas souhaité conférer un bénéfice à l'enrichi. En vérité, la condition d'appauvrissement est construite de telle manière à ce qu'elle ne peut recouvrir que ce que l'appauvri a transféré à l'enrichi (le service, le bien en nature ou la somme d'argent). Aussi, seule la valeur du service et non ses suites (la plus-value résultant du service) est prise en considération. *A contrario*, la condition d'enrichissement ne se réduit pas à ce que l'enrichi a reçu, mais recouvre également les dépenses épargnées. Il en résulte une conséquence assez paradoxale. Puisque l'enrichissement est entendu de manière très extensive et que l'appauvrissement est, au contraire, appréhendé de manière plus étroite, il sera bien plus facile de trouver un

¹⁰⁶¹ Voir notamment le professeur Cabrillac, qui évoque l'appauvrissement comme « l'envers de l'enrichissement » (R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 12^e éd., Dalloz, 2016, n°206).

¹⁰⁶² Voir notamment Carbonnier qui précise que l'enrichissement représente « tout avantage pécuniairement appréciable » (J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°1223, p. 2436).

enrichissement correspondant à un appauvrissement que l'inverse. Si l'on ajoute à cela règle du double-plafond, l'action d'enrichissement injustifié servira, *in fine*, bien plus à compenser une perte qu'à restituer un gain. Le plafond de l'appauvrissement jouera donc bien plus souvent que celui de l'enrichissement, qui est au demeurant parfois déduit de l'appauvrissement¹⁰⁶³.

307. Une fausse limite – Les enrichissements indirects. Puisque l'enrichissement est entendu très largement et l'appauvrissement plus étroitement, l'on pourrait s'attendre à ce que l'appauvrissement instaure certaines limites à l'action d'enrichissement injustifié. Bien entendu, le fait que la jurisprudence ait dû ajouter des conditions à la suite de l'arrêt *Boudier*, celles de subsidiarité et d'absence de justification, montre déjà les faiblesses de cette supposée limite. Les lacunes de l'appauvrissement ont déjà été évoquées lors de la présentation du droit anglais, où certains auteurs discutent de l'opportunité d'intégrer une telle condition, à l'instar du droit canadien, pour lutter contre les enrichissements incidents¹⁰⁶⁴ et réduire la possibilité d'obtenir des restitutions en cas d'enrichissement indirect¹⁰⁶⁵. Les mêmes arguments peuvent *a fortiori* être repris s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié pour démontrer que l'appauvrissement ne permet pas de résoudre utilement ces difficultés. À l'instar des droits allemand et anglais, le droit français doit veiller à deux hypothèses particulières : l'enrichissement indirect et les enrichissements incidents. S'agissant des enrichissements indirects, c'est-à-dire lorsque l'enrichissement a d'abord transité dans le patrimoine d'un tiers avant d'être dans les mains du défendeur, la seule exigence d'un appauvrissement s'avère à elle seule impuissante, car le simple fait que l'enrichissement a été transféré à une autre personne que le bénéficiaire initial n'efface pas l'appauvrissement de l'appauvri. Il faudrait alors ajouter un lien de causalité entre l'enrichissement et l'appauvrissement, mais cette condition pourrait avoir pour conséquence d'exclure systématiquement l'action en cas d'enrichissement indirect, ce qui n'est pas la position actuelle du droit français. La jurisprudence n'utilise jamais l'exigence d'un lien direct et passe davantage par la condition d'absence de justification, qui permet de fermer l'action dès lors que l'enrichissement a été transféré par un contrat valablement conclu, sans pour autant fermer totalement la porte aux enrichissements indirects.

¹⁰⁶³ Voir *supra* n°294s., pour les dépenses épargnées où la règle du double plafond est sans application.

¹⁰⁶⁴ C'est-à-dire l'hypothèse où le demandeur, alors qu'il agit pour son compte, réalise un acte qui bénéficie également à d'autres, par effet « boule de neige », sur l'enrichissement incident voir *supra* n° 143.

¹⁰⁶⁵ Voir *supra* n°.

308. Le cas des enrichissements incidents. Pour les enrichissements incidents, le constat aurait pu être plus positif et l'exigence d'un appauvrissement aurait pu apporter une limite drastique si l'appauvrissement était synonyme d'une perte matérielle (somme d'argent ou bien en nature). En cette hypothèse, cette exigence aurait effectivement pu conduire au rejet de toutes les actions où l'appauvri, cherchant à satisfaire un intérêt personnel, enrichit par ricochet un tiers, qui profite de son action. La Cour de cassation a pu, dans un premier temps, s'engager dans cette voie en estimant que les propriétaires d'un moulin ne pouvaient invoquer l'action *de in rem verso* contre leur voisin, qui possédait un autre moulin situé en aval, au motif que ce dernier aurait bénéficié de l'eau fournie par le premier moulin¹⁰⁶⁶. Cette utilisation n'ayant causé aucun appauvrissement aux propriétaires du premier moulin qui « ont retiré du volume d'eau à eux concédé tout le profit correspondant à leurs débours qui seraient demeurés identiques même si les eaux n'avaient pas été utilisées en aval »¹⁰⁶⁷, ils ne peuvent prétendre à aucune indemnité. Toutefois l'appauvrissement ne permet pas de limiter suffisamment l'action, dès lors que l'on considère que le demandeur subit un appauvrissement par le simple accomplissement d'un service pouvant donner lieu à rémunération, surtout si, comme la jurisprudence, on estime que la dépense épargnée caractérise à la fois l'appauvrissement et l'enrichissement¹⁰⁶⁸. Dans l'exemple du moulin, le demandeur aurait ainsi pu arguer qu'il s'était bien appauvri, car il avait accompli un service qui aurait en principe dû être rémunéré, en fournissant gratuitement de l'eau à son voisin. Si la Cour a retenu, dans cet arrêt, une appréciation plus restrictive de l'appauvrissement, cela tient certainement aux faits de l'espèce, l'eau étant fournie au premier propriétaire par l'administration dans le cadre d'une concession¹⁰⁶⁹. Puisqu'il est pratiquement toujours possible de trouver une dépense épargnée de l'enrichi correspondant à un manque à gagner de l'appauvri, la jurisprudence a dû créer, de toutes pièces, une justification à l'appauvrissement en estimant que la poursuite d'un intérêt personnel fait obstacle à l'action. Ce qui explique que, dans des affaires similaires à l'arrêt précité, la Cour

¹⁰⁶⁶ Req. 22 juin 1927, S.1927.1.338.

¹⁰⁶⁷ Même décision.

¹⁰⁶⁸ Voir *supra* n° 296.

¹⁰⁶⁹ En effet, dans les faits, l'administration avait dans un premier temps accordé une concession aux propriétaires des deux moulins, qui payaient chacun une redevance. Cependant, la concession prend fin mais sans que ce ne soit expliqué dans l'arrêt, le premier propriétaire était toujours fourni en eau, tandis que le second propriétaire profitait, par ricochet, de l'utilisation de cette eau alors qu'il ne payait plus de redevance. L'action *de in rem verso* a donc été instrumentalisée par le demandeur pour maintenir (ou du moins pour tenter de maintenir) l'ancienne répartition des charges entre les deux propriétaires.

ne fasse plus référence à l'absence d'appauvrissement mais à l'intérêt personnel de l'appauvri. Il en va ainsi du propriétaire qui fait les travaux nécessaires pour la prolongation jusqu'à son terrain d'un réseau électrique, celle-ci profitant également à son voisin qui se branche par la suite à ce réseau avec l'accord de la compagnie d'électricité¹⁰⁷⁰. La motivation de cet arrêt est particulièrement intéressante car le demandeur au pourvoi reprochait au juge du fond d'avoir rejeté la demande en raison de l'absence d'appauvrissement, or le demandeur arguait que l'appauvrissement pouvait s'entendre « d'un défaut d'augmentation du patrimoine du demandeur à l'action ». La Cour rejette toutefois le pourvoi, car le juge du fond avait par ailleurs relevé que le demandeur avait accompli ses travaux dans un « but strictement personnel et pour son unique avantage avec une cause déterminée (...) que par ces seuls motifs, il a légalement justifié sa décision ». Tel qu'entendu par la jurisprudence, l'appauvrissement ne peut ainsi servir de filtre pour encadrer raisonnablement cette action. Il faudrait, pour qu'il en aille autrement, entendre l'appauvrissement comme une perte matérielle, ce qui n'est pas la direction prise par le droit positif.

309. La prise en considération d'un manque à gagner. – Comparaison avec l'espérance de gains des loteries publicitaires. Un dernier aspect mérite d'être relevé pour démontrer le caractère artificiel de l'appauvrissement en matière d'enrichissement injustifié. Généralement, la plupart des juristes français, en particulier depuis Rouast, s'affirment opposés à l'idée que l'appauvri puisse recevoir plus que ce qu'il n'aurait transféré, le droit n'offrant aucune action aux « envieux de la richesse d'autrui ». Avec cet argument, on aurait ainsi pu imaginer qu'aucune action ne devrait *a fortiori* être accordée au destinataire déçu d'une loterie publicitaire, puisque cela revient à lui accorder un droit sur un simple gain espéré, sans qu'il n'y ait aucun transfert de sa part. Au moins, s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, l'appauvri a toujours contribué à l'enrichissement de l'autre partie, même si ce dernier dépasse l'appauvrissement. Ce n'est pas le cas des loteries publicitaires où le destinataire est purement passif, il reçoit simplement un courrier, et ne peut démontrer aucun lien avec le gain espéré, si ce n'est la chance. Pour autant et curieusement, cet argument n'a jamais été relevé s'agissant des loteries publicitaires, où la

¹⁰⁷⁰ Civ. 1^{re}, 19 oct. 1976, n°75-12.419, *Bull.* 1976, I, n°300, p.241. Il s'agit encore d'une hypothèse où un plaideur tente d'instrumentaliser l'action d'enrichissement injustifié pour obtenir une répartition équitable des coûts entre lui et ceux qui bénéficient, par contre-coup, des travaux qu'il a entrepris. Il ne s'agit pas d'une logique de restitution d'un gain.

jurisprudence a assez rapidement octroyé une action au destinataire déçu. Il faut croire que la faute du défendeur, caractérisée par l'annonce délibérément trompeuse, a obscurci le débat en déplaçant le problème. Cependant, quand bien même l'organisateur des loteries serait fautif, on peine à déceler le lien entre le gain espéré et le demandeur déçu, si ce n'est la simple espérance d'un gain, qui en elle-même ne permet pas de justifier l'obligation mise à la charge de l'organisateur des loteries¹⁰⁷¹. C'est toute l'originalité des sources d'obligations s'attardant sur un gain du défendeur, contrairement à celles se focalisant sur la perte du demandeur : la faute ne permet pas, à elle seule, d'accorder à la victime un droit sur l'enrichissement résultant de cette faute. Cette insuffisance est bien illustrée par le droit anglais des *restitutions for wrong*, la caractérisation d'un *wrong* étant insuffisante pour justifier le reversement du gain¹⁰⁷².

2) Au stade de l'évaluation : la règle du double plafond

310. Une unanimité étonnante. La règle du double plafond est présentée comme équitable et permettrait, d'une part, d'indemniser l'appauvri sans appauvrir l'enrichi qui ne serait pas contraint de reverser davantage que l'enrichissement reçu, et d'autre part, d'empêcher d'enrichir l'appauvri en l'interdisant de percevoir davantage que la valeur de son appauvrissement¹⁰⁷³. Aussi naturelle qu'elle puisse paraître, la règle du double plafond ne s'est imposée que depuis récemment, les premiers auteurs ayant théorisé l'enrichissement injustifié n'en font pas mention, et ce notamment parce qu'ils se concentrent sur l'enrichissement de l'enrichi et non sur l'appauvrissement de l'appauvri¹⁰⁷⁴. La seule occurrence ancienne trouvée se situe dans les écrits de Pothier, et encore seulement dans un contexte particulier, celui des récompenses dues à ou par la communauté. Or ce cas particulier ne répond pas exclusivement à la logique de l'enrichissement injustifié, mais davantage à une logique de répartition des coûts et bénéfices entre époux, ce qui peut

¹⁰⁷¹ Voir cependant contra C. GRIMALDI, th. préc., spéc. n° 217 et n° 237 l'auteur estime que le fait d'avoir sciemment créé une apparence est suffisant pour obliger son auteur à exécuter l'engagement promis.

¹⁰⁷² Voir *supra* n° 209.

¹⁰⁷³ Voir notamment M. DOUCHY, th. préc., n°20.

¹⁰⁷⁴ Grotius n'évoque que l'obligation pour le défendeur de rendre ce qu'il a reçu avec les fruits encore en nature (H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 394, n° IV). Quant à Pufendorf, même si le terme de dommage apparaît, il y a une stricte équivalence avec le gain perçu par le défendeur, ce gain devant normalement revenir au demandeur, ce dernier subit un dommage par la simple désappropriation de ce gain, il n'y a donc pas lieu d'appliquer la règle du double plafond (S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 545-546).

justifier la double limite¹⁰⁷⁵. La double limitation n'apparaît véritablement qu'une fois que l'action d'enrichissement sans cause se détache de la gestion d'affaires, dont elle suit en partie le régime, et part de l'idée qu'il faut d'abord indemniser l'appauvri de la perte subie, dans la limite de l'enrichissement de l'enrichi, car l'appauvri n'a pas agi par altruisme.

Il est également intéressant de regarder au-delà de nos frontières pour s'apercevoir, qu'ailleurs, cette règle n'est absolument pas perçue comme naturelle, bien au contraire elle est même parfois présentée comme contraire à l'idée même d'enrichissement injustifié¹⁰⁷⁶. Le droit allemand ne l'applique pas et elle n'est pas non plus de droit positif en Angleterre, bien que certains auteurs y soient favorables¹⁰⁷⁷. Cela ne signifie pas qu'il soit absolument impossible de défendre une telle règle, mais il est particulièrement frappant de constater en droit français que non seulement ce principe d'évaluation n'est jamais remis en cause, mais qu'en plus, il ne fait l'objet d'aucune justification réelle. Il faut tout de même noter que si cette règle n'est jamais contestée dans son principe¹⁰⁷⁸, elle est souvent la raison invoquée pour refuser de fonder certaines solutions sur l'enrichissement injustifié. En particulier s'agissant des hypothèses où le défendeur a accaparé un enrichissement revenant légitimement au demandeur, par exemple en cas de violation d'un droit de propriété intellectuelle.

311. Un raisonnement circulaire. Au-delà de ces premiers inconvénients, il nous semble que cette règle est théoriquement incohérente et résulte d'un mauvais compromis.

¹⁰⁷⁵ En effet, cette double limite, la récompense ne pouvant être supérieure à la valeur la plus faible entre le profit retiré par la communauté (ou le conjoint) et la dépense effectuée par la communauté (ou le conjoint) est moins une application particulière de l'enrichissement injustifié qu'une règle spéciale, qui n'est d'ailleurs pas fondée uniquement sur l'enrichissement injustifié, voir *infra* n° 473s., Pothier ne consacre pas de chapitre spécifique à l'enrichissement injustifié et évoque cette source d'obligation à de multiples endroits, mais il n'évoque qu'une seule fois cette double limite dans un passage consacré aux récompenses : « Ier principe. Toutes les fois que l'un des conjoints s'enrichit aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense. IIe principe. La récompense n'est pas, toujours de tout ce qu'il en a coûté à la communauté ; elle n'est due que jusqu'à concurrence de ce que le conjoint a profité. IIIe principe. Elle n'excède jamais ce qu'il en a coûté à la communauté, quelque grand qu'ait été le profit qu'a retiré le conjoint » (J.-J. BUGNET, *op.cit.*, T.1, n°119, p. 247).

¹⁰⁷⁶ Voir *supra* n° 155.

¹⁰⁷⁷ Voir notamment C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°6-106s. ; G. VIRGO, *op. cit.*, p. 104s.; ainsi que A. TROTTER, "The double ceiling on unjust enrichment: old solutions for old problems", *Cambridge Law Journal*, 2017, 76 (1), p. 168-195.

¹⁰⁷⁸ À quelques exceptions près, voir notamment les thèses de C. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français. Analyse interne et vues comparatives*, th. Lille II, 1999, p.212s., l'auteur estime ainsi que « l'enrichissement sans cause est traité comme une sous-catégorie de la responsabilité civile » (p.214) ; D.-J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, th. Paris II, 1978, T.2, p.316s. Ces deux thèses adoptent toutes les deux une démarche comparative entre le droit français et le droit allemand, qui inspirent fortement les deux auteurs.

L'enrichissement injustifié, entendu comme source d'obligation, n'ayant jamais fait l'objet d'une étude approfondie quant à sa finalité et son fondement, ce vide rejaillit sur le régime et en particulier sur la manière de calculer l'indemnité. Il faut de prime abord balayer une idée reçue selon laquelle si l'appauvrissement est exigé comme une condition de l'action, il doit nécessairement être une mesure de l'action ou l'intérêt de l'action. L'appauvrissement peut simplement être perçu comme un lien permettant de relier l'enrichissement au demandeur, sans être pris en considération au stade de l'évaluation¹⁰⁷⁹. Il faut aussi écarter une autre idée qui veut que cette double limite se justifie par des raisons d'équité. D'une part parce que l'équité peut difficilement permettre d'établir une règle générale et commanderait davantage une solution au cas par cas, et d'autre part, puisque le droit ne doit pas encourager les « envieux de la richesse d'autrui », l'équité pourrait simplement commander la compensation de l'appauvrissement, sans aucun droit sur l'enrichissement¹⁰⁸⁰. De manière plus fondamentale, considérer que l'enrichi n'a droit qu'à la plus faible des deux valeurs entre l'enrichissement et l'appauvrissement revient en réalité à mélanger deux étapes et conduit nécessairement à un résultat paradoxal. La règle du double plafond revient à admettre que l'enrichissement n'est injustifié qu'en raison de l'appauvrissement, ce qui rejoint la motivation de l'arrêt *Boudier*¹⁰⁸¹. Ce raisonnement pouvait, en effet, se comprendre à l'époque de l'arrêt *Boudier*, où la Cour de cassation semblait admettre qu'il suffisait d'établir un enrichissement et un appauvrissement corrélatifs pour que l'action *de in rem verso* soit accueillie. Pourtant, ce raisonnement paraît un peu circulaire. En effet, si l'enrichissement est injustifié dans la mesure de l'appauvrissement, il est tout de même permis de se demander ce qui pourrait justifier l'indemnisation d'un appauvrissement que l'appauvri s'est lui-même infligé. Or, il semble que la réponse soit l'enrichissement de l'enrichi. Ainsi, l'enrichissement serait injustifié en raison de l'appauvrissement causé à l'appauvri et l'appauvrissement serait lui-même injustifié en raison de l'enrichissement procuré à l'enrichi.

312. Le paradoxe : le maintien d'un enrichissement injustifié. Ce raisonnement n'a cependant pas tenu longtemps, notamment parce que les conditions d'enrichissement et

¹⁰⁷⁹ C'est d'ailleurs la position d'un auteur anglais, E. BALL, *Enrichment at the Claimant's Expense, Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016, p.77.

¹⁰⁸⁰ Il convient de constater qu'en pratique, cela reflète davantage l'application de la règle du double-plafond par les juges, voir les paragraphes suivants, *infra* n° 313s.

¹⁰⁸¹ Req. 15 juin 1892, déc. préc. : « qu'il suffit pour la rendre recevable que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ».

d'appauvrissement ne permettaient pas à elles seules de délimiter convenablement l'action. La jurisprudence a alors dégagé une condition autonome d'absence de justification à l'enrichissement (anciennement absence de cause). On aurait ainsi pu penser qu'avec l'affinement de la règle issue de l'arrêt de *Boudier* et l'ajout de la condition d'absence de justification, la règle du double plafond soit supprimée. En effet, à partir du moment où l'on considère que l'enrichissement est injustifié, l'indemnité devrait tenir compte de l'intégralité de cet enrichissement injustifié. Or, dans l'hypothèse où l'appauvrissement est inférieur à l'enrichissement, seule une partie de cet enrichissement est reversée à l'appauvri. Cependant, si l'appauvrissement ne permet pas de caractériser l'absence de justification de l'enrichissement, ce « surplus » d'enrichissement reste, par hypothèse, injustifié. Il faut toutefois mentionner une complication supplémentaire, dès lors qu'il est également admis que l'appauvrissement doit également être injustifié¹⁰⁸². En ce cas, si tant l'appauvrissement que l'enrichissement sont injustifiés, la conséquence logique serait que les deux soient indemnisés ou au moins, si l'on considère que cela reviendrait à indemniser deux fois l'appauvri¹⁰⁸³, que la valeur prise en considération soit la plus forte et non la plus faible. La solution actuelle a en effet pour conséquence de maintenir un enrichissement injustifié, si l'appauvrissement est plus faible, ou un appauvrissement injustifié, si l'enrichissement est plus faible. Si cette règle est malgré tout maintenue, cela tient moins à son caractère équitable qu'aux conséquences potentiellement inopportunes si tout l'enrichissement devait être systématiquement reversé, ce qu'un bref panorama de la jurisprudence permet de constater.

313. Une règle en défaveur de l'enrichissement. Si l'on dépasse cette incohérence théorique, l'utilisation de cette règle par la jurisprudence démontre que cette double limite joue de telle manière que l'appauvrissement sera en pratique souvent intégralement compensé et l'enrichissement partiellement restitué¹⁰⁸⁴. Bien sûr, cela tient en grande partie

¹⁰⁸² Ce qui résulte, d'après certains auteurs, notamment des articles 1303-1 et 1303-2 (voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1308).

¹⁰⁸³ Intuitivement et en opportunité ce résultat paraît inacceptable, mais à y réfléchir la réponse n'est pas si évidente que cela, au moins lorsqu'il est possible de caractériser très distinctement l'appauvrissement de l'enrichissement, notamment lorsque l'appauvri a amélioré le bien d'autrui, les coûts de la prestation (appauvrissement) n'étant pas nécessairement équivalents à la plus-value apportée (enrichissement).

¹⁰⁸⁴ Un rapide aperçu du contentieux montre que, à rebours de certaines idées reçues, l'enrichissement est bien souvent supérieur à l'appauvrissement du demandeur, notamment dans le contentieux où le demandeur a amélioré un bien du défendeur, lui conférant ainsi une plus-value. C'est d'ailleurs pour cette raison, qu'à l'origine, les rédacteurs du Code civil ont voulu laisser le choix au propriétaire du fonds entre le remboursement de la plus-value apportée au terrain par le tiers ou le remboursement du coût des travaux (voir A. FENET, *op. cit.*, T. 11, p. 141).

au domaine de l'enrichissement injustifié qui, en raison de son caractère subsidiaire, ne peut s'appliquer qu'à des hypothèses non couvertes par la répétition de l'indu ou la gestion d'affaires. Soit en pratique lorsque l'enrichissement prend la forme d'un service, sans que l'appauvri n'ait eu la moindre volonté d'aider autrui, ou toute forme d'enrichissement lorsqu'il y a eu plusieurs transferts (enrichissements indirects). Lorsque le service accompli n'emporte aucune plus-value pour l'enrichi, autrement dit en cas de service pur, il a déjà été noté que l'enrichissement était automatiquement déduit de l'appauvrissement, de sorte que la règle du double plafond est sans objet¹⁰⁸⁵. Dans les autres cas, l'application de cette règle empêchera, en pratique, l'appauvri de récupérer intégralement la plus-value réalisée par l'enrichi. Mais il nous semble qu'une autre raison, rarement exprimée en droit français, explique que la règle du double-plafond implique souvent un plafonnement de l'enrichissement¹⁰⁸⁶. Pour mieux le comprendre, il faut avoir en tête l'application pratique la plus fréquente du double plafond : une personne finance en partie les travaux de construction d'un immeuble qui appartient à une autre ou améliore par son fait l'immeuble d'autrui, sans que cela ne puisse constituer une construction au sens de l'article 555 du Code civil¹⁰⁸⁷.

314. Le rejet d'un droit sur la plus-value d'un bien appartenant à autrui. En cas de simple amélioration ou de financement d'une construction, il n'y a aucune adjonction d'un bien appartenant à l'appauvri, ni de transfert direct d'une somme d'argent à l'enrichi. En revanche, un bien appartenant intégralement à l'enrichi voit sa valeur augmenter. Or, par principe, le droit attribue la plus-value d'un bien au seul propriétaire, hormis les hypothèses où ce droit de propriété entre en conflit avec le droit de propriété d'un tiers, ce qui est l'hypothèse typique de l'accession qui règle un conflit entre deux propriétaires¹⁰⁸⁸. Ce n'est pas le cas dans les exemples précités et si l'on peut comprendre que le demandeur ne supporte pas, par exemple, seul le montant des travaux, il ne doit par principe avoir aucun droit sur la plus-value d'un bien appartenant à un tiers. Cet aspect permet d'apporter un

¹⁰⁸⁵ Voir *supra* n° 296.

¹⁰⁸⁶ Cette raison est en revanche davantage exprimée chez les quelques auteurs anglais défendant l'introduction de l'appauvrissement au sein de l'*unjust enrichment*, voir *supra* n° 150.

¹⁰⁸⁷ Sinon il n'est nul besoin de passer par l'action d'enrichissement injustifié, l'article 555 du Code civil prévoit déjà un régime pour ce cas. Cependant cet article est inapplicable en cas de simple amélioration, ce qui sera le cas lorsque l'ouvrage « n'a pas une autonomie suffisante par rapport au sol pour pouvoir être appréhendé comme un objet distinct de propriété » (W. DROSS, « Propriété. - Droit d'accession sur ce qui s'unit ou s'incorpore aux choses immobilières. - Constructions, plantations et ouvrages », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 554 et 555, 2017, n°55).

¹⁰⁸⁸ Le propriétaire de la chose unie à l'autre perd ainsi son droit de propriété.

nouvel éclairage sur l'histoire de l'action d'enrichissement injustifié et permet notamment de comprendre pourquoi cette action est plutôt passée par la gestion d'affaires que par la répétition de l'indu. L'utilisation de l'action d'enrichissement injustifié ne vise pas à restituer un gain, ici la plus-value, mais seulement à compenser une perte, plus exactement à faire supporter les coûts, ou une partie de ces coûts, au propriétaire du bien amélioré, plutôt qu'au demandeur. À l'instar de la gestion d'affaires, l'objectif est d'éviter que le demandeur ne subisse les effets néfastes d'une intervention qui a été avantageuse pour un tiers. Il s'agit d'une logique de gestion d'affaires et non d'enrichissement injustifié, sauf qu'il n'existe aucune intention de gérer. Il faut donc trouver un autre élément permettant de justifier l'action du pseudo-gérant et cet élément a été trouvé dans l'enrichissement procuré au maître. Pourtant, l'objectif n'est pas de restituer l'enrichissement apporté au maître, précisément parce que cet enrichissement est censé lui revenir. L'enrichissement jouerait alors davantage comme un « fait générateur », plutôt que comme une mesure de l'indemnité. Ce qui contraste avec la logique de la répétition de l'indu, qui vise à corriger les effets d'un transfert vicié de la chose à un tiers et qui suppose un droit de propriété initial sur la chose transférée. Il nous semble cependant que, s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, ce n'est pas l'enrichissement injustifié qui justifie l'action de l'appauvri, mais davantage l'idée que l'appauvri a réalisé une dépense qui n'a d'intérêt que pour un tiers¹⁰⁸⁹. Cette action d'enrichissement injustifié est alors mal-nommée car il est moins question d'enrichissement injustifié que d'appauvrissement injustifié.

315. L'application de la règle du double plafond en cas de plus-value résultant d'un service. Lorsque l'appauvri a conféré un service procurant une plus-value, par exemple s'il a financé la construction d'un immeuble sur un terrain nu ce qui augmente la valeur du terrain, il est possible de voir deux enrichissements pour le propriétaire : d'une part, la dépense épargnée (le financement des travaux) et, d'autre part, la plus-value apportée au terrain, les deux constituant des enrichissements distincts. En ce cas, faut-il tenir compte, au titre de l'enrichissement, de la somme de ces deux valeurs ou faut-il établir une hiérarchie entre les deux ? Est-ce qu'il faut admettre que la dépense épargnée n'est prise en considération qu'en l'absence de tout autre enrichissement ? La réponse n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Un arrêt permet d'ailleurs de montrer l'embarras que peut causer cette situation¹⁰⁹⁰. Dans des circonstances qui ne sont pas précisées, une personne avait

¹⁰⁸⁹ Sur ce point voir la partie II, *infra* n° 447.

¹⁰⁹⁰ Civ. 1^{re}, 15 décembre 1976, n°75-12.290, *Bull* 1976, I, n°408, p.319.

réalisé des travaux de restauration dans un immeuble et réclamait une indemnité au propriétaire au titre de l'enrichissement sans cause. Les juges d'appel ont, sur ce fondement, condamné le propriétaire à rembourser le coût des travaux, mais ils n'ont pas recherché si ces travaux avaient apporté une plus-value à l'immeuble car ils ont estimé qu'il est « dérogé à la règle de double limite de l'indemnisation lorsque l'enrichissement, comme en la présente espèce, a consisté dans une somme d'argent que l'enrichi a économisé, l'appauvri pouvant toujours réclamer en ce cas la totalité de la somme »¹⁰⁹¹. La cassation n'est *a priori* pas surprenante et semble légitimer par le simple fait que les juges du fond aient estimé qu'il y avait une dérogation à la règle du double plafond¹⁰⁹². Cependant la motivation de l'arrêt de cassation est surprenante car la Cour ne se contente pas d'affirmer que la règle s'applique en toute hypothèse, mais précise ici que l'enrichissement du défendeur « a consisté en la plus-value apportée à son immeuble par les améliorations apportées ». Pris à la lettre, cela signifie que seul l'accroissement de patrimoine (la plus-value) compte en ce cas, la dépense épargnée n'étant pas prise en considération dans le calcul l'enrichissement.

316. L'enrichissement par dépense épargnée : une forme subsidiaire d'enrichissement ? Cette « hiérarchisation » des enrichissements se constate parfois dans les décisions des juges du fond, qui ne prennent en compte au titre de l'enrichissement que la seule plus-value à l'exclusion de la dépense épargnée¹⁰⁹³. Cet « oubli » pourrait être une nouvelle preuve qu'il est artificiel de voir dans une dépense épargnée un enrichissement du défendeur. Lorsqu'il existe un autre enrichissement, un accroissement d'actif, il n'est pas nécessaire de recourir à la dépense épargnée, car elle sera nécessairement prise en compte au titre de l'appauvrissement (puisqu'en ce cas enrichissement et appauvrissement se confondent¹⁰⁹⁴). Le recours, au titre de l'enrichissement du défendeur, à la dépense épargnée n'est nécessaire que lorsqu'il n'existe aucune autre forme d'enrichissement et ce pour éviter

¹⁰⁹¹ *Ibid.*

¹⁰⁹² La rédaction de l'arrêt d'appel est sans doute un peu maladroite, mais il semble qu'elle démontre ici que dans l'hypothèse d'une seule dépense épargnée (ce qui n'était pas le cas en l'espèce) la règle du double plafond est sans objet.

¹⁰⁹³ Voir par exemple un arrêt de la Cour d'appel de Limoges du 16 novembre 2015 (n°15/00444). Deux concubins avaient participé à la construction du logement commun sur un terrain appartenant à la concubine. L'article 555 a été jugé inapplicable puisque la construction procédait d'un accord des concubins qui vivaient ensemble à l'époque des faits et qu'il n'était pas apporté la preuve que le concubin ait été propriétaire des matériaux. Pour le calcul de l'indemnité au titre de l'enrichissement sans cause, les juges ont pris en considération au titre de l'enrichissement, la différence entre la valeur de l'immeuble comprenant la construction avec celle du terrain nu, tandis que l'appauvrissement était caractérisé par l'ensemble des dépenses générées par les travaux. En l'espèce, l'appauvrissement était la valeur la plus faible.

¹⁰⁹⁴ Voir *supra* n° 296.

le rejet de l'action. Il faut toutefois remarquer que cette absence de prise en considération de la dépense épargnée lorsque le service a procuré une plus-value à l'enrichi peut conduire à un résultat paradoxal, dans l'hypothèse où le montant de la plus-value est moins important que le montant de l'appauvrissement. Le paradoxe est que l'indemnité due à l'appauvri sera alors moins importante que si l'appauvrissement n'avait entraîné aucune plus-value pour l'enrichi. En effet, dans le cas d'une dépense épargnée, l'appauvri est certain d'obtenir une indemnité au moins égale à son appauvrissement¹⁰⁹⁵. En revanche, lorsqu'il existe une plus-value plus faible que l'appauvrissement, l'appauvri n'obtiendra pas une « réparation intégrale ». Un arrêt de cour d'appel, par la suite cassé, peut servir d'illustration. Un concubin avait remboursé un prêt ayant servi à financer des travaux d'amélioration de l'immeuble appartenant à la concubine et les juges du fond avaient accordé une indemnité au concubin en ne prenant en considération que le seul montant des remboursements¹⁰⁹⁶. Cet arrêt fut cassé au motif que les juges auraient dû rechercher la valeur constitutive de la plus-value immobilière¹⁰⁹⁷. Encore une fois, cette cassation ne paraît pas surprenante, mais elle montre une différence entre les hypothèses où le service ne conduit à aucune plus-value et où l'appauvri peut donc obtenir une indemnité couvrant intégralement son appauvrissement, et les cas où le service apporte une plus-value. En ce dernier cas, seule la plus-value sera constitutive d'un enrichissement. L'appauvri n'est donc pas assuré d'obtenir une indemnisation intégrale. Ainsi, dans la dernière affaire citée, si le remboursement avait simplement servi au financement des dépenses de la vie courante¹⁰⁹⁸, sans aucune plus-value, le concubin aurait pu obtenir le remboursement du prêt.

¹⁰⁹⁵ Puisque le montant de la dépense épargnée (enrichissement) correspond nécessairement à celui du manque à gagner (appauvrissement).

¹⁰⁹⁶ CA Bastia, 31 oct. 2012, n°10/00939 : « Que ces paiements mensuels représentent d'une part un appauvrissement sans cause pour Jean-Louis R. qui n'est plus tenu de participer aux charges du ménage mais doit continuer à assumer seul le remboursement des prêts et d'autre part un enrichissement sans cause pour les mêmes raisons pour Marie-France G. qui jouit seule des améliorations et dont le patrimoine immobilier bénéficie d'une plus-value », les juges avaient donc simplement constaté qu'il existait une plus-value, sans prendre en compte le montant de cette plus-value pour l'évaluation de l'indemnité, qu'ils ont estimée égale au montant des mensualités du prêt.

¹⁰⁹⁷ Civ. 1^{re}, 24 mai 2017, n°13-10237 : « Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui incombait, quelle était, au jour de l'introduction de l'instance, la valeur de la plus-value immobilière constitutive de l'enrichissement de Mme Y, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁰⁹⁸ En imaginant qu'elles dépassent la « contribution normale due entre concubins » (sur cet aspect voir *supra* n° 262s.), en ce cas la concubine aurait fait l'économie d'une dépense.

II : La distinction avec la responsabilité civile

317. Une distinction de plus en plus délicate. Le fait que deux quasi-contrats sur trois, l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires, soit utilisés uniquement afin de compenser une perte altère considérablement la distinction avec la responsabilité civile¹⁰⁹⁹. Puisqu'il n'est plus possible de discerner l'enrichissement injustifié de la responsabilité civile selon la finalité, restituer un gain pour l'une et compenser une perte pour l'autre, il faut trouver une autre ligne de démarcation. Le problème est que la responsabilité civile est non seulement essentiellement définie par sa finalité, la compensation d'un préjudice, mais qu'en plus, cette notion clé de préjudice demeure relativement imprécise. Il en résulte que l'étendue de la responsabilité civile est difficile à cerner, ce qui devient gênant dès lors qu'il est admis que la classification des sources d'obligation ne se réduit pas à la responsabilité et au contrat. Si, par ailleurs, il est affirmé que la responsabilité tient lieu de véritable droit commun à toutes les sources d'obligations extracontractuelles, il est tentant de traiter l'enrichissement injustifié comme une nouvelle subdivision de la responsabilité civile. Les risques d'absorption de l'enrichissement injustifié par la responsabilité civile sont réels à court terme (A), mais il est déjà possible de noter une influence de la responsabilité civile à travers le rôle de la faute dans les quasi-contrats (B).

A) Les risques d'absorption de l'enrichissement injustifié par la responsabilité civile

318. L'absence de spécificité de l'enrichissement injustifié. Étant donné que l'enrichissement ne joue qu'un rôle négligeable, voire est totalement indifférent, dans deux quasi-contrats sur trois, il n'est pas possible *de lege lata* d'affirmer que la distinction entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile repose sur la distinction entre fait profitable et fait dommageable. Cependant, il est difficile de trouver un autre critère de différenciation. Il devient alors impossible de dresser des frontières certaines entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié (1) et ce n'est pas le nouveau critère proposé, tenant à l'identité de l'auteur du dommage, qui permettra de remédier à ce problème (2).

¹⁰⁹⁹Sur cet aspect voir notre article : M. COMBOT, « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC* n°4, 2019, p.306s.

1) L'impossibilité de délimiter le domaine de la responsabilité civile par rapport à l'enrichissement injustifié

319. Une notion extensive du préjudice. Quand bien même toute exigence de perte ou d'appauvrissement serait supprimée de l'enrichissement injustifié, les difficultés de distinction avec la responsabilité civile ne seraient pas totalement résolues. En effet, la différence entre la restitution d'un enrichissement et la compensation d'un préjudice n'est pas aussi nette qu'il y paraît, et ce en grande partie en raison de la manière dont la notion de préjudice est envisagée. Contrairement à la condition d'appauvrissement qui est entendue de manière plus restrictive dans l'action d'enrichissement injustifié¹¹⁰⁰, le préjudice peut inclure un manque à gagner. Cela n'est pas en soi critiquable, mais il est intéressant de constater la manière dont ce manque à gagner est évalué, en droit de la responsabilité civile, lorsque, par ailleurs, le défendeur a réalisé un gain. Les exemples les plus notables concernent les actions pour violation du droit à l'image¹¹⁰¹ ou violation d'un droit de propriété intellectuelle. Bien qu'il ne soit en principe question que de la compensation d'un préjudice, il n'est pas rare que les gains réalisés soient en partie pris en considération dans l'évaluation du préjudice. S'agissant de la violation d'un droit de propriété intellectuelle, cela est même expressément prévu par l'article L331-1-3 3° du Code de la propriété intellectuelle¹¹⁰². En cas de violation de droits de la personnalité, si par principe, il n'est pas possible de tenir compte des profits dégagés par le défendeur, les magistrats contournent parfois cette impossibilité en utilisant des éléments qui tiennent compte des bénéfices. En matière du droit à l'image, il est notamment possible de se référer au tirage de la publication ou, s'agissant du préjudice patrimonial, du prix qu'aurait habituellement perçu le demandeur s'il avait consenti à la diffusion de son image¹¹⁰³. La prise en considération de ces éléments n'est cependant qu'indirecte, ainsi, en apparence, les

¹¹⁰⁰ Voir *supra* n° 306.

¹¹⁰¹ Il n'est pas ici question de discuter du fondement de cette action, tirée de l'article 9 du Code civil, car même en admettant son autonomie, son régime reste très proche de celui de la responsabilité civile, en particulier s'agissant de la réparation du préjudice patrimonial, voir notamment A. LEPAGE, « Droits de la personnalité », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2009, n°252.

¹¹⁰² Cet article dispose : « Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement : (...) 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits ».

¹¹⁰³ J.-C. SAINT-PAU, « Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. - Régime. Actions », *Jurisclass. Civil Code, Art. 9, Fasc. 20*, 2012, n°130 et 131 : « En définitive, et à condition de ne pas se référer ouvertement à un barème, les juges peuvent, dans le cadre de leur appréciation souveraine, tenir compte des profits réalisés pour fixer un manque à gagner. Cette prise en compte ne serait pas censurée par la Cour de cassation qui ne contrôle que la motivation de l'évaluation, mais non les critères se retranchant derrière l'appréciation des juges du fond ».

principes de la responsabilité civile sont bien respectés, seul le préjudice est réparé et il l'est intégralement, ni plus ni moins.

320. La conséquence : l'utilisation de la responsabilité civile pour « dégorger » un enrichissement. Si l'on ajoute à la notion extensive de préjudice, le régime relativement souple de la responsabilité civile, il n'est pas difficile de comprendre la tentation de recourir à la responsabilité civile, lorsque l'objectif véritable est de restituer un gain, qui aurait dû revenir au demandeur¹¹⁰⁴. En effet, le principe de réparation intégrale est une limite beaucoup moins contraignante que la règle du double plafond, dans l'action d'enrichissement injustifié. D'ailleurs, la règle du double-plafond est souvent la raison principale justifiant le refus d'utiliser l'enrichissement injustifié pour traiter des hypothèses, où le défendeur a accaparé un enrichissement revenant au demandeur¹¹⁰⁵. Si l'action d'enrichissement injustifié avait pour réel objectif de restituer un enrichissement, elle pourrait pourtant être l'action la plus indiquée pour traiter de ces hypothèses. Cependant, le fait que l'action d'enrichissement injustifié ait, de droit positif, une nature indemnitaire l'empêche d'être utilisée. Pire, étant donné que la condition d'appauvrissement est entendue plus restrictivement que la condition de préjudice, car l'appauvrissement ne couvre pas les gains manqués, la responsabilité civile est préférée à l'enrichissement injustifié. L'action d'enrichissement injustifié a, à cet égard, un aspect plus indemnitaire que la responsabilité civile, puisqu'elle ne peut jamais être utilisée pour restituer un enrichissement qui ne correspondrait pas à un appauvrissement. Le seul quasi-contrat qui aurait éventuellement pu être utilisé en raison de sa nature « restitutoire » (c'est-à-dire focalisé sur le gain du défendeur et non sur la perte du demandeur) est la répétition de l'indu, mais cette action est à l'heure actuelle limitée aux cas où le *solvens* a lui-même transféré l'enrichissement à l'*accipiens*. La répétition de l'indu est cependant le quasi-contrat le plus marginalisé et il est indiscutable qu'au regard des deux autres quasi-contrats (la gestion d'affaires et l'action d'enrichissement injustifié) la distinction entre le fait profitable (quasi-contrat) et le fait dommageable (responsabilité civile) ne tient pas. Bien au contraire, si l'on se concentre sur ces deux quasi-contrats (gestion d'affaires et action d'enrichissement injustifié), ils relèvent

¹¹⁰⁴ En ce sens voir P. REMY, « Les restitutions dans un système de quasi-contrats : l'expérience française », in L. VACCA (dir.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, 2003, p.91.

¹¹⁰⁵ Voir notamment S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 1995, n°147.

davantage du fait dommageable que du fait profitable, dans la mesure où ces deux quasi-contrats ont pour effet de compenser une perte.

2) Le critère de l'identité de l'auteur du fait dommageable

321. Un critère *a priori* satisfaisant. Puisqu'il n'est pas possible d'utiliser la distinction entre fait profitable et fait dommageable pour différencier les quasi-contrats de la responsabilité civile, un autre critère de distinction doit être trouvé. Il a alors été proposé de recourir au critère de l'identité de l'auteur du fait dommageable, puisqu'il est possible de voir un fait dommageable dans les quasi-contrats¹¹⁰⁶. Ainsi, les quasi-contrats reposeraient sur un fait du créancier, le créancier ayant lui-même causé son propre dommage, alors que la responsabilité civile reposerait sur un fait du débiteur¹¹⁰⁷. *A priori* ce nouveau critère est plus satisfaisant que le précédent (le critère du fait profitable). En effet, s'agissant de la répétition de l'indu, la plupart des dispositions du Code civil impliquent un transfert du *solvens* à l'*accipiens*¹¹⁰⁸ ; pour la gestion d'affaires, c'est bien le gérant qui s'immisce dans les affaires du maître ; enfin, pour l'action d'enrichissement injustifié, la condition de subsidiarité fait que cette action sera bien souvent écartée si l'appauvrissement trouve son origine dans le fait du débiteur (l'enrichi), car il existera bien souvent dans ce cas une autre action applicable¹¹⁰⁹. Cependant, même si ce nouveau critère est plus fidèle à l'état du droit positif, il présente certaines limites. En particulier, le critère du fait du créancier met l'accent sur un point secondaire, qui ne justifie pas l'obligation qui pèse sur le débiteur. De plus, il ne semble pas justifier l'autonomie de cette source, au point qu'il serait possible de s'interroger sur une absorption des quasi-contrats par la responsabilité civile.

322. Un critère insuffisant pour la répétition de l'indu. Si le schéma classique de la répétition de l'indu implique un transfert du *solvens* à l'*accipiens*, le critère du fait du

¹¹⁰⁶ Pour les quasi-contrats d'enrichissement injustifié et de gestion d'affaires en tout cas, car cela est bien plus contestable en cas de répétition de l'indu, où la perte du *solvens* est indifférente, l'action se concentrant sur le gain de l'*accipiens* (sur cet aspect voir *supra* n° 240).

¹¹⁰⁷ F. CHENEDE, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *RDC* n°1, 2011, p.305s., spéc. p. 318 : « alors que dans les délits et quasi-délits, l'appauvrissement est imposé, dans les quasi-contrats, l'appauvrissement est spontané ».

¹¹⁰⁸ L'article 1302-1 du Code civil dispose que « celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu ». Il faut toutefois noter une exception à l'alinéa 2 de l'article 1302-2 qui prévoit, en cas de paiement de la dette d'autrui, que le *solvens* puisse agir directement contre le véritable débiteur.

¹¹⁰⁹ Même si les dispositions relatives à l'action d'enrichissement n'interdisent pas une extension de cette action à un cas où l'appauvrissement aurait été causé par l'enrichi.

créancier recouvre imparfaitement la répétition de l'indu. Outre l'alinéa 2 de l'article 1302-2, qui admet désormais que le *solvens* qui a payé la dette d'autrui peut se retourner contre le véritable débiteur, et non contre celui qui a reçu le paiement¹¹¹⁰, la répétition de l'indu ne se limite pas à un fait du *solvens*. En effet, il est admis que le *solvens* dispose d'un recours contre l'*accipiens* en cas de contrainte de sa part¹¹¹¹, ce qui implique également un fait du débiteur. L'élément fondamental de la répétition de l'indu tient surtout au fait que le *solvens* a été dépossédé d'un enrichissement qui n'aurait jamais dû se retrouver dans le patrimoine de l'*accipiens*. L'identité de l'auteur du transfert a donc peu d'importance. Il est vrai cependant que l'argument du fait du créancier révèle le fait que la répétition de l'indu est sans doute sous-exploitée en droit français. Il devrait être possible d'utiliser plus fréquemment la répétition de l'indu, même lorsque le *solvens* n'a pas lui-même transféré l'enrichissement à l'*accipiens*¹¹¹².

323. Un critère insuffisant pour la gestion d'affaires. Cette idée semble plus importante dans la gestion d'affaires qui suppose une immixtion volontaire du gérant dans les affaires d'autrui. Ainsi, si l'immixtion du gérant est justifiée par une obligation légale, par exemple l'obligation d'assister une personne en danger, cet intervenant ne peut obtenir aucune indemnisation sur le fondement de la gestion d'affaires. Cette immixtion volontaire ne justifie pas toutefois à elle seule l'obligation mise à la charge du maître de l'affaire. Au-delà de l'altruisme ou de la spontanéité traditionnellement requises dans la gestion d'affaires, l'obligation du maître se justifie également par l'idée que le gérant a pris en charge une obligation ou une simple dépense qui aurait dû incomber au maître¹¹¹³. Certes, le gérant peut obtenir plus que le simple remboursement de ses dépenses, il peut également obtenir des dommages et intérêts pour le dommage subi en cours de gestion. Néanmoins, comme cela a pu être noté précédemment, tous les dommages ne sont pas réparables et seuls ceux étroitement liés à la gestion peuvent être réparés¹¹¹⁴. Le parallèle avec le mandat refait

¹¹¹⁰ Article 1302-2, alinéa 2 : « La restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur ». Ce qui ne va pas sans poser de difficultés, car cela revient à modifier la logique de la répétition de l'indu qui suppose en principe que l'*accipiens* ait véritablement reçu quelque chose, sur ce point voir *infra* n° 350 et n° 366.

¹¹¹¹ L'article 1302-2, alinéa 1 l'envisage expressément : « celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier ».

¹¹¹² Sur l'étroitesse de la répétition de l'indu, voir notamment R. LIBCHABER, « Tradition et renouvellements dans la répétition de l'indu », *RDC* n°1, 2020, p.28s.

¹¹¹³ C'est pour cela que certains systèmes juridiques, notamment le droit allemand, exigent non pas une simple utilité dans la gestion des affaires d'autrui, mais une nécessité, le maître aurait dû accomplir cette obligation ou effectuer cette dépense.

¹¹¹⁴ Voir *supra* n° 303s.

ici surface et dans les deux cas, le mandataire et le gérant ne sont que des intermédiaires qui ne doivent pas souffrir de leur gestion. Ainsi, ce critère de distinction fondé sur l'origine du dommage est doublement insuffisant. D'une part parce qu'il ne permet pas véritablement d'englober l'ensemble des quasi-contrats et, d'autre part, parce que même pour la gestion d'affaires, ce critère ne justifie que très imparfaitement l'obligation du maître à l'égard du gérant. Le critère du fait du créancier est ainsi trop général et est surtout révélateur du caractère très hétérogène des quasi-contrats.

324. Un critère insuffisant pour justifier l'autonomie des quasi-contrats. Ce critère de distinction entre les quasi-contrats et la responsabilité civile invite à se poser une question : si la seule différence provient de l'origine du dommage mais que la finalité est identique, pourquoi ne pas intégrer les quasi-contrats à la catégorie de la responsabilité civile ? Bien entendu cela irait contre la tradition, l'idée de responsabilité supposant, en principe, que le débiteur réponde de ses actes, ou au moins que le dommage puisse lui être imputé. Il ne serait toutefois pas impossible de fusionner ces deux catégories en faisant de l'enrichissement, un fait générateur de responsabilité selon l'idée que celui qui profite du fait d'un tiers doit l'indemniser¹¹¹⁵. Cette approche ne nous paraît absolument pas souhaitable, mais à force d'élaborer des critères excessivement généraux, le risque est de ne plus percevoir les différences justifiant une dissociation des deux catégories. Ces différences refont toutefois surface au stade du régime. Il est particulièrement intéressant de noter que les tentatives d'importation de règles de la responsabilité civile dans le domaine des quasi-contrats se soldent ou par un échec¹¹¹⁶, ou bien par une déformation de la règle pour l'adapter au contexte de l'enrichissement injustifié¹¹¹⁷. Finalement, ce critère de l'origine du dommage masque mal le fait qu'en l'état du droit positif, il n'existe pas une

¹¹¹⁵ Il est déjà possible de retrouver un rapprochement entre la responsabilité civile et l'enrichissement sans cause sous la plume de Ripert et Teisseire, qui estimaient que ces deux cas étaient tous deux fondés sur l'idée du risque, ce qui impliquait une physionomie et des lignes générales communes, notamment sur la causalité (G. RIPERT, M. TEISSEIRE, art. préc., spéc. p.756-757). On peut également citer Planiol qui considérait que le simple fait de conserver un enrichissement injustifié était en soi un fait illicite, de telle manière que tout quasi-contrat était en réalité un quasi-délit (voir *supra* n° 227).

¹¹¹⁶ On peut citer par exemple les tentatives de « greffe » des règles relatives au lien de causalité à l'enrichissement injustifié qui ont assez rapidement été abandonnées, tout particulièrement s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, où la jurisprudence peine à utiliser cette condition (en ce sens voir A. ROUAST, art. préc., p.57-59). Cet échec pourrait simplement être imputé à l'imprécision et au manque de lignes directrices des règles sur la causalité en matière de responsabilité civile. Il nous semble cependant que cela tient surtout au fait qu'il n'est pas question de relier l'enrichissement à l'appauvrissement, mais bien l'enrichissement au demandeur, il ne s'agit donc pas d'un lien de causalité mais d'un lien d'attribution (voir *infra* n° 521s.).

¹¹¹⁷ Voir notamment le cas de la faute, *infra* n° 325s.

réelle distinction entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié, au point qu'un aperçu rapide pourrait inviter à fusionner les deux.

B) Un emprunt à la responsabilité civile : la faute

325. Le dédoublement de la faute. De manière surprenante pour une source d'obligation « objective », une grande importance est accordée à la faute et ce dans tous les quasi-contrats. Il s'agit d'ailleurs de l'une des rares références communes à l'ensemble des quasi-contrats¹¹¹⁸, alors que d'ordinaire il existe une véritable fracture entre l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires, d'une part, et la répétition de l'indu, d'autre part. Il faut toutefois noter que, pour la gestion d'affaires, le Code n'envisage expressément que la faculté de modérer les dommages et intérêts dus au maître et non la possibilité pour le juge de diminuer l'indemnité due au gérant par le maître de l'affaire¹¹¹⁹ ; alors que pour l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu, le Code envisage la faute de l'appauvri¹¹²⁰ et celle du *solvens*¹¹²¹. Cette référence à la faute invite naturellement à la comparaison avec la faute de la responsabilité civile. Bien qu'il existe indubitablement des points communs entre les deux, la faute ne joue pas un rôle identique dans les deux sources d'obligation. Son application aux quasi-contrats ne se fait pas sans difficulté et il est souvent assez difficile d'y cerner des lignes directrices¹¹²². Pour mieux cerner son application, il convient de cerner le rôle de la faute lorsqu'elle imputable au demandeur (1), de la faute du défendeur, lorsque ce dernier est de mauvaise foi (2).

1) La faute du demandeur

326. L'état du droit avant la réforme de 2016. Avant la réforme du 10 février 2016, le rôle de la faute dans les quasi-contrats était assez obscur, surtout pour la répétition de l'indu et

¹¹¹⁸ Elle est envisagée aux articles 1301-1 (gestion d'affaires), 1302-3 (répétition de l'indu) et 1303-2 (action d'enrichissement injustifié).

¹¹¹⁹ Article 1301-1, alinéa 2 : « Le juge peut selon les circonstances, modérer l'indemnité due au maître de l'affaire en raison des fautes ou de la négligence du gérant ».

¹¹²⁰ L'article 1303-2 du Code civil envisage ainsi que : « l'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri ».

¹¹²¹ L'article 1302-3, alinéa 2, prévoyant que la restitution « peut être réduite si le paiement procède d'une faute ».

¹¹²² Non pas que son application ne pose absolument aucun problème en matière de responsabilité civile, spécialement lorsqu'il est question du rôle de la faute de la victime en cas de responsabilité dite objective, mais les incertitudes sont d'autant plus grandes au sein de l'enrichissement injustifié où elle n'a *a priori* aucun rôle à jouer.

l'action d'enrichissement sans cause¹¹²³. Il faut dire que le seul quasi-contrat où le Code civil envisageait la faute était la gestion d'affaires, l'ancien article 1374, alinéa 2, précisant que « les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ». Il n'y avait bien entendu aucune disposition relative à la faute s'agissant de l'action d'enrichissement sans cause, qui n'avait pas encore été consacrée dans le Code civil et les dispositions relatives à la répétition de l'indu n'envisageaient absolument pas le cas de la faute du *solvens*. Le fait que le Code de 1804 n'envisage le rôle de la faute que dans un quasi-contrat sur deux (la gestion d'affaires) n'est pas si étonnant. Le comportement des parties, et en particulier celui du gérant, a une grande importance dans la gestion d'affaires. En effet, le gérant demande une indemnité compensant un appauvrissement qu'il s'est lui-même causé et alors qu'il s'immisçait dans les affaires d'autrui, sans le consentement du maître. Le gérant doit donc être jugé digne de protection.

À l'opposé, dans la répétition de l'indu, le *solvens* ne demande qu'à récupérer ce qui lui revient légitimement, l'*accipiens* n'ayant aucun droit sur l'enrichissement. La faute devrait donc en principe être indifférente¹¹²⁴. L'évolution de la jurisprudence n'a cependant pas été dans ce sens. Dans le dernier état de la jurisprudence avant la réforme, la faute du *solvens* n'était pas un obstacle à la répétition de l'indu, mais elle pouvait engager la responsabilité du *solvens* auprès de l'*accipiens*, ce qui venait réduire (voire supprimer) le montant des restitutions par le jeu de la compensation¹¹²⁵. Pour l'ancienne action d'enrichissement sans cause, la jurisprudence était plus complexe. La faute pouvait tantôt être une cause à l'appauvrissement et donc écarter systématiquement l'action, tantôt les juges faisaient une distinction selon la gravité de la faute, seules les fautes les plus graves entraînant le rejet de l'action¹¹²⁶. Le fait qu'il soit difficile de trouver une place à la faute dans l'ancienne action

¹¹²³ Sur l'état du droit antérieur et ces incertitudes, voir M. LECENE-MARENAUD, « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.* 1994.515s. et A.-M. ROMANI, « La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu », *D.* 1983. 127s.

¹¹²⁴ En ce sens voir S. PELLET, « Nul secours pour l'appauvri fautif ! », *LEDC*, n°6, 2015, p. 4.

¹¹²⁵ Sur l'influence de la faute dans la répétition de l'indu avant la réforme de 2016, voir F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1298 ; M. DOUCHY, art. préc., n°113s.

¹¹²⁶ Sur l'évolution de la jurisprudence voir F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1318 ; J. DJOUDI, « La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause », *D.* 2000. 609s. ; J. BEAUCHARD, « Études sur l'enrichissement sans cause : la faute de l'appauvri », in V. MANNINO, C. OPHELE (dir.), *op. cit.*, p.71s. ; P. CONTE, « Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause », *RTD. civ.* 1987.223s ; H. PERINET-MARQUET, « Le sort de l'action *de in rem verso* en cas de faute de l'appauvri », *JCP* 1982.1.3075s.

d'enrichissement sans cause n'est sans doute pas sans rapport avec les origines de cette action et le fait que cette action soit en fait mal nommée. En effet, alors que cette action s'inspire essentiellement de la gestion d'affaires, qui invite à s'intéresser aux comportements des parties, l'idée d'enrichissement injustifié semble ne laisser que peu de place à la faute pour les mêmes raisons que la répétition de l'indu. L'ancienne action d'enrichissement sans cause (et aujourd'hui l'action d'enrichissement injustifié) n'étant pas une véritable action d'enrichissement injustifié, mais une réduction de la gestion d'affaires, il n'est pas surprenant que la faute occupe finalement une place importante dans cette action.

327. L'alignement des solutions par la réforme de 2016. S'agissant des actions de répétition de l'indu et d'enrichissement injustifié, l'ordonnance du 10 février 2016 a opéré un alignement sur ce point, désormais la faute n'est plus une condition faisant échec à l'action, elle n'est plus qu'un instrument permettant de réduire l'indemnité¹¹²⁷. Si l'on peut se réjouir de cette unification des règles relatives à la faute dans les quasi-contrats, il est dommage que la réforme n'ait pas été l'occasion de discuter de la place de la faute au sein des quasi-contrats, d'autant que le recours à la faute ne se justifie pas pour tous. Il serait toutefois possible d'affirmer que cette intrusion de la faute n'est finalement pas plus critiquable que le recours à la faute de la victime en cas de responsabilité objective¹¹²⁸. Le demandeur ayant « causé son propre dommage », au moins en partie, il mériterait une protection moindre. Au soutien de cette solution, plusieurs arguments ont été invoqués, dont le fait que tous les quasi-contrats présentent une forte dimension morale¹¹²⁹. Par ailleurs, le fait que le défendeur n'ait commis aucun fait générateur de responsabilité, en particulier une faute, inciterait à être d'autant plus sévère avec le demandeur ayant fautivement transféré l'enrichissement. À l'instar de certains faits générateurs de responsabilité qui seraient en réalité des responsabilités « quasi-objectives »¹¹³⁰, les quasi-contrats, et donc l'enrichissement injustifié, présenteraient le même aspect. En somme, le caractère *a priori*

¹¹²⁷ Même si théoriquement rien n'empêche les juges de réduire l'indemnité à néant en raison d'une faute du demandeur (voir F. CHENEDE, *op. cit.*, n°134.71).

¹¹²⁸ Sur le rôle de la faute en matière de responsabilité objective voir notamment P. LE TOURNEAU, « Responsabilité : généralités », *Rép. civ.*, 2009, n°107s. ; Sur les parallèles entre la faute de la victime et la faute de l'appauvri dans l'action d'enrichissement sans cause voir notamment Y. LOUSSOUARN, « Refus de l'action *de in rem verso* lorsque l'appauvrissement est dû à une faute de l'appauvri », *RTD civ.* 1975.705 ; J. BEAUCHARD, « Études sur l'enrichissement sans cause : la faute de l'appauvri », in V. MANNINO, C. OPHELE (dir.), *op. cit.*, p.71s., spéc. p.78-79, l'auteur estime toutefois que ce parallèle est insuffisant et que les mécanismes de la responsabilité civile ne suffisent pas à expliquer les solutions retenues pour l'enrichissement sans cause, qui seraient davantage dictées par l'équité.

¹¹²⁹ Voir notamment P. CONTE, art. préc. ; M. LECENE-MARENAUD, *op. cit.*, n°9s.).

¹¹³⁰ Voir P. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n°130.

objectif de l'enrichissement injustifié, qui aurait vocation à rétablir l'équilibre entre deux patrimoines, n'interdirait pas totalement de prendre en considération le comportement du demandeur.

328. Les différences avec la faute de la victime. Bien qu'il puisse être tentant de faire un parallèle avec la faute de la victime, il existe plusieurs raisons de douter de la pertinence de la prise en considération de la faute, au moins pour certains quasi-contrats. À vrai dire, le parallèle avec les cas de responsabilité objective présente une limite. Au-delà du fait qu'il soit possible de trouver dans certains cas de responsabilité objective, une idée de faute de comportement ou de conduite, la faute de la victime, en droit de la responsabilité civile, vient également rompre, au moins en partie, le lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, précisément l'idée d'enrichissement injustifié n'implique pas de lien de causalité entre l'enrichissement et un appauvrissement, mais un lien d'exclusivité¹¹³¹ entre cet enrichissement et le demandeur, et par contrecoup l'absence de droit du défendeur sur cet enrichissement. Une éventuelle faute du demandeur, une négligence par exemple, n'influe en rien sur ces deux éléments, notamment parce qu'en principe une faute ne peut avoir pour effet d'éteindre un droit que la loi attribue à une personne. Il est également possible de noter des différences entre les deux approches, celles retenues par la responsabilité et celle adoptée dans les quasi-contrats. Au moins depuis la réforme de 2016, la faute n'est, en matière de quasi-contrats, qu'un simple instrument laissé à la discrétion du juge l'autorisant à modérer l'indemnité due au demandeur¹¹³². Il ne s'agit donc pas de compenser la créance due au titre d'un quasi-contrat avec une créance de responsabilité du défendeur contre le demandeur, au motif que la faute aurait causé un préjudice au défendeur¹¹³³. Ainsi, la faute est prise de manière totalement isolée, indépendamment du fait qu'elle ait pu causer un préjudice, ou non, au défendeur. Si l'objectif est réellement de moraliser certains comportements et de punir le demandeur indélicat, ce mécanisme est certainement plus efficace que la compensation entre une créance quasi-contractuelle et une créance délictuelle. En effet, il serait spécieux d'affirmer que le simple fait de restituer l'enrichissement constitue un préjudice pour le défendeur, alors même qu'il n'a précisément aucun droit sur l'enrichissement. Une telle logique de compensation impliquerait donc d'établir un préjudice indépendant de ce fait et qui ne dépendrait donc pas non plus du

¹¹³¹ Pour de plus amples développements sur ce lien, voir *infra* n° 397s.

¹¹³² Les articles 1301-1, 1302-3 et 1303-2 énoncent ainsi que le juge peut réduire le montant de l'indemnité.

¹¹³³ En ce sens O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.625s.

comportement du demandeur. En conséquence, certaines fautes jugées inexcusables pourraient être laissées « impunies », faute de préjudice, tandis que d'autres fautes plus légères pourraient être sanctionnées. De la même manière, la discrétion laissée au juge, qui reste libre de ne pas prendre en considération la faute du demandeur, tranche avec la faute de la victime en responsabilité civile, où le juge n'a pas autant de marge d'appréciation.

329. L'utilisation de la faute dans les quasi-contrats. En plus d'une volonté de sanctionner certains comportements du demandeur, la faute est également utilisée dans les quasi-contrats pour remédier à certaines lacunes. Cela est surtout perceptible dans deux quasi-contrats : la répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié. La faute est alors soit utilisée pour atténuer le sort du défendeur, ce qui est visible dans la répétition de l'indu, soit pour restreindre le domaine de l'action, comme dans l'action d'enrichissement injustifié. Dans les deux cas, la faute n'est pas tout à fait appréhendée de manière classique et se distingue ainsi de la faute dans la responsabilité civile.

330. La faute comme moyen de protection de l'*accipiens* dans la répétition de l'indu. C'est sans doute dans la répétition de l'indu que la faute est utilisée de manière plus originale, dans le sens où elle semble corrélée à la situation de l'*accipiens*. Plus l'obligation de restitution à la charge de l'*accipiens* est susceptible de dégrader la situation de l'*accipiens*, plus l'erreur ou l'imprudence éventuelles du *solvens* sera susceptible d'être qualifiées de faute. L'obligation de restitution à la charge de l'*accipiens* est notamment susceptible de dégrader sa situation lorsque l'*accipiens* a disposé d'une partie de l'enrichissement. La faute du *solvens* est donc maladroitement utilisée pour éviter que la situation de l'*accipiens* ne devienne désespérée¹¹³⁴. Cet élément peut d'ailleurs permettre d'expliquer la solution retenue par la jurisprudence avant la réforme de 2016. La faute du *solvens* n'avait pas pour effet d'exclure l'action¹¹³⁵, mais elle permettait simplement à l'*accipiens* d'intenter une action en responsabilité contre le *solvens*, ce qui permettait de réduire la charge de son obligation de restitution avec le jeu de la compensation. Par exemple, un époux en instance de divorce avait demandé à sa banque de révoquer la

¹¹³⁴ En ce sens voir C. KENNEFICK, « La faute de l'appauvri : comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié », *RDC* n°4, 2015, p.961s.

¹¹³⁵ Voir par exemple Civ. 1^{re}, 17 fév. 2010, n° 08-19.789 : « Attendu que l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire, le cas échéant, de la somme répétée, les dommages et intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour l'*accipiens* de la faute commise par le *solvens* ».

procuration donnée à son épouse sur un de ses comptes, mais en dépit de cette révocation, qui n'avait pas été notifiée à l'épouse, la banque débita le compte de l'époux d'une certaine somme d'argent. La banque ayant remboursé son client pour ces débits, elle se retourna contre l'épouse. Cependant, les juges ont estimé que la banque avait commis une faute ayant causé un préjudice à l'épouse, « qui se trouvant sans ressources, avait pu légitimement se croire autorisée à disposer de ces sommes pour sa subsistance »¹¹³⁶. Le préjudice fut ainsi estimé à un montant égal aux sommes débitées, ce qui permit à l'épouse, *accipiens*, de ne rien payer à la banque. Le nouvel article 1302-3, alinéa 2, permet également d'arriver à un résultat similaire, mais sans passer par la responsabilité civile, puisque le juge est directement autorisé à déduire le montant des restitutions en cas de faute du *solvens*¹¹³⁷.

Si la situation fait fortement penser au *change of position* du droit anglais¹¹³⁸, il existe de notables différences. Outre qu'il n'est pas tenu compte du montant subsistant dans le patrimoine de l'*accipiens*, cette protection ne peut s'appliquer que lorsqu'il est possible de caractériser une faute du *solvens*¹¹³⁹. Le mécanisme de la responsabilité civile ne permet pas de tenir compte de la seule situation de l'*accipiens*, son sort dépend du comportement du *solvens*. Le nouveau mécanisme de réduction des restitutions, qui repose toujours sur une faute, ne changera rien non plus sur ce point. La seule différence est que cette disposition autorisera les juges à utiliser cette faculté lorsque la situation de l'*accipiens* est délicate, sans avoir pour autant à exiger qu'un préjudice ne soit caractérisé¹¹⁴⁰.

331. Une prise en considération de l'opposition de l'enrichi, dans l'action d'enrichissement injustifié. S'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, il est intéressant de voir que la faute est parfois utilisée pour tenir compte du choix de l'enrichi. Plus précisément, la faute de l'appauvri fait écho à l'opposition du maître, lorsque le gérant s'est immiscé dans les affaires d'autrui contre la volonté de ce dernier. Dans ce cas, la conséquence est que le gérant ne peut obtenir la moindre indemnité de la part du maître¹¹⁴¹.

¹¹³⁶ Civ. 1re, 18 mai 1994, n°91-21.332.

¹¹³⁷ Article 1302-3, al. 2 : « Elle [la restitution] peut être réduite si le paiement procède d'une faute ».

¹¹³⁸ Sur le *change of position*, qui est moyen de défense permettant au défendeur de réduire le montant des restitutions à l'enrichissement subsistant dans son patrimoine, voir *supra* n° 169s.

¹¹³⁹ Voir C. KENNEFICK, art. préc.

¹¹⁴⁰ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.625.

¹¹⁴¹ Article 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire [nous soulignons] est soumis (...) à toutes les obligations d'un mandataire »

Dans l'action d'enrichissement injustifié, il n'est pas rare qu'une faute soit caractérisée lorsque l'enrichi a manifesté son opposition à l'intervention de l'appauvri. Ainsi, l'action fut refusée à une grand-mère qui, alors qu'elle avait été condamnée par une décision de justice à remettre ses petits-enfants à leur père, avait agi contre ce dernier pour réclamer le remboursement des frais d'entretien de ses petits-enfants. Ou encore, l'action fut refusée à une société qui avait réparé une antenne de télévision sans devis, alors que le propriétaire de la télévision avait exigé, avant tout travaux, un devis préalable¹¹⁴². Ces cas font davantage penser à une logique de gestion d'affaires, les appauvris ayant pris en charge une dépense qui aurait dû revenir à l'enrichi. Dans ces deux hypothèses l'enrichi s'était expressément opposé à l'immixtion de l'appauvri, le père en réclamant devant les tribunaux la remise de ses enfants, et le propriétaire en exigeant un devis préalable. Le refus de l'enrichi incite à refuser dans ces cas la moindre indemnité à l'appauvri, car la solution inverse reviendrait à contraindre une personne à prendre en charge une dette, malgré son opposition expresse¹¹⁴³. Il est ainsi possible de comprendre pourquoi, avant la réforme de 2016, la prise en considération de la faute dans l'action d'enrichissement sans cause entraînait le rejet total de l'action et non une simple possibilité de réduire le montant de l'indemnité due à l'appauvri. La solution de rejet total de l'action a cependant été modifiée par le nouvel article 1303-2, alinéa 2, qui prévoit que : « l'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri ». Néanmoins, rien ne n'empêchera le juge de réduire à néant l'indemnité dans les cas où l'appauvri a agi contre la volonté expresse de l'enrichi.

2) La faute du défendeur : l'appréhension de la mauvaise foi

332. L'appréhension de la faute du défendeur. En matière de quasi-contrat, le défendeur est généralement plutôt passif : dans la gestion d'affaires, l'immixtion se généralise le plus souvent à l'insu du maître ; dans la répétition de l'indu, l'*accipiens* se contente de recevoir l'enrichissement de même que l'enrichi dans l'action d'enrichissement injustifié. Lorsque le défendeur peut commettre un acte susceptible de caractériser une faute, par exemple si

¹¹⁴² Civ. 1^{re}, 15 décembre 1998, n°96-20.625, dans cet arrêt il est simplement affirmé que « l'action *de in rem verso* ne peut être exercée lorsque l'appauvrissement résulte d'une faute du demandeur », il n'y a donc pas de distinction selon la gravité de la faute.

¹¹⁴³ Il est à noter qu'à travers la faute de l'appauvri, c'est l'une des rares hypothèses, en cas de dépense épargnée, où la volonté de l'enrichi est prise en compte. Cette solution contrebalance ainsi, un peu, la solution qui empêche l'enrichi de « dévaluer » son enrichissement voir *supra* n°.

l'accipiens exerce une contrainte sur le *solvens* pour recevoir l'enrichissement, cet acte n'a généralement pas d'incidence sur l'obligation à la charge du défendeur. Ainsi, dans le cas de *l'accipiens* exerçant une contrainte, il est toujours tenu de restituer l'enrichissement et rien de plus. Il n'y a de ce point de vue aucune différence entre *l'accipiens* qui reçoit l'enrichissement par erreur et celui qui le reçoit en exerçant une contrainte sur le *solvens*. Tout au plus, si la faute exercée par le défendeur cause, en plus, un préjudice au demandeur, ce dernier pourra également exercer une action en responsabilité délictuelle contre le défendeur afin d'obtenir la réparation de ce préjudice. Il est toutefois possible d'envisager un cas, où ce qui peut être appréhendé comme une faute du défendeur entraîne des effets différents. Il s'agit de la mauvaise foi du défendeur, qui se caractérise dès lors que le défendeur a conscience, dès la réception de l'enrichissement, qu'il n'a aucun droit sur cet enrichissement¹¹⁴⁴. Si la mauvaise foi du défendeur peut être perçue comme le pendant de la faute du demandeur¹¹⁴⁵, elle ne se conçoit pas véritablement en cas de gestion d'affaires, raison pour laquelle le Code civil n'en fait pas mention dans les articles relatifs à ce quasi-contrat. En effet, la gestion d'affaires ne peut être caractérisée que si l'intervention s'est réalisée à l'insu du gérant ou sans son opposition, elle est donc difficile à imaginer dans ce cas¹¹⁴⁶ et n'est en réalité d'aucune utilité au regard des obligations et droits du maître. Dès lors qu'une gestion d'affaires est caractérisée le maître doit déjà tenir tous les engagements pris à son égard, indemniser le gérant de ses préjudices et si le gérant a dû avancer une certaine somme d'argent, les intérêts courent à compter du paiement¹¹⁴⁷. En revanche, le Code civil tient compte de la mauvaise foi dans la répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié.

333. La mauvaise foi dans la répétition de l'indu. Pour trouver des références à la bonne ou mauvaise foi dans la répétition de l'indu il faut se reporter à trois dispositions relatives aux restitutions, à savoir les articles 1352-1, 1352-2 et 1352-7 du Code civil. La particularité de ces dispositions est que la référence à la bonne ou mauvaise foi n'est pas toujours utilisée

¹¹⁴⁴ Voir notamment O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 928-929.

¹¹⁴⁵ En ce sens F. CHENEDE, *op. cit.*, n°134.61 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.636-637.

¹¹⁴⁶ À vrai dire elle l'est également dans le second, car même si le maître laisse faire le gérant, sans s'y opposer, étant donné qu'il est question de son affaire, il est en principe libre de ne pas intervenir. Et ce d'autant plus que ses obligations ne sont pas conditionnées à la bonne foi. Le seul cas où il serait éventuellement possible de voir une forme de déloyauté est celui où le maître aurait, par quelque manœuvre, incité ou manipulé le gérant pour agir à sa place. Cela n'a toutefois pas grand sens, car avec ou sans bonne foi, il est tenu de remplir les engagements pris par le gérant.

¹¹⁴⁷ Article 1301-2.

pour sanctionner l'*accipiens* de mauvaise foi, mais plutôt pour alléger la charge de l'*accipiens* de bonne foi. Il est ainsi possible de faire une distinction entre les articles 1352-1 et 1352-2 qui protègent l'*accipiens* de bonne foi et l'article 1352-7 qui sanctionne le défendeur de mauvaise foi. L'article 1352-7 prévoit en effet que « celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement », contrairement à l'*accipiens* de bonne foi qui ne « les doit qu'à compter du jour de la demande » selon le même article. L'*accipiens* de mauvaise foi est ainsi tenu d'une obligation plus lourde, puisque la différence de date a pour conséquence d'accroître le montant des restitutions pour le défendeur de mauvaise foi. Les deux autres articles (articles 1352-1 et 1352-2) poursuivent une autre finalité, ou du moins ils ne visent pas exclusivement à sanctionner la mauvaise foi. L'article 1352-2 envisage l'hypothèse où l'*accipiens* a vendu la chose à restituer avant la demande¹¹⁴⁸. Si l'*accipiens* est de bonne foi il n'est tenu de restituer que le prix de vente, alors que l'*accipiens* de mauvaise foi est tenu de restituer la valeur de la chose, si celle-ci est supérieure au prix de vente. Mais, en ce cas, cela ne revient pas à alourdir le montant des restitutions, car l'enrichissement est caractérisé dès la réception de la chose et évalué au jour de la restitution¹¹⁴⁹. L'*accipiens* de mauvaise foi n'est donc pas tenu de restituer plus que l'indu. L'article 1352-2 a surtout pour objectif de protéger l'*accipiens* de bonne foi, qui serait sinon tenu de restituer plus que l'enrichissement subsistant dans son patrimoine (le prix de vente).

Cette disposition est ainsi l'une des rares en droit français à tenir compte de la situation du défendeur. L'article 1352-1 est un peu plus complexe et vise à répartir les risques de dégradation ou de détériorations de la chose entre l'*accipiens* et le *solvens*¹¹⁵⁰. Par principe, le risque pèse sur l'*accipiens*, sauf s'il est de bonne foi et si ces dégradations et détériorations ne résultent pas de sa faute. Ainsi, l'*accipiens* de mauvaise foi supportera toujours ce risque, alors que ce risque est transféré au *solvens*, en cas de bonne foi de l'*accipiens*. Cette disposition est à mettre en parallèle avec la règle selon laquelle le risque pèse sur le propriétaire de la chose. Or, si la chose était restée entre les mains du *solvens* et que les détériorations et dégradations ne sont pas dues à la faute de l'*accipiens*, il est

¹¹⁴⁸ Article 1352-2 : « Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix ».

¹¹⁴⁹ Article 1352 : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution ».

¹¹⁵⁰ Article 1352-1 : « Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute ».

vraisemblable que le *solvens* aurait dû supporter la moins-value résultant de ces détériorations et dégradations, qui relèvent du cours normal des choses. En faisant toutefois supporter ces risques à l'*accipiens* de mauvaise foi de manière inconditionnelle, la loi l'incite à restituer l'enrichissement immédiatement ou à assumer les conséquences éventuelles de la conservation de l'enrichissement.

334. La mauvaise foi dans l'action d'enrichissement injustifié. Dans l'action d'enrichissement injustifié, l'article 1303-4 du Code civil pose une exception à la règle du double plafond en cas de mauvaise foi de l'enrichi. Il prévoit, qu'en ce cas, l'enrichi doit une indemnité égale à la plus forte valeur, entre l'enrichissement et l'appauvrissement¹¹⁵¹. Seulement, cette exception à la règle du double plafond a un domaine restreint, car lorsque l'enrichissement prend la forme d'une dépense épargnée, il n'y a pas de différence de valeur entre l'enrichissement et l'appauvrissement, de telle manière que cette règle du « double maximum » est sans application¹¹⁵². Or, les dépenses épargnées constituent l'une des principales applications pratiques de l'action d'enrichissement injustifié. Au-delà de cet aspect et quand bien même cette règle pourrait jouer efficacement, la particularité des services refait surface. S'il est facile de cerner ce qui pourrait être de la mauvaise foi en cas de réception d'un bien sur lequel l'enrichi n'a aucun droit, cela n'est pas aussi évident lorsque l'enrichi a reçu une prestation de service de la part de l'appauvri. Bien évidemment si l'octroi du service s'est réalisé à l'insu de l'enrichi, comme pour la gestion d'affaires, il ne sera pas possible de caractériser la mauvaise foi. Cependant, même si l'enrichi a conscience que l'appauvri réalise un service à son bénéfice, il est difficile de parler de mauvaise foi tant que l'appauvri agit librement, tout comme il est difficile d'affirmer que l'enrichi n'a aucun droit sur l'enrichissement. En effet, si le service procure une plus-value à un bien appartenant à l'enrichi, cette plus-value est normalement attribuable au propriétaire en vertu de son droit de propriété¹¹⁵³, donc à l'enrichi. En revanche, s'il s'agit d'un service pur, sans trace patrimoniale, la simple connaissance par l'enrichi des agissements de l'appauvri paraît insuffisant pour caractériser une mauvaise foi. À cet égard l'exemple du droit anglais est intéressant, car même s'il est admis que le demandeur puisse exiger une rémunération pour un service que le défendeur n'a pas requis, c'est à la double

¹¹⁵¹ Article 1303-4 : « En cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs ».

¹¹⁵² De manière générale, la règle du double plafond est sans application en cas de dépense épargnée, voir *supra* n° 316.

¹¹⁵³ Il n'y a pas de conflits entre deux propriétaires comme cela pourrait être le cas s'il y avait accession.

condition qu'il ne peut ignorer que le service n'a pas été conféré gratuitement et alors qu'il n'a pas eu la possibilité de refuser le service¹¹⁵⁴. Il n'y a qu'en cas d'enrichissement indirect, lorsque l'enrichi a reçu des mains d'un tiers le bien ou la somme d'argent, que l'application de la mauvaise foi se conçoit réellement¹¹⁵⁵. Elle correspond à l'hypothèse où l'enrichi avait conscience que le tiers n'avait aucun droit sur l'enrichissement qui lui a été transféré.

*

* *

335. Conclusion du chapitre I. L'étude comparée des conditions économiques entre les trois quasi-contrats s'avère particulièrement instructive en ce qu'elle permet de révéler des différences importantes entre les quasi-contrats. Alors qu'il est possible de noter une certaine convergence entre l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires, la répétition de l'indu présente au contraire une véritable singularité. Il s'agit de la seule action à prendre véritablement en considération l'enrichissement de l'*accipiens*, ainsi que le lien entre cet enrichissement et le *solvens*. Il est dès lors aisé de comprendre pourquoi le Code civil renvoie seulement à la répétition de l'indu lorsqu'il est question de restitutions. Au contraire, la gestion d'affaires et l'action d'enrichissement injustifié ont pour seul objectif de compenser une perte du gérant ou de l'appauvri. Il est particulièrement frappant de constater qu'en dépit de son nom, l'enrichissement n'est que secondaire voire indifférent dans l'action d'enrichissement injustifié. L'enrichissement est à vrai dire davantage utilisé comme un « fait générateur » qui permet à l'appauvri d'obtenir compensation. Cette condition est interprétée avec suffisamment de largesse pour accorder une indemnité dans les hypothèses les plus variées lorsque l'équité le commande. La règle du double plafond permet alors de limiter l'indemnité à hauteur de l'appauvrissement, et ce afin d'éviter que l'appauvri n'ait un droit sur la plus-value apportée à un bien appartenant à l'enrichi. Que ce soit au regard des hypothèses où elle est amenée à jouer ou au niveau des effets de cette action, l'action d'enrichissement injustifié se rapproche bien plus de la gestion d'affaires que de la répétition de l'indu. Elle permet à une personne ayant pris en charge des dépenses incombant à une autre d'être remboursée, alors même qu'il n'existe aucune intention

¹¹⁵⁴ Sur le *free acceptance* voir *supra* n° 138s. Ces conditions sont interprétées assez strictement ce qui fait qu'aucune décision anglaise n'a, à notre connaissance, admis avec succès une telle action.

¹¹⁵⁵ En effet, en cas de transfert direct d'un bien ou d'une somme d'argent c'est *a priori* la répétition de l'indu qui sera applicable.

altruiste. Cependant, il existe tout de même des différences entre l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires. L'indemnisation peut ainsi être plus généreuse pour l'appauvri qui peut, contrairement au gérant, obtenir la rémunération de la prestation accordée à l'enrichi. Ce rapprochement entre l'action générale et la gestion d'affaires présente toutefois de sérieux inconvénients, puisqu'il a eu pour conséquence de rendre inopérant l'ancien critère de distinction entre la responsabilité civile, qui suppose un fait dommageable, et les quasi-contrats, qui supposaient un fait profitable. Il n'est ainsi plus possible de distinguer pleinement ces deux sources d'obligations, les critères proposés, tels que celui reposant sur l'auteur du dommage, étant insuffisants à justifier l'autonomie de cette source. Le risque est que les quasi-contrats, et par extension l'enrichissement injustifié, ne deviennent qu'une sous-catégorie de la responsabilité civile. Cette inclusion ne se ferait cependant pas sans peine et l'intrusion de la faute dans les quasi-contrats démontre qu'il n'est pas toujours aisé de transposer des règles de la responsabilité à cette source. Malgré les déformations de l'enrichissement injustifié et la place excessive de l'appauvrissement au sein de cette source d'obligation, les applications jurisprudentielles démontrent que ces actions ne sont pas réductibles à la responsabilité civile. Encore faut-il mettre en évidence les particularités de ces trois quasi-contrats, ce que ne permet pas la catégorie de quasi-contrats qui enferme de manière artificielle deux cas particulièrement distincts : l'immixtion dans les affaires d'autrui, avec une intention de gérer (gestion d'affaires) ou sans (l'action d'enrichissement injustifié) et l'enrichissement injustifié (répétition de l'indu). Il nous semble ainsi que le droit gagnerait en clarté à dissocier pleinement ces deux cas. Faute de distinction et sans fil cohérent, il est dès lors nécessaire de recourir à d'autres conditions pour mieux encadrer ces actions, tout particulièrement celle d'enrichissement injustifié.

Chapitre II : Les « conditions juridiques » de l'enrichissement injustifié

336. Un rôle de filtrage. En raison du manque de cohérence entre les « conditions économiques » et l'idée d'enrichissement injustifié, la prévalence étant paradoxalement accordée à la condition d'appauvrissement, ces conditions ne permettent pas d'encadrer convenablement cette source d'obligation. À côté de ces « conditions économiques », se sont donc développées des « conditions juridiques » censées empêcher un débordement que le caractère trop équitable des différents quasi-contrats pourrait engendrer. Elles sont au nombre de deux (l'absence de justification et la subsidiarité) et sont également présentées comme communes à l'ensemble des quasi-contrats. En effet, l'absence de justification se retrouverait dans tous les quasi-contrats, puisque tant l'action d'enrichissement injustifié, la répétition de l'indu et la gestion d'affaires reposeraient sur un transfert de valeurs sans fondement juridique¹¹⁵⁶. L'idée d'une absence de justification n'est d'ailleurs pas surprenante pour un système de droit continental où l'objectif est d'éviter au maximum les superpositions entre différentes actions¹¹⁵⁷. Cependant, et comme pouvait déjà le laisser présager le droit allemand qui a dû subdiviser sa clause générale¹¹⁵⁸, cette condition s'avère à bien des égards trop descriptive et ne permet pas, à elle seule, de comprendre les raisons justifiant l'octroi d'une indemnité ou de restitutions. La condition de subsidiarité s'est donc ajoutée, car tous les quasi-contrats ne s'appliqueraient qu'en l'absence d'autre réponse juridique. La subsidiarité matérialiserait ainsi le caractère très équitable des quasi-contrats. Pourtant, l'analyse de la condition d'absence de justification et de la subsidiarité dans les

¹¹⁵⁶ En ce sens, voir notamment M. DOUCHY, th. préc., p. 182s., et F. CHENEDE, th. préc., n°348.

¹¹⁵⁷ Pour une différence entre les systèmes optant pour une structure d'absence de justification à l'enrichissement et les systèmes procédant par *unjust factors*, voir L. SMITH, « The State of the Law of Unjust Enrichment in Common Law Canada, 57 *Can. Bus. L. J.*, 39 (2015), spéc. p.43 : « this a classification into foxes and hedgehogs. Hedgehogs in this sense are those who believe in one, single organizing idea for an area of human understanding. Foxes are those who are not bothered by the simultaneous co-existence of multiple, overlapping ways of understanding a single field of inquiry ». Les juristes de tradition civiliste seraient ainsi plus enclins à être des « hérissons », que les juristes de *common law* qui auraient davantage tendance à être des « renards ». Cependant, cet auteur nuance le propos, notamment en partant du droit canadien, et estime que pour l'enrichissement injustifié il est en réalité difficile de ne pas cumuler ces deux qualités : « The approach through juristic reasons has sometimes been called the “civilian approach” ; but there is no civilian system (...) that uses a pure juristic reasons approach. Rather, those systems use a mixture of reasons for restitution and juristic reasons » (*ibid.*, p.56). Ce mélange est moins visible en droit français, mais il nous semble qu'une approche trop générale, uniquement centrée sur l'absence de justification, est difficilement tenable. Cependant, en raison de l'incohérence initiale de l'action d'enrichissement injustifié, il est difficile de préciser davantage cette condition, puisqu'il n'existe pas une condition unique justifiant l'octroi d'une indemnité, cette indemnité étant davantage commandée par des raisons d'équité.

¹¹⁵⁸ Voir *supra* n° 56s., sur le droit allemand.

différents quasi-contrats révèlent encore des disparités entre les trois quasi-contrats. Ces conditions ne sont pas appréhendées de la même manière, car les lacunes à combler diffèrent selon le quasi-contrat en cause. Sans surprise, ces deux conditions ont une importance prépondérante dans l'action d'enrichissement injustifié, où elles peinent d'ailleurs à se distinguer l'une de l'autre, alors qu'elles sont moins présentes dans la gestion d'affaires et la répétition de l'indu, qui sont mieux encadrées par le Code civil. Par leur excessive généralité, les conditions d'absence de justification et de subsidiarité présentent un caractère assez artificiel mais leur étude révèle précisément les insuffisances de l'enrichissement injustifié, entendue comme source d'obligation. Il faut donc envisager tour à tour, l'absence de justification (Section I) et la subsidiarité (Section II).

Section I : L'absence de justification

337. Une condition cardinale. L'absence de justification est sans doute l'une des conditions qui a fait couler le plus d'encre. Ses rapports avec l'ancienne notion de cause, avant sa suppression en 2016, ne sont sans doute pas étrangers à l'intérêt qu'a pu susciter la condition d'absence de justification (auparavant condition d'absence de cause). Il est vrai que cette condition présente une grande importance, car c'est essentiellement elle qui empêche les intrusions de l'enrichissement injustifié en droit des contrats. C'est particulièrement visible pour l'action d'enrichissement injustifié, mais cela peut également se noter dans la répétition de l'indu, où l'indu est précisément appréhendé de manière à éviter que ce quasi-contrat ne puisse être invoqué en présence d'un contrat qui n'a pas été anéanti. Dans une moindre mesure, cela peut aussi se manifester dans la gestion d'affaires, lorsque le Code exige que la gestion se soit réalisée à l'insu du maître et sans que le gérant n'y soit tenu. L'idée est alors qu'il ne doit pas exister de rapport juridique pré-existant entre le gérant et le maître. Néanmoins, malgré cette première présentation, il est possible de noter de nombreuses différences entre la manière dont cette condition est appréhendée dans les trois quasi-contrats. Ces différences ne sont en réalité pas surprenantes, car l'absence de justification ne permet pas à elle seule de justifier l'action et elle apparaît davantage comme un élément descriptif. Pour mieux s'en rendre compte, il faut partir de l'absence de justification dans l'action d'enrichissement injustifié (I), avant de l'analyser dans la répétition de l'indu (II), puis dans la gestion d'affaires (III).

I : L'absence de justification dans l'action d'enrichissement injustifié

338. Une condition protéiforme. Bien que souvent étudiée¹¹⁵⁹, la condition d'absence de justification est encore particulièrement difficile à cerner en matière d'enrichissement injustifié, notamment parce qu'elle mêle différentes considérations. Elle est pourtant indispensable pour éviter les débordements de l'action d'enrichissement injustifié, dont les conditions « économiques » offrent des limites bien faibles. Si l'on s'en tient aux dispositions du Code et à l'appréciation générale selon laquelle l'absence de justification est caractérisée dès lors qu'aucune obligation ou règle de droit n'impose le transfert de l'enrichissement, il est effectivement difficile de trouver une cohérence. Si l'absence de justification est *a priori* une condition essentielle, la notion reste assez mystérieuse. L'absence de définition (A) a permis à une partie de la doctrine de proposer une extension de cette condition à l'absence de justification de l'appauvrissement (B).

A) L'absence de définition

339. Le passage de l'absence de cause à l'absence de justification. Il ne sera pas ici question de revenir sur les débats anciens et fort nombreux sur la manière d'appréhender l'ancienne condition d'absence de cause et notamment sur ces liens avec la cause contractuelle¹¹⁶⁰. Depuis que l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé la cause, jusque dans l'enrichissement injustifié, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur ces débats, qui sont par ailleurs connus et qui n'ont en réalité eu que très peu d'influence sur la manière d'appréhender la notion d'absence de justification¹¹⁶¹. L'abandon du concept de cause a eu pour conséquence que la condition d'absence de justification est désormais éclatée en deux

¹¹⁵⁹ Voir notamment A. ROUAST, art. préc., ; P. ROUBIER, « La position française en matière d'enrichissement sans cause », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1949, p.38s., spéc. p.47s. ; J. CHEVALLIER, « Observations sur la répétition des enrichissements non causés », *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à Georges Ripert*, T. II, L.G.D.J., 1950, p.237s. ; M.-L. DINH, th. préc., n°180s.

¹¹⁶⁰ Voir notamment A. ROUAST, art. préc., qui tente un rapprochement entre la cause en matière de contrat et la cause de l'enrichissement sans cause, sur ces débats voir aussi P. CONTE, « Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause », *RTD. civ.* 1987.223s.

¹¹⁶¹ Voir notamment J. BEATSON, E. SCHRAGE (ed.), *op. cit.*, p.333, « The quest for a definition of cause has been confused by the natural desire of doctrinal writers, in the interest of elegance, to give the word the same meaning as it bears in the classical theory of contract namely that of counterpart (...) But on examination this appears to add nothing to the requirement of enrichment and impoverishment. It is safer, even if it is inelegant, to leave contractual cause out of the picture and to ask only what cause means in the context of unjustified enrichment ».

dispositions, l'article 1303-1 sur la justification de l'enrichissement¹¹⁶² et l'article 1303-2, sur la justification de l'appauvrissement¹¹⁶³. Cet éclatement a fait regretter à certains l'abandon de la cause, les dispositions actuelles démontrant une certaine incohérence¹¹⁶⁴. Il nous semble cependant que cette disparition ne change que peu de choses et fait simplement apparaître l'absence de cohérence qui a toujours existé auparavant, en dépit de la notion unique de cause. Le Code civil se contente dorénavant d'établir une liste des hypothèses où l'enrichissement est injustifié sans en donner une définition globale. Le seul changement par rapport à la situation antérieure est qu'il sera plus difficile pour les juges de trouver une nouvelle cause à l'enrichissement, si elle ne correspond pas à un cas prévu par la loi. Cette réduction de l'absence de justification par rapport à la notion précédente d'absence de cause est, nous semble-t-il, plutôt bienvenue en ce qu'elle empêche d'utiliser abusivement cette notion. Il est également appréciable que le nouveau terme utilisé ne soit pas utilisé dans un autre contexte, notamment contractuel, ce qui prévient toute tentation de faire un rapprochement hasardeux comme ce fut le cas entre la cause contractuelle et la cause de l'enrichissement sans cause. Toutefois, l'inconvénient demeure que les nouvelles dispositions n'apportent que très peu de précisions sur la manière dont doit être appréhendée la notion de justification au sens de l'enrichissement injustifié.

340. La référence à l'accomplissement d'une obligation. L'ordonnance du 10 février 2016 n'a cependant jamais eu l'ambition de réformer en profondeur le droit des quasi-contrats, aussi les insuffisances passées se retrouvent encore dans les nouvelles dispositions. L'accent est avant tout mis sur la volonté de l'appauvri, ce qui n'est pas en soi critiquable, mais il n'est pas fait de distinction entre ce qui peut constituer une justification légale et une justification tenant au transfert volontaire de l'enrichissement. Il est ainsi seulement fait référence au transfert résultant de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri. Cette référence à l'obligation peut se comprendre car, traditionnellement, le principal obstacle à l'enrichissement injustifié est l'accomplissement d'une obligation contractuelle. Néanmoins, cela tient davantage au fait que le transfert est en ce cas pleinement consenti

¹¹⁶² Article 1303-1 : « L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale ».

¹¹⁶³ Article 1303-2 : « Il n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel. L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri ».

¹¹⁶⁴ Voir notamment F. CHENEDE, *op. cit.*, n°134.22.

par l'appauvri, qu'à la simple exécution d'une obligation¹¹⁶⁵. Inversement et comme cela a déjà pu être relevé¹¹⁶⁶, la seule référence à l'accomplissement d'une obligation est relativement étroite, dans la mesure où une règle de droit pourrait faire obstacle à l'action sans qu'il n'en résulte pour autant une obligation, au sens juridique, à la charge de l'appauvri. Par exemple, le principe de libre concurrence fait obstacle à ce que le commerçant ayant perdu sa clientèle au profit d'un concurrent, pratiquant des prix plus attractifs, ne puisse agir contre ce dernier sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Le « transfert » de la clientèle au concurrent ne résulte pas pour autant de l'accomplissement d'une obligation. Pour éviter d'ouvrir l'action dans ce cas, il sera sans doute possible d'interpréter plus largement la notion d'obligation¹¹⁶⁷, ou bien d'utiliser la condition de subsidiarité pour faire barrage. Quelle que soit la solution choisie, le risque est, soit de rendre vain les efforts de cantonnement de l'absence de justification, par rapport à l'absence de cause, soit de brouiller encore un peu plus les frontières entre l'absence de justification et la subsidiarité.

341. L'absence de distinction entre enrichissements directs et enrichissements indirects.

Contrairement à d'autres systèmes juridiques qui accordent bien plus d'importance à la distinction entre enrichissement direct et enrichissement indirect, en interdisant par principe les cas d'enrichissements indirects et en établissant des critères distincts pour accepter exceptionnellement ces cas¹¹⁶⁸, le droit français ne fait *a priori* aucune différence entre les deux. L'application de la condition d'absence de justification est identique, que l'enrichissement soit direct ou indirect¹¹⁶⁹, et les juges vérifieront dans les deux cas s'il existe notamment un contrat qui pourrait justifier le transfert de l'enrichissement. Pourtant, le fait que l'enrichissement ait transité par le patrimoine d'un tiers, avant de se retrouver dans le patrimoine de l'enrichi mériterait certainement un traitement distinct. En effet, il est possible que l'enrichissement soit, certes injustifié dans les rapports entre l'appauvri et

¹¹⁶⁵ D'ailleurs l'accomplissement d'une obligation contractuelle n'empêche pas en soi l'application de l'enrichissement injustifié, de manière générale, que ce soit pour le transfert d'une somme d'argent qui excède ce qui était contractuellement convenu (il y aura un indu pour le surplus mais cela ne remet pas en cause l'accomplissement d'une obligation) ou pour ce qui dépasse l'accomplissement d'une prestation de service, à partir du moment où il est admis que cette prestation de service peut en soi constituer un enrichissement.

¹¹⁶⁶ Voir O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.629-631 ; V. FORTI, art. préc., *JurisClass*, n°22.

¹¹⁶⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.630.

¹¹⁶⁸ Voir l'exemple du droit anglais *supra* n° 159s.

¹¹⁶⁹ Cette distinction n'est faite qu'au stade de la condition de subsidiarité, mais il nous semble qu'elle devrait également être appréciée dès la condition d'absence de justification.

l'enrichi, mais non dans au regard du transfert initial entre l'appauvri et le tiers intermédiaire. Ce pourrait notamment être le cas si, par exemple, l'enrichi final n'a pas reçu l'enrichissement par le truchement d'un contrat et qu'il profite d'une prestation réalisée par l'appauvri en vertu d'un contrat conclu avec l'intermédiaire. Certes, l'enrichi profite « accidentellement » d'un enrichissement sans contrepartie, mais le fait que le premier transfert soit justifié devrait empêcher, au moins par principe, l'appauvri d'agir contre le « dernier maillon » de la chaîne, puisque cela revient à contourner le fait qu'il ne puisse agir contre le premier à avoir reçu l'enrichissement. Le résultat est ainsi paradoxal, car les raisons pour justifier l'encadrement strict de cette action sont souvent liées au risque de contournement d'autres règles de droit. En revanche, le fait de pouvoir contourner le rejet de l'action d'enrichissement injustifié contre le premier enrichi, en invoquant un enrichissement indirect contre une autre personne, ne semble pas susciter la même désapprobation. Pourtant, la raison justifiant un recours contre celui qui s'est indirectement enrichi (l'enrichi final) tient précisément au fait, qu'autrement, l'appauvri ne dispose pas d'un recours contre le premier enrichi¹¹⁷⁰. Ce résultat paradoxal peut s'expliquer de deux manières. D'une part, il est de prime abord plus difficile de cerner ce problème lorsqu'aucune distinction n'est faite entre l'enrichissement direct et l'enrichissement indirect et que cette dernière forme est par principe admise. D'autre part, il est possible d'y voir une nouvelle démonstration du caractère très secondaire et équitable de cette action, puisque le possible contournement de cette action et donc le résultat potentiellement contradictoire qui en résulte, ne semble causer aucune difficulté.

342. Comparaison avec le droit anglais et le droit allemand. Cet embarras pour trouver une formule commune, permettant d'appréhender aujourd'hui la condition d'absence de justification, n'est pas propre au droit français, le droit allemand a finalement renoncé à la formulation générale du §812 du BGB pour en extraire différents cas¹¹⁷¹. Ce « découpage » du §812 est d'ailleurs intéressant car, si le droit allemand repose toujours sur un modèle d'enrichissement injustifié et non un modèle d'enrichissement injuste¹¹⁷², il tend à

¹¹⁷⁰ Voir notamment A. BENABENT, *op. cit.*, n°489 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1314.

¹¹⁷¹ Voir *supra* n° 57.

¹¹⁷² Qui est le modèle adopté par le droit anglais, sur la différence entre les deux, voir *supra* n° 141s. Cette distinction est toutefois à nuancer et il est fort probable que les systèmes juridiques font en réalité un « panachage », certains insistant davantage sur les raisons positives justifiant les restitutions, à l'instar du droit anglais, tandis que d'autres mettent davantage l'accent sur l'absence de fondement justifiant le transfert, comme le droit français ou le droit allemand. En ce sens, voir L. SMITH, « The State of the Law of Unjust

spécialiser certaines branches de l'enrichissement injustifié. Il semble qu'il n'existe plus de notion uniforme d'absence de justification, qui est remplacée par des conditions plus précises, qui diffèrent selon la branche de l'enrichissement injustifié en cause, les juristes allemands faisant davantage référence à l'existence d'une prestation ou à la violation d'un droit exclusif¹¹⁷³.

Cette diversité est encore plus manifeste en droit anglais, même si on peut noter une tendance de la doctrine anglaise à regrouper les *unjust factors* en deux grandes catégories¹¹⁷⁴, où il n'existe pas en tant que telle une condition d'absence de justification mais une liste de cas où l'enrichissement est considéré injuste. Il est ainsi possible de noter une certaine convergence entre le droit allemand, qui a raffiné sa clause générale en plusieurs subdivisions, et le droit anglais qui tend au contraire à faire davantage de liens entre ces *unjust factors*, voire à en regrouper certains. Le droit français de l'enrichissement injustifié semble détoner par rapport aux solutions retenues par d'autres systèmes juridiques. Ces différences ne sont bien évidemment pas en soi critiquables, et il faut encore s'interroger sur les raisons de ce particularisme. Le droit français se démarque de ses voisins par le maintien d'une action générale, où il est *a priori* suffisant d'établir que l'enrichissement ne trouve aucune justification juridique, sans avoir à établir un élément positif. Le domaine pratiquement restreint de l'action d'enrichissement injustifié¹¹⁷⁵, aux enrichissements par services et enrichissements indirects n'a sans doute pas incité le législateur, ou la doctrine, à faire d'autres distinctions et à analyser plus précisément la notion d'absence de justification. S'il est toujours possible de retrouver l'idée qu'il n'existe pas de justification au transfert, quel que soit le quasi-contrat en cause, elle ne permet pas en soi d'établir la particularité de cette action, et plus largement de cette source d'obligation. L'absence d'affinement de cette condition explique ainsi que l'action d'enrichissement injustifié soit toujours perçue comme une action « négative » ou une simple manifestation de l'équité, puisqu'il n'est guère possible d'en relever sa dimension positive, ce qu'il la

Enrichment in Common Law Canada”, 57 Can. Bus. L.J. 39 (2015), p.39s., spéc.p. 56: “there is no civilian system (...) that uses a pure juristic reasons approach. Rather, those systems use a mixture of reasons for restitution and juristic reason”.

¹¹⁷³ Voir notamment G. DANNEMANN, « The Future of German Unjustified Enrichment Law », *Restitution Law Review*, (2017), Vol. 25, p.57.

¹¹⁷⁴ Pour une présentation des *unjust factors* voir *supra* n° 105s.

¹¹⁷⁵ Sur cet aspect voir notamment E. DESCHEEMAËKER, « The New French Law », art. préc., qui note que les juristes anglais et allemands ne peuvent qu'être surpris par le faible domaine de l'action générale en droit français, alors que ce qui constitue le cœur de l'enrichissement injustifié dans ces systèmes se retrouverait davantage dans l'une des actions spéciales, à savoir la répétition de l'indu.

différencie substantiellement des autres sources d'obligation. D'où l'idée que l'enrichissement injustifié ne peut s'appliquer que si aucune autre voie de droit ne peut être utilisée, ce qui amènera à la condition de subsidiarité.

B) L'absence de justification de l'appauvrissement

343. La distinction entre la justification de l'enrichissement et la justification de l'appauvrissement. Cette distinction est encore discutée en doctrine et il n'est pas certain qu'elle soit réellement observée par la jurisprudence¹¹⁷⁶. Les nouvelles dispositions du Code ne font pas expressément référence à cette distinction, même s'il serait possible d'en voir les prémices à l'article 1303-1 (justification de l'enrichissement) et l'article 1303-2 (justification de l'appauvrissement). Cette interprétation n'est sans doute pas la plus vraisemblable, ces dispositions s'inspirant fortement de celles retenues dans le projet Terré, où il n'est pas question de faire une distinction entre la cause (à l'époque) de l'enrichissement et celle de l'appauvrissement, mais davantage une distinction entre les éléments juridiques (dont la cause de l'enrichissement) et l'élément moral qui permet aux juges de tenir compte du comportement de l'appauvri¹¹⁷⁷. Il est vrai que la distinction entre l'absence de justification de l'enrichissement et l'absence de justification de l'appauvrissement pourrait paraître curieuse dans la mesure où l'obligation imposée à l'enrichi n'est *a priori* fondée que par l'idée d'un enrichissement reçu sans droit. Dès lors, le fait que l'appauvrissement soit justifié ou non devrait être indifférent à partir du moment où l'enrichissement est, lui, injustifié. Par ailleurs, il est plus difficile encore de se figurer *a priori* ce que peut recouvrir la notion d'absence de justification de l'appauvrissement, comparée à celle d'absence de justification de l'enrichissement. Il n'est pas possible de faire référence à un quelconque « titre » sur un appauvrissement qui a été causé par l'appauvri lui-même. Cependant, que cette condition soit perçue comme justifiant l'appauvrissement ou comme une condition distincte - un élément moral -, dans les deux cas, il apparaît que cette absence de justification diffère radicalement de l'absence de justification de l'enrichissement. En effet, l'analyse ne se concentre pas sur le transfert, mais plutôt sur les

¹¹⁷⁶ Voir notamment A. BENABENT, *op. cit.*, n°486 qui estime que l'appauvri peut agir quand bien même son appauvrissement serait justifié, car seul l'enrichissement doit être injustifié. Voir également sur l'indifférence de la justification de l'appauvrissement, V. FORTI, « Art. 1303 à 1303-4. Enrichissement injustifié – Conditions juridiques » *Juris class. Civ.*, 2016, n°2.

¹¹⁷⁷ P. REMY, « Des autres sources d'obligations », in F. TERRE, *Pour une réforme du régime général des obligations*, *op. cit.*, p.44-45.

« mérites » et le comportement de l'appauvri. Or, il n'est pas certain que le comportement de l'appauvri mérite une place aussi centrale pour une action qui est majoritairement perçue comme une action « objective » visant à rétablir un équilibre patrimonial.

La comparaison avec le droit anglais est sur ce point assez saisissante. L'attitude du demandeur est indifférente, et notamment il importe peu qu'il ait ou non commis une faute¹¹⁷⁸. Son comportement n'est déterminant que s'il est démontré qu'il avait en réalité l'intention de transférer l'enrichissement, ou bien, qu'il était indifférent à l'idée de perdre ce bénéfice, c'est-à-dire qu'il a délibérément pris un risque. Dès lors que son comportement ne permet pas de sonder sa volonté de transférer le bénéfice, il n'a aucune incidence sur l'octroi d'éventuelles *restitutions*.

344. L'opportunité de la distinction. En droit français, contrairement au droit anglais, l'aspect très général de l'action d'enrichissement injustifié nécessite certains ajustements, même si ceux-ci s'accommodent relativement mal avec l'objectif initial de cette action. Sous couvert de la justification de l'appauvrissement, deux éléments sont pris en considération : la poursuite par l'appauvri d'un intérêt personnel et la faute de l'appauvri (art. 1303-2). Il faut toutefois noter que la faute est simplement utilisée pour modérer l'indemnité et non pour écarter l'action. Or, si la faute est véritablement une justification à l'appauvrissement, elle devrait plutôt faire obstacle à l'action. Cette différence d'approche se constate également dans le contrôle opéré par la Cour de cassation. Tandis qu'elle exerce un contrôle sur la justification de l'enrichissement, qui mérite à cet égard l'appellation de condition juridique, elle abandonne à l'appréciation souveraine des juges du fond la caractérisation d'une justification à l'appauvrissement¹¹⁷⁹. En dépit du fait que ces deux obstacles à l'action (la faute et l'intérêt personnel) peinent à se rattacher à une vraie logique d'enrichissement injustifié, il faut toutefois reconnaître qu'en pratique, ces conditions sont parfois opportunes, en ce qu'elles permettent de rejeter l'action dans des cas où, intuitivement, il paraît impensable d'accorder la moindre indemnité. Ainsi, en droit français, le principal obstacle aux enrichissements incidents est la justification par la poursuite d'un profit personnel.

¹¹⁷⁸ Voir *supra* n° 107.

¹¹⁷⁹ Les deux arrêts rendus par la première chambre civile en date du 24 septembre 2008 sont à cet égard emblématique (Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, déc. préc.), la Cour de cassation avait ainsi estimé que les juges d'appel avaient souverainement constaté que le concubin avait agi dans son intérêt personnel.

345. Le cas particulier de la poursuite d'un profit personnel. Il faut d'emblée mentionner que s'il peut être tentant d'associer la prise de risque de l'appauvri à l'intérêt personnel de ce dernier, ces deux cas sont distincts l'un de l'autre et poursuivent des objectifs différents. Même s'il n'est pas évident de déterminer dans quelle mesure la prise de risque peut exclure l'action d'enrichissement injustifié, il semble que son rôle soit plus proche de celui accordé à l'intention libérale qu'à la poursuite d'un intérêt personnel. Ce qui peut expliquer que la plupart des autres systèmes juridiques, notamment le droit anglais¹¹⁸⁰, peuvent prendre en considération le risque alors que la poursuite d'un intérêt personnel est plus rarement mise en avant¹¹⁸¹. Le fait que la singularité des enrichissements incidents ne soit pas suffisamment mise en avant peut expliquer, en partie, l'absence de réponse parfaitement adéquate aux cas où l'action de l'appauvri profite incidemment à d'autres personnes. Il est en effet curieux de passer par la poursuite d'un profit personnel pour écarter l'action, alors même que cette action ne suppose aucune intention particulière de l'appauvri. Il est même possible d'y voir une certaine contradiction avec la logique de l'enrichissement injustifié, qui implique que l'appauvri ne poursuit aucun autre intérêt que le sien. L'appauvri ne cherche ainsi qu'à restaurer l'état de son patrimoine. Aussi, potentiellement l'intérêt personnel de l'appauvri pourrait vider intégralement l'enrichissement injustifié de sa substance et faire obstacle à toutes les actions et ce d'autant plus que le nouvel article n'exige pas que l'appauvri ait exclusivement recherché à favoriser son intérêt personnel.

346. Une proximité avec l'intention de gérer ? L'intérêt personnel de l'appauvri fait encore apparaître une certaine parenté avec la gestion d'affaires. Cette justification paraît, en effet, être une réduction de l'exigence d'une intention de gérer, sauf qu'ici il est simplement exigé que l'enrichi n'ait pas seulement eu en tête son profit personnel¹¹⁸². Toutefois, la Cour de

¹¹⁸⁰ Même si le rôle du risque est encore délicat à déterminer, mais il est plus particulièrement invoqué lorsque le demandeur souhaite obtenir une rémunération pour un service rendu au défendeur, voir notamment les critiques sur le *free acceptance*, voir *supra* n° 140, l'une des principales faiblesses avancées étant le fait que bien souvent dans la plupart des cas de *free acceptance* il est possible de dire que le demandeur a pris un risque en octroyant un service au défendeur sans obtenir, au préalable, l'accord du défendeur. Il prend ainsi le risque du refus du défendeur qui ne souhaite pas verser une rémunération pour un service qu'il n'a pas requis.

¹¹⁸¹ Il semble même que ce soit une spécificité française, ce qui peut tenir au fait que ce soit le droit français qui envisage le plus largement la notion d'absence de justification, il faut donc trouver d'autres outils pour restreindre le domaine de l'action.

¹¹⁸² Un arrêt de la Cour de cassation montre cette proximité avec la gestion d'affaires (Civ. 1^{re}, 1^{er} juil. 2020, n°19-15089). Des acquéreurs avaient réalisé des travaux de rénovation d'un immeuble, mais la vente fut finalement résolue car les acquéreurs n'avaient pas intégralement payé le prix. Ils ont alors demandé le remboursement des travaux réalisés sur le fondement de l'action de *in rem verso*, ce qui leur a été refusé.

cassation laissant cet élément à l'appréciation souveraine des juges du fond, il n'est guère surprenant de trouver des décisions contradictoires. Deux arrêts du 24 septembre 2008 sont assez révélateurs des potentielles contradictions d'un tel système. Pour des faits quasi-identiques¹¹⁸³, les solutions retenues par les juges du fond divergent pour ces deux affaires. Dans les deux affaires le concubin appauvri avait financé des travaux de constructions pour le logement familial, qui appartenait à la concubine. Dans les deux cas, le concubin avait pour projet d'habiter ce logement, ce projet s'étant concrétisé dans l'un des cas seulement. Paradoxalement, et c'est ce qui a pu faire l'objet de critiques, l'action est rejetée dans le cas où le concubin n'a jamais vécu dans le logement, alors qu'elle est acceptée dans celle où le concubin a vécu pendant quelques temps dans le logement familial. Il aurait été possible d'affirmer que l'intérêt personnel de l'appauvri étant plus présent dans l'hypothèse où le concubin a concrètement vécu dans le logement. Pourtant, dans la première affaire, les juges ont accueilli l'action car ils ont pu estimer que le financement des travaux excédait de loin la participation normale aux dépenses du couple ; tandis que dans le second cas, les juges ont pu rejeter l'action car ils ont estimé que l'intention de s'installer dans le logement – qui existait pourtant également dans la première affaire – caractérisait un intérêt personnel du concubin.

Il paraît impossible de réconcilier ces deux décisions et il serait tentant de n'y voir qu'une conséquence de l'appréciation souveraine des juges du fond. Cependant, quand bien même la Cour effectuerait un contrôle, même léger, de cette justification, on peine à voir quels pourraient être, dans le contexte de l'enrichissement injustifié, les critères fiables permettant de caractériser l'intérêt personnel susceptible de faire obstacle à l'action d'enrichissement injustifié. Cette justification pourrait d'ailleurs poser quelques difficultés d'articulation avec une justification possible de l'enrichissement, à savoir l'intention libérale de l'appauvri. Bien évidemment, le simple fait que l'appauvri n'ait pas poursuivi

Dans un premier temps, il est relevé que les travaux « réalisés ne pouvaient être qualifiés d'urgents et nécessaires » et qu'ils avaient été réalisés « dans leur intérêt propre et à leurs risques périls et qu'ils ne démontraient pas avoir subi un appauvrissement ». La référence à l'urgence et à la nécessité est curieuse, car ce n'est pas une condition de l'action d'enrichissement injustifié, mais cela fait penser à la condition d'utilité de la gestion d'affaires (avec un degré d'exigence supplémentaire). Mais, c'est surtout la référence à l'intérêt personnel qui est intéressante, car elle permet d'exclure l'indemnisation qui ne paraît pas opportune dans ce cas. Il est également intéressant de noter qu'en l'espèce les juges ont curieusement estimé qu'il n'y avait pas d'appauvrissement, alors que les dépenses engagées pour la réalisation des travaux pourraient aisément caractériser cet élément. Faut-il y voir une nouvelle exigence ? L'appauvrissement ne serait alors caractérisé que lorsque les demandeurs n'ont pas poursuivi leur intérêt personnel ? Il semble que cela revienne à confondre la condition d'une absence de justification avec la condition d'un appauvrissement.

¹¹⁸³ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, déc. préc.

un intérêt personnel n'implique pas qu'il ait souhaité gratifier l'enrichi. Néanmoins, le champ d'application risque d'être particulièrement étroit si l'on exige de l'appauvri qu'il n'ait pas d'un côté souhaité enrichir autrui, sans qu'il ait, de l'autre, cherché à satisfaire un intérêt personnel¹¹⁸⁴. L'application relativement peu fréquente de cette justification démontre néanmoins que l'objectif est simplement de faire obstacle à l'action lorsqu'il est manifeste que la solution aboutirait à une solution aberrante ou excessive.

II : L'absence de justification et l'indu

347. L'indu objectif et l'indu subjectif. La notion d'indu semble correspondre parfaitement à celle d'absence de justification, ce qui explique d'ailleurs que la répétition de l'indu soit si fréquemment associée à l'enrichissement injustifié. Comme la condition d'absence de justification, la notion d'indu demeure assez vague et ne se discerne pas aisément, bien qu'elle ait fait couler moins d'encre. Même si la notion d'indu n'a pas été trop « encombrée » par des éléments moraux comme l'intérêt personnel du *solvens*, ses frontières exactes sont encore discutées. La notion d'indu a progressivement évolué surtout depuis qu'il n'est plus exigé d'erreur, du moins pour l'indu objectif¹¹⁸⁵. Il semble que la réforme de 2016 ait maintenu cette distinction entre indu objectif, où l'obligation est absolument inexistante, et l'indu subjectif, où soit l'*accipiens* n'est pas le véritable créancier, soit le *solvens* n'est pas le véritable débiteur. Plus précisément, la véritable différence tient surtout entre les cas où un non-créancier a reçu une chose indûment, quand bien même le solvens serait le véritable débiteur (art. 1302-1), et ceux où le véritable créancier a reçu quelque chose de la part d'un *solvens* non débiteur (1302-2). Alors que dans le premier cas, il suffit d'établir que l'obligation est inexistante, dans le second, le *solvens* devra apporter la preuve qu'il a effectué le transfert par erreur ou sous la contrainte¹¹⁸⁶. Cette distinction entre indu objectif et subjectif n'est pas aussi naturelle qu'il y paraît, en tout cas si l'on se cantonne aux règles de la répétition de l'indu. Il importe peu *a priori* que l'*accipiens* soit créancier d'un autre débiteur que le *solvens* ou que le *solvens* soit débiteur d'un créancier autre que l'*accipiens*, puisque dans tous les cas le transfert n'est

¹¹⁸⁴ Il nous semble que cela explique en partie pourquoi cette action est si peu admise dans le contentieux des concubins, où la jurisprudence se montre de surcroît imprévisible (sur ce constat, voir également F. CHENEDE, « La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins ? » *D.2017.71s.*).

¹¹⁸⁵ Sur ce point voir notamment Y. STRICKLER, « Autres sources d'obligations. – Paiement de l'indu », *Jurisclass. Civil Code*, Art. 1302 à 1302-3, 2018, n°13s.

¹¹⁸⁶ Voir notamment A. BENABENT, *op. cit.*, n°465, 467 et 470 ; F. CHENEDE, *op. cit.*, n°133.31s.

pas dû. En effet, même si l'*accipiens* est bien créancier, à partir du moment où le *solvens* ne lui devait rien, la situation est similaire à l'hypothèse d'indu objectif, dans la mesure où le lien d'obligation n'affecte que le créancier et le débiteur. Pourtant cette distinction se justifie pleinement à partir du moment où l'analyse porte à la fois sur les règles relatives à la répétition de l'indu et sur celles relatives au paiement. Les nouvelles dispositions du Code civil prévoient ainsi que le paiement est une exécution volontaire de la prestation (art. 1342), qui peut être réalisé « même par une personne qui n'y est pas tenue, sauf refus légitime du créancier » (1342-1). Dès lors, pour que le transfert ne vaille pas paiement et sous réserve du refus légitime du créancier, le *solvens* doit dans ce cas particulier démontrer que le transfert n'était pas volontaire, soit parce qu'il a été réalisé sous la contrainte, soit parce qu'il résulte d'une erreur¹¹⁸⁷.

348. L'unité de la répétition de l'indu. Il est possible de trouver une unité entre l'indu objectif et l'indu subjectif. En effet, même dans l'indu objectif, la simple absence de dette ne suffit pas pour obtenir restitution. Cette absence fait simplement présumer le transfert involontaire. Cette présomption peut toutefois être renversée en cas d'intention libérale de l'*accipiens*, auquel cas les restitutions seront refusées. Le fait qu'il ne soit pas nécessaire d'établir une erreur ou une contrainte en cas d'indu objectif se justifie ainsi par le fait, qu'en ce cas, il n'existe *a priori* aucune raison au transfert¹¹⁸⁸ ; l'intention libérale ne se présument pas, le plus vraisemblable est que le *solvens* n'a pas consenti au transfert de l'enrichissement. En revanche, en cas d'indu subjectif, le fait que l'*accipiens* soit le véritable créancier, associé au fait que le droit admet parfaitement qu'un tiers puisse payer la dette d'autrui, ne permet pas de faire présumer aussi simplement l'indu. Le droit ajoute donc la condition d'erreur ou de contrainte. Ainsi, il existe une certaine unité entre les deux formes d'indu, l'idée étant de démontrer que le transfert a été vicié et que le *solvens* n'a pas agi en pleine conscience¹¹⁸⁹. L'objectif est de protéger, au moins en valeur et par le biais

¹¹⁸⁷ Une autre explication donnée est la suivante : s'il n'y a ni erreur ni contrainte, cela traduit soit la volonté de se comporter en gérant d'affaires, soit l'intention libérale du *solvens* (notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1292). Il nous semble cependant qu'il s'agit davantage d'une conséquence, pour connaître les recours éventuels du *solvens* qui aurait payé la dette d'autrui, mais cela suppose de caractériser, au préalable, un véritable paiement.

¹¹⁸⁸ En cas d'indu objectif, le *solvens* n'avait effectivement aucune raison de transférer l'enrichissement et l'*accipiens*, aucune raison de recevoir cet enrichissement.

¹¹⁸⁹ Comp. Y. STRICKLER, art. préc., n°41 qui estime que les solutions de l'indu objectif et indu subjectif peuvent être réconciliées par le concept de cause, même s'il n'existe plus depuis 2016. C'est l'absence de cause au transfert, et donc l'inexistence de la dette, qui justifie, dans les deux cas, la restitution de l'indu : « La question de l'erreur n'est réintroduite que lorsque les circonstances de fait laissent apparaître une autre raison à l'exécution ». Cependant, comme avant la réforme de 2016, ce concept de cause sied mal à l'intention

d'une action personnelle, le droit de propriété du *solvens* sur le bien transféré, le principe étant qu'un transfert de propriété suppose le consentement du propriétaire. L'indu ne se résume donc pas simplement, nous semble-t-il, à l'idée d'absence de justification à la dette, qui n'est en soi pas suffisante pour justifier les restitutions. Cette idée est trop vague et ne permet ni de révéler le fondement ni la raison d'être des restitutions. L'idée d'absence de justification permet simplement de faire le lien entre cette source d'obligation et les autres, et plus spécifiquement les règles relatives au paiement, pour éviter des résultats potentiellement contradictoires. À cet égard, le système anglais des *unjust factors* permet davantage de révéler les raisons justifiant les *restitutions*.

349. L'indu et les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat. La répétition de l'indu est parfois invoquée comme fondement potentiel pour les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat, mais cette vision est souvent contestée, en particulier lorsque le contrat n'a pas été rétroactivement anéanti. Deux arguments, l'un théorique et l'autre pratique, sont invoqués pour rejeter ce fondement. D'un point de vue théorique, ces restitutions ne pourraient être fondées sur la répétition de l'indu, car le contrat n'ayant pas été rétroactivement anéanti, l'indu n'est survenu qu'ultérieurement et le contrat aurait, pendant un temps au moins, justifié le transfert. D'un point de vue pratique, l'application des règles de la répétition de l'indu, dont les nouvelles dispositions relatives aux restitutions se sont inspirées, ne serait pas aisée, en particulier s'agissant des conséquences de la mauvaise foi¹¹⁹⁰. Ces arguments peuvent toutefois être réfutés. Le fait que le contrat ait, pendant un temps, pu justifier le transfert, n'est pas nécessairement un obstacle. Le contrat aménage la situation entre les deux parties, en dérogeant aux règles qui s'appliquent en l'absence d'un lien contractuel, si bien que si ce contrat vient à être écarté, un retour aux règles extracontractuelles est possible. En ce cas, à moins que les parties n'aient envisagé d'autres règles aménageant la fin du contrat, le transfert d'un enrichissement ne pourrait plus trouver aucun support et serait ainsi reçu « sans être dû ». Il est possible de faire un lien avec l'analyse retenue par certains juristes anglais, l'enrichissement est « conditionné » au maintien du contrat, si bien que si le contrat est écarté, il n'existe *a priori* plus aucune

libérale. Par ailleurs, la notion d'indu est en soi assez descriptive et ne permet pas d'expliquer pourquoi le *solvens* pourrait demander la restitution de l'indu. En revanche, si l'élément essentiel tient à l'absence de caractère volontaire du transfert, les restitutions peuvent s'expliquer par le fait qu'en principe, la propriété d'un bien ne peut se perdre qu'avec le consentement du propriétaire, sinon il y aurait une méconnaissance de son droit de propriété.

¹¹⁹⁰ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.918-922.

raison pour l'une des parties de conserver ce qu'elle a reçu de l'autre¹¹⁹¹. Le *solvens* n'a consenti au transfert qu'en raison du contrat, si le contrat venait à être anéanti, rétroactivement ou non, la raison de ce transfert disparaît avec lui.

350. L'indaptation de la répétition de l'indu aux services. Il faut toutefois nuancer cette présentation générale en signalant que la répétition de l'indu n'est pas adaptée à toutes les « restitutions » contractuelles, notamment les « restitutions » d'une prestation de service. Cela tient au fait que les services ne peuvent être traités de manière identique par rapport aux transferts d'un bien ou d'une somme d'argent. Lorsqu'un contrat portant sur un service est anéanti, alors qu'il a été au moins partiellement exécuté, la question qui se pose est de savoir si celui qui a exécuté en partie la prestation de service peut prétendre à la rémunération prévue dans le contrat, au moins au pro-rata de l'exécution. Il faut donc se demander si le contrat peut être au moins partiellement maintenu, s'agissant des prestations déjà exécutées, ou si l'anéantissement du contrat autorise les parties à s'affranchir intégralement des stipulations du contrat. L'état du droit positif n'est pas très clair sur ce point, car il traite le cas des services en même temps que les restitutions d'une somme d'argent ou d'un bien en nature. Le nouvel article 1352-8 sur la « restitution » d'une prestation de service n'est d'ailleurs pas sans poser de difficultés¹¹⁹². Les règles d'évaluation des autres formes de restitutions ne peuvent être appliquées à ce cas, et l'article est muet sur la manière d'évaluer cette restitution, à l'exception de la date d'évaluation fixée à la date de fourniture du service¹¹⁹³. Cela signifierait donc que les règles relatives aux conséquences de l'anéantissement d'un contrat ne seraient pas traitées de manière unitaire, mais correspondraient à des qualifications différentes selon que la « restitution » porte sur un service ou sur un bien ou somme d'argent. Cette dissociation n'est pas véritablement gênante dans la mesure où elle ne ferait que révéler les disparités existant déjà en droit positif et qu'elle met simplement en lumière que l'intérêt protégé n'est pas le même en cas de service. Lorsqu'un cocontractant demande la « restitution » d'un service, il ne demande qu'à obtenir l'avantage promis en contrepartie par le contrat, à hauteur de l'exécution effectivement fournie. Au contraire, lorsqu'il demande la restitution d'un bien ou d'une somme d'argent, il souhaite être replacé dans la position qui aurait dû être la sienne si le

¹¹⁹¹ Sur le droit anglais voir *supra* n° 175.

¹¹⁹² Sur les difficultés potentielles d'interprétations, voir *supra* n° 275s.

¹¹⁹³ Ce n'est d'ailleurs pas la première fois que le législateur se contente d'énoncer pour seule règle d'évaluation la date à prendre en compte, c'est notamment le cas de l'action d'enrichissement injustifié.

contrat n'avait pas été conclu. Cette différence d'intérêt justifierait nous, semble-t-il, qu'un traitement distinct soit réservé à ces deux hypothèses¹¹⁹⁴.

III : L'absence de justification et la gestion d'affaires

351. L'absence de droit sur l'enrichissement. Contrairement aux deux autres actions, la condition d'absence de justification semble être absente de la gestion d'affaires, ou plus exactement elle semble indifférente. Le gérant n'a aucune obligation d'agir¹¹⁹⁵, et si une intention de gérer est requise, elle n'équivaut pas à l'intention libérale qui permet traditionnellement de justifier le transfert de l'enrichissement¹¹⁹⁶. Cependant, le gérant n'a aucun droit sur l'enrichissement qu'il a procuré au maître, quand bien même cet enrichissement n'est *a priori* justifié par aucune obligation. Une première explication pourrait résider dans le caractère volontaire du transfert – le gérant a souhaité agir au bénéfice du maître – qui différencie la gestion d'affaires des deux autres quasi-contrats. Cela transparaît surtout par comparaison avec la répétition de l'indu, où l'absence de volonté permet de qualifier le transfert d'indu. Néanmoins, cette explication est insuffisante, en particulier si l'on compare avec l'action d'enrichissement injustifié. En dépit du caractère involontaire du transfert, les conditions de l'action sont telles que l'appauvri ne peut espérer obtenir un droit sur l'enrichissement octroyé à l'enrichi¹¹⁹⁷. Tout particulièrement, la condition d'appauvrissement empêche l'appauvri d'obtenir un droit sur la plus-value qu'il a contribué à créer, bien que cet enrichissement soit injustifié. Cette raison se retrouve également dans la gestion d'affaires, où le gérant ne dispose d'aucun droit sur l'éventuelle plus-value accordée au maître, car celle-ci revient à ce dernier. Il n'existe aucun lien d'attribution entre le service conféré et la plus-value afférente, car par principe cette plus-value est attribuée au propriétaire, et donc au maître de l'affaire. Ainsi, même si la plus-value n'a pas de fondement juridique, dans le sens où le gérant n'avait aucune obligation à l'égard du maître, cette absence de fondement juridique ne donne aucun droit au gérant. La gestion d'affaires montre ainsi que le simple fait qu'un bénéfice ait été accordé à un tiers, sans que le transfert ne soit justifié par une obligation préexistante, n'est pas une raison

¹¹⁹⁴ Voir la partie II, *infra* n° 376s.

¹¹⁹⁵ Si tel était le cas, cela ferait en effet obstacle à la caractérisation de la gestion d'affaires.

¹¹⁹⁶ Cette différence entre l'intention de gérer et l'intention libérale serait surtout une différence de degré, l'intention de gérer se trouvant en-deçà de l'intention libérale (voir R. BOUT, art. préc., *Jurisclasseur Civil Code, op. cit.*, n°39).

¹¹⁹⁷ Voir *supra* n° 314, surtout la règle du double-plafond agit de telle manière que l'appauvri ne peut avoir de droit sur la plus-value conférée à l'enrichi.

suffisante pour justifier la restitution de ce bénéfice. Il faut également qu'il existe un lien particulier entre le bénéfice et le demandeur, lien qui n'existe pas dans la gestion d'affaires.

Section II : La subsidiarité

352. Un rôle à identifier. Notion délicate à cerner et parfois contestée, la subsidiarité a toutefois réussi à se maintenir après la réforme de 2016. Elle peine cependant à se distinguer de l'absence de justification, si ce n'est qu'elle impliquerait plus généralement l'absence d'une autre solution de droit, là où l'absence de justification se concentre uniquement sur l'absence initiale de fondement juridique au transfert. La subsidiarité serait ainsi un autre élément commun aux quasi-contrats, qui n'auraient vocation à s'appliquer que lorsqu'il n'existe aucune autre solution juridique à disposition du demandeur. Afin de vérifier cette affirmation, encore faut-il que la subsidiarité soit dictée par la nature de l'action d'enrichissement injustifié, l'action générale (I), avant d'analyser plus globalement la subsidiarité au sein des quasi-contrats (II).

I : La subsidiarité dans l'action d'enrichissement injustifié

353. Une condition controversée. Tandis que les autres conditions de l'action ne sont généralement jamais contestées, même pas celle d'appauvrissement, la nécessité de recourir à la subsidiarité ne fait pas l'unanimité, bien que l'ordonnance du 10 février 2016 ait conservé les principales applications de la subsidiarité à l'article 1303-3. La subsidiarité est parfois présentée comme une condition justifiée par l'essence de l'action et comme la condition commune à tous les quasi-contrats¹¹⁹⁸. Pourtant, il nous semble que la subsidiarité n'est pas une condition essentielle à l'action d'enrichissement injustifié, en ce sens qu'elle ne participe pas de l'essence de cette action. Elle vient davantage combler les lacunes et empêcher que l'action ne devienne une « machine à faire exploser le droit », selon les termes de Jacques Flour¹¹⁹⁹. La subsidiarité n'a ainsi qu'un caractère accessoire (A) et les raisons de son maintien s'explique principalement par les contours incertains de l'action (B).

¹¹⁹⁸ P. LETOURNEAU, « Quasi-contrats », *Rép. civ.*, Dalloz, 2018, n°32s. ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p.582 : « tous les quasi-contrat sont subsidiaires par rapport à l'utilisation d'une des autres sources d'obligations que sont en particulier le contrat ou la responsabilité civile ».

¹¹⁹⁹ J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois*, 1975, 1^{re} partie, n°30854, p. 186.

A) La subsidiarité, une condition accessoire

354. Une spécificité française. À côté de la condition d'appauvrissement, la subsidiarité est l'autre spécificité du modèle français de l'enrichissement injustifié¹²⁰⁰. Les autres modèles d'enrichissement injustifié, que ce soit le modèle allemand ou le modèle anglais, ne connaissent pas d'équivalent à cette condition, même si certaines règles sont parfois assimilées à la subsidiarité, en particulier celles concernant l'articulation entre le contrat et l'enrichissement injustifié. Afin que la comparaison soit pertinente, il faut en premier lieu s'entendre sur la notion de subsidiarité, qui implique *a minima* l'idée d'une hiérarchie entre différentes règles en concours. Cela suppose donc également que toutes les autres conditions de l'action d'enrichissement injustifié soient réunies. La subsidiarité de l'enrichissement injustifié, impliquerait que cette action ne peut être utilisée que si aucune autre action n'est à la disposition du demandeur. En droit allemand, l'enrichissement injustifié n'est absolument pas perçu comme une source subsidiaire, mais au contraire comme une source d'obligation à part entière. La seule règle de subsidiarité qui existe se trouve au sein de l'enrichissement injustifié, certaines subdivisions du § 812 ayant la priorité sur d'autres¹²⁰¹. De même, les relations entre le contrat et l'enrichissement injustifié ne sont pas traitées sous l'angle de la subsidiarité, mais tiennent aux objectifs différents de ces deux corps de règles, le droit des contrats traitant des transferts volontaires de gains, tandis que l'enrichissement injustifié corrige les transferts viciés¹²⁰².

Un constat similaire existe en droit anglais, où il n'existe pas d'équivalent à la règle de subsidiarité. Ni le *Restatement*, ni les différents ouvrages consacrés à l'*unjust enrichment* n'évoquent cette condition. Cette absence n'est guère étonnante, car il n'existe aucun principe général d'enrichissement injustifié et les cas d'enrichissement indirect sont

¹²⁰⁰ *Contra* : P. DRAKIDIS, « La 'subsidiarité', caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause », *RTD civ.* 1961.577s. ; A. POSEZ, « La subsidiarité de l'enrichissement sans cause : étude de droit français à la lumière du droit comparé », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, n°2, p.185s. Toutefois, ces auteurs prennent essentiellement pour appui des systèmes s'inspirant du modèle français (droit belge, droit libanais, droit québécois...), il n'est donc guère étonnant d'y retrouver les mêmes conditions dont celle de subsidiarité.

¹²⁰¹ Voir *supra* n° 60 ; C. VON BAR, S. SWANN, *op. cit.*, n°5, p.526.

¹²⁰² À ce titre, il existe plutôt une exclusion, puisque s'il est avéré que le demandeur a bien consenti au transfert par le contrat, l'enrichissement n'est pas injustifié. En revanche, la simple présence d'un contrat ne fait pas nécessairement obstacle à l'enrichissement injustifié, s'il est établi que le transfert ne peut être justifié par ce contrat.

limitativement admis¹²⁰³. Il serait également hasardeux de présenter l'*unjust enrichment* comme subsidiaire par rapport au contrat. Certes, l'*unjust enrichment* ne peut être invoqué, par principe, que si le contrat a été anéanti. Toutefois, cela ne tient pas à l'idée de subsidiarité, mais simplement au fait que l'anéantissement du contrat affecte le consentement au transfert du bénéfice¹²⁰⁴. Cette particularité française n'a d'ailleurs pas été retenue dans les *Principles of European Law*, consacrés à l'enrichissement injustifié, qui énoncent explicitement que l'enrichissement injustifié peut être invoqué même en cas de concours et qu'il n'existe donc pas de règle de subsidiarité¹²⁰⁵. L'ouvrage de droit comparé consacré à l'enrichissement injustifié des professeurs Beatson et Schrage est également édifiant, puisque le chapitre consacré à la subsidiarité traite quasi exclusivement du droit français¹²⁰⁶. Ce bref panorama incite à revoir les raisons pour lesquelles la condition de subsidiarité est maintenue en droit français et tend à démontrer que cette condition n'a en réalité rien d'évident.

355. Le caractère accidentel de la subsidiarité. La subsidiarité est souvent présentée comme étant de l'essence de l'enrichissement injustifié, ou du moins comme une condition inévitable¹²⁰⁷. Elle n'est en réalité qu'une conséquence de l'intégration tardive de l'enrichissement injustifié en droit positif, ainsi que le signe d'un développement encore insuffisant de cette source d'obligation. L'enrichissement injustifié étant la troisième source d'obligation¹²⁰⁸, ses contours prennent nécessairement en compte les frontières des deux premières sources, le contrat et la responsabilité civile. Il est possible de faire un parallèle avec la règle du non-cumul, qui évite un empiètement de la responsabilité civile sur le

¹²⁰³ Sur l'influence de ces deux aspects sur l'existence d'une condition de subsidiarité voir B. NICHOLAS, « Modern Developments in the French Law of Unjust Enrichment » (extracts) in J. BEATSON, E. SCHRAGE, *op. cit.*, p. 438-440.

¹²⁰⁴ Sur les relations entre le contrat et l'*unjust enrichment* voir *supra* n° 173s.

¹²⁰⁵ C. VON BAR, S. SWANN (ed.), *op. cit.*, n°5, p.92: "claims under the law of unjustified enrichment as a rule may freely subsist alongside concurrent claims based on other legal grounds, assuming that all the requirements for the former (especially the lack of legal basis) are satisfied".

¹²⁰⁶ J. BEATSON, E. SCHRAGE (ed.), *op. cit.*, p.423s., les autres développements consacrés aux autres systèmes sont beaucoup plus brefs et traitent notamment de la règle de subsidiarité au sein de l'enrichissement injustifié en droit allemand.

¹²⁰⁷ Voir notamment M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p.582-583 ; R. LIBCHABER, note ss Civ. 1^{re}, 25 juin 2008, *Defrénois*, n°17, p.1980s., l'auteur estime ainsi que cette condition ne serait pas facile à évincer car cela tiendrait à « l'environnement quasi-contractuel » et à l'origine de l'action d'enrichissement injustifié qui n'a été érigée que « pour pallier la défaillance des règles d'indemnisation de droit commun ».

¹²⁰⁸ D'un point de vue purement chronologique, il est même possible d'affirmer qu'il s'agit de la quatrième source si l'on distingue de l'enrichissement injustifié, la gestion d'affaires, qui existe depuis le droit romain, contrairement à l'enrichissement injustifié qui s'est développé ultérieurement, sur l'historique voir *supra* n° 40s.

contrat. Cela ne signifie pas qu'il ne soit pas possible de revoir les frontières entre les différentes sources d'obligations. Seulement, la place relativement étroite accordée à l'enrichissement injustifié est d'abord la conséquence du domaine particulièrement étendu du contrat et de la responsabilité civile en droit français¹²⁰⁹. Les situations de concours sont donc potentiellement bien plus fréquentes, surtout que le droit français a également choisi de retenir une conception particulièrement large de l'enrichissement injustifié, en décidant notamment d'opter pour une action générale d'enrichissement injustifié. C'est également en raison de principes généraux de responsabilité pour faute et du fait des choses que la règle de non cumul a été adoptée, afin d'éviter que l'application de ces règles ne permettent de contourner la répartition des risques dans le contrat¹²¹⁰. La subsidiarité est à cet égard une règle de non cumul, sauf qu'elle ne vaut pas qu'à l'égard du contrat, mais à l'égard de toute autre règle de droit qui serait en concours avec l'enrichissement injustifié¹²¹¹. Cette hiérarchisation n'est cependant pas consubstantielle à cette source, mais tient simplement à l'insuffisance des conditions de l'action d'enrichissement injustifié. La diversité des applications de la subsidiarité ainsi que l'impossibilité d'en saisir précisément les contours témoignent d'ailleurs de ce fait¹²¹². La condition de subsidiarité fait office de dernier recours lorsque les autres conditions ne permettent pas de filtrer suffisamment les situations susceptibles d'entraîner une indemnisation¹²¹³.

356. Une distinction entre obstacle de droit et obstacle de fait. Même si la jurisprudence est particulièrement difficile à suivre, il est possible de présenter la subsidiarité comme un

¹²⁰⁹ Le droit français semble à chaque fois retenir la conception la plus large, que ce soit par rapport à la définition du contrat, notamment en comparaison avec le droit anglais qui n'admet pas les contrats unilatéraux, ou par rapport à la responsabilité civile qui semble elle aussi bien plus étendue qu'en droit allemand ou que le droit des *torts* en Angleterre (du moins le droit anglais ne connaît-il pas d'action générale).

¹²¹⁰ En ce sens J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD. civ.* 2010.1s.

¹²¹¹ J. BEATSON, E. SCHRAGE (ed.), *op. cit.*, p.424: "In that sense the subsidiarity principle seems to be a close cousin of the *non cumul* rule in the context of contract and delict claims". Voir également P. REMY, art. préc., n°20, p.69.

¹²¹² Comp. R. LIBCHABER, « Retour sur une vieille question délicate : la subsidiarité dans l'action *de in rem verso* », *Defrénois*, n°17, 2008, p. 1980s. qui estime que la condition de subsidiarité serait difficile à évincer, car elle est liée « à son environnement quasi-contractuel particulier : l'action *de in rem verso* a été construite pour pallier la défaillance des règles d'indemnisation de droit commun, établies par le droit français ». Il nous semble cependant que cet état n'est pas consubstantiel à l'enrichissement injustifié, mais une conséquence de son rattachement aux quasi-contrats et de l'absence d'un véritable concept d'enrichissement injustifié, qui ne devrait précisément pas être qu'une « roue de secours » pour obtenir une indemnisation lorsque d'autres sources ne peuvent être mobilisées.

¹²¹³ Sur l'aspect protéiforme de la condition de subsidiarité voir notamment P. REMY, art. préc., spéc. n°5 à 12 ; A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. CROCQ, th. Paris II, Economica, 2013, spéc. n°117-121 ; A. POSEZ, art. préc., spéc. n°8.

moyen d'empêcher que l'action d'enrichissement injustifié ne contourne l'application d'une autre règle de droit¹²¹⁴. Cette idée se retrouve dans l'article 1303-3 du Code civil, qui dispose que « L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription ». Cet article reprend le terme d'obstacle de droit, qui entraîne le rejet de l'action, par opposition à l'obstacle de fait, qui n'empêche pas l'appauvri de se fonder sur cette action. La distinction entre ces deux types d'obstacle demeure cependant délicate, la notion d'obstacle de droit étant particulièrement difficile à appréhender. S'agissant de l'obstacle de fait, il n'en existe à vrai dire qu'un : l'insolvabilité de l'enrichi initial, qui autorise l'appauvri à se retourner contre l'enrichi final¹²¹⁵. L'obstacle de fait ne se rencontre ainsi qu'en cas d'enrichissement indirect. Pour l'obstacle de droit, en revanche, les contours ne sont pas encore bien tracés. Cet obstacle ne doit évidemment pas être interprété de manière trop large, car sinon il faudrait conclure que l'action ne doit jamais prospérer, puisqu'il existera toujours une autre action dont les conditions ne sont pas réunies¹²¹⁶. De manière générale, les auteurs considèrent qu'il existe un obstacle de droit lorsqu'une autre action est paralysée ou éteinte, par exemple en raison de l'autorité de chose jugée ou de forclusion¹²¹⁷. La jurisprudence se montre versatile tout particulièrement s'agissant de la preuve d'un contrat¹²¹⁸. Dans certains cas, lorsque l'appauvri invoquait en premier lieu un fondement contractuel et qu'il ne parvenait pas à apporter la preuve de l'existence du contrat, les juges ont pu écarter la demande fondée sur l'enrichissement injustifié¹²¹⁹. Les seuls critères de sélection seraient l'impossibilité d'é luder la règle « normalement » applicable¹²²⁰ ou la volonté du législateur¹²²¹.

¹²¹⁴ Tous les ouvrages de droit des obligations traitent de cet aspect, voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n° 1309s.; A. BENABENT, *op. cit.*, n°489 ; ainsi que les encyclopédies : A.-M. ROMANI, art. préc., n°175 ; V. FORTI, art. préc., n°35 et la thèse de M. Gouëzel (A. GOUËZEL, th. préc.).

¹²¹⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 634

¹²¹⁶ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, 9^e ed., Montchrestien, 1998, n°709. En particulier tous les cas où cette action permet à l'appauvri d'obtenir une rémunération devraient être fermés, parce qu'ils ne remplissent pas les conditions pour qu'un contrat, notamment le contrat d'entreprise, soit caractérisé.

¹²¹⁷ Voir notamment F. CHENEDE, *op. cit.*, n°134-33.

¹²¹⁸ V. FORTI, art. préc., n°36. Cependant, voir A. GOUËZEL, th. préc., n°128, qui remarque que les arrêts marquant un apparent infléchissement de la condition de subsidiarité, lorsque la preuve du contrat n'a pas été apporté, ne statuaient en réalité que sur l'admissibilité de la demande subsidiaire, et non sur la condition de subsidiarité de l'action d'enrichissement injustifié.

¹²¹⁹ Pour l'évolution de la jurisprudence voir M.-L. DINH, th. préc., n°449, pour une explication voir *infra* n° 359.

¹²²⁰ J. MESTRE, « Du caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* », *RTD. civ.* 1997.657.

¹²²¹ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°709, les auteurs admettant toutefois qu'il « sera souvent difficile de découvrir quelle est l'intention du législateur lorsqu'il pose les conditions d'une

357. La possibilité d’agir en cas d’insolvabilité de l’enrichi initial. La solution autorisant l’appauvri à agir contre l’enrichi final, en cas d’insolvabilité de l’enrichi initial, ne va pourtant pas de soi. Cette solution se justifie généralement pour des raisons d’équité. Alors qu’en cas d’obstacle de droit, l’impossibilité d’agir viendrait du fait que l’appauvri a perdu, par son fait ou son inaction, un moyen d’action, l’obstacle de fait, à savoir l’insolvabilité de son débiteur, ne lui serait pas imputable. Cependant, il ne serait pas impossible d’affirmer qu’en cas d’insolvabilité, l’appauvri-créancier aurait dû prendre ses précautions et agir avant¹²²². Il peut être ajouté qu’en principe le créancier supporte le risque d’insolvabilité de son débiteur initial, qui peut être considéré comme une règle de droit dont l’assise se trouve à l’article 2284 du Code civil. L’insolvabilité ne serait donc pas qu’un obstacle de fait, mais bien également de droit. Mais, cette règle est, à vrai dire, surtout peu compréhensible si l’on se place du côté du défendeur, soit l’enrichi ayant *in fine* reçu l’enrichissement des mains d’une autre personne. En effet, que l’intermédiaire (l’enrichi initial) soit insolvable ou non, dans tous les cas cela ne remet pas en cause le fait que l’enrichi final a bien reçu un enrichissement, mais il pourra être tenu de le restituer en considération d’un fait qui lui est totalement extérieur et sur lequel il n’a aucune prise. Si l’enrichi initial n’est pas insolvable, il est libre de le conserver, mais si par malheur, l’enrichi initial est insolvable, il devra en quelque sorte se porter « garant » de ce dernier, sans qu’il n’y ait préalablement consenti, et restituer cet enrichissement. Pourtant, si l’on se place du point de vue de l’enrichi final, sa situation n’évolue pas. Si le fondement est véritablement l’enrichissement injustifié, la cohérence voudrait que la solution soit la même dans les deux cas, qu’il y ait ou non l’insolvabilité de l’enrichi initial, qui n’a pas d’influence (et donc pas de pertinence) sur l’existence d’un enrichissement de l’enrichi final. Aussi, si l’on considère qu’il est inopportun¹²²³ d’ouvrir une action contre une personne s’étant indirectement enrichie au détriment du demandeur, en ce cas l’action ne devrait pas pouvoir être accordée, exceptionnellement, en raison de l’insolvabilité du débiteur initial. Cette faveur à l’égard de la victime de l’insolvabilité, qui est une particularité française¹²²⁴, n’est toutefois guère

action. Il faudra rechercher l’état du droit antérieur à la loi, et se demander si le législateur a entendu y déroger, ou seulement le préciser dans un certain domaine ».

¹²²² En ce sens : J. BEATSON, E. SCHRAGE (ed.), *op. cit.*, p.430.

¹²²³ Essentiellement pour des raisons tenant la nécessité de garantir la sécurité des transactions et du commerce.

¹²²⁴ Les droits allemand et anglais n’admettraient précisément jamais d’action en ce cas (voir D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (ed.), *op. cit.*, p.20).

étonnante si l'on compare avec d'autres solutions jurisprudentielles ayant admis une action directe au créancier, notamment dans les chaînes de contrats translatives¹²²⁵.

B) Les raisons justifiant le recours à la subsidiarité

358. Une raison tenant à l'inclusion des services. Si l'on compare l'action d'enrichissement injustifié avec la répétition de l'indu, il peut paraître surprenant de constater que la seconde ne présente aucun caractère subsidiaire¹²²⁶. Cela s'explique par son champ d'application bien moins étendu que celui de l'action d'enrichissement injustifié, mais surtout elle est encadrée par le fait que l'indu n'est véritablement caractérisé qu'en cas de transfert involontaire d'un bien ou d'une somme d'argent. Cela la distingue de l'action d'enrichissement injustifié, dont la condition d'enrichissement est entendue bien plus largement et qui ne fait *a priori* aucune distinction selon que le transfert est volontaire ou non. Bien sûr, la condition d'absence de justification permet déjà de faire le tri, lorsque le transfert est justifié par la présence d'un contrat ou par un « titre légal »¹²²⁷. Cela n'est cependant pas suffisant et la condition de subsidiarité est une nouvelle preuve des insuffisances de l'action d'enrichissement injustifié. Ainsi, de nombreux arrêts écartent cette action lorsque le demandeur ne parvient pas à apporter la preuve que le défendeur a bien contractuellement consenti au service effectué par le premier¹²²⁸. Ce refus n'est justifié ni par les règles de preuve du contrat, ni par le respect d'un contrat dont l'existence n'a pas été prouvée. Comme l'a remarqué un auteur, le rejet de l'action principale fondée sur le contrat devrait en ce cas ouvrir la voie à l'action d'enrichissement injustifié, puisqu'en cette hypothèse l'absence de preuve d'un contrat est équivalente à l'absence de contrat, les règles du contrat ne sont donc pas détournées par cette action¹²²⁹.

¹²²⁵ P. REMY, art. préc., p.64: « Ce qui n'est pas pour choquer les civilistes français, habitués aux divers mécanismes par lesquels on fournit au créancier un second débiteur, quitte à assouplir le principe de relativité des conventions ».

¹²²⁶ C'est le seul quasi-contrat où la Cour de cassation a expressément écarté le caractère subsidiaire, voir Civ.1^{re}, 19 oct. 1983, n°82-11.383 : « aucune disposition légale ne subordonne l'action en répétition de l'indu à l'absence de toute autre action ouverte au demandeur ».

¹²²⁷ Voir *supra* n° 337s.

¹²²⁸ Voir notamment : Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, n°02-18.723, D. 2006.841 (pour un garagiste ayant effectué des réparations sur un véhicule) ; Civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n°12-15.880 (pour des travaux de peinture), ces deux arrêts sont notamment évoqués par M. Gouëzel qui estime que la faute de l'appauvri aurait sans doute permis de faire obstacle à l'action (A. GOUËZEL, art. préc., n°21).

¹²²⁹ Y.-M. LAITHIER, « L'affaiblissement de la règle de la subsidiarité doit-il faire craindre l'envahissement du contrat par l'action *de in rem verso* ? », RDC n°4, 2008, p.1138s. ; Voir également F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1313.

Pour autant si ce rejet est justifié, cela tient, il nous semble, non pas à une éventuelle faute de l'appauvri, mais bien à l'idée qu'il n'est pas possible d'imposer un service à autrui. Tout particulièrement, la contestation principale sur l'existence d'un contrat et le rejet de cette action, faute de preuve, semble démontrer que l'enrichi n'a pas souhaité obtenir ce service, ou du moins pas au prix de l'appauvri. Cela est notamment visible dans un arrêt de la Cour de cassation où l'appauvri avait réalisé des travaux d'entretien sur la voiture de l'enrichi¹²³⁰. Les juges du fond avaient dans un premier temps admis l'action d'enrichissement injustifié, même s'ils ont considéré que « l'engagement des réparations aurait dû être subordonné à un ordre de travail écrit et signé par Mlle X, ce qui aurait évité toute discussion sur sa volonté et son consentement et permis de déterminer avec précision les engagements contractuels ». La Cour de cassation casse cependant la décision des juges du fond au motif qu'il appartenait à l'appauvri d'établir que l'enrichi « avait commandé ou accepté les travaux effectués sur son véhicule ». En revanche, lorsque les faits témoignent qu'il n'existe pas d'opposition particulière de la part de l'enrichi, la jurisprudence semble se montrer plus clément. Ainsi, dans un arrêt du 15 octobre 1996, la Cour de cassation a admis l'action d'enrichissement injustifié d'une concubine qui avait participé à l'exploitation du fonds de commerce de son concubin, alors qu'un contrat de travail n'avait pu être caractérisé¹²³¹. À travers l'exigence de subsidiarité, les juges semblent parfois tenir compte de l'appréciation de l'enrichi, ou du moins de l'absence de contestation sur le service. Il est difficile de ne pas y voir un nouveau parallèle avec la gestion d'affaires, qui suppose en principe une absence du maître, ou du moins l'idée que ce dernier ignore la gestion, alors qu'une opposition du maître fait systématiquement obstacle à la caractérisation de la gestion d'affaires. De la même manière, l'ignorance ou la passivité de l'enrichi auront tendance à favoriser l'octroi d'une indemnité, alors que la contestation éventuelle de l'enrichi par rapport au service octroyé aura tendance à écarter l'action. La particularité des services refait systématiquement surface, la subsidiarité empêchant ici de contraindre l'enrichi à payer pour un service qu'il n'a manifestement pas souhaité recevoir.

359. Le cas particulier de l'absence de preuve d'un contrat de prêt. Cette logique ne vaut pas pour le contrat de prêt où l'appauvri a conféré une somme d'argent à l'enrichi. Ce cas appelle d'ailleurs une première remarque. Si la preuve d'un prêt n'est pas apportée, ce qui serait équivalent à l'absence de prêt, la demande devrait être fondée sur la répétition de

¹²³⁰ Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, arr. préc.

¹²³¹ Civ. 1^{re}, 15 oct. 1996, arr. préc.

l'indu, et non sur l'action d'enrichissement injustifié, qui est également subsidiaire à la répétition de l'indu. Cependant, ce n'est pas en raison du mauvais choix de l'action que ces demandes sont généralement rejetées. Lorsqu'un prétendu prêteur affirme avoir transféré une somme d'argent au titre d'un contrat de prêt, qu'il ne parvient pas à établir, et qu'il tente d'obtenir le remboursement par le biais de l'action d'enrichissement injustifié, il admet tout de même qu'il a transféré la somme volontairement, sans que rien *a priori* ne vicie cette volonté. Or, plus que l'idée d'un « paiement sans cause », la répétition de l'indu protège surtout le *solvens* contre un transfert vicié de l'un de ses biens. En l'absence de contrat de prêt et lorsque le transfert s'est réalisé volontairement, il est possible de songer à un transfert mu par une intention libérale, qui ferait obstacle tant à la répétition de l'indu qu'à l'action d'enrichissement injustifié¹²³². Certes, l'intention libérale ne se présume pas, mais bien que les faits soient rarement précisés, l'absence de contrepartie visible, l'absence de contrainte ainsi que le fait que les parties soient systématiquement des particuliers peuvent être suffisamment d'indices laissant penser que ce transfert est finalement justifié. En vérité, le fait que le demandeur invoque en premier lieu l'existence d'un prétendu contrat de prêt éveille certainement les soupçons¹²³³, ce qui incite d'autant plus les juges à rejeter la demande. Sans doute, le rejet expéditif grâce à la condition de subsidiarité est un peu excessif, le demandeur devant au moins avoir la possibilité d'arguer qu'il n'y avait aucune intention libérale. Cette différence entre les contrats de prêts et ceux impliquant une prestation de service montre qu'effectivement la condition de subsidiarité n'est absolument pas unitaire, alors même qu'il s'agit dans les deux cas d'un obstacle de droit. Il serait vain de trouver un critère unique d'application de la subsidiarité, même en se cantonnant à une signification de la subsidiarité (action encore ouverte, obstacle de droit ou obstacle de fait). Il aurait été possible de songer au caractère volontaire du transfert, qui ferait, comme pour la répétition de l'indu, obstacle à l'action d'enrichissement injustifié. Ce n'est cependant pas l'état du droit positif, sinon toutes les fois où l'appauvri a volontairement accompli un service, l'action devrait être rejetée, or il s'agit de la majorité des hypothèses où une indemnité a été accordée sur ce fondement. La jurisprudence ne semble à vrai dire pas encline à y mettre de l'ordre et utilise cette condition dès lors que l'application de cette action lui semble inappropriée.

¹²³² A. GOUËZEL, art. préc., n°22.

¹²³³ Les juges peuvent en effet se demander pourquoi le demandeur n'a pas fondé d'abord sa demande sur l'enrichissement injustifié (ou plutôt sur la répétition de l'indu).

360. Une raison tenant à l'absence de fondement clair. Fondamentalement, le recours à cette condition, ainsi que la difficulté à cerner son critère d'application, s'explique par l'incohérence originelle de l'action d'enrichissement injustifié. Action mal nommée, qui se rapproche en réalité davantage de la gestion d'affaires que de l'idée d'enrichissement injustifié, cette mauvaise qualification de l'action ne permet pas de trouver de justes limites à cette action évanescence. Elle a deux conséquences néfastes. D'une part, elle empêche l'élaboration d'une véritable source d'obligation fondée, véritablement, sur l'enrichissement injustifié, en usurpant un titre qui ne devrait pas être le sien. D'autre part, elle ne permet pas, non plus, d'apporter une réponse précise aux cas où il serait opportun d'étendre la gestion d'affaires, alors qu'il n'existe aucune intention de gérer. Il nous semble ainsi que la subsidiarité n'est devenue nécessaire que par ce forçage de qualification. La raison réelle de cette action étant masquée¹²³⁴, il n'est pas possible de forger des conditions adéquates et précises, qui seraient justifiées par le fondement de l'action. En ajoutant l'étendue potentiellement très large de l'action, il était nécessaire de trouver un moyen de résoudre les potentiels concours entre cette action et les autres, y compris les autres actions quasi-contractuelles, afin d'éviter un détournement de ces dernières. La subsidiarité n'est donc qu'une conséquence et n'est certainement pas justifiée par le caractère de l'action. Si elle ne l'est pas pour cette action, elle ne l'est pas *a fortiori* pour les autres quasi-contrats.

II : La subsidiarité au sein des quasi-contrats

361. La subsidiarité élément commun à tous les quasi-contrats ? Bien que la subsidiarité soit perçue par certains auteurs comme une caractéristique commune à tous les quasi-contrats¹²³⁵, la loi est plus nuancée puisqu'elle ne l'envisage qu'à propos de l'action d'enrichissement injustifié (art. 1301-5 ; art. 1303-3). Aucune disposition similaire ne fait des deux autres quasi-contrats des actions subsidiaires. Sans doute il est possible d'y voir une certaine confusion avec certaines conditions des quasi-contrats, qui peuvent, à tort nous semble-t-il, laisser penser que ces actions sont subsidiaires par rapport aux autres. Pour l'action d'enrichissement injustifié, il y a bien évidemment la condition d'absence de justification, sur laquelle il n'est pas besoin de revenir¹²³⁶. Tandis que s'agissant de la

¹²³⁴ Cette action sert en réalité à faire peser la charge d'une obligation ou d'une dépense à la personne qui aurait normalement dû prendre en charge cette obligation ou cette dépense, d'où une logique très proche de la gestion d'affaires.

¹²³⁵ Voir notamment P. LETOURNEAU, art. préc., n°32.

¹²³⁶ Voir *supra* n° 337s.

répétition de l'indu et de la gestion d'affaires, l'exigence d'un indu ou l'absence d'obligation préexistante du gérant peuvent inciter à y voir des actions de second plan. Ces deux conditions tiennent pourtant de l'essence de chacune de ces actions, la répétition de l'indu protégeant le *solvens* contre un transfert involontaire de son bien, tandis que la gestion d'affaire suppose une intervention volontaire du gérant. Bien sûr ces actions viennent combler des interstices laissés par les deux principales sources d'obligations, sinon il n'aurait pas été nécessaire de les reprendre dans le Code civil, mais cela n'en fait pas pour autant des actions subsidiaires. Bien au contraire, alors que la subsidiarité suppose une situation de concours entre différentes actions, les conditions de la répétition de l'indu et celles de la gestion d'affaires font qu'il existe peu de risques de concours avec d'autres actions. D'ailleurs, avant la « découverte » de l'action d'enrichissement sans cause, les auteurs du XIX^e n'évoquent jamais une quelconque subsidiarité de la répétition de l'indu ou de la gestion d'affaires.

362. Le cas de la répétition de l'indu face au droit des contrats. La subsidiarité étant justifiée sur les effets potentiellement subversifs de l'enrichissement injustifié, particulièrement face au contrat, il est intéressant de se concentrer sur le seul quasi-contrat véritablement fondé sur l'enrichissement injustifié : la répétition de l'indu. Existe-t-il un risque de contournement des règles contractuelles par la répétition de l'indu ? Évidemment pour qu'un tel risque survienne, cela suppose qu'il existe une superposition de champ d'application entre les règles contractuelles et les règles de la répétition de l'indu. Autrement dit, il doit être possible d'appliquer simultanément l'une ou l'autre de ces règles, avec un risque de contradictions. Le cas le plus problématique et qui a, semble-t-il, été l'une des raisons justifiant le rejet du fondement quasi-contractuel est celui des restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat. C'est dans ce contexte qu'il est parfois possible de retrouver le terme de subsidiarité, dans d'autres systèmes juridiques, à propos de l'enrichissement injustifié qui serait subsidiaire par rapport au contrat¹²³⁷. Tous les systèmes juridiques s'attachent à préserver la norme contractuelle face aux assauts potentiels de l'enrichissement injustifié. Cependant, il n'est nul besoin de recourir à l'idée de subsidiarité,

¹²³⁷ Voir par exemple D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 10 ; A. BURROWS (ed.), *Restatement, op. cit.* p.151. Il faut toutefois faire attention au terme de *subsidiarity* utilisé dans ce contexte et qui fait en réalité davantage écho à l'idée d'une absence de justification juridique (condition qui n'est pas reprise en droit anglais en raison de l'approche par *unjust factors*). En réalité, les rares fois où les juristes anglais utilisent ce terme, c'est surtout pour exprimer l'idée que le contrat doit être, en principe, anéanti pour que l'*unjust enrichment* puisse prendre le relais. Cela revient simplement à affirmer que tant que le contrat est maintenu, il justifie le transfert.

puisque dès lors que le demandeur a manifesté sa volonté de transférer un gain, généralement par le truchement d'un contrat, cela exclut, en principe, l'enrichissement injustifié. Si ce contrat est par la suite anéanti, mais que le droit accorde tout de même la possibilité aux parties d'organiser cette « sortie » du contrat, en prévoyant par exemple la possibilité pour une partie de conserver les éventuels gains perçus, le résultat doit être le même à partir du moment où ces clauses sont efficaces. Tant que l'anéantissement du contrat ne remet pas en cause les prévisions des parties, qui sont toujours libres de renoncer aux restitutions de manière totale ou partielle¹²³⁸, l'intérêt protégé par l'enrichissement injustifié n'est pas atteint. Le demandeur s'est en ce cas librement et volontairement départi d'un de ses biens. Il manque donc une condition d'application des règles de l'enrichissement injustifié, ce qui prévient tout concours.

363. La subsidiarité dans la gestion d'affaires. Le cas de la gestion d'affaires est sans doute un peu plus délicat, notamment au regard du contentieux de l'assistance bénévole. Il faut d'emblée préciser que l'assistance maritime obéit à des règles spécifiques, qui fait obstacle à l'application de la gestion d'affaires¹²³⁹. En ce sens, il est possible d'évoquer une subsidiarité des règles de la gestion d'affaires par rapport aux règles de l'assistance maritime, car il est possible que les conditions d'application de la gestion d'affaires soient caractérisées, mais elles seront évincées par les règles, plus spécifiques, de l'assistance maritime. Il s'agit ainsi d'une application classique de l'adage *specilia generalibus derogant*. En revanche, pour l'assistance bénévole, hors du contexte de l'assistance maritime, le problème est différent. Il n'est pas véritablement question de subsidiarité, car le premier problème est de savoir si la gestion d'affaires ne s'applique qu'aux affaires patrimoniales du maître, ce qui exclurait les cas classiques d'assistance bénévole, ou si elle peut aussi concerner des « affaires » non patrimoniales. Aussi, il n'est pas, en premier lieu,

¹²³⁸ En ce sens il est possible d'affirmer que les règles de l'enrichissement injustifié sont supplétives de volonté, ce qui n'est pas exactement la même chose que la subsidiarité, sur les différences entre supplétif et subsidiaire voir notamment J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 133 : « à ce titre, la concurrence de règles est vaincue par l'effet d'un acte de volonté mais non en raison de la préexistence d'une hiérarchie inhérente à la subsidiarité » ; A. GOUËZEL, th. préc., n°87s. ; C. PERES, *La règle supplétive*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 2004, n°435, note 518 : « la subsidiarité introduit une hiérarchie entre normes juridiques ayant vocation à régir une même situation de fait (...) ou entre modalités d'application d'une même norme (...) ; à l'inverse, la supplétivité répare les conséquences de l'imprévoyance des particuliers jouissant de la liberté de définir, comme ils l'entendent, le contenu de leurs engagements ».

¹²³⁹ Com., 14 oct. 1997, n°95-19.468 : « la rémunération d'assistance est exclusivement régie par les dispositions précitées ou, le cas échéant, par les stipulations de la convention d'assistance conclue entre les parties et n'a pas pour fondement l'enrichissement sans cause ou la gestion d'affaires ».

question de résoudre une question de concours. Le problème se situe plus en amont et concerne le champ d'application de la gestion d'affaires. Toutefois, même si l'on admet que la gestion d'affaires puisse s'appliquer à ces hypothèses, ce que la jurisprudence admet parfois, la préférence des juges pour la convention d'assistance bénévole ne devrait pas être interprétée comme le signe du caractère subsidiaire de la gestion d'affaires. Bien que moins problématique que les frontières de l'action d'enrichissement injustifié, les limites de la gestion d'affaires suscitent encore certaines interrogations. C'est d'ailleurs en raison de ce problème que l'action d'enrichissement injustifié a initialement vu le jour, afin de répondre aux hypothèses d'intervention intéressée dans les affaires d'autrui. Or, le régime de la gestion d'affaires est relativement avantageux pour le gérant, en ce qu'il permet d'obtenir l'indemnisation des dommages subis au cours de l'intervention, même si le maître n'a retiré aucun profit de la gestion. Son extension à des cas où il n'existe aucune intention de gérer, ou à des hypothèses où l'utilité de la gestion peut être contestée¹²⁴⁰, peut donc entraîner de sérieux risques de dérives, comme le démontre d'ailleurs l'action d'enrichissement injustifié, qui n'est qu'une réduction de la gestion d'affaires. Le fait que la gestion d'affaires soit à l'heure actuelle encadrée par des relations relativement strictes – à savoir une gestion utile ainsi qu'une intention de gérer – rend cependant inutile le recours à la condition de subsidiarité. De fait, ce problème ne semble pas se rencontrer en pratique.

364. La subsidiarité de l'action d'enrichissement injustifié par rapport aux autres quasi-contrats (1). – La gestion d'affaires. Si tous les quasi-contrats ne sont pas subsidiaires, la loi impose une hiérarchie entre quasi-contrats, l'action d'enrichissement injustifié ne devant pas empiéter sur le terrain des deux autres. À première vue, l'annonce de l'article 1303, qui énonce que l'action d'enrichissement injustifié ne s'applique qu'en « dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu » est assez inutile. En effet, si l'action d'enrichissement injustifié est bien l'action générale, et les deux autres actions des cas particuliers, la règle *specilia generalibus derogant* devrait amplement suffire. En réalité, cet adage ne permettrait pas de résoudre les conflits car il n'existe pas de réel rapport de spécialité, ou du moins il est difficile de prétendre que l'action d'enrichissement injustifié est véritablement l'action générale. Sur la présentation de cette hiérarchisation, le législateur fait encore davantage de liens entre l'action d'enrichissement injustifié et la gestion

¹²⁴⁰ Si on transpose cela à l'assistance bénévole, l'application de la gestion d'affaires pourrait effectivement être délicate lorsque le gérant a agi de manière téméraire, alors qu'il n'existait aucune chance raisonnable de succès, un sacrifice inutile en somme.

d'affaires (art. 1301-5), qu'entre la première et la répétition de l'indu. Ce renvoi exprès n'est, nous semble-t-il, pas anodin et montre une nouvelle fois que cette action d'enrichissement injustifié n'a jamais cessé d'être une gestion d'affaire « anormale » ou « intéressée ». Elle ne sert qu'à prendre le relais de la gestion d'affaires et d'indemniser le pseudo gérant lorsqu'il n'est pas animé d'une intention de gérer, mais qu'il a pris en charge une dépense qui aurait dû incomber à un autre. Il serait ainsi possible d'affirmer qu'entre la gestion d'affaires et l'action d'enrichissement injustifié il existe un rapport de spécialité. Cependant, ce rapport de spécialité est plus complexe qu'il y paraît, notamment car le champ d'application de l'action d'enrichissement injustifié n'englobe pas complètement celui de la gestion d'affaires¹²⁴¹. Ce rapport de spécialité est d'autant plus complexe que, par certains aspects, c'est la gestion d'affaires qui semble en réalité être l'action générale ou, du moins, le modèle¹²⁴². Ce rôle de modèle a déjà été aperçu lorsqu'il a été question d'analyser certaines conditions de l'action d'enrichissement injustifié, qui semblent s'inspirer des conditions de la gestion d'affaires, telles que l'obstacle de l'intérêt personnel de l'appauvri, faisant écho à l'intention de gérer, où l'utilisation de la faute de l'appauvri qui permet de refuser une indemnité en cas d'opposition de l'enrichi¹²⁴³. À ce titre le rappel de l'article 1301-5, qui renvoie à l'action d'enrichissement injustifié lorsque les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas remplies, n'est sans doute pas superflu. La simple application de l'adage *specilia generalibus derogant* pouvant s'avérer délicate, cette disposition permet de trancher le débat, en faveur de la gestion d'affaires.

365. La subsidiarité de l'action d'enrichissement injustifié par rapport aux autres quasi-contrats (2). – La répétition de l'indu. En revanche, les relations sont moins complexes avec la répétition de l'indu, dans la mesure où le domaine de cette dernière action est globalement bien établi. Dès lors que le transfert est direct et porte sur une somme d'argent ou un bien en nature, l'enrichissement injustifié doit être exclu au profit de la répétition de l'indu. La subsidiarité est ici une règle particulièrement opportune, car il n'existe pas véritablement de rapport de spécialité entre la répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié. En effet, si le champ d'application de l'action d'enrichissement

¹²⁴¹ En effet, l'immixtion dans les affaires d'autrui n'entraînera pas nécessairement un enrichissement, même au sens très large de l'action d'enrichissement injustifié, c'est-à-dire qu'il ne sera même pas possible de caractériser une dépense épargnée. Ce sera typiquement le cas de l'assistance à une personne en danger, si l'on admet l'application de la gestion d'affaires.

¹²⁴² Même si d'un point de vue théorique, le champ d'application de l'action d'enrichissement injustifié est bien plus vaste.

¹²⁴³ Voir sur l'intérêt personnel *supra* n° 346 et sur la faute *supra* n° 331.

injustifié peut donner l'impression de couvrir la répétition de l'indu, ces deux actions ne poursuivent pas la même finalité. Tandis que la première sert de solution d'appoint pour permettre l'indemnisation de certaines pertes, la seconde assure une protection personnelle, en valeur donc, du droit de propriété involontairement transféré à l'*accipiens*. La superposition des champs d'application est ainsi davantage accidentelle, les deux dispositions ne réglant pas le même problème.

366. Un cas particulier : le recours contre le véritable débiteur. Si les relations sont moins complexes entre l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu, il y a cependant un cas qui pourrait à l'avenir brouiller les pistes. Cette hypothèse concerne le paiement de la dette d'autrui lorsque le demandeur entend agir contre celui qui aurait dû payer (le véritable débiteur). Sous l'empire des articles antérieurs à la réforme du 10 février 2016, le Code civil ne prévoyait pas expressément la possibilité pour le *solvens* d'agir contre le véritable débiteur, car il n'avait rien reçu, il n'était donc pas *accipiens*¹²⁴⁴. Toutefois, il était admis que le *solvens* disposait d'un recours contre le véritable débiteur, mais le fondement de cette action était incertain, la jurisprudence oscillant entre une extension de la répétition de l'indu, l'application de l'action d'enrichissement injustifié ou même celle de la gestion d'affaires¹²⁴⁵. Dans un arrêt du 16 septembre 2020, la Cour de cassation semble néanmoins prendre parti en faveur de l'action d'enrichissement injustifié, en application du droit antérieur à la réforme de 2016¹²⁴⁶. Dans cette affaire, un ex-époux s'était acquitté pendant plusieurs années d'une contribution mensuelle à l'entretien et à l'éducation d'un enfant qu'il pensait être le sien. Au bout de quelques années cependant, le véritable père et nouveau mari de la mère de l'enfant, a contesté la filiation paternelle de l'ex-époux pour faire établir sa filiation à l'égard de l'enfant. Cette action a été accueillie et en conséquence, l'ex-époux a demandé le remboursement des sommes qu'il avait versé. L'action était dirigée tant contre son ancienne épouse que contre le véritable père, sur le fondement de la répétition de l'indu, au motif que ce dernier se serait enrichi en ne contribuant pas à l'entretien de son fils. La demande est accueillie par les juges du fond sur le fondement de la répétition de l'indu, mais la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que l'action

¹²⁴⁴ L'article 1377 (ancien) du Code civil prévoyait une action en cas de paiement de la dette d'autrui, mais cette action était dirigée contre le créancier, c'est-à-dire celui qui avait reçu le paiement (« Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier »).

¹²⁴⁵ Voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1295 et R. LIBCHABER, « Incertitudes sur l'action en répétition de l'indu subjectif », *Deffrénois*, n°13, 2004, p. 996s.

¹²⁴⁶ Civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n°18-25.429.

en répétition de l'indu ne pouvait être dirigée que contre celui qui a reçu paiement. Elle ajoute que « seule une action fondée sur l'enrichissement injustifié pouvait être engagée contre le père ayant profité du paiement ».

Si cette solution se justifie par rapport à l'économie de la répétition de l'indu, qui suppose que le défendeur ait véritablement reçu quelque chose¹²⁴⁷, il n'est pas certain que cette solution soit pérenne, en particulier, en raison du nouvel article 1302-2 du Code civil. Cet article admet désormais que l'action du *solvens* soit dirigée contre « celui dont la dette a été acquittée par erreur », soit contre le véritable débiteur. Si nous reprenons les faits de l'arrêt du 16 septembre 2020, l'ex-époux aurait ainsi pu agir sur le fondement de la répétition de l'indu, ce qui condamne automatiquement toute action fondée sur l'action d'enrichissement injustifié, qui ne s'applique qu'en « dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu » (article 1303 du Code civil). La nouvelle application de la répétition de l'indu écarte ainsi celle de l'action d'enrichissement injustifié. Cette solution ne va pourtant pas de soi, car cela revient à considérer que la répétition de l'indu peut s'appliquer à des cas où l'*accipiens* n'a rien reçu, ou autrement dit, à des cas de dépenses épargnées. Or, il nous semble que le régime de l'action d'enrichissement injustifié et en particulier la condition de subsidiarité, s'expliquent en grande partie en raison des cas de dépenses épargnées et plus généralement des cas où le défendeur s'est enrichi par l'octroi d'un service. Si la répétition de l'indu s'applique désormais à ces hypothèses de dépenses épargnées, faudra-t-il considérer que cette action est également subsidiaire¹²⁴⁸ ? Cette solution qui semble anodine et motivée par le souci de « simplifier » les recours en accordant une action « directe » du *solvens* contre le véritable débiteur¹²⁴⁹ risque, en réalité,

¹²⁴⁷ En ce sens R. LIBCHABER, art. préc. Il n'est toutefois pas exclu que la solution des juges du fond se justifie à la lumière des nouvelles dispositions et notamment du nouvel article 1302-2 du Code civil, qui admet désormais que le *solvens* puisse agir directement contre le véritable débiteur sur le fondement de la répétition de l'indu.

¹²⁴⁸ Faudra-t-il également considérer que le *solvens* ne peut obtenir davantage que son appauvrissement, ce qui reviendrait à instaurer une règle du double-plafond ? En effet, le risque est d'étendre considérablement le champ d'application de la répétition de l'indu si l'on considère qu'elle peut s'appliquer à tous les cas où une personne a fait l'économie d'une dépense. Toutefois, l'article 1302-2 al. 2 limite cette extension de la répétition de l'indu au cas du paiement de la dette d'autrui réalisé par erreur ou par contrainte. Cette extension n'est néanmoins pas anodine et pourrait emporter à l'avenir une modification du régime de la répétition de l'indu, dans un sens qui limiterait en grande partie son utilité.

¹²⁴⁹ Cette action est censée « simplifier » les rapports, car sinon il faudrait d'abord que le *solvens* se tourne contre le créancier qui aurait reçu paiement des mains d'une personne non-débitrice, puis que ce dernier se tourne contre son véritable débiteur. Cette simplification est, à vrai dire, plus apparente que réelle, car cela suppose de considérer que le créancier a bien été payé, au sens juridique du terme, ce qui n'a rien d'évident à partir du moment où il a reçu quelque chose de la part d'une personne qui n'est pas obligée à son égard. À l'égard du *solvens*, il n'y a pas de réelle différence entre le cas où il croit payer une dette totalement

de bouleverser totalement la physionomie de la répétition de l'indu en la rapprochant de l'action d'enrichissement injustifié. Le risque est alors d'en faire, non plus une action « restitutoire », car « l'*accipiens* » n'a rien reçu, mais une action indemnitaire permettant au *solvens* d'obtenir le remboursement d'une dépense qui aurait dû être acquittée par le véritable débiteur¹²⁵⁰.

*

* *

367. Conclusion du chapitre II. L'objectif des « conditions juridiques » de l'enrichissement injustifié est de délimiter raisonnablement cette source d'obligation, afin d'éviter qu'elle ne soit utilisée pour contourner l'application d'autres règles de droit. Si ces conditions permettent certainement de prévenir certains débordements, l'inconvénient est qu'elles sont appréhendées de manière excessivement large. Il est alors difficile de concevoir positivement l'enrichissement injustifié, car ces conditions ne donnent pas d'indication sur les raisons justifiant l'octroi de restitutions ou d'une indemnité. Leur caractère relativement vague fait qu'il est possible d'y voir un élément commun aux trois quasi-contrats, encore que la subsidiarité soit absente de la répétition de l'indu et que l'absence de justification soit relativement indifférente dans la gestion d'affaires. L'étude de ces deux conditions dans les quasi-contrats montre toutefois qu'elles sont utilisées de manière différente selon le quasi-contrat en cause. S'il est possible de voir dans l'indu, une forme d'absence de justification, son application révèle que ce qui justifie les restitutions, dans la répétition de l'indu, est le fait que le transfert ne correspond pas réellement à la volonté du *solvens*. Le transfert a été vicié par un élément qui autorise le *solvens* à obtenir la restitution de l'enrichissement transféré à l'*accipiens*. Cet élément ne se retrouve pas véritablement dans l'action d'enrichissement injustifié, où la condition d'absence de justification n'est pas abordée de manière unitaire. Tantôt elle est utilisée pour éviter de remettre en cause la répartition des risques dans un contrat, tantôt elle est conçue comme un diminutif de l'intention de gérer dans la gestion d'affaires, afin que l'appauvri n'obtienne pas la restitution d'un enrichissement qu'il aurait incidemment procuré à l'enrichi. Ce

inexistante et celle où il paie la dette d'un tiers, pensant payer la sienne. Dans les deux cas, il transfère quelque chose qu'il ne doit pas (comp. R. LIBCHABER, art. préc.).

¹²⁵⁰ En ce sens R. LIBCHABER, art. préc. : « Mais au-delà, c'est le traitement même de cette variété d'indu qui est menacé, au profit d'une logique nouvelle : la restitution des fonds perçus par l'*accipiens* cède progressivement le pas à une indemnisation émanant de l'enrichi ».

rapprochement entre l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires se retrouve également dans la manière dont la subsidiarité peut être utilisée dans l'action d'enrichissement injustifié. En effet, la subsidiarité est parfois utilisée pour éviter que l'appauvri n'obtienne une indemnité pour un service procuré à l'enrichi, lorsque ce dernier conteste le service. De la même manière que l'opposition du maître permet d'écarter l'action du gérant, la subsidiarité est donc parfois utilisée pour préserver l'autonomie de l'enrichi, lorsque celui-ci désapprouve le service réalisé par l'appauvri. Les conditions d'absence de justification et de subsidiarité viennent donc surtout combler des lacunes, en particulier pour l'action d'enrichissement injustifié, pour pallier les insuffisances des « conditions économiques ».

368. Conclusion du sous-titre II. Au regard de l'ensemble des conditions étudiées, il est possible de comprendre pourquoi il n'existe aucun régime juridique commun aux quasi-contrats. Les disparités sont particulièrement importantes et ces conditions qui sont pourtant présentées comme communes ne se retrouvent pas en réalité dans tous les quasi-contrats. L'élément le plus surprenant et le plus paradoxal est sans doute la faible importance, voire l'indifférence, de l'enrichissement dans l'action d'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires. L'analyse comparée des trois quasi-contrats permet ainsi de revenir sur certaines idées reçues. Ainsi, la répétition de l'indu n'est pas un cas particulier de l'action d'enrichissement injustifié, ce qui explique pourquoi, même après la réforme de 2016, le droit français maintient deux actions distinctes. Si la répétition de l'indu n'est pas un cas particulier de l'action d'enrichissement injustifié, cela ne signifie pas pour autant que la répétition de l'indu n'est pas un cas particulier d'enrichissement injustifié. L'action prétendument générale est ainsi mal nommée et est bien plus proche de la gestion d'affaires, dont elle emprunte certaines conditions, que de la répétition de l'indu, seule véritable hypothèse d'enrichissement injustifié. L'action d'enrichissement injustifié n'a d'autre objectif que de compenser une perte qui aurait dû être à la charge d'une tierce personne, notamment parce qu'elle est la seule à avoir eu l'utilité du service conféré. Cette raison permet d'expliquer l'importance de l'appauvrissement, ainsi que le fait que la règle du double plafond joue quasi-systématiquement en défaveur de l'enrichissement. Comme il n'existe cependant aucune intention de gérer, la gestion d'affaires ne peut être mobilisée et il a fallu trouver un moyen de répondre à ces situations où une personne intervient, de manière non bénévole, dans les affaires d'autrui. L'enrichissement injustifié pouvait de prime abord être la solution, car il permettait de trouver une autre limite que l'intention de

gérer, à savoir l'enrichissement du « maître ». Seulement, l'objectif n'étant pas de restituer un gain, le concept d'enrichissement injustifié a été complètement déformé et le but réel étant masqué, il a fallu trouver d'autres moyens pour encadrer cette action dépourvue de cohérence. La condition d'absence de justification a elle-même dû être étendue pour empêcher l'indemnisation de la plupart des cas d'enrichissements incidents, la condition de subsidiarité venant la compléter lorsqu'elle ne permet pas de rejeter l'action. En comparaison, le régime de la répétition de l'indu apparaît bien plus cohérent, même s'il reste de nombreuses zones d'ombre notamment sur le rôle réel de la bonne foi ou sur l'usage de la faute. L'exclusion des services explique certainement cette cohérence et il est d'ailleurs remarquable de constater qu'il s'agit du seul quasi-contrat où tant la condition d'appauvrissement que celle de subsidiarité sont absentes. Si le droit français souhaite ainsi construire une véritable source d'obligation autour de l'enrichissement injustifié, le point de départ serait indéniablement la répétition de l'indu et non l'action d'enrichissement injustifié, qui mériterait en réalité d'être intégré à la gestion d'affaires.

369. Conclusion du titre II. Le droit français de l'enrichissement injustifié se singularise des autres modèles d'enrichissement injustifié principalement par deux aspects : l'importance accordée à l'appauvrissement et la subsidiarité de cette source qui ne devrait s'appliquer qu'en l'absence d'autres fondements juridiques. Le résultat est que l'enrichissement injustifié n'est pas véritablement perçu comme une source d'obligation à part entière et occupe une place marginale au sein du droit des obligations. Les raisons de cette place marginale tiennent essentiellement aux origines de l'enrichissement injustifié en droit français. L'action prétendument principale, l'action d'enrichissement injustifié, s'est construite à partir d'une hypothèse de gestion d'affaires sans intention de gérer, ce qui explique le recours à la théorie de la gestion d'affaires anormale avant l'arrêt Boudier. L'hypothèse à la base de cette action est donc un cas où l'appauvri a fourni un service, sans intention altruiste, à l'enrichi. L'objectif est alors simplement que l'appauvri obtienne le remboursement de ses dépenses et non qu'il ait un droit sur l'enrichissement procuré à l'enrichi. Cette hypothèse se distingue foncièrement de la répétition de l'indu, où le *solvens* a transféré involontairement un enrichissement à l'*accipiens*. Étant donné que le *solvens* dispose d'un droit antérieur sur cet enrichissement, qu'il a involontairement perdu, le droit admet qu'il dispose d'une action contre l'*accipiens*. Tel n'est absolument pas le cas lorsque l'appauvri a réalisé un service qui procure une plus-value à l'enrichi, le premier ne disposant d'aucun droit sur la plus-value apportée au dernier. Ce point de départ n'a malheureusement

pas été corrigé à la fin du XIX^e, où l'influence du droit allemand aurait pu inciter à construire une source d'obligation réellement centrée sur l'idée de restitution d'un enrichissement. Au lieu d'en profiter pour dissocier la répétition de l'indu de la gestion d'affaires, en abandonnant les quasi-contrats et en construisant une réelle action d'enrichissement injustifié à partir de la répétition de l'indu, le droit français a fait le choix de maintenir la catégorie de quasi-contrats. Pire, l'enrichissement injustifié a définitivement été associé aux quasi-contrats au cours de la deuxième moitié du XX^e, pour devenir le fondement des quasi-contrats, gestion d'affaires incluse. Il en résulte une vision déformée de l'enrichissement injustifié, où l'appauvrissement a paradoxalement plus d'importance que l'enrichissement. En conséquence, il n'existe pas de véritable concept d'enrichissement injustifié et le régime est en grande partie incohérent, par rapport à l'objectif poursuivi. Au vu des origines de l'action d'enrichissement injustifié, il n'est pas étonnant que le régime de cette action s'inspire bien plus de celui de la gestion d'affaires, que du régime de la répétition de l'indu, qui est pourtant la seule action ayant réellement pour objectif de restituer un enrichissement.

370. Conclusion de la première partie. La comparaison historique ainsi que la comparaison avec d'autres systèmes juridiques soulignent la singularité du modèle français. D'un point de vue historique, le droit romain n'ayant jamais conceptualisé l'enrichissement injustifié, il n'est pas étonnant de constater des disparités au sein de systèmes issus de la tradition romaniste, comme le droit allemand et le droit français. Puisque le droit romain n'a pas laissé de modèle de l'enrichissement injustifié sur lequel s'appuyer, ces deux systèmes ont pu suivre des chemins différents. Cette absence en droit romain explique également le fait que des systèmes juridiques issus de tradition différente, comme le droit allemand et le droit anglais, peuvent au contraire se rejoindre. Il existe ainsi une scission entre, d'un côté les systèmes allemand et anglais qui considèrent l'enrichissement injustifié comme une source d'obligation autonome centrée sur l'idée de restitution d'un gain et, de l'autre, le système français, qui ne dispose pas d'une véritable source d'obligation centrée sur l'enrichissement injustifié. Ces divergences tiennent en grande partie au point de départ adopté par ces différents systèmes juridiques. Alors que les droits allemand et anglais ont forgé l'enrichissement injustifié à partir d'hypothèses proches de la répétition de l'indu ou d'un paiement réalisé par erreur, le droit français est parti d'une hypothèse proche de la gestion d'affaires, à savoir d'un service réalisé sans intention altruiste. Certes, les droits allemand et anglais admettent que l'enrichissement puisse être caractérisé par l'octroi d'un service, mais ce n'est pas à partir de cette hypothèse qu'ils ont construit le régime de

l'enrichissement injustifié. Le droit anglais est d'ailleurs une bonne illustration de la spécificité des services, puisque deux *unjust factors* sont spécifiquement consacrés aux services : l'*unjust factor necessity* et le très contesté *free acceptance*. Deux *unjust factors* dont l'appartenance à l'*unjust enrichment* est précisément remise en cause. Alors que les règles générales de l'*unjust enrichment* sont essentiellement conçues pour des enrichissements prenant la forme d'une somme d'argent ou d'un bien en nature, les juristes anglais sont contraints de trouver des règles un peu particulières lorsque l'enrichissement prend la forme d'un service. C'est l'un d'ailleurs des principaux enseignements de cette comparaison entre différents systèmes. La spécificité des services émerge partout et semble appeler des règles différentes par rapport au cas où l'enrichissement prend une forme monétaire ou par transfert d'un bien en nature. L'enrichissement par service est surtout plus dangereux que les autres formes d'enrichissement, car le défendeur n'a pas nécessairement reçu un gain positif dans son patrimoine et le risque de débordement est bien plus grand. En effet, le risque est d'octroyer des restitutions à la moindre action du demandeur qui aurait bénéficié à un tiers. Une telle conception de l'enrichissement injustifié serait difficilement tenable et chaque système juridique doit en conséquence apporter des limites pour éviter ce risque. Le droit anglais y parvient grâce au système d'*unjust factors*, qui empêche le demandeur d'obtenir des *restitutions* au simple prétexte que l'enrichissement ne reposerait sur aucun fondement juridique. Le droit français doit multiplier les conditions pour parvenir au même résultat, notamment s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié où la subsidiarité et l'intérêt personnel de l'appauvri permettent de limiter l'action. Il est toutefois possible de procéder autrement en écartant définitivement les services de l'enrichissement injustifié, pour les laisser à la gestion d'affaires. Il faudrait ainsi revoir les contours de l'enrichissement injustifié, pour en faire une source cohérente centrée la restitution d'un enrichissement, ce qui est l'objet de la seconde partie.

Partie II : Une conception renouvelée de **l'enrichissement injustifié**

371. La reconstruction de l'enrichissement injustifié. La première partie de cette thèse a été l'occasion de montrer les lacunes et les difficultés du droit positif, qui, au fond, ne connaît pas de véritable concept d'enrichissement injustifié, contrairement à d'autres systèmes juridiques, notamment le droit anglais. L'analyse comparative a toutefois montré qu'il existe aussi des difficultés communes, qui sont la plupart du temps liées à l'appréhension excessivement large de la notion d'enrichissement ainsi qu'à l'inclusion des services au sein de l'enrichissement injustifié. À partir de ce constat, il est possible de passer à la seconde étape et de proposer une nouvelle conception de l'enrichissement injustifié, plus cohérente. L'objectif est d'identifier ce qui fait réellement la spécificité de cette source d'obligation afin de lui donner une réelle autonomie. Cet exercice impose une certaine distance avec l'état du droit positif, même s'il n'est évidemment pas question de partir de zéro. Plutôt que de construire l'enrichissement injustifié à partir de l'espace laissé « vide » par le contrat et la responsabilité civile, ce qui correspond à la logique quasi-contractuelle, il convient de partir du concept d'enrichissement injustifié pour ensuite étudier ses rapports avec les autres sources et sa place au sein du système juridique. La nouvelle conception ainsi retenue tranche nécessairement avec l'actuel état de l'enrichissement injustifié, même si les changements proposés ne sont sans doute pas aussi radicaux qu'ils pourraient paraître et résultent des difficultés identifiées auparavant. Bien évidemment, cette étude n'a pas vocation à mettre un terme aux débats et ne prétend pas épuiser totalement le sujet. Il s'agit bien plus de poser les principes de base de cette source et d'en faire une première cartographie. L'objectif principal est ainsi de sortir l'enrichissement injustifié des limbes de l'équité et de recentrer véritablement cette source autour de l'idée de réattribution d'un enrichissement. Pour établir au mieux cette première cartographie, il convient, dans un premier temps, de définir la notion et de tracer ses frontières internes (Titre I), pour définir, dans un second temps, ses rapports avec les autres sources d'obligation ou ses frontières externes (Titre II).

Titre I : Les frontières internes de l'enrichissement injustifié

372. L'ADN de l'enrichissement injustifié. Il n'est jamais aisé de proposer une autre conception d'une source d'obligation existante et il est tentant de s'inspirer d'autres systèmes juridiques, sans se soucier de leur compatibilité au sein du système national. À cet égard, si le droit anglais et, dans une moindre mesure, le droit allemand, ont été de précieuses sources d'inspiration, il n'est évidemment pas question de transposer un système à l'anglaise, avec des cas particuliers d'enrichissement injustifié (les fameux *unjust factors*¹²⁵¹), ou un système à l'allemande optant pour une *summa divisio* entre enrichissement par prestation (*Leistungskondiktion*) ou enrichissement par d'autres formes (*Nichtleistungskondiktion*)¹²⁵². L'analyse comparative a davantage été précieuse pour identifier les points communs (notamment l'inclusion systématique de la répétition de l'indu dans l'enrichissement injustifié), les difficultés similaires (en particulier celles relatives à l'inclusion des services) ainsi que pour expliquer les différences fondamentales (l'absence de condition d'appauvrissement et de subsidiarité notamment s'agissant des droits anglais et allemand). L'autre principale difficulté rencontrée est de trouver la distance adéquate entre le système proposé et le droit positif. S'il n'est évidemment pas possible de faire totalement abstraction du droit positif, il n'est pas non plus question de rester « prisonnier » du cadre posé par le système actuel, au risque de perdre de vue l'objectif principal de cohérence. Aussi, il est nécessaire de faire une comparaison entre le système proposé et le droit positif, pour mieux cerner les différences et la nouvelle organisation de l'enrichissement injustifié. Il est également important de préciser le point de départ de la nouvelle conception. L'une des principales raisons expliquant l'absence de cohérence du droit positif tient au fait que l'enrichissement injustifié ne dispose pas d'un objectif précis. Le point de départ adopté dans cette thèse est que l'enrichissement injustifié est un corollaire du principe de libre disposition, qui implique que chaque personne est libre de décider de l'affectation de ses ressources. En conséquence, il est nécessaire de protéger une personne contre toute désappropriation involontaire d'un élément de son patrimoine. L'enrichissement injustifié vise plus généralement à préserver le patrimoine, mais surtout il protège le demandeur toutes les fois où un enrichissement qui lui revient de droit, se

¹²⁵¹ Sur la présentation du système anglais, voir *supra* n° 70s.

¹²⁵² Pour la présentation du droit allemand, voir *supra* n° 55s.

retrouve dans le patrimoine d'un tiers, à son insu ou par un transfert ne correspondant pas à sa volonté. Ce point de départ peut bien sûr prêter à discussion. Il nous semble cependant qu'il s'agit de la manière la plus cohérente et la plus adaptée de concevoir cette source d'obligation. Cette première présentation de l'enrichissement injustifié nous conduit ainsi à envisager, d'abord, les éléments essentiels de l'enrichissement injustifié (Chapitre I), pour nous intéresser ensuite à la structure de cette source, notamment par rapport à la structure actuelle (Chapitre II).

Chapitre I : Les éléments essentiels de l'enrichissement injustifié

373. Une logique de restitution. Les incohérences et insuffisances du droit positif, ainsi que l'outil précieux du droit comparé, permettent de revoir les conditions de l'enrichissement injustifié en partant véritablement de la notion d'enrichissement injustifié. L'enrichissement injustifié n'étant plus conçu comme une source résiduelle devant combler les quelques lacunes laissées par le contrat et la responsabilité civile, il faut alors partir des deux principaux éléments de cette source : l'enrichissement (Section I) et la condition d'absence de justification (Section II). À partir de ces éléments, il sera ensuite possible de fixer les règles permettant d'évaluer les restitutions (Section III).

Section I : Un droit de l'enrichissement

374. Le recentrage autour de l'enrichissement. Pour que cette source d'obligation puisse réellement être qualifiée d'enrichissement injustifié, il est nécessaire de revoir la place de l'enrichissement, qui est à l'heure actuelle au mieux secondaire, au pire indifférente¹²⁵³. À partir de l'idée que l'enrichissement injustifié vise à réattribuer un gain à son légitime titulaire, il est possible de redéfinir l'enrichissement de manière plus appropriée afin qu'il occupe la place centrale qui devrait être la sienne. Cela implique un nécessaire resserrement de la notion d'enrichissement (I) ainsi qu'une exclusion totale de toute condition d'appauvrissement (II).

I) Un resserrement de la notion d'enrichissement

375. La nécessité de restreindre l'enrichissement. L'un des principaux écueils du droit positif concerne la notion d'enrichissement, qui est entendue trop largement. Le caractère secondaire de l'enrichissement vient pourtant précisément de cette appréhension particulièrement extensive de l'enrichissement. Plus il est facile de caractériser un enrichissement, plus les autres conditions prennent de l'importance et l'analyse risque alors

¹²⁵³ À l'exception de la répétition de l'indu, où l'enrichissement occupe une place plus importante, bien qu'elle ne soit pas suffisamment mise en avant. En revanche, s'agissant des deux autres quasi-contrats et tout particulièrement de la supposée action générale d'enrichissement injustifié, l'enrichissement ne joue qu'un rôle très marginal (voir *supra* n° 290s.).

de se concentrer surtout sur l'appauvrissement du demandeur, si une telle condition est requise. Ainsi, si l'objectif est véritablement de réattribuer un gain, l'enrichissement ne peut reprendre sa véritable place que si la notion est entendue plus restrictivement. Il est nécessaire que le défendeur ait reçu quelque chose pour qu'il y est un enrichissement. L'enrichissement doit pouvoir être approprié et transmissible (A), ce qui exclut la valeur d'un service du champ d'application de l'enrichissement (B).

A) La nécessité d'une appropriation

376. L'exigence d'un enrichissement effectif du défendeur. Avant de se poser la question de savoir si le demandeur a un droit à restitution, il faut d'abord préciser sur quoi ce droit doit porter. C'est à cette question que répond la condition d'enrichissement : il s'agit de voir concrètement ce qu'a reçu le défendeur. L'enrichissement injustifié vise ainsi essentiellement à réattribuer un gain qui s'est retrouvé dans le « mauvais » patrimoine, ce qui suppose également un enrichissement effectif du défendeur, et non une simple économie. Il serait possible d'affirmer que l'enrichissement doit être un bien, mais la notion de bien faisant elle-même l'objet de nombreux débats¹²⁵⁴, il est préférable de préciser que l'enrichissement ne peut recouvrir qu'un gain positif, appropriable et transmissible¹²⁵⁵. Il n'est cependant pas suffisant d'établir que l'enrichissement ne concerne qu'un accroissement du patrimoine du défendeur, il faut également apporter quelques précisions sur la manière dont cet enrichissement peut être reçu et quelles formes il peut revêtir. Plus particulièrement, l'enrichissement doit-il nécessairement s'entendre comme le transfert (en propriété) d'un bien ou élément du patrimoine du demandeur au défendeur, ou est-il possible que l'enrichissement ne soit pas sorti du patrimoine du demandeur ? Il est également possible de s'interroger sur la possibilité de considérer la simple jouissance de la chose comme un enrichissement : est-ce que l'appropriation temporaire de la chose d'autrui est susceptible d'être considérée comme un enrichissement ? La nouvelle notion

¹²⁵⁴ Voir notamment J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, P.U.F., 2011, p.215s. ; R. LIBCHABER, « Biens », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016, n°4s.

¹²⁵⁵ S'il paraît peu opportun d'associer l'enrichissement à l'idée d'un bien, cela tient surtout à la manière dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme interprète la notion de bien, qui recouvre notamment une espérance légitime (voir notamment J. ROCHFELD, *op. cit.*, n°13, p.234). Or, cela n'entraînera pas une réduction de la notion d'enrichissement par rapport à l'état actuel. L'enrichissement tel que nous l'envisageons ici ne peut recouvrir une espérance légitime. Cependant, par commodité et simplicité, le terme de bien pourra être employé pour désigner l'objet de l'enrichissement. En ce cas, la notion de bien est comprise comme une chose susceptible d'appropriation et transmissible.

d'enrichissement devrait s'entendre de manière à préserver un élément du patrimoine (1°) et seuls certains modes d'enrichissement devraient être acceptés (2°).

1°) La préservation d'un élément du patrimoine

377. L'abandon de l'actuelle définition de l'enrichissement. À l'heure actuelle, pour qu'un enrichissement soit caractérisé, il suffit d'un avantage évaluable en argent¹²⁵⁶. L'inconvénient d'une telle définition est que, même si cette catégorie est limitée à ce qui est juridiquement monnayable, il n'existe pratiquement aucune limite si ce n'est celle que le droit fixe, principalement pour des raisons de morale. Il est théoriquement possible de fixer une valeur monétaire à n'importe quel avantage, même celui qui résulterait de la simple satisfaction du défendeur. Pour trouver des limites convenables à l'enrichissement, nous proposons une nouvelle conception de l'enrichissement injustifié qui s'inspire, non pas de la mal nommée action d'enrichissement injustifié du Code civil, mais de la répétition de l'indu. Ce choix ne tient pas seulement au fait que les pères fondateurs de l'enrichissement injustifié, Grotius et Pufendorf, aient pris appui sur un cas proche de la répétition de l'indu pour construire une nouvelle source d'obligation, qui sera plus tard appelée enrichissement injustifié¹²⁵⁷. Il est également dicté par le fait qu'il s'agit, en droit français, de la seule action qui tient véritablement compte de l'enrichissement du défendeur.

378. Les raisons justifiant la limitation de l'enrichissement. Pour qu'il y ait un enrichissement, il est nécessaire d'établir un accroissement du patrimoine du défendeur, soit quelque chose que le défendeur peut s'approprier et échanger. Cette limitation de l'enrichissement aux gains positifs s'explique pour au moins trois raisons. La première tient au fait qu'il est difficile pour le demandeur de se prévaloir d'un droit sur un élément qui n'est susceptible d'aucune appropriation exclusive, alors qu'il est précisément question de régler un conflit entre le demandeur et le défendeur sur une chose, ou au moins sur sa valeur. Il faut ainsi justifier des raisons expliquant le fait que le demandeur soit privilégié par rapport au défendeur. Or, cette raison ne peut que, nous semble-t-il, tenir à l'idée que cet enrichissement « appartient » en réalité au demandeur. La deuxième raison tient plus

¹²⁵⁶ Mme Douchy présente ainsi l'enrichissement comme « tout avantage ou bénéfice ayant procuré une utilité à autrui », pour cette raison elle admet la possibilité de reconnaître un enrichissement moral (M. DOUCHY, th. préc., n°17).

¹²⁵⁷ Sur les origines de l'enrichissement injustifié, entendu comme source d'obligation, voir *supra* n° 40s.

simplement compte de l'analyse comparée des droits français et anglais de l'enrichissement injustifié. Dans les deux systèmes juridiques, le cas des dépenses épargnées présente une logique différente et pose des difficultés particulières qui ne peuvent être résolues par les mêmes règles que celles applicables aux autres formes d'enrichissement. Le droit anglais a même reconnu un *unjust factor* particulier en cas de services, l'*unjust factor free acceptance*, qui suppose que le défendeur ait accompli un service au demandeur, sans le consentement de ce dernier, alors que le défendeur avait la possibilité de refuser ce service¹²⁵⁸. Cet *unjust factor* est sans doute le cas qui s'éloigne le plus de la logique de l'*unjust enrichment* et rappelle davantage une logique quasi-contractuelle, puisque tout se passe finalement comme si le demandeur avait initialement requis le service et accepté de rémunérer le défendeur. Il faut donc en tirer les conséquences et extraire cette catégorie de l'enrichissement injustifié. La troisième raison tient plus spécifiquement compte des intérêts du défendeur, sur lesquels il faut s'attarder un peu plus longuement.

379. Une meilleure protection des intérêts du défendeur. La conception actuellement très large de l'enrichissement se fait surtout aux dépens du défendeur, pour qui un enrichissement par dépense épargnée est bien artificiel dans la mesure où il n'a rien requis du demandeur, ni rien reçu de tangible. Certes, le droit anglais admet au moins la possibilité pour le défendeur de « dévaluer » les *restitutions* au montant qu'il aurait effectivement payé, et non à la simple valeur de marché, mais cette protection s'avère en elle-même insuffisante¹²⁵⁹. L'enrichissement injustifié doit simplement le priver d'un gain sur lequel il n'a aucun droit et donc le replacer dans la situation qui aurait dû être la sienne s'il n'avait pas reçu cet enrichissement. Dès lors que l'enrichissement ne peut être constitué que par un avantage ayant laissé une trace dans le patrimoine du défendeur, l'obligation de restitution qui pèse sur ce dernier n'a pour unique conséquence que de le placer dans la situation qui aurait dû être la sienne si le transfert ne s'était pas produit. En ce sens, l'obligation de restitution est en principe neutre pour le défendeur¹²⁶⁰. Par ailleurs, à partir du moment où

¹²⁵⁸ Voir *supra* n° 138s. Il est également possible de mentionner l'*unjust factor necessity*, qui ne s'applique en pratique qu'à des services et fait penser à un équivalent de la gestion d'affaires, voir *supra* n° 129s.

¹²⁵⁹ Sur le *subjective devaluation* voir *supra* n° 98.

¹²⁶⁰ Il se peut bien entendu que le défendeur ait disposé en tout ou partie de cet enrichissement avant la demande en restitution et en ce cas, l'obligation de restitution aura certainement pour effet de dégrader sa situation. Cela tient toutefois à un fait imputable au défendeur et justifie donc que, par principe, il soit tenu de restituer l'enrichissement reçu et non l'enrichissement subsistant (voir *infra* n° 422s.). Il faut réserver l'hypothèse où le défendeur aurait reçu un enrichissement en nature, qui le contraint à des restitutions (monétaires) et qui pourrait ainsi l'obliger à céder l'un de ses autres biens (voir *infra* n° 427).

le défendeur a perçu un gain qu'il n'aurait pas dû recevoir, en particulier s'il s'agit d'un bien en nature, il importe peu de savoir à quel prix ce dernier aurait effectivement acquis le bien reçu. En effet, si le défendeur peut lui-même échanger et transférer le bien au prix du marché, l'éventuelle bonne affaire qu'il aurait pu réaliser en achetant le bien à un moindre coût est indifférente, ce qui revient à dire qu'aucune *subjective devaluation*¹²⁶¹ ne peut être accordée. Cette règle du *subjective devaluation* ne s'explique pleinement que lorsque l'enrichissement ne laisse aucune trace patrimoniale, l'obligation de restitution plaçant ainsi le défendeur dans une situation nécessairement moins favorable que sa situation initiale¹²⁶². En revanche, dès lors que le défendeur a reçu une chose sur laquelle il n'a en principe aucun droit, il n'y a aucune raison de lui laisser un « bénéfice » qui correspondrait à la différence entre le prix auquel il peut vendre le bien (valeur de marché) et celui auquel il aurait effectivement acquis le bien. L'obligation de restitution qui pèse sur lui le contraint à restituer l'intégralité de l'enrichissement injustifié et rien de plus. Cela suppose toutefois qu'il ait effectivement reçu quelque chose, qui présente une valeur indépendamment du choix qu'aurait fait le défendeur.

380. La distinction entre un gain manqué et un enrichissement. Le rejet de la dépense épargnée peut aussi s'expliquer par le fait que, dans ce cas, le demandeur n'a subi qu'un simple gain manqué sans véritable enrichissement du défendeur¹²⁶³. Il convient donc d'emblée de faire une distinction entre le gain manqué et l'enrichissement. S'il est toujours possible de voir dans l'enrichissement injustifié une forme de gain manqué, dans la mesure où cet enrichissement aurait dû revenir au demandeur – celui-ci a donc bien été privé d'un gain - cette simple donnée n'est pas suffisante et est, à vrai dire, indifférente. Il ne suffit pas d'établir que le demandeur a été privé d'un gain, il faut avant tout et surtout démontrer que le défendeur a bien été concrètement enrichi, car le simple gain manqué du demandeur ne peut obliger le défendeur s'il n'a pas lui-même perçu un enrichissement. En somme, le concept de gain manqué se focalise sur la seule situation du demandeur, sans égard pour

¹²⁶¹ Le droit anglais accepte de tenir compte de l'appréciation du défendeur (c'est-à-dire de son évaluation personnelle de l'enrichissement) lorsque l'enrichissement n'est pas « irréfutable », ce qui recouvre notamment le cas où le demandeur a octroyé un service au défendeur (voir *supra* n° 98).

¹²⁶² En effet, lorsque l'enrichissement ne laisse aucune trace, concrètement lorsqu'il s'agit d'un service pur, la rémunération de ce service non requis a nécessairement pour effet de diminuer la valeur du patrimoine du défendeur. Si le patrimoine du défendeur était de 100 avant de recevoir le service et que le service est évalué à 20, concrètement le patrimoine du défendeur ne sera plus que de 80 après « restitutions », contrairement à l'hypothèse où le défendeur aurait reçu, par erreur, 20 et où son patrimoine serait passé à 120.

¹²⁶³ En ce sens voir J. BEATSON, *op. cit.*, p.34. Sur cet aspect voir *infra* n° 392s.

celle du défendeur. Il s'agit donc davantage d'une logique de compensation que d'une logique de restitution. Le gain manqué est, par ailleurs, indifférent au succès de l'action, car il suffit d'établir que l'enrichissement reçu par le défendeur est injustifié pour lui imposer de restituer cet enrichissement. Il n'est donc pas nécessaire d'établir que le demandeur a, corrélativement à l'enrichissement du défendeur, subi un gain manqué. Il s'agirait au mieux d'une condition redondante avec la première, au pire d'une entrave à l'action qui risque de la priver de toute utilité. Aussi, s'il est certain que le demandeur a été « lésé », cette circonstance justifie simplement le fait que le droit lui octroie une action, et se rattache ainsi davantage à l'idée d'un intérêt à agir. Ce gain manqué n'est ni une condition de l'action, ni une mesure des restitutions.

381. La définition retenue de l'enrichissement. Au regard de tous ces éléments, l'enrichissement peut se définir comme tout élément susceptible d'appropriation et augmentant la valeur du patrimoine de celui qui le reçoit. Il ne peut donc y avoir d'enrichissement moral et l'appréciation que le demandeur ou le défendeur porte sur la valeur de l'enrichissement est, par principe, totalement indifférente. Le défendeur doit recevoir quelque chose qui présente une valeur aux yeux de tous et qu'il pourrait lui-même échanger ou transférer. L'enrichissement doit donc être un « plus » et non une simple économie ou un avantage ayant une valeur monétaire. Ce n'est que lorsque l'enrichissement est entendu de cette manière que le demandeur peut prétendre avoir un droit dessus, à l'exclusion du défendeur. Cette appréhension de l'enrichissement permet également de justifier le régime « objectif » de l'enrichissement injustifié, puisqu'il est simplement question de savoir à qui peut être attribué ce gain. L'idée d'attribution, qui est essentielle pour savoir qui peut disposer d'un droit sur un bien, et que l'on retrouve dans la répétition de l'indu, n'a en revanche aucun sens en cas de dépenses épargnées ou de services purs, où il faut au contraire établir qui doit supporter la charge de la dépense ou du service. Or, en la matière, le comportement du défendeur, comme celui du demandeur, peut avoir une incidence sur cet élément, la logique se rapprochant alors davantage de celle de la responsabilité civile. Aussi, seuls les cas d'enrichissements positifs ou tangibles présentent une véritable spécificité qui justifie un régime particulier et autonome.

2°) Les modes de l'enrichissement

382. Les modes concrets de l'enrichissement. Il n'est pas suffisant de s'arrêter aux formes de l'enrichissement pour conclure que seul les enrichissements monétaires ou en nature peuvent faire l'objet de restitutions. Il faut encore voir selon quels modes cet enrichissement peut se réaliser et si l'enrichissement n'est caractérisé que lorsqu'il a été transféré directement du demandeur au défendeur, ou si d'autres modes sont possibles. Il est globalement possible de retenir trois modes d'enrichissement du défendeur. Le cas le plus simple concerne bien sûr l'hypothèse où le demandeur a directement transféré le bien dans le patrimoine du défendeur. Il est également possible que l'enrichissement du défendeur se réalise, non pas par un transfert direct du demandeur, mais par l'appropriation d'un fruit ou d'un produit d'un bien appartenant au demandeur. Enfin, et bien que cela ait longtemps été contesté en droit français, il est souvent admis que la simple jouissance, par le défendeur, d'une chose appartenant au demandeur peut être constitutive d'un enrichissement¹²⁶⁴. Si les deux premiers modes d'enrichissement ne sont guère contestables, dans la mesure où le défendeur perçoit bien quelque chose, le dernier cas est en revanche bien plus problématique. Il revient à ne prendre en considération que le temps pendant lequel le défendeur a joui de la chose. Aussi, ce dernier mode d'enrichissement, bien qu'accepté dans la plupart des systèmes juridiques, ne devrait pas être retenu, car il répond à une logique différente de l'enrichissement injustifié. Pour mieux cerner les différences entre ce dernier mode d'enrichissement et les autres, il convient d'envisager l'enrichissement par transfert direct de la chose (a), l'enrichissement par appropriation des fruits ou produits de la chose (b) ainsi que le cas de la jouissance de la chose (c).

a) L'enrichissement par transfert d'un bien du demandeur au défendeur

383. Le lien entre les différentes approches du transfert de propriété et l'étendue de l'enrichissement injustifié. Avant de s'intéresser plus précisément à la question d'un éventuel transfert de propriété du demandeur au défendeur, il est important d'apporter quelques clarifications sur une idée fréquemment avancée. L'étendue relativement étroite de l'enrichissement injustifié en droit français tiendrait au fait que, contrairement au droit

¹²⁶⁴ L'article 1352-3 du Code civil, relatif aux restitutions, admet ouvertement que les restitutions incluent la jouissance de la chose. En droit anglais, cet élément est également admis (voir *supra* n° 97).

allemand qui adopte le principe de séparation et d'abstraction en matière de transfert de propriété¹²⁶⁵, le système français adopte une approche causaliste du transfert de propriété¹²⁶⁶. Ainsi, le domaine relativement marginal de l'enrichissement injustifié, en droit français, s'expliquerait par le modèle causaliste qui rendrait peu utile le recours à l'enrichissement injustifié, car dans tous les cas d'anéantissement rétroactif du contrat, les restitutions pourraient être justifiées du seul fait de cet anéantissement, ou du moins par un autre fondement que l'enrichissement injustifié¹²⁶⁷. Inversement, le principe d'abstraction, en maintenant le transfert de propriété malgré l'anéantissement de l'acte à l'origine du transfert, une vente par exemple, rendrait nécessaire le recours à l'enrichissement injustifié. Même si cette différence n'est sans doute pas totalement étrangère au développement du droit allemand de l'enrichissement injustifié, il est nécessaire d'apporter de sérieuses réserves et restrictions à cette affirmation.

Il nous semble en réalité que cette différence a plutôt joué en amont, lors de l'élaboration de l'enrichissement injustifié en droit allemand. Le principe d'abstraction a sans doute permis de se rendre plus aisément compte de l'utilité d'une source d'obligation permettant de corriger le transfert vicié d'un bien et a joué comme un révélateur. Il nous semble cependant que le droit français, qui ne connaît pas le principe d'abstraction mais la règle du transfert *solo consensu*, n'a pas moins besoin de l'enrichissement injustifié que le droit allemand. Un aperçu du droit allemand est d'ailleurs instructif sur ce point, car les principaux ouvrages ou articles consacrés à ce thème n'insistent absolument pas sur cette spécificité germanique pour justifier l'étendue de l'enrichissement injustifié¹²⁶⁸. Le point de débat en droit allemand concerne le régime applicable aux restitutions suivant l'anéantissement d'un contrat : doit-il être traité de manière uniforme, par l'enrichissement

¹²⁶⁵ Pour une présentation synthétique de ce système voir O. REMIEN, « Le transfert de propriété – une perspective allemande », *RDC* n°4, 2013, p.1714s. Pour de plus amples développements et une approche comparative, voir également J. DUBARRY, *Le transfert conventionnel de propriété*, préf. B. DAUNER-LIEB et R. LIBCHABER, th. Paris I, L.G.D.J., 2014.

¹²⁶⁶ Pour une étude comparative sur les différentes approches retenues en Europe voir J.-S. BORGHETTI, « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* n°4, 2013, p.1684s.

¹²⁶⁷ En ce sens voir notamment T. GENICON, « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrats : l'impossible consécration », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 961s.

¹²⁶⁸ Voir notamment pour une présentation générale du droit allemand, où cet élément n'est pas soulevé, J. BEATSON, E. SCHRAGE (ed.), *Cases, Materials, and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, 2003, p.42s. Il en va de même des ouvrages du professeur Dannemann (G. DANNEMANN, *op. cit.*) et du professeur Krebs (T. KREBS, *Restitution at the Crossroads : a comparative study* », Cavendish Publishing, 2001), qui comparent les systèmes anglais et allemand.

injustifié ou le droit des contrats, ou faut-il retenir une multiplicité de fondements¹²⁶⁹ ? Soit des difficultés qui se posent de manière identique en droit français. Les différentes subdivisions du droit allemand de l'enrichissement injustifié montrent d'ailleurs que le spectre de cette source d'obligation est relativement large¹²⁷⁰. L'enrichissement injustifié, version allemande, ne se limite absolument pas au cas où il est nécessaire de justifier le retour en propriété d'un bien en raison de l'anéantissement d'un contrat ayant pour objet le transfert en propriété du bien. L'illustration la plus emblématique est évidemment l'*Einsgriffskondiktion* (cas d'enrichissement par violation d'un droit exclusif du demandeur) qui permet d'apporter une solution à des hypothèses qui relèveraient en partie, en droit français, de la faute lucrative et qui repose sur l'idée que le défendeur s'est approprié un enrichissement qui devrait revenir au demandeur¹²⁷¹. Une comparaison avec le droit anglais est également instructive, car même s'il n'adopte pas de règle unitaire s'agissant du transfert de propriété¹²⁷², il n'adopte pas un principe similaire à celui de l'abstraction allemande. Pourtant, le droit anglais de l'*unjust enrichment* est bien plus étendu, dans ses applications, que le droit français de l'enrichissement injustifié¹²⁷³, et par certains aspects il l'est même davantage que le droit allemand¹²⁷⁴. Il n'existe donc, nous semble-t-il, aucun lien entre l'étendue de l'enrichissement injustifié et les règles relatives au transfert de propriété. Cela est d'autant plus vrai qu'il nous semble qu'un transfert de propriété ne devrait même pas être une condition préalable à l'enrichissement injustifié.

384. L'enrichissement injustifié et l'exigence d'un transfert de propriété. Si le principe d'un enrichissement par transfert du demandeur au défendeur ne pose aucune difficulté de principe, encore faut-il s'entendre sur le terme de transfert. Cela signifie-t-il que l'enrichissement injustifié ne peut être invoqué que lorsqu'il y a eu un transfert de propriété

¹²⁶⁹ Sur ce point voir G. DANNEMANN, « The Future of German Unjustified Enrichment Law », 25 *RLR* 44 (2017), spéc. p.51.

¹²⁷⁰ Pour une présentation du droit allemand, voir *supra* n° 56s.

¹²⁷¹ Sur ce cas voir *supra* n° 62s.

¹²⁷² Voir J.-S. BORGHETTI, art. préc.

¹²⁷³ Sur le droit anglais voir *supra* n° 104s.

¹²⁷⁴ Le droit anglais de l'*unjust enrichment* a davantage d'application que le droit allemand s'agissant des interactions entre cette source et le droit des contrats (puisque le droit anglais ne limite pas l'*unjust enrichment* au cas où le contrat aurait été anéanti *ab initio*, voir *supra* n° 117s.). En revanche, le droit allemand de l'enrichissement injustifié est plus étendu dans son versant « responsabilité civile », puisqu'il admet que le fait générateur des restitutions en cas d'enrichissement illicite est l'enrichissement injustifié et non le fait illicite en lui-même, contrairement au droit anglais qui passe par la catégorie des *restitutions for wrongs*, où le fait générateur est le droit violé (le *wrong*) et non l'*unjust enrichment* (sur cet aspect voir *supra* n° 195s.). Or si l'étendue de l'enrichissement injustifié était liée à l'existence d'un principe d'abstraction, l'étendue du droit anglais devrait être moins large que le droit allemand s'agissant du « versant contractuel ».

du demandeur vers le défendeur ? Cette question est assez rarement posée¹²⁷⁵, même s'il est parfois affirmé qu'il est nécessaire qu'un transfert se soit produit ne serait-ce que pour distinguer cette action de l'action en revendication¹²⁷⁶. Si cette question n'est pas fréquemment soulevée, cela peut s'expliquer par des raisons pratiques, en particulier si l'on prend appui sur la répétition de l'indu¹²⁷⁷. Le principal cas d'application étant le transfert d'une somme d'argent, la question d'un transfert de propriété n'a en pratique que peu de sens, sauf à reconnaître une improbable action en revendication d'une somme d'argent¹²⁷⁸ qui ferait obstacle à la répétition de l'indu, lorsque les conditions de son application sont réunies. Cette question pourrait sans doute présenter un intérêt lorsque l'enrichissement porte sur un bien autre qu'une somme d'argent, ce qui permettrait ainsi de faire le départ entre l'action en revendication, utilisable lorsque le demandeur est resté propriétaire de la

¹²⁷⁵ À l'exception d'un ancien arrêt de la Cour de cassation qui a affirmé, de manière un peu péremptoire, à propos de l'ancienne action d'enrichissement sans cause, qu'il ne peut y avoir d'enrichissement sans transfert de propriété (Civ. 21 mars 1933, S. 1934.1.57). L'affaire était cependant très particulière car l'enrichissement sans cause avait été invoqué pour faire échec à des clauses insérées dans un contrat de transport maritime. En l'espèce, le destinataire avait refusé de prendre livraison des marchandises, arguant de leur non-conformité par rapport au contrat. Il décida d'intenter une action contre le capitaine et la compagnie de transport afin d'obtenir une somme représentant le prix des marchandises non livrées. La Cour d'appel avait fait droit à la demande au motif que « l'application des clauses du connaissement écartant la responsabilité des armateurs et limitant celle du capitaine pour erreur de livraison, aurait pour effet de procurer à ceux-ci un enrichissement sans cause, résultant d'un état de fait leur ayant procuré tous les avantages pratiques et utiles de ce bien ». L'arrêt est (heureusement) censuré, mais seulement au motif que les défendeurs ne s'étaient pas en l'espèce enrichis, car ils n'avaient pas acquis la propriété des marchandises. Si la solution est opportune et aurait pu être justifiée sur un autre terrain (pour les relations entre contrat et enrichissement injustifié voir *infra* n° 483s.), la motivation est sans doute critiquable pour son excessive généralité, car comme nous allons le montrer, il est tout à fait possible d'être enrichi sans pour autant avoir reçu la propriété de la chose transférée.

¹²⁷⁶ Voir notamment E. DESCHEEMAEKER, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p.23-24. S'agissant de la *condictio indebiti*, c'était également la solution prônée par Pothier, qui estimait que la *condictio indebiti* n'était valable que si l'*accipiens* avait reçu en propriété la chose (BUGNET, *Œuvres de Pothier*, T. 5, *Contrats de bienfaisance*, op. cit., p. 101 : « le *promutuum* n'est point parfait, et ne produit point en vous l'obligation de me rendre une pareille somme ou quantité, si je ne vous ai pas transféré la propriété des espèces, ou si, à défaut de translation de propriété, vous ne les avez pas consommées : en attendant, vous êtes seulement sujet à la revendication des espèces de la part de ceux à qui elles appartiennent »).

¹²⁷⁷ Il faut noter également que s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié cette question n'a que peu de sens si l'on considère qu'elle s'applique essentiellement à des cas d'enrichissement par service, le « transfert de propriété » d'un service étant difficilement concevable.

¹²⁷⁸ Cette question a beaucoup agité la doctrine commercialiste, dans le cadre des procédures collectives, où l'action en revendication est entendue de manière bien plus extensive qu'en droit civil, et permet en pratique à certains créanciers, en particulier les vendeurs avec clause de réserve de propriété, de se faire payer et d'éviter ainsi l'autre voie, la déclaration de créances, au résultat bien plus incertain (voir notamment sur cette question, J. FRANÇOIS, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », D.2012.493s.). L'action en revendication et plus largement l'idée d'un transfert de propriété, s'accrochent assez mal avec la monnaie (en ce sens voir Com. 4 fév. 2003, note R. LIBCHABER, *Defrénois*, n°18, p.1163s. : « l'idée de propriété a partie liée avec la singularité des choses, tandis que la monnaie est par nature indifférente à tout *corpus* »). En revanche, la monnaie étant susceptible d'appropriation, elle n'est pas incompatible avec l'idée d'enrichissement injustifié.

chose, et l'enrichissement injustifié, lorsque le défendeur est devenu propriétaire de la chose. Si cette répartition semble claire, cette simplicité n'est probablement qu'apparente, puisqu'il est souvent bien délicat de déterminer quand un transfert de propriété s'est effectivement réalisé ou non.

385. L'action en revendication et l'enrichissement injustifié : des finalités distinctes. Il

est ainsi possible de concevoir une autre manière de combiner ces deux actions en soulignant pleinement les spécificités de chacune, qui protègent des intérêts différents. L'action en revendication n'a d'autre objet que de récupérer le bien entre les mains d'un possesseur non propriétaire¹²⁷⁹, le demandeur propriétaire souhaitant précisément retrouver l'usage d'un bien en particulier. L'action en revendication protège ainsi le droit de propriété dans sa substance. En revanche, l'enrichissement injustifié n'a *in fine* vocation qu'à préserver le patrimoine du demandeur. Peu importe que le demandeur récupère effectivement le bien ou non, il souhaite avant tout en récupérer sa valeur¹²⁸⁰. Cette donnée implique au moins deux conséquences et il est étonnant de constater que ce lien entre préservation du patrimoine et enrichissement injustifié, qui est loin d'être nouveau¹²⁸¹, n'a pas incité à creuser davantage les différences entre l'action en revendication et l'enrichissement injustifié. Elle permet en premier lieu de justifier la nature personnelle, et non réelle, de l'action en restitution de l'enrichissement injustifié. Cette action ne vise qu'à protéger contre les atteintes au patrimoine du demandeur et n'est donc accordée que contre celui qui a porté atteinte à ce patrimoine¹²⁸². Elle permet en second lieu de comprendre pourquoi, au vrai, le transfert de propriété importe peu. Dès lors que la valeur associée à une chose a été appropriée par un autre, sans le consentement du demandeur, ce dernier peut disposer d'une action en enrichissement injustifié. Aussi, le demandeur dispose d'un choix entre l'action en revendication, s'il souhaite retrouver la possession de ce bien¹²⁸³, et l'action en restitution de l'enrichissement injustifié, s'il souhaite simplement recouvrer la

¹²⁷⁹ Voir notamment J. DUBARRY, th. préc., n°827.

¹²⁸⁰ Même si ce droit à la valeur d'un bien tient avant tout au droit de propriété initial, mais il suffit que le demandeur ait eu un droit de propriété initial, qu'il l'ait perdu ou non par la suite, la protection s'expliquera avant tout par la désappropriation involontaire du demandeur (sur l'importance de l'absence de volonté voir *infra* n° 406s.).

¹²⁸¹ Ce lien était déjà bien présent chez Aubry et Rau (voir *supra* n° 41), et ce lien est encore affirmé dans la doctrine contemporaine (voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n° 1299) mais il reste presque sans conséquence. Cela tient toutefois, nous semble-t-il, au fait que l'enrichissement injustifié *de lege lata* ne présente que très peu de cohérence.

¹²⁸² Sur la nature personnelle de l'action, voir *infra* n°457.

¹²⁸³ En ce cas naturellement, il devra établir qu'il n'y a pas eu de transfert de propriété.

valeur de ce bien et préserver ainsi l'état de son patrimoine¹²⁸⁴. Cependant, et tout particulièrement s'agissant du transfert d'un bien autre qu'une somme d'argent, l'obligation de restituer l'enrichissement peut avoir des conséquences néfastes sur le défendeur. En ce cas, il pourrait notamment être contraint de vendre un de ses biens pour s'acquitter de cette obligation. Il faudrait alors reconnaître la possibilité pour le défendeur de faire obstacle à l'action en restitution de l'enrichissement injustifié par la remise de la chose, si elle est toujours en sa possession et sous réserve qu'une remise soit encore possible¹²⁸⁵.

386. Conséquences sur l'identification du défendeur à l'action. Si on combine les éléments précédemment évoqués avec la nouvelle notion d'enrichissement, limitée à un gain positif, il est possible de déterminer avec plus de précision le potentiel défendeur à l'action. Étant donné que l'action est de nature personnelle et qu'elle ne vise pas à récupérer un bien en particulier, par principe, le défendeur désigné ne devrait être que celui qui s'est approprié en premier l'enrichissement¹²⁸⁶. Cela exclut ainsi toute autre personne qui pourrait avoir bénéficié par contrecoup de ce premier transfert¹²⁸⁷. En principe tout enrichissement indirect est donc exclu. Cette limitation s'explique assez aisément. La nature personnelle de l'action implique que le défendeur est tenu sur l'intégralité de son patrimoine (art. 2284 du Code civil), il n'est pas nécessaire d'accorder une action contre celui qui aurait, par la suite, récupéré le bien transféré, puisqu'il n'est pas question de rendre un bien. Cette solution permet par ailleurs de limiter convenablement cette action, car elle évite de remettre en cause d'éventuelles transactions conclues entre le défendeur et un tiers. L'inconvénient est certes que le demandeur supporte le risque d'insolvabilité du défendeur. Il s'agit cependant d'une conséquence normale qui n'est pas propre à l'enrichissement injustifié, mais à toute créance, ce qui rejoint d'ailleurs des solutions déjà retenues en droit allemand et droit anglais¹²⁸⁸. Ce risque est la conséquence du lien obligationnel qui engage le créancier à l'égard du débiteur, et non des tiers, quand bien même il s'agirait initialement de protéger un droit de propriété, ou plus largement le patrimoine, du demandeur.

¹²⁸⁴ En ce cas, il est indifférent que le bien ait été effectivement transféré en propriété au défendeur, à partir du moment où il s'en est approprié la valeur.

¹²⁸⁵ Ce qui ne sera évidemment pas possible lorsque le bien du demandeur a été mélangé à un autre bien appartenant au défendeur, cela relève classiquement en droit français du domaine de l'accession dont les liens avec l'enrichissement injustifié renouvelé seront abordés plus loin, voir *infra* n° 464s.

¹²⁸⁶ Sur la nature personnelle, voir *infra* n° 457.

¹²⁸⁷ Pour prendre un exemple simple si A transfère par erreur 100 € à B, qui les transfère à son tour à C, A n'a d'action en restitution de l'enrichissement injustifié uniquement contre B, et non contre C.

¹²⁸⁸ Voir *supra* n° 58 (en droit allemand) et n° 159 (droit anglais), cette règle découle, en droit français, des articles 2284 et 2285 du Code civil sur le droit de gage général.

b) L'enrichissement par appropriation des fruits ou du produit d'une chose

387. La prise en considération des « excroissances » d'un bien. L'enrichissement injustifié devrait prendre en considération l'appropriation par autrui « d'excroissances » reliées à un bien appartenant au demandeur. Il existe au moins deux types d'excroissance d'un bien : les fruits et les produits d'une chose¹²⁸⁹. Les deux sont liés à un bien originaire et reviennent donc en principe au propriétaire de ce bien. Ils constituent indiscutablement en soi une valeur positive, cette excroissance constituant un nouveau bien susceptible d'appropriation par un tiers¹²⁹⁰. Ils peuvent donc constituer un enrichissement à part entière, quand bien même le propriétaire du bien originaire et demandeur à l'action aurait conservé le bien initial. Cela peut, par exemple concerner les loyers (ou sous-loyers) qui seraient perçus par le défendeur, alors que le bien loué appartient au demandeur¹²⁹¹. Cela peut aussi concerner les bénéfices issus d'une œuvre littéraire ou artistique ou encore les intérêts produits par une créance de somme d'argent exigible¹²⁹². C'est parce que ses fruits ou produits sont rattachés à un bien initial, et donc au patrimoine du propriétaire du bien, qu'il est possible que l'action en restitution de l'enrichissement injustifié porte sur ces fruits ou produits s'ils se retrouvent, involontairement, entre les mains d'un tiers. Cependant, les fruits ou les produits d'un bien ne sont qu'un point de départ et il nous semble que l'enrichissement injustifié pourrait être étendu au-delà et s'étendre à des cas où un enrichissement peut être relié, de manière certaine et exclusive, à une personne, sans que le demandeur ait nécessairement un droit de propriété dessus¹²⁹³.

¹²⁸⁹ Il n'est pas ici envisagé le cas de l'accession, puisque cela suppose l'union de deux biens appartenant à deux propriétaires différents et qui sera envisagé un peu plus loin (voir *infra* n° 464s.). La distinction entre fruits et produits n'est pas toujours aisée, mais il est suffisant pour cette étude de préciser que ce qui différencie avant tout les fruits des produits tient au fait que ces premiers n'altèrent pas la substance de la chose, contrairement aux produits (voir notamment C. GRIMALDI, *Droit des biens*, 2^e ed., L.G.D.J., 2019, n°35).

¹²⁹⁰ C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°37.

¹²⁹¹ Un arrêt récent vient d'ailleurs d'admettre la restitution des sous-loyers au propriétaire, lorsque le locataire a sous-loué sans l'accord du propriétaire, cependant le fondement retenu n'est pas l'enrichissement injustifié, mais le droit des biens et sur le fait que les fruits civils appartiennent par accession au propriétaire du bien (voir Cass., 3^e civ., 12 sept. 2019, n°18-20.727).

¹²⁹² Voir notamment S. PIEDELIÈVRE, « Fruits », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014, n°32.

¹²⁹³ Voir *infra* n° 397s., sur la nécessité d'un droit exclusif, qui concerne en premier chef un droit de propriété mais qui pourrait être étendu, par analogie, à certains droits de la personnalité, notamment le droit à l'image. Il faut toutefois toujours un enrichissement de la part du défendeur, seulement au lieu d'exiger que le lien entre le demandeur et l'enrichissement soit un lien de propriété initial, cela pourrait être étendu à des droits liant également de manière exclusive cet enrichissement au demandeur.

388. Conséquences sur l'auteur du transfert de l'enrichissement. Il n'est pas inintéressant de présenter ce mode d'enrichissement séparément, de l'enrichissement par transfert de la chose, même si les mêmes règles s'appliquent à ces deux modes. Ce mode d'enrichissement montre que l'identité de l'auteur du transfert n'a pas une grande incidence. Il importe peu que l'enrichissement ait été transféré directement par le demandeur au défendeur, ou que le défendeur se soit approprié l'enrichissement à l'insu du demandeur. De fait, les cas où le défendeur s'est approprié un enrichissement appartenant au demandeur concernent surtout ceux où le défendeur s'est approprié un fruit ou un produit d'un bien appartenant au demandeur. Deux exemples peuvent être évoqués. L'exemple le plus simple est la violation d'un droit de propriété intellectuelle, lorsqu'une personne utilise une oeuvre (une photographie ou une peinture) à des fins commerciales sans l'autorisation de l'auteur. Les bénéfices retirés par le tiers ne sont pas « retirés » du patrimoine de l'auteur, mais résultent de la diffusion de l'oeuvre par le tiers. Cette logique se retrouve également lorsque le véritable créancier d'une obligation monétaire souhaite obtenir la restitution des sommes versées à un autre, ce qui en pratique correspond au cas où une même créance a été mobilisée plusieurs fois¹²⁹⁴. Concrètement cela suppose qu'une créance ait été cédée une première fois à un cessionnaire – le demandeur – puis que le cédant la cède une seconde fois à un second cessionnaire, le défendeur. Si le défendeur notifie en premier sa créance au débiteur cédé, alors le paiement réalisé est valable et le demandeur ne peut plus exiger paiement auprès du débiteur cédé. Mais, il est possible de considérer que le demandeur dispose d'un recours contre le défendeur, second cessionnaire, qui a reçu paiement de la créance à la place du demandeur.

389. L'article 1325 du Code civil : une application de l'enrichissement injustifié ? Avant l'ordonnance de 2016, il n'existait pas de solution claire en la matière, puisque la répétition de l'indu ne pouvait être utilisée, le demandeur n'étant en ce cas pas le *solvens*. En effet, le demandeur est, dans cette hypothèse, simplement celui qui aurait dû recevoir paiement, mais non celui qui a payé. Des doutes existaient également sur la possibilité de recourir à l'enrichissement sans cause, notamment en raison de l'exigence d'un appauvrissement¹²⁹⁵

¹²⁹⁴ S'agissant du cas d'une double mobilisation de créances, il n'est pas nécessaire d'adhérer à la théorie de la propriété des créances ou à celle de la titularité ; dans les deux cas, la « propriété » de la créance ou sa titularité assure, en principe, au créancier le droit exclusif de recevoir paiement et c'est tout ce qui importe du point de vue de l'enrichissement injustifié. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur ce débat.

¹²⁹⁵ La jurisprudence a en effet tendance à appréhender l'appauvrissement de telle manière que seul ce qui a été transféré par le demandeur peut être indemnisé, (voir *supra* n° 306). Or par hypothèse le premier

ou éventuellement des conditions d'absence de justification¹²⁹⁶ ou de subsidiarité¹²⁹⁷. Depuis 2016, l'article 1325 du Code civil prévoit que le véritable créancier – premier cessionnaire - peut agir contre le second cessionnaire, sans préciser toutefois le fondement de cette action¹²⁹⁸. Ce recours pourrait être rattaché à l'enrichissement injustifié, en ce sens que le droit de créance implique un droit exclusif à recevoir paiement de cette créance, à l'exclusion de tous tiers¹²⁹⁹. Ce nouvel article peut d'ailleurs souligner les faiblesses de l'enrichissement injustifié à l'heure actuelle et montrer que, ponctuellement, le législateur doit y remédier. En outre, ce mode d'enrichissement permet aussi de démontrer que l'auteur du transfert (est-ce le demandeur qui a transféré l'enrichissement au défendeur ou, au contraire, est-ce que le défendeur s'est approprié l'enrichissement ?) est par principe indifférent. L'enrichissement injustifié ne se distingue ainsi pas des autres sources, et en particulier de la responsabilité civile, par le fait qu'il s'agirait d'un fait du créancier (le demandeur) mais bien par le fait qu'il est simplement question de restituer un (véritable) enrichissement et non de compenser une perte, d'où l'indifférence de l'auteur du transfert.

c) L'utilisation de la chose d'autrui

390. Une situation différente des restitutions d'excroissances d'un bien. Le simple usage de la chose ne devrait pas, nous semble-t-il, être considéré comme un enrichissement, au sens de l'enrichissement injustifié. Néanmoins, ce mode « d'enrichissement » étant reconnu par différents systèmes juridiques, dont le droit français actuel, il est nécessaire de l'évoquer pour justifier son exclusion de l'enrichissement injustifié. En droit anglais, ainsi qu'en droit français, en vertu de l'article 1352-3 du Code civil, il est admis que la valeur de jouissance ou valeur d'usage¹³⁰⁰ constitue en soi un enrichissement. Celui-ci correspond à la période pendant laquelle le défendeur a utilisé la chose du demandeur, alors qu'il n'en avait pas ou

cessionnaire n'a rien transféré au second, le second cessionnaire ayant reçu paiement à la place du premier cessionnaire.

¹²⁹⁶ Le second cessionnaire pouvant arguer que la cession conclue, même en second, justifie le paiement reçu par le débiteur.

¹²⁹⁷ Il serait ici possible d'arguer que le premier cessionnaire dispose déjà d'une action contre le cédant, qui a mobilisé deux fois sa créance, et qu'ainsi, la condition de subsidiarité n'est pas remplie.

¹²⁹⁸ L'article 1325 dispose ainsi : « Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait un paiement ».

¹²⁹⁹ Par là, il est simplement entendu qu'il peut agir contre celui qui a reçu paiement à sa place, à savoir le second cessionnaire. En revanche, il subit bien évidemment la loi du concours prévu à l'article 2285 du Code civil, puisqu'il n'est que créancier chirographaire.

¹³⁰⁰ Il faut entendre ici jouissance dans un sens plus restrictif qu'en droit des biens, où cela peut aussi recouvrir les fruits. Ici il est simplement question de la valeur d'usage du bien, c'est-à-dire l'*usus*.

plus le droit. Le cas le plus emblématique est celui de l'occupation sans droit ni titre d'un immeuble. L'enrichissement serait donc caractérisé par la seule jouissance de la chose, sans qu'il soit nécessaire que le défendeur ait encore entre ses mains la chose en question ou qu'il en ait retiré un profit tangible. Cette solution pourrait se justifier au regard du triptyque classique qui scinde les prérogatives du propriétaire entre l'*abusus*, le *fructus* et l'*usus*. Puisque la violation des deux premiers peut entraîner une action en restitution de l'enrichissement injustifié, pourquoi n'en irait-il pas de même dans le cas de l'*usus* ? Pour autant, la solution n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Même si certains, auteurs avant la réforme de 2016, avaient préconisé de fonder les restitutions de la valeur d'usage d'un bien sur l'action d'enrichissement sans cause¹³⁰¹, plutôt que sur le contrat, cette solution peut être réfutée. Il nous semble qu'il faut distinguer cette hypothèse de « restitution » de la valeur d'usage des restitutions d'excroissances d'un bien. Le défendeur n'a rien reçu de tangible ou d'appropriable dans le cas de la valeur d'usage, contrairement au cas de restitutions des excroissances, ce qui justifie que des règles différentes puissent être appliquées à ces deux cas¹³⁰². En effet, si l'usage/*usus* a incontestablement une valeur économique, cette richesse n'est que potentielle et dépend de l'utilisation effective du bien, contrairement au cas des fruits ou produits issus d'un bien qui constituent une richesse immédiate. L'utilisation d'un bien peut être bénéfique ou non, l'enrichissement n'est que potentiel, alors que les fruits ou les produits enrichissent le propriétaire, ou celui qui les perçoit, dès leur création.

391. Une finalité distincte. Pour des raisons similaires à celles évoquées à propos des dépenses épargnées, il nous semble préférable de ne pas considérer que la valeur d'usage d'un bien puisse être, en soi, constitutive d'un enrichissement¹³⁰³. L'enrichissement injustifié se justifie certes à l'origine par l'exclusivité du demandeur sur un bien, et donc généralement par un droit de propriété. Si l'objectif était de protéger un droit de propriété dans toutes ses dimensions (*abusus*, *usus* et *fructus*), ces restitutions devraient sans doute être acceptées, mais l'enrichissement injustifié poursuit une finalité moins vaste. Elle ne

¹³⁰¹ Voir notamment P. STOFFEL-MUNCK, « Nullités et restitutions », *RDC* n°2, 2005, p.280s. ; également depuis la réforme O. DESYAHES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p.936.

¹³⁰² *Contra* T. GENICON, *th. préc.*, n°964.

¹³⁰³ Pour une critique de cet enrichissement en droit anglais, voir C. WEBB, *op. cit.*, p.185-192, spéc. p.187: « But even where it could have been me rather than you who made use of the asset, the benefit – the value, the abstract enrichment – you take from its use is not something that could instead be mine. The contribution your use makes to your plans and interests is not the same contribution my use would have made to my plans and interests”.

visé qu'à préserver le patrimoine du demandeur en valeur. Or, lorsque le défendeur n'a rien retiré de l'utilisation de la chose (aucun fruit ou produit) et que, par ailleurs, le demandeur a récupéré ce bien, il est difficile de voir quel enrichissement concret le défendeur a bien pu obtenir aux dépens du demandeur. Certainement, l'utilisation sans autorisation du propriétaire de l'un de ses biens constitue une atteinte à son droit de propriété. Néanmoins, si ce dernier a depuis récupéré ce bien, sans dégradation¹³⁰⁴, il est difficile de voir quelle réelle atteinte il a pu subir, ou du moins elle semble neutralisée par la remise du bien au propriétaire. À moins que le demandeur n'établisse, sur le fondement de la responsabilité civile, que la dépossession momentanée du bien lui a causé un préjudice, notamment parce qu'il avait besoin de ce bien à ce moment et que sa privation l'a conduit à acquérir un nouveau bien identique. Reconnaître que la simple utilisation d'un bien sans l'autorisation du propriétaire ouvre droit à restitution correspond à une logique quasi-contractuelle, cette utilisation créant une forme de quasi-contrat de bail, obligeant le débiteur à verser un « quasi-loyer » au créancier¹³⁰⁵. En ce cas, il faudrait sans doute reconnaître au défendeur, qui n'a pas consenti à un tel contrat¹³⁰⁶, des possibilités de se défendre, notamment en faisant valoir qu'il n'aurait jamais consenti à payer un loyer de ce montant s'il avait eu le choix. Il nous semble cependant que cette logique est totalement étrangère à l'enrichissement injustifié, puisqu'il n'est pas question de réattribuer un gain au demandeur, ce gain étant inexistant, ou du moins seulement potentiel¹³⁰⁷. L'hypothèse serait différente si le défendeur, qui n'a pas ou plus de titre sur le bien, loue celui-ci et en retire ainsi des loyers. En ce cas il y a un bien un enrichissement, les loyers pouvant être considérés comme

¹³⁰⁴ Si le bien avait été endommagé par le tiers au cours de son utilisation, cela pourrait bien sûr ouvrir droit à une action en responsabilité.

¹³⁰⁵ Cette analogie est d'autant plus appuyée que bien souvent le calcul de ces « restitutions » tiendra compte de la valeur locative, pour savoir combien le propriétaire aurait pu toucher s'il avait loué ce bien.

¹³⁰⁶ Ce sera certainement le cas si le contrat anéanti est un contrat de vente, le défendeur/acquéreur n'ayant certainement pas consenti à payer le loyer d'un bien dont il pensait avoir obtenu la propriété ! De telles conséquences peuvent par ailleurs être relativement importantes pour le défendeur, qui en plus de restituer la chose, devrait restituer sa valeur d'usage, plus le cas échéant restituer ou rembourser les sommes qu'il a potentiellement empruntées pour l'acquisition du bien (même si le contrat de prêt est également anéanti des suites de l'anéantissement de la vente, l'emprunteur/acquéreur restera tenu d'une obligation de remboursement de l'emprunt). Il est ainsi possible de comprendre la prudence des magistrats dans le célèbre arrêt *Fiorio* (Cass. mixte, 9 juill. 2004, note P. STOFFEL-MUNCK, art. préc.) qui avait refusé de reconnaître, sur le fondement des restitutions, la restitution de la valeur d'usage à la suite de l'annulation d'un contrat de vente.

¹³⁰⁷ Le rapport au Président de la République estime ainsi que la jouissance de la chose « apparaît comme un équivalent économique des fruits que la chose *aurait pu* produire » (nous soulignons).

des fruits de la chose. La question sera toutefois de savoir s'il doit nécessairement les restituer ou non¹³⁰⁸.

B) L'exclusion des services

392. L'exclusion intégrale de la valeur du service. La réduction de la notion d'enrichissement aux seuls cas où le défendeur reçoit un gain positif conduit à ne plus prendre en compte la valeur d'un service. Cette valeur représente le prix du service, ou autrement dit la rémunération à laquelle le demandeur aurait pu prétendre. Il a déjà été observé que ce manque à gagner du demandeur (la rémunération due) constitue également, aux yeux de la Cour de cassation, un enrichissement du point de vue du défendeur (correspondant à l'économie réalisée en n'ayant pas à payer le service rendu)¹³⁰⁹. S'il est indéniable qu'un service octroyé à un tiers peut présenter une valeur économique, il n'a de valeur réelle aux yeux de celui qui le reçoit qu'à partir du moment où il a été requis. Contrairement au cas où une somme d'argent ou un bien en nature a été transféré, le demandeur n'a en principe aucun droit initial sur ce « prix », représentant la valeur du service. Le défendeur ne peut en effet être dépossédé d'une partie de son patrimoine - le prix représentant la valeur du service - que s'il a souhaité obtenir ce service. À partir du moment où le demandeur n'a pas agi sous la contrainte, il ne peut forcer quiconque à le rémunérer pour ce service.

Cette idée n'est d'ailleurs pas totalement étrangère au droit anglais, en tout cas s'agissant du *free acceptance*¹³¹⁰. Même si théoriquement le demandeur peut obtenir la rémunération du service accordé, aucune action se fondant sur cet *unjust factor* n'a jamais prospéré. Il faut dire que les conditions sont strictes : le demandeur doit avoir la possibilité de refuser le service et doit avoir conscience que le service n'est pas réalisé gracieusement. Ces conditions font que le *free acceptance* n'est pas très éloigné de l'hypothèse d'un contrat tacitement conclu, si ce n'est qu'il se situe un degré en-deçà, car il n'est pas nécessaire

¹³⁰⁸ Pour de plus amples développements entre la combinaison entre enrichissement injustifié et droit des contrats en cas d'anéantissement du contrat voir *infra* n° 494s.

¹³⁰⁹ Voir *supra* n° 296, la Cour de cassation estimant que la dépense épargnée implique en soi un enrichissement et un appauvrissement, ce qui rend totalement sans application la règle du double-plafond.

¹³¹⁰ Voir *supra* n° 138, qui concerne l'hypothèse où le demandeur a octroyé un service au défendeur, sans avoir été formellement requis par ce dernier (à la différence du *necessity* où le demandeur a pris en charge une dépense nécessaire du défendeur), l'octroi d'une rémunération étant (prétendument) justifiée par le fait que le défendeur, alors qu'il avait la possibilité de refuser le service et qu'il ne pouvait ignorer que le demandeur ne le réalisait pas gratuitement, a laissé le demandeur accomplir le service.

d'avoir une acceptation claire et nette de la part du défendeur¹³¹¹. Cette proximité avec le contrat se ressent dans les effets, car le résultat n'est pas de replacer le demandeur dans la position qui aurait dû être la sienne si le transfert n'avait pas eu lieu ; mais bien de faire comme si le défendeur avait accepté le service, ou dit autrement comme s'il y avait eu un contrat entre les deux parties, soit une logique proche de celle des quasi-contrats. Cette logique est étrangère à l'enrichissement injustifié. La rémunération d'un service devrait relever du monopole du contrat. Ainsi, soit il est possible de déduire des faits un consentement tacite, soit il devrait être admis que le demandeur ne peut prétendre à aucune rémunération, car il a pris le risque que le défendeur refuse de le rémunérer.

393. L'exclusion du remboursement des dépenses effectués pour le défendeur. Puisque l'enrichissement injustifié a pour objectif de restituer un enrichissement, cette source d'obligation ne devrait pas être utilisée lorsque l'objectif est seulement de rembourser une dépense effectuée par le demandeur. Cela peut concerner aussi bien des dépenses d'entretien d'un bien appartenant au défendeur, que le paiement de la dette du défendeur. La dépense ne conduit à aucun accroissement de patrimoine du défendeur, qui ne peut dès lors être considéré comme enrichi. D'ailleurs, l'état actuel du droit relatif à ce que l'on nomme les impenses¹³¹², où l'objectif est d'obtenir le remboursement d'une dépense, montre que l'important n'est pas l'économie réalisée par le défendeur, mais plutôt l'intérêt du défendeur à la dépense. En effet, il est admis que seules certaines dépenses peuvent être remboursées, à l'exclusion des dépenses dites somptuaires ou de luxe¹³¹³. Cette solution, parfaitement opportune, est théoriquement contestable du point de vue du droit positif. En effet, même si la dépense est somptuaire, le défendeur a tout de même réalisé une économie puisqu'il n'a rien déboursé. Il devrait donc être tenu de rembourser le demandeur. Ce qui justifie néanmoins le rejet de cette solution est surtout l'idée de libre disposition de ses biens et de son argent, qui est moins atteinte lorsque la dépense a été faite pour la conservation

¹³¹¹ Cette proximité entre le *free acceptance* et le contrat tacite n'est pas surprenante, car historiquement le droit anglais ne faisait pas de distinction entre le *contract implied in fact* (le contrat tacitement conclu) et le *contract implied in law* (le contrat présumé par le droit), qui étaient réunis sous l'étiquette commune d'*implied contract*. Le *free acceptance* est un héritage de l'*implied contract* (voir *supra* n° 79).

¹³¹² Classiquement justifiées par l'idée d'enrichissement injustifié, voir notamment J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 3., *Les biens*, 18^e éd., Thémis, Droit privé, P.U.F., 1998, n°209.

¹³¹³ Voir notamment C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°701 À noter qu'en cas d'impense, il est simplement question du remboursement d'une dépense, il n'est pas tenu compte du fait que cette dépense ait eu ou non pour conséquence d'accroître le patrimoine du défendeur (ce qui pourrait éventuellement intéresser l'enrichissement injustifié), il s'agit simplement de savoir si le demandeur peut être remboursé.

d'un bien¹³¹⁴, mais fortement compromise lorsque la dépense ne répond à aucune utilité et est totalement superfétatoire. Ce principe de libre disposition implique que chacun est, par principe, libre de décider de l'affectation de ses ressources. Ainsi, si le défendeur n'a pas lui-même pris en charge la dépense réalisée par le demandeur, cela tient peut-être au fait que le défendeur pensait affecter ses ressources à autre chose (l'octroi d'un autre service ou d'un bien)¹³¹⁵. Il est d'ailleurs intéressant de noter que si l'hypothèse de la conservation d'un bien est la catégorie la moins contestable d'impense, il s'agit pourtant également d'une hypothèse où il n'y a aucun accroissement de patrimoine du défendeur, donc aucun enrichissement véritable. Ce n'est donc pas l'idée d'enrichissement qui domine en cas d'impenses, mais plutôt l'intérêt du défendeur à la dépense, qui rend vraisemblable l'idée que ce dernier aurait tôt ou tard réalisé cette dépense¹³¹⁶. Là encore, il ne s'agit pas d'une logique d'enrichissement injustifié, mais plutôt d'une logique de gestion d'affaires. En ce cas, le demandeur n'est finalement qu'un intermédiaire qui réalise une dépense pour le compte d'autrui – le défendeur. Plutôt que d'y voir un cas d'enrichissement injustifié, il faudrait plutôt s'interroger sur une possible extension de la gestion d'affaires à des hypothèses où il n'y a manifestement aucune intention de gérer, mais où il paraît souhaitable de faire supporter le poids de la dépense à un autre, puisque seule cette personne avait un intérêt à la réalisation de cette dépense¹³¹⁷.

II) L'indifférence de l'appauvrissement

394. L'inutilité de l'appauvrissement. L'enrichissement injustifié ne se concentrant que sur le lien entre le demandeur et l'enrichissement, l'appauvrissement est totalement indifférent au succès de l'action. L'exigence d'un appauvrissement, en droit positif, tient essentiellement aux origines de l'action d'enrichissement injustifié¹³¹⁸, ainsi qu'au fait que

¹³¹⁴ On peut imaginer que lorsque la dépense est nécessaire, le défendeur aurait bien réalisé lui-même la dépense.

¹³¹⁵ Cet aspect est davantage mis en avant en droit anglais, où l'autonomie et la liberté de choix du défendeur sont des éléments importants, voir notamment G. VIRGO, *op. cit.*, p. 70 « if a kitchen fitter mistakenly enters the defendant's house, rips out his kitchen and installs a new one, when she should have installed it in a neighbour's house, it is surely right that the defendant should not be required to pay for the kitchen, because he should be free to choose whether he wants a new kitchen »; P. BIRKS, *op. cit.*, p.50 ; C. MITCHELL, P. MITCHELL, S. WATTERSON, *op. cit.*, n°4-19.

¹³¹⁶ Même si cela est sans doute plus contestable en cas de dépense d'amélioration, que le défendeur est pourtant tenu de rembourser (voir C. GRIMALDI, *op.cit.*, n°701).

¹³¹⁷ Voir *infra* n° 447.

¹³¹⁸ Cette action est issue de la gestion d'affaires, qui ne se concentre que sur la perte du gérant et non l'enrichissement du maître (voir *supra* n° 297s.).

l'enrichissement injustifié s'applique, en droit français, essentiellement à des hypothèses de services¹³¹⁹. Le problème étant que celui qui a accompli un service pour un autre ne peut prétendre à aucun droit exclusif sur les éventuelles plus-values d'un bien appartenant à cette autre personne¹³²⁰. La condition d'appauvrissement permet alors d'éviter que le demandeur ne s'attribue l'intégralité de cette plus-value, que le droit attribue au propriétaire du bien amélioré, c'est-à-dire le défendeur. L'exclusion des services de la sphère de l'enrichissement injustifié permet de se débarrasser de cette condition qui est parfaitement inopportune et contraire à l'essence de l'enrichissement injustifié.

395. La conséquence : la disparition de la règle du double plafond. Puisque l'appauvrissement n'est plus une condition de l'action, l'enrichissement devient la seule mesure des restitutions, ce qui emporte nécessairement la suppression de la règle du double plafond. Pour autant, cela ne signifie pas qu'absolument tous les gains engrangés par le défendeur devront être restitués au demandeur. Il est nécessaire que le demandeur établisse un lien d'exclusivité¹³²¹ sur cet enrichissement et ce n'est que dans la mesure de cette exclusivité que l'enrichissement doit être restitué. Cette nouvelle méthode présente l'avantage de ne pas limiter trop sévèrement les restitutions et de rendre ainsi l'action plus attractive lorsque l'appauvrissement du demandeur est faible, sans pour autant entraîner un « dégorgement » excessif des profits vers le demandeur. L'état du droit positif démontre, nous semble-t-il, que le critère de sélection des enrichissements « restituables » ne doit pas se faire à travers une condition d'appauvrissement, qui est mal adaptée pour cela, mais davantage à travers l'idée que le droit attribue de manière exclusive l'enrichissement au demandeur. Aussi, la suppression de la condition d'appauvrissement n'entraînera pas de restitutions excessives. Pour reprendre un exemple fréquemment cité, notamment en droit anglais, si le défendeur reçoit indument 100 € et qu'il les réinvestit aussitôt pour faire un gain final de 1.000 €, l'absence de règle de double plafond ne signifie pas que le demandeur a un droit sur les 1.000 €. En effet, s'il a bien transféré involontairement les 100 €, la plus-value finale n'est pas un fruit ou un produit des 100 €, car elle n'est pas en soi produite par

¹³¹⁹ C'est évidemment le cas de la gestion d'affaires, mais cela est également notable pour l'action d'enrichissement injustifié.

¹³²⁰ Sur la condition d'exclusivité, voir *infra* n° 397s. Une fois que l'enrichissement est caractérisé, il faut encore se demander si le demandeur peut avoir un droit dessus, la condition d'exclusivité traite donc de la question du lien qui unit l'enrichissement au demandeur. Or, une telle condition n'existant pas en droit positif, le risque est que le demandeur obtienne un enrichissement qui ne lui revient pas, ce qui est l'une des raisons justifiant la condition d'appauvrissement, qui est cependant une limite assez faible, voir *supra* n° 307.

¹³²¹ En l'absence de ce lien, l'enrichissement ne serait pas injustifié, sur cette condition voir *infra* n° 397s.

la somme initiale. Ce ne sont pas des intérêts par exemple, la plus-value étant due à l'intuition ou la bonne affaire du défendeur. Il y a certes un lien de causalité entre l'enrichissement initial, les 100€, et l'enrichissement final, les 1.000€, mais ce dernier enrichissement n'est pas une excroissance de l'enrichissement initial et le défendeur aurait pu réaliser ce gain final avec ces propres deniers ou ceux d'un autre. Le lien de causalité entre le transfert des 100 € et le gain de 1.000 € est absolument indifférent, dans la mesure où l'enrichissement injustifié ne vise pas à remonter le cours des événements pour identifier l'auteur d'un fait dommageable, mais cherche au contraire à déterminer le véritable titulaire d'un enrichissement.

Section II : La condition d'absence de justification

396. Un raisonnement en deux étapes. Contrairement à l'état du droit positif qui adopte une conception unitaire de l'absence de justification, il nous semble que cette condition recouvre en réalité deux étapes distinctes du raisonnement et donc deux conditions différentes. Il n'est pas suffisant d'affirmer que l'enrichissement est ou devient injustifié en raison de l'absence ou de la disparition du fondement juridique sous-tendant le transfert. Le raffinement opéré par le droit allemand montre d'ailleurs qu'il est délicat de s'en tenir à cette manière de concevoir l'enrichissement injustifié¹³²², mais sur ce point c'est sans doute surtout le droit anglais qui s'avère instructif. En effet, la manière de raisonner ne portant pas sur une condition négative (l'absence de fondement juridique), mais sur des raisons positives (les *unjust factors*), il est plus aisé de trouver d'éventuels points communs ainsi qu'une *ratio* commune. À partir de ces éléments de droit comparé et en prenant également compte de la répétition de l'indu¹³²³, il est possible de cerner deux éléments importants : l'enrichissement semble injustifié en cas de violation d'un droit exclusif du demandeur et lorsque le demandeur n'a pas réellement consenti au transfert de l'enrichissement. Ces deux éléments sont nécessaires, quelle que soit la forme de l'enrichissement, pour que le demandeur obtienne des restitutions sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Ces deux conditions n'étant pas mises en avant en droit positif, il est nécessaire de les préciser en commençant par le point de départ, la violation d'un droit exclusif (I), qui ne devient

¹³²² Voir *supra* n° 56.

¹³²³ Sur les éléments essentiels de la répétition de l'indu, voir *supra* n° 240. La présentation classique de cette action tend sans doute à surestimer l'aspect lié à l'absence de fondement juridique, alors qu'une analyse plus détaillée permet de mettre en exergue le fait que la répétition de l'indu vise surtout à corriger un transfert vicié d'un bien, transfert qui ne respecte pas la volonté réelle du *solvens*.

pleinement injustifiée que si le transfert s'est réalisé au détriment du demandeur, c'est-à-dire contrairement à sa volonté réelle (II).

I) La violation d'un droit exclusif

397. La violation d'un droit exclusif : le lien entre le demandeur et l'enrichissement. Il n'est pas suffisant que le défendeur se soit concrètement enrichi pour que le demandeur obtienne restitution, encore faut-il que cet enrichissement se réalise au détriment du demandeur. Or, le demandeur ne peut prétendre à aucun droit sur l'enrichissement du défendeur s'il n'existe aucun lien entre l'enrichissement et lui. Pour que l'enrichissement se réalise à son détriment, il n'est cependant pas nécessaire d'établir un appauvrissement du demandeur, il suffit de démontrer qu'il y a eu violation d'un droit exclusif. Ce droit exclusif permet de relier l'enrichissement à la seule personne du demandeur, un peu comme le lien de causalité relie le dommage au défendeur¹³²⁴.

398. Le point de départ : la violation d'un droit de disposition. Le droit de propriété étant le prototype même d'un droit exclusif, il est intéressant de le prendre comme point de départ pour saisir les caractéristiques de l'exclusivité. Cependant, ce n'est pas le droit de propriété dans son ensemble qui est protégé par l'enrichissement injustifié, mais plus particulièrement les cas où un tiers s'est approprié un bien appartenant au demandeur et non simplement le fait d'user du bien, sans l'autorisation du propriétaire. L'enrichissement injustifié protège essentiellement le pouvoir de disposer du bien ou des fruits/produits associés à la chose. La protection du droit de propriété serait insuffisante si elle ne protégeait la propriété qu'en sa substance, notamment par le biais de l'action en revendication¹³²⁵. Pour qu'il y ait toutefois une protection minimale du droit de propriété initial, il est nécessaire de reconnaître une action au profit de celui qui a été dépossédé de l'un de ses biens. Cette idée se retrouve bien sûr dans l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui n'est licite que si une juste et préalable indemnité est garantie au propriétaire exproprié¹³²⁶. Elle se retrouve également

¹³²⁴ Même si l'enrichissement injustifié n'implique aucun raisonnement causal, voir *infra* n° 521.

¹³²⁵ L'action en revendication n'a pas lieu d'être en cas d'enrichissement monétaire et, pour les enrichissements non monétaires, elle peut être facilement déjouée par la revente du bien par le défendeur. Le sous-acquéreur serait protégé par l'article 2276 du Code civil, mais il serait possible pour le demandeur d'agir contre le défendeur en restitution du prix de revente (représentant la valeur du bien), qui est lié au bien et qui représente un enrichissement qui aurait dû revenir au demandeur.

¹³²⁶ Art. 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée,

dans les dispositions relatives à l'accession qui prévoient toujours une indemnité pour le propriétaire de la chose qui a été associée à une autre et qui perd donc son bien. La perte involontaire du droit de propriété, par l'assimilation d'un bien à un autre, ne doit pas se réaliser au détriment du premier propriétaire et une indemnité¹³²⁷ doit donc lui être versée.

L'exclusivité du droit de propriété permet ainsi non seulement au propriétaire de déterminer de quelle manière il entend utiliser son bien, mais elle lui réserve également toutes les utilités économiques de son bien¹³²⁸. En principe, sauf autorisation du propriétaire, seul ce dernier est censé profiter de ces utilités, aussi si une autre personne en profite, l'enrichissement injustifié a un rôle à jouer. Elle permet au propriétaire de se retourner contre la personne s'étant approprié un enrichissement qui résulte du bien. Cela peut concerner aussi bien les hypothèses où une personne s'est appropriée le gain ou des hypothèses, en pratique de plus en plus nombreuses, où il existe une dissociation entre la propriété juridique et la propriété économique, la propriété étant juridiquement transférée à un tiers, mais la « propriété économique » est réservée à une autre personne¹³²⁹. Un exemple peut être trouvé dans la fiducie, où il existe juridiquement un transfert de propriété entre le constituant et le fiduciaire¹³³⁰, qui n'a pas vocation à bénéficier des utilités de la chose ou à la conserver indéfiniment. Même si ces cas sont assez variés, l'idée est toujours la même : réattribuer un gain à son légitime titulaire. La seule difficulté est que, si le droit de propriété initial peut justifier une protection du demandeur, le fait est qu'il ne peut plus fonder à lui seul le recours contre le défendeur, notamment parce que juridiquement il est possible qu'il y ait eu un transfert de propriété. L'action en revendication est donc inenvisageable. Aussi, l'enrichissement injustifié pourrait être un fondement utile en ces hypothèses et prendre le relai de l'action en revendication.

l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité », exigence qui est reproduite à l'art L.1 al. 2 du Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

¹³²⁷ Ce terme est ici employé dans un sens neutre, parce qu'il s'agit pour l'heure de la dénomination employée par la loi.

¹³²⁸ Sur cet aspect et plus généralement sur une conception plus économique de la propriété voir J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Thémis Droit, PUF, 2011, n°27-28.

¹³²⁹ Selon l'expression employée par M. GRIMALDI, « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC*, n°77, déc. 2010, n°5.

¹³³⁰ Sur cet aspect voir toutefois R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* n°15, 2007, p. 1094s., qui estime qu'il n'y a en réalité pas de transfert de propriété du constituant au fiduciaire.

399. Les insuffisances du droit positif – L’illustration de l’utilisation de l’image d’un bien appartenant à autrui. La loi envisage parfois une protection expresse et particulière lorsqu’un bénéfice est recueilli par une personne non autorisée, comme c’est le cas en matière de propriété intellectuelle¹³³¹. Toutefois même lorsque la loi envisage une protection, les dispositions ne sont pas toujours précises, notamment quant à l’évaluation de « l’indemnité ». Surtout, ces dispositions envisagent généralement cette sanction sous l’angle de la responsabilité civile, avec les inconvénients que cela peut présenter et le risque d’y mêler des considérations tenant au comportement des parties en présence¹³³². Par ailleurs, dans les hypothèses où la loi n’envisage pas de protection expresse, le seul recours utilisé est généralement le droit de propriété, mais le droit de propriété à lui seul ne permet pas forcément de délimiter les cas où il est possible d’agir¹³³³ et n’apporte pas d’autres précisions sur le régime de l’action.

Le cas le plus emblématique concerne l’utilisation de l’image du bien d’autrui qui a donné lieu à une évolution jurisprudentielle particulièrement critiquée¹³³⁴. La question est de savoir dans quel cas et de quelle manière il est possible de sanctionner l’utilisation de l’image d’un bien par une autre personne que le propriétaire et sans l’autorisation de ce dernier. Dans l’affaire « Café Gondrée », la Cour de cassation a rendu un arrêt favorisant la protection du droit de propriété, en estimant, au visa de l’article 544, que « le propriétaire a seul le droit d’exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit » et qu’ainsi « l’exploitant du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire ». Cette solution ayant été vivement critiquée, en particulier pour son côté absolu¹³³⁵, la Cour de cassation l’a renversée, en passant sans doute d’un excès à l’autre. En

¹³³¹ Par exemple, l’article L331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit, dans les dispositions générales relatives au droit d’auteur, qu’en cas d’atteinte à un droit d’auteur, les dommages et intérêts prennent en considération : « 3° Les bénéfices réalisés par l’auteur de l’atteinte aux droits ».

¹³³² Sur le fait que la responsabilité civile n’est sans doute pas le meilleur moyen de réattribuer un enrichissement, même obtenu illicitement, voir déjà sur le droit anglais *supra* n° 197s. et *infra* n° 531s., sur les liens entre responsabilité civile et enrichissement injustifié.

¹³³³ Si l’on se fonde seulement sur le droit de propriété, toutes les facettes du droit de propriété (*absus, usus* et *fructus*) risque d’être traitées d’une manière similaire, alors qu’il nous semble que l’utilisation de la chose d’autrui n’appelle pas nécessairement les mêmes sanctions que l’appropriation d’un bien ou d’une de ses excroissances.

¹³³⁴ Sur cette évolution voir H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.1, 13^e éd., Dalloz, 2015, n°70-71 à propos des arrêts « Café Gondrée » (Civ. 1^{re}, 10 mars 1999) et « Hôtel de Girancourt » (Ass. Plén., 7 mai 2004).

¹³³⁵ Même si par la suite, et avant l’arrêt du 7 mai 2004 « Hôtel de Girancourt », la Cour de cassation a pu faire la distinction entre « l’exploitation lucrative » de l’image du bien, par principe illicite, et « l’exploitation non lucrative », par principe licite (J.-P. GRIDEL, « Droit du propriétaire de s’opposer à la diffusion de son bien, action en justice des associations : un arrêt doublement instructif », *D.2001.1973s.*).

effet, dans l'affaire « Hôtel de Girancourt », où l'image de l'immeuble avait été reprise dans un dépliant publicitaire, la Cour de cassation a, cette fois-ci, estimé que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal ». Cependant, si la solution de l'arrêt « Café Gondrée » pouvait être critiquée en ce qu'elle risquait de porter une atteinte potentiellement excessive à la propriété intellectuelle¹³³⁶, la solution « Hôtel de Girancourt » réduit, elle, à la portion congrue la protection accordée au propriétaire.

400. La possible utilisation de l'enrichissement injustifié. Pour mieux appréhender la condition d'exclusivité dans l'enrichissement injustifié, et démontrer par la même occasion les bénéfices de cette source d'obligation, il est possible de partir des affaires « Café Gondrée » et « Hôtel de Girancourt ». L'enrichissement injustifié pourrait apporter une solution plus mesurée, dans le cas de l'utilisation de l'image d'un bien, car elle n'empêcherait pas toute utilisation de l'image – un simple touriste prenant en photographie le bien d'un autre ne risquerait rien – tout en reconnaissant une protection du propriétaire contre l'utilisation à des fins commerciales de son bien. En effet, puisque le propriétaire du bien supporte les charges afférentes à son bien, il devrait également profiter des bénéfices que ce bien est susceptible d'apporter, notamment en raison de sa réputation et de son image¹³³⁷. Seulement, cette protection n'est justifiée que lorsqu'un tiers s'approprié un élément issu du bien, qui prive le propriétaire d'un gain qui lui revient légitimement. À partir de ces arrêts, il est d'ailleurs possible d'affiner la notion d'exclusivité. Contrairement à ce qu'a pu affirmer la Cour de cassation dans l'arrêt « Hôtel de Girancourt », il est difficile de prétendre que le propriétaire d'un bien n'a aucun droit sur l'image de celui-ci et sur les gains qui pourraient en résulter, en particulier lorsque le bien est parfaitement reconnaissable et qu'il constitue l'objet même de la reproduction, comme pour des cartes postales ou des dépliants publicitaires. En ce cas, le bénéfice retiré résulte bien du « potentiel » du bien et constitue une utilité économique qui devrait en principe revenir au propriétaire. Mais la solution pourrait être plus nuancée si la valeur de l'image ne tient pas seulement à l'image du bien, mais également à une mise en scène particulière ou à des ajouts

¹³³⁶ Sur cette critique voir H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts*, T. 1, *op. cit.*, spéc. p.434, l'idée étant que cette solution, interprétée largement, risquait d'ouvrir une action à n'importe quelle personne utilisant ou s'inspirant d'un bien pour créer une œuvre, la Cour de cassation n'exigeant même pas (du moins à la lettre de l'arrêt) que le bien soit parfaitement reconnaissable.

¹³³⁷ En ce sens, voir H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 434.

du défendeur. Dans ce cas, tous les gains ne seraient pas nécessairement reliés au bien et ils ne reviendraient pas intégralement au propriétaire du bien, l'exclusivité ne portant que sur le potentiel du bien et non sur ce qui peut relever d'éléments extérieurs. Toute restitution doit être exclue si le bien n'est pas reconnaissable ou qu'il ne constitue qu'un élément anecdotique, qui ne fait pas la valeur de l'image. Cela permet d'apporter des solutions équilibrées et de préserver tant les droits du propriétaire, lorsque les gains peuvent être réellement reliés à son bien, que ceux de celui qui a utilisé l'image si, par ailleurs, il a ajouté des éléments qui apportent une plus-value à l'image¹³³⁸. Le critère de l'exclusivité permet ainsi de limiter les restitutions uniquement à ce qui résulte de la valeur du bien dont l'image est utilisée. Il faut toutefois ajouter qu'il est possible de faire obstacle à toutes restitutions si le défendeur a obtenu l'accord du propriétaire et que celui-ci a renoncé à tous droits sur l'utilisation de l'image de son bien.

401. L'objet et les limites de l'exclusivité. Le demandeur ne peut avoir d'exclusivité sur l'enrichissement que si celui-ci résulte du bien en lui-même, ou du potentiel économique de ce bien. Dans ce dernier cas, cela signifie que l'enrichissement ne porte pas ou ne se limite pas au bien en lui-même (transfert d'une somme d'argent, ou d'un bien en nature), mais à une plus-value qui se rattache au bien. Cette plus-value ne relève de la sphère d'exclusivité du demandeur que si elle peut être de manière certaine rattachée au bien, c'est-à-dire qu'il n'aurait pu retirer le même profit sans le bien. Ainsi, si l'on comprend que l'utilisation lucrative d'une invention brevetée, sans l'autorisation de l'inventeur, ou la commercialisation de l'image d'un bien puissent donner lieu à restitution des profits ainsi réalisés, il n'en va pas de même dans l'hypothèse où le défendeur réinvestit une somme d'argent indument reçu du demandeur. Si quelqu'un reçoit par erreur 1.000 € et que le réinvestissement de cette somme lui procure un résultat final de 10.000 €, le demandeur peut obtenir la restitution des 1.000 €, ainsi que d'éventuels intérêts produits par cette somme, mais il ne saurait prétendre à la restitution des 10.000 €. En effet, cette plus-value ne résulte pas du potentiel économique de la somme initiale et le défendeur aurait pu réaliser le même gain s'il avait reçu la somme d'une autre personne ou s'il avait pu utiliser des fonds propres. La plus-value tient uniquement à l'intuition ou à la bonne affaire du défendeur et non au potentiel de la somme de départ, qui ne présente aucune particularité. En revanche, dans les deux autres exemples, l'enrichissement tient d'abord au bien, même si le défendeur

¹³³⁸ L'une des critiques de l'arrêt *Gondrée* portait justement sur le fait que cette solution risquait de porter atteinte à l'édifice de la propriété littéraire et artistique (*GAJC* n°9).

a commercialisé l'invention à la place du demandeur ou qu'il a pris une photographie du bien du demandeur qu'il a par la suite diffusée. Il y a donc au moins une partie de cet enrichissement, si ce n'est l'intégralité, qui tient au potentiel d'un bien appartenant au demandeur et le défendeur n'aurait pu obtenir le même profit sans ce bien¹³³⁹. En ce cas le profit résulte bien, au moins en partie, d'une utilité économique de la chose et devrait donc revenir, dans cette mesure, au propriétaire qui a, par principe, un droit exclusif sur ces utilités.

402. Une extension possible : un élément lié à la personne. Au-delà du droit de propriété, il est possible d'étendre ce raisonnement à toutes les hypothèses où un enrichissement est retiré d'un élément qui « appartient » en principe à un autre. Sans qu'il soit nécessaire de reconnaître un droit de propriété sur certains éléments de la personnalité, il est possible de reconnaître une exclusivité sur tous les gains qui seraient liés à un attribut de la personnalité du demandeur, notamment à son image ou à son nom. Cependant, la difficulté qui se présente sera plutôt d'ordre pratique. Il faudra déterminer au cas par cas, par exemple pour la commercialisation de l'image ou de l'utilisation du nom, dans quelle mesure le gain réalisé par le défendeur provient de l'utilisation du nom ou de l'image, et donc dans quelle mesure il viole la sphère d'exclusivité du demandeur. Cela permet de comprendre pourquoi le droit allemand dans ces hypothèses tient compte de la célébrité de la personne, car il est possible d'affirmer que le gain réalisé par la commercialisation d'une photographie tient à cette personne. Au contraire, dans le cas d'une publication de l'image d'une personne inconnue, il est vraisemblable que le gain ne tient pas au potentiel de cette personne, mais à la mise en scène, éventuellement au nom du photographe... en somme à des éléments extérieurs au demandeur, sur lesquels il ne peut prétendre à aucune exclusivité. Il en va de même pour le nom. Il ne serait pas possible, par exemple, pour une personne d'agir contre un constructeur automobile du simple fait qu'un modèle porte son nom ou son prénom, les gains réalisés par le constructeur ne pouvant d'aucune manière être reliés à ce demandeur en particulier¹³⁴⁰. Comme pour les biens, il est nécessaire que le nom ou l'image présente un potentiel économique pour que le demandeur puisse prétendre avoir une exclusivité sur tout ou partie des gains réalisés. Certains indices factuels pourront ainsi être retenus pour

¹³³⁹Dans le cas de l'utilisation de l'image d'un bien, il est évident que la valeur de cette image ne serait pas la même selon que le bien présente une valeur historique, architecturale... ou qu'il s'agisse d'un bien sans caractéristique particulière et produit en série.

¹³⁴⁰ Les fameuses voitures Zoé ou Mégane, ne sauraient ainsi donner un droit sur les bénéfices réalisés par le constructeur à toutes les personnes portant ces prénoms.

établir ce lien. Dans le cas de l'utilisation de l'image d'autrui, si cette image est publiée dans un journal, *a fortiori* en une du journal, il est possible de comparer le nombre de tirages de ce numéro par rapport à la moyenne¹³⁴¹. S'il est bien supérieur, cela peut constituer un indice de la plus-value apportée par l'image. En ce cas, un moyen possible pour calculer les restitutions dues consiste à faire la différence entre les gains réalisés par la vente de ce numéro avec les gains réalisés en moyenne par les autres numéros.

403. L'exclusion d'un simple droit relatif. Pour que le demandeur puisse prétendre à l'exclusivité sur un gain, encore faut-il qu'il dispose d'un droit absolu, ou au moins que le droit lui offre une priorité par rapport à toute autre personne. Aussi, l'enrichissement injustifié ne devrait pas s'appliquer lorsque le demandeur dispose d'un simple droit relatif sur le gain, notamment via un contrat passé avec le défendeur. Le contrat ne créé, par principe, qu'un droit relatif au bénéfice de chaque partie. Dans l'hypothèse où l'une des parties tire un profit de l'inexécution de son obligation, par principe, l'enrichissement injustifié ne devrait pas s'appliquer. Le non respect d'une obligation de non-concurrence en est un exemple. Les profits résultant de l'inexécution de cette obligation ne sauraient être restitués au créancier sur le terrain de l'enrichissement injustifié. La simple existence d'une clause de non-concurrence n'implique pas que tous les bénéfices réalisés par celui qui s'est obligé doivent revenir au bénéficiaire de la clause. Le contractant s'est simplement engagé à ne pas concurrencer son cocontractant. Il existe cependant des cas pouvant donner lieu à débats, lorsque le contrat a conféré un droit exclusif à l'une des parties, notamment parce que le contrat a un effet translatif de propriété.

404. Une illustration : la vente de la chose d'autrui. Par exemple, si A cède à B un bien, par un transfert non vicié, et qu'A cède à nouveau le même bien à C, est-ce que B pourrait agir sur le terrain de l'enrichissement injustifié contre A, notamment pour obtenir la restitution du prix de la seconde vente, au motif qu'il avait, en vertu du premier transfert, un droit exclusif sur le bien ? Le prix de vente aurait en effet dû revenir au propriétaire, qui était, pour un temps au moins, B¹³⁴². Ce dernier a perdu le bien involontairement et s'il ne

¹³⁴¹ Il ne s'agit bien sûr que d'un indice, la simple hausse du tirage n'étant pas nécessairement due à la personne photographiée.

¹³⁴² Et ce en vertu de l'article 1196 du Code civil qui prévoit, sauf stipulation contraire, que : « Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat ».

peut le récupérer face à un tiers de bonne foi (C)¹³⁴³, il est possible qu'il se retourne contre celui qui s'est, en premier approprié la chose (A) pour en tirer un profit (prix de la seconde vente). Il faut toutefois noter qu'en ce cas, le droit exclusif vient du fait que B a, pendant un temps, acquis un droit de propriété sur le bien, qu'il a ensuite perdu au profit d'un tiers. Bien sûr, B pourrait également se tourner vers les garanties accordées par le droit de la vente, en particulier la garantie d'éviction¹³⁴⁴. Le mode de calcul de cette garantie ne sera cependant pas toujours à l'avantage de B, puisque d'une part il est tenu compte de la valeur du bien au jour de l'éviction et la restitution des fruits n'est possible que si B doit lui-même les rendre au propriétaire qui l'évince (article 1630, 2^o)¹³⁴⁵. Or, dans la plupart des cas, la seconde vente sera motivée par le fait que le second acquéreur aura proposé un prix supérieur au premier. Comme le vendeur a vendu un bien qui ne lui appartient plus, le produit de la vente aurait dû revenir à celui qui a acquis le bien en premier, B, même s'il perd ensuite ce droit au profit de C. Quand bien même le second prix de vente est supérieur à la valeur du bien, le propriétaire évincé a un droit exclusif sur les excroissances de son bien, dont le produit de la vente. L'enrichissement injustifié vient ici sanctionner le fait que le vendeur non propriétaire (A) s'est attribué un enrichissement (le prix) que seul le propriétaire (B) aurait dû percevoir.

405. Un contre exemple : la violation d'une promesse unilatérale. En revanche, lorsque le contrat n'a pas eu pour effet de transférer la propriété au profit du demandeur, ce dernier ne peut faire appel à l'enrichissement injustifié. Ainsi, la solution serait différente en cas de promesse unilatérale de vente consentie au bénéfice du demandeur. Si le promettant, en dépit de la promesse, choisit de vendre le bien à un tiers pour un meilleur prix, le bénéficiaire de la promesse ne pourrait agir contre le promettant, car le droit d'option ne lui confère qu'un droit relatif contre le promettant et non un droit exclusif sur la chose. Cette solution est justifiée par la spécificité de la promesse unilatérale de vente. Au jour de la promesse, les parties ne sont pas accordées sur la vente du bien, le promettant s'engageant seulement à vendre si le bénéficiaire lève l'option dans le délai imparti. Le bénéficiaire n'a pas entendu

¹³⁴³ Il est possible de se demander pourquoi B n'aurait pas une action en enrichissement injustifié contre C, c'est-à-dire sur la valeur du bien. Si cette solution doit être cependant refusée, cela tient au fait qu'il s'agit ici d'un enrichissement indirect, C ne s'étant pas directement approprié le bien au détriment de B, mais ayant obtenu le bien en contractant personnellement avec A, il y a bien eu double transfert.

¹³⁴⁴ Il serait évidemment possible d'envisager une action en revendication contre C, mais si C est de bonne foi et se trouve en possession de la chose, cette action sera bien souvent paralysée (voir A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., Domat, L.G.D.J., 2015, n°28).

¹³⁴⁵ *Ibid.* n°227.

devenir (immédiatement) propriétaire du bien, il ne peut donc prétendre avoir un droit exclusif sur le bien, qu'il ne considère pas comme le sien. Admettre la solution inverse reviendrait à nier la spécificité de la promesse unilatérale de vente par rapport à la vente¹³⁴⁶.

II) L'exigence d'un transfert involontaire

406. Une conséquence du principe de libre disposition. Pour que l'enrichissement devienne pleinement injustifié, la violation du droit exclusif doit s'être réalisée contre la volonté du demandeur. En effet, dès lors que le demandeur a consenti au transfert, il a renoncé à l'exclusivité qu'il avait sur le gain et il ne peut donc demander à en obtenir restitution. Ainsi, il faut que cet enrichissement se réalise à son détriment soit parce qu'il n'a pas eu conscience du transfert, soit parce que ce transfert ne respecte pas la volonté du demandeur. Cette solution résulte simplement du principe de libre disposition des biens, ainsi que de l'exigence de la sécurité des transactions. L'enrichissement injustifié ne peut s'appliquer que dans la mesure où le principe de libre disposition n'a pas été respecté, parce que la volonté du demandeur n'a en réalité pas été respectée. Ce qui peut se traduire de deux manières différentes : soit le transfert n'a jamais été souhaité par le demandeur, car sa volonté est initialement viciée voire absente, soit le transfert s'est réalisé sous une condition qui n'a finalement pas été réalisée et qui rend le transfert vicié. Il convient alors de faire une distinction selon que le transfert est dès l'origine vicié (A) ou selon que le transfert ne respecte finalement pas les conditions souhaitées par le demandeur (B).

A) Un transfert initialement vicié

407. Le lien avec les vices du consentement. Lorsque le transfert est initialement vicié, il existe moins de difficulté. À partir du moment où le demandeur n'a jamais réellement consenti au transfert de l'enrichissement, le besoin de protection est plus pressant, sauf à réduire à néant la protection que le droit entend conférer au titulaire d'un droit exclusif. Il serait en effet inutile de conférer une exclusivité au demandeur, si la simple dépossession de l'enrichissement ou le fait qu'un tiers ait perçu l'enrichissement à sa place suffisaient à

¹³⁴⁶ Il ne servirait à rien d'admettre par principe l'existence d'une promesse unilatérale de vente, si on lui applique ensuite le même régime qu'une vente. Il est possible de reprendre l'argument du professeur Libchaber, certes à propos de promesses unilatérales croisées, mais qu'il est possible de transposer ici à la promesse unilatérale : les parties n'ont pas entendu vendre au jour de la promesse et la vente n'a qu'un caractère incertain (Cass. com, 22 nov. 2005, note R. LIBCHABER, *Defrénois*, n°7, 2006, p.605s.).

le priver de toute protection. Cette idée est très certainement à l'origine de la répétition de l'indu, la simple erreur du *solvens* ne le privant pas d'un droit sur le gain transféré à l'*accipiens*. En revanche, il est possible de s'interroger sur les vices susceptibles de remettre en cause le transfert : faut-il les limiter aux vices du consentement du droit des contrats ou prévoir des causes spécifiques à l'enrichissement injustifié ? Le droit anglais, par exemple, ne se limite pas aux vices du consentement, et ce en particulier parce qu'ils sont entendus de manière plus restrictive, notamment s'agissant du *mistake* qui est conçu plus strictement en droit des contrats qu'en droit de l'*unjust enrichment*¹³⁴⁷. De même, en droit français, s'agissant de la répétition de l'indu, la condition d'erreur, traditionnellement exigée, n'était pas entendue de la même manière que l'erreur vice de consentement. Il n'était besoin ni de caractériser une erreur commune ni une erreur excusable. En réalité, il nous semble qu'il faut distinguer selon que le transfert a été réalisé en exécution d'un contrat, ou sans le support d'un acte juridique, comme dans les cas classiques de répétition de l'indu.

408. En présence d'un contrat. Est-il possible d'avoir une approche différente du caractère volontaire ou non volontaire du transfert entre l'enrichissement injustifié et le droit des contrats, à l'instar du droit anglais, ou faut-il adopter une approche unitaire ? L'approche anglaise, qui n'hésite pas à retenir deux définitions différentes d'un même terme selon la source d'obligation invoquée, s'avère ici intransposable et inopportune. Le fait qu'une même notion puisse avoir un sens différent selon le contexte ne pose pas de difficulté particulière en droit anglais, où le droit des obligations n'est pas vu de manière unitaire¹³⁴⁸. Afin de préserver la cohérence d'ensemble du droit des obligations et d'éviter des interférences inopportunes entre l'enrichissement injustifié et le droit des contrats, la manière d'analyser le caractère volontaire ou non d'un transfert devrait être appréhendé, en droit français, de manière similaire. En conséquence, il convient d'adopter une position médiane du caractère non volontaire, comme en droit des contrats, ce qui signifie notamment que le caractère non volontaire du transfert ne peut être fondé sur un simple aspect « psychologique » du demandeur. Aussi, le simple fait que le demandeur se soit trompé sur la valeur de son bien, qu'il a par exemple vendu pour un prix inférieur à sa valeur

¹³⁴⁷ Voir *supra* n° 107s.

¹³⁴⁸ Il n'existe ainsi pas de régime général des obligations et même les ouvrages qui traitent du *law of obligations* abordent en réalité de manière séparée les sources (voir notamment A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, *op. cit.*). Cela ne signifie évidemment pas qu'aucun lien n'est fait entre les différentes sources d'obligations, l'*unjust enrichment* et le droit des contrats en constituent d'ailleurs un bel exemple, voir *supra* n° 173s.

réelle, ne l'autorise pas à invoquer une erreur lui permettant d'obtenir des restitutions sur le fondement de l'enrichissement injustifié. La lésion n'étant pas, par principe, une cause de nullité en droit des contrats, il n'est pas possible de recourir à l'enrichissement injustifié pour contourner cet obstacle. De manière générale, ce rapprochement entre l'enrichissement injustifié et le droit des contrats peut s'expliquer par le fait que si un contrat est le support du transfert, ce transfert devrait être présumé volontaire. Tant que la validité du contrat n'a pas été remise en cause, par principe, il ne doit pas être possible pour le demandeur d'invoquer un autre fait, qui ne correspond pas à une cause d'anéantissement du contrat, pour renverser cette présomption de caractère volontaire. Cette solution est au demeurant conforme aux principes de libre disposition des biens et de sécurité des transactions. Le contrat étant l'un des principaux vecteurs de circulation et de disposition des biens, le transfert ne deviendrait vicié que s'il est possible de remettre en cause le contrat. Dans le cas contraire, le droit n'accorde pas de protection au demandeur, qui est supposé avoir renoncé à son droit et donc à l'exclusivité qu'il avait sur l'enrichissement.

409. La charge de la preuve de l'intention libérale. Lorsqu'aucun contrat ne fonde le transfert, celui-ci n'est pas pour autant suspect, mais il est sans doute plus fragile, sauf à établir une intention libérale de la part du demandeur. La principale difficulté en ce cas tient à la charge de la preuve. L'intention libérale doit-elle être présumée ou le défendeur doit-il établir son existence pour faire obstacle à toute restitution ? En principe l'intention libérale ne se présume pas¹³⁴⁹, de sorte que la preuve de l'intention libérale devrait peser sur le défendeur. Néanmoins, l'état du droit positif, à propos de l'action d'enrichissement injustifié¹³⁵⁰ et surtout de la répétition de l'indu¹³⁵¹, montre que la question est sans doute un peu plus complexe. En l'état du droit positif, cette question est relativement difficile à résoudre, comme le montre le cas de la répétition de l'indu où l'ancienne exigence d'une erreur, pour l'indu objectif, s'expliquait précisément par l'idée que si le transfert n'était pas erroné, seule l'intention libérale pouvait l'expliquer¹³⁵². Cette incertitude tient au fait que la notion d'indu, et plus largement la notion d'absence de justification, est finalement encore assez mal perçue en droit français et regroupe différents éléments. Néanmoins, si nous

¹³⁴⁹ I. NAJJAR, « Donation », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2008, n°33.

¹³⁵⁰ L'article 1303-1 du Code civil laisse entendre qu'il appartiendrait à l'appauvri d'établir non seulement l'absence d'obligation mais également l'absence d'intention libérale.

¹³⁵¹ Certains auteurs estiment ainsi que le *solvens* doit établir l'absence d'intention libérale, voir notamment M. DOUCHY-LOUDOT, art. préc., n°26.

¹³⁵² Y. STRICKLER, art. préc., n°38.

adoptons un système qui met davantage l'accent sur le caractère involontaire du transfert, le principe doit être qu'il appartient au demandeur d'établir qu'il n'a pas agi par intention libérale. Bien entendu, cette preuve sera facile à apporter dans certaines circonstances, soit parce que l'intention libérale est hautement improbable en raison de la qualité du demandeur, par exemple un professionnel¹³⁵³ ; soit parce que l'enrichissement s'est réalisé à l'insu du demandeur, qui n'a donc pas pu consentir au transfert.

B) Le non respect des conditions du transfert

410. Le contexte. À côté des cas où la volonté de transférer l'enrichissement est absente ou totalement viciée dès l'origine¹³⁵⁴, l'enrichissement est également injustifié lorsque le transfert ne respecte pas les conditions voulues par le demandeur. En pratique, cela concerne surtout les restitutions consécutives à la résolution du contrat. Le demandeur a consciemment transféré l'enrichissement, mais ce transfert est conditionné à une contreprestation du défendeur. Lorsque cette contreprestation n'a pas été fournie, le transfert du demandeur n'a plus de raison d'être et il doit être autorisé à obtenir la restitution de l'enrichissement. Cette hypothèse peut cependant être plus dangereuse que celle où la volonté du demandeur est absente ou viciée dès l'origine, car un contrat a été valablement conclu et l'on peut craindre que l'enrichissement injustifié ne soit utilisé pour écarter des clauses du contrat¹³⁵⁵. Le cas de la résolution du contrat peut également sembler plus éloigné de ceux où la volonté a été viciée à l'origine, soit un cas où le contrat peut être annulé. Au moment du transfert, la volonté du demandeur n'est pas affectée et il transfère ainsi en parfaite conscience l'enrichissement (somme d'argent ou bien en nature) au défendeur, qui est son cocontractant. De fait, les principes de droit européen consacrés à l'enrichissement injustifié laissent hors du champ de l'enrichissement injustifié les cas où le contrat justifiant le transfert a été valablement formé, mais anéanti sans rétroactivité¹³⁵⁶. Si cette solution est traditionnellement préférée en France, il est possible pourtant de déceler des points communs entre les cas de transferts initialement viciés et ceux où le transfert ne respecte

¹³⁵³ Le cas le plus évident étant celui du banquier, qui a exécuté un mauvais virement. Dans cette hypothèse il serait même plus probable de poser une présomption d'absence d'intention libérale !

¹³⁵⁴ Ce qui est le cas lorsque le transfert de l'enrichissement s'est réalisé à l'insu du demandeur ou lorsque le transfert est vicié dès l'origine, notamment par un vice du consentement (erreur, dol ou violence).

¹³⁵⁵ Voir par exemple cet arrêt, déjà mentionné, qui casse un arrêt d'appel où les juges du fond avaient utilisé l'ancienne action d'enrichissement sans cause pour écarter l'application d'une clause limitative de responsabilité (Civ. 21 mars 1933, déc. préc.), voir *supra* n° 384, note 1275.

¹³⁵⁶ C. VON BAR, S. SWANN (dir.), *op. cit.*, n°2, p.91.

pas l'une des conditions voulues. Par ailleurs, le droit anglais montre que la crainte d'une modification des risques du contrat peut être évitée et que l'application de l'enrichissement injustifié, à condition que cette source soit bien encadrée, ne présente pas plus de risques que l'application d'autres sources d'obligations. Les relations entre le droit des contrats et l'enrichissement injustifié seront étudiées plus en détails¹³⁵⁷, mais il convient ici d'expliquer pourquoi l'enrichissement injustifié pourrait s'appliquer à un cas où le transfert ne respecte pas les conditions voulues par le demandeur.

411. Une logique similaire. Même si le transfert n'est pas affecté par un vice à l'origine du transfert (comme un cas de violence ou d'erreur), le cas où le transfert ne respecte pas les conditions fixées (par exemple parce que le demandeur n'a pas obtenu la contrepartie prévue) répond à une logique similaire. C'est en effet parce qu'il n'existe pas de différences substantielles entre ces deux hypothèses qu'elles peuvent toutes deux être traitées par un même corps de règles¹³⁵⁸. Certes, par principe, l'existence d'un contrat fait présumer un transfert volontaire et exclut donc, de ce fait, l'application de l'enrichissement injustifié. Néanmoins, la résolution du contrat remet non seulement en cause l'existence du contrat, même s'il n'est pas toujours question d'un anéantissement rétroactif¹³⁵⁹, mais surtout les causes de résolution du contrat révèlent que le transfert ne s'est finalement pas réalisé selon les conditions prévues par le contrat. Il est possible de reprendre ici les analyses de certains auteurs anglais qui estiment qu'en cas de contrat le transfert est « conditionné », sauf clause contraire, à certaines conditions et notamment à l'exécution de la contreprestation¹³⁶⁰. Il nous semble d'ailleurs que cette idée n'est pas totalement étrangère au droit français. Elle pouvait se retrouver dans l'ancien article 1184 du Code qui prévoyait qu'une condition résolutoire était nécessairement sous-entendue dans les contrats synallagmatiques¹³⁶¹.

¹³⁵⁷ Voir *infra* n° 483.

¹³⁵⁸ Du moins du point de vue de l'enrichissement injustifié.

¹³⁵⁹ Sur cette question voir T. GENICON, th. préc., n°874s. qui estime que la résolution n'entraîne pas nécessairement un anéantissement rétroactif, en particulier pour ce que l'auteur appelle les « contrats à utilité continue ».

¹³⁶⁰ Voir tout particulièrement T. BALOCH, *op. cit.*, p. 141s., cette solution est reprise dans le *Restatement* à l'article 15(5) : « Where a contract has been terminated, failure of consideration may render the enrichment unjust even though the benefit was owed to the defendant by the claimant under a contractual obligation that remains valid because termination invalidates obligations prospectively and not retrospectively » (A. BURROWS (dir.), *A Restatement, op. cit.*, p.86). Il faut noter que même si les juges n'ont pas toujours recours à l'explication de la condition, cette solution est de droit positif, le *failure of consideration* étant en pratique souvent utilisé en cas de résolution pour inexécution (voir *supra* n° 116s.).

¹³⁶¹ Même si l'utilisation de l'expression « condition » n'était pas nécessairement entendue dans un sens strictement équivalent à la condition comme modalité de l'obligation, pour une synthèse des critiques formulées à l'encontre de l'ancien article 1184 du Code civil, voir T. GENICON, th. préc., n°93s.

Aussi, les restitutions seraient moins justifiées par la simple idée que le contrat a été anéanti, que par le fait que le transfert ne s'est pas réalisé selon les conditions, fixées par la volonté du demandeur.

Cette affirmation n'est pas neutre et ne constitue pas qu'un simple changement de formule. Elle emporte au moins deux conséquences. La première est que le simple fait qu'un contrat soit résolu n'entraînera pas nécessairement des restitutions. Il faudra vérifier que la volonté des parties n'a pas été respectée. En pratique il faudra surtout vérifier qu'il n'existe pas de clause attribuant définitivement les gains au défendeur, le demandeur ayant accepté les risques pesant sur le transfert. La seconde permet d'expliquer pourquoi, par principe, il n'est pas possible pour le demandeur d'obtenir des restitutions de la part d'un tiers, qui aurait conclu un autre contrat avec le défendeur – soit une hypothèse d'enrichissement indirect. En effet, dans l'hypothèse où le défendeur aurait, en raison de l'exécution d'un contrat, transféré le gain à un tiers, ce transfert aura bien été volontaire et sera donc pleinement justifié par l'existence du second contrat¹³⁶². Comme dans l'hypothèse d'un transfert initialement vicié, ce qui justifie avant tout l'octroi de restitutions tient au fait que le transfert n'est pas conforme à la volonté du demandeur et ne respecte donc pas pleinement le principe de libre disposition.

Section III : Les conséquences sur l'obligation de restitution

412. Le choix des restitutions. La spécificité de l'enrichissement injustifié tient à ce que cette source d'obligation se concentre sur l'enrichissement du défendeur et non sur la perte du demandeur. Il faut donc trouver un mécanisme spécifique pour sanctionner l'enrichissement injustifié. Ce mécanisme doit se placer du côté du défendeur et non de celui du demandeur, ce qui implique que les dommages et intérêts ne peuvent être utilisés pour corriger un enrichissement injustifié¹³⁶³. Le seul mécanisme qui peut être mobilisé est celui des restitutions, puisque les restitutions se concentrent sur ce qu'a reçu le défendeur. Il faut toutefois souligner que le terme de restitutions demeure obscur, notamment parce

¹³⁶² Une autre raison permet également de justifier le refus de principe d'accorder des restitutions en cas d'enrichissement indirect, le demandeur dispose déjà d'un recours contre le défendeur (celui qui a reçu en premier l'enrichissement). Ainsi lui accorder un recours contre le tiers revient à contourner le principe selon lequel le créancier supporte le risque d'insolvabilité de son débiteur.

¹³⁶³ Les dommages et intérêts impliquent, en tout cas en droit français, de se concentrer sur l'état du patrimoine du demandeur (perte subie et gain manqué) et non sur ce qu'a reçu le défendeur.

que le fondement des restitutions reste encore incertain. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié peut ici apporter des réponses et devenir si ce n'est le seul, du moins, le principal fondement des restitutions. Aussi, après avoir apporté des éclaircissements sur la notion de restitution (I), il faut détailler la manière dont elles sont évaluées (II) ainsi que les éventuels événements susceptibles de leur faire obstacle (III).

I) La notion de restitution

413. Une notion indissociable de l'enrichissement injustifié. À l'heure actuelle, il n'existe pas de définition unitaire des restitutions¹³⁶⁴. Malgré le nouveau chapitre du Code civil consacré aux restitutions, la loi n'apporte pas plus de précisions sur ce qu'il convient d'entendre par restitution. Ce terme renvoie souvent à l'idée de retour d'un bien du défendeur au demandeur et certains auteurs peuvent rattacher ce mécanisme à l'idée d'enrichissement injustifié¹³⁶⁵. Ce lien se retrouve d'ailleurs dans d'autres systèmes juridiques où le rattachement des restitutions à l'enrichissement injustifié est systématiquement discuté et bien souvent retenu¹³⁶⁶. Le fait que les anciennes dispositions de la répétition de l'indu, seul quasi-contrat qui se rattache véritablement à l'idée d'enrichissement injustifié, aient inspiré les nouvelles dispositions relatives aux restitutions en est d'ailleurs une belle illustration. Seulement, puisqu'il n'existe pas en droit positif de conception claire de l'enrichissement injustifié, le rattachement des restitutions à ce concept ne permet pas véritablement de cerner la notion de restitution. En revanche, la reconstruction de l'enrichissement injustifié apporte un nouvel éclairage sur cette notion. Grâce à cette nouvelle approche, il est donc possible d'affiner la définition des restitutions (A), de les distinguer de certaines notions voisines telles que la réparation et le dégorcement

¹³⁶⁴ Le vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant recense pas moins de cinq entrées pour le terme restitution, sans qu'il soit possible de trouver une définition globale recouvrant toutes les hypothèses, notamment entre les hypothèses où les restitutions constituent l'exécution normale d'un contrat comme le dépôt ou le prêt, et les hypothèses où il s'agit d'effacer les conséquences de l'anéantissement d'un contrat ou de rendre au propriétaire la chose dont il a été privé (G. CORNU, *op. cit.*, V° *Restitution*).

¹³⁶⁵ Cette idée est perceptible dans la thèse de Mme Guelfucci-Thibierge, qui donne un fondement quasi-contractuel aux restitutions consécutives à la nullité (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, th. préc., n°658). Cela ne serait pas en soi suffisant pour rattacher à l'enrichissement injustifié, mais l'auteur semble par ailleurs admettre que tout quasi-contrat repose sur l'idée d'enrichissement injustifié : « Il suffirait alors qu'un fait juridique volontaire risque de produire un enrichissement injustifié d'une personne aux dépens d'une autre pour qu'il puisse devenir source d'obligation » (*Ibid.*, n°658.II).

¹³⁶⁶ C'est bien sûr le cas du droit anglais pour les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat (voir *supra* n° 117), et également du droit allemand, au moins s'agissant des restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif d'un contrat (voir R. ZIMMERMANN, « Restitution after Termination for Breach of Contract : German Law after the Reform of 2002 », in A. BURROWS, L. RODGER (ed.), *op. cit.*, p. 323s., spéc.p.326).

des profits (B) et d'en tirer toutes les conséquences sur ce qui est, à tort, qualifié de « restitution d'un service ou de la valeur de jouissance » (C).

A) Un affinement de la définition

414. Un terme polysémique. La notion de restitution est tout aussi difficile à cerner que la notion d'enrichissement injustifié en droit positif, ce qui n'est à vrai dire guère étonnant au regard des liens très étroits qui unissent ces deux notions. La conséquence est que le terme de restitution ne revêt pas toujours la même signification, et ce alors que les auteurs explicitent rarement la signification qu'ils donnent à ce terme. Les restitutions peuvent aussi bien désigner la remise matérielle d'une chose que le paiement d'une obligation contractuelle (par exemple d'un contrat de prêt ou d'un contrat de dépôt¹³⁶⁷), ou encore les conséquences de l'anéantissement d'un acte¹³⁶⁸. Finalement, le seul point commun des restitutions serait d'effacer les conséquences d'un acte en revenant à la situation antérieure. Cette présentation présente, au moins, deux limites. La première est qu'elle ne rend en réalité qu'imparfaitement compte des situations qu'elle est censée couvrir. Tout particulièrement, s'agissant du contrat de prêt, où il est souvent moins question pour le prêteur de revenir à la situation antérieure que d'obtenir une rémunération pour le service accordé, ce qui justifie que le contrat prévoie un taux d'intérêt plus élevé ou des modalités particulières s'agissant du remboursement¹³⁶⁹. Par ailleurs, même s'il est simplement tenu compte des restitutions qui ne consistent pas en l'exécution d'une obligation contractuelle¹³⁷⁰, il paraît difficile de prévoir un régime unique pour l'ensemble des cas actuellement qualifiés de restitutions¹³⁷¹. La seconde limite tient au fait qu'une telle présentation ne permet pas de discerner les restitutions de la réparation¹³⁷². Cette distinction

¹³⁶⁷ Le Code civil emploie d'ailleurs le terme de restitution à plusieurs reprises, notamment à l'article 1900 pour le contrat de prêt (« s'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances ») ou l'article 1933 pour le dépôt (« le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve au moment de la restitution »).

¹³⁶⁸ V° *Restitution*, in G. CORNU (dir.), *op. cit.*

¹³⁶⁹ Le remboursement est ainsi souvent échelonné dans le temps.

¹³⁷⁰ Ce qui semble d'ailleurs être le champ d'application du nouveau chapitre consacré aux restitutions (articles 1352 et suivants).

¹³⁷¹ Sur cet aspect voir *supra* n° 273.

¹³⁷² Mme Malaurie estime ainsi qu'il n'est pas possible de discerner les restitutions de la réparation par leur effet, mais elle ajoute que ces deux mécanismes se distinguent par leur cause, la réparation faisant suite à la survenance d'un dommage tandis que les restitutions sont consécutives à un enrichissement (M. Malaurie, th. préc., p.41-42). Toutefois, cela supposerait précisément que la notion d'enrichissement soit définie et qu'elle ne recoupe pas celle de dommage, ce qui n'est pas le cas en l'état du droit positif (voir *supra* n° 319). Par ailleurs, en dépit de cette distinction l'auteur estime que les restitutions n'ont pas pour mesure l'enrichissement du débiteur, ce qui rend la distinction peu utile (*Ibid.*, p.50-52).

n'a pourtant pas qu'un intérêt purement théorique, le législateur utilisant parfois l'expression de restitution, par opposition à l'idée de réparation¹³⁷³. La réforme du 10 février 2016 a amplifié ce phénomène en créant un nouveau chapitre spécifiquement consacré aux restitutions. Les règles relatives aux restitutions n'étant pas les mêmes que celles relatives à la réparation, il convient de trouver une nouvelle manière de concevoir les restitutions, en ne se bornant plus à les présenter comme un simple moyen de retourner à une situation antérieure ou de retour d'un bien.

415. Un resserrement de la notion depuis la réforme du 10 février 2016 ? Bien qu'aucune disposition du Code civil ne donne une définition des restitutions, il faut souligner que le nouveau chapitre consacré aux restitutions semble aller vers un resserrement de la notion. En procédant par renvoi, le Code civil semble limiter les restitutions à certaines hypothèses bien spécifiques, qui ressemblent étonnamment aux cas où le droit anglais reconnaît des *restitutions for unjust enrichment*. Certes, les dispositions relatives aux contrats spéciaux n'ont pas été modifiées et il existe toujours des cas où la loi dispose, par exemple, que le dépositaire doit restituer la chose¹³⁷⁴, mais il est dorénavant possible d'affirmer qu'il n'est pas question de restitution au sens technique du terme. À l'instar du droit anglais, le nouveau chapitre consacré aux restitutions n'englobe pas les transferts résultant de l'exécution volontaire d'une obligation contractuelle¹³⁷⁵, puisque les seuls cas envisagés de restitution sont : la répétition de l'indu¹³⁷⁶, la nullité¹³⁷⁷, la caducité¹³⁷⁸ et la résolution¹³⁷⁹. Plus

¹³⁷³ Il est également possible de citer l'exemple de l'article L111-11 du Code des procédures civiles d'exécution qui prévoit que le pourvoi en cassation n'empêche pas l'exécution de la décision et que cette exécution n'est susceptible de donner lieu qu'à restitution. La volonté du législateur est, semble-t-il, de restreindre l'étendue de ces « restitutions » en cas de cassation de la décision, par rapport à ce qu'il serait possible d'obtenir dans les autres cas où une décision est anéantie et particulièrement dans le cas où il s'agit de l'exécution d'un titre exécutoire à titre provisoire (où le plein rétablissement ou la réparation intégrale doit être accordée, voir N. CAYROL, « Les restitutions consécutives à l'exécution d'un arrêt cassé », *RTD civ.* 2019.405s.). Cependant, étant donné que l'article L111-11 n'explique pas ce qui doit être entendu par restitution, la jurisprudence tend à retenir une conception large des restitutions permettant de parvenir à des solutions similaires aux autres cas (voir N. CAYROL, art. préc.).

¹³⁷⁴ Ainsi l'article 1915 du Code civil dispose que : « Le dépôt en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature ».

¹³⁷⁵ Pour reprendre la distinction proposée par Mme Malaurie, les « restitutions normales », celles qui résultent de l'exécution volontaire d'une obligation, ne devraient plus être qualifiées de restitutions, alors que les « restitutions anormales », qu'elle qualifie ainsi en raison de leur caractère « pathologique », devraient au contraire constituer la norme (M. MALAURIE, th. préc., p.35-37). Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'en droit anglais, seules les « restitutions anormales » pourraient être qualifiées de *restitution*.

¹³⁷⁶ Par renvoi de l'article 1302-3 du Code civil.

¹³⁷⁷ Par renvoi de l'article 1778 al.3 du Code civil.

¹³⁷⁸ Par renvoi de l'article 1187 du Code civil.

¹³⁷⁹ Par renvoi de l'article 1229 du Code civil.

spécifiquement les causes de restitution peuvent être analysées de deux manières : soit, selon une approche plus française ou plus « objective », comme des cas où le fondement juridique justifiant le transfert initial n'existe pas ou plus (répétition de l'indu, nullité, caducité et résolution) ; soit, selon une approche plus anglaise ou plus « subjective », comme des cas où le transfert a été vicié et n'obéit pas aux conditions souhaitées par le demandeur¹³⁸⁰. L'avantage de l'approche anglaise est qu'elle permet de comprendre plus aisément pourquoi des restitutions peuvent être accordées. Cela explique qu'un fondement unique ait pu être proposé pour englober ces causes de restitutions, à savoir l'*unjust enrichment*. Néanmoins, même le droit anglais adopte une approche relativement large des *restitutions*, puisque celles-ci peuvent concerner aussi bien la restitution de la valeur d'un bien que la restitution de la valeur de jouissance ou la restitution d'un service¹³⁸¹. En conséquence, il n'existe pas de véritable définition du terme *restitution* en droit anglais¹³⁸². Il est toutefois possible de retenir une approche plus cohérente des restitutions.

416. Proposition d'une nouvelle définition. Il nous semble impossible de proposer une nouvelle définition des restitutions en conservant le champ d'application actuel de la notion. Il est donc nécessaire de réduire le domaine des restitutions en établissant de nouvelles caractéristiques qui permettraient de mettre en avant leurs spécificités par rapport à d'autres mécanismes. Ces caractéristiques ne sont pas totalement nouvelles, dans la mesure où certaines peuvent déjà se retrouver dans le droit positif. À partir du constat que le terme de « restitution » est le plus souvent utilisé au pluriel, à l'instar des dommages et intérêts et comme le démontre le nouveau chapitre du Code civil intitulé « les restitutions », il nous semble que les restitutions ne peuvent concerner que l'octroi d'une somme d'argent. Dès lors qu'il est question de remettre un bien, il serait plus simple de se cantonner à l'expression de remise matérielle ou de retour du bien¹³⁸³. En effet, même si l'article 1352 du Code civil dispose que, par principe, « la restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a

¹³⁸⁰ En ce sens, les causes de restitutions recourent essentiellement les cas de *failure of consideration* (surtout pour la résolution et pour la caducité), *mistake* (pour la répétition de l'indu), *duress*, *undue influence*, *exploitation of weakness* (pour la nullité).

¹³⁸¹ Sur cet aspect voir *supra* n° 95s.

¹³⁸² Le terme *restitution* désigne plus globalement le fait de retirer un profit de la part du défendeur, si bien qu'il désigne autant les *restitutions for unjust enrichment* que les *restitutions for wrongs* (voir A. BURROWS (dir.), *Principles of the English Law of Obligations*, *op. cit.*, n°4.143).

¹³⁸³ Cette remise peut bien entendu avoir plusieurs causes, comme un contrat (lorsque l'exécution d'un contrat implique un retour de la chose par exemple) ou une action en revendication.

lieu en nature »¹³⁸⁴, les articles suivants n'ont réellement de sens que lorsque les restitutions ont lieu en valeur, même lorsque le bien à restituer n'est pas une somme d'argent. Ainsi, même si la règle de l'article 1352-1 prévoit que le débiteur de l'obligation de restitution répond, par principe, des dégradations et détériorations, ce qui se comprend davantage s'il s'agit d'un bien en nature, cette obligation ne pourra se résoudre en ce cas qu'en valeur¹³⁸⁵. De manière plus générale, il est possible de (re)définir les restitutions comme l'obligation de réattribuer un bien par l'octroi d'une somme d'argent représentant sa valeur. Les restitutions ne se limitent donc pas à l'idée d'un retour, puisqu'il est possible que le bien représenté par les restitutions ne se soit jamais trouvé, auparavant, dans le patrimoine du créancier de l'obligation. L'avantage de cette nouvelle définition est qu'elle permet de distinguer les restitutions de deux autres mécanismes : la réparation et le « dégorgement » des profits.

B) La distinction avec les notions voisines

417. La distinction entre restitution et réparation. La définition proposée permet de donner de la substance à une distinction entre le mécanisme des restitutions, qui suppose un enrichissement, et le mécanisme de réparation, qui implique un dommage. En effet, le mécanisme de restitution n'a de sens que si le débiteur de cette obligation a acquis, à un moment donné, un bien qu'il doit réattribuer en valeur, peu important par ailleurs que ce bien ait été préalablement présent dans le patrimoine du créancier. Si le débiteur n'a rien reçu ou rien perçu, aucune restitution n'est envisageable. En ce sens, les restitutions requièrent un enrichissement, dans le sens que nous lui avons donné pour l'enrichissement injustifié¹³⁸⁶. Les restitutions se focalisent ainsi sur le débiteur de l'obligation et non le créancier, contrairement au mécanisme de réparation qui se concentre sur la perte subie par le créancier. Bien évidemment, il se peut qu'il y ait une coïncidence entre, d'un côté, un enrichissement du débiteur et, de l'autre, une perte du créancier. Cela ne constitue qu'une coïncidence et ne remet pas en cause la distinction entre restitution et réparation. Au demeurant, ces éventuelles coïncidences ont pour principale cause le domaine

¹³⁸⁴ Il est alors intéressant de noter que lorsque le terme de restitution est employé au singulier, il est généralement utilisé comme un synonyme de remise d'une chose et concerne donc essentiellement une chose en nature.

¹³⁸⁵ Il sera sans doute possible de remettre le bien, mais en cas de dégradation, cela impliquera que la remise sera nécessairement accompagnée d'une restitution en valeur, pour effacer les conséquences de la dégradation.

¹³⁸⁶ Voir *supra* n° 381.

particulièrement large de la réparation. Le domaine des restitutions est plus étroit que celui de la réparation, puisqu'il ne serait question de restituer un « enrichissement moral », ou de prendre en considération un « enrichissement négatif », tel qu'une dépense épargnée par le débiteur de l'obligation.

418. La distinction entre restitution et « dégorgement » des profits ou dommages et intérêts punitifs. Si le droit français consacre un jour les dommages et intérêts punitifs¹³⁸⁷, cette introduction ne devrait pas poser de difficulté s'agissant de la distinction entre ces dommages et intérêts et le mécanisme des restitutions. L'idée de réattribution d'un bien en valeur permet également de distinguer les restitutions des dommages et intérêts punitifs, dans la mesure où ces derniers ne nécessitent pas nécessairement un enrichissement effectif¹³⁸⁸. Il est alors davantage question de sanctionner un comportement que de réattribuer un enrichissement. Le mécanisme des restitutions est « objectif », dans la mesure où le comportement du débiteur ou du créancier est, par principe, totalement indifférent. Par opposition, le comportement du débiteur est l'élément crucial pour octroyer des dommages et intérêts punitifs. Ces deux mécanismes s'opposent ainsi par leurs objectifs. L'un est un mécanisme de réattribution lorsque l'autre est un mécanisme de punition. Cette différence se traduit bien évidemment dans le régime. Alors que les dommages et intérêts punitifs n'auront pas pour mesure l'enrichissement du débiteur, qui peut être inexistant, les restitutions seront nécessairement limitées à cet enrichissement.

C) Les conséquences de la nouvelle définition

419. L'impossible restitution d'un service ou de la valeur de jouissance de la chose. Au regard de la définition proposée, le mécanisme des restitutions ne peut être utilisé lorsqu'il est question d'un service. Cela ne tient pas uniquement au fait qu'un service ne peut être en soi restitué, mais cela s'explique surtout parce que la « restitution » en valeur d'un service

¹³⁸⁷ Cela ne semble toutefois guère d'actualité, puisque le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 consacre uniquement l'amende civile (article 1266-1). Sur ce point voir également M. CAPPELLETTI, « Réflexions comparatives sur le rôle de la punition en droit de la responsabilité délictuelle », *RDC* n°4, 2019, p.293s., sur les différences entre le modèle français et les modèles anglais et américains, ainsi que les raisons rendant improbable l'introduction des tels dommages et intérêts en droit français.

¹³⁸⁸ En droit anglais, par exemple, non seulement les *exemplary damages* ne se limitent pas aux fautes lucratives, mais lorsque c'est le cas, il suffit que le défendeur ait eu l'intention de tirer un profit de son acte illicite, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait effectivement réalisé ce profit, voir *infra* n° 529.

n'est en réalité que l'octroi d'une rémunération. Or, une telle rémunération devrait relever de la seule sphère contractuelle¹³⁸⁹. Il est donc nécessaire de recourir à un mécanisme différent. La principale hypothèse concernée est celle où un contrat a été anéanti alors qu'une des parties a exécuté, ne serait-ce que partiellement, une prestation de service. À l'heure actuelle, il n'est fait aucune distinction selon l'objet de l'obligation issue du contrat, toutes les conséquences de l'anéantissement d'un contrat étant généralement qualifiées de restitutions. Cependant, outre qu'un service ne constitue pas en lui-même un enrichissement en l'absence de plus-value, les restitutions n'ont pas pour objet d'accorder à l'une des parties l'équivalent de la prestation promise. Elles ne visent qu'à protéger le patrimoine du créancier de l'obligation de restitutions. Or, les « restitutions » relatives à une prestation de service tiennent en réalité compte des prestations déjà accomplies par l'un des contractants. Elles lui permettent donc d'obtenir l'exécution partielle du contrat, en plaçant les parties dans la position qui auraient été la leur si le contrat avait été exécuté, ne serait-ce que partiellement¹³⁹⁰. La réalité des faits ne pouvant être remise en cause, il s'agit simplement de tenir compte de la situation acquise et du fait que l'une des parties a effectivement obtenu, ne serait-ce qu'en partie, la prestation promise ; son cocontractant peut donc exiger la contreprestation correspondant à cette exécution partielle, sur la base du contrat, quand bien même le contrat support de cette obligation a été anéanti et décharge les parties de leurs obligations futures.

Cette répartition, qui peut sembler plus complexe que la situation monolithique actuelle, où les « restitutions » consécutives à l'anéantissement d'un contrat sont traitées sous un régime unique, ne fait en réalité que refléter la réalité. Elle permettrait d'adopter des règles plus adaptées à la situation envisagée. Les conséquences de l'anéantissement d'un contrat seraient tantôt traitées par l'enrichissement injustifié, lorsqu'il est question de protéger l'une des parties contre un transfert vicié, tantôt par le droit des contrats, lorsqu'il s'agit de faire produire des effets au contrat partiellement exécuté. Cet aspect sera étudié plus en détails lors de l'étude des relations entre l'enrichissement injustifié et le droit des contrats¹³⁹¹. Pour

¹³⁸⁹ La « restitution » d'un service est en effet un expédient utilisé pour savoir dans quels cas il peut être octroyé une rémunération, alors même que ce service n'a pas été requis ou que le consentement a été remis en cause, par le défendeur.

¹³⁹⁰ C'est notamment le cas lorsqu'un contrat de bail est anéanti, la valeur de jouissance du bien ne constitue pas une « restitution » en valeur, mais permet simplement au bailleur d'obtenir l'équivalent du loyer correspondant à la période, où le preneur a pu effectivement bénéficier du bien loué, comme convenu initialement.

¹³⁹¹ Voir *infra* n° 483s.

l'heure, il est simplement nécessaire de mettre en lumière le fait que les restitutions doivent être distinguées de l'exécution, même partielle, du contrat et qu'elles n'ont pas pour objectif d'accorder à l'un des cocontractants l'équivalent de la prestation attendue. De la même manière, la valeur de jouissance ne saurait être incluse dans les restitutions, car elle ne correspond à rien de tangible. La jurisprudence très contrastée en ce domaine démontre que de telles restitutions ne sont en réalité accordées que pour tenir compte du début d'exécution du contrat, en autorisant le demandeur à percevoir la prestation attendue en contrepartie de la jouissance de la chose¹³⁹².

420. Les restitutions et l'enrichissement injustifié. Puisque les restitutions supposent que le débiteur ait effectivement reçu un enrichissement, il apparaît que ce mécanisme recouvre un champ similaire à l'enrichissement injustifié. Deux questions peuvent donc se poser : les restitutions sont-elles limitées à l'enrichissement injustifié ? L'enrichissement injustifié peut-il entraîner une autre conséquence que les restitutions ? Il est plus aisé de répondre à la seconde qu'à la première. Il nous semble que puisque l'enrichissement injustifié vise à préserver le patrimoine du demandeur, en lui réattribuant un enrichissement perçu par le défendeur, la seule conséquence possible est l'octroi de restitutions. Il aurait sans doute été possible de concevoir, à l'instar du droit anglais, que l'enrichissement injustifié puisse aussi emporter la remise matérielle d'un bien en nature. Cette solution est cependant justifiée en droit anglais par l'absence d'action en revendication, ce qui rend nécessaire de développer d'autres moyens permettant, le cas échéant, d'obtenir la remise de la chose. Cette solution ne s'impose pas en revanche en droit français, où l'un des intérêts de l'enrichissement injustifié est précisément d'intervenir lorsque la remise de la chose, par la voie de la revendication, n'est pas possible. En revanche, la première question est plus délicate, car si les restitutions sont un mécanisme de réattribution, il n'est pas certain que le seul fait générateur des restitutions soit l'enrichissement injustifié. L'enrichissement injustifié impose la réattribution d'un enrichissement, lorsque le demandeur est le légitime titulaire de cet enrichissement en vertu d'un droit exclusif et antérieur qu'il détient sur celui-ci. Il serait toutefois possible d'envisager d'autres causes de réattribution. En particulier il est possible de concevoir qu'il soit conventionnellement permis de créer un mécanisme de

¹³⁹² Voir *infra* n° 504.

réattribution, alors même que le bénéficiaire ne dispose initialement d'aucun droit exclusif sur l'enrichissement¹³⁹³.

II) L'évaluation des restitutions

421. Les éléments nécessaires à l'évaluation de l'enrichissement. L'enrichissement injustifié ayant pour objectif de réattribuer un enrichissement, cet élément constitue la mesure des restitutions. La caractérisation de l'enrichissement n'est cependant qu'une première étape. Pour évaluer le montant des restitutions, il faut également tenir compte d'au moins deux éléments. Premièrement, il est nécessaire de savoir à quel moment il faut se placer pour évaluer l'enrichissement, et donc le montant des restitutions. Ensuite, il faut se demander s'il convient de laisser une place à l'appréciation du défendeur. En effet, la valeur de l'enrichissement peut varier selon que l'on se place du point de vue du demandeur ou celui du défendeur, sans compter qu'elle peut dans certains cas être particulièrement délicate à fixer. Cependant, en dépit du fait que la valeur d'une chose est bien souvent éminemment subjective, du moins pour les biens autres que des sommes d'argent, la logique de l'enrichissement injustifié incite à retenir des critères qui soient extérieurs au demandeur et au défendeur, afin d'apprécier au mieux la valeur de l'enrichissement. Aussi, afin d'évaluer le montant des restitutions, il est nécessaire d'apporter des précisions sur la date d'évaluation (A), ainsi que sur la nécessité d'adopter une approche « objective » de l'enrichissement (B).

A) La date d'évaluation

422. Deux dates à distinguer. L'une des innovations de la réforme du 10 février 2016 a été de rompre avec le principe du nominalisme monétaire, au moins s'agissant de l'évaluation de l'enrichissement, dans l'action d'enrichissement injustifié¹³⁹⁴ ainsi que pour la répétition

¹³⁹³ Voir *infra* n° 512 ; il serait ainsi possible d'imaginer que les parties prévoient qu'en cas de violation d'une clause de non-concurrence, les profits réalisés en violation de cette clause soient automatiquement réattribués à l'autre partie (ce qui ne serait pas possible d'obtenir via le mécanisme de l'enrichissement injustifié, à défaut de droit exclusif sur cet enrichissement, sur ce point voir *supra* n° 403). Cela peut toutefois poser quelques difficultés, du point de vue de la licéité de la clause en particulier, si cette clause s'applique à un salarié, ou même au regard du droit de la concurrence. Cette clause peut également être difficile à distinguer de la clause pénale, puisque les restitutions résulteraient de l'inexécution d'une obligation (voir *infra* n° 513).

¹³⁹⁴ L'article 1303-4 du Code civil prévoyant que l'appauvrissement et l'enrichissement « sont évalués au jour du jugement ».

de l'indu¹³⁹⁵. Bien que les nouvelles dispositions tendent à englober sous une même disposition deux questions différentes (celle de la date d'appréciation de l'enrichissement et celle de la disparition de tout ou partie de l'enrichissement)¹³⁹⁶, la mise à l'écart du principe du nominalisme monétaire est bienvenue et doit être conservée. L'enrichissement injustifié doit replacer autant que possible le demandeur dans la situation qui aurait été la sienne si l'enrichissement était resté dans son patrimoine. En effet, dans ce cas, il aurait dû subir les fluctuations de valeur de l'enrichissement, à la hausse comme à la baisse. Seule la date de l'appréciation de l'enrichissement est ici pertinente et permet d'établir quand le défendeur s'est enrichi aux dépens du demandeur. En revanche, la date de « disparition » de tout ou partie de l'enrichissement ne doit avoir aucune incidence, du moins pas au stade de l'évaluation de l'assiette de l'enrichissement. Ainsi, la date d'appréciation de l'enrichissement devrait être fixée au jour de la réception de l'enrichissement et non au jour de la demande.

423. L'absence de prise en considération de la bonne ou mauvaise foi du défendeur. Une fois l'enrichissement caractérisé au jour de sa réception, il faut encore déterminer la date à retenir pour l'évaluation de l'enrichissement. Contrairement à ce que prévoit le Code civil s'agissant des restitutions, la date d'évaluation de l'enrichissement ne devrait pas non plus varier en fonction de la bonne ou mauvaise foi du défendeur. L'article 1352-7 prévoit en effet que « celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande ». Cette distinction selon la bonne foi ou mauvaise foi du défendeur ne doit pas subsister et une même date doit être fixée, quelle que soit la bonne ou mauvaise foi du défendeur. Il est possible d'y voir une conséquence du caractère « objectif » de l'enrichissement injustifié, où l'aspect patrimonial prime sur des considérations de moralité, qui ne doivent être prise en compte que marginalement, c'est-à-dire éventuellement au stade des moyens de défense. La bonne foi n'ayant aucune incidence sur le droit de conserver ou non l'enrichissement – le défendeur de bonne foi a malgré tout reçu une chose sur laquelle il n'a aucun droit – elle doit être indifférente dans l'évaluation des restitutions. Cette règle rejoint les solutions retenues en droit anglais, mais il nous semble

¹³⁹⁵ Par renvoi à l'article 1352 du Code civil, consacré aux restitutions, qui dispose que la restitution en valeur, pour les choses autre qu'une somme d'argent, est estimée au jour de la restitution.

¹³⁹⁶ Sur les critiques du droit positif, voir *supra* n° 286.

que les solutions anglaises sont, sur ce point, plus cohérentes et en accord avec la logique de l'enrichissement injustifié, que les solutions françaises actuelles.

424. L'application du mécanisme de la dette de valeur. Si l'assiette de l'enrichissement est figée au jour de la réception de l'enrichissement, le montant exact ne peut être évalué qu'au jour des restitutions, selon le mécanisme désormais bien connu de la dette de valeur. Le mécanisme de la dette de valeur permet ainsi de tenir compte de la valeur réelle de l'enrichissement au jour où le juge statue. Il s'agit de la règle la plus adaptée à l'enrichissement injustifié car elle tient compte des fluctuations « naturelles » de valeur de l'enrichissement, qui tiennent à l'inflation ou l'érosion monétaire, ou les fluctuations du marché pour les biens autres que des sommes d'argent. Le demandeur, créancier de l'obligation de restitution, aurait nécessairement profité, ou subi selon les circonstances, ces variations de valeur s'il avait eu l'enrichissement à sa disposition. L'adoption de ce mécanisme respecte donc l'objectif poursuivi par l'enrichissement injustifié, qui est de préserver la valeur du patrimoine du demandeur.

425. Conséquences de la date de réception : la fin de la règle du profit subsistant. Puisque la date qui importe pour caractériser l'enrichissement est celle de sa réception, il n'est pas tenu compte du profit subsistant, c'est-à-dire de l'enrichissement qui reste au jour de la demande, contrairement à ce que prévoit l'actuel article 1303-4 du Code civil, relatif à l'action d'enrichissement injustifié. Ainsi, si le défendeur a reçu 100 € le 1^{er} janvier 2018 et qu'une action est intentée contre lui le 15 mars 2020, moment où il ne lui reste que 50 €, l'enrichissement est établi au 1^{er} janvier 2018 et non au 15 mars 2020. La base est donc de 100 €, auquel il faut éventuellement ajouter des intérêts au taux légal. Le fait que le défendeur ait dépensé une partie de la somme reçue est, à ce stade, totalement indifférent. Par principe, il a reçu quelque chose qui ne lui était pas dû et il doit donc restituer intégralement cet enrichissement. Réciproquement, la protection du demandeur et la raison d'être de l'enrichissement injustifié expliquent que la date retenue soit celle de la réception. Il n'existe aucune raison de protéger le défendeur, qui n'a en réalité aucun droit sur l'enrichissement, au détriment du demandeur. Si le désenrichissement du défendeur doit être pris en considération, cela ne peut être qu'au stade des moyens de défense, comme une règle d'exception venant assouplir le principe lorsque celui-ci s'avère trop rigide¹³⁹⁷.

¹³⁹⁷ Sur le moyen du « désenrichissement », voir *infra* n° 433s.

426. La possibilité d'enrichissements multiples. La règle de la date de réception de l'enrichissement ne signifie pas que tout évènement ultérieur soit nécessairement indifférent dans le calcul des restitutions. Il existe différents types d'enrichissement et il est possible que le défendeur ait reçu des enrichissements distincts, ce qui sera notamment le cas s'il reçoit un bien qui produit ultérieurement des fruits. Le bien et les fruits constitueront chacun un enrichissement différent dont la consistance devra donc être évaluée à des dates distinctes. Aussi, si le défendeur reçoit indument 100 € sur son compte bancaire en janvier 2020, et qu'ultérieurement cette somme produit des intérêts, il est possible de distinguer deux enrichissements, le premier étant la réception des 100 € et le second les intérêts produits par cette somme. Le premier est caractérisé dès janvier 2020, le second est caractérisé au moment où le défendeur perçoit les intérêts. Cette distinction a surtout une incidence sur la prescription de l'action, puisqu'en cas d'enrichissements multiples, il faudra tenir compte de la date de chaque enrichissement distinctement. Toutefois, il est possible que le point de départ de la prescription soit identique, bien que les enrichissements aient été reçus à des dates distinctes, si le demandeur n'a connaissance de l'ensemble des faits, soit l'ensemble des enrichissements, qu'à une même date, conformément à l'article 2224 du Code civil¹³⁹⁸.

B) L'appréciation « objective » de l'enrichissement

427. La difficulté liée aux enrichissements non monétaires. Lorsque l'enrichissement prend la forme d'un transfert d'une somme d'argent, il n'existe *a priori* aucune difficulté pour évaluer cet enrichissement, la monnaie ayant pour avantage « d'afficher » sa valeur. En revanche, les enrichissements en nature peuvent provoquer de nombreuses difficultés d'évaluation. Ces difficultés ne tiennent pas tellement aux possibles fluctuations de la valeur dans le temps, ce problème étant réglé par le mécanisme de la dette de valeur, mais par le fait que ces enrichissements peuvent être d'emblée difficiles à évaluer, parce qu'il existe potentiellement plusieurs règles d'évaluation concevables à un même moment. Il suffit de regarder les règles d'évaluation proposées pour certains biens, un exemple éclairant étant

¹³⁹⁸ Article 2224 du Code civil : « Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », sur la nature personnelle de l'action, voir *infra* n° 457.

les règles d'évaluation des droits sociaux, et plus particulièrement celles des actions¹³⁹⁹. Mais même pour des biens plus classiques, tels que les immeubles, la valeur du bien n'est pas toujours aisée à cerner et plusieurs critères peuvent coexister. Il est possible de prendre en considération le prix de vente d'autres immeubles de même nature, soit il est possible de s'attacher au revenu que l'immeuble est susceptible de procurer au propriétaire. Il n'existe malheureusement pas de critères absolument incontestables et objectifs, aussi il faut se fier en priorité à des valeurs communément admises, et non à l'appréciation personnelle du défendeur. Pour des raisons de simplicité, mais aussi parce que cela correspond davantage à la logique de l'enrichissement injustifié, la valeur de référence à prendre en considération est la valeur de marché. Cette préférence se justifie car il s'agit sans doute de la valeur permettant d'évaluer au plus juste la valeur patrimoniale et l'enrichissement qui devrait revenir au demandeur. Bien évidemment, le problème demeure lorsqu'il n'existe pas de marché pour évaluer la valeur du bien transféré. En ce cas, soit il existe d'autres méthodes d'évaluation, à l'instar des méthodes utilisées pour évaluer les titres non cotés en droit des sociétés, soit il faudra tenir compte des caractéristiques du bien et les comparer le cas échéant avec d'autres biens similaires, qui ont une valeur de marché.

428. L'indifférence de l'appréciation du défendeur. – Le refus du *subjective devaluation*.

L'appréciation du défendeur, c'est-à-dire la valeur à laquelle le défendeur aurait pu acquérir le bien, n'est pas prise en compte dans l'évaluation des restitutions. Autrement dit, contrairement à la solution admise en droit anglais, il n'est pas question d'adopter une règle équivalente au *subjective devaluation*, par laquelle le défendeur pourrait réduire le montant des restitutions en établissant qu'il aurait acquis le bien à un moindre prix¹⁴⁰⁰. Cette règle fait davantage penser à une logique quasi-contractuelle, puisqu'il s'agirait en réalité de fixer le prix que les parties auraient finalement fixé d'un commun accord. Cela revient à placer les parties, dans la mesure du possible, dans la situation qui aurait été la leur si un contrat avait été conclu et exécuté. Or, quand bien même le défendeur aurait acquis le bien pour

¹³⁹⁹ En effet, même si l'on s'en tient à la valeur vénale, et non à la valeur nominale (c'est-à-dire la valeur fixée initialement dans les statuts de la société), il existe plusieurs méthodes d'évaluation lorsque les actions ne sont pas cotées. Ainsi, par exemple il est possible de tenir compte de la valeur de rendement (qui tient compte des bénéfices réalisés) ou encore de la valeur liquidative (qui tient compte du prix de vente des actifs « nets », en enlevant ainsi le montant du passif et des frais de liquidation) (M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 30^e ed., Lexis Nexis, 2017, n°1094).

¹⁴⁰⁰ Bien que la règle du *subjective devaluation* s'applique à tous les enrichissements qui n'ont pas une valeur incontestable (*incontrovertible benefit*), il nous semble que cette règle vise avant tout les enrichissements par service, où la valeur du service aux yeux du défendeur a effectivement une importance, sur cet aspect voir *supra* n° 98s.

une valeur moindre que celle du marché, il se trouve actuellement dans une position où il peut vendre ce bien à la valeur du marché, ce qui lui procurait une plus-value sur laquelle il n'a normalement aucun droit, et ce au détriment du demandeur. Il nous semble ainsi que, même s'agissant de bien autres que les sommes d'argent, dont la valeur est certainement plus difficile à évaluer, il faudrait s'en tenir à la valeur de marché et non à la valeur que lui accorde le défendeur. Le patrimoine du défendeur est évalué en fonction de la valeur de marché des biens qui s'y trouvent et non en fonction du prix d'acquisition ou du prix que le défendeur aurait payé pour les acquérir. Il n'existe donc aucune raison de ne pas prendre en compte cette valeur, puisque l'enrichissement réel du défendeur correspond à cette valeur.

III) La possibilité de faire obstacle aux restitutions

429. Une soupape de sécurité. Le caractère « objectif » de l'enrichissement injustifié conduit à ne pas tenir compte, par principe, du comportement du défendeur ou de celui du demandeur. Le simple fait que le défendeur ait reçu un enrichissement sur lequel il n'a pas de droit suffit, peu important son éventuelle bonne ou mauvaise foi. Il faut cependant reconnaître qu'une telle solution pourrait dans certaines circonstances s'avérer particulièrement sévère à l'égard du défendeur, notamment lorsqu'il aura disposé de tout ou partie de l'enrichissement, alors qu'il pensait pouvoir légitimement en disposer. À l'heure actuelle, cet aspect est (maladroitemment) envisagé à travers la faute du demandeur, laquelle peut réduire le montant de l'obligation due par le défendeur. Cependant, la faute du demandeur ne permet pas de parvenir à des résultats satisfaisants, lorsqu'il est question de protéger certains défendeurs¹⁴⁰¹. Aussi, il serait plus pertinent d'envisager un moyen de défense spécifique, à l'instar du *change of position* du droit anglais¹⁴⁰², qui s'attache à la situation du défendeur, plutôt qu'au comportement du demandeur. Par exception, il est donc possible d'envisager une manière de réduire, même à néant, l'obligation de restitution par un moyen de défense, qui peut être qualifié de « désenrichissement », et qu'il appartient au défendeur d'établir. Il faut cependant, dans un premier temps, insister sur le fait que la faute du demandeur est indifférente (A), avant de se concentrer plus particulièrement sur le moyen de défense de « désenrichissement » (B).

¹⁴⁰¹ Sur cet aspect voir *supra* n° 330s.

¹⁴⁰² Qui est un moyen de défense spécifiquement conçu pour l'*unjust enrichment*, voir *supra* n° 168s.

A) L'indifférence de la faute du demandeur

430. La difficile appréhension de la faute. Comme le montre l'état du droit positif français, le rôle de la faute est délicat à cerner, en particulier si l'on prend comme point de départ la répétition de l'indu. Même si la faute est, de manière générale, difficile à définir, elle suppose en principe la violation d'une norme de comportement et une comparaison entre le comportement d'une personne en particulier et celui d'une « personne raisonnable ». Or, il est difficile de voir quelle serait la norme violée par le demandeur en cas d'enrichissement injustifié, précisément à partir du moment où il existe un principe de libre disposition. Le demandeur est, en effet, libre de transférer, d'échanger ou de céder un de ses biens à sa guise sans qu'un transfert ne puisse en principe être considéré comme fautif¹⁴⁰³. Le simple fait que le demandeur aurait commis une erreur ou une imprudence dans le transfert ne saurait à lui seul lui empêcher d'obtenir des restitutions. Ou alors il faudrait pratiquement rayer de la carte la répétition de l'indu. Il serait sans doute tentant d'arguer qu'il est possible de trouver une voie médiane en ne qualifiant de faute que les erreurs les plus grossières, mais là encore, comme le montre par ailleurs la jurisprudence, la ligne est particulièrement délicate à tracer. Certaines chambres de la Cour de cassation n'admettaient pas que la faute puisse exclure, ou même diminuer, les restitutions dues au *solvens*¹⁴⁰⁴. De fait, le droit positif ne définit jamais ce que peut recouvrir la faute en matière d'enrichissement injustifié. L'indaptation de la faute à l'enrichissement injustifié n'est, à vrai dire, guère surprenante et, à supposer qu'il soit possible de caractériser une faute de la part du demandeur, elle devrait être sans conséquence. Cette indifférence peut être rattachée à l'idée plus générale que la propriété ne se perd pas par la faute.

431. L'exemple du droit anglais. De ce point de vue, le droit anglais apporte une solution très intéressante, adoptée relativement tôt dans l'affaire *Kelly v Solari*, à propos d'un

¹⁴⁰³ À vrai dire, même l'abus est difficile à concevoir dans cette hypothèse, contrairement à l'hypothèse plus générale d'abus du droit de propriété où l'usage d'un bien peut effectivement nuire à un tiers. Il est certes possible que le transfert d'un bien du demandeur nuise à un de ses créanciers, mais en ce cas il existe déjà l'action paulienne.

¹⁴⁰⁴ Ce fut le cas en particulier de la Chambre sociale de la Cour de cassation, voir *supra* n° 329s.

paiement erroné¹⁴⁰⁵ et reprise dans le *Restatement*¹⁴⁰⁶. Il importe peu que le demandeur ait été négligent ou non, dans tous les cas, cela n'affecte pas son droit, car le transfert reste injustifié et l'éventuelle négligence du demandeur ne peut créer un droit pour le défendeur de conserver l'enrichissement. Comme le soulignait Birks, l'enrichissement injustifié n'a pour effet ni de faire peser une perte sur un tiers, ni de punir le défendeur¹⁴⁰⁷. Cette solution peut aussi se comprendre par le fait que, contrairement à la responsabilité civile, l'enrichissement injustifié ne répond pas à une logique de causalité, mais à une logique d'attribution. Si, en responsabilité civile, la faute peut être un moyen de relier le dommage au responsable, cette correspondance est sans objet dans l'enrichissement injustifié. Le seul élément qui peut être pris en compte est la prise de risque du demandeur. Mais, il nous semble qu'il ne faut pas y voir une prise en considération de la faute du demandeur. La prise de risque témoigne davantage d'une volonté du demandeur de considérer le transfert comme irrévocable, quelles que soient par ailleurs les circonstances. Aussi, dès lors qu'une prise de risque du demandeur peut être analysée comme un signe d'irrévocabilité du transfert, l'enrichissement injustifié devrait être exclu, car le transfert n'est pas vicié. Il répond aux exigences du principe de libre disposition et ne peut ainsi être remis en cause. En revanche, pour le reste, le comportement du demandeur est totalement indifférent et ne remet pas en cause son droit sur l'enrichissement.

¹⁴⁰⁵ Sur cette affaire, qui date de 1841 et dont la solution sur ce point n'a pas varié, voir *supra* n° 107s. Pour rappel, une compagnie d'assurances avait versé le montant d'une assurance vie à la veuve du souscripteur, sans vérifier au préalable que ce montant était bien dû. Or, sur le dossier, il était indiqué que la police avait été résiliée, en raison d'un défaut de paiement des primes. La compagnie avait donc bien commis une négligence en versant le montant de l'assurance vie à la veuve, mais cette négligence ne lui faisait pas perdre son droit à obtenir restitution.

¹⁴⁰⁶ Art. 10(3): « The defendant's enrichment may be unjust under subsection (1) even though the claimant's conduct was negligent » (A. BURROWS (ed.), *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, *op. cit.*, p. 63).

¹⁴⁰⁷ P. BIRKS, *op. cit.*, p.7: « The strict liability reflects this difference between a defendant who is being asked to bear a loss and a defendant who is only being required to surrender a gain. It takes very slight facts to justify the relocation of an extent gain, and fault on the part of the recipient is not one of them. The liability is both strict and not affected by the carelessness of the claimant ».

B) L'admission exceptionnelle du « désempoississement¹⁴⁰⁸»

432. L'appréhension de la faute du défendeur : la mauvaise foi. De manière sans doute surprenante, il est plus facile de concevoir la faute du défendeur que celle du demandeur. Le défendeur ayant reçu quelque chose qu'il n'aurait pas dû recevoir, le fait qu'il soit conscient du caractère injustifié du transfert permet plus aisément de caractériser une faute, puisqu'une personne raisonnable devrait en principe restituer spontanément une chose qui ne lui appartient pas. La mauvaise foi du demandeur permet donc ici de caractériser une faute. Cependant, s'il est plus facile de caractériser une faute dans ce cas là, cela ne signifie pas pour autant qu'elle doive nécessairement jouer un rôle dans le régime des restitutions. Puisque le simple fait que l'enrichissement soit injustifié est suffisant pour faire naître une obligation à la charge du défendeur, la bonne ou mauvaise foi de ce dernier est par principe indifférente. Le seul rôle conféré à la mauvaise foi à l'heure actuelle consiste à augmenter le montant dû par le défendeur, l'exemple le plus marquant étant l'article 1303-4 du Code civil, qui instaure une règle du double-plancher, le défendeur de mauvaise foi étant tenu de la valeur la plus élevée entre l'appauvrissement et l'enrichissement¹⁴⁰⁹. Il n'est cependant pas certain que ce rôle soit approprié dans le contexte de l'enrichissement injustifié. De la même manière que la seule bonne foi du défendeur ne fait pas obstacle aux restitutions, symétriquement on ne voit pas ce qui justifie que le demandeur perçoive davantage en raison de la mauvaise foi du défendeur. L'enrichissement injustifié a pour unique objectif de rendre au demandeur ce qui lui appartient, ou au moins sa valeur, ni plus ni moins. Néanmoins, dans certaines circonstances, il semble opportun d'alléger la charge du défendeur, pour des raisons d'équité et non de logique. C'est alors la bonne foi de ce dernier qui est prise en considération pour modifier l'étendue de l'obligation, et non la mauvaise foi, qui reste indifférente.

¹⁴⁰⁸ Cette expression recouvre l'hypothèse où le défendeur aurait disposé de tout ou partie de l'enrichissement et est inspiré du terme anglais *disenrichment* (voir *supra* n° 168s.). Ce néologisme est préféré à une autre expression, telle que l'appauvrissement du défendeur, qui risquerait de prêter à confusions. Comme cette situation est particulière et spécifique à l'enrichissement injustifié, il nous semble plus pertinent de retenir un nouveau terme, même s'il s'agit d'un néologisme, voire d'un anglicisme.

¹⁴⁰⁹ Un auteur remarque alors que cette disposition pourrait avoir pour effet d'introduire, en droit français, un équivalent des *disgorgement damages* (qui se rapprocherait de l'idée de dommages et intérêts confiscatoires), sans qu'il n'y ait de limite claire sur les profits à reverser et sans qu'il soit certain que les rédacteurs de cet article aient véritablement perçu cette possibilité (E. DESCHEEMAËKER, *The New French Law of Unjustified Enrichment*, art. préc., p. 97).

433. La solution proposée : la prise en compte exceptionnelle de la bonne foi du défendeur. Plutôt que de faire produire des effets à la mauvaise foi, il serait possible de moduler le montant des restitutions, lorsque le défendeur est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'a pas conscience d'avoir reçu un enrichissement injustifié. L'hypothèse visée est celle où le défendeur a disposé d'une partie ou de la totalité de l'enrichissement, l'obligation de restitution le contraignant dès lors à utiliser ses fonds personnels pour exécuter son obligation de restitution. Par exemple, si le défendeur perçoit indument 600€, sans avoir conscience du caractère indu, et qu'il utilise une partie de ces fonds, 400€, pour inviter des amis à un restaurant, l'obligation de restitution (600€), peut effectivement dégrader sa situation. Les solutions du droit anglais sont intéressantes, en particulier le moyen de défense du *change of position*, dont il est possible de concevoir un équivalent français. En droit anglais, ce moyen de défense autorise le défendeur à ne restituer que l'enrichissement subsistant, lorsqu'il démontre qu'il a effectué une dépense qu'il n'aurait jamais faite s'il n'avait pas reçu cet enrichissement. En revanche, le *change of position* est écarté lorsque le défendeur a disposé d'une partie de l'enrichissement pour payer une dette. Il aurait de toute manière dû la payer, qu'il ait reçu l'enrichissement ou non. Il s'agit alors d'éviter les effets d'aubaine et de ne faire jouer la protection que dans les cas où la situation du défendeur a réellement changé, en raison de l'enrichissement reçu. Il faut donc noter que ce « désenrichissement » ne se justifie pas par la logique de l'enrichissement injustifié, qui implique au contraire une obligation de restitution dès lors que l'enrichissement est injustifié. Elle se justifie par égard à la situation du défendeur et donc pour des raisons d'équité. Cette solution est et doit donc rester exceptionnelle, raison pour laquelle la simple bonne foi ne suffit pas, même si elle est nécessaire.

434. Première condition : la bonne foi du défendeur. Puisqu'il est question de protéger le défendeur face à une obligation qui pourrait s'avérer particulièrement lourde, encore faut-il qu'il soit jugé « digne » de protection. Aussi, il faut que le défendeur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne doit pas avoir eu conscience que cet enrichissement ne lui revenait pas. Il faut toutefois préciser le moment où cette bonne foi doit être caractérisée. La solution classique serait de fixer cette bonne foi au moment de la réception de l'enrichissement. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'une solution exceptionnelle justifiée par des raisons d'équité, il nous semble que la bonne foi devrait au moins se maintenir jusqu'au moment où le défendeur utilise tout ou partie de l'enrichissement. En effet, si le défendeur prend conscience du caractère injustifié de l'enrichissement, après la réception de

l'enrichissement, et qu'il dispose malgré tout de cet enrichissement, il ne mérite plus la protection offerte par ce moyen de défense. La simple connaissance du caractère injustifié de l'enrichissement au moment où il dispose de l'enrichissement suffit à écarter ce moyen de défense. Il n'est pas nécessaire, par ailleurs, d'établir que le défendeur a disposé de l'enrichissement précisément pour échapper à son obligation de restitution. Bien entendu, étant donné que la bonne foi est présumée, le défendeur n'aura, en principe, pas besoin de caractériser cet élément, sauf à réfuter les preuves contraires apportées par le demandeur. Néanmoins, si la bonne foi est présumée, certaines circonstances font qu'il est difficile de penser que le défendeur pouvait ignorer le caractère injustifié de l'enrichissement. Ainsi, si par erreur, une personne reçoit un virement de 500.000€ sur son compte bancaire, alors qu'elle n'a que pour seul revenu un salaire de 1.200€ par mois, elle peut difficilement croire que cette somme lui est bien due. Certaines circonstances peuvent ainsi rendre invraisemblable la bonne foi du défendeur. Il faut donc que le défendeur ait pu légitimement penser que cet enrichissement lui était dû.

435. Deuxième condition : le changement de situation. Contrairement à la bonne foi, ce second élément n'est pas présumé et doit donc être caractérisé par le défendeur. L'idée est qu'il n'est pas suffisant que le défendeur ait disposé de l'enrichissement en toute bonne foi, encore faut-il qu'il démontre qu'il n'aurait jamais effectué cette opération s'il n'avait pas reçu cet enrichissement. En ce sens, la situation du défendeur est modifiée, car l'enrichissement reçu l'a incité à réaliser une dépense non prévue et qu'il n'était pas tenu de faire. Si le défendeur s'est contenté de payer une de ses dettes ou d'effectuer une opération qu'il aurait de toute manière faite, il ne peut utiliser ce moyen de défense. Si, par exemple, le défendeur ne s'est pas rendu compte qu'il a reçu un enrichissement qui ne lui est pas dû, parce qu'il n'a pas vérifié l'état de son compte bancaire, il ne peut invoquer le moyen de défense du « déenrichissement », car toutes les opérations qu'il a pu faire, il les aurait effectuées indépendamment de l'enrichissement qu'il a perçu. Seul le changement de situation est pris en considération car ce moyen de défense ne vise à protéger que les défendeurs qui ne se seraient jamais trouvés dans cette position s'ils n'avaient pas reçu cet enrichissement. L'enrichissement perçu devient un « cadeau empoisonné », le défendeur se retrouvant dans une situation bien plus défavorable que sa situation initiale.

Il est possible de reprendre certains exemples donnés par les juges anglais. Par exemple, un défendeur, qui après avoir reçu une certaine somme d'argent, démissionne de son emploi

pour entreprendre un tour de monde, décision qu'il n'aurait jamais prise sans l'enrichissement perçu¹⁴¹⁰. De manière moins caricaturale, on peut reprendre un exemple tiré des faits d'un arrêt de la Cour de cassation, où une compagnie d'assurance avait, par erreur, versé les capitaux d'un contrat d'assurance-vie au défendeur, qui en a profité pour faire des cadeaux à ses petits-enfants¹⁴¹¹. En revanche, le défendeur qui est déjà dans une position délicate avant la réception de l'enrichissement et qui est simplement ramené à cette position délicate en raison de l'obligation de restitution, ne dispose pas de ce moyen de défense. Il en va ainsi du défendeur qui peine à payer une dette de 1.000€ et qui profite de l'enrichissement perçu, par exemple 500€, pour en payer une partie. Le simple fait qu'il soit obligé de restituer les 500€ le placera certainement dans une situation délicate, mais il s'agira en réalité simplement d'un retour à sa situation initiale. Admettre la solution contraire reviendrait à consacrer une sorte d'effet d'aubaine et finalement à avantager indument le défendeur, qui aura eu la chance de percevoir un enrichissement inespéré et ce alors que le demandeur n'est en rien responsable de la situation initiale du défendeur. Il n'y a donc aucune raison que le demandeur « paye » à la place du défendeur.

436. Troisième condition : une charge excessive de l'obligation de restitution. Cette condition n'est à l'heure actuelle pas exigée en droit anglais, mais il nous semble qu'elle est nécessaire pour éviter que ce moyen de défense ne soit trop aisément invoqué par le défendeur. Puisque le « désenrichissement » est une protection accordée au défendeur, elle doit être adaptée et ne viser que les cas où la situation du défendeur s'est véritablement dégradée. Si, bien que le défendeur ait disposé en tout ou partie de l'enrichissement, ce dernier dispose de liquidités suffisantes pour satisfaire à son obligation de restitution, le moyen de défense devrait être écarté. En effet, fondamentalement, le défendeur a perçu un enrichissement qui n'aurait jamais dû lui revenir, aussi la protection ne se justifie réellement que si l'obligation de restitution qu'il devrait exécuter le place dans une situation bien plus délicate que sa position initiale. Il ne faut, par ailleurs, pas oublier que ce

¹⁴¹⁰ Voir *supra* n° 168.

¹⁴¹¹ Cass. 2^e civ., 11 déc. 2014, n°13-27.991, dans cette affaire le défendeur avait été condamné car il n'apportait pas la preuve d'un préjudice subi en raison de la négligence de la compagnie d'assurance. Dans le moyen annexé au pourvoi, la compagnie d'assurance estime en effet qu'elle ne peut être tenue pour responsable des « dépenses faites par le bénéficiaire du versement au profit de ses petits-enfants, pour sa convenance personnelle ». Il faut noter que, dans cette affaire, le défendeur a bel et bien été condamné à restituer l'indu, alors que si cette affaire avait été jugée en Angleterre, le *change of position* aurait vraisemblablement pu jouer. Ainsi, les solutions anglaises ne sont pas forcément (du moins pas toujours) plus sévères que les solutions françaises !

« désenrichissement » est imputable au seul défendeur, et non, au demandeur. Il n'est toutefois pas question d'exiger une impossibilité de payer l'obligation de restitution. Cette condition aurait pour inconvénient de réduire à néant la protection accordée et serait de toute manière relativement peu utile, car même sans ce moyen de défense, le débiteur totalement insolvable ne pourra de toute façon pas payer sa dette. Le défendeur doit démontrer, en plus des autres conditions, que l'obligation de restitution fait peser sur lui une charge excessive, qui altère considérablement sa situation. Ce sera le cas lorsque le défendeur l'obligation de restitution le contraint à vendre un bien personnel pour payer intégralement cette obligation, faute de liquidités suffisantes. Il est également possible d'admettre ce moyen de défense lorsque l'obligation de restitution place le défendeur dans l'impossibilité de faire face à ses dépenses courantes, bien qu'il dispose de liquidités suffisantes. Ainsi, si le défendeur reçoit indument 1.000€, qu'il dépense en partie (800 €) pour offrir des vacances à sa famille, et qu'il a 3.000€ sur son compte bancaire¹⁴¹², le demandeur a *a priori* la capacité de restituer l'enrichissement (1.000€). Néanmoins, si cette obligation, une fois exécutée, l'empêche de payer son loyer et ses autres charges (par exemple évaluées à 2.500€), il est possible de considérer que l'obligation de restitution fait peser sur lui une charge excessive. Il est vrai, cependant, que cette condition d'une charge excessive coïncidera souvent, en pratique, avec la deuxième condition, le changement de situation. En effet, si le défendeur dispose de manière générale de fonds suffisamment important pour exécuter son obligation de restitution, il est probable que le « désenrichissement », c'est-à-dire le fait de disposer de tout ou partie de l'enrichissement, correspond à une dépense que le défendeur aurait, de toute manière, effectuée. Les dépenses « imprévues », ou causées par la réception de l'enrichissement, concerneront plus vraisemblablement des dépenses que le défendeur n'aurait pas songé réaliser, précisément parce qu'il n'en avait, avant la réception de l'enrichissement, pas les moyens. La croyance légitime de pouvoir disposer de l'enrichissement lui permet alors de bénéficier d'une protection, si jamais il a effectivement disposé de cet enrichissement.

437. L'effet du « désenrichissement ». Ce moyen de défense, une fois caractérisé, n'implique pas une extinction de l'obligation. Il a seulement pour effet de réduire le montant des restitutions à hauteur du « désenrichissement ». Ce montant peut certes être réduit à néant, si le défendeur a intégralement disposé de l'enrichissement. En cas de

¹⁴¹² Qui inclut donc les 200€ qui n'ont pas été dépensés.

« désenrichissement » seulement partiel, le défendeur demeure tenu de restituer l'enrichissement subsistant. Ainsi, si le défendeur a reçu 1.000€ et qu'il en a dépensé 400, il restera tenu de restituer les 600€ qui lui reste. Cette solution se justifie, encore une fois, par le fait qu'il est simplement question d'offrir une protection ponctuelle au défendeur, qui serait sans ce moyen de défense placé dans une situation nouvelle particulièrement délicate. Le « désenrichissement » permet ainsi d'apporter une solution équilibrée, qui ménage les intérêts du demandeur, sans sacrifier excessivement ceux du défendeur. Il est ainsi mis fin à la solution du « tout ou rien » que l'on retrouve en droit positif avec le rôle de la faute.

*

* *

438. Conclusion du Chapitre I. Afin de donner une cohérence à l'enrichissement injustifié il faut partir de sa finalité et de sa spécificité : la réattribution d'un enrichissement à son légitime titulaire. L'essence de cette source d'obligation est de protéger le demandeur d'une désappropriation involontaire d'un enrichissement sur lequel il a un droit exclusif. L'enrichissement injustifié tire ainsi sa justification du principe de libre disposition, en protégeant le demandeur contre tout transfert qui serait contraire à sa volonté. En conséquence, l'enrichissement injustifié ne s'applique que lorsque le défendeur a reçu un véritable enrichissement, qui accroît son patrimoine. Un simple service ou une simple économie ne peuvent caractériser un enrichissement. Cet enrichissement du défendeur ne devient injustifié que lorsque deux éléments sont établis : l'exclusivité du demandeur sur l'enrichissement et la désappropriation involontaire de cet enrichissement. Il doit exister un lien exclusif entre le demandeur et l'enrichissement, qui a été brisé à la suite d'un transfert involontaire. L'enrichissement injustifié ne peut donc être invoqué lorsque le demandeur a octroyé un service conférant une plus-value au défendeur, car le premier ne dispose d'aucun droit sur la plus-value conférée à un élément du patrimoine appartenant au dernier. L'enrichissement du défendeur doit enfin s'être réalisé contre la volonté du demandeur, qui n'a pas entendu se défaire de cet enrichissement ou qui a imposé certaines conditions au transfert qui ne se sont pas réalisées. Pour mettre en œuvre cette source d'obligation, il faut également un mécanisme spécifique : les restitutions. Elles présentent l'avantage de se concentrer sur l'enrichissement reçu par le défendeur et non sur la perte du demandeur. Le défendeur ne doit ainsi restituer que l'enrichissement reçu, ni plus, ni moins. Le comportement des parties est indifférent, seule l'absence de droit du défendeur sur

l'enrichissement étant importante. De manière exceptionnelle, la situation du défendeur de bonne foi peut être prise en considération, lorsque l'obligation de restitution le placerait dans une situation trop défavorable. Lorsque le défendeur a utilisé tout ou partie de l'enrichissement pour réaliser une dépense imprévue et que la charge de l'obligation de restitution ne lui permet plus de faire face à ses dépenses courantes, il est possible de réduire le montant de son obligation à l'enrichissement subsistant au jour de la demande. L'enrichissement injustifié est ainsi doté d'une cohérence et d'une spécificité, ce qui conduit à nous intéresser à la structure de cette source d'obligation.

Chapitre II : La structure de l'enrichissement injustifié

439. Vers une rationalisation de l'enrichissement injustifié. Après avoir déterminé les éléments essentiels de l'enrichissement injustifié, il est possible de revoir le contenu de cette source d'obligation par rapport à ce qui est actuellement inclus dans l'enrichissement injustifié, à travers la catégorie de quasi-contrat. Les précisions apportées sur l'enrichissement, ainsi que l'exclusion des services, impliquent certains changements et requièrent notamment que toutes les actions tendant à la compensation d'une perte ou à l'octroi d'une rémunération soient écartées de l'enrichissement injustifié. Cette nouvelle approche est une opportunité non seulement pour rationaliser cette source d'obligation, mais également pour en simplifier la présentation en ne retenant plus qu'une seule et unique action, au lieu des multiples quasi-contrats du droit positif. Il devient donc possible d'abandonner définitivement la catégorie de quasi-contrats et de dissocier pleinement l'enrichissement injustifié de la gestion d'affaires (Section I), mais aussi de faire le tri entre toutes les actions qui ont, à tort ou à raison, été perçues comme des applications de l'enrichissement injustifié (Section II).

Section I : L'abandon des quasi-contrats

440. La structure rejetée. Le maintien des quasi-contrats en droit positif n'a rien produit de bon et est au contraire la cause de nombreuses confusions et incertitudes. Il serait plus que temps, à l'instar de nombreux systèmes juridiques, de se débarrasser de ce vieil artéfact romain. La fin des quasi-contrats permettrait notamment de dissocier pleinement la gestion d'affaires de l'enrichissement injustifié, qui sont deux sources distinctes d'obligation. Il faut toutefois apporter quelques précisions au regard de la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié adoptée dans cette thèse. Sur les trois quasi-contrats que reconnaît explicitement le Code civil (la gestion d'affaires, la répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié), seule la répétition de l'indu répond véritablement à la logique de l'enrichissement injustifié, tandis que la comparaison des deux autres quasi-contrats a montré la très grande proximité entre la gestion d'affaires et l'actuelle action d'enrichissement injustifié¹⁴¹³. Aussi, la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié

¹⁴¹³ Sur cet aspect voir *supra* n° 299s.

invite également à revoir les frontières de la gestion d'affaires, afin d'y inclure, au moins en partie, l'actuelle action d'enrichissement injustifié. Sans une séparation claire et nette entre ces deux sources d'obligation, le risque est de retomber dans les incohérences du droit positif. Une attention particulière doit donc être portée à la nécessaire dissociation entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié (I), ce qui n'empêche pas que des liens peuvent exister entre ces deux sources (II).

I : La dissociation entre gestion d'affaires et enrichissement injustifié

441. Deux sources autonomes d'obligation. La gestion d'affaires n'a jamais eu pour objectif de réattribuer un enrichissement, mais seulement de faire peser les conséquences de la gestion sur le maître, plutôt que sur le gérant. Il est ainsi temps de rétablir les frontières et la distinction entre enrichissement injustifié et gestion d'affaires, cette dernière ne devant plus être considérée comme un cas particulier d'enrichissement injustifié. Cette entreprise est toutefois rendue plus complexe en raison de l'état du droit positif, qui non seulement associe la gestion d'affaires à l'enrichissement injustifié, mais qui, de surcroît, s'est inspiré du régime de la gestion d'affaires pour élaborer l'actuelle action d'enrichissement injustifié¹⁴¹⁴. Cet état a évidemment été facilité par l'appréhension très large de la notion d'enrichissement, qui est finalement devenue synonyme d'un simple avantage. La distinction entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié nécessite donc de faire en premier lieu une distinction entre l'octroi d'un enrichissement injustifié et un simple avantage conféré à autrui (A), ce qui permettra, en second lieu, d'envisager la place qu'occupe l'actuelle action d'enrichissement injustifié au sein de la nouvelle conception proposée (B).

A) La distinction entre un enrichissement injustifié et un avantage conféré à autrui

442. La violation d'un droit exclusif et la prise en charge d'une dépense incombant à un tiers. Si dans la plupart des cas de gestion d'affaires il y a bien un avantage qui est conféré au maître, cet avantage ne correspond pas toujours à un enrichissement et, si tel est le cas, il y aura très rarement un lien d'exclusivité entre cet enrichissement et le gérant. En effet, bien souvent l'action du gérant n'a que pour seule conséquence d'éviter une dépense au

¹⁴¹⁴ Sur le fait que l'actuelle action d'enrichissement injustifié n'est pas fondée sur l'enrichissement injustifié, mais sur la gestion d'affaires, voir *supra* n° 223.

maître, ce qui n'est pas constitutif d'un enrichissement au sens où nous l'entendons¹⁴¹⁵. Et dans les quelques cas où le gérant a procuré une plus-value au maître de l'affaire, cette plus-value revient en réalité au maître, car elle porte sur un bien appartenant exclusivement à ce dernier. Dit autrement, le maître de l'affaire n'a pas, en profitant de l'avantage conféré ou en conservant la plus-value octroyée, violé un droit exclusif du gérant, en s'appropriant un enrichissement qui aurait dû revenir au gérant. Le gérant s'est immiscé dans les affaires d'une tierce personne, il ne peut donc avoir aucun droit exclusif sur l'éventuelle plus-value conférée à un bien qui appartient au maître. Ainsi, par principe, les cas de cumul sont rares, c'est-à-dire qu'une hypothèse où une même personne aurait simultanément, contre une autre¹⁴¹⁶ une action fondée sur l'enrichissement injustifié et une autre fondée sur la gestion d'affaires est exceptionnelle. Il n'est pas possible d'avoir, à la fois, un droit sur l'enrichissement (la plus-value) et un droit au remboursement des dépenses liées à la gestion, le principe étant que celui qui profite de la plus-value doit aussi en supporter les charges (*ubi emolumentum, ibi onus*). C'est pour cela qu'il nous paraît profondément incohérent d'associer la gestion d'affaires à l'enrichissement injustifié, l'un étant en réalité exclusif de l'autre. La position même du gérant impliquant qu'il ne peut avoir de droit exclusif sur le moindre enrichissement procuré au maître. En revanche, si le gérant ne peut prétendre à un droit sur l'enrichissement, il peut obtenir le remboursement de ses dépenses ou la réparation de ses éventuels dommages.

443. La gestion d'affaires : une logique de représentation. Fondamentalement, la gestion d'affaires suppose une intervention en faveur d'un tiers, alors que dans l'enrichissement injustifié, le demandeur n'agit que pour protéger ses intérêts et préserver la valeur de son patrimoine. Même si le gérant n'a pas nécessairement eu la volonté d'agir en faveur d'un tiers, le résultat est que son action n'a finalement d'intérêt que pour une seule personne : le maître de l'affaire. L'acte réalisé par le gérant aurait en réalité dû être accompli par le maître, contrairement à l'enrichissement injustifié où il est davantage question de corriger au mieux les conséquences d'un transfert vicié. Dans la gestion d'affaires, l'objectif poursuivi n'est absolument pas de corriger un acte ou de rétablir la situation si l'acte n'avait pas été réalisé ; le but est, au contraire, de consolider la situation et de faire comme si le

¹⁴¹⁵ Selon la nouvelle définition proposée *supra* n° 381, qui suppose que le défendeur ait reçu quelque chose d'appropriable qui augmente la valeur de son patrimoine.

¹⁴¹⁶ En revanche, il est possible que l'un dispose d'une action en enrichissement injustifié tandis que l'autre dispose d'une action en gestion d'affaires, sur cette possibilité, qui se trouve en cas d'impenses, voir *infra* n° 480.

maître avait requis l'acte. En ce sens, il est possible de comprendre pourquoi la gestion d'affaires est souvent regardée comme le quasi-contrat par excellence. Il est bien question de faire comme si un contrat avait été conclu entre le gérant et le maître, même s'il est totalement inutile de conserver la notion de quasi-contrat pour le seul cas de la gestion d'affaires¹⁴¹⁷. Le résultat de l'intervention étant acquis au maître, il doit également prendre en charge les dépenses liées à l'intervention. Le gérant n'est qu'un intermédiaire.

Il n'est pas inintéressant de faire un parallèle avec le droit anglais qui peut parfois utiliser, pour des cas d'intervention dans les affaires d'autrui, le mécanisme, certes très controversé, de l'*agency of necessity*. L'idée d'*agency* renvoie globalement à une idée de représentation et l'*agency of necessity* fait référence à des situations où le représenté n'a rien requis de la part du représentant, qui agit bien souvent dans l'urgence et qui peut, de ce fait, espérer obtenir une compensation¹⁴¹⁸. Bien que ce mécanisme puisse être contesté, car il repose sur un fonctionnement similaire à celui des *implied contracts*¹⁴¹⁹, le recours à l'idée d'*agency* est intéressante et nous semble plus pertinente que le recours artificiel à l'*unjust enrichment*¹⁴²⁰. En effet, que ce soit en droit anglais ou en droit français, l'objectif est dans tous les cas de faire peser les actions d'une personne (gérant ou *agent*) sur une autre personne (maître ou *principal*). Parfois, à l'instar du droit français, la protection du gérant/représentant va plus loin, puisqu'en plus du remboursement des dépenses, le droit lui accorde une compensation pour les éventuels dommages qu'il aurait subis pendant son intervention¹⁴²¹.

¹⁴¹⁷ En ce sens, voir F. ZENATI-CASTAING, T. REVET, *op. cit.*, p.423-424.

¹⁴¹⁸ Voir notamment J. KORTMAN, *op. cit.*, p.166-168.

¹⁴¹⁹ C'est-à-dire que la représentation (*agency*) est censée exister quand le droit l'estime nécessaire.

¹⁴²⁰ Pour les critiques et les différences entre l'*unjust factor necessity* et la gestion d'affaires, voir *supra* n° 132.

¹⁴²¹ Art. 1301-2 al. 2 du Code civil : « Il [le maître] rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion ».

B) L'éviction de l'actuelle action d'enrichissement injustifié

444. L'intégration à la gestion d'affaires. L'objectif de cette nouvelle conception de l'enrichissement injustifié est de débarrasser cette source d'obligation de toutes les hypothèses qui répondent à une logique étrangère à la restitution d'un enrichissement. Or, l'actuelle action d'enrichissement injustifié vise à compenser une perte, il est donc nécessaire lui redonner sa juste qualification. L'actuelle action d'enrichissement injustifié se distingue cependant de la responsabilité en ce que le demandeur a, bien souvent, provoqué sa propre perte, ce qui rapproche cette action de la gestion d'affaires. La limitation de la gestion d'affaires aux seuls cas de gestion altruiste ou de gestion consciente des affaires d'autrui est même à l'origine de l'action *de in rem verso*¹⁴²². Il est donc question de rétablir la véritable qualification de cette action, mais en lui apportant des limites convenables et un régime plus adapté. Cette requalification de l'action actuelle d'enrichissement injustifié en gestion d'affaires implique plusieurs conséquences. Même si la mal nommée action d'enrichissement injustifié répond à une logique de gestion d'affaires, il nous semble tout de même qu'il faut maintenir une distinction entre la gestion altruiste, où le gérant mérite une meilleure protection, et la gestion d'affaires intéressée¹⁴²³. Les conditions d'application ne seront donc pas strictement identiques d'où la nécessité d'établir une distinction (1°), ce qui aura évidemment des conséquences sur les remèdes qui pourront être octroyés au gérant (2°).

1°) Une distinction entre gestion altruiste et gestion intéressée

445. Une nécessaire extension de la gestion d'affaires. Même s'il nous semble que le cœur de la gestion d'affaires réside dans l'action spontanée et altruiste¹⁴²⁴, le droit positif

¹⁴²² Sur cet aspect et le fait que l'action d'enrichissement injustifié n'est jamais restée qu'une gestion d'affaire intéressée mal nommée et inadaptée, voir *supra* n° 305.

¹⁴²³ Ce deuxième type de gestion d'affaires regroupant tous les cas où le gérant n'a pas agi dans le but d'aider autrui, soit parce qu'il n'avait tout simplement pas conscience de gérer les affaires d'autrui, soit parce qu'il agissait en partie dans son intérêt personnel.

¹⁴²⁴ Selon le professeur Bout, il s'agit même de la seule hypothèse qui puisse être réellement qualifiée de gestion d'affaires, voir R. BOUT, th. préc., n°73 et n°200. Il est vrai qu'en principe l'immixtion dans les affaires d'autrui n'est pas admise, de telle manière qu'elle ne deviendrait tolérée que lorsqu'elle est mue par une intention altruiste (en ce sens voir S. PELLET, « L'altruisme est encore une condition de la gestion d'affaires ! », *LEDC* n°4, 2015, p. 4). Il est toutefois possible de penser que lorsqu'une dépense a été réalisée par le demandeur, par erreur, alors qu'elle n'a d'intérêt exclusif que pour un tiers, il est possible d'envisager la gestion d'affaires (voir *infra* n° 447).

démontre qu'il est sans doute excessif de limiter la gestion d'affaires aux seules hypothèses de gestion altruiste. Le risque d'une gestion d'affaires conçue de manière restrictive est d'ailleurs bien connu. Les juges et les plaideurs seront tentés de passer par une autre source d'obligation, le plus souvent l'enrichissement injustifié, comme le montre parfaitement le droit français. Dans une moindre mesure, cette tendance peut aussi être notée en droit anglais, qui ne connaît pas de réel équivalent à la gestion d'affaires et qui, dans certains cas pour le remboursement des dépenses, passe par l'*unjust factor necessity*¹⁴²⁵. Or l'*unjust enrichment* n'est pas véritablement adapté à ces cas. De ce fait, soit l'objectif poursuivi – accorder une compensation à l'intervenant méritant – n'est pas atteint, soit il l'est mais au prix d'une entorse aux principes de l'*unjust enrichment*¹⁴²⁶. Seulement, contrairement au droit français qui a construit l'enrichissement injustifié à partir de la gestion d'affaires, le droit anglais a suivi un chemin opposé : les juristes anglais ont d'abord développé un droit de l'*unjust enrichment* à partir du paiement erroné, et ont ensuite tenté de combler (maladroitement) l'absence de gestion d'affaires par un *unjust factor* spécifique. Les conséquences sur la cohérence de cette source d'obligation sont donc moindres qu'en droit français, mais le fait que les juristes anglais tentent de trouver un moyen de couvrir des situations proches, en droit français, de la gestion d'affaires montre qu'il est difficile de se passer entièrement de cette source d'obligation.

Ces relations un peu troubles entre ces deux sources d'obligation ont pu donner l'impression d'une certaine proximité. Il nous semble cependant que cela tient moins à une proximité de raison qu'au fait que ces deux sources sont largement considérées comme subsidiaires et secondaires, par rapport aux deux principales (le contrat et la responsabilité civile), de sorte qu'elles font l'objet d'études bien moins approfondies et sont reléguées au rang « d'autres sources d'obligation ». Le droit français dispose pourtant d'un avantage par rapport au droit anglais, puisqu'il connaît la figure de la gestion d'affaires. La principale difficulté concerne les limites à trouver pour limiter la gestion d'affaires intéressée, limites qui sont plus difficiles à établir que pour la gestion altruiste, où la condition d'une intention altruiste permet de faire un tri. Le recours à l'action d'enrichissement injustifié a d'ailleurs pu donner l'illusion d'une limite, celle de l'enrichissement du maître, qui permettrait de mieux contenir le cas où une personne peut obtenir le remboursement d'une dépense.

¹⁴²⁵ Voir *supra* n° 129s.

¹⁴²⁶ Il est d'ailleurs à noter qu'il s'agit d'un des *unjust factors* les plus contestés, au moins dans son appartenance à l'*unjust enrichment*.

Cependant, cette limite s'est avérée être un leurre, la condition d'enrichissement n'ayant aucune substance¹⁴²⁷. Il est donc nécessaire de tenir compte de cette lacune initiale – l'absence de limite suffisante – afin d'étendre la gestion d'affaires à des cas actuellement traités par l'action d'enrichissement injustifié, qui correspondent à des immixtions sans intention de gérer de la part du demandeur.

446. Une distinction selon l'intention du gérant. Au stade de la caractérisation de la gestion d'affaires, s'il est dans tous les cas nécessaire d'établir que l'acte a été utile au gérant, la condition d'utilité demeure insuffisante. En plus de cette première condition, il appartient au gérant d'établir un autre élément, mais il existe ici une alternative entre la gestion d'affaires altruiste et la gestion d'affaires intéressée. En effet, soit le gérant doit établir qu'il a agi, au moins en partie¹⁴²⁸, dans l'intention de gérer les affaires d'autrui, soit, en l'absence de cet élément, il doit établir que son acte n'avait d'intérêt que pour le maître de l'affaire¹⁴²⁹. D'une certaine manière, il s'agit, dans la seconde hypothèse, de remplacer un intérêt « subjectif », la volonté d'aider un tiers, par un intérêt « objectif » : l'acte en lui-même ne sert que les intérêts d'un tiers, peu important l'état d'esprit de son auteur. Cette deuxième version de la gestion d'affaires, qui nécessite un intérêt « objectif », est actuellement traitée par l'action d'enrichissement injustifié. Le gérant doit ainsi caractériser l'une ou l'autre de ses conditions (l'intention de gérer ou l'intérêt exclusif du maître) afin de disposer d'une action contre le maître de l'affaire. L'intention « mixte » du gérant, c'est-à-dire le fait qu'il existe à la fois un intérêt personnel du gérant et un intérêt altruiste, suffit pour que la gestion d'affaires soit considérée comme altruiste. Néanmoins si cette intention mixte n'a pas d'incidence sur l'existence de l'action, cette intention a une incidence au niveau de ses effets¹⁴³⁰.

447. Une gestion réalisée dans le seul intérêt du maître de l'affaire. Dans l'hypothèse où le gérant n'a pas agi par altruisme, il faut, en plus de la condition d'utilité, que le gérant établisse que son acte n'a d'intérêt que pour le maître. Ces deux conditions ne coïncident pas. S'il est simplement admis qu'une gestion utile oblige le maître, le risque est d'ouvrir

¹⁴²⁷ Sur la manière dont l'enrichissement est apprécié dans l'actuelle action d'enrichissement injustifié, voir *supra* n° 282s.

¹⁴²⁸ Ce qui est dorénavant admis par l'article 1301-4 al.1 du Code civil qui dispose que : « L'intérêt personnel du gérant à se charger de l'affaire d'autrui n'exclut pas l'application des règles de la gestion d'affaires ».

¹⁴²⁹ Pour la différence entre utilité et intérêt voir le paragraphe suivant, *infra* n° 447.

¹⁴³⁰ Sur les effets, voir les paragraphes suivants *infra* n° 449s.

la gestion d'affaires aux hypothèses où le gérant a accompli un acte qui lui profite principalement, alors que son acte a des répercussions positives sur d'autres personnes, comme dans l'hypothèse des enrichissements incidents¹⁴³¹. Il en va ainsi d'une personne qui obtient le raccordement de sa maison à l'électricité ou à l'eau courante, acte qui profite également incidemment à ses voisins. Indéniablement un tel acte est utile aux voisins, cependant si le « gérant » n'a agi que dans son intérêt personnel – il aurait fait de même, quand bien même il n'aurait pas eu de voisins –, il n'existe aucune raison de lui reconnaître une action contre ses voisins. Le célèbre exemple de Birks, à propos du chauffage d'un appartement qui chauffe également l'appartement du dessus, permettant ainsi au voisin de faire des économies d'énergie, peut aussi être utilisé¹⁴³². En ce cas également, l'acte est utile au voisin, mais il ne permet pas « gérant » d'obtenir une action contre son voisin.

L'objectif est ainsi de limiter l'action aux seuls cas où le gérant a réalisé un acte qui n'a finalement d'intérêt que pour une autre personne et non pour lui. Bien souvent, en pratique, cela impliquera une erreur du gérant qui pensait servir ses propres intérêts et qui, en réalité, a agi pour un tiers. Cependant, l'erreur du gérant n'est pas requise. Il faut simplement démontrer que l'acte sert uniquement les intérêts d'une personne tierce. Cela laisse la possibilité d'appliquer cette gestion d'affaires à certains cas d'anéantissement d'un contrat impliquant une prestation de service, partiellement ou intégralement exécutée au moment de l'anéantissement¹⁴³³. En ce cas, celui qui a exécuté la prestation de service, s'il ne peut plus se fonder sur le contrat, pourrait tout de même obtenir une indemnité sur le fondement de la gestion d'affaires, dès lors que la prestation réalisée n'a d'intérêt que pour le maître de l'affaire¹⁴³⁴. L'exigence d'un intérêt exclusif du maître revient à donner un sens plus étroit à la condition d'immixtion. Il ne peut y avoir de véritable immixtion si l'acte du

¹⁴³¹ Sur les enrichissements incidents, voir *supra* n° 145s. Le rapprochement est d'autant plus évident que ces hypothèses d'enrichissements incidents ne sont rendues possibles que parce que l'enrichissement est actuellement appréhendé comme un synonyme, ou presque, d'utilité.

¹⁴³² Sur ce fameux exemple, voir *supra* n° 145.

¹⁴³³ Voir *infra* n° 507s., sur la question des conséquences de l'anéantissement d'un contrat.

¹⁴³⁴ Peu important que le gérant ait réalisé initialement cette prestation en vue d'obtenir une rémunération, car en soi la prestation, par exemple le fait de rénover un immeuble, n'a d'intérêt que pour le propriétaire de l'immeuble et non pour l'entrepreneur. Il faut toutefois réserver l'hypothèse où les faits sont tels qu'une gestion d'affaires « altruiste » ou consciente avec une intention « mixte » puisse également être caractérisée après l'anéantissement du contrat, car les deux parties partagent un intérêt commun, ce qui pourrait notamment être le cas lorsque le contrat anéanti est un « contrat-coopération » (S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération*, préf. C. BRENNER, th. Paris II, Economica, 2012, sur la distinction avec le contrat-permutation, voir spéc. n°200s.).

« gérant » sert seulement les intérêts d'autrui incidemment, par simple effet « boule de neige ».

Pour mieux comprendre cette condition, il est intéressant de prendre l'exemple du paiement¹⁴³⁵ de la dette d'autrui, lorsque l'action est dirigée contre le véritable débiteur par celui qui a payé la dette. Le paiement n'a d'intérêt que pour un tiers (le véritable débiteur), qui est libéré de son obligation par ce paiement. Il faut préciser que l'intérêt de l'acte s'entend ici par un intérêt « objectif », c'est-à-dire qu'il n'est pas question de rechercher si le gérant avait l'intention d'agir dans l'intérêt du maître – sinon l'on en revient à la gestion altruiste – mais il suffit de constater que l'acte ne répond, en réalité, qu'à l'intérêt d'un tiers, peu important les considérations du gérant.

448. La qualification de gestion d'affaires. Cette gestion d'affaires, qui peut être qualifiée d'intéressée, peut susciter certaines interrogations et notamment la suivante : quel est l'intérêt de maintenir la qualification de gestion d'affaires, si les conditions sont différentes et si les effets peuvent varier entre la gestion altruiste et la gestion intéressée ? Malgré les différences qui peuvent exister entre la gestion d'affaires altruiste et la gestion d'affaires intéressée, il nous semble tout de même que ces deux cas répondent à une logique commune. L'objectif est dans tous les cas de répondre à une situation où une personne a accompli un acte qui avantage autrui, sans que ce dernier ne l'ait requis. Il est ainsi nécessaire de savoir dans quelles conditions une personne, le maître, peut être engagée par les actes d'un autre, alors même qu'elle n'a rien exigé. Il faut toutefois noter que s'il existe une condition qui varie, dans un cas l'intention altruiste, dans l'autre la nécessité d'un acte servant uniquement les intérêts du maître, les autres demeurent identiques. Dans tous les cas, il est requis que la gestion d'affaires soit utile et dans tous les cas, puisqu'il s'agit d'une représentation, le refus ou l'opposition du maître écarte toute action du gérant contre le maître. De plus, il ne faut pas oublier que la gestion d'affaires ne se limite pas à l'action du gérant contre le maître, et que ce dernier dispose également d'une action contre le gérant. Ainsi, même si dans la gestion d'affaires intéressée le gérant n'a pas nécessairement conscience de s'immiscer dans les affaires d'autrui, notamment parce qu'il pensait gérer sa propre affaire, si le véritable

¹⁴³⁵ Ce qui suppose que l'action ne peut être tournée vers le créancier, qui aurait reçu paiement par une personne autre que son débiteur. En revanche, si ce n'est pas considéré comme un paiement et que le créancier ne peut conserver la somme reçue, en ce cas il pourra y avoir une action en enrichissement injustifié contre le créancier, et contre le créancier seulement.

maître s'aperçoit de cette immixtion, il peut exiger la poursuite de la gestion par le gérant ainsi que la réparation des dommages causés par le gérant pendant sa gestion (article 1301-1 du Code civil). Cette exigence se comprend d'autant mieux que le gérant, en cas de gestion intéressée, risque de désintéresser de l'affaire commencée, une fois réalisé qu'il ne gèrait pas sa propre affaire. Même involontaire, il y a tout de même une immixtion non requise dans les affaires d'autrui, ce qui exige une certaine protection du maître de l'affaire.

2°) Les conséquences sur le régime de la gestion d'affaires

449. Une gradation des effets en fonction de l'intention. S'il est nécessaire d'étendre le domaine de la gestion d'affaires à des cas où le gérant n'a pas entendu agir de manière altruiste, il faut aussi établir une gradation d'effets entre la gestion altruiste et la gestion intéressée. Entre ces deux extrêmes, il existe au moins une autre variante, désormais intégrée dans le Code civil à l'article 1301-4 et qui vise l'hypothèse médiane où le gérant a agi à la fois dans l'intérêt d'autrui et dans son intérêt personnel¹⁴³⁶. Il est ainsi possible d'imaginer une gradation des effets de la gestion d'affaires en fonction de l'intention plus ou moins altruiste du gérant. Pour cela, il faut distinguer les différents remèdes accordés au gérant : le gérant peut théoriquement espérer le remboursement des dépenses, la réparation des dommages subis lors de son intervention et potentiellement une rémunération pour le travail accompli.

450. Le remède de base : le remboursement des dépenses. Il s'agit du remède de base de la gestion d'affaires, qui est lié à l'exigence d'un acte utile. En effet, l'utilité traduit l'idée que le maître aurait pu ou dû effectuer cette dépense lui-même. Aussi, peu importe l'intention du gérant, car même si ce dernier n'a pas eu conscience d'avoir géré l'affaire d'autrui, l'acte a tout de même été utile à une autre personne, qui est ainsi dispensée de l'accomplir elle-même. Il est évidemment possible de voir là une application de l'adage *ubi emolumentum, ibi onus* (là où est l'avantage, là doit être la charge). L'acte n'avantageant finalement que le maître, il ne paraît pas excessif de lui faire supporter la charge de cet acte. Ces dépenses recouvrent ainsi le coût de l'acte, et seulement cela. Tout type d'acte peut entraîner une telle réponse, que ce soit un acte juridique ou un simple acte matériel. Par

¹⁴³⁶ En ce cas, le fait qu'il existe une intention de gérer les affaires d'autrui implique que ce sont les conditions de la gestion d'affaires altruiste qui doivent être respectées pour que le gérant puisse avoir une action contre le maître, en revanche, s'agissant des effets, la loi prévoit une règle spéciale.

exemple, en cas d'impenses, le gérant, qui a accompli un acte de conservation ou d'amélioration d'un bien appartenant au maître, peut obtenir le remboursement découlant des dépenses de conservation ou d'amélioration (frais de plomberie, coût de la peinture...). Peu importe que le gérant ait eu ou non conscience d'accomplir un acte pour un tiers. Cette dépense n'avantage que le réel propriétaire du bien – le maître – qui doit dès lors en supporter toutes les charges. Il existe donc une contrepartie pour le maître, qui permet de justifier l'obligation qui lui est imposée. Cependant, lorsque le gérant a agi dans l'intérêt du maître (hypothèse d'une gestion altruiste), mais également dans son intérêt personnel, il faut répartir la charge des engagements et des dépenses « à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune » (article 1301-4 al. 2). Cette différence d'effet se justifie par le fait que l'acte sert également les intérêts du gérant, il n'y a donc pas de raison que le maître supporte seul le poids de la dépense.

451. Le remède exceptionnel : la réparation des dommages subis lors de l'intervention.

En revanche, la réparation des dommages subis lors de l'intervention¹⁴³⁷ ne doit être accordée que lorsque le gérant a eu l'intention d'agir pour autrui. En effet, cette fois-ci il n'existe aucune contrepartie ou avantage pour le maître, qui n'a, par principe, aucune raison de supporter la charge d'un dommage qu'il n'a pas causé. Si le gérant n'avait aucune intention de gérer, notamment parce qu'il pensait gérer sa propre affaire, un tel remède ne doit pas lui être accordé. D'une certaine manière, il s'agit de donner effet à sa croyance erronée ou au fait qu'il ait agi de manière intéressée : s'il avait véritablement géré son affaire et s'il avait, à cette occasion, subi un dommage, il n'aurait pu se retourner contre un tiers. L'absence d'intention de gérer le rend moins digne de protection et ne permet pas de justifier qu'un tiers, le maître, prenne en charge cette réparation en plus du remboursement des dépenses. Par contre, s'il y avait un intérêt partagé, la charge devrait être répartie à proportion des intérêts, comme en dispose l'actuel article 1301-4. Un tel exemple pourrait se retrouver dans le cas des concubins, si les conditions précitées sont remplies et que l'un des concubins a agi, au moins en partie, pour l'autre¹⁴³⁸.

¹⁴³⁷ Par exemple, il est possible que le gérant se soit blessé lors de l'intervention ou qu'il ait endommagé l'un de ses biens personnels.

¹⁴³⁸ En ce sens, voir également F. CHENEDE, « La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins ? », *D.2017.71s.*, qui estime que la gestion d'affaires permettrait d'évincer « la logique abrupte du tout ou rien, en permettant aux conseils et aux magistrats d'adopter une voie médiane – un juste milieu – entre la compensation intégrale des pertes, assurément excessive lorsque le concubin est intéressé, et le refus de toute indemnisation, sans doute injuste lorsque son partenaire en a également profité ».

452. Le refus total : l'octroi d'une rémunération. Contrairement à d'autres systèmes juridiques, notamment le droit allemand¹⁴³⁹, le droit français refuse traditionnellement d'accorder une rémunération au gérant, professionnel ou non. Cette solution doit, nous semble-t-il, être conservée dans tous les cas de gestion d'affaires. En effet, à partir du moment où l'intervention n'a pas été requise, il ne nous semble pas possible d'imposer le paiement d'une rémunération au maître. D'ailleurs, puisque la gestion d'affaires est souvent comparée au mandat, l'article 1999 n'oblige le mandant à verser une rémunération que lorsqu'elle a été promise. Ainsi, l'octroi d'une rémunération suppose nécessairement un accord du débiteur de cette obligation, car ce qui fait la valeur d'un service est l'acceptation de celui qui reçoit le service. À moins que le gérant ne parvienne par la suite à un accord avec le maître (qui a toujours la possibilité de ratifier la gestion et d'y ajouter une rémunération), l'octroi d'une rémunération relève intégralement de la sphère contractuelle et est totalement exclue de celle de la gestion d'affaires. Ce qui signifie que, même lorsque la gestion d'affaires a vocation à s'appliquer à l'hypothèse d'un anéantissement d'un contrat impliquant une prestation de service, le « gérant » qui a effectué la prestation de service perd son droit à rémunération, si jamais il ne peut plus se fonder sur le contrat¹⁴⁴⁰.

II : Les liens entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié

453. L'absence de subsidiarité. Avec cette nouvelle conception, la gestion d'affaires n'est plus regardée comme une application particulière de l'enrichissement injustifié, mais comme une source autonome d'obligation. En conséquence, l'enrichissement injustifié n'est plus subsidiaire à la gestion d'affaires et ne peut être utilisée comme une roue de secours pour le « pseudo » gérant. Bien au contraire, en raison de leur finalité bien distincte, une même personne ne saurait bénéficier à la fois de l'action contraire de la gestion

¹⁴³⁹ Le droit allemand permet en effet au gérant professionnel d'obtenir une rémunération pour le service accordé (voir *supra* n° 65). Cette solution est justifiée par l'idée qu'elle inciterait ainsi les professionnels à agir spontanément. Il est difficile de savoir si cet argument est vrai en pratique, en particulier s'agissant de situations urgentes (même si l'urgence n'est pas une condition de la gestion d'affaires). Il n'est pas certain que le premier réflexe du gérant, même professionnel, soit de songer à l'éventuelle rémunération qu'il pourrait obtenir. Par ailleurs, cela suppose bien évidemment que cette règle soit connue de la plupart, ce qui est sans doute peu vraisemblable, même de la part de professionnels.

¹⁴⁴⁰ Nous verrons que cette hypothèse sera, en réalité, rare car il faudra véritablement une impossibilité de se fonder sur le contrat, le simple anéantissement d'un contrat n'emportant pas automatiquement cet effet, et il est possible, dans certains cas, de faire une application partielle du contrat qui aura été exécuté (voir *infra* n° 504s.).

d'affaires et de l'enrichissement injustifié contre une même personne. Ces deux qualités (gérant/demandeur en enrichissement injustifié) ne peuvent se cumuler¹⁴⁴¹. Ainsi, les liens entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié sont déplacés. S'il n'est pas possible pour un gérant de recourir à l'enrichissement injustifié, il est en revanche possible d'imaginer que l'enrichissement injustifié soit invoqué par le maître de l'affaire. De même, si le défendeur est obligé de restituer l'enrichissement, il peut envisager de recourir à la gestion d'affaires pour que soient prises en compte les éventuelles dépenses effectuées et être ainsi considéré comme un gérant.

454. Le recours à l'enrichissement injustifié par le maître de l'affaire.

Traditionnellement, l'enrichissement injustifié est, en droit français, envisagé comme une roue de secours pour le gérant, lorsque les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies, comme le démontre d'ailleurs l'article 1301-5¹⁴⁴². En revanche, l'enrichissement injustifié est rarement envisagé comme une action en faveur du maître de l'affaire, notamment lorsque le gérant a recueilli un enrichissement qui aurait dû revenir au maître. Pourtant, cette question peut être particulièrement importante lorsque toutes les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas caractérisées. Une question qui se pose alors est de savoir si cela tient simplement en échec l'action que le gérant peut avoir contre le maître, ou si cela concerne également l'action que le maître peut avoir contre le gérant ? Les dispositions du Code civil n'apportent aucune réponse claire¹⁴⁴³ et la doctrine n'envisage pas toujours expressément cette hypothèse¹⁴⁴⁴. C'est surtout l'obligation de rendre compte qui pourrait poser difficultés, si un « pseudo » gérant avait détourné un profit qui aurait dû revenir au maître de l'affaire (réception d'un paiement, comme la perception d'un loyer par exemple). Le droit allemand est de ce point de vue plus instructif car, lorsque la gestion d'affaires n'est pas caractérisée, il est possible pour le maître d'obtenir tout de même la restitution de tout ce que le « pseudo » gérant aurait pu percevoir par un renvoi aux règles de l'enrichissement injustifié¹⁴⁴⁵. Au regard de la nouvelle conception de l'enrichissement

¹⁴⁴¹ Il n'est pas possible en effet de faire d'un côté supporter les charges à une personne (gestion d'affaires) et, de l'autre, demander le bénéfice (enrichissement injustifié).

¹⁴⁴² « Si l'action du gérant ne répond pas aux conditions de la gestion d'affaires mais profite néanmoins au maître de cette affaire, celui-ci doit indemniser le gérant selon les règles de l'enrichissement injustifié ».

¹⁴⁴³ Les dispositions du Code civil laisseraient plutôt entendre que la gestion d'affaire doit être vue comme un tout, c'est-à-dire que les obligations pesant sur le gérant à l'égard du maître, ne naissent véritablement que si toutes les conditions de la gestion sont réunies, notamment l'article 1301 précise bien que c'est celui qui « gère sciemment et utilement l'affaire » qui est soumis à toutes les obligations d'un mandataire.

¹⁴⁴⁴ Voir toutefois J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁴⁵ Voir G. DANNEMANN, *op. cit.*, p. 104.

injustifié proposée dans cette thèse, dans un tel cas, les éléments de l'enrichissement injustifié seront bel et bien réunis, puisque le gérant a reçu un enrichissement, sans le consentement du maître et sur lequel ce dernier dispose d'un droit exclusif.

455. Le recours du défendeur à la gestion d'affaires : la théorie des impenses. Dans l'hypothèse où le défendeur a reçu un bien de manière injustifiée et qu'il est tenu de restituer, sur le fondement de l'enrichissement injustifié, il reste possible de rendre la charge un peu moins lourde, en arguant qu'il a amélioré le bien ou réalisé des dépenses pour sa conservation. En supposant que ces dépenses aient été utiles et qu'elles répondent à l'intérêt exclusif du demandeur, il serait possible de recourir à la gestion d'affaires, via ce qui est couramment appelé la théorie des impenses¹⁴⁴⁶. Traditionnellement, elle est perçue comme une application de l'enrichissement injustifié, mais cette analyse nous semble erronée, dans la mesure où les impenses ont en réalité toujours pour effet de rembourser les dépenses effectuées, et donc de compenser la perte subie par le défendeur/gérant. Les impenses relèvent donc pleinement de la gestion d'affaires. La théorie des impenses agit comme un correctif, puisqu'en principe les restitutions prennent en compte la valeur du bien au jour des restitutions, ce qui signifie que les éventuelles plus-values, même apportées par le gérant, profitent au créancier de l'obligation de restitution. Ainsi, lorsqu'il n'y aura pas de remise du bien, mais des restitutions, les impenses viendront en déduction de ce que le gérant/défendeur devra restituer au demandeur. Cela permet de respecter le principe selon lequel celui qui profite de la plus-value doit aussi en supporter les charges.

Section II : Le nouveau contenu de l'enrichissement injustifié

456. La fin d'une multitude d'actions. À l'heure actuelle, l'enrichissement injustifié est éclaté en une multitude d'actions, comprenant les trois quasi-contrats (action d'enrichissement injustifié, répétition de l'indu et gestion d'affaires), sans compter les actions qui sont parfois rattachées à l'idée d'enrichissement injustifié, à l'instar des récompenses, de l'accession ou encore des impenses. La nouvelle conception permet de ne retenir qu'une action unique, qui permet d'inclure certains cas (répétition de l'indu et accession notamment) et d'exclure ceux qui ne répondent pas à une logique d'enrichissement injustifié (outre la gestion d'affaires, les récompenses et les impenses).

¹⁴⁴⁶ Sur cette théorie et son intégration à la gestion d'affaires, voir *infra* n° 480.

Cependant, avant d'envisager plus précisément le contenu de la nouvelle action et ce qu'elle peut englober, il est nécessaire d'insister sur sa nature personnelle (I). Ce n'est qu'une fois sa nature fixée, qu'il sera possible de préciser la manière dont cette nouvelle action se concilie avec les actions actuelles (II).

I) Une action de nature personnelle

457. Le refus d'un droit réel. L'état du droit positif est actuellement assez ambigu, du moins s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié. En effet, l'arrêt *Boudier* pouvait donner l'impression que l'action d'enrichissement injustifié était en quelque sorte une action réelle, donnant la possibilité à l'appauvri d'agir contre toute personne ayant récupéré l'enrichissement, comme s'il disposait d'un droit de suite¹⁴⁴⁷. Cela ne reflète pas la nature de l'enrichissement injustifié qui doit, à l'instar de la répétition de l'indu, rester une action strictement personnelle, car l'enrichissement injustifié vise à préserver le patrimoine dans sa valeur. Cette nature personnelle de l'action a pour avantage de mieux la distinguer de l'action en revendication et respecte également la tradition française, qui tend à dissocier strictement les droits personnels des droits réels¹⁴⁴⁸. Il est vrai que, s'agissant du droit positif, certains auteurs ont défendu la nature réelle de la répétition de l'indu¹⁴⁴⁹. Selon eux, le recours contre l'*accipiens* est justifié par l'idée que le *solvens* est toujours propriétaire, l'action en répétition de l'indu ne serait ainsi qu'une action en revendication¹⁴⁵⁰. Il nous semble cependant que cette idée doit être écartée et ce pour au moins deux raisons. La première tient au fait que le raisonnement est sans doute partiel et opère un raccourci. C'est une chose d'affirmer que la répétition de l'indu protège un droit de propriété initial, ce que nous pensons également, c'en est une autre d'affirmer que cela implique nécessairement que le *solvens*/demandeur ait conservé la propriété de la chose et qu'il s'agit donc

¹⁴⁴⁷ Cela résulte non seulement du fait que, en l'espèce, il s'agissait d'un cas d'enrichissement indirect, mais également au fait que la Cour affirme qu'il suffit que « le demandeur allègue ou offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit » (Req., 15 juin 1892, déc.préc.).

¹⁴⁴⁸ Même s'il existe des débats sur l'existence d'une obligation réelle, le droit français est globalement plus réticent à admettre qu'une source d'obligation puisse avoir pour effet de reconnaître un droit réel au créancier, ce qui n'est pas le cas de tous les systèmes juridiques, à l'instar du droit anglais, qui peut admettre, dans certaines circonstances encore assez obscures que l'*unjust enrichment* puisse créer, au profit du demandeur, un droit sur l'enrichissement et notamment un *trust*.

¹⁴⁴⁹ Qui constitue, selon nous, la seule véritable application de l'enrichissement injustifié au sein des quasi-contrats. Les arguments utilisés pour la répétition de l'indu peuvent donc être étudiés pour examiner leur pertinence au regard de la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié proposée.

¹⁴⁵⁰ Voir notamment W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession, Éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. dactyl. Nancy II, 2000, n°325s.

nécessairement d'une action réelle en revendication¹⁴⁵¹. Il nous semble assez artificiel d'y voir une action réelle à partir du moment où l'objet de cette action ne porte pas sur le bien en lui-même, mais seulement sur sa valeur. Il faut toutefois concéder que cet argument n'est pas absolu et qu'il est difficile de s'accorder, au fond, sur ce qui permet véritablement de qualifier une action de réelle ou de personnelle¹⁴⁵², ce qui nous amène à la seconde raison. La principale raison justifiant le refus d'une action de nature réelle tient au choix du régime. Cette solution, qui peut paraître insatisfaisante d'un point de vue strictement intellectuel, est sans doute inévitable à défaut d'accord sur ce qui constitue naturellement une action réelle ou une action personnelle. Le choix d'une action personnelle accorde au demandeur un droit de gage général sur le patrimoine du défendeur, mais l'empêche en revanche d'agir contre des tiers, qui auraient par la suite profité de l'enrichissement. Ainsi, l'une des principales conséquences de la nature personnelle de l'action est que, par principe, le demandeur ne peut agir que contre celui qui s'est enrichi à ses dépens, c'est-à-dire le premier à avoir reçu l'enrichissement. La nature personnelle de l'action est un frein à l'admission de l'enrichissement indirect, qui ne devrait dès lors être admis qu'en cas de circonstances exceptionnelles, qui se rapprochent, par analogie, des cas d'enrichissements directs.

458. Une fausse exception. – La représentation. Avant de mentionner les possibles exceptions au refus des enrichissements indirects, il faut mentionner une possibilité qui paraît proche d'un enrichissement indirect, mais qui relève en réalité d'un enrichissement direct. Que faut-il faire lorsqu'une personne reçoit effectivement un gain pour le compte d'une autre ? La personne qui reçoit juridiquement le gain dans son patrimoine doit-elle être considérée comme un tiers, empêchant ainsi par principe le demandeur d'agir contre elle ? Il nous semble en ce cas que la première personne recevant le gain, le représentant, ne doit pour ainsi dire pas être comptabilisé, car juridiquement le gain fait partie du patrimoine du représenté, qui doit dès lors être considéré comme le seul défendeur, à charge pour lui d'agir

¹⁴⁵¹ Sur cet aspect voir déjà les réflexions de C. WEBB, *op. cit.*, p.86 qui estime que le fait que la propriété ait pu être transférée au défendeur n'interdit pas au droit de reconnaître une action au demandeur, mais permet au contraire de concilier les intérêts des parties : « That titles passes means that the claimant's interest in that asset does not receive complete protection, not that it receives none. Again: it is simply a mistake to think that interests can be protected only un full or not at all, and hence it is a mistake to think that unjust enrichment claims may serve a claimant's interest in his asset only where his title remains ».

¹⁴⁵² La question de savoir ce qu'est véritablement une action personnelle par opposition à une action réelle est à vrai dire, d'un point de vue théorique, relativement complexe et ne semble pas avoir trouvé de conclusion absolument satisfaisante.

contre son représentant si ce dernier n'a pas respecté son obligation de rendre compte. Lorsqu'il existe un mandat entre le représentant et le représenté, la situation est relativement claire. Le demandeur doit se diriger vers le mandant, sans recours contre le mandataire. Même s'il n'est sans doute pas question de représentation *stricto sensu*, il faut également mentionner le cas où un enrichissement serait reçu par un dépositaire, pour le compte du déposant. En ce cas, le véritable récipiendaire de l'enrichissement est réputé être le déposant et non le dépositaire. Ainsi, s'agissant d'un compte bancaire, le défendeur attiré est le titulaire du compte et non la banque qui reçoit les fonds pour le compte de son client. Lorsque la représentation repose sur une situation de fait, en particulier la gestion d'affaires, une logique similaire devrait s'appliquer, à savoir que le demandeur ne pourrait agir qu'à l'encontre du maître de l'affaire, et non du gérant. Ces situations de représentation sont plutôt analysées en droit anglais comme des exceptions au refus de principe des enrichissements indirects¹⁴⁵³. Mais étant donné que, juridiquement, le bénéficiaire de l'opération est le représenté, le représentant n'étant qu'un simple intermédiaire, seul le premier doit être considéré comme étant la personne enrichie par le transfert. Il existe cependant des exceptions en cas de représentation imparfaite, comme pour le contrat de commission. En ce cas, l'enrichissement transite bien dans le patrimoine du commissionnaire et, à l'égard des tiers, il est réputé être le seul engagé. Cette solution n'est pas gênante pour le demandeur qui, en cas de représentation imparfaite, a toutes les chances d'ignorer l'existence du représenté. Il est donc plus facile pour lui d'agir contre le représentant, le commissionnaire par exemple.

459. Les véritables exceptions possibles. Les véritables exceptions se présentent lorsqu'un tiers a juridiquement perçu, dans son patrimoine, un gain qui lui a été transféré par le défendeur (ou une autre personne si la « chaîne » est plus longue, le défendeur initial l'a d'abord transféré à une première personne, qui l'a par la suite transféré à une autre...). En ce cas, l'idée émise par Lord Reed dans l'affaire *Investment Trust Company*¹⁴⁵⁴ est intéressante. Il estime en effet que le critère pour admettre un cas d'enrichissement indirect est la proximité de la situation avec celle d'un enrichissement direct¹⁴⁵⁵. Parmi ces

¹⁴⁵³ Voir *supra* n° 161s. il faut dire que les juristes anglais ont une conception beaucoup plus extensive de la représentation, notamment des cas de représentation non contractuelle, qui seraient effectivement des cas d'enrichissements indirects dans le sens où, au moins en droit français, l'enrichissement serait bien passé dans le patrimoine du tiers (voir le paragraphe suivant).

¹⁴⁵⁴ Voir *supra* n° 160.

¹⁴⁵⁵ Voir l'opinion de Lord Reed: « It has often been suggested that there is a general rule, possibly subject to exceptions, that the claimant must have provided a benefit to the defendant. The situations discussed in

situations, Lord Reed fait référence aux nombreux cas où le tiers peut être perçu comme un *agent* (représentant au sens large) de la personne ayant initialement reçu l'enrichissement ou celui du demandeur. Globalement, si l'on enlève les cas précédemment évoqués, qui relèvent en droit français de la représentation, il reste essentiellement une hypothèse dans laquelle il serait possible d'admettre l'enrichissement indirect, celui où le tiers est complice du défendeur initial¹⁴⁵⁶. Cette complicité est caractérisée par la connaissance par le tiers non seulement du transfert initial, mais surtout du fait que le défendeur n'a aucun droit sur cet enrichissement. Ce cas peut faire songer à une variante de fraude paulienne, où l'objectif du défendeur initial serait avant tout de sortir l'enrichissement de son patrimoine, pour le mettre à « l'abri » dans le patrimoine d'un tiers complice. Cette « fraude » aux droits du demandeur justifie qu'il puisse agir directement contre le tiers, en particulier si le défendeur initial est insolvable, car cette insolvabilité a précisément été organisée. Cette action est encore plus justifiée lorsque les faits révèlent que le tiers est en fait une société constituée ou contrôlée par le défendeur initial. En ce cas, la réalité « économique » est que le véritable bénéficiaire de l'enrichissement reste le défendeur initial, même si juridiquement il n'en est plus le titulaire. Les cas d'enrichissements indirects ne devraient être que restrictivement admis, lorsque, finalement, les transferts intermédiaires n'ont pas de réalité ou masquent seulement une volonté d'échapper aux poursuites.

460. Le cas particulier du paiement de la dette d'autrui. – Exclusion de l'enrichissement injustifié. Dans la décision *Investment Trust Company*, Lord Reed analyse également le paiement de la dette d'autrui comme un enrichissement indirect lorsque le demandeur agit contre le véritable débiteur, celui qui aurait dû payer. Cette analyse est *a priori* séduisante, car le débiteur n'a rien reçu ou n'a rien pris au demandeur, mais il a certainement reçu un avantage. Il est tentant d'affirmer qu'il importe peu de recevoir 100€ directement ou de voir payer sa dette de 100€, le résultat serait *in fine* identique. Cependant, cette manière d'appréhender le paiement de la dette d'autrui donne une autre signification à la notion d'enrichissement indirect. En effet, en ce cas il ne s'agit pas d'un gain qui serait passé du patrimoine du défendeur initial à un autre¹⁴⁵⁷. Simplement, le véritable débiteur a reçu un

the two preceding paragraphs can be reconciled with such a rule, if it is understood as encompassing a number of situations which, for the purposes of the rule, the law treats as equivalent to a direct transfer, in the sense that there is no substantive or real difference » (*Investment Trust Company*, déc. préc., n°50).

¹⁴⁵⁶ C'est-à-dire celui qui a reçu en premier l'enrichissement.

¹⁴⁵⁷ Par exemple, A réalise un virement erroné sur le compte de B, qui opère à son tour un virement sur le compte de C.

avantage indirect car une de ses dettes a été éteinte par le paiement réalisé par le demandeur. Ce cas ne présente pas de différence significative avec l'hypothèse d'une dépense épargnée, dont il est d'ailleurs en droit français l'une des illustrations. Or, il nous semble que ces cas ne relèvent pas de l'enrichissement injustifié, du moins pas lorsque l'action est intentée contre le véritable débiteur¹⁴⁵⁸. S'agissant plus particulièrement du paiement de la dette d'autrui, il serait plus intéressant de l'intégrer à la gestion d'affaires¹⁴⁵⁹, même si le gérant n'a pas eu conscience de payer la dette d'autrui¹⁴⁶⁰. S'il est artificiel d'y voir un enrichissement, au sens où nous l'entendons, le fait est que seul le véritable débiteur (à l'exclusion du créancier initial) avait un intérêt au paiement de la dette.

II) La conciliation avec les cas particuliers

461. La reconstitution de l'enrichissement injustifié. À l'heure actuelle, de nombreuses actions sont perçues comme des applications de l'enrichissement injustifié. Il n'est probablement pas possible d'en faire une liste exhaustive, mais le caractère particulièrement vague de l'enrichissement injustifié, tel qu'appréhendé en droit positif, a rendu cela possible. Il existe cependant quelques cas fréquemment associés à cette source d'obligation en droit positif. Il convient de vérifier si ces cas peuvent, selon notre conception, être encore fondés sur l'enrichissement injustifié. À cet égard, il faut mettre en avant deux cas qui présentent une proximité particulière : la répétition de l'indu, qui peut être absorbée à cette nouvelle action d'enrichissement injustifié (A), et l'accession, avec lesquels les liens sont plus étroits (B). Les deux autres principales applications actuelles (les récompenses et les impenses) doivent en être exclues (C).

A) L'absorption de la répétition de l'indu

462. Le coeur de l'enrichissement injustifié. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié, si elle est acceptée, rendrait inutile le maintien de la répétition de l'indu, qui serait purement et simplement absorbée par l'action générale retenue. Cette proposition d'absorption de la répétition de l'indu au sein d'une action générale d'enrichissement

¹⁴⁵⁸ Voir *supra* n° 366.

¹⁴⁵⁹ Lorsque, évidemment, les conditions de la subrogation ne sont pas remplies, ce qui sera assez rare en pratique.

¹⁴⁶⁰ Il serait ainsi question d'étendre la gestion d'affaires à des hypothèses qui relèvent actuellement de l'action d'enrichissement injustifié, qui serait donc intégrée à la gestion d'affaires, voir *infra* n° 443s.

injustifié n'est pas réellement novatrice. De nombreux auteurs l'ont déjà faite ou, du moins, il est fréquent d'affirmer que la répétition de l'indu est l'application par excellence de l'enrichissement injustifié. Par ailleurs, elle constitue le coeur historique de l'enrichissement injustifié, les « pères fondateurs » de cette source d'obligation, Grotius et Pufendorf, étant parti de ce cas pour construire cette source¹⁴⁶¹. Il s'agit d'ailleurs d'un cas qui se retrouve toujours dans l'enrichissement injustifié, quel que soit le système juridique envisagé. Cependant, cette absorption est, en l'état du droit positif, impossible en raison des trop grandes disparités entre l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu¹⁴⁶². Mais si l'on rétablit la véritable nature de cette action mal nommée et que l'on recentre l'enrichissement injustifié autour du transfert involontaire d'un bien, la répétition de l'indu s'insère facilement dans ce nouveau modèle. Tous les éléments s'y retrouvent : le demandeur dispose d'un droit exclusif – un droit de propriété – sur un bien qu'il transfère involontairement à un tiers, qui s'enrichit ainsi à ses dépens.

463. La nouvelle action d'enrichissement injustifié : une extension de la répétition de l'indu. L'enrichissement injustifié, tel que proposé dans cette thèse, vise essentiellement à étendre l'actuel domaine de la répétition de l'indu, en partant de ses éléments essentiels. Le changement tient plutôt à la perspective adoptée. Lorsqu'il est question de présenter la répétition de l'indu, il est classique d'insister sur l'indu, soit l'absence d'obligation justifiant le transfert, ainsi que sur le rôle du *solvens* qui verse directement l'enrichissement à l'*accipiens*. Une analyse plus détaillée de la répétition de l'indu en combinaison avec une approche comparative montre cependant qu'une autre approche est possible. D'autres éléments gagnent en importance : le caractère non volontaire du transfert¹⁴⁶³ et l'atteinte portée au droit de propriété initial du *solvens*. Il est dès lors possible d'entrevoir une extension de la répétition de l'indu, qui dispose en droit français d'un domaine relativement réduit. Si l'un de ses aspects principaux réside dans le caractère non volontaire de ce transfert, il est possible d'étendre l'action à des hypothèses où l'enrichissement n'a pas été transféré par le demandeur, mais où le défendeur s'est approprié cet enrichissement. C'est également ce point de départ, la répétition de l'indu, qui justifie l'exclusion totale des services de la sphère de l'enrichissement injustifié. Puisque cette nouvelle action d'enrichissement injustifié puise ces éléments essentiels et conditions dans la répétition de

¹⁴⁶¹ Voir *supra* n° 41s.

¹⁴⁶² Sur cet aspect voir *supra* n° 283s.

¹⁴⁶³ Qu'il s'agisse d'une absence totale de volonté ou d'une volonté viciée, par exemple par une erreur.

l'indu, il n'est pas nécessaire de maintenir cette dernière action, qui se retrouve intégralement absorbée au sein de l'enrichissement injustifié.

B) Le cas de l'accession

464. Accession et enrichissement injustifié. Les liens entre l'accession et l'enrichissement injustifié sont malheureusement très peu étudiés. Seul le professeur Dross analyse la différence entre la revendication en valeur, découlant des règles de l'accession, et les règles de l'enrichissement injustifié, à travers l'action en répétition de l'indu et l'action d'enrichissement injustifié (à l'époque enrichissement sans cause)¹⁴⁶⁴. Si M. Dross estime que le régime de cette revendication en nature est celui de la répétition de l'indu¹⁴⁶⁵, il écarte l'enrichissement injustifié, ou du moins l'action d'enrichissement injustifié, comme fondement des restitutions, et ce, notamment, en raison de l'inadaptation des règles de cette action, en particulier la règle du double plafond¹⁴⁶⁶. Cependant, il nous semble que l'enrichissement injustifié a un véritable rôle à jouer en la matière si l'on modifie la manière de concevoir cette source particulière d'obligation. Ce nouveau rôle n'efface pas pour autant les règles relatives à l'accession, mais il permet de revoir les relations entre d'un côté les règles du droit des biens (l'accession) et de l'autre les règles du droit des obligations (l'enrichissement injustifié). En effet le cas de l'accession constitue une hypothèse « complexe » d'enrichissement injustifié, car il y a initialement deux propriétaires de deux biens distincts, qui ont été associés ou incorporés, et non simplement le transfert d'un bien à une tierce personne. Les deux propriétaires ont donc tous deux un droit initial sur leurs biens respectifs et le nouveau bien, issu de l'accession, « mélange » deux biens qui appartiennent à deux propriétaires distincts. Potentiellement, les deux propriétaires, en vertu de leur droit initial sur leur bien, peuvent donc prétendre avoir un droit sur le nouveau bien, résultant de l'accession. Avec le mécanisme de l'accession, le droit français a fait le choix d'attribuer le nouveau bien à un seul de ces propriétaires, ce qui a pour conséquence de priver l'autre de la propriété de l'un de ses biens. Les règles relatives à l'enrichissement injustifié nécessitent alors au préalable l'identification du demandeur – celui qui dispose

¹⁴⁶⁴ Voir W. DROSS, th. préc., l'auteur envisage à la fois le fondement de la répétition de l'indu (spéc. n°324s.) et l'enrichissement sans cause (spéc. n°366s.).

¹⁴⁶⁵ *Ibid.*, n°308s.

¹⁴⁶⁶ W. DROSS, th. préc., n°366s. ce qui au regard du droit positif est correct, mais il nous semble que cela est dû au fait que l'action d'enrichissement injustifié n'est précisément pas une vraie action fondée sur l'idée d'enrichissement injustifié.

d'un droit exclusif antérieur sur un bien qu'il a involontairement transféré – et celle du défendeur – celui qui a reçu ce nouveau bien. Les règles de l'accession permettent d'apporter une réponse à cette première question, en identifiant le propriétaire du nouveau bien¹⁴⁶⁷, qui est le défendeur, et le propriétaire qui a perdu son droit de propriété sur le bien incorporé, qui est le demandeur. Lorsqu'un bien meuble est incorporé à un immeuble, la question est réglée de manière relativement simple puisque, par principe, le propriétaire de l'immeuble acquiert la propriété du tout. En revanche, cette identification est bien plus délicate s'agissant de l'incorporation ou de l'union de deux biens meubles, le Code civil n'apportant aucune solution tranchée en ce domaine qui est « entièrement subordonné aux principes de l'équité naturelle » (article 565). Une fois que les parties sont bien identifiées, ce sont les règles de l'enrichissement injustifié qui doivent prendre le relais s'agissant de l'évaluation des restitutions dues au propriétaire lésé et des éventuels moyens de défense mis à la disposition du défendeur.

465. La combinaison avec l'article 2276 du Code civil. Il est fréquemment affirmé que les règles relatives à l'accession mobilière ne présentent qu'un intérêt très limité, notamment en raison de l'application de la règle selon laquelle « en fait de meubles, la possession vaut titre »¹⁴⁶⁸. S'il est vrai que la jurisprudence est rare en ce domaine, l'accession mobilière et l'enrichissement injustifié peuvent tout de même jouer un rôle non négligeable. Cela est d'autant plus le cas que la règle posée à l'article 2276 du Code civil n'a vocation à jouer que dans le cadre d'une action en revendication et non lorsqu'il s'agit d'une action personnelle, comme c'est le cas de l'enrichissement injustifié¹⁴⁶⁹. Cela ne signifie pas pour autant que l'enrichissement injustifié pourra être invoqué contre une personne ayant reçu le bien des mains d'un tiers, non propriétaire, en vertu d'un contrat par exemple. En effet, l'enrichissement injustifié n'est, par principe, admis qu'à l'encontre de celui qui a reçu en premier l'enrichissement. Il n'est donc pas possible d'y recourir en cas d'enrichissement indirect¹⁴⁷⁰. En revanche, dès lors que le demandeur agit, sur le fondement de l'enrichissement injustifié, contre celui qui a récupéré le bien incorporé, ce dernier ne peut

¹⁴⁶⁷ Ce nouveau bien étant le résultat de l'union ou l'incorporation de deux précédents biens appartenant à des propriétaires distincts.

¹⁴⁶⁸ Voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, *Les biens*, op. cit., n°246.

¹⁴⁶⁹ W. DROSS, « Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 2276 et 2277, 2018, n°15 ; N. BINCTIN, « Propriété. - Droit d'accession relativement aux choses mobilières », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 565 à 577, 2014, n°3.

¹⁴⁷⁰ Il s'agit d'une conséquence de la nature personnelle de l'action, qui ne confère pas de droit de suite.

invoquer l'article 2276 pour faire obstacle aux restitutions¹⁴⁷¹. Cela se justifie par la raison d'être de l'article 2276 qui vise avant tout à sécuriser les transactions. Ce texte est donc sans objet lorsque le défendeur a incorporé le bien. Ainsi, en cas d'accession mobilière, celui qui devient propriétaire du tout, doit des restitutions à celui qui a perdu la propriété de son bien, sur le fondement de l'enrichissement injustifié.

466. Une logique d'enrichissement injustifié. Bien que les travaux préparatoires du Code fassent référence à l'adage selon lequel « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » dans la présentation des règles de l'accession¹⁴⁷², il est certain qu'ils ne l'envisageaient pas comme une application particulière de l'enrichissement injustifié. Cette source était relativement méconnue. Ils voyaient plutôt dans cet adage un principe d'équité éclairant certaines dispositions du Code. Le fait que les rédacteurs de 1804 aient spécifiquement prévu des dispositions sur l'accession a pu rendre, en apparence, inutile le développement d'une source d'obligation plus largement conçue autour de l'enrichissement injustifié. Il nous semble pourtant que l'accession est bel et bien un cas d'enrichissement injustifié. L'objectif de ce mécanisme est de protéger le patrimoine de celui qui a perdu involontairement la propriété d'un de ses biens, en lui accordant une « indemnité » censée représenter au mieux la valeur du bien perdu, ce qui constitue une réattribution en valeur¹⁴⁷³. Seulement, si la *ratio legis* est la même, le fait qu'il s'agisse d'un enrichissement en nature crée des difficultés qui n'existent pas en cas d'enrichissement monétaire, ou dans une moindre mesure. Il faut également ajouter le fait que, s'agissant de l'accession, le défendeur disposait également d'un droit initial sur l'un des biens incorporés, le demandeur ne peut donc prétendre avoir un droit sur l'intégralité du nouveau bien, issu du mélange ou de l'incorporation de deux biens distincts. Ainsi, l'évaluation de l'enrichissement est évidemment plus délicate, puisqu'il peut exister plusieurs règles de calcul selon le type de bien en cause.

467. L'exception : la spécification. Il faut toutefois noter un cas particulier d'accession qui ne correspond pas entièrement à la logique de l'enrichissement injustifié : la spécification.

¹⁴⁷¹ N. BINCTIN, art. préc., n°3.

¹⁴⁷² Voir la présentation de Portalis in A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 11, 1827, p.127.

¹⁴⁷³ Le législateur y mêle toutefois d'autres considérations qui tiennent, nous semble-t-il, à la particularité des enrichissements non monétaires ou en nature, qui peuvent avoir des conséquences plus graves sur le débiteur de l'obligation de restitutions.

Ce mode d'accession, énoncé à l'article 570¹⁴⁷⁴, ne vise pas l'incorporation ou le mélange de deux biens, mais l'hypothèse où une personne, dénommée l'artisan ou l'ouvrier, a formé un bien d'une nouvelle espèce avec le bien appartenant à une autre personne. Il s'agit de « l'incorporation » de la force de travail dans un bien pour en créer un nouveau. Un exemple est celui d'un artisan qui utiliserait de l'or, qui n'est pas le sien, pour en faire un collier¹⁴⁷⁵. Si la force de travail a indéniablement une valeur, elle ne peut être considérée comme un enrichissement, au sens de l'enrichissement injustifié, car la seule force de travail n'accroît pas le patrimoine du défendeur. De plus, si l'artisan n'a pas utilisé ses propres matériaux, il ne dispose d'aucun droit exclusif sur le produit final qu'il a contribué à créer. Les conséquences seraient potentiellement problématiques si toute personne ayant réalisé un travail pour autrui, sans l'accord de ce dernier, pouvait en exiger une rémunération. Ce cas doit donc être exclu de l'enrichissement injustifié. Sous cette réserve, tous les autres cas d'accession répondent bien à l'idée d'enrichissement injustifié.

468. La délicate évaluation de l'enrichissement (1). – L'alternative de l'article 555 (rejet). Il est intéressant de remarquer que les règles d'évaluation de « l'indemnité » diffèrent selon le type d'accession en cause, accession mobilière ou accession immobilière. Ces différences révèlent une certaine incertitude sur la manière d'appréhender l'évaluation de l'indemnité ainsi que sur la manière de concilier au mieux les intérêts du demandeur et ceux du défendeur. De manière générale, si l'on laisse le cas de la spécification à part, le Code civil hésite généralement entre trois valeurs : le coût des matériaux et le prix de la main d'oeuvre¹⁴⁷⁶ ; la plus-value représentant la valeur du nouveau bien¹⁴⁷⁷ ; la valeur du bien incorporé estimée à la date du remboursement¹⁴⁷⁸. À vrai dire, l'alternative posée par l'article 555, laissant le choix entre le coût de la construction ou la valeur de la plus-value, nous paraît être une solution de compromis¹⁴⁷⁹ qui n'est pas adaptée à la situation visée. S'il

¹⁴⁷⁴ Cet article dispose que : « Si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée en remboursant le prix de la main-d'œuvre estimée à la date du remboursement ».

¹⁴⁷⁵ N. BINCTIN, art. préc., n°45.

¹⁴⁷⁶ Il s'agit de l'une des branches de l'alternative posée par l'article 555 du Code civil : « Si le propriétaire du fonds préfère conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages, il doit à son choix rembourser au tiers, (...) soit le coût des matériaux et le prix de la main d'œuvre ».

¹⁴⁷⁷ La première branche de l'alternative de l'article 555 : « (...) soit une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur ».

¹⁴⁷⁸ Solution retenue par l'article 554 (utilisation par le propriétaire du sol de matériaux appartenant à un tiers) et par les articles 566, 571 et 574 sur l'accession mobilière.

¹⁴⁷⁹ Sur cet aspect voir déjà *supra* n° 101.

est véritablement question de rétablir le propriétaire lésé dans ses droits, tout en tenant compte de ce que le défendeur a reçu, c'est la valeur du bien incorporé qui devrait, par principe, être retenue¹⁴⁸⁰. Le coût de la construction, et particulièrement le prix de la main d'oeuvre, représentent seulement la perte subie par le constructeur, sans égard pour ce que le propriétaire du sol a véritablement reçu. Il n'est en ce cas pas question d'accorder une somme représentant la valeur du bien¹⁴⁸¹, mais plutôt de faire comme si le constructeur et le propriétaire du sol s'étaient accordés sur la construction. La valeur de la plus-value, qui pourrait paraître plus adaptée, peut également faire l'objet de critiques. Premièrement, elle conduit à retenir d'emblée comme mesure la valeur du profit subsistant plutôt que de prendre en considération l'enrichissement reçu par le défendeur¹⁴⁸².

En second lieu, si l'on raisonne spécifiquement à partir de l'accession immobilière, cela conduit à attribuer, en partie, au demandeur un enrichissement sur lequel il n'a pas de droit. En effet, dans l'hypothèse où la plus-value du nouveau bien (soit la propriété du sol plus celle de la construction) est supérieure à la valeur de la seule construction, le résultat est que le demandeur obtient, en partie, un droit sur le nouveau bien qui est pourtant attribué de manière originaire¹⁴⁸³ au propriétaire du sol. Une partie de l'enrichissement représente alors la valeur d'un bien qui n'a jamais appartenu au demandeur. Or le propriétaire lésé n'a de droit que sur la seule construction ou l'édifice érigé¹⁴⁸⁴, il ne peut donc prétendre avoir un droit sur l'ensemble, sauf à considérer que la plus-value apportée est systématiquement égale à la valeur de la construction seule¹⁴⁸⁵.

¹⁴⁸⁰ En ce sens, voir N. BINCTIN, art. préc., n°67.

¹⁴⁸¹ D'ailleurs si l'édifice était bel et bien resté la propriété du constructeur, il aurait dû supporter le coût de la main d'oeuvre, il n'aurait eu dans son patrimoine que la valeur de l'édifice.

¹⁴⁸² Toutefois, au titre du moyen de défense du « désenrichissement », il est possible de ne prendre en considération que cette plus-value, dans certaines circonstances, si la plus-value est moindre que la valeur du bien (voir *infra* n° 470s.).

¹⁴⁸³ Par ce procédé, le nouveau bien résultant de la combinaison entre la construction et le sol est réputé appartenir, dès l'origine ou du moins par un droit « neuf », au propriétaire du sol. Autrement dit, le propriétaire lésé n'a jamais eu de droit sur ce nouveau bien.

¹⁴⁸⁴ Cette construction résulte en effet de matériaux appartenant initialement au demandeur, qu'il a perdu en raison de l'accession. Pris indépendamment du sol, cette construction constitue un bien qui aurait dû revenir au demandeur, si ce n'est l'effet de l'accession. L'accession empêche le demandeur de rester propriétaire de cette construction, mais, pour ne pas le priver totalement d'une protection, le droit lui accorde des restitutions représentant la valeur de la construction, qui profite dorénavant au défendeur.

¹⁴⁸⁵ Le calcul serait le suivant : le sol seul a une valeur de 100, la valeur de la seule construction vaut 50, donc l'ensemble vaudrait 150, ce qui signifierait que la plus-value serait ainsi de 50. Ce raisonnement est évidemment un peu simpliste et est loin d'être automatique, la construction pouvant tantôt diminuer la valeur de l'ensemble, tantôt, au contraire, augmenter de manière considérable la valeur de ce nouveau bien. Il est également possible que, sans qu'il y ait pour autant une diminution de la valeur de l'ensemble par rapport à la valeur du sol, la valeur de la plus-value soit moindre que la valeur de l'édifice seul. Cette différence est

469. La délicate évaluation de l'enrichissement (2). – La solution retenue : la valeur du bien incorporé au jour des restitutions. S'agissant d'un enrichissement en nature, la règle de principe est que la valeur à prendre en considération est la valeur du bien sur lequel le demandeur avait un droit, avant que l'accession n'opère, évaluée au jour des restitutions. Pour des constructions édifiées sur le terrain d'autrui, cela signifie qu'il faut évaluer la valeur de la construction, abstraction faite de la valeur du terrain, sur lequel le demandeur n'a jamais eu aucun droit. Comme pour toute obligation de restitution, la méthode du valorisme est adoptée, ce qui permet de prendre en considération les variations, à la hausse comme à la baisse, entre le jour de la réception et le jour des restitutions. Cette méthode est justifiée par le fait que le demandeur aurait de toute manière subi ou profité de ces variations, si le bien était resté dans son patrimoine. Il faut toutefois ajouter une précision quant au jour de la réception, qui est le jour où est évalué la consistance de l'enrichissement. Ce jour devrait être celui où l'accession a produit ses effets, c'est-à-dire le jour où le défendeur est devenu propriétaire de l'ensemble. En principe, l'accession est immédiate c'est-à-dire que le défendeur est considéré propriétaire dès le moment où se produit l'accession, mais il est possible que cette accession soit différée. En cette hypothèse, le jour de la réception doit lui-même être « différé » au jour de l'accession. Cela concerne essentiellement l'hypothèse où le preneur a construit sur le terrain du bailleur, l'accession prenant alors effet à l'expiration du contrat de bail¹⁴⁸⁶.

470. La possibilité de réduire les restitutions : le désenrichissement (1). - La vente du bien. Il existe toutefois une situation qui peut être problématique, qui celle où la valeur du bien incorporé est supérieure à la valeur du nouveau bien dans son ensemble (soit le sol et la construction). En ce cas, en effet, l'obligation de restitution peut détériorer considérablement la situation du défendeur. Si, par principe, le défendeur supporte le risque de désenrichissement après la réception du bien, est-il ici possible de faire jouer un moyen de défense permettant de diminuer le montant des restitutions, voire de le réduire à néant ? Le moyen de défense de désenrichissement est plus difficile à envisager en cas d'enrichissement en nature qu'en cas d'enrichissement monétaire, mais il est possible

d'autant plus vraisemblable que la principale valeur d'un immeuble dépend avant tout de sa localisation, soit du sol, mais cette valeur est attribuable au propriétaire du sol, soit dans l'hypothèse de l'article 555, au défendeur.

¹⁴⁸⁶ Voir W. DROSS, « Propriété. – Droit d'accession » art. préc., n°58s.

toutefois de l'adapter à ce cas particulier d'enrichissement. Deux sous-hypothèses peuvent tout particulièrement être distinguées : celle de la vente du nouveau bien à un prix moindre que sa valeur de marché et celle où l'incorporation des deux biens a provoqué une moins value immédiate. Il faut rappeler que, dans les deux cas, pour que le moyen de défense puisse être invoqué, il est nécessaire, mais non suffisant, que le défendeur soit de bonne foi. Dans le cas de la vente, il s'agit de savoir sur qui devrait *in fine* peser la mauvaise affaire¹⁴⁸⁷. Par hypothèse, puisque le défendeur est en ce cas le vendeur et qu'il a reçu un bien qui, en principe, revenait à un autre, il doit être le seul responsable de cette mauvaise affaire. Il doit être tenu de restituer la valeur réelle du bien, même si celle-ci est inférieure au prix de vente. Il pourrait être argué que cette situation est liée à l'enrichissement reçu et que le défendeur ne se serait pas trouvé dans cette situation s'il n'avait pas reçu le bien¹⁴⁸⁸. Cependant, cet argument est un peu plus difficile à défendre dans le cas de l'accession où un bien du demandeur a été incorporé à un bien du défendeur, et où il faut donc tenir compte du fait que, bien qu'il s'agisse juridiquement d'un nouveau bien, le défendeur est déjà propriétaire du sol. Si le défendeur avait déjà prévu de vendre le bien et que l'accession n'a rien changé à ses plans, le moyen de désenrichissement ne doit pas lui être accordé. De même, s'il est établi que le défendeur aurait tout de même vendu le bien, indépendamment de l'accession, il ne doit pas pouvoir invoquer ce moyen de défense et doit donc supporter la mauvaise affaire en restituant la valeur réelle du bien, et non le prix de vente s'il est inférieur. En revanche, dès lors qu'il est établi que la vente a été motivée par la nouvelle situation, résultat de l'accession, et si par ailleurs l'obligation de restitution impose une charge excessive au défendeur, ce moyen de défense peut être accordé. Le succès du moyen de défense tient au fait que le défendeur a réalisé un acte qu'il n'aurait jamais fait s'il n'avait pas reçu l'enrichissement.

¹⁴⁸⁷ Ce cas sera sans doute plus rare que le cas suivant, et il implique que le défendeur vende le bien nouveau à un prix moindre que son obligation de restitutions, soit la valeur du seul bien incorporé, peu important à ce stade que par ailleurs la valeur du bien nouveau soit, sur le marché, devenue inférieure à la valeur du bien incorporé, ce qui est précisément l'hypothèse suivante. Il s'agit ici simplement d'envisager le cas où le défendeur a réalisé une mauvaise affaire en vendant son bien à un prix non seulement inférieur à la valeur de marché, mais aussi à un prix inférieur au montant des restitutions. Pour prendre un exemple chiffré, cela correspondrait à l'hypothèse où la valeur du nouveau bien résultant de l'accession est de 200, alors que la valeur du bien incorporé (la construction prise isolément) est de 150 et alors que le défendeur a vendu le nouveau bien à 100.

¹⁴⁸⁸ Ce qui n'est pas le cas, par exemple d'une personne fortement endettée qui reçoit, par erreur, une forte somme d'argent avec laquelle elle s'empresse de payer ses dettes. L'obligation de restitution la placera certes dans une situation délicate, mais qui est en réalité la situation qui aurait dû être la sienne, si elle n'avait pas reçu cette somme. L'obligation de restitution ne modifie donc pas sa situation. L'enrichissement ne doit pas créer un effet d'aubaine.

471. Le désenrichissement (2). – La moins-value résultant de l'incorporation. Lorsque la valeur du bien dans son ensemble est inférieure à la valeur du seul bien incorporé, par principe, cette dévaluation doit être à la charge du défendeur, qui doit restituer la valeur du bien incorporé. Néanmoins, il est sans doute possible de faire une distinction selon que cette dévaluation survient dès l'accession, ou postérieurement, notamment après un acte du défendeur. Il est possible de s'inspirer de l'article 1352-1 du Code civil, qui permet d'arriver à une solution assez équilibrée, même si cette disposition n'instaure pas, à proprement parler, un moyen de défense. Lorsque la dévaluation survient en raison d'un événement postérieur à l'accession, par exemple par d'autres travaux réalisés par le défendeur, cette dévaluation doit rester à sa charge. En revanche, lorsque l'incorporation a pour résultat immédiat d'entraîner une dévaluation de l'ensemble¹⁴⁸⁹, la solution peut être différente. Dans cette hypothèse le défendeur n'a le plus souvent rien fait, l'incorporation, spécialement dans le cas de la construction sur le terrain d'autrui, étant généralement dû au fait du demandeur. Le défendeur voit donc sa situation se dégrader dès l'accession, puisque la valeur du nouveau bien est, dès l'accession, moindre que la valeur du seul bien incorporé. Or, l'une des raisons principales justifiant que le défendeur prenne, par principe, en charge le risque de dévaluation ou de désenrichissement, tient au fait qu'il a, à partir de la réception, le contrôle sur un bien qui n'aurait pas dû lui revenir. Ce n'est pas le cas lorsque le nouveau bien (résultat de l'accession) a d'emblée une valeur moindre. De surcroît, dans le cas de l'accession immobilière (article 555), l'accession résulte du fait du demandeur, qui a construit sur le terrain du défendeur, ce dernier étant resté passif. De ce fait, lorsque l'accession a eu pour effet de dévaluer le nouveau bien, le défendeur ne doit pas supporter la charge de la dévaluation. Le montant des restitutions peut donc être réduit au montant de la valeur du nouveau bien¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁹ Notamment parce qu'en cas de construction sur le terrain d'autrui, la construction rend difficile le maintien de la destination d'origine, voir par exemple Civ. 3^e, 8 janv. 2002, n°99-11.934 (en l'espèce le fonds était utilisé pour l'exploitation d'une station-service, qui a été entravée par la construction d'un nouvel édifice).

¹⁴⁹⁰ Par ailleurs, dans ce cas précis, si la valeur de l'ensemble est inférieure à la valeur du seul bien incorporé, il y a de forte chance pour que le bien appartenant à l'origine au défendeur (dans le cas de l'article 555, le terrain) ait également connu une dévaluation. En ce cas, le demandeur, qui a construit sur le terrain du défendeur, aura dégradé un bien appartenant autrui, ce qui peut conduire à engager sa responsabilité à l'égard du propriétaire du terrain.

C) Les cas non retenus

472. Un resserrement du domaine de l'enrichissement injustifié. Étant donné la conception particulièrement accueillante de l'enrichissement injustifié en droit positif, de nombreuses actions ont pu être rattachées à cette idée¹⁴⁹¹. Ainsi, si l'enrichissement injustifié ne s'applique plus aux services, l'assistance bénévole ou la créance de salaire différé ne peuvent bien entendu plus être rattachées à cette source d'obligation¹⁴⁹². Deux cas méritent cependant de plus amples développements sur leurs particularités et leur incompatibilité avec l'enrichissement injustifié : les récompenses (1°) et les impenses (2°).

1°) Les récompenses

473. Un mécanisme spécifique irréductible à l'enrichissement injustifié. Le mécanisme des récompenses est relativement complexe à synthétiser étant donné les différentes hypothèses que ce mécanisme peut recouvrir : paiement par la communauté d'une dette personnelle de l'un des conjoints, emprunt financé par la communauté pour un bien propre, dépense de conservation d'un bien commun par des deniers propres d'un époux... Parmi les nombreux fondements proposés pour ce mécanisme, l'enrichissement injustifié est fréquemment invoqué¹⁴⁹³. De fait, au regard du droit positif, il est tentant de faire un tel lien, puisque le mécanisme a vocation à rétablir un équilibre patrimonial entre les différentes masses (masse commune et masses propres des époux) et que le Code civil retient également une règle de double plafond comme moyen d'évaluation¹⁴⁹⁴. Même Pothier fait référence à

¹⁴⁹¹ Sur l'état du droit positif, voir *supra* n° 218.

¹⁴⁹² Ce rattachement est au demeurant bien artificiel et ne commande d'ailleurs pas le régime applicable à ces figures qui font l'objet de règles particulières.

¹⁴⁹³ Voir par exemple : F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Dalloz, 2015, n°645, p.503 ; M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, 6^e éd., Dalloz Action, 2018/2019, n°144.12. Il faut cependant remarquer que dans ces deux ouvrages, l'enrichissement injustifié est, comme souvent, davantage utilisée comme un principe d'équité au sens un peu vague et presque synonyme d'équité, sans référence à la source d'obligation en particulier. À ce titre, le professeur Cabrillac estime que les récompenses n'ont « d'autre justification que l'équité », sans qu'il soit nécessaire de faire référence à un autre fondement, comme l'enrichissement injustifié (R. CABRILLAC, *Droit des régimes matrimoniaux*, 9^e éd., Domat, 2015, n°281, p.222).

¹⁴⁹⁴ L'article 1469 du Code civil disposant que « La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant ». Cette règle n'est cependant pas absolue et le même article prévoit des exceptions au double plafond, tantôt en faveur de la dépense faite (en cas de dépense nécessaire, article 1469 al.2), tantôt en faveur du profit subsistant (lorsqu'il y a eu acquisition ou amélioration d'un bien qui subsiste au jour de la liquidation, art. 1469 al.3). De fait, en pratique le principe

l'idée d'enrichissement injustifié, lorsqu'il évoque le mécanisme des récompenses dans la coutume d'Orléans ¹⁴⁹⁵. Néanmoins, même au regard du droit positif et encore davantage au vu de la nouvelle conception proposée, l'enrichissement injustifié n'est pas un fondement adapté au mécanisme des récompenses. Si l'on part de l'état du droit positif, et en dépit du caractère relativement vague de l'enrichissement injustifié, les récompenses ne se réduisent pas à l'idée d'un transfert de valeur ou de rétablissement d'un équilibre rompu.

474. Une logique « communautaire » incompatible avec « l'individualisme » de l'enrichissement injustifié. Les récompenses visent davantage à une répartition équitable des biens et des dettes des époux, qu'à la préservation du patrimoine de l'un des époux. Il y a ainsi une idée de partage que l'on ne retrouve pas dans l'enrichissement injustifié ¹⁴⁹⁶. L'enrichissement injustifié a essentiellement vocation à préserver le patrimoine d'une personne et non à organiser et répartir de manière équitable des biens entre deux époux. La logique « communautaire » des récompenses s'oppose ainsi à la logique « individualiste » de l'enrichissement injustifié. Les époux, en se mariant sous un régime de communauté, ont renoncé à préserver (individuellement) leur patrimoine au profit d'une répartition des biens entre eux. L'intérêt de la communauté passe ainsi avant les intérêts patrimoniaux de chacun. Si l'on confronte l'enrichissement injustifié, tel que conçu dans cette thèse, avec le mécanisme des récompenses, plusieurs points rendent d'ailleurs les récompenses incompatibles avec l'enrichissement injustifié.

475. Les récompenses dues à la communauté. Puisque l'enrichissement injustifié vise à préserver le patrimoine d'une personne en lui réattribuant, en valeur, un enrichissement sur lequel il a un droit exclusif, cela suppose que le créancier de cette obligation soit bien identifié et dispose véritablement d'un droit antérieur sur cet enrichissement. Or, lorsque les récompenses sont dues à la communauté, il est difficile de retrouver cette idée. La communauté n'ayant pas de personnalité juridique autonome, le mécanisme des

du double plafond trouve rarement à s'appliquer (B. VAREILLE, « Communauté légale : liquidation et partage », *Rép.civ.*, Dalloz, 2011, n°261).

¹⁴⁹⁵ BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, T.1, *Coutume d'Orléans*, 2^e éd., Cosse et Marchal, 1861, p. 247 : « Toutes les fois que l'un des conjoints s'enrichit aux dépens de la communauté, il lui en doit récompense ».

¹⁴⁹⁶ Bien que M. Chénéde estime que la théorie des récompenses est un quasi-contrat échange, qui repose donc sur l'idée transfert de valeur sans fondement juridique (F. CHENEDE, th. préc., n°353), il nous semble que les récompenses correspondent davantage à un mécanisme de répartition, ou du moins se détachent du mécanisme de l'enrichissement injustifié. Sur la particularité des récompenses voir C. SAUJOT, « Le fondement des récompenses », *RTD. civ.* 1970.684s., not. p.691 où l'auteur note qu'il n'est pas question d'un simple « transfert de valeur d'un patrimoine à un autre » mais plutôt « d'osmose entre trois masses ».

récompenses n'a, dans ce sens, pas vocation à préserver un patrimoine en particulier. À vrai dire, quand bien même la personnalité juridique serait octroyée à la communauté, les récompenses ne s'appliquant qu'au moment de la liquidation de la communauté, et donc de son partage entre les conjoints, elles n'ont pas pour effet de réattribuer la valeur d'un bien à un époux, mais bien de répartir plus équitablement la masse commune entre les deux conjoints¹⁴⁹⁷. Il n'est toutefois pas étonnant que le mécanisme des récompenses ne réponde finalement pas à une logique d'enrichissement injustifié. Le simple fait d'opter pour un régime communautaire, tacitement ou explicitement¹⁴⁹⁸, emporte, d'une certaine manière, une renonciation partielle des conjoints à la préservation de leurs patrimoines respectifs en raison de la vocation au partage de la communauté. De ce fait, l'enrichissement injustifié n'a pratiquement aucun rôle à jouer en matière de régimes communautaires.

476. Les récompenses dues par la communauté (1). - La répartition des dettes. L'aspect qui s'oppose le plus à l'absorption des récompenses au sein de l'enrichissement injustifié réside toutefois dans le fait que les récompenses permettent également de tenir compte des dépenses effectuées par une masse au profit d'une autre. En ce cas, il s'agit de faire peser le poids d'une dette sur la masse qui aurait dû effectivement la supporter. Or, comme cela a déjà été noté, il n'y a en ce cas aucun enrichissement et l'enrichissement injustifié ne peut donc être utilement invoqué en cette circonstance¹⁴⁹⁹. Cette logique rappelle davantage celle de la gestion d'affaires, même s'il est opportun que le législateur ait spécifiquement envisagé cette hypothèse par un mécanisme particulier. En effet, les règles de pouvoir et du passif de la communauté pourraient rendre difficile l'application des règles de la gestion d'affaires¹⁵⁰⁰.

477. Les récompenses dues par la communauté (2). – L'accroissement de valeur de la masse commune. Cette hypothèse aurait pu se rapprocher davantage de l'enrichissement injustifié et ce d'autant plus que l'alinéa 3 de l'article 1469 prévoit, par exception à la règle

¹⁴⁹⁷ Concrètement, par la voie de comptes de récompenses, les récompenses dues à la communauté par un époux auront pour conséquence de diminuer la part de ce dernier sur la masse commune à partager.

¹⁴⁹⁸ Tacitement s'agissant du régime légal et explicitement pour des régimes conventionnels comme celui de la communauté universelle.

¹⁴⁹⁹ Voir *supra* n° 392s.

¹⁵⁰⁰ Les règles de la gestion concurrente rendent par exemple difficile la détermination du maître et du gérant et il est des hypothèses où l'un des époux pourrait être obligé à la dette, sans pour autant avoir à y contribuer, du moins pas dans son intégralité. Or le fait d'être obligé à la dette empêcherait la caractérisation de la gestion d'affaires, car le gérant doit avoir agi « sans y être tenu ».

du double plafond, que les récompenses ne peuvent être inférieures au profit subsistant lorsque le bien acquis, conservé ou amélioré se retrouve dans la masse commune au jour de la liquidation. Pourtant, là encore, la logique est différente car il n'est pas ici question du transfert involontaire d'un bien de l'un des époux vers la masse commune, mais du fait que l'acquisition, la conservation ou l'amélioration d'un bien commun a été financée en tout ou partie par l'un des époux¹⁵⁰¹. En somme, il ne fait aucun doute que le financement a été effectué pour la communauté, qui doit à ce titre en profiter, déduction faite du financement apporté par l'un des époux avec des fonds propres. Il s'agit donc d'un cas où l'un des époux a procuré un service – par le financement apporté – qui a conféré un profit à la communauté. Bien que l'enrichissement soit en ce cas incontestable, du point de vue de l'enrichissement injustifié, c'est le lien entre le demandeur (l'époux) et l'enrichissement (le profit subsistant) qui est plus contestable, puisque s'agissant de l'accroissement d'un bien commun, c'est en principe la communauté qui a vocation à en bénéficier. Cependant, contrairement à ce qui a déjà été observé pour l'action d'enrichissement injustifié dans l'hypothèse où un service conduit à une plus-value¹⁵⁰², le droit prévoit exceptionnellement une règle d'évaluation différente, puisqu'il accorde à l'époux un droit sur le profit subsistant. Comment expliquer cette différence ? Il nous semble que ce droit sur le profit subsistant¹⁵⁰³ s'explique là aussi par la spécificité du régime de communauté et non par l'idée d'enrichissement injustifié. Contrairement à l'enrichissement injustifié où c'est le défendeur, propriétaire du bien amélioré, qui dispose d'un droit exclusif, dans le cas présent, la propriété du bien est ici « partagée » par les deux époux. Aucun des deux époux ne peut, jusqu'au partage, prétendre à l'exclusivité sur le bien¹⁵⁰⁴. Ils ont donc, en principe, vocation à se partager le bien de manière égale en cas de partage de la communauté. Cependant, cette règle pouvant être

¹⁵⁰¹ La jurisprudence adopte une appréhension économique du financement, car cela peut concerner aussi bien l'utilisation de fonds propres ou le remboursement de tout ou partie de l'emprunt ayant servi à l'acquisition, la conservation ou l'amélioration du bien commun par des fonds propres (voir notamment M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz Action, 2018-2019, n°144.74).

¹⁵⁰² En ce cas, il a été observé que la limite du double plafond avait dans la plupart du temps pour effet de limiter l'indemnité à la dépense effectuée et non à la plus-value, qui est attribuable au défendeur en tant que propriétaire du bien (voir *supra* n° 314s.). Au regard de la nouvelle conception proposée de l'enrichissement injustifié, nous avons conclu qu'en ce cas, s'il y a bien un enrichissement, celui-ci ne revient pas au demandeur, faute de droit exclusif sur le bien amélioré (voir *supra* n° 397s.).

¹⁵⁰³ Ce droit est intégral si le financement a été réalisé exclusivement à partir de fonds propres, seulement partiel en cas de financement partiel.

¹⁵⁰⁴ Si l'on part du principe que la communauté n'a pas de personnalité juridique propre, elle ne peut être considérée comme propriétaire. La question de savoir qui est propriétaire d'un bien commun soulève cependant de nombreuses difficultés qui dépassent largement le cadre de cette thèse. Il nous suffit de constater ici que, jusqu'au partage au moins, l'un des époux ne peut prétendre à l'exclusivité sur un bien commun.

inéquitable en cas de financement intégral ou partiel par des fonds propres, le législateur a choisi d'adopter une autre règle, ce qui revient finalement à attribuer à l'époux qui a financé le bien un droit, partiel ou intégral, sur la plus-value apportée¹⁵⁰⁵.

2°) Les impenses

478. Un objectif distinct de l'enrichissement injustifié. Le fait que les impenses ne se rattachent pas à l'enrichissement injustifié, mais à la gestion d'affaires a déjà été abordé précédemment¹⁵⁰⁶. Il convient toutefois d'ajouter quelques précisions. Les impenses s'appliquent essentiellement aux cas où un possesseur a réalisé des dépenses sur un bien qui appartient en vérité à un autre. De ce fait, il ne peut y avoir d'intention de gérer les affaires d'autrui, ce qui explique que la gestion d'affaires altruiste ne peut s'appliquer à ce cas. En droit positif, le fondement des impenses n'est pas aussi clair qu'il y paraît, malgré le fait qu'elles soient souvent présentées comme un moyen de prévenir un enrichissement du véritable propriétaire au détriment du possesseur¹⁵⁰⁷. Néanmoins, les impenses n'ont d'autre objectif que de rembourser celui qui a réalisé ces dépenses, et non de lui réattribuer la plus-value du bien. La théorie des impenses ne peut donc être intégrée à l'enrichissement injustifié, sauf à de revenir à l'idée que le fait d'épargner une dépense à autrui est équivalent à un enrichissement. Comme dans la gestion d'affaires, l'objectif est de répartir différemment le poids de la dépense, en la faisant peser sur celui qui aurait dû la réaliser.

479. Un régime hybride. Il est toutefois vrai que le régime des impenses, qui s'appuie sur quelques articles épars du Code civil¹⁵⁰⁸ et sur la jurisprudence, suscite quelques hésitations. En effet, il s'éloigne à la fois du régime de la gestion d'affaires et de celui de l'actuelle action d'enrichissement injustifié. Si seules les dépenses nécessaires et utiles peuvent être

¹⁵⁰⁵ Une autre manière de concevoir les choses est d'estimer, qu'en réalité, celui qui pourrait prétendre à un droit exclusif sur la valeur du bien est celui qui l'a financé. Cependant le régime de la communauté implique que, pendant le temps du mariage, ce bien bénéficie aux deux époux, tandis qu'à la dissolution, la valeur doit être attribuée à l'époux qui a financé le bien.

¹⁵⁰⁶ Voir *supra* n° 445s.

¹⁵⁰⁷ F. TERRE, P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, 8^e éd., Dalloz, 2010, n°527.

¹⁵⁰⁸ Voir notamment l'ancien article 1381 du Code civil qui prévoyait que l'*accipiens*, même de mauvaise foi, devait être remboursé de « toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose » et, surtout, de l'article 815-13 qui prévoit qu'il doit être tenu compte des dépenses qu'un indivisaire a réalisé sur un bien indivis, les dépenses nécessaires devant lui être remboursées intégralement, tandis qu'il doit être tenu compte de la plus-value s'agissant des dépenses simplement utiles. La réforme du 10 février 2016 a également repris cette théorie à l'article 1352-5 : « Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution ».

remboursées, à l'exclusion des dépenses somptuaires, le remboursement n'est pas toujours intégral. Il n'y a que les dépenses nécessaires qui peuvent conduire à un remboursement complet, quand bien même la plus-value apportée serait inexistante. En revanche, les dépenses utiles ne sont remboursées que dans la mesure de la plus-value apportée au bien, ce qui revient à instaurer une règle de double plafond. Alors que le régime de dépenses nécessaires rejoint celui de la gestion d'affaires, celui des dépenses utiles est plus proche de celui de l'action actuelle d'enrichissement injustifié. Comment expliquer cette différence et cette distinction ? Il faut garder à l'esprit que ce régime spécifique s'est construit de manière un peu chaotique et alors que l'enrichissement injustifié était encore évanescent et peu développé. Aussi, puisque le cas des impenses implique nécessairement une absence d'intention de gérer¹⁵⁰⁹, le demandeur paraît sans doute moins digne de protection, surtout si la dépense n'est qu'utile. Il faut par ailleurs trouver une limite dans le champ d'application des impenses, pour éviter que n'importe qui puisse obtenir un remboursement de ses dépenses. L'enrichissement ou la plus-value a pu donner l'impression d'être une limite adéquate. Le véritable propriétaire n'a, en effet, rien requis et il faut donc trouver un équilibre entre ses intérêts et celui du possesseur qui a finalement réalisé une dépense pour rien. S'il s'agit de préserver l'autonomie du véritable propriétaire, le cas des dépenses nécessaires est sans doute le moins contestable, car le caractère nécessaire rend vraisemblable le fait que le propriétaire aurait de lui-même réalisé ces dépenses. Ces dépenses sont donc remboursées intégralement. Le cas des dépenses utiles est en revanche plus discutable. Il faut d'ailleurs noter une particularité française, car lorsqu'il est question de rembourser les dépenses d'un tiers, le droit allemand, par la gestion d'affaires, ou le droit anglais, par l'*unjust factor necessity*¹⁵¹⁰, sont plus exigeants en imposant tous deux un critère de nécessité. À vrai dire, puisque l'objectif réel n'est pas de réattribuer un enrichissement, la limite de la plus-value n'est pas réellement pertinente. Cette limite, outre qu'elle nous semble être un mauvais compromis, s'explique certainement également par l'état du droit positif qui peine à distinguer l'action d'enrichissement injustifié de la gestion d'affaires, d'où une possible confusion, voire hybridation, s'agissant de la théorie des impenses.

¹⁵⁰⁹ Sinon la gestion d'affaires serait vraisemblablement applicable et il n'aurait pas été nécessaire de développer un autre fondement en parallèle.

¹⁵¹⁰ Sur ce cas voir *supra* n° 129s.

480. Le sort de la théorie des impenses : l'intégration à la gestion d'affaires. La théorie des impenses a pu être contestée en doctrine, certains faisant remarquer qu'elle ne présente pas véritablement d'autonomie¹⁵¹¹. Il est vrai que cette théorie s'est vraisemblablement développée en raison des lacunes de la gestion d'affaires et de son domaine d'application réduit aux immixtions volontaires ou au moins conscientes. À partir du moment où le domaine de la gestion d'affaires est plus largement entendu et qu'il peut s'appliquer à des immixtions involontaires, le maintien de la théorie des impenses est bien plus discutable. Le triptyque proposé, entre dépenses nécessaires, utiles ou somptuaires, ne serait plus utile car les conditions énoncées précédemment permettrait de faire une sélection des dépenses méritant d'être remboursées. Il faut se reporter aux conditions de la gestion d'affaires intéressée pour savoir quelles dépenses peuvent être remboursées. Les règles de la gestion d'affaires intéressée remplacent ainsi le régime des impenses.

481. Conclusion du Chapitre II. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié entraîne nécessairement de nombreux changements quant au contenu de cette source d'obligation. Pour éviter les incohérences du droit positif, deux changements principaux s'imposent : la suppression de la catégorie des quasi-contrats ainsi qu'une distinction claire et nette entre enrichissement injustifié et gestion d'affaires. Le fondement des quasi-contrats n'a apporté aucun avantage à l'enrichissement injustifié et a, au contraire, incité à traiter l'enrichissement injustifié comme une source mineure et subsidiaire. Par ailleurs, la fiction sur laquelle repose le quasi-contrat¹⁵¹² s'avère nocive, puisqu'elle autorise le juge à imposer

¹⁵¹¹ Voir notamment W. DROSS, *Droit des biens*, 4^e éd., Domat, 2019, note 132, p.66, l'auteur rattache toutefois les impenses à l'action d'enrichissement injustifié qui serait selon lui suffisante pour traiter de cette hypothèse. Ainsi la distinction entre dépenses nécessaires, utiles ou somptuaires n'a pas lieu d'être, il faudrait simplement se contenter de l'application de la règle du double plafond. Il estime que s'agissant des dépenses de conservation : « celles-ci ont précisément pour caractère d'avoir été nécessaires à la sauvegarde de la chose, ce dont il résulte que la plus-value tend à s'identifier à la valeur actuelle du bien puisque sans l'impense il aurait péri » alors que pour les dépenses somptuaires : « elles sont précisément définies comme n'apportant aucune plus-value à la chose ». Il est toutefois permis de ne pas totalement partager cette analyse. S'agissant des dépenses de conservation, si elles évitent certainement la perte du bien (et donc une perte pour son propriétaire), elle ne crée précisément aucune plus-value, le propriétaire maintenant simplement le bien dans son patrimoine sans que sa valeur n'ait augmenté (stabilité du patrimoine). Pour les dépenses somptuaires, il est tout à fait possible qu'elles aient pour conséquence d'accorder une plus-value au propriétaire (par exemple, le remplacement d'une robinetterie classique par une robinetterie en or aurait certainement plus de valeur !) les dépenses somptuaires visent simplement les dépenses de luxe, que l'on ne peut imposer au propriétaire tout simplement car le caractère luxueux ne permet pas d'affirmer que ce dernier aurait réalisé cette dépense, or il convient de préserver les intérêts du propriétaire (notamment le principe de libre disposition de son argent).

¹⁵¹² À l'origine, le quasi-contrat permet de faire comme s'il y avait un contrat, alors que les conditions d'existence d'un contrat ne sont pas réunies. Le quasi-contrat est un moyen d'appliquer un régime contractuel

une obligation pour des raisons d'équité, alors que les conditions d'application des autres sources d'obligation ne sont pas réunies. L'état du droit gagnerait donc à abandonner définitivement la catégorie de quasi-contrat. Le second changement important tient à la séparation entre l'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires, dont la dernière est malheureusement perçue, en droit positif, comme une application de la première. La gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié répondent pourtant à des logiques bien différentes. Alors que l'enrichissement injustifié a pour objectif de réattribuer un gain à son légitime titulaire, la gestion d'affaires vise à faire supporter le poids d'une dépense sur la personne qui aurait dû réaliser cette dépense. Ces deux sources distinctes d'obligation mettent en application l'adage *ubi emolumentum ibi onus* : si le droit attribue un enrichissement à une personne, elle doit aussi supporter les dépenses qui y sont associées. La qualité de gérant est incompatible avec celle de demandeur à l'action d'enrichissement injustifié. Cet adage apporte un éclairage nouveau sur le mécanisme des impenses, qui doit ainsi être perçu comme une application de la gestion d'affaires et non de l'enrichissement injustifié. C'est parce que celui qui a réalisé la dépense n'a pas vocation à profiter des plus-values subséquentes qu'il ne doit pas supporter le poids de la dépense. L'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires ont donc des champs d'application bien distincts et un régime qui leur est propre. L'enrichissement injustifié a un effet restitutoire là où la gestion d'affaires a un effet compensatoire. À partir de cette distinction et de la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié, il est possible de revoir le contenu de cette source d'obligation. Outre les impenses, ce sont également les récompenses qui doivent être dissociées de l'enrichissement injustifié, pour des raisons plus particulières. Les récompenses répondent à une logique « communautaire » qui est incompatible avec la logique « individualiste » de l'enrichissement injustifié. En adoptant un régime de communauté, les époux renoncent en partie à la préservation de leur patrimoine propre pour adopter une répartition plus équitable des biens entre eux. À l'opposé, d'autres mécanismes méritent d'être associés à l'enrichissement injustifié. Il en va principalement de la répétition de l'indu, qui est le point de départ de cette nouvelle conception de l'enrichissement. Cette action est donc intégralement absorbée dans la nouvelle action d'enrichissement injustifié, qui est une extension de la répétition de l'indu. Le mécanisme de l'accession répond également à la logique de l'enrichissement injustifié et la nouvelle conception proposée permet sans doute de revoir certaines règles d'évaluation de l'enrichissement, qui datent de 1804. La structure

à un cas qui ne devrait pas entraîner une telle réponse, faute de contrat. Il s'agit donc d'un cas où le droit n'accorde aucune protection juridique particulière, ce qui devrait entraîner le rejet de la demande.

de l'enrichissement injustifié gagne en clarté et il ne peut plus être utilisé comme fondement à des solutions de pure équité.

482. Conclusion du Titre I. L'étude du droit positif ainsi que la comparaison avec d'autres systèmes juridiques ont déjà laissé entrevoir certaines solutions et corrections qu'il est possible d'apporter à l'enrichissement injustifié. De manière générale, l'enrichissement injustifié, tel qu'il est conçu actuellement, souffre de son excessive généralité et de sa vocation à regrouper toutes les autres obligations ne pouvant être qualifiées ni de contractuelles, ni de délictuelles. La solution est de resserrer le domaine de l'enrichissement injustifié en déterminant les éléments essentiels de cette source d'obligation et sa logique, puis en déterminant son contenu. Le succès d'une source d'obligation n'étant pas mesuré à son champ d'application potentiellement infini, mais bien, nous semble-t-il, à sa cohérence et à sa capacité à apporter des solutions aux cas présentant la même logique, il nous a paru essentiel de retenir une vision moins large de l'enrichissement. La particularité de cette source étant précisément de réattribuer un enrichissement ou un « plus » au demandeur, de simples dépenses épargnées ou services ne peuvent caractériser un enrichissement. La notion d'enrichissement ne doit appréhender que ce qui est susceptible d'être approprié et d'augmenter la valeur du patrimoine du défendeur. Cet enrichissement ayant été obtenu sans le consentement véritable du demandeur, alors que ce dernier dispose d'un droit exclusif sur cet enrichissement, le défendeur se trouve obligé de le restituer à son légitime titulaire. Ainsi, l'enrichissement injustifié vient compléter le principe de libre disposition des biens et protège le demandeur contre tout transfert vicié. Cependant, contrairement à l'action en revendication qui protège la propriété dans sa substance, l'enrichissement injustifié protège le patrimoine du demandeur dans sa valeur. Cet aspect justifie le caractère personnel de l'action et permet également de limiter l'action aux seuls cas d'enrichissements directs. Par principe, le demandeur n'a aucun recours contre un tiers qui aurait reçu l'enrichissement des mains du premier récipiendaire. L'enrichissement injustifié ayant enfin trouvé une cohérence et des limites convenables, il est possible de retenir une seule action, avec un régime unique, en opposition avec la structure actuelle. Dans l'ensemble, il s'agit essentiellement d'une extension de la répétition de l'indu. La finalité unique de cette source d'obligation, la réattribution d'un enrichissement, aboutit également à ne retenir qu'un seul remède, à savoir les restitutions. La conception retenue permet alors de sortir l'enrichissement injustifié du seul domaine de l'équité, pour lui conférer un rôle plus précis ainsi qu'une plus grande technicité. C'est en déterminant l'ADN de

l'enrichissement injustifié et sa réelle spécificité qu'il devient également possible de distinguer cette source d'obligation des principales autres sources d'obligation que sont le contrat et la responsabilité civile, ce qui conduit à envisager les frontières externes de l'enrichissement injustifié.

Titre II : Les frontières externes de l'enrichissement injustifié

483. Des relations clarifiées. Il n'est pas suffisant de revoir l'organisation interne de l'enrichissement injustifié, il est encore nécessaire d'examiner les conséquences de ces changements sur les relations de l'enrichissement injustifié avec les autres sources d'obligation. En raison de l'état actuel du droit positif, qui englobe la gestion d'affaires au sein de l'enrichissement injustifié, les relations entre ces deux sources ont été envisagées précédemment¹⁵¹³. La gestion d'affaires constitue bien une source distincte d'obligation, qui doit être soigneusement dissociée de l'enrichissement injustifié. Il reste donc essentiellement à envisager les relations de l'enrichissement injustifié avec les deux autres principales sources que sont le contrat et la responsabilité. Cette tâche est d'autant plus importante s'agissant de la troisième source d'obligation, l'enrichissement injustifié, qui doit nécessairement tenir compte de l'état préexistant et des limites des deux autres principales sources. Cependant, cela n'exclut pas quelques modifications et les nouveaux contours de l'enrichissement injustifié pourraient inciter à étendre cette source à des hypothèses traitées actuellement par d'autres, en particulier s'agissant des « fautes lucratives ». L'objectif est ainsi de voir dans quelle mesure l'enrichissement injustifié doit s'adapter aux frontières préexistantes ou, au contraire, conduire à les modifier. Il serait sans doute possible de trouver d'autres sources, en dehors du contrat, de la responsabilité ou de la gestion d'affaires. Mais, outre qu'elles seraient sans doute trop étroites et contestables pour qu'une étude détaillée soit réellement pertinente, les problèmes de frontières se posent d'abord et surtout à l'égard des sources qui sont apparues avant l'enrichissement injustifié. C'est à partir des espaces qu'elles laissent ou des cas qu'elles ne peuvent traiter de manière réellement adaptée que d'autres sources d'obligation peuvent trouver leur légitimité. Aussi, il est nécessaire d'aborder les relations entre l'enrichissement injustifié et le contrat (Chapitre I), ainsi que les relations entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile (Chapitre II).

¹⁵¹³ Voir *supra* n° 443s.

Chapitre I : L'enrichissement injustifié et le contrat

484. Une distinction simple, une combinaison complexe. Les relations entre l'enrichissement injustifié et le contrat sont en apparence simples. L'enrichissement injustifié corrige les conséquences d'un transfert involontaire d'un enrichissement, tandis que le droit des contrats régit les transferts volontaires. Cette simplicité n'est toutefois qu'apparente, car si la distinction est dans son principe simple, il existe de nombreuses difficultés de conciliation. Il faut d'abord veiller à ce qu'il n'existe pas de contradictions entre ce que le droit de l'enrichissement injustifié considère comme un transfert involontaire et ce que le droit des contrats perçoit comme un transfert volontaire. À défaut, le risque est que l'enrichissement injustifié ne soit utilisé comme un instrument pour contourner un contrat valablement conclu, surtout, si comme nous le proposons, il n'existe plus de condition de subsidiarité au sein de l'enrichissement injustifié. Une fois que les domaines respectifs de ces deux sources d'obligation sont bien délimités, il reste deux difficultés principales relatives aux frontières de ces deux sources. L'enrichissement injustifié peut ainsi empiéter sur le domaine du contrat lorsqu'il est question d'envisager les conséquences de l'anéantissement du contrat. Inversement, le contrat peut s'immiscer dans le champ de l'enrichissement injustifié, lorsque se pose la question de la possibilité d'aménager contractuellement le régime de l'enrichissement injustifié ou, même, de créer un autre fait générateur de restitutions. Pour mieux comprendre ces relations, il faut d'abord apporter quelques précisions sur la distinction entre contrat et enrichissement injustifié (Section I), avant de s'attarder à la question épineuse des restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat (Section II), pour terminer sur les conventions portant sur les restitutions (Section III).

Section I : La distinction entre contrat et enrichissement injustifié

485. L'impossible distinction par la finalité. La notion de contrat est relativement complexe et il n'est pas question ici de la redéfinir¹⁵¹⁴. Simplement, la diversité des contrats ne permet pas de définir le contrat à partir de sa seule finalité. Afin de délimiter les frontières

¹⁵¹⁴ Sur cette notion, voir récemment D. GALBOIS, *La notion de contrat*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, L.G.D.J., 2020.

avec l'enrichissement injustifié, il est donc nécessaire de trouver un autre élément distinctif. Le contrat ne se situe pas exactement au même plan que les autres sources d'obligation et cet acte est potentiellement superposable avec toutes les autres sources. Un contrat peut ainsi intervenir dans un domaine qui relèverait également d'une autre source, dans la mesure où le droit l'autorise. En somme, le contrat permet d'instaurer une nouvelle norme entre les parties qui déroge aux sources extracontractuelles, sous réserve d'une éventuelle interdiction. Cet aspect se retrouve dans l'idée communément répandue que l'enrichissement injustifié serait subsidiaire, alors que la responsabilité civile serait d'ordre public. Pourtant, comme certains auteurs l'ont remarqué, le caractère d'ordre public de la responsabilité civile est contestable puisque la conclusion d'un contrat suffit à exclure son application et ce en raison de la règle du non-cumul¹⁵¹⁵. Il n'est en réalité nul besoin de se référer à une condition de subsidiarité pour envisager les relations entre le contrat et l'enrichissement injustifié. L'une des spécificités du contrat tient à son caractère volontaire. Or ce caractère volontaire est incompatible avec l'enrichissement injustifié, qui n'intervient qu'en cas de transfert involontaire. Encore faut-il vérifier que la manière dont le caractère involontaire est apprécié dans l'enrichissement injustifié n'entre pas en contradiction avec la manière dont la volonté est appréhendée en droit des contrats. Le risque est en effet de considérer que du point de vue de l'enrichissement injustifié, le transfert est involontaire, alors que du point de vue du droit des contrats, ce transfert ne peut être remis en cause. Le droit français se distingue ici du droit anglais, où la structure de l'*unjust enrichment* en *unjust factors* permet d'éviter les intrusions inopportunes de cette source au sein du contrat, sans qu'il soit pour autant nécessaire que des notions identiques soient appréhendées de la même manière¹⁵¹⁶. Si le choix porte sur une action générale en enrichissement injustifié, comme nous le proposons dans cette thèse, il est impératif de concilier et de retenir une conception sinon uniforme, au moins, harmonieuse de la volonté, entre l'enrichissement injustifié et le droit des contrats, et ce afin d'éviter des solutions contradictoires. Il faut donc vérifier dans quelles circonstances un transfert réalisé en exécution d'un contrat peut devenir involontaire (I) ce qui entraîne une autre question sur la nécessité ou non d'obtenir au préalable l'anéantissement du contrat (II).

¹⁵¹⁵ J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD. civ.* 2010.1s., spéc. n°60.

¹⁵¹⁶ Comme c'est le cas, par exemple, de l'erreur (*mistake*), vice du consentement, entendu de manière beaucoup plus restrictive que l'*unjust factor mistake* (voir *supra* n° 109s.). La même remarque peut être faite à propos du *failure of consideration*, qui ne doit pas être confondu avec l'exigence d'une *consideration* en droit des contrats (voir *supra* n° 116s.).

486. Un rejet d'une vision purement « subjective » de la volonté. De la même manière qu'il ne suffit pas, dans un contexte contractuel, à l'une des parties de prétexter une erreur sur les motifs ou une simple contrariété entre la volonté déclarée et la volonté interne pour sortir du contrat, le demandeur ne peut se fonder sur un pur sentiment personnel pour établir que le transfert du bien a été involontaire et ainsi obtenir des restitutions sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Cette vision serait tout simplement impraticable, les juges ne pouvant (pas encore) s'immiscer dans le for interne du demandeur, et parfaitement inopportune puisque toute transaction, ou presque, serait susceptible d'être remise en cause. Cette volonté doit donc se matérialiser et, plus précisément, le demandeur doit pouvoir établir par des éléments concrets que le transfert s'est réalisé contre sa volonté réelle. Il faut ajouter un élément supplémentaire qui ne tient pas seulement à la volonté du propriétaire initial et qui explique pourquoi il est plus délicat d'obtenir des restitutions dans le contexte contractuel. Du fait du nouveau lien créé par le contrat et des éventuels effets qu'un contrat peut produire à l'égard des tiers, il est impossible et inopportun de dresser des règles absolues. Cela est déjà perceptible en droit des contrats où le juge conserve un pouvoir d'appréciation en matière de résolution pour inexécution¹⁵¹⁷ ou par le fait qu'une erreur inexcusable ne peut constituer un vice du consentement. Il est donc parfois nécessaire de tempérer certaines règles sans pour autant que cela ne remette fondamentalement en cause le rôle de l'enrichissement injustifié en la matière¹⁵¹⁸.

487. Une distinction nécessaire entre les transferts contractuels et transferts non contractuels. C'est pour cette raison qu'il convient de distinguer selon que le transfert s'est réalisé en exécution d'un contrat ou en dehors de tout contexte contractuel. Lorsqu'aucun contrat n'est en cause, le caractère involontaire sera plus facile à établir puisqu'il n'existe pas de raison, *a priori*, pour que le demandeur transfère un tel bien au défendeur. Ainsi, dans un contexte non contractuel, une simple erreur peut suffire à établir le caractère

¹⁵¹⁷ Voir T. GENICON, th. préc., spéc. n°. 411s.

¹⁵¹⁸ Il est ici possible de faire un parallèle avec la critique sur le rôle de la volonté en droit des contrats. Ce n'est pas parce que cette volonté peut être « canalisée » voire minorée par le droit, qu'un contrat ne peut plus être fondé sur un accord de volonté (sur cet aspect voir D. GALBOIS, th. préc., n°434s.). L'élaboration d'une théorie n'empêche ni les nuances, ni les exceptions. Au demeurant il n'existe aucune théorie qui puisse être appliquée de manière absolue sans produire des résultats absurdes ou inopportuns. La prise en considération d'intérêts contradictoires par le droit rend cette tâche tout simplement impossible.

involontaire. En revanche, dès lors que le transfert s'est réalisé en exécution d'un contrat, le transfert est présumé volontaire. Il y aurait sinon une contradiction pour un système juridique à reconnaître, d'un côté, que le contrat repose sur un accord de volonté, alors que, de l'autre côté, il est possible pour une partie d'obtenir la restitution du bien sur le fondement de l'enrichissement injustifié. Pour concilier les deux, il est possible de considérer que l'enrichissement injustifié et le droit des contrats ne sont que deux facettes du principe de libre disposition¹⁵¹⁹. Ce principe suppose non seulement que le demandeur ait réellement souhaité transférer ce bien, mais aussi que ce transfert se soit réalisé selon les modalités et conditions voulues par le propriétaire initial du bien, à partir du moment où ses conditions et modalités ont été exprimées¹⁵²⁰. Aussi, pour renverser la présomption de transfert volontaire résultant du contrat, il est nécessaire de voir quels sont, en droit des contrats, les éléments susceptibles de remettre en cause la réalité de la volonté des contractants. Il convient alors de distinguer les hypothèses permettant de renverser la présomption d'un transfert volontaire dès l'origine, des cas où le transfert est conditionné à un évènement qui ne s'est pas réalisé¹⁵²¹.

488. Le caractère involontaire et les causes de nullité. Afin de renverser la présomption de transfert volontaire posé par le contrat, il est naturel de se tourner vers les causes de nullité du contrat. Dans la plupart des cas de nullité, il est possible de trouver un élément remettant en cause le caractère volontaire du transfert. Le cas de l'incapacité fait certainement appel à cette idée. Le droit estime alors que la vulnérabilité particulière de la personne, en raison de son âge ou de ses facultés mentales, la rend incapable de consentir et de transférer volontairement l'un de ses biens. Cet aspect est également perceptible dans l'exigence d'un contenu certain (article 1128, 3^o du Code civil). Sous cet intitulé, certes un peu vague, il est possible de retrouver les hypothèses où la chose objet du contrat n'existe déjà plus au jour de la conclusion du contrat, ou, comme l'indique l'article 1169, lorsque la contrepartie est illusoire ou dérisoire. L'idée derrière ces dispositions est que la partie qui

¹⁵¹⁹ Même si, bien sûr, le contrat ne se limite pas au transfert de biens et ne se borne donc pas à mettre en application le principe de libre disposition.

¹⁵²⁰ Le demandeur ne pourrait bien entendu arguer, après coup, qu'il a « conditionné » (au sens non juridique du terme) le transfert à un fait inexistant ou qui ne s'est pas produit. Cette solution résulte d'un compromis entre les intérêts du propriétaire initial et son contractant et n'est certes pas une conséquence logique de la règle. C'est la même raison qui conduit le droit à ne pas accepter l'erreur sur les simples motifs ou l'erreur inexcusable comme vice de consentement.

¹⁵²¹ Le terme de modalité ou de condition ne renvoie pas ici à la condition au sens où le Code civil l'envisage et il n'est notamment pas question de reprendre la théorie selon laquelle la résolution pour inexécution serait justifiée par la présence d'une condition résolutoire sous-entendue dans tous les contrats.

s'est engagée à transférer un bien¹⁵²² n'a pas entendu se déposséder sans contrepartie, sauf à démontrer que le caractère dérisoire est parfaitement mesuré et vise à accorder une donation indirecte¹⁵²³. Bien évidemment, et pour préserver un certain équilibre entre les intérêts du propriétaire initial et ceux de son cocontractant, la simple lésion ou erreur sur la valeur n'est pas, en principe, suffisante pour remettre en cause le transfert.

489. La spécificité de l'atteinte à l'ordre public. La seule cause de nullité qui ne peut être appréhendée de cette manière est la nullité fondée sur une contrariété à l'ordre public, sauf à prétendre de manière très artificielle et en contradiction flagrante avec les faits, que nul ne pourrait vouloir conclure un accord illicite. Il nous semble que le simple fait que l'accord soit nul en raison d'une contrariété à l'ordre public n'est pas suffisant pour obtenir des restitutions ou une autre indemnité. Encore faut-il examiner avec précision l'intention du législateur, les raisons qui l'ont incité à interdire ce genre d'opération. De manière générale, il nous semble que la nullité n'est pas le fondement juridique justifiant l'octroi de restitutions ou d'une autre indemnité¹⁵²⁴. Elle remet simplement en cause le contrat conclu¹⁵²⁵ et il faut se tourner vers une autre source d'obligation pour voir si l'une ou les deux parties peuvent obtenir une indemnité ou des restitutions. Pour obtenir des restitutions sur le fondement de l'enrichissement injustifié, il faut démontrer que le transfert a bien été involontaire. Le fait que le demandeur ne peut obtenir des restitutions par le simple jeu de la nullité permet d'effectuer une sélection entre les cas où le demandeur est digne de protection et les cas où l'octroi de restitutions va à l'encontre des objectifs poursuivis par le droit. Cela est particulièrement visible s'agissant de la nullité pour contrariété à l'ordre public. Le fait de bloquer des restitutions pour simple contrariété à l'ordre public peut avoir

¹⁵²² Ces dispositions ont certes un champ d'application bien plus vaste et peuvent aussi, théoriquement, s'appliquer à des prestations de service. Néanmoins, en pratique, ces dispositions s'appliquent essentiellement à des biens, en luttant contre les prix dérisoires et il nous semble qu'il ne s'agit pas d'une pure coïncidence, car ces dispositions s'appliquent avec difficulté aux prestations de services qui n'ont de valeur que dans la mesure où elles sont acceptées, pour le montant auxquelles elles sont acceptées et qui n'impliquent pas en soi une dépossession. C'est peut-être le défaut du Code d'envisager des dispositions trop larges, que ce soit sous le terme de cause ou de contenu, alors qu'il faudrait sans doute distinguer davantage selon l'objet de l'obligation.

¹⁵²³ Ce qui est illustré par le fait que, sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme du 10 février 2016, les juges refusaient d'annuler un contrat pour un prix dérisoire lorsqu'il était démontré une intention libérale et la volonté pour le demandeur de réaliser une donation indirecte (P. SIMLER, « Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire », *Fasc. 40, art. 1162 à 1171, Jurisclasseur Civil Code*, 2016, n°30).

¹⁵²⁴ En ce sens, voir C. GUELFUCCI-THIBIERGE, th. préc., n°643.

¹⁵²⁵ S'agissant de la nullité, qui remet en cause le contrat dès sa formation (le contrat n'aurait jamais dû être conclu), cela signifie que les parties ne peuvent plus se fonder sur le contrat, pour obtenir l'exécution d'une prestation ou pour invoquer une stipulation du contrat contre l'autre partie.

pour effet de consolider une situation illicite¹⁵²⁶, mais cela peut être également vrai lorsque des restitutions sont autorisées. Il nous semble que, là aussi, le danger est plus grand lorsque les « restitutions » portent sur un service rendu, puisque cela revient en réalité à accorder, au moins en partie, l'équivalent de la prestation promise, soit la rémunération du service. Ainsi, si la prestation est en soi illicite et que le contrat est annulé sur ce fondement¹⁵²⁷, les « restitutions » couvrant la prestation permettraient en réalité de contourner l'interdiction et d'obtenir une rémunération pour une prestation qu'il n'aurait pas dû obtenir. Bien que cela soit plus fréquent en cas de service, il n'est pas exclu qu'une semblable contrariété avec l'objectif poursuivi par le droit se rencontre en cas de transfert d'une somme d'argent ou d'un autre bien. Aussi, le fait de dissocier complètement la nullité des restitutions permet de ne les accorder que lorsque les conditions de l'enrichissement injustifié sont remplies, ce qui permet de ne pas donner d'effet à l'accord illicite.

490. Un transfert conditionnel : l'absence de contrepartie. L'enrichissement injustifié se conçoit lorsque le contrat n'a pas été anéanti par une cause de nullité, mais lorsqu'il est remis en cause par l'absence de contrepartie fournie au demandeur. L'absence de contrepartie a une incidence sur le caractère volontaire du transfert. Le demandeur n'a en effet consenti à la dépossession de la somme d'argent ou d'un autre bien qu'en raison de la contrepartie qu'il souhaite obtenir. Le transfert de l'enrichissement est conditionnel. En revanche, lorsque le demandeur a accompli une prestation de service qui n'a pas été rémunérée, la voie de l'enrichissement injustifié lui est fermée et il doit se tourner vers d'autres sanctions s'il entend obtenir une rémunération¹⁵²⁸. L'absence de contrepartie peut aussi bien survenir en raison d'un fait imputable au cocontractant (inexécution volontaire de la contreprestation par exemple) que d'un fait non imputable, tel que la force majeure, à moins que le demandeur n'ait contractuellement pris en charge certains risques. Il peut toutefois exister une difficulté lorsque l'inexécution n'est pas totale, mais seulement partielle. En ce cas, le demandeur a tout de même reçu une partie de la prestation convenue.

¹⁵²⁶ Le droit anglais offre une bonne illustration dans l'affaire *Patel v. Mirza* : si les restitutions avaient été refusées en raison du caractère illicite du transfert (le demandeur avait transféré une somme d'argent en vue d'obtenir des informations qu'ils n'auraient pas dû recevoir, les faits étant proche de ce qui pourrait être qualifié en France d'un délit d'initiés), cela permettait au défendeur de conserver une somme d'argent qu'il n'aurait jamais dû percevoir (sur ce point, en droit anglais, voir *supra* n° 135).

¹⁵²⁷ La sanction de la nullité n'est à vrai dire pas automatique, les juges ayant une certaine marge d'appréciation en la matière, voir notamment F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°497.

¹⁵²⁸ Voir *infra* n° 499s.

Il nous semble toutefois qu'une inexécution partielle du contrat ne saurait en soi constituer un obstacle à toutes restitutions, en particulier si la prestation est divisible. En réalité, en ce cas, la principale difficulté réside dans la combinaison avec la possibilité ou non d'obtenir la résolution du contrat, et ce afin d'éviter des solutions contradictoires¹⁵²⁹. Une fois qu'il est établi que le transfert ne correspond pas aux conditions prévues, il ne doit plus exister de différence de régime entre ce cas et le cas où le transfert est originellement involontaire. Ainsi, dans la mesure où le transfert est involontaire, le défendeur est considéré comme enrichi le jour où il a reçu l'enrichissement, et ce parce que l'absence de contrepartie rend intégralement injustifié le transfert de l'enrichissement¹⁵³⁰.

II : La question de l'anéantissement préalable du contrat

491. Exposé du problème. La question de savoir si le contrat doit nécessairement être anéanti pour pouvoir invoquer l'enrichissement injustifié ne s'est jamais véritablement posée en droit français. La principale raison est que les restitutions s'envisagent rarement en dehors du contexte de l'anéantissement d'un contrat et ce malgré l'existence de la répétition de l'indu, qui est une action assez marginalisée en droit français¹⁵³¹. Les restitutions n'étant envisagées que dans le cadre de l'anéantissement du contrat, et surtout de la nullité, il n'est pas étonnant que la question de l'anéantissement préalable du contrat ne soit pas posée¹⁵³². Pourtant les restitutions n'ont pas, selon nous, vocation à régir les seules conséquences de l'anéantissement d'un contrat, mais viennent plus généralement corriger un enrichissement injustifié, pour réattribuer un enrichissement à son légitime titulaire. De plus, les restitutions sont bien souvent perçues comme un effet automatique de l'anéantissement du contrat, même si certains auteurs fondent ces restitutions sur la

¹⁵²⁹ Ce qui rejoint la question de l'anéantissement préalable du contrat, développée dans le prochain paragraphe (voir *infra* n° 492).

¹⁵³⁰ Certains évoqueraient le caractère rétroactif, mais il n'est guère utile de faire appel à la rétroactivité pour cela, car il faudrait encore se demander pourquoi il y a un effet rétroactif, sur cet aspect voir *infra* n° 495.

¹⁵³¹ En ce sens voir P. REMY, « Les restitutions dans un système de quasi-contrats : l'expérience française », art. préc., n° 16-17.

¹⁵³² À ce titre l'agencement des manuels de droit des obligations sont assez révélateurs, car la plupart traitent toujours des restitutions dans la partie consacrée à la nullité et à ses conséquences et n'envisagent pas les restitutions de manière autonome, avec la possibilité d'obtenir des restitutions en dehors d'un contexte contractuel ou en dépit du fait qu'un contrat subsiste toujours, par exemple voir A. BENABENT, *op. cit.*, n°231 ; R. CABRILLAC, *op. cit.*, n°104s. ; d'autres ouvrages consacrent désormais un chapitre autonome aux restitutions, mais cette question n'est pas abordée voir notamment L. ANDREU, N. THOMASSIN, *op. cit.* n°1409s. ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *op. cit.*, n°1803s.

répétition de l'indu¹⁵³³. Cet embarras à trouver un fondement aux restitutions en droit positif tient au fait que les restitutions sont conçues de manière excessivement large, si bien qu'il est impossible de trouver un fondement unique. Il nous semble en particulier que les restitutions, qui visent à réattribuer un enrichissement, ne peuvent s'appliquer à une prestation de service¹⁵³⁴. En conséquence, puisqu'il nous semble que les restitutions ne sont pas limitées aux suites de l'anéantissement du contrat et qu'elles sont essentiellement fondées sur l'enrichissement injustifié¹⁵³⁵, on peut s'interroger sur la possibilité d'obtenir des restitutions en l'absence d'anéantissement d'un contrat. L'hypothèse est donc la suivante : le demandeur a transféré un enrichissement au défendeur, en vertu d'un contrat, mais il souhaite malgré tout en obtenir la restitution sur le fondement de l'enrichissement injustifié, car il estime que le transfert ne s'est pas réalisé comme convenu. Il est bien évident qu'une telle hypothèse présente des dangers, le principal étant la remise en cause de l'allocation des risques prévus par le contrat. Bien sûr, comme cela a déjà été observé précédemment¹⁵³⁶, il est nécessaire qu'il y ait une cohérence dans l'appréciation du caractère involontaire entre le droit de l'enrichissement injustifié et le droit des contrats. Cela n'épuise cependant pas toutes les hypothèses et il est possible de laisser un peu d'espace à l'enrichissement injustifié, même en présence d'un contrat qui n'a pas été anéanti.

492. La possibilité d'obtenir des restitutions en l'absence d'anéantissement : Une possible transposition de la solution *Roxborough v. Rothman*¹⁵³⁷ ? Bien qu'il s'agisse d'une décision australienne, la solution est intéressante et il est possible de se demander si une solution similaire pourrait être retenue en droit français. Dans les faits, un grossiste et un détaillant de tabac avaient conclu un contrat d'approvisionnement. Le prix du tabac était fixé de la façon suivante : le prix de vente « normal » du tabac et un supplément de prix couvrant la taxe que le grossiste devait payer à l'État. Or, en cours d'exécution du contrat, la taxe a été jugée anticonstitutionnelle et l'État a dû restituer le montant des taxes perçues

¹⁵³³ Même si pendant un temps, lorsque la condition de l'erreur était jugée essentielle, ce cas était présenté comme un cas particulier d'indu (voir notamment J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 14^e ed., Sirey, 2011, n°23).

¹⁵³⁴ Les conséquences de l'anéantissement du contrat en cas de prestation de service obéissent à un autre régime juridique, soit au contrat si ce dernier n'est pas totalement anéanti, soit à la gestion d'affaires lorsque le demandeur ne peut plus se fonder sur le contrat.

¹⁵³⁵ Sur la possibilité d'envisager un autre fondement aux restitutions voir *infra* n° 511s.

¹⁵³⁶ Sur l'appréciation du caractère involontaire du transfert en présence d'un contrat, voir *supra* n° 407s.

¹⁵³⁷ (2001) HCA 68, sur cette affaire et les discussions qu'elle a provoquées, voir *supra* n° 119.

au grossiste. Le détaillant a demandé à son tour la restitution du supplément du prix versé au grossiste, car il n'a consenti à payer ce supplément qu'en raison de l'existence de la taxe. Il estimait ainsi que le grossiste s'était enrichi à ses dépens, en conservant le supplément du prix. Les juges australiens avaient fait droit à cette demande, en notant que ce supplément de prix constituait un élément distinct du contrat et qui n'avait été prévu qu'en raison de la taxe à payer¹⁵³⁸. À partir du moment où la taxe n'existait plus, le détaillant n'avait plus aucune raison de payer ce supplément.

Si l'on envisage ces faits à l'aune du droit français, il n'existe *a priori* aucune cause d'anéantissement du contrat. Le contrat a été valablement formé, il n'y a aucune inexécution imputable au grossiste et il n'est pas certain que la suppression de la taxe corresponde à la disparition d'un élément essentiel exigé par l'article 1186 du Code civil, car l'exécution du contrat n'est pas pour autant privé d'intérêt¹⁵³⁹. Il n'est pas non plus possible d'invoquer l'imprévision. S'il existe bien un changement de circonstances, celui-ci ne rend pas « l'exécution excessivement onéreuse », comme l'exige l'article 1195 du Code civil, puisque le prix est resté inchangé par rapport à celui fixé initialement¹⁵⁴⁰. Par ailleurs, cet article prévoit seulement une possibilité de renégociation et, à défaut d'accord des parties, une faculté de révision ou de résolution du contrat. Si toutefois les faits rentraient dans le champ de l'article 1195, il semble peu probable que cette faculté de révision autorise le juge à ordonner des restitutions pour la période passée, la révision du contrat s'entendant davantage comme un changement du contrat pour l'avenir¹⁵⁴¹. Quant à la faculté de mettre fin au contrat, il est vrai que l'article 1195 ne précise rien si ce n'est que le juge fixe les conditions de fin du contrat. Reste à savoir si cela autorise le juge à octroyer des restitutions à l'autre partie, pour la période passée. Enfin, la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil n'est guère envisageable¹⁵⁴², puisqu'il n'y a pas d'exécution imparfaite de la

¹⁵³⁸ *Ibid.*, spéc. n°60.

¹⁵³⁹ L'article 1186 dispose ainsi que : « Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ». Sur la notion d'éléments essentiels au contrat voir notamment G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, n°493, à moins bien sûr d'entendre plus largement l'élément essentiel en se référant à tout contenu du contrat, à partir du moment où le contrat prévoyait précisément cette répartition du prix.

¹⁵⁴⁰ L'article 1195 dispose : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation ».

¹⁵⁴¹ Ce qui serait au demeurant plus cohérent avec l'alinéa 1 où il est précisé que pendant la renégociation, les parties continuent à exécuter leurs obligations.

¹⁵⁴² L'article 1223 dispose : « Le créancier, peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix ».

prestation, le grossiste délivrant bien la marchandise promise. Même si ces dispositions ne semblent pas s'appliquer à cette hypothèse, il faut se demander si elles font rigoureusement obstacle à l'octroi de restitutions lorsque le contrat n'a pas été anéanti. Le principal obstacle semble surtout provenir de l'article 1195 du Code civil qui n'autorise une modification du contrat, en cas de changement de circonstances, que sous certaines conditions et, en cas de désaccord, sous le contrôle du juge. Cette disposition pourrait ainsi être interprétée comme interdisant toute remise en cause du contrat, même à travers l'enrichissement injustifié, tant qu'un changement de circonstance imprévisible ne rend pas l'exécution excessivement onéreuse.

493. Une transposition encadrée. Cependant, à y regarder de plus près, la solution retenue dans la décision *Roxborough* est sans doute plus respectueuse de la volonté et des prévisions des parties. En effet, le contrat est maintenu et surtout les parties avaient bel et bien précisé que le surplus du prix était justifié par la taxe que le grossiste devait verser à l'État. Pour reprendre une terminologie anglaise, cette partie du prix n'a été prévue qu'en considération de cette taxe, ce qui a été approuvé par les deux parties. Or, c'est précisément la logique qui permet au demandeur d'obtenir des restitutions en cas d'inexécution du contrat : le transfert est conditionné à un fait en particulier, qui n'est pas survenu ou qui a par la suite disparu¹⁵⁴³. Toutefois, pour que des restitutions puissent être accordées, cela suppose, d'une part, que la condition soit bien énoncée contractuellement¹⁵⁴⁴ et, d'autre part, que cette condition constituait bien la raison principale du transfert. Il ne faut pas que le demandeur ait entendu supporter le risque de la non-survenance de la condition. Bien sûr, cette hypothèse est relativement rare, puisqu'elle implique que les prestations des parties soient divisibles et cette solution ne trouve en réalité à s'appliquer que lorsqu'est en cause un élément secondaire du contrat, dont la disparition ne prive pas le contrat d'intérêt. Mais, précisément, cette solution a pour mérite de maintenir le contrat tout en ajustant son exécution à la réalité des faits, conformément aux prévisions contractuelles initiales. Si les parties ne veulent prendre aucun risque, il serait sans doute plus prudent d'organiser directement ces restitutions éventuelles dans le contrat ou de les exclure explicitement¹⁵⁴⁵. Il faut toutefois souligner qu'en dehors de ces hypothèses très particulières, illustré par

¹⁵⁴³ Sur cet aspect voir T. BALOCH, *op. cit.*, p.146s.

¹⁵⁴⁴ Dans l'affaire *Roxborough* il était expressément prévu qu'une partie du prix correspondait au paiement de la taxe et les juges ont expressément indiqués que s'il n'y avait pas eu cette spécification contractuelle, les restitutions n'auraient jamais été accordées.

¹⁵⁴⁵ Sur les conventions de restitutions voir *infra* n° 511s.

l'affaire australienne, il ne devrait pas être possible de recourir à l'enrichissement injustifié, tant que le contrat n'a pas été préalablement anéanti, puisqu'en l'absence d'anéantissement, le transfert est réputé volontaire.

Section II : Les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat

494. La déconstruction du contrat. Le contrat étant une nouvelle norme qui modifie la situation juridique, son anéantissement est particulièrement difficile à appréhender juridiquement. La difficulté est accrue par l'absence de clarté quant à la terminologie utilisée, le terme de « restitutions » étant fréquemment utilisé pour couvrir l'ensemble des conséquences de l'anéantissement du contrat. Il n'est pas fait de distinction selon les prestations en cause (transfert d'une somme d'argent, prestation de service...), ni selon ce que souhaite obtenir réellement le demandeur (la restitution de ce qu'il a transféré au défendeur ou l'obtention de tout ou partie de l'avantage escompté dans le contrat). Il faut ajouter à cela le fait que les restitutions¹⁵⁴⁶ sont souvent perçues comme un mécanisme « neutre », dans le sens où le résultat devrait être un jeu à somme nulle pour les parties ou un transfert inversé des prestations¹⁵⁴⁷. L'état du droit positif donne l'impression paradoxale de vouloir effacer les conséquences de l'anéantissement du contrat, comme si un tel anéantissement ne s'était pas produit ou, du moins, comme s'il fallait effacer toutes les conséquences dommageables pour les parties. Il n'est pourtant pas possible de faire comme si l'anéantissement ne devait produire aucune conséquence néfaste pour les parties. Comme le laisse déjà entendre la nouvelle conception des restitutions que nous proposons, ces dernières ne sont pas appelées à couvrir l'ensemble des suites de l'anéantissement d'un contrat. Elles ne doivent s'appliquer que lorsque l'une des parties souhaite remettre en cause le transfert d'un bien qu'elle estime contraire à sa volonté. Il nous semble ainsi que les conséquences de l'anéantissement d'un contrat ne doivent pas être traitées de manière unitaire et qu'il convient de mieux dissocier deux étapes distinctes : l'étendue de

¹⁵⁴⁶ Entendues au sens large, tel que le droit positif les conçoit, c'est-à-dire regroupant les conséquences de l'anéantissement du contrat.

¹⁵⁴⁷ Sur la complexité des restitutions, plus particulièrement après résolution du contrat, voir S. PELLET, « Restitutions consécutives à la résolution : à quoi bon ? » *D.* 2014 p. 642s., l'auteur met ainsi en exergue les difficultés à trouver un système qui soit à la fois adapté et équitable et estime qu'il serait sans doute mieux d'instaurer un régime indemnitaire, qui laisserait une marge de manœuvre au juge, plutôt qu'un simple transfert inversé des prestations. Il est vrai que le régime actuel est loin d'être satisfaisant, mais il nous semble que cela tient avant tout au fait que les « restitutions » consécutives à l'anéantissement d'un contrat soient traitées de manière unitaire, alors que les situations à résoudre sont très diverses.

l'anéantissement du contrat et le ou les fondements juridiques qu'il est possible d'invoquer. Dans un premier temps, il faut analyser la portée de l'anéantissement : dans quelle mesure le contrat a été anéanti ? Si le contrat subsiste en partie, il est toujours possible de se fonder sur le contrat, dans la mesure où il subsiste. Cela signifie que les parties peuvent obtenir une partie des avantages prévus dans le contrat. En revanche, dans la mesure où le contrat est anéanti, les parties ne peuvent plus invoquer le contrat et doivent se fonder sur une autre source d'obligation, si les conditions sont remplies. Il est ainsi possible que les parties ne disposent d'aucun recours, si jamais les conditions des autres sources d'obligation ne sont pas remplies. Il convient donc de procéder par étapes et d'analyser d'abord l'étendue de l'anéantissement (I), avant de voir les différents fondements qui sont susceptibles d'être envisagés (II).

I : L'étendue de l'anéantissement

495. Les insuffisances de la rétroactivité. Pour connaître l'étendue de l'anéantissement d'un contrat, une première solution serait de voir si l'anéantissement est rétroactif ou non. Seulement, le raisonnement par la rétroactivité mène rapidement à une impasse pour au moins deux raisons. La première est qu'il n'est pas toujours facile de déterminer dans quelle mesure l'anéantissement est rétroactif. Cela est particulièrement vrai s'agissant de la résolution du contrat¹⁵⁴⁸, mais toute difficulté n'est pas pour autant exclue pour la nullité, comme le montre le cas de la nullité d'un contrat de société¹⁵⁴⁹. La seconde raison tient au fait qu'en droit positif, l'étendue de la rétroactivité est surtout commandée par l'étendue des restitutions¹⁵⁵⁰. La rétroactivité sert surtout d'explication *ex post facto* pour décrire une situation donnée, mais elle ne donne aucune justification sur l'octroi des restitutions ou sur une autre indemnité. Le simple fait d'affirmer que le contrat est censé n'avoir jamais

¹⁵⁴⁸ La distinction entre résolution (effet rétroactif) et résiliation (absence d'effet rétroactif) n'est à cet égard pas d'une grande aide, sur ce point voir T. GENICON, th. préc., n°704s.

¹⁵⁴⁹ L'article 1844-15 du Code civil dispose ainsi que : « Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat ».

¹⁵⁵⁰ Comme le reconnaît d'ailleurs M. Genicon « Lorsque l'on a déterminé l'étendue de la rétroactivité, on a bien vu qu'elle était essentiellement fonction de l'étendue... des restitutions ! Cela étant, on sait aussi que la détermination des restitutions ne se fait pas d'instinct, mais dépend avant tout d'une analyse réfléchie de l'économie générale du contrat touché par l'inexécution. Aussi, il vaut mieux dire en définitive que rechercher l'étendue de la rétroactivité et celle des restitutions n'est qu'une seule et même investigation, ce qu'accrédite le fait que le travail ne serait pas changé si la résolution du droit français était dépourvue d'effet rétroactif » (T. GENICON, th. préc., n°902)

existe¹⁵⁵¹ ne donne pas de réelle indication sur la solution à adopter¹⁵⁵². Il nous semble que la rétroactivité vient surtout combler un manque théorique. Par exemple, lorsque le demandeur obtient des restitutions pour une somme d'argent transférée au défendeur en vertu d'un contrat qui a été annulé ou résolu, il nous semble que cela tient moins au caractère rétroactif de l'anéantissement, qu'au fait que les restitutions sont, en ce cas, fondées sur l'enrichissement injustifié¹⁵⁵³. Qu'il soit ensuite possible d'affirmer que l'anéantissement est rétroactif n'apporte à vrai dire pas grand-chose. La rétroactivité est surtout insuffisante lorsque l'anéantissement du contrat n'est pas complet et que le contrat subsiste encore pour partie. Il faut alors trouver un critère plus fiable que la rétroactivité pour déterminer l'étendue de l'anéantissement du contrat, car c'est l'étendue de l'anéantissement qui commande, ensuite, les fondements que le demandeur est susceptible d'invoquer ou non.

496. La prise en considération de la cause d'anéantissement. Pour savoir si l'anéantissement du contrat est intégral ou seulement partiel, une première distinction peut être faite selon que le contrat est anéanti pour une cause de nullité ou pour une cause de résolution. S'il est possible d'affirmer, qu'en cas de nullité, le contrat est intégralement anéanti cela tient au fait que la nullité suppose un vice dans la formation du contrat. Puisque le contrat n'aurait jamais dû être conclu et qu'il lui manque un élément fondamental pour être valable, la nullité ne peut avoir pour effet que de détruire intégralement le lien contractuel¹⁵⁵⁴. La conséquence est que les parties doivent se fonder sur une autre source d'obligation et notamment sur l'enrichissement injustifié si elles souhaitent obtenir des restitutions. La solution est plus nuancée pour la résolution du contrat. Comme le contrat est valablement formé en ce cas, l'anéantissement n'est pas nécessairement intégral et il faut prendre en considération d'autres éléments pour déterminer l'étendue de l'anéantissement.

¹⁵⁵¹ Comme l'énonce par exemple l'article 1178, al. 2, du Code civil relatif à la nullité.

¹⁵⁵² Il est au moins possible de donner deux interprétations différentes. Doit-on comprendre que cela affecte seulement l'existence du contrat et que les parties ne peuvent plus se fonder sur ce contrat, sans pour autant prétendre à un autre recours ; ou doit-on considérer que cela affecte également l'exécution du contrat et il faudrait alors faire en sorte d'effacer les conséquences de l'exécution partielle du contrat. Le problème de cette dernière interprétation est qu'elle revient également à remettre en cause la matérialité des faits (faire comme si le contrat n'avait pas été exécuté), ce qui n'est pas possible.

¹⁵⁵³ S'il est bien établi que le transfert a été involontaire (par exemple parce que le contrat a été conclu sous l'emprise d'une erreur), le fait pour le défendeur de conserver la somme d'argent revient en effet à ce qu'il s'enrichisse au détriment du demandeur. Les restitutions sont donc commandées par l'enrichissement injustifié et non par un hypothétique effet rétroactif.

¹⁵⁵⁴ Il n'est cependant pas exclu qu'une solution alternative puisse être posée, notamment par le législateur. Nous nous contentons ici de poser les principes généraux.

497. La prise en considération de l'importance de l'inexécution du contrat et du type de contrat. Parmi les critères auxquels il est possible de songer pour déterminer les effets de la résolution sur le contrat deux viennent à l'esprit : le type de contrat en cause (contrat à utilité continue ou contrat à utilité globale selon la terminologie retenue par le professeur Genicon¹⁵⁵⁵) ainsi que l'importance de l'inexécution (inexécution intégrale ou partielle). Il faut alors combiner ces deux critères. En cas de contrat à utilité globale, il faut retenir que l'anéantissement doit être intégral, car le contrat ne présente un intérêt qu'à l'exécution complète du contrat. Ainsi, même s'il y a eu une exécution partielle d'un contrat à utilité globale, la résolution empêche les parties de se fonder sur ce contrat. Si l'une des parties souhaite obtenir une indemnité ou des restitutions, elle doit donc se fonder sur une autre source d'obligation. En revanche, s'agissant d'un contrat à exécution continue, il est nécessaire de tenir compte de la phase antérieure à l'inexécution, pendant laquelle une des parties, ou les deux, ont exécuté leurs obligations. Le contrat lie alors toujours les parties en raison de ce qui a déjà été exécuté et chaque partie peut conserver ce qu'elle a reçu en contrepartie de sa propre prestation, « pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté », comme l'a affirmé la Cour de cassation dans le célèbre arrêt Lucie¹⁵⁵⁶ repris par l'article 1229 du Code civil¹⁵⁵⁷, qu'il est ici possible de reprendre.

498. Le choix de la sanction. Lorsqu'un contrat est susceptible d'être anéanti, le principe est que les parties (ou au moins la partie « victime » de la cause de nullité ou de l'inexécution) conserve le choix de la sanction. Le demandeur peut ainsi le plus souvent choisir entre maintenir le contrat ou en obtenir l'anéantissement (au moins partiel). En fonction du choix adopté, les effets sont différents. En cas de nullité, les parties sont toujours libres de ne pas invoquer la nullité¹⁵⁵⁸ ou de confirmer, dans certains cas¹⁵⁵⁹, l'acte nul. Si le choix est de

¹⁵⁵⁵ Voir T. GENICON, th. préc, n°855s. Dans le cas d'un contrat à exécution globale, le demandeur attend un résultat global qui suppose une exécution complète du contrat, tandis que dans le contrat à exécution continue, le demandeur reçoit périodiquement la prestation prévue.

¹⁵⁵⁶ Cass. 3^e civ., 30 avril 2003, n°01-14.890, *Bull.* 2003, III, n°87.

¹⁵⁵⁷ Cet article fait la distinction selon que le contrat ne trouve son utilité que par l'exécution complète du contrat (restitution intégrale) ou selon que « les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat », en ce cas « il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ».

¹⁵⁵⁸ Sous réserve toutefois des cas où le juge peut soulever d'office la nullité du contrat, comme c'est le cas par exemple, en matière de droit de la consommation où l'article R.632-1 prévoit que : « Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

¹⁵⁵⁹ En principe, seules les nullités relatives peuvent être couvertes par la confirmation (article 1180 al.2 et article 1181 al.2), mais la jurisprudence s'avère toutefois plus nuancée (voir J.-B. SEUBE, « Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative », *RDC* n°3, 2019, p.137s., qui observe également que

maintenir l'acte nul, les parties conservent la possibilité d'obtenir l'exécution du contrat, mais elles ne peuvent pas invoquer une source extracontractuelle pour obtenir en plus une indemnité¹⁵⁶⁰ ou des restitutions sur le fondement de l'enrichissement injustifié, par souci de cohérence. En cas d'inexécution, l'article 1217 du Code civil admet par principe que les parties conservent le choix des sanctions, qui peuvent se cumuler dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles¹⁵⁶¹. S'il nous semble que cette liberté de choix doit être conservée, il est notable de constater que l'article 1217 ne fait absolument pas mention des restitutions¹⁵⁶². Aussi, il faut ajouter quelques éléments pour compléter cet article et l'adapter à la conception proposée dans cette thèse.

Une chose demeure inchangée : en cas d'inexécution, la partie victime de l'inexécution demeure libre de demander la résolution ou d'opter pour le maintien du contrat avec exécution forcée des prestations. Si l'anéantissement du contrat n'est que partiel (par exemple en cas de contrat à utilité continue partiellement exécuté), le demandeur doit avoir le choix de la sanction s'agissant de la phase inexécutée du contrat¹⁵⁶³. À partir de l'inexécution, il doit pouvoir choisir entre mettre simplement un terme au contrat pour l'avenir ou obtenir l'anéantissement du contrat dès l'inexécution. Ce choix n'est pas neutre, car la sanction de l'inexécution n'est pas la même si le contrat est anéanti dès l'inexécution ou seulement pour l'avenir. Un exemple permet d'illustrer cette différence. Prenons un contrat d'approvisionnement, si le prestataire n'a pas livré la marchandise prévue au cours des deux derniers mois, la partie lésée a la possibilité de demander une résolution avec

certaines nullités qui devraient plutôt être qualifiées de nullité relative, en raison de l'intérêt qu'elles protègent, sont rétives à la faculté de confirmation sous peine de ruiner toute protection, l'auteur citant notamment le cas des nullités prévues par le Code de la consommation).

¹⁵⁶⁰ Si un dol peut être caractérisé, la partie victime du dol ne saurait à la fois demander des dommages et intérêts censés la replacer dans la situation dans laquelle elle serait si le contrat n'avait pas été conclu (intérêt négatif) et des dommages et intérêts compensant les avantages escomptés de l'exécution du contrat (sur cet aspect voir Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p.363s.).

¹⁵⁶¹ L'article 1217 prévoit les sanctions suivantes : l'exception d'inexécution ; l'exécution forcée ; la réduction du prix ; la résolution et la réparation des conséquences de l'inexécution. L'alinéa 2 du même article ajoutant que « Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ».

¹⁵⁶² Sans doute que les restitutions sont implicitement liées à la sanction de la résolution, les deux étant tellement liées en droit positif (l'article 1229 *in fine* relatif à la résolution opérant un renvoi aux dispositions relatives aux restitutions) que les rédacteurs n'ont sans doute pas jugé opportun de mentionner les restitutions distinctement parmi la liste des sanctions possibles.

¹⁵⁶³ Il n'est pas possible de remettre en cause ce qui a déjà été convenablement exécuté. Par exemple en cas de contrat d'approvisionnement, si le demandeur a reçu pendant deux mois la marchandise prévue, il ne peut obtenir des restitutions pour le prix des marchandises reçues pendant ces deux mois, car il a obtenu ce pourquoi il a payé.

restitution du prix représentant la somme d'argent qu'elle a transférée pour ces deux mois ; ou bien la « résolution différée », qui lui permet d'obtenir les marchandises prévues durant ces deux mois ou des dommages et intérêts représentant la valeur de ces marchandises tout en la libérant pour l'avenir. L'intérêt en ce cas est le même que celui observé en droit anglais. Les restitutions permettent au demandeur d'échapper à une mauvaise affaire, si la valeur des marchandises a fortement diminué depuis, ou, au contraire, de profiter de la valeur de la prestation qui lui est due si elle est supérieure. Cependant ce choix est commandé par l'étendue de l'anéantissement du contrat. Si le contrat est maintenu pendant la période inexécutée, les sanctions de l'inexécution ne peuvent qu'être fondées sur le contrat (donc exécution forcée ou dommages et intérêts contractuels). À l'inverse, si le contrat est anéanti dès cette période, le demandeur ne peut plus se fonder sur le contrat et doit trouver un autre fondement pour sanctionner l'inexécution. L'état du droit positif n'est pas très clair sur ce choix ou sur la possibilité de différer les effets de la résolution. En effet, dès que la résolution est retenue, il semble que ce dernier n'a pas le choix. Le Code civil prévoit seulement des « restitutions » et non la possibilité d'opter pour des dommages et intérêts contractuels, pour la période où le contrat a été inexécuté¹⁵⁶⁴.

II : Les différents fondements envisageables

499. De l'unicité à la diversité des fondements. À l'heure actuelle, hormis les quelques cas où la responsabilité extracontractuelle peut être invoquée en cas de faute de l'une des parties, les suites de l'anéantissement d'un contrat sont en grande partie traitées de manière uniforme à travers le mécanisme des restitutions. Pourtant, les « restitutions » du droit positif recouvrent des situations diverses qui mériteraient un traitement différencié. La nouvelle définition apportée aux restitutions dans cette thèse conduit à retenir un domaine plus restreint aux restitutions. La proposition ainsi formulée permet également d'appréhender de manière plus adéquate les situations visées, notamment parce qu'il existe une véritable différence de logique entre les restitutions d'un bien et la rémunération d'un service réalisé sur le fondement d'un contrat qui a été anéanti. Cette différence, qui explique déjà l'exclusion des services de l'enrichissement injustifié, se ressent également au stade de

¹⁵⁶⁴ Toutefois, les parties conservent la possibilité d'anticiper les effets de la résolution en aménageant contractuellement les suites de la résolution, l'article 1230 précisant que : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ».

l'anéantissement du contrat et de ses suites. S'il est possible d'envisager plusieurs fondements, il faut toutefois combiner ces fondements avec ce qui a déjà été observé sur l'étendue de l'anéantissement¹⁵⁶⁵. Le demandeur ne peut envisager une source d'obligation extra-contractuelle que dans la mesure où le contrat ne le lie plus à l'autre partie. Inversement, si le contrat est intégralement anéanti, le demandeur ne peut s'appuyer sur le contrat pour obtenir l'équivalent promis. Aussi, plutôt que de traiter des conséquences de l'anéantissement d'un contrat par un corps unique de règles, il paraît plus opportun de distinguer entre ce qui relève réellement des restitutions (A) et les situations qui devraient relever d'un autre fondement (B).

A) Les cas ouvrant droit à restitutions

500. Le fondement des restitutions. Si l'on redéfinit tant l'enrichissement injustifié que les restitutions¹⁵⁶⁶, il est possible de fonder une partie de ce qui est actuellement qualifié de restitutions sur l'enrichissement injustifié. Dès lors qu'il est question de réattribuer la valeur d'un bien en raison d'un transfert vicié, du fait de la nullité ou en raison de l'inexécution du contrat, l'enrichissement injustifié est le fondement adéquat. Il permet de corriger ce transfert en autorisant la partie à récupérer, au moins en valeur, le bien qu'elle a transféré. L'objectif est alors d'effacer les conséquences patrimoniales du transfert et de restaurer le patrimoine tel qu'il aurait dû être si le demandeur avait conservé son bien. Dans ce cas, le régime de l'enrichissement injustifié, tel qu'il a été établi précédemment¹⁵⁶⁷, s'applique entièrement. Cette nouvelle conception exclut donc nécessairement les « restitutions » d'un service ou de la valeur de jouissance, qui obéissent à une logique parfaitement distincte. Si une partie souhaite obtenir une indemnité pour le service conféré, elle doit établir les conditions d'une autre source, la gestion d'affaires ou éventuellement la responsabilité civile, pour obtenir une indemnité ; ou si le contrat n'a pas été intégralement anéanti, il est possible de se fonder sur ce contrat pour obtenir une rémunération au prorata de l'exécution du contrat¹⁵⁶⁸.

¹⁵⁶⁵ Voir *supra* n° 496s.

¹⁵⁶⁶ Sur la nouvelle définition des restitutions voir *supra* n° 416.

¹⁵⁶⁷ Voir *supra* n° 412s.

¹⁵⁶⁸ Voir *infra* n° 504s.

501. Les conditions des restitutions. Pour qu'une partie puisse exiger des restitutions, il est nécessaire que les conditions de l'enrichissement injustifié soient réunies. Dans le contexte d'un contrat anéanti, cela signifie donc que les restitutions ne peuvent concerner qu'un bien qui aurait été transféré, ou un bien constituant une excroissance du premier (fruits ou produits), et non l'intégralité des bénéfices obtenus par l'autre partie depuis la réception du bien. De plus, l'étendue des restitutions est dictée par le caractère involontaire du transfert. Le transfert peut être involontaire dès l'origine ou il peut résulter de l'absence de contrepartie au transfert. Dans le premier cas, qui concerne essentiellement les hypothèses de nullité, le demandeur est fondé à demander la restitution de l'intégralité de ce qu'il a pu transférer à son cocontractant. Dans le second cas, le transfert ne devient vicié que dans la mesure où le demandeur n'a pas reçu la contrepartie escomptée, c'est-à-dire la raison pour laquelle il a transféré le bien. Dans cette hypothèse, qui concerne essentiellement les cas d'inexécution partielle¹⁵⁶⁹, il faut distinguer si l'exécution partielle suffit à justifier au moins une partie du transfert¹⁵⁷⁰, ou au contraire si le demandeur attend un résultat global qui suppose une exécution complète du contrat¹⁵⁷¹. Dans le premier cas, il faut nécessairement tenir compte des avantages déjà procurés au demandeur et les restitutions ne peuvent en conséquence être intégrales. Dans le second cas, le demandeur est dans une situation similaire à celle de l'inexécution intégrale, ce qui justifie des restitutions intégrales. Néanmoins, même en cas de restitutions intégrales, il faut tenir compte des autres sommes que le demandeur peut devoir au défendeur sur le fondement d'une autre source d'obligation, telle que la responsabilité civile ou la gestion d'affaires.

502. Les contre-restitutions ou les autres indemnités dues par le demandeur. Lorsque le contrat est synallagmatique, des restitutions peuvent être dues par les deux parties¹⁵⁷², si les deux parties ont exécuté, au moins partiellement, leurs obligations respectives. En ce cas, il convient d'analyser chaque situation individuellement, pour voir ce qui est dû respectivement à chaque partie, avant de faire le compte et d'opérer une éventuelle

¹⁵⁶⁹ En cas d'inexécution totale, la partie ayant transféré le bien est autorisé à obtenir des restitutions représentant l'intégralité de ce qu'elle a transféré, puisque le transfert est en ce cas également intégralement vicié, faute de contrepartie.

¹⁵⁷⁰ Ce qui correspond au contrat d'utilité continue pour reprendre la terminologie proposée par le professeur Genicon (voir T. GENICON, th. préc., n°855s.).

¹⁵⁷¹ Ce qui correspond au contrat d'utilité globale du professeur Genicon (voir T. GENICON, th. préc., n°855s.).

¹⁵⁷² Nous raisonnons sur la base d'un contrat à deux parties, mais bien sûr si le contrat implique plus de deux parties, il est possible que toutes les parties soient tenues à des restitutions. Les règles ne changent pas en ce cas, simplement la multiplication des parties peut rendre plus complexe le sort des restitutions.

compensation des créances de restitution. Il convient simplement de préciser qu'il ne s'agit pas alors d'un « contrat à l'envers », car chaque partie récupère, au moins, en valeur, le(s) bien(s) sur le(s)quel(s) elle dispose d'un droit exclusif, évalué(s) au jour des restitutions. Étant donné que les restitutions sont en ce cas fondées sur l'enrichissement injustifié, et non plus sur le contrat qui ne lie plus les parties, il est possible pour l'une d'elles d'échapper à une « mauvaise affaire », comme le soulignent les juristes anglais¹⁵⁷³. Si l'on prend le cas d'une vente et que la remise matérielle du bien est impossible, l'acquéreur peut être tenu à des restitutions supérieures au prix de vente, car il doit restituer la valeur du bien au jour des restitutions. Cet aspect n'est en vérité pas choquant, puisque si le bien n'avait pas été transféré, le vendeur aurait toujours ce bien dans son patrimoine et aurait subi ou bénéficié des éventuelles fluctuations, à la hausse ou à la baisse, de la valeur du bien. Le bien ne devant normalement pas rester en la possession de l'acquéreur, il n'y a aucune raison que ce dernier profite de l'éventuelle plus-value conférée par la hausse de valeur du bien. Si l'acquéreur souhaite obtenir une réduction du montant des restitutions, il doit démontrer l'existence d'un moyen de défense, en particulier le désenrichissement¹⁵⁷⁴. Si le demandeur a établi un premier élément rendant involontaire le transfert du bien, mais qu'il a lui-même reçu une contrepartie de la part du défendeur, il peut également être tenu d'une obligation de restitution, notamment si la remise de la chose est impossible. Prenons l'exemple d'un contrat de vente annulé en raison d'une erreur de l'acquéreur, alors que ce dernier a reçu la chose promise. S'apercevant de son erreur, il peut obtenir la nullité ainsi que des restitutions représentant le prix de vente. Cependant ces restitutions ont pour effet de priver le vendeur de la contrepartie qu'il attendait et qui est la raison pour laquelle il a transféré le bien objet de la vente. Si l'acquéreur ne peut plus remettre le bien en nature, il sera à son tour tenu à des restitutions, sur le fondement de l'enrichissement injustifié, à l'égard du vendeur, privé de son bien et subissant de ce fait un enrichissement devenu injustifié.

B) Les autres fondements possibles

503. L'absence de monopole des restitutions. Les restitutions n'ayant plus le monopole sur les conséquences de l'anéantissement d'un contrat, il faut voir quelles sont les autres sources d'obligation applicables et dans quelles circonstances. Il convient ainsi de revoir les frontières entre ce qui relève exclusivement du droit des contrats, ce qui relève de la gestion

¹⁵⁷³ Sur la possibilité de s'extraire d'un *bad bargain* grâce à l'*unjust enrichment*, voir *supra* n° 179s.

¹⁵⁷⁴ Sur cet aspect voir *supra* n° 470s.

d'affaires et ce qui doit être traité par la responsabilité civile. Il nous semble que l'octroi d'une rémunération ne peut jamais avoir d'autre fondement que le contrat (1°), tandis que la gestion d'affaires peut être une source utile pour obtenir le remboursement de certaines dépenses, lorsque le contrat ne peut plus être invoqué (2°), et la responsabilité civile peut éventuellement être invoquée en cas de gain manqué (3°).

1°) La possibilité d'obtenir une rémunération : le monopole du contrat

504. Une spécificité contractuelle. Même si d'autres systèmes étrangers sont plus souples en la matière et admettent plus aisément qu'une personne puisse recevoir une rémunération pour un acte qu'elle a accompli en dehors d'un contrat¹⁵⁷⁵, le droit français est, par principe, plus réticent à l'admettre, comme en témoigne la jurisprudence récente en matière de gestion d'affaires¹⁵⁷⁶. Cette particularité française mérite d'être conservée, car il nous semble que la rémunération d'un service relève du monopole contractuel, ou, qu'à tout le moins, il est nécessaire d'avoir l'accord du défendeur pour payer la rémunération¹⁵⁷⁷. La rémunération d'une prestation de service fait ainsi parti de ce qui pourrait être qualifié de « plus » contractuel, qui permet aux parties d'un contrat d'aller plus loin que la simple modification ou le simple aménagement des règles extracontractuelles. En conséquence, si le contrat est anéanti intégralement, celui qui a accompli la prestation de service perd son droit à rémunération et ne peut, tout au plus, qu'obtenir le remboursement de certaines de ses dépenses sur le fondement de la gestion d'affaires¹⁵⁷⁸. Dans l'hypothèse de l'inexécution, si l'inexécution provient de celui qui a requis le service, le prestataire conserve le choix de la sanction et peut toujours opter pour l'exécution forcée, c'est-à-dire

¹⁵⁷⁵ Il est possible de songer notamment au droit allemand, où le gérant d'affaires, lorsqu'il est un professionnel, peut obtenir une rémunération pour son acte (voir *supra* n° 65) mais également au cas du *free acceptance*, où il est théoriquement possible que le demandeur obtienne une rémunération, même si aucune décision n'a encore admis, dans les faits, un tel cas (voir *supra* n° 138s.).

¹⁵⁷⁶ La Cour de cassation a ainsi récemment confirmé, sur le fondement de l'ancien article 1375 du Cpcv civil que cet article « n'accorde au gérant que le remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites, mais non le paiement d'une rémunération, quand bien même il aurait agi à l'occasion de sa profession » (Civ. 1^{re}, 29 mai 2019, n°18-16.999). Bien que cette affaire ait été jugée sur la base des anciens articles du Code civil, il est vraisemblable que les nouvelles dispositions, qui n'interdisent pas formellement l'octroi d'une rémunération, soient interprétées dans le même sens, comme indiqué par un conseiller référendaire à propos de cet arrêt (A. FEYDEAU-THIEFFRY, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2019.1784s., n°9). Il faut toutefois mentionner qu'en l'état du droit positif cette réticence est tempérée par la possibilité d'obtenir une rémunération via l'action d'enrichissement injustifié (voir *supra* n° 299). Il n'est d'ailleurs pas certain que cette différence soit toujours bien perçue.

¹⁵⁷⁷ Sur cet aspect voir déjà les remarques sur le fait qu'un service ne peut en soi constituer un enrichissement et sur le fait qu'un service n'a de valeur qu'aux yeux de celui qui le requiert, voir *supra* n° 392.

¹⁵⁷⁸ Voir *infra* n° 507s.

pour le paiement de la rémunération. Dans le cas contraire, si l'inexécution est imputable au prestataire, il peut difficilement exiger une rémunération pour un service qu'il n'a pas réalisé. Cette solution n'est donc pas aussi sévère qu'il y paraît.

505. Les cas difficiles (1). – L'inexécution d'un contrat à utilité globale. Il n'y a que deux cas où cette solution peut être lourde de conséquences : lorsque l'inexécution, imputable au prestataire, concerne un contrat à utilité globale¹⁵⁷⁹ pour lequel la partie lésée peut exiger l'anéantissement intégral du contrat en dépit d'une exécution partielle du contrat¹⁵⁸⁰ ; ou lorsque le contrat est annulé alors que le prestataire a intégralement, ou presque, accompli le service demandé. Dans le premier cas, deux éléments permettent de nuancer la solution. D'abord, l'absence de rémunération ne vaut que pour un contrat à utilité globale. Dès lors qu'il est possible de « disséquer » le service, c'est-à-dire que la phase déjà exécutée présente un intérêt pour le cocontractant, l'anéantissement n'est pas intégral et le cocontractant est tenu de payer la rémunération correspondant à cette phase. Ensuite, si la prestation ne peut être « disséquée » sans faire perdre tout intérêt au cocontractant, la perte de la rémunération peut se justifier par le fait qu'elle n'est due qu'au complet accomplissement du service. Le prestataire ne peut alors exiger une rémunération, même partielle, pour un service qui, faute d'avoir été intégralement accompli, ne présente aucun intérêt pour le cocontractant. Par exemple, si un artiste peintre reçoit la commande d'un tableau et qu'il n'en réalise qu'une esquisse ou qu'il s'arrête au décor alors que son client lui a commandé un portrait, le tableau inachevé ne présente que peu d'intérêt pour ce dernier. À moins de compléter le travail, l'artiste peintre perd son droit à rémunération.

506. Les cas difficiles (2). – L'annulation du contrat. Lorsque le contrat est annulé, l'anéantissement intégral du contrat prive le prestataire de la rémunération promise. Peu importe si le contrat a été partiellement, voire intégralement exécuté, avant l'annulation du contrat. À partir du moment où la partie victime n'entend pas confirmer le contrat nul, il convient de donner toute sa portée à la nullité et de priver le contrat de tout effet. Puisque le contrat est censé n'avoir jamais existé (d'après l'article 1178, alinéa 2, du Code civil), le

¹⁵⁷⁹ Selon l'expression du professeur Genicon, sur les conséquences sur l'anéantissement du contrat voir *supra* n° 497.

¹⁵⁸⁰ À première vue l'anéantissement du contrat peut avoir de lourdes conséquences, un exemple peut être pris en droit anglais, avec l'affaire *Sumpter v Hedges*, où le prestataire avait accompli 90% du service exigé, avant qu'il ne tombe en faillite et soit dans l'incapacité de compléter les travaux, voir *supra* n° 186 ; aucune restitution n'a été accordée au prestataire malgré les travaux accomplis.

cocontractant ne peut réclamer de rémunération (même partielle), qui ne trouve sa justification que dans le contrat¹⁵⁸¹. Seulement, dans certains cas et tout particulièrement dans les hypothèses de dol et de violence, il est possible d'engager la responsabilité de l'auteur du dol ou de la violence. Il est possible de prendre pour exemple le contrat de bail. En cas d'anéantissement intégral, il n'est pas possible d'obtenir des « restitutions » de la valeur de jouissance de la chose, puisque cela correspond en réalité la rémunération du service offert par le bailleur au preneur. Le simple anéantissement du contrat n'est donc pas, en soi, de nature à conférer au bailleur un droit à une indemnité d'occupation pour la période pendant laquelle le preneur a joui du bien sans payer de loyers. Cette solution se comprend assez bien, car ce qui est sanctionné par l'indemnité d'occupation c'est de priver un propriétaire de la jouissance de son bien contre *son gré*¹⁵⁸². Or, quand un propriétaire a manifesté son intention de ne pas utiliser personnellement son bien, en le proposant à la location, il est difficile d'y voir un véritable préjudice. Une exception peut être faite lorsque la volonté de louer du bailleur est remise en cause par le fait du preneur, auquel cas une action en responsabilité du bailleur contre le preneur devrait être possible.

2°) La gestion d'affaires

507. La possible invocation de la gestion affaires. Lorsque le contrat a été anéanti et que la prestation réalisée par l'une des parties ne correspondait pas au transfert d'un bien, l'enrichissement injustifié ne peut certes pas être mobilisé, mais il reste possible de recourir à la gestion d'affaires. De prime abord, seule la gestion d'affaires intéressée semble applicable à ces cas, mais il convient de nuancer cette première impression et de s'en tenir avant tout à la réalité des faits. Il n'est, en effet, pas impossible de caractériser une gestion d'affaires avec une intention mixte, c'est-à-dire une gestion consciente, réalisée à la fois dans l'intérêt du maître et de celui du gérant. Même s'il n'est pas possible d'établir un critère permettant de classer de manière absolue et exhaustive les types de contrat dont l'anéantissement peut entraîner soit une gestion intéressée ou une gestion « mixte », une première distinction peut être effectuée. Schématiquement, il est possible d'affirmer que

¹⁵⁸¹ Accorder de prétendues « restitutions » représentant la valeur du service revient à exécuter en partie le contrat. Il est ainsi difficile de voir la différence entre le contrat annulé et le contrat exécuté et ce alors que l'effet de la nullité est de faire comme si le contrat n'avait jamais existé. Si le contrat est censé n'avoir jamais existé, alors la rémunération est, elle aussi, censée n'avoir jamais existé.

¹⁵⁸² Ce qui est évidemment le cas lorsqu'une personne non autorisée jouit de la chose sans droit ni titre.

l'anéantissement d'un « contrat-permutation »¹⁵⁸³, conduit le plus souvent à la gestion intéressée, en raison des intérêts contradictoires des deux parties qui rendent invraisemblable le fait que l'un d'elle ait agi volontairement dans l'intérêt de l'autre. En revanche, l'anéantissement d'un « contrat-coopération »¹⁵⁸⁴ caractérise plus aisément une gestion d'affaires avec une intention mixte, en raison de l'intérêt commun que poursuivent les deux parties. Dans le premier cas, la gestion d'affaires intéressée autorise le gérant à obtenir le remboursement des dépenses n'ayant d'intérêt que pour le maître. Dans le second cas, il est éventuellement possible d'obtenir davantage (remboursement des dépenses et réparation des dommages résultant de la gestion), mais il est nécessaire de faire une répartition proportionnelle des dépenses, en fonction des intérêts des deux parties.

508. Illustrations. Deux exemples permettent d'illustrer les deux cas précédemment envisagés peuvent être donnés. Le point de départ est que le contrat a été intégralement anéanti, notamment parce que seule l'exécution complète aurait pu apporter une satisfaction au cocontractant. Dans le cas d'un « contrat-permutation », une hypothèse simple est celle où l'une des parties s'est engagée à rénover un bâtiment appartenant à son cocontractant et ne refait que la peinture du bâtiment par exemple. Si le contrat est annulé, l'entrepreneur peut demander le remboursement du coût d'achat de la peinture, au titre d'une dépense utile, puisque la peinture n'a d'intérêt que pour le propriétaire du bâtiment et non pour l'entrepreneur. Pour illustrer le second cas, celui du « contrat-coopération », il est possible de s'inspirer des faits de l'affaire *BP Exploration Co Ltd v. Hunt (No.2)*¹⁵⁸⁵. L'une des parties est chargée de réaliser des travaux de prospection afin de trouver du pétrole sur un terrain appartenant à son cocontractant. En cas de réussite, il est prévu que celui chargé de cette prospection peut également exploiter le gisement. La particularité est que les deux parties ont un intérêt à la réalisation du contrat, de telle manière qu'en cas d'annulation du contrat il est possible d'y voir une gestion d'affaires où le gérant gère sciemment les affaires du maître, en plus de ses intérêts propres. Supposons que le contrat soit intégralement anéanti alors que la partie a terminé les travaux de prospection et s'apprête à entamer l'exploitation du gisement. L'anéantissement total du contrat l'empêche de réclamer la rémunération liée à cette première phase du contrat (la phase de prospection). En revanche,

¹⁵⁸³ Selon l'expression du professeur S. LEQUETTE, th. préc., n°22s., cela regroupe la plupart des contrats envisagés par le Code civil, comme la vente ou l'échange où les intérêts de chacune des parties s'opposent.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, spéc. n°200s.

¹⁵⁸⁵ (1983) 2 AC 352 ; (1982) 2 WLR 253.

elle peut réclamer le remboursement d'une partie des coûts de prospection à proportion de ses intérêts dans l'affaire. En effet, dans cette hypothèse, la partie ayant réalisé ce travail de prospection l'a fait, en partie dans son intérêt personnel (en vue d'exploiter le gisement), mais également dans l'intérêt du propriétaire du terrain. De surcroît, ces travaux sont également utiles à ce dernier qui sait dorénavant avec certitude que son terrain contient un gisement de pétrole. Ce raisonnement peut également être appliqué aux cas où la prestation concernerait des missions de recherche et développement, lorsque le gérant a également un intérêt dans la mesure où il peut réutiliser ces connaissances. De manière générale, le remboursement est d'autant plus important que la mission est spécifique et adaptée aux besoins particuliers du maître, puisqu'il est alors possible de considérer que le maître a un intérêt supérieur à celui du gérant. *A contrario*, si la mission est relativement générale et qu'elle fournit également des matériaux au gérant pour de futures missions, la part restant à la charge du gérant est plus importante.

509. Une possible convention anticipant l'anéantissement ? Il est possible d'envisager l'hypothèse où les parties anticipent contractuellement l'anéantissement de leur contrat¹⁵⁸⁶. Plus particulièrement, lorsque le contrat implique une prestation de service, le débiteur de cette prestation peut avoir intérêt à anticiper l'anéantissement s'il ne veut pas avoir à supporter une part trop importante des coûts sans pouvoir prétendre à une rémunération. Il n'existe *a priori* aucune règle interdisant aux parties d'anticiper cette hypothèse en prévoyant une répartition des coûts différente de celle prévue par l'article 1301-4, alinéa 2 du Code civil, tout particulièrement s'il est difficile d'établir une proportion des intérêts entre les parties. Ainsi, il est théoriquement possible de prévoir une répartition forfaitaire des coûts, ou même, que le débiteur de la prestation de service ait droit à une partie de la rémunération promise. Il faut toutefois réserver l'application des dispositions du Code de la consommation en matière de clauses abusives, de celles du Code de commerce s'agissant des pratiques restrictives de concurrence¹⁵⁸⁷ ainsi que du nouvel article 1171 du Code civil,

¹⁵⁸⁶ Sur le sort de cet accord en cas d'anéantissement du contrat, voir sur les conventions de restitutions *infra* n° 511s. Cette hypothèse sera en réalité plus fréquente en cas de résolution pour inexécution, car même si l'on considère qu'un tel accord constitue un contrat juridiquement distinct et autonome, il est possible que la cause de nullité qui affecte le contrat principal affecte également le contrat aménageant les conséquences de l'anéantissement.

¹⁵⁸⁷ En particulier l'article L442-1 2° qui précise qu'engage sa responsabilité, la partie qui soumet ou tente de soumettre « l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Il faut toutefois noter que s'agissant de cette disposition du Code de commerce, contrairement à celles du Code de la consommation ou du Code civil, il n'est question que d'engager la responsabilité et non de réputer non écrite certaines clauses.

relatif aux contrats d'adhésion, qui répute non écrite toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Le risque d'un déséquilibre significatif est plus présent lorsqu'il est question d'aménager les conséquences de l'anéantissement d'un contrat sur des travaux inexécutés que lorsqu'il est question de restitutions *stricto sensu*. En effet, en cas de restitutions, il s'agit fondamentalement de rendre, au moins en valeur, ce qui appartient légitimement au demandeur. Dans l'hypothèse d'un service inexécuté, en revanche, le déséquilibre peut provenir du fait que la partie en charge de la prestation de service fait supporter de manière excessive la charge des coûts à l'autre partie, même en cas d'inexécution, et alors même que le cocontractant n'a pas exactement reçu le service promis. Sous ces réserves, il reste toutefois possible pour les parties d'organiser une répartition relativement égalitaire des dépenses, si l'objectif est d'éviter que l'une des parties ne supporte pratiquement intégralement les coûts liés aux conséquences de l'anéantissement du contrat.

3°) La responsabilité civile et les restitutions

510. Une différence entre action indemnitaire et action restitutive. Par principe, les restitutions fondées sur l'enrichissement injustifié n'ont pas vocation à réparer un préjudice. Les restitutions n'ont donc pas pour objectif de rétablir un jeu à somme nulle, en effaçant les préjudices éventuellement nés de l'anéantissement du contrat. Elles ont pour seules vocation de réattribuer un enrichissement à son légitime titulaire et donc de voir laquelle des parties au contrat doit conserver l'enrichissement. Il serait par ailleurs surprenant que l'anéantissement du contrat n'ait aucune conséquence et que tout se déroule comme si le contrat n'avait finalement pas été anéanti. Ainsi, en cas d'anéantissement d'un contrat de prêt, le prêteur ne peut prétendre avoir un droit sur les intérêts conventionnels, car ceux-ci sont fondés exclusivement sur le contrat. Si le contrat de prêt est anéanti en raison de son interdépendance avec un contrat de vente également anéanti, l'emprunteur doit restituer le capital perçu, mais le prêteur doit restituer les intérêts conventionnels déjà perçus également. En effet, l'emprunteur n'a consenti à conclure ce prêt (et donc à payer les intérêts) qu'en contemplation d'un autre contrat (la vente). Si la vente ne se réalise pas, la raison pour laquelle le prêt a été conclu disparaît également et autorise les emprunteurs à demander la restitution des intérêts conventionnels. Le prêteur ne peut estimer, du seul fait de l'anéantissement du contrat de prêt, avoir subi un préjudice indemnifiable en n'obtenant pas le bénéfice escompté de la réalisation du contrat, sinon cela revient à faire comme si le

contrat n'avait pas été anéanti¹⁵⁸⁸. Si les restitutions n'ont pas de nature indemnitaire, cela ne signifie toutefois pas que toute action indemnitaire soit fermée¹⁵⁸⁹, mais cela signifie qu'il faut trouver un autre fondement, et plus particulièrement celui de la responsabilité civile. Ce fondement n'est pas nécessairement invocable à l'encontre de l'autre partie au contrat, mais peut être utilisée dans le cadre d'une action contre un tiers, qui aurait commis une faute à l'origine du préjudice du demandeur. Si l'on reprend l'exemple du contrat de prêt lié à un contrat de vente, si la vente a été anéantie par un fait imputable au vendeur, le prêteur pourrait agir contre ce dernier afin d'obtenir la réparation de son préjudice¹⁵⁹⁰. C'est alors les règles de la responsabilité civile qui s'appliquent et non celles de l'enrichissement injustifié. Il appartient ainsi au demandeur d'établir l'existence de son préjudice, le fait générateur de responsabilité (le plus souvent la faute) et le lien de causalité entre ces deux éléments. Autant dire que cette action ne sera pas automatiquement accordée, mais cette situation permet d'arriver à des solutions plus mesurées. En effet, les seuls cas où l'une des parties au contrat anéanti pourrait avoir droit à l'indemnisation d'un préjudice résultant de l'anéantissement concernent les hypothèses où l'autre partie et/ou un tiers ont commis une faute.

¹⁵⁸⁸ C'est en partie la solution retenue par le droit positif, voir par exemple Civ. 1^{re}, 31 janv. 2018, n°16-19389, note S. PELLET, *RDC* n°2, 2018, p.201s.

¹⁵⁸⁹ C'est sans doute sur ce point que le droit positif pêche par sévérité, voir S. PELLET, note préc. ; voir également T. GENICON, « Responsabilité en cas d'annulation du contrat : quelle responsabilité ? Quelle faute ? Quel préjudice ? », *RDC* n°4, 2011, p. 1139s.

¹⁵⁹⁰ Encore que le préjudice soit difficile à calculer et n'est pas nécessairement évident, notamment si le prêteur a aussitôt réinvesti la somme prêtée à un autre emprunteur. Dans ce cas le préjudice pourrait résulter de la différence entre « le montant des intérêts qu'il aurait perçu si contrat anéanti avait été exécuté jusqu'à son terme et le montant des intérêts que l'établissement de crédit percevra en prêtant de nouveau, au taux en vigueur à la date de restitution du capital » (S. PELLET, note préc.).

Section III : Les conventions de restitutions

511. L'organisation conventionnelle des restitutions. – L'autonomie des clauses de restitutions. L'enrichissement injustifié étant un corollaire du principe de libre disposition, il n'existe aucune raison d'ordre public empêchant les parties d'organiser différemment les restitutions. L'objet principal d'un tel accord est de déterminer, par avance, les restitutions dues à chaque partie, notamment en cas d'anéantissement du contrat. En conséquence, leurs effets pourront également être variés, allant de la simple réduction du montant des restitutions à la suppression ou à la création d'une autre cause de restitutions. La seule difficulté qui pourrait être soulevée concerne l'autonomie de cet accord : s'agit-il de simples clauses qui suivent le sort du contrat principal ou s'agit-il d'un contrat autonome ? Cette question est importante car il apparaît, en pratique, peu probable que les parties se soient accordées uniquement sur les restitutions en l'absence de tout autre accord, tel qu'une vente, une prestation de service ou de l'approvisionnement de marchandises... L'anéantissement du contrat principal peut donc avoir des conséquences différentes sur ces restitutions conventionnelles selon la qualification donnée. Il existe diverses manières de résoudre ce problème, mais il faut souligner qu'il est impossible de régler cette difficulté en se fondant sur le caractère rétroactif ou non de l'anéantissement¹⁵⁹¹. L'une des manières de résoudre cette difficulté est de considérer que l'accord sur les restitutions constitue un contrat autonome. Il vise une opération distincte du contrat principal en organisant les conséquences de l'anéantissement du premier contrat et n'a donc d'intérêt que si le premier contrat est mis de côté. Même si ce contrat n'a de sens qu'en raison de l'existence du premier, il n'a pas pour objectif de permettre la bonne exécution du premier¹⁵⁹².

Toutefois, cela ne signifie pas que l'anéantissement du contrat principal n'a jamais d'incidence sur ce contrat. En particulier, si une cause de nullité vicie le contrat principal,

¹⁵⁹¹ En effet même si l'anéantissement ne produit aucun effet rétroactif, comme c'est parfois le cas de la résolution pour inexécution, cela signifie seulement que les effets passés du contrat ne sont pas remis en cause, mais en revanche les parties ne seront pas tenus au titre des effets qui ne se sont pas encore produits. Or par hypothèse ce sera le cas de ces restitutions qui n'ont vocation à jouer que lorsque le contrat est anéanti (en ce sens T. GENICON, « Coup de théâtre : la résolution du contrat emporte avec elle la clause limitative de responsabilité », *RDC* n°2, 2011, p.431s. ; sur cet aspect voir également D. GALBOIS, th. préc., n°817s.).

¹⁵⁹² Un auteur propose ainsi un critère d'autonomie des clauses post-contractuelles selon que la clause « possède son équilibre propre, si elle lie les intérêts des parties de manière satisfaisante et indépendamment de la considération des autres clauses du contrat, et surtout de manière différente de celle du contrat » (D.GALBOIS, th. préc., n°843).

elle pourra affecter également le contrat organisant les restitutions, tout particulièrement si les deux contrats ont été conclus de manière concomitante. Ainsi, l'incapacité de contracter le premier contrat devrait également emporter l'incapacité de conclure le second et il est également probable qu'en cas de violence ou de dol cela affecte également le second contrat¹⁵⁹³. Cette approche se justifie il est vrai pour des raisons essentiellement pratiques. En effet, si l'on considère que l'organisation conventionnelle des restitutions ne constitue qu'une clause se rattachant à un seul et unique contrat, ce qui peut théoriquement se justifier, le risque est de retirer, en pratique, toute utilité à cette clause. Elle risque tout bonnement de disparaître avec le contrat, alors même que son objectif est d'organiser conventionnellement les suites de la fin du contrat... Il faut donc reconnaître qu'il s'agit d'un contrat autonome, qui se maintient malgré l'anéantissement du premier contrat, puisqu'il s'agit précisément d'organiser les suites de l'anéantissement de ce premier contrat.

512. Un cas particulier : la possibilité de créer un lien d'exclusivité. S'il paraît tout à fait possible de modérer le montant des restitutions, voire de les supprimer, la possibilité de créer une nouvelle cause de restitutions est sans doute un peu plus discutable. Il s'agirait en fait d'établir un nouveau lien d'exclusivité entre le demandeur et l'enrichissement, un lien qui n'existerait pas sans cette clause contractuelle, le demandeur étant dépourvu de droit exclusif sur cet enrichissement. Les restitutions ne seraient ainsi pas fondées sur l'enrichissement injustifié, mais sur le contrat créant ces restitutions. Par exemple, est-il possible de stipuler qu'en cas de violation d'une clause de non-concurrence, tous les profits réalisés en violation de celle-ci seront reversés au bénéficiaire de la clause ? Au regard du droit de l'enrichissement injustifié, une telle solution ne serait pas envisageable, en raison du principe de libre concurrence qui ne permet pas d'attribuer les profits liés à la clientèle à une personne en particulier. Mais, serait-il possible de créer conventionnellement un tel droit ? Si, par principe, il ne semble pas y avoir d'obstacle général contre une telle clause, certaines limites peuvent être ponctuellement notées. Ainsi, si l'on reprend l'exemple de la clause attribuant tous les profits réalisés en violation de la clause de non-concurrence à la partie victime de la violation, il faut tenir compte des limites posées par le droit social¹⁵⁹⁴,

¹⁵⁹³ Ces deux vices impliquant un certain comportement du cocontractant, si les deux contrats ont été conclus en même temps, il paraît probable que ce comportement ait également affecté le consentement de l'autre partie pour la conclusion du second contrat.

¹⁵⁹⁴ De telles clauses sont en effet particulièrement encadrées en ce cas. Outre le fait que de telles clauses doivent être encadrées dans l'espace et dans le temps, elles doivent également être proportionnées au regard du droit du salarié (voir C.-E. BUCHER, « Clause de non-concurrence. – Validité », *Fasc. 122, Jurisclasseur*

si la clause s'applique à un salarié, ou des limites posées par le droit commercial, dans le cas où elle est, par exemple, imposée à un franchise¹⁵⁹⁵. Cette organisation particulière des restitutions se distingue toutefois des autres clauses possibles (réduction ou suppression des restitutions). Cette clause a essentiellement pour objectif de sanctionner l'inexécution lucrative du contrat et peut donc se concevoir en dehors du contexte de l'anéantissement d'un contrat. À ce titre, elle pourrait même être un moyen de sanctionner plus fermement l'inexécution d'une obligation de ne pas faire (comme l'obligation de non-concurrence) que la sanction de la responsabilité où les dommages et intérêts peuvent être difficiles à quantifier et s'avérer peu dissuasifs.

513. La distinction avec la clause pénale. Lorsque les parties se contentent de réduire le montant des restitutions, voire de les supprimer, il n'existe aucune confusion possible avec d'autres mécanismes, même avec des clauses limitatives ou élusives de responsabilité. Leur objet est parfaitement distinct puisqu'il n'est pas question de limiter les dommages et intérêts qu'une partie pourrait devoir à l'autre en raison d'une mauvaise exécution du contrat, mais de limiter le montant des restitutions qu'elles devraient si le contrat principal était anéanti. En revanche, si les parties choisissent de créer un lien d'exclusivité, en prévoyant que l'inexécution lucrative du contrat oblige le contractant fautif à restituer l'intégralité des profits à l'autre partie, la distinction avec la clause pénale peut être plus délicate. En effet, puisque le bénéficiaire de la clause ne dispose d'aucun droit initial et exclusif sur l'enrichissement, il est difficile d'y voir un autre objectif que celui de sanctionner l'inexécution lucrative du contrat. Il est toutefois possible de noter quelques différences, mais qui tiennent davantage au régime qu'à une distinction sur la finalité ou la notion.

En effet, la clause pénale suppose en principe la fixation d'un montant forfaitaire, indépendamment de l'enrichissement que le débiteur pourrait obtenir, alors que cette clause de restitutions ne s'applique que s'il existe un enrichissement et seulement dans la mesure de cet enrichissement. Néanmoins, malgré cette différence de technique, il n'est pas certain que cela suffise pour échapper à une requalification en clause pénale, avec la possibilité pour le juge de modérer l'indemnité (article 1231-5 du Code civil). S'il ne paraît pas

Contrats – Distribution, Lexis Nexis, 2016, n°60). C'est sur ce dernier point que la licéité de cette clause pourrait être remise en cause, en particulier si l'intégralité des profits doivent être reversés.

¹⁵⁹⁵ C.-E. BUCHER, art. préc., n°35.

inimaginable d'autoriser des clauses visant à reverser les gains résultant de l'inexécution, de telles clauses mériteraient sans doute d'être encadrées. Il serait alors possible d'étendre le domaine de la clause pénale qui pourrait embrasser cette hypothèse, même si le montant dû n'a pas été fixé préalablement sous la forme d'un forfait. L'assimilation avec la clause pénale emporterait deux conséquences principales : la possibilité pour le juge de modérer le montant dû – c'est-à-dire ne pas octroyer l'intégralité des bénéfices au cocontractant contrairement à ce que peut prévoir la clause – ainsi que l'impossibilité pour le bénéficiaire de ces restitutions de les cumuler avec des dommages et intérêts lui attribuant l'équivalent de la prestation promise.

*

* *

514. Conclusion du Chapitre I. Les relations entre le contrat et l'enrichissement injustifié demeurent relativement complexes. Il serait toutefois vain de chercher à les simplifier à l'excès, car elles reposent bien souvent sur des faits eux-mêmes complexes. Le critère de démarcation est certes relativement simple, du moins dans son principe. Tandis que les transferts volontaires relèvent de la sphère contractuelle, le caractère vicié du transfert peut le faire basculer dans l'enrichissement injustifié. Les difficultés apparaissent au stade des frontières et de la combinaison entre l'enrichissement injustifié et le contrat. Le risque est alors que l'enrichissement injustifié devienne un moyen de contourner les prévisions des parties et de remettre en cause l'allocation initiale des risques. Pour éviter ce danger, il est possible d'harmoniser la manière d'appréhender le caractère volontaire, ou non, d'un transfert dans l'enrichissement injustifié et en droit des contrats. L'objectif visé est d'empêcher qu'un même transfert ne soit considéré comme volontaire selon le droit des contrats, mais involontaire selon le droit de l'enrichissement injustifié. Une telle approche conduit à partir du principe que la présence d'un contrat fait présumer le caractère volontaire du transfert réalisé. Pour renverser cette présomption, il faut ainsi démontrer l'existence d'une cause d'anéantissement du contrat, causes dont la plupart peuvent se rattacher à l'idée selon laquelle le transfert ne s'est pas réalisé conformément aux attentes ou à la volonté réelle du demandeur. Il pourrait, cependant, être faite une place à l'enrichissement injustifié, en dépit du maintien du contrat, lorsque les circonstances sont telles que l'octroi des restitutions est une solution plus conforme aux prévisions des parties, notamment parce que la raison justifiant l'enrichissement (ou une partie de celui-ci) a totalement disparu depuis

la conclusion du contrat. Cette manière de concevoir les relations entre le contrat et l'enrichissement injustifié a évidemment des conséquences sur le domaine des restitutions, en cas d'anéantissement d'un contrat.

Plutôt que de retenir un corps unique de règles applicable à cette situation, il paraît préférable de distinguer chaque hypothèse pour savoir quel est le régime le plus adapté. En fonction de l'effet de l'anéantissement du contrat, anéantissement intégral ou maintien partiel du contrat, des corps de règles différents doivent s'appliquer. Ainsi, l'enrichissement injustifié doit être invoqué pour obtenir les restitutions représentant la valeur d'un bien transféré à l'autre partie. Au contraire la gestion d'affaires peut être mobilisée pour obtenir le remboursement de dépenses, lorsque l'anéantissement intégral du contrat ne permet plus d'obtenir la rémunération du service. Si les restitutions, au sens où nous l'entendons dans cette thèse, recouvrent ici un domaine plus étroit qu'en droit positif, leur régime est néanmoins plus cohérent et permet davantage d'effacer les conséquences d'un contrat pour réattribuer au demandeur ce qui aurait dû lui revenir, si le contrat n'avait pas été conclu. L'enrichissement injustifié est alors utilisé comme un correctif du droit des contrats. Les relations entre ces deux sources peuvent cependant s'inverser et le droit des contrats peut cette fois-ci s'immiscer au sein de l'enrichissement injustifié, en particulier pour organiser le régime des restitutions, voire pour créer de nouvelles causes de restitutions. S'il n'existe aucun obstacle empêchant les parties d'aménager, à l'avance, les éventuelles restitutions qui pourraient être dues, la seconde possibilité, la création d'une autre cause de restitution, pose davantage de difficultés. Cela revient en effet à créer conventionnellement un lien d'exclusivité sur un enrichissement qui, sans l'effet de cette clause, ne reviendrait pas, par principe, au demandeur. Cette possibilité, qui peut ponctuellement être interdite ou encadrée par le droit positif, risque toutefois d'être requalifiée en clause pénale lorsqu'il apparaît évident que la clause est stipulée en vue de sanctionner une inexécution lucrative du contrat. Il est d'ailleurs intéressant de constater que les réticences à concevoir un lien d'exclusivité d'origine contractuelle montrent qu'il est difficile de concevoir des restitutions en dehors de l'enrichissement injustifié.

Chapitre II : L'enrichissement injustifié et la responsabilité civile

515. Des relations simplifiées. En supprimant toute exigence d'appauvrissement de l'enrichissement injustifié, la distinction de cette source d'obligation avec la responsabilité civile devient possible. La nouvelle conception rend ainsi possible la distinction entre fait profitable (enrichissement injustifié) et fait préjudiciable (responsabilité civile). La confrontation de l'enrichissement injustifié à la responsabilité civile met d'ailleurs en exergue les spécificités du premier. Alors que la responsabilité civile se concentre sur le lien qui unit le défendeur au dommage pour justifier l'obligation de réparation, l'enrichissement injustifié s'intéresse au lien qui rattache le demandeur à l'enrichissement. Dans le premier cas, le raisonnement est causal, tandis que dans l'autre il s'agit de savoir qui est le titulaire de l'enrichissement. Il est alors possible de voir sous un jour nouveau certaines hypothèses classiquement rattachées à la responsabilité civile, faute de mieux. Ces hypothèses concernent essentiellement les cas où un tiers s'est approprié un gain en violation d'un droit du demandeur. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié apporte des solutions plus adéquates à ces cas particuliers. Avant de traiter de cette modification de frontières, il faut d'abord confronter de manière générale ces deux sources. La distinction, de manière générale, entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile (Section I) permet ensuite de trouver le meilleur fondement en cas d'appropriation d'un gain par un tiers (Section II).

Section I : La distinction entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile

516. Des frontières à éclaircir. Les frontières actuelles entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié sont devenues complexes et pratiquement impossibles à discerner, en grande partie à cause des incohérences dont souffre l'enrichissement injustifié en droit positif. Le resserrage de l'enrichissement injustifié devrait réduire les difficultés, sans toutefois les supprimer intégralement, en raison des incertitudes qui se situent cette fois-ci du côté de la responsabilité civile. La comparaison avec la responsabilité civile a ceci d'intéressant en ce qu'elle permet de mieux révéler les spécificités de l'enrichissement injustifié et les raisons qui en font une source d'obligation à part entière. Le fait que l'enrichissement injustifié repose sur une logique d'attribution comparé à la logique de réparation de la responsabilité civile devrait rendre la distinction entre les deux sources plus

claire (I). De même, puisque les deux sources présentent des finalités distinctes, les cas de conflits devraient également être plus aisément résolus (II).

I : Une logique d'attribution face à une logique de réparation

517. Le renouveau de la distinction et les obstacles à surmonter. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié clarifie la distinction entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié. Certaines difficultés demeurent cependant car le contenu et le domaine de la responsabilité civile restent relativement imprécis. Le simple renouvellement de l'enrichissement injustifié n'est donc pas suffisant à lui seul, et il faudrait sans doute revoir également certains éléments de la responsabilité civile. Toutefois, il n'est pas question ici de revoir en détails le mécanisme de la responsabilité civile, ce qui dépasserait le cadre de cette thèse. Il sera simplement fait état de ces difficultés pour dresser un panorama général des nouvelles relations possibles entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié. Aussi, en dépit des difficultés persistantes (A), la distinction entre ces deux sources est mieux assurée en raison de la différence de logique qui les sous-tend (B).

A) Les difficultés persistantes

518. Les raisons d'une relation complexe. En l'état du droit positif, la distinction entre l'enrichissement injustifié (fait profitable) et la responsabilité civile (fait préjudiciable) est impraticable, notamment en raison de l'importance accordée à l'appauvrissement dans l'enrichissement injustifié¹⁵⁹⁶. Si la reconstruction de l'enrichissement injustifié permet de donner de la consistance à cette source d'obligation en la centrant véritablement sur un fait profitable, l'autre donnée de l'équation (le fait préjudiciable) demeure cependant assez difficile à cerner. Ainsi, même s'il est plus aisé de cerner l'enrichissement injustifié, les contours incertains de la responsabilité civile rendent toujours la distinction délicate. Pour mieux comprendre ces nouvelles frontières entre les deux sources, il faut toutefois remettre certains éléments en perspective. La position actuelle de l'enrichissement injustifié est directement liée à l'hégémonie de la responsabilité civile et non, contrairement à ce qui est parfois avancé, au fait que le droit français adopte un système de transfert de propriété *solo*

¹⁵⁹⁶ Voir *supra* n° 317s.

*consensu*¹⁵⁹⁷. En effet, à partir du moment où l'action est de nature personnelle (pour obtenir la valeur d'une chose) et non de nature réelle (pour obtenir la chose elle-même), il n'y a guère de concurrence entre cette action personnelle et l'action réelle (action en revendication)¹⁵⁹⁸. En revanche, il est possible d'hésiter sur le fondement de l'action personnelle, en particulier lorsque l'objectif plus largement poursuivi est de replacer le demandeur dans la position qui aurait été la sienne si le transfert ne s'était pas réalisé. Il est alors tentant d'appréhender la situation du demandeur sous l'angle d'une perte de profit ou d'un gain manqué, quand bien même l'évaluation des restitutions ne porte que sur l'enrichissement reçu par le défendeur. Comme, par ailleurs, la condition de préjudice n'est que peu encadrée et peut englober toute perte de profit ou gain manqué, la responsabilité civile pourrait, en apparence, jouer un rôle dans ce cas.

519. L'hégémonie de la responsabilité civile. Il est ainsi possible de comprendre pourquoi l'enrichissement injustifié s'est surtout développé dans des pays qui encadrent plus étroitement le domaine de la responsabilité civile. Le besoin d'adopter un corps de règles spécifiquement attachées aux situations où il est question de réattribuer un enrichissement au demandeur se fait alors davantage sentir¹⁵⁹⁹. À cet égard, l'exemple le plus flagrant est le droit anglais, qui utilise la méthode des délits civils spéciaux (*torts*). La responsabilité civile « à la française » permet, en apparence, de couvrir presque toutes les situations où le demandeur ne disposerait d'aucune autre action, en particulier fondée sur un contrat pour obtenir une indemnité. Le système français laisse ainsi très peu de place aux sources extracontractuelles d'obligations autres que celles spécialement envisagées par le Code civil de 1804, telles que la répétition de l'indu ou la gestion d'affaires. La plasticité de la responsabilité civile, qui est maintenue par le projet de réforme de la responsabilité civile

¹⁵⁹⁷ L'idée serait alors que cette approche du transfert de propriété rend moins nécessaire le recours à l'enrichissement injustifié, notamment en cas d'anéantissement de l'acte justifiant le transfert, car l'anéantissement emporterait un transfert automatique de la propriété au propriétaire initial (sur la critique de cet argument voir *supra* n° 384). Il faut par ailleurs ajouter que cet argument est d'autant plus à minorer que les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un acte juridique, et plus particulièrement d'un contrat, mériteraient d'être fondées sur l'enrichissement injustifié, le seul anéantissement étant insuffisant pour justifier ces restitutions (voir *supra* n° 500s.).

¹⁵⁹⁸ Et ce d'autant plus si l'on considère par ailleurs que la question d'un transfert de propriété est en réalité indifférente dès lors que le droit entend protéger le patrimoine (donc en valeur) et non un bien dans sa substance, sur ce point voir *supra* n° 376.

¹⁵⁹⁹ Voir notamment C. VON BAR, *The Common European Law of Torts*, Vol. 1, Clarendon Press, 1998, n°517 à 525, spéc. n°520: « The tendency to extend the notion of damage to unjust enrichments is particularly pronounced in jurisdictions where the general unjust enrichment is met in scepticism, whether because the *condictio indebiti* is not accepted in its entirety, or because of its equitable and therefore subsidiary character originally developed from the *actio de in rem verso* by French courts ».

de mars 2017¹⁶⁰⁰, conduit malheureusement à traiter de manière uniforme des situations dont certaines devraient notamment être traitées par l'enrichissement injustifié. S'agissant des frontières entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile, le principal facteur d'incertitude réside dans la notion de préjudice.

520. La principale difficulté : la notion de préjudice. Il a déjà été remarqué que la notion de préjudice est entendue bien plus largement que la condition d'appauvrissement retenue dans l'actuelle action d'enrichissement injustifié¹⁶⁰¹. De manière quelque peu paradoxale il existe une plus grande proximité entre le préjudice et la condition actuelle d'enrichissement, dans la mesure où ces deux conditions sont appréhendées d'une manière instrumentale. Théoriquement, il est difficile, hors cas extrêmes, de trouver des exemples qui ne constitueraient pas un préjudice ou un enrichissement¹⁶⁰². Cela permet de donner toute latitude aux juges qui peuvent caractériser, ou non, l'existence d'un préjudice ou d'un enrichissement, selon le résultat qu'ils entendent obtenir¹⁶⁰³. La principale difficulté, s'agissant des nouvelles relations entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile, concerne les hypothèses de gains manqués et leur distinction avec un enrichissement. Il n'est pas question d'affirmer que la distinction est impossible et que tout gain manqué devrait constituer un enrichissement. Nous avons déjà vu que, en principe, le gain manqué s'attarde sur le gain qu'aurait pu réaliser le demandeur, alors que l'enrichissement ne tient compte que de ce qu'a reçu le défendeur¹⁶⁰⁴. La difficulté est que cette distinction n'est pas toujours respectée et que la jurisprudence donne parfois l'impression de regarder davantage l'enrichissement du défendeur, sous couvert de gain manqué pour le demandeur¹⁶⁰⁵. Cette impression est d'autant plus marquée lorsque le gain du défendeur a été réalisé en violation d'un droit du demandeur, les juges étant alors incités à sanctionner cette « faute » alors

¹⁶⁰⁰ Ce qui n'empêche pas l'apparition de régimes spéciaux ou de certaines règles spécifiques selon les faits générateurs de responsabilité, sur cette ambivalence entre la généralité apparente des règles et les multiples distinctions opérées en pratique, voir J.-S. BORGHETTI, S. WHITTAKER, « Principes généraux de responsabilité ou droit des délits », *RDC* n°4, 2019, p.347s.

¹⁶⁰¹ Voir *supra* n° 319s.

¹⁶⁰² Ce qui ne signifie pas que concrètement, dans un cas particulier, le préjudice ou l'enrichissement seront automatiquement caractérisés, puisqu'il n'est pas impossible qu'en l'espèce les juges ne reconnaissent pas l'existence d'un préjudice, ou plus rarement s'agissant de l'action d'enrichissement injustifié, qu'ils réfutent l'existence d'un enrichissement. L'absence d'encadrement permet de statuer dans les deux sens.

¹⁶⁰³ Comme le remarquent certains auteurs, s'agissant de la responsabilité civile, « c'est donc la généralité même du droit de la responsabilité et des concepts qui structurent celui-ci qui permet aux juges français d'adopter une approche très casuistique, qui laisse de surcroît une large place aux considérations de politique juridique » (J.-S. BORGHETTI, S. WHITTAKER, art. préc., p.355).

¹⁶⁰⁴ Voir *supra* n° 380.

¹⁶⁰⁵ Voir notamment *infra* n° 553, en cas d'atteinte au droit à l'image.

même que le préjudice véritable du demandeur est bien moindre que le gain du défendeur. Cependant, ces solutions peuvent s'expliquer par le fait qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun autre moyen permettant de reverser ces profits au demandeur. La responsabilité civile est alors mobilisée à défaut d'autres outils. Le renouvellement de l'enrichissement injustifié peut ainsi contribuer à restreindre un peu le domaine de la responsabilité civile. Il faut cependant avoir conscience des difficultés actuelles afin de mieux les surmonter.

B) Une logique différente

521. Un raisonnement et une logique différents. La responsabilité civile et l'enrichissement injustifié présentent des logiques irréconciliables. De ce fait, il n'est pas possible de s'inspirer de la responsabilité civile pour forger le régime de l'enrichissement injustifié. Le simple fait qu'il soit possible d'affirmer que le demandeur a, d'une certaine manière, « perdu » ou manqué un profit et donc subi un préjudice, est totalement insuffisant pour intégrer ces situations au sein de la responsabilité civile. Au-delà de l'objectif de réparation, la responsabilité civile consiste, schématiquement, à relier un fait dommageable à une personne à qui l'on impute ce fait. Le raisonnement est donc, en grande partie, guidée par la causalité et il est, de surcroît, nécessaire que le défendeur, une chose dont il a la garde, ou une personne dont il a la charge, ait joué un rôle dans la survenance du dommage. Il s'agit ainsi de remonter le fil des événements pour établir quels faits peuvent être directement reliés au dommage. Or ces éléments sont étrangers à la logique de l'enrichissement injustifié, où le lien de causalité est remplacé par l'idée d'un lien d'attribution¹⁶⁰⁶ et où l'identité de l'auteur du transfert, demandeur ou défendeur, est indifférente. En effet, lorsqu'il est question de réattribuer un gain, la question n'est pas de savoir si le demandeur aurait pu obtenir cet enrichissement lui-même ou s'il provient directement de son patrimoine. Il s'agit de voir si l'enrichissement est réservé au demandeur, peu important qu'il ait lui-même transféré l'enrichissement ou que cet enrichissement ait été réalisé à son insu.

522. Une illustration de la différence de logique : les restitutions des sous-loyers. Une décision récente permet d'illustrer ce point, bien que la Cour de cassation n'ait pas

¹⁶⁰⁶ Ce lien d'attribution est très proche d'une logique de titularité, puisqu'il est question de savoir à qui doit revenir l'enrichissement et non pas de savoir qui a contribué à la réalisation de cet enrichissement.

expressément fait référence à l'enrichissement injustifié, mais à l'accession¹⁶⁰⁷. L'affaire concernait un locataire qui avait, pendant un certain temps, sous-loué le bien loué sans l'autorisation du bailleur. Ce dernier exigeait la restitution des sous-loyers perçus, ce qui lui a été accordé. Il est difficile d'analyser cette solution selon le schéma de la responsabilité, car s'il est bien entendu possible de caractériser une faute du locataire¹⁶⁰⁸, le schéma typique de la responsabilité s'applique relativement mal à cette hypothèse. Même s'il est possible de considérer que les sous-loyers représentent un gain manqué pour le bailleur¹⁶⁰⁹, il est difficile de prétendre que le bailleur aurait réalisé ce gain en l'absence de la faute. Cet élément devrait faire obstacle à la demande. Si l'on retient, au contraire, une logique d'enrichissement injustifié, le simple fait que le locataire ait tiré profit d'un bien appartenant à un autre, sans son autorisation, est suffisant pour que le propriétaire réclame avec succès la restitution de ce profit. C'est l'interférence avec le droit exclusif du propriétaire qui justifie la solution et non l'idée de réparation d'un préjudice causé par la faute du locataire. Il importe peu, par ailleurs, que le locataire soit considéré comme fautif ou non. Cela permet également de comprendre que le propriétaire ne peut réclamer que la restitution des sous-loyers et non le prix correspondant à d'autres prestations réalisées ou proposées par le sous-locataire que la jouissance des locaux (par exemple un service de restauration ou de blanchisserie comme cela est parfois proposé sur certaines plateformes de location en ligne). Dans ce cas, le prix effectivement perçu par le locataire n'inclut pas seulement le sous-loyer au sens strict, mais également le prix des prestations supplémentaires. Le bailleur principal ne peut donc obtenir la restitution de l'intégralité du prix, mais seulement celle de la part du prix correspondant aux sous-loyers, car seul ce profit est lié à l'utilisation de son bien et donc seul ce profit lui est réservé.

523. Le renouveau de la distinction entre fait préjudiciable et fait profitable. Malgré les difficultés à tracer les frontières de la responsabilité civile, les éclaircissements apportés à

¹⁶⁰⁷ Civ. 3^e, 12 sept. 2019, n°18-20.727, JCP G. n°42, p.1051s., note B. GRIMONPREZ ; *D.* 2019.2025, note J.-D. PELLIER ; *RTD civ.* 2019, p. 865, note H. BARBIER ; *Ibid.*, p. 888, note P.Y. GAUTIER ; *LEDC* nov. 2019, n°10, p. 2, note S. PELLET ; *RDC* n°4, 2020, p.105s., note F. DANOS ; *Ibid.*, n°1, 2020, p.25s., note R. LIBCHABER : « sauf lorsque la sous-location a été autorisée par le bailleur, les sous-loyers perçus par le preneur constituent des fruits civils qui appartiennent par accession au propriétaire ; qu'ayant relevé que les locataires avaient sous-loué l'appartement pendant plusieurs années sans l'accord du bailleur, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, nonobstant l'inopposabilité de la sous-location au bailleur, que les sommes perçues à ce titre devaient lui être remboursées ». Il nous semble toutefois que l'accession est une application de l'enrichissement injustifié, voir *supra* n° 464s.

¹⁶⁰⁸ La faute consistant ici à sous-louer sans l'accord du propriétaire/bailleur.

¹⁶⁰⁹ Intuitivement cela peut déjà sembler excessif, mais le fait est qu'il n'existe pas véritablement de règle empêchant la caractérisation d'un tel préjudice.

l'enrichissement injustifié permettent de donner de la substance à la distinction entre fait préjudiciable et fait profitable. Au regard de la nouvelle définition des restitutions ainsi que de la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié, les restitutions d'un enrichissement ne peuvent plus concerner de simples hypothèses de gain manqué et il est absolument indifférent que le demandeur ait subi un préjudice. Le défendeur doit avoir réalisé un gain concret qui laisse une trace dans son patrimoine. À l'inverse, l'objectif de réparation incite à se focaliser sur la seule situation du demandeur, indépendamment de tout profit réalisé par le défendeur. Cette distinction n'empêchera pas toute superposition, mais elle permet de « dégorger » la responsabilité civile de certains cas qui répondent moins à une logique de réparation que de restitution. La distinction entre ce qui relève de la réparation et ce qui relève des restitutions est relativement claire. Notamment, la confusion entre un gain manqué et un enrichissement peut être évitée, car le gain manqué se réfère nécessairement au gain que le demandeur aurait pu réaliser et non à ce que le défendeur a effectivement reçu. S'agissant de l'enrichissement injustifié, le lien d'attribution prime et il convient d'analyser ce qui « appartient » au demandeur et non de se demander ce qu'il aurait effectivement et personnellement pu engranger. Ainsi, en cas de violation d'un brevet¹⁶¹⁰, la question n'est pas de savoir quels profits le demandeur aurait pu personnellement retirer de l'exploitation de son invention, mais dans quelle mesure ce dernier dispose d'un droit exclusif sur les gains réalisés par le défendeur. De manière générale, la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié devrait mettre fin à une pratique qui est perceptible dans certaines décisions et qui consiste, sous couvert de réparation intégrale, à intégrer le profit réalisé par le défendeur. À partir de ce mouvement de valeur opposé – réparation d'un préjudice d'un côté et restitution d'un profit de l'autre – il est possible d'enlever de la sphère de la responsabilité civile les cas que l'on pourrait qualifier de « dégorgement » de profits, comme l'utilisation de l'image d'autrui ou même l'utilisation des données personnelles¹⁶¹¹.

II : La résolution des conflits : les cas de superposition

524. Des superpositions possibles. À partir du moment où ces deux sources ont des finalités bien distinctes, la possibilité qu'une même situation puisse être virtuellement traitée par la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié n'est guère gênante. Cette superposition des sources suppose bien sûr que le défendeur ait à la fois commis un fait générateur en lien

¹⁶¹⁰ Voir *infra* n° 554.

¹⁶¹¹ Voir *infra* n° 555.

avec le préjudice subi par le demandeur et qu'il se soit également approprié, sans son accord, un gain qui revient au demandeur. Il existe des situations où cette superposition ne présentera que peu d'intérêts pour le demandeur. L'exemple le plus simple étant sans doute celui du vol, où la soustraction du bien induit à la fois un préjudice pour le demandeur, propriétaire du bien, et un enrichissement pour le défendeur, auteur du vol. Dans ce cas, le résultat est *a priori* le même quelle que soit la source d'obligation invoquée¹⁶¹². S'il n'existait que cette hypothèse, l'enrichissement injustifié ne présenterait guère d'utilité, mais il en est d'autres où l'enrichissement injustifié est un choix plus intéressant que la responsabilité civile. Cela est le cas toutes les fois où le préjudice subi par le demandeur est moins important que le profit réalisé par le défendeur. La question est alors de savoir s'il convient d'accorder une option au demandeur ou s'il faut, au contraire, instaurer un ordre de priorité.

525. Le principe : la liberté de choix. L'absence de subsidiarité de l'enrichissement injustifié, nouvelle version, permet de résoudre différemment ce conflit. Par principe, lorsqu'une même situation réunit simultanément les conditions d'application de l'enrichissement injustifié et de la responsabilité civile, le droit doit accorder la possibilité au demandeur de choisir l'action la plus favorable. Le principe de subsidiarité, qui s'applique actuellement au détriment de l'enrichissement injustifié, ne se justifie que dans la mesure où, en l'état du droit positif, l'action d'enrichissement injustifié n'est qu'une action d'équité, sans réelle substance¹⁶¹³. En effet, l'absence de finalité spécifique de cette action fait courir le risque d'un contournement des règles de droit par l'enrichissement injustifié. Ce n'est plus le cas avec la conception proposée. Dès lors, la condition de subsidiarité ne se justifie plus et un principe de « libre concurrence » doit prévaloir à défaut de raison particulière d'interdire toute option. Et même, s'il fallait véritablement instaurer une hiérarchie entre les sources, elle se ferait sans doute, cette fois-ci, au détriment de la responsabilité civile. Ce retournement se justifierait dans la mesure où la responsabilité civile serait dorénavant la source la plus vague et donc celle qui présente le plus de risques

¹⁶¹² Il pourrait toutefois exister quelques différences notamment si le demandeur tarde un peu à agir, car s'agissant de l'enrichissement injustifié, l'enrichissement est évalué au jour où le juge se prononce, il faudra donc regarder la valeur du bien volé au jour du jugement, ce qui pourrait différer de la valeur du préjudice. Par ailleurs, il est également possible qu'il y ait des différences si le bien volé a par la suite produit des fruits, dont la restitution ne poserait aucun problème sur le fondement de l'enrichissement injustifié, mais pourrait poser davantage de problème s'agissant de la responsabilité civile. Dans ces cas là, il pourrait y avoir un intérêt à l'option.

¹⁶¹³ Sur le principe de subsidiarité voir *supra* n° 354s.

de perturber la cohérence du système dans son ensemble. C'est d'ailleurs cette idée qui explique la règle du non-cumul entre responsabilité extra-contractuelle et contrat et il est possible de se demander si une telle règle ne devrait pas également s'imposer dans les rapports avec l'enrichissement injustifié, surtout si la responsabilité civile maintient son champ d'application actuel. Il faut toutefois noter que le concours entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié est moins périlleux que celui entre les règles de la responsabilité extracontractuelle et les règles du contrat. S'agissant de l'enrichissement injustifié, il n'existe aucun risque de contournement de clauses ou de remise en cause de l'allocation des risques, car il n'existe aucun accord préalable. De surcroît, les principales situations de superposition concernent les hypothèses dites de « fautes lucratives »¹⁶¹⁴. Or, dans ces situations, l'enrichissement sera bien souvent supérieur au préjudice subi ce qui rendrait, de fait, la subsidiarité de la responsabilité civile sans réelle utilité. Ainsi, même si les risques de concours sont accentués par les limites très vagues de la responsabilité civile, il n'existe pas de réel danger à accorder une option au demandeur.

526. La possibilité de cumuler des restitutions et des dommages et intérêts. Si l'option accordée au demandeur ne pose guère de difficulté, la question du cumul, au sens strict, est en revanche plus délicate. Est-il possible pour le demandeur d'obtenir à la fois des restitutions, sur le fondement de l'enrichissement injustifié, et des dommages et intérêts, sur le fondement de la responsabilité civile¹⁶¹⁵ ? Bien que, de manière générale, la tendance soit à l'interdiction du cumul¹⁶¹⁶, cette réponse de principe ne va pas nécessairement de soi¹⁶¹⁷. Si les objectifs poursuivis tant par la responsabilité civile que par l'enrichissement injustifié sont distincts, il devrait être possible de cumuler les deux. Afin d'apporter une solution pertinente, il faut cerner le danger redouté, celui de la double « indemnisation » ou l'idée qu'un cumul peut conduire le demandeur à obtenir deux fois la même chose. Aussi, le cumul

¹⁶¹⁴ L'appellation n'est pas très pertinente dans la mesure où ce n'est pas la faute qui justifie les restitutions, elle-même parfois absente, voir *infra* n° 537s.

¹⁶¹⁵ Lorsque les conditions de ces deux sources sont simultanément remplies.

¹⁶¹⁶ C'est la solution qui prévaut en droit anglais et il est également possible de retrouver cette idée dans le projet Terré s'agissant des dommages et intérêts restitutoires qui sont une alternative aux dommages et intérêts compensatoires, voir l'article 54 du projet : « le juge aura la faculté d'accorder (...) le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur » (F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, p.199). Il faut toutefois avouer que le fait qu'il s'agisse de dommages et intérêts et non de restitutions incite à privilégier la solution d'un non-cumul, car l'unité du fondement (la responsabilité civile) donne davantage l'impression, à tort ou à raison, que la solution du cumul aboutirait à une double indemnisation.

¹⁶¹⁷ D'ailleurs le professeur Burrows, qui est par principe pour une interdiction du cumul, souligne qu'il s'agit davantage d'une solution de facilité à défaut de pouvoir cerner précisément les cas où un tel cumul ne poserait aucune difficulté (A. BURROWS, *The Law of Restitution*, *op. cit.*, p. 627-629).

ne doit être possible que lorsqu'il n'existe aucun risque de double indemnisation. Or, il peut être particulièrement délicat de cerner ces hypothèses, d'où la solution commode d'interdiction du cumul. Il existe des exemples simples où il n'y a que peu de doutes sur le fait que le cumul aboutit à une double indemnisation. Ainsi, en cas de vol, l'enrichissement du voleur et le préjudice de la victime correspondent tous deux à la même chose : la valeur du bien. Toutefois, il est possible que ce premier enrichissement en engendre un autre si, par exemple, l'auteur du vol loue le bien et obtient des loyers ou que le demandeur subit par ailleurs un autre préjudice, notamment si le défendeur est entré par effraction en brisant une fenêtre. En ce cas, le fait d'accorder la restitution des loyers plus une « indemnité¹⁶¹⁸ » couvrant la valeur du bien¹⁶¹⁹ ne devrait pas être appréhendé comme une double indemnisation. Les deux actions recouvrent deux choses différentes, puisqu'il est possible ici de discerner deux enrichissements distincts. De même, le demandeur doit pouvoir obtenir tant une « indemnité » couvrant la valeur du bien que des dommages et intérêts réparant le préjudice résultant de la fenêtre brisée. Dès lors qu'il est possible de discerner un préjudice et un enrichissement parfaitement distincts (comme l'enrichissement procuré par les loyers et le préjudice résultant de la fenêtre brisée), le demandeur devrait pouvoir obtenir des restitutions et des dommages et intérêts. En revanche, dès lors que le préjudice et l'enrichissement se télescopent, le cumul ne peut être admis et le demandeur doit choisir un fondement. Il n'y a en réalité que peu de difficultés lorsque la situation implique plusieurs faits qui peuvent être traités distinctement. Si l'on raisonne toujours à partir du même exemple, le fait du vol est distinct du fait lié à la location, si bien que le demandeur peut parfaitement se fonder sur la responsabilité civile pour le vol et invoquer l'enrichissement injustifié pour la location.

527. Une difficulté accrue en cas de préjudice extrapatrimonial. En revanche, lorsqu'un même fait ou un même ensemble de faits, non dissociables, sont en cause, la situation est bien plus délicate. La difficulté est accrue en droit français en raison des notions extensives de dommage et de préjudice, tout particulièrement lorsque le demandeur invoque un préjudice extra-patrimonial. Nous reviendrons plus amplement sur cet exemple par la suite¹⁶²⁰, mais pour illustrer ce point il est possible de s'appuyer sur l'exemple suivant : le

¹⁶¹⁸ Le terme indemnité est ici employé car ce résultat pourrait ici trouver son fondement tant sur le fondement de la responsabilité civile que celui de l'enrichissement injustifié.

¹⁶¹⁹ Si la remise de la chose n'est pas possible.

¹⁶²⁰ Voir *infra* n° 553.

défendeur utilise l'image du demandeur et la cède, sans son autorisation, à une entreprise publicitaire moyennant un certain montant. D'un côté, il y a un enrichissement du défendeur, qui pourrait faire l'objet de restitutions sur le fondement de l'enrichissement injustifié et de l'autre, il y a certainement un préjudice moral. Ce cas est d'autant plus intéressant que l'utilisation actuelle de la responsabilité civile dans cette hypothèse semble motivée par l'impossibilité de recourir à l'enrichissement injustifié¹⁶²¹. Du moins, la difficulté particulière à évaluer le préjudice peut inciter les juges à prendre en considération, discrètement, les profits retirés par le défendeur. En ce cas, il est effectivement peu opportun d'autoriser le cumul. Néanmoins, il serait théoriquement possible de dissocier les deux. Le préjudice moral n'a vraisemblablement dans ce cas qu'une valeur symbolique, ce qui ne devrait pas empêcher le cumul. L'enrichissement injustifié ne viserait en ce cas qu'à protéger le droit exclusif du demandeur sur les profits tirés de son image, tandis que la responsabilité civile permettrait de réparer l'atteinte portée à son image, indépendamment de l'enrichissement du défendeur. Plus il est difficile de discerner le préjudice de l'enrichissement, plus il est possible d'y voir le signe du caractère artificiel du recours à l'une ou l'autre de ces sources d'obligation.

528. Le cumul des restitutions et des dommages et intérêts poursuivant une fin de peine privée. En droit positif, l'artifice semble davantage se placer du côté de la responsabilité civile où le recours excessif aux préjudices moraux masque assez mal les objectifs réellement poursuivis. Tantôt l'objectif est de punir l'auteur d'une faute, alors que le demandeur n'a pas subi de réel préjudice ou alors un préjudice d'une valeur très faible ; tantôt l'idée est de réattribuer le gain au demandeur. Il est vrai que dans le cas de ce qui peut être appelé une « faute lucrative », la question du cumul des dommages et intérêts que l'on pourrait qualifier de « punitifs »¹⁶²² et des restitutions pose davantage de difficulté. Même si, en ce cas, l'objectif de l'enrichissement injustifié n'est pas de punir le défendeur, la restitution du profit intégral au demandeur est suffisante et il n'est pas nécessaire de lui accorder, en plus, des dommages et intérêts visant à sanctionner le comportement du défendeur. D'une certaine manière, ces dommages et intérêts « punitifs » peuvent être vus comme subsidiaires, dans la mesure où ils ne deviennent nécessaires que lorsque le

¹⁶²¹ Dans le cas où le défendeur a évidemment tiré profit de l'utilisation de l'image, ce qui sera le plus souvent le cas (c'est l'une des principales motivations de l'utilisation de l'image d'autrui) bien que cela n'épuise pas toutes les hypothèses.

¹⁶²² Dans la mesure où l'objectif réel est de sanctionner un comportement.

demandeur ne dispose d'aucun autre moyen de sanctionner le défendeur, soit parce que le préjudice est trop faible voire inexistant, soit parce qu'il n'y a pas d'enrichissement. C'est l'absence d'autre sanction juridique qui peut créer un certain sentiment d'injustice, dans la mesure où la violation d'une règle de droit est laissée sans réponse. Ce sentiment est moindre voire disparaît lorsque le demandeur peut espérer obtenir une autre « indemnité » suffisamment importante, même si l'objectif principal de cette autre indemnité n'est pas de punir le défendeur. Ces dommages et intérêts punitifs ne devraient occuper qu'une place relativement étroite et, dans les rares cas où les conditions d'attribution de ces dommages et intérêts et les conditions d'octroi des restitutions seraient simultanément remplies, la solution devrait être celle du non-cumul. Cette solution est la plus raisonnable pour éviter un excès d'indemnisation du demandeur, ainsi qu'une charge trop lourde pour le défendeur.

529. La comparaison avec les *exemplary damages*. La comparaison avec le droit anglais des *exemplary damages* est d'ailleurs ici très instructive. Même s'il l'une des trois situations où ces *damages* sont admis tient compte de l'intention du défendeur de faire un profit¹⁶²³, ce qui pourrait *a priori* entrer en concurrence avec les *restitutionary damages*¹⁶²⁴, les conditions d'octroi de ces deux formes de *damages* sont appliquées de telle manière qu'il n'y a pratiquement pas de recoupement. D'ailleurs, il est vraisemblable que ce soit le refus de reconnaître des *exemplary damages* en cas de *breach of contract* qui justifie en partie les *restitutionary damages for breach of contract*, dont l'exemple typique est l'affaire *Blake*¹⁶²⁵. Dans cette affaire et les décisions qui suivent, telle que l'affaire *Esso petroleum*, c'est notamment l'absence d'autres sanctions possibles qui justifient l'octroi de ces *exemplary damages*¹⁶²⁶. De plus, s'agissant du cumul possible entre les *compensatory damages* et les *exemplary damages*, il est admis que le montant des premiers exerce une influence sur le second, alors que l'inverse est refusé. Ainsi, le montant des *compensatory damages* peut réduire à néant le montant des *exemplary damages*, si les premiers sont

¹⁶²³ Voir *supra* n° 540.

¹⁶²⁴ Pour rappel, ces *damages* recouvrent les cas où le défendeur a retiré un profit d'un *wrong*, soit, notamment, en cas d'inexécution d'un contrat (*breach of contract*), d'un *tort* ou d'un *equitable wrong*, sur ce point voir *supra* n° 195s.

¹⁶²⁵ Voir *supra* n° 202. Pour rappel, dans cette affaire un ancien espion britannique avait publié un ouvrage sur sa carrière d'espion, en dépit de son obligation de confidentialité. La Couronne a ainsi pu obtenir la restitution des profits découlant de la vente de l'ouvrage.

¹⁶²⁶ C'est particulièrement visible dans l'affaire *Esso Petroleum*, voir *supra* n° 203, où l'une des raisons justifiant la solution est le fait que les *compensatory damages* étaient une solution inadaptée car ils étaient en l'espèce impossible à calculer.

estimés suffisants¹⁶²⁷, alors qu'il n'est jamais tenu compte du montant des *exemplary damages* pour fixer ceux des *compensatory damages*. Cette solution est compréhensible, car les *exemplary damages* viennent dans un second temps, lorsque la réponse principale, en l'occurrence les *compensatory damages*, n'est pas jugée suffisante pour répondre de manière adaptée à la violation de la règle de droit. On peut dès lors comprendre non seulement pourquoi la question du cumul de ces différentes formes de *damages* est rapidement évoquée, car en pratique il est rare que les conditions d'octroi de plusieurs formes de *damages* soient simultanément remplies ; et pourquoi, dans l'hypothèse rare d'un concours, la réponse de principe est le refus du cumul. La solution contraire conduit d'une certaine manière à conférer deux fois la même chose au demandeur. En un sens, il semble que les *exemplary damages* soient fondamentalement conçus comme subsidiaires, puisqu'ils ne sont utilisés que lorsqu'aucune autre réponse ne paraît suffisante.

Section II : L'appropriation du gain d'autrui

530. La conséquence de la nouvelle conception de l'enrichissement injustifié. Le renouveau de l'enrichissement injustifié permet l'application de cette source d'obligation à des hypothèses, qui ne pourraient être, à défaut, abordées que par la responsabilité civile. La principale situation visée est celle de l'appropriation du gain d'autrui, surtout lorsque ce gain ne sort pas directement du patrimoine du demandeur, mais qu'il peut néanmoins être rattaché à la personne du demandeur. Cela recouvre plus ou moins les hypothèses qualifiées, parfois abusivement, de fautes lucratives. L'objectif n'est pas d'intégrer l'ensemble des fautes lucratives à l'enrichissement injustifié, mais de voir dans quelles hypothèses l'enrichissement injustifié pourrait apporter une réponse plus satisfaisante que la responsabilité civile. Pour ce faire, il convient d'envisager les solutions alternatives aux restitutions de l'enrichissement injustifié (I) avant d'établir dans quelles circonstances l'enrichissement injustifié est une solution plus adaptée (II).

¹⁶²⁷ J. EDELMAN, *McGregor on Damages, op. cit.*, n°13-040: « The size of an exemplary award may indeed be influenced by the size of the compensatory one, even to the extent of being eliminated ».

531. Particularité de la situation : un enrichissement non issu du patrimoine du demandeur. Le droit français est fréquemment confronté à des difficultés lorsqu'il est question de prendre en considération l'enrichissement qu'une personne a retiré de la violation d'une règle de droit, et plus spécifiquement de la violation des droits d'un tiers. La complexité de la situation tient au fait que cet enrichissement n'est pas directement issu du patrimoine du demandeur, mais le défendeur s'est enrichi « sur le dos » du demandeur. Les exemples sont relativement nombreux et peuvent concerner par exemple : l'inexécution lucrative du contrat¹⁶²⁸, l'exploitation de l'image ou d'un attribut de la personnalité d'autrui, la sous-location d'un bien sans l'autorisation du bailleur... Comment dans ce cas déterminer le (meilleur) fondement applicable ? Plusieurs éléments retiennent l'attention : l'enrichissement du défendeur, le fait que cet enrichissement ait été réalisé en contrariété avec une règle de droit ainsi que le fait qu'il peut exister un lien plus ou moins étroit entre l'enrichissement du défendeur et le demandeur. L'accent mis sur l'un ou plusieurs de ces éléments peut inciter à choisir soit la responsabilité civile, soit l'enrichissement injustifié¹⁶²⁹.

Les différentes solutions retenues en Europe permettent d'ailleurs d'illustrer ce propos. Le droit allemand a tendance à mettre l'accent sur l'enrichissement et le lien qui unit cet enrichissement au demandeur, privilégiant ainsi l'enrichissement injustifié comme fondement¹⁶³⁰. Les droits français et anglais ont pour point commun de mettre l'accent sur l'acte contraire au droit et sur le fait du défendeur, ce qui incite à privilégier la responsabilité civile. Cependant, à la différence du droit français, le droit anglais admet la spécificité de ces hypothèses en reconnaissant une catégorie particulière de *damages*, les *restitutionary damages*¹⁶³¹. Le seul point qui unit l'ensemble de ces systèmes est le refus d'accorder la restitution du profit toutes les fois où il y a violation d'une règle de droit. Aussi, l'un des

¹⁶²⁸ L'un des cocontractants inexécute l'une de ses obligations parce qu'il a, par exemple, reçu une meilleure proposition d'un tiers. Le cas emblématique serait le suivant : A s'est engagé par une promesse unilatérale de vente à vendre à B l'un de ses biens pour un prix de 100. Alors que B est toujours dans les délais pour lever l'option, A vend le bien à C pour 200, en violation de la promesse.

¹⁶²⁹ Le droit pénal pourrait également être envisagé mais pour l'heure, nous nous en tenons aux réponses civiles.

¹⁶³⁰ Voir T. KREBS, art. préc. spéc. p.380-388.

¹⁶³¹ Voir *supra* n° 196.

critères importants afin de choisir le fondement adéquat réside dans la capacité à sélectionner les faits pouvant effectivement entraîner le reversement des profits à la victime du droit violé, solution qui semble perçue comme plus exceptionnelle que l'octroi de dommages et intérêts compensatoires¹⁶³². La responsabilité civile est certes le seul fondement envisagé sérieusement à l'heure actuelle, mais la solution précise peut varier, car il est parfois proposé de créer de nouvelles formes de dommages et intérêts pour répondre à cette situation. Pourtant, il nous semble que le fondement en lui-même, et donc les remèdes s'y rapportant, ne sont pas véritablement adaptés à la situation. Cela est vrai des dommages et intérêts compensatoires (A), comme des dommages et intérêts punitifs (B), et des dommages et intérêts restitutoires (C).

A) Les dommages et intérêts compensatoires

532. Une solution surprenante. Il peut paraître étrange d'évoquer les dommages et intérêts compensatoires comme une alternative aux restitutions de l'enrichissement injustifié. Pourtant, le recours à ces dommages et intérêts se conçoit lorsqu'un système juridique retient une définition particulièrement large de la réparation d'un préjudice, qui permet de considérer que le demandeur subit un gain manqué toutes les fois que le défendeur réalise un profit en violation de l'un des droits du demandeur. Toutefois, aucun système n'adopte une conception aussi large de la réparation, du moins pas ouvertement, car elle n'est tout simplement pas tenable. Même sans aller jusqu'à cette solution extrême, le droit français démontre que les dommages et intérêts compensatoires sont utilisés ponctuellement à cette fin. Il est donc intéressant de se demander si les dommages et intérêts compensatoires peuvent être utilisés de manière satisfaisante pour « dégorger » un profit. Il est déjà possible de constater que le projet belge de réforme du droit de la responsabilité civile fait un pas supplémentaire vers cette direction. L'article 5.184 §2 admet, dans certaines circonstances, que le juge puisse « évaluer le dommage sur la base du montant des profits ou d'une partie de ceux-ci »¹⁶³³. L'exposé des motifs de cet avant-projet précise d'ailleurs qu'il n'est pas

¹⁶³² Sur ce point, le droit anglais est sans doute le plus révélateur, car les *compensatory damages* sont accordés de droit, dès lors que le demandeur peut justifier d'une perte, pour n'importe quelle violation d'un droit (*wrong*), tandis que les *restitutionary damages* résultent davantage de l'exception, la simple violation d'un *wrong* et d'un enrichissement du défendeur ne suffisant pas, voir *supra* n° 196s.

¹⁶³³ Art. 5.184 §2, *Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité civile extracontractuelle dans le nouveau Code civil*. Dans son intégralité l'article précise : « Lorsque le responsable, dans le but de réaliser un profit, a intentionnellement violé un droit de la personnalité de la personne lésée ou a intentionnellement porté atteinte à son honneur ou à sa réputation, le juge peut évaluer

question d'y voir des dommages et intérêts punitifs, mais que cette possibilité « est cependant envisagée comme un mode de réparation du dommage et non au titre d'une peine civile »¹⁶³⁴. Même si cette évaluation particulière du dommage est cantonnée à des hypothèses particulières, il reste encore à la justifier. Qu'est-ce qui justifie, théoriquement, que cette évaluation ne puisse pas être généralisée à toutes les hypothèses où le défendeur a réalisé un profit ? Ou, posé autrement, qu'est-ce qui permet de déroger aux règles traditionnelles d'évaluation du dommage dans certaines circonstances ? Pour répondre à ces questions, il faut d'abord s'attarder sur les éléments qui peuvent faire obstacle à ce type d'évaluation, le principal étant la règle de réparation intégrale.

533. Un faux obstacle : la règle de la réparation intégrale. Le premier obstacle est le fameux principe de réparation intégrale, qui interdit en principe tout enrichissement du demandeur. Il ne faut toutefois pas exagérer l'importance de ce principe, au demeurant contesté, et qui en pratique n'apporte que peu de limites au pouvoir d'appréciation des juges du fond¹⁶³⁵. Cette absence de limite réelle permet d'ailleurs, dans les faits, de prendre en considération le profit du défendeur sous couvert de la réparation d'un préjudice moral¹⁶³⁶. Il s'agirait du moyen le plus adapté pour chiffrer un préjudice qui serait par ailleurs difficile à évaluer¹⁶³⁷. L'obstacle pourrait ainsi paraître davantage « psychologique » que réel¹⁶³⁸.

le dommage sur la base du montant des profits ou d'une partie de ceux-ci [si ce montant excède manifestement celui qui serait accordé pour la réparation du dommage patrimonial ou extrapatrimonial] », le projet est notamment accessible à cette adresse : https://justice.belgium.be/sites/default/files/voorontwerp_van_wet_aansprakelijkheidsrecht.pdf.

¹⁶³⁴ *Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil*, p. 12. L'exposé des motifs est accessible à cette adresse : https://justice.belgium.be/sites/default/files/memorie_van_toelichting_aansprakelijkheidsrecht_0.pdf

¹⁶³⁵ Sur le fait que les juges n'ont pas besoin de motiver particulièrement leurs décisions, voir M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4^e éd., P.U.F., 2019, n°458, voir toutefois, Z. JACQUEMIN, « La réparation sans perte, ni profit selon la Cour de cassation ou l'art de transformer une maxime en instrument de contrôle », *RDC* n°1, 2019, p.187s., qui estime que la Cour tend à accroître son contrôle, en particulier lorsqu'il est question de vérifier que l'évaluation des dommages et intérêts n'a pas pour conséquence d'enrichir le demandeur.

¹⁶³⁶ Voir notamment la synthèse réalisée par le professeur Molfessis à propos de « l'instrumentalisation du préjudice moral comme peine privée » N. MOLFESSIS, « La réparation du préjudice extrapatrimonial », in *Les limites de la réparation du préjudice*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p.428s.

¹⁶³⁷ L'argument est similaire s'agissant des forfaits d'indemnisation ; s'il n'est pas possible pour un juge d'évaluer forfaitairement le préjudice, il peut en revanche s'inspirer d'un barème d'indemnisation s'il estime qu'il s'agit de la méthode d'évaluation la plus adaptée au cas présenté. Voir par exemple Civ. 2^e, 10 déc. 2015, n°14-27.243 : « Mais attendu que, tenue d'assurer la réparation intégrale du dommage actuel et certain de la victime sans perte ni profit c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a fait application du barème de capitalisation qui lui a paru le plus adapté à assurer les modalités de cette réparation pour le futur ».

¹⁶³⁸ Voir M. CAPPELLETTI, « Réflexions comparatives sur le rôle de la punition en droit de la responsabilité délictuelle », *RDC* n°4, 2019 p.293s.

Malgré une certaine hostilité envers tout ce qui pourrait constituer un enrichissement du demandeur, il arrive que les juges du fond gonflent délibérément le préjudice pour prendre en considération le profit retiré par le défendeur. Cela est particulièrement notable lorsqu'il existe intuitivement un lien très fort entre l'enrichissement et le demandeur, comme en cas de violation au droit à l'image. La règle de réparation intégrale présente sans doute un côté rassurant, d'autant plus qu'elle est à peu près la seule règle d'évaluation des dommages et intérêts en droit français et pratiquement la seule règle qui permet à la Cour de cassation de contrôler l'évaluation réalisée par les juges du fond¹⁶³⁹. Bien qu'elle ne constitue qu'une faible limite en soi, l'introduction d'une nouvelle solution pour sanctionner l'appropriation d'un gain nécessite que de nouvelles règles soient créées pour encadrer tant les cas visés que l'évaluation de l'indemnité accordée.

534. Une illustration récente des limites de la réparation intégrale : l'arrêt du 12 février

2020. Dans un arrêt du 12 février 2020, la Cour de cassation a montré les limites de ce principe s'agissant de l'évaluation du préjudice résultant d'actes de concurrence déloyale¹⁶⁴⁰. Dans les faits, une société de fabrication de produits en cristal reprochait à l'un de ses concurrents d'avoir des pratiques commerciales trompeuses, en présentant dans son catalogue des produits en cristal mélangés à des produits en verre, ce qui laissait croire que l'ensemble était en cristal. Le concurrent a été condamné à réparer le préjudice subi, mais comme ce dernier était particulièrement délicat à établir, les juges ont adopté une méthode alternative d'évaluation du préjudice. Sans se départir de la fameuse règle de réparation intégrale, la Cour a admis qu'il est possible d'évaluer ce préjudice en tenant compte de « l'avantage indu que s'est octroyé l'auteur des actes de concurrence déloyale, au détriment de ses concurrents »¹⁶⁴¹. Cette méthode alternative d'évaluation du préjudice est justifiée par le fait qu'il est particulièrement difficile pour la victime d'évaluer son préjudice avec les moyens à sa disposition et alors même que le défendeur a nécessairement réalisé des économies d'investissement¹⁶⁴². Cette solution, si elle peut être opportune sur le fond, montre toutefois les faiblesses de la règle de la réparation intégrale qui, bien qu'affirmée, est implicitement contredite par la prise en compte de l'économie du défendeur et non du

¹⁶³⁹ Sur cet aspect voir Z. JACQUEMIN, art. préc.

¹⁶⁴⁰ Cass. com., 12 févr. 2020, n°17-31614, *D.* 2020.1086s., note J.-S. BORGHETTI ; *RDC* n°2, 2020, p.36s., note S. PELLET.

¹⁶⁴¹ Cass. com., 12 févr. 2020, déc. préc., n°10.

¹⁶⁴² *Ibid.*, n°9 : « (...) tous actes qui, en ce qu'ils permettent à l'auteur des pratiques de s'épargner une dépense en principe obligatoire, induisent un avantage concurrentiel indu dont les effets, en termes de trouble économique sont difficile à quantifier avec les éléments de preuve disponible ».

seul préjudice subi par le demandeur¹⁶⁴³. Le recours au principe de réparation intégrale n'a ainsi pas grand sens et conduit à une grande imprévisibilité des solutions¹⁶⁴⁴.

535. La prise en considération exceptionnelle du profit du défendeur. Le droit français admet parfois, de manière exceptionnelle, que le juge puisse tenir compte des profits réalisés par le défendeur. Le cas le plus emblématique est celui de la violation d'un droit de propriété intellectuelle. L'article L331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle prévoit expressément la prise en considération des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au droit, ce qui a fait couler beaucoup d'encre¹⁶⁴⁵. L'objet principal des critiques est que cette nouvelle méthode d'évaluation contrevient ouvertement au principe de réparation intégrale et qu'elle risque de conférer un enrichissement illégitime au demandeur¹⁶⁴⁶. Il nous semble cependant que la difficulté en la matière ne tient pas tant à l'exception faite à la règle de réparation intégrale, qu'au fait que la nouvelle disposition prévue par le législateur n'encadre pas suffisamment cette nouvelle modalité de calculs des dommages et intérêts. L'article L331-1-3 retient une vision particulièrement extensive du bénéfice en y incluant également : « les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci [le défendeur] a retirées de l'atteinte aux droits ». Or, une fois que la règle de la réparation intégrale est évincée, il n'existe plus aucune autre limite fixée par le droit de la responsabilité civile. L'article L331-1-3 ne limite même pas l'évaluation aux bénéfices tirés de la violation du droit, ce qui autorise le juge à prendre en considération tous les bénéfices réalisés à l'occasion de la violation, quand bien même ils ne seraient pas liés au droit violé¹⁶⁴⁷. En ce cas, il serait possible de se demander s'il ne faut pas intégrer un

¹⁶⁴³ J.-S. BORGHETTI, note préc., n°21, l'auteur note ainsi que cet arrêt consacre implicitement une exception à la règle de réparation intégrale, alors que formellement la Cour s'appuie sur cette règle (n°27).

¹⁶⁴⁴ S. PELLET, note préc., n°3, qui note que le préjudice moral peut être évalué tantôt faiblement, laissant l'acte de concurrence déloyale insuffisamment sanctionné, tantôt excessivement, en accordant un bénéfice, pas forcément légitime, au demandeur.

¹⁶⁴⁵ Voir l'article L331-1-3 du Code de propriété intellectuelle et les commentaires E. DREYER, « Procédures et sanctions. - Contrefaçon. Preuve et sanctions », *Fasc. 1612, Jurisclasseur Propriété littéraire et artistique*, 2015, n°75s. ; A. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 5^e ed., Lexis Nexis, 2017, n°1273 et 1274.

¹⁶⁴⁶ En ce sens voir notamment E. DREYER, art. préc., n°75 qui considère qu'il s'agit d'une référence malheureuse et qu'il aurait été plus opportun que la référence aux bénéfices réalisés soit appréhendée « comme une invitation lancée au juge de prendre en compte l'impact réel de la contrefaçon : des bénéfices importants révèlent une diffusion massive (...) ».

¹⁶⁴⁷ Seules les économies d'investissement sont limitées à ce que le défendeur a retiré de l'atteinte au droit, mais sinon l'article se contente d'affirmer que le juge peut prendre en considération les « bénéfices réalisés par l'auteur », sur ce point voir notamment A. LUCAS, H.-J. LUCAS, A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^e éd., Lexis Nexis, 2012, n°1118.

raisonnement en termes de causalité, comme le font parfois certains juges¹⁶⁴⁸. Il faudrait ainsi voir dans quelle mesure le demandeur aurait lui-même réalisé ce gain, si le défendeur n'avait pas violé son droit. Or, un tel raisonnement risque de réduire tout l'intérêt de cette disposition, car dans la plupart des cas, il est peu probable que le demandeur aurait lui-même réalisé ce gain¹⁶⁴⁹. Une autre difficulté concerne l'adaptation éventuelle des règles de la responsabilité civile : ces dommages et intérêts doivent-ils obéir exactement aux mêmes conditions d'application que les autres ou faut-il mettre en place des règles particulières ? Est-il possible de cumuler le transfert de cet enrichissement avec d'autres formes de dommages et intérêts ou bien s'agit-il simplement d'une solution alternative ? Sur ce dernier point, l'article L331-1-3 précise bien que ces bénéfices sont pris en considération par le juge au même titre que le préjudice moral et que les « conséquences économiques négatives à l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée »¹⁶⁵⁰. Cela signifie que tant le préjudice *stricto sensu* (préjudice moral et conséquences économiques négatives) que l'enrichissement du défendeur servent de base pour évaluer les dommages et intérêts. Il y a donc à la fois réparation du préjudice et restitution de l'enrichissement. L'article ne précise pas toutefois si le juge doit nécessairement prendre en considération les bénéfices réalisés, ou s'il dispose d'une certaine marge de manœuvre l'autorisant à ne pas tenir compte de ces bénéfices, mais seulement du préjudice moral par exemple.

536. La prise en considération détournée du profit du défendeur. Hormis les quelques rares dispositions où la loi prévoit expressément que le juge peut se fonder sur les bénéfices réalisés par le défendeur¹⁶⁵¹, le juge ne devrait pas, par principe, les considérer dans l'évaluation du préjudice. Néanmoins, une analyse de certaines décisions révèle que l'enrichissement réalisé par le défendeur n'est pas toujours neutre. Ce détournement des dommages et intérêts compensatoires reste discret et n'est pas utilisé par tous les juges, ce

¹⁶⁴⁸ Voir par exemple CA Paris, 12 juin 1989, n° Jurisdata 1989-024283, qui a rejeté l'action en responsabilité au motif que « le nombre de montres vendues ne correspondant pas au préjudice de la partie civile, qui n'avait pas la certitude de vendre un nombre équivalent de montres en l'absence de celles contrefaisantes importées de Hong Kong ».

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, en reprenant l'exemple de la contrefaçon, si le demandeur devait établir à chaque fois qu'il aurait pu réaliser le même bénéfice (en vendant le même nombre d'exemplaires que le défendeur par exemple), le demandeur a peu de chance d'obtenir gain de cause, comme dans l'affaire précitée de la Cour d'appel de Paris.

¹⁶⁵⁰ Article L331-1-3, 1° et 2°, du Code de la propriété intellectuelle.

¹⁶⁵¹ Il existe une disposition identique à l'article L331-1-3 reprise à l'article L716-4-10 du même Code. Cette disposition prévoit la fixation des dommages et intérêts en matière de contrefaçon.

qui peut conduire à une certaine disparité dans les décisions rendues. Le moyen le plus commode pour tenir compte indirectement des gains du défendeur passe par la reconnaissance d'un préjudice extra-patrimonial qui serait constitué par la simple violation d'un droit du demandeur. L'exemple le plus emblématique est bien évidemment celui tiré de la violation du droit au respect de la vie privée et le droit à l'image protégés par l'article 9 du Code civil. La Cour de cassation a pu estimer que la « seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »¹⁶⁵². Certains auteurs ont pu interpréter cette jurisprudence comme un moyen indirect de sanctionner un comportement et donc comme une peine privée¹⁶⁵³. Il nous semble cependant que c'est moins l'idée de punition du défendeur que celle d'exclusivité des éléments de la personnalité qui justifie la solution. En effet, si l'idée de punition prime, il faudrait en ce cas porter davantage attention à la gravité de l'atteinte. Or, ici la simple atteinte suffit, peu important la volonté de l'auteur. Le caractère quasi-automatique de la « réparation » atténue au contraire le caractère punitif, mais l'éloigne également de l'idée de réparation ou, en tout cas, met en lumière le fait que la responsabilité civile n'est sans doute pas le canal le plus adapté pour répondre à cette situation.

537. L'inadaptation de la responsabilité civile (1). Au regard de l'exigence d'une faute.

Si l'on met de côté l'article 9 du Code civil, qui présente un fondement autonome, l'appropriation des gains d'autrui sera appréhendée à travers la responsabilité pour faute dans la plupart des cas. Que les bénéfices du défendeur soient ouvertement pris en compte ou masqués derrière un préjudice du demandeur, les mêmes inconvénients se retrouvent. Le fait d'appréhender l'enrichissement du défendeur comme une autre méthode d'évaluation des dommages et intérêts compensatoires apporte davantage de complications. Les conditions d'application de la responsabilité civile ne permettent pas d'encadrer convenablement ces cas d'appropriation. Même si l'on s'en tient à l'exigence d'une faute particulière, soit en considérant seulement le comportement du défendeur, le risque d'excès de restitutions est particulièrement important. La faute peut en effet inciter les juges à

¹⁶⁵² Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n°94-14.798, certains auteurs ont toutefois estimé qu'il fallait tempérer cette solution, qui aurait plutôt pour effet d'alléger la charge de la preuve, l'atteinte faisant présumer la faute et le préjudice, voir notamment J. HAUSER, « La protection de la vie privée : conditions et sanctions », *RTD. civ.* 1997.632s.

¹⁶⁵³ Voir notamment sur cet aspect S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 1995, n°22s.

transférer l'intégralité de l'enrichissement¹⁶⁵⁴, sans égard à la nature du droit du demandeur sur cet enrichissement. Or, comme cela a déjà pu être remarqué en droit anglais, la faute du défendeur est un mauvais critère¹⁶⁵⁵. Cela contraint d'ailleurs les juges à rendre des décisions en apparence contradictoires afin d'éviter un excès de restitutions¹⁶⁵⁶. L'autonomisation de l'article 9 est d'ailleurs une bonne illustration du fait que la faute n'est pas toujours perçue comme un fait générateur approprié. D'une part l'absence de faute de la part du défendeur¹⁶⁵⁷ ne permet pas nécessairement de légitimer les gains réalisés par le défendeur, d'autre part, et inversement, la faute du défendeur, même particulièrement grave, ne rend pas toujours souhaitable le reversement des gains au demandeur.

538. L'inadaptation de la responsabilité civile (2). Au regard de la condition d'un lien de causalité. Pour éviter les excès, il est alors tentant d'utiliser un autre levier de la responsabilité civile, comme le font déjà certains juges du fond, à savoir le lien de causalité. Ce levier risque pourtant de conduire à l'excès inverse et de rendre inutile et inefficace le recours à ces dommages et intérêts. Il est d'abord possible d'envisager que ce lien joue entre la faute et l'enrichissement, l'idée étant alors de transférer uniquement l'enrichissement directement lié à la faute. Cependant, si cela correspond à une manière assez classique de concevoir le lien de causalité, la limite reste assez légère, surtout au regard de la manière dont le droit positif appréhende le lien de causalité. Prenons l'exemple d'une personne améliorant une invention brevetée, évaluée à 10. Il décide ensuite de la commercialiser en violation des droits de l'inventeur et réalise un gain de 100. Faut-il considérer qu'il n'aurait jamais pu commercialiser ce procédé sans l'invention et donc considérer que l'inventeur a un droit sur l'intégralité des bénéfices réalisés, soit 100 ? Si, le défendeur réinvestit ces bénéfices (100) pour obtenir un gain final de 1.000, faut-il également considérer qu'il n'aurait pu réaliser ce gain final (1.000) sans l'invention initiale et l'accorder à l'inventeur ? Intuitivement, surtout pour le dernier gain de 1.000, le lien paraît plus distendu entre la faute du défendeur (la commercialisation sans l'autorisation de l'inventeur) et l'enrichissement réalisé. Mais même si l'on limite les dommages et intérêts à la valeur de 100 (les bénéfices liés à la commercialisation), la difficulté demeure que l'inventeur perçoit l'intégralité des

¹⁶⁵⁴ Encore qu'il soit nécessaire de nuancer le propos, la gravité du comportement du défendeur n'est pas nécessairement corrélée au montant de l'enrichissement.

¹⁶⁵⁵ voir *supra* n° 208s.

¹⁶⁵⁶ Voir *supra* n° 209.

¹⁶⁵⁷ Ce qui peut être caractérisé par le fait que le défendeur pouvait légitimement ignorer qu'il violait les droits d'un tiers, ce qui paraît peu envisageable s'agissant de la violation du droit au respect de la vie privée, mais qui pourrait sans doute être plus aisément caractérisée s'agissant d'un droit de propriété intellectuelle.

bénéfices sur un produit qui n'utilise que pour partie son invention. Or, le raisonnement par la causalité, au moins à partir de la faute, ne permet pas d'affiner le résultat.

Une autre possibilité, beaucoup plus restrictive, implique que le lien de causalité doive être établi entre l'enrichissement et le demandeur. La question étant alors de savoir si le demandeur aurait pu réaliser ce gain lui-même. Le risque évident d'un tel système est que l'enrichissement du défendeur ne soit considéré que comme une perte de chance¹⁶⁵⁸, ce qui risque d'entraîner une réparation minimale, voire inexistante, alors que l'objectif de ces dommages et intérêts est précisément d'éviter que la réparation ne soit que symbolique.

B) Les dommages et intérêts punitifs

539. Un domaine étroit : les fautes lucratives. Que la responsabilité civile ait un aspect punitif n'est à vrai dire guère contesté¹⁶⁵⁹. Pourtant, il est surprenant de constater que, dès lors qu'il est question d'aller plus loin et d'introduire des dommages et intérêts avec une finalité ouvertement et exclusivement punitive, leur champ d'application est pratiquement systématiquement limité aux fautes lucratives¹⁶⁶⁰. Bien que le projet de réforme de mars 2017 ne prévoyait pas de consacrer des dommages et intérêts punitifs, son équivalent, l'amende civile, était également limitée aux fautes lucratives¹⁶⁶¹. La volonté de limiter le plus possible le recours à une mesure ouvertement punitive, que ce soit sous la forme de dommages et intérêts ou d'une amende civile, explique sans doute ce cantonnement à une seule catégorie de faute. Le cantonnement aux fautes lucratives peut sans doute s'expliquer par deux éléments : les bénéfices réalisés rendent l'identification de la faute plus aisée et il s'agit de la catégorie d'actes qui met le plus en avant les lacunes du droit, puisque le faible montant des dommages et intérêts compensatoires peut dissuader les victimes d'agir.

¹⁶⁵⁸ Dans la plupart des cas, il n'est pas certain que le demandeur aurait réalisé lui-même un gain équivalent à celui du défendeur.

¹⁶⁵⁹ Voir notamment S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 1995 et C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, L.G.D.J., 2016, spéc. n°238s.

¹⁶⁶⁰ À l'exception notable de la thèse de Mme Carval, qui propose un domaine plus étendu à l'image de ce qui peut se faire dans d'autres systèmes juridiques, en incluant notamment les atteintes à des intérêts économiques et moraux (indépendamment, semble-t-il, du fait que ces atteintes aient pu ou non conférer un enrichissement) ainsi que les atteintes à l'intégrité corporelle (S. CARVAL, th. préc., p.269s.).

¹⁶⁶¹ L'article 1266-1 du projet de réforme prévoit ainsi que : « En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner (...) au paiement d'une amende civile ». Il semble toutefois que l'amende civile ait été abandonnée, l'amende civile ne figurant pas dans la dernière proposition de loi, portant réforme de la responsabilité civile (Proposition de loi n°678, 29 juillet 2020).

Pourtant, la limitation des dommages et intérêts punitifs aux fautes lucratives est étonnante tant au regard des sources d'inspiration de ces dommages que de leur finalité.

540. Le faux parallèle avec les *exemplary damages*. L'une des principales sources d'inspiration est le droit anglais, mais le droit anglais n'utilise pourtant pratiquement pas ces dommages et intérêts pour sanctionner les fautes lucratives¹⁶⁶² ! Les *exemplary damages* ne sont utilisés que de manière exceptionnelle et pour le moment seuls trois cas peuvent entraîner une telle réponse¹⁶⁶³ : lorsqu'un fonctionnaire a commis un acte oppressif, arbitraire ou contraire à la constitution¹⁶⁶⁴, lorsque le défendeur a violé un devoir¹⁶⁶⁵ dans l'intention d'obtenir un profit et lorsqu'un acte du Parlement le prévoit. Hormis la deuxième catégorie qui vise l'intention lucrative, les autres catégories n'ont rien à voir avec la faute lucrative et dans la deuxième catégorie c'est l'intention qui compte et non le profit. Aussi, le défendeur pourra être condamné à verser des *exemplary damages* quand bien même il n'a pas effectivement réalisé le profit escompté. L'enrichissement éventuel du défendeur n'est pas la mesure des *damages*, ceux-ci pouvant être supérieurs à l'enrichissement. Les juges se fondent sur plusieurs éléments pour les évaluer, notamment les moyens financiers des parties et le montant des dommages et intérêts compensatoires éventuellement attribués en plus, au demandeur¹⁶⁶⁶. Les juges doivent avant tout trouver le montant qui sera suffisant pour donner un caractère dissuasif aux *damages*. Il est possible que les juges décident finalement de ne pas en accorder si, par ailleurs, le défendeur a dû s'acquitter d'une autre indemnité, notamment des dommages et intérêts compensatoires qui sont jugés d'un montant déjà suffisant pour punir sa conduite¹⁶⁶⁷. Il est donc peu pertinent, s'agissant de la sanction d'une faute lucrative, de se référer au droit anglais des *exemplary damages* qui visent surtout à sanctionner un comportement perçu comme particulièrement grave, indépendamment de tout profit réalisé par le défendeur.

¹⁶⁶² Sur ce point voir également la thèse de S. CARVAL, th. préc., n°43s., qui note bien le domaine restreint de ces dommages et intérêts et les raisons justifiant le recours à cette forme particulière de dommages et intérêts, qui ne tiennent pas à la volonté de transférer un enrichissement.

¹⁶⁶³ Voir A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, op. cit., n°4.163.

¹⁶⁶⁴ Les principales illustrations sont l'emprisonnement injustifié d'une personne ou des abus de la part de la police, voir J. EDELMAN, op. cit., n°13-019.

¹⁶⁶⁵ En pratique, ce sera essentiellement en cas de *tort*, car les juges anglais refusent pour l'heure d'accorder de tels *damages* en cas de *breach of contract* ou d'*equitable wrong* (voir A. BURROWS (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, op. cit., n°4.163).

¹⁶⁶⁶ J. EDELMAN, *McGregor on Damages*, op. cit., n°13.038 et 13.039.

¹⁶⁶⁷ A. BURROWS (ed.), op. cit., n°4.164.

541. L'inadaptation des dommages et intérêts punitifs à l'égard des « fautes » lucratives. Le simple fait que le droit anglais n'utilise pas ces dommages et intérêts pour sanctionner une faute lucrative n'est évidemment pas suffisant en soi pour interdire une telle utilisation en droit français. Toutefois, si la finalité poursuivie est véritablement de sanctionner un comportement d'une particulière gravité, il est curieux de limiter ces dommages et intérêts punitifs non seulement aux fautes lucratives¹⁶⁶⁸, mais aussi aux bénéfices réalisés. De la même manière que la gravité de la faute n'est pas nécessairement corrélée à l'étendue du préjudice, la gravité de la faute n'entraîne pas nécessairement un enrichissement particulièrement important. Réciproquement, un enrichissement important n'est pas nécessairement le produit d'une faute particulièrement grave. La limitation prévue aux fautes lucratives se justifie donc assez mal par rapport à la finalité poursuivie. Elle laisse de nombreux comportements en dehors de son domaine, mais elle ne permet pas non plus de traiter de manière adaptée la situation visée par les fautes lucratives. Si la logique de ces dommages et intérêts est menée jusqu'à son terme, la solution retenue devrait être que toute faute causant un profit à son auteur entraîne des dommages et intérêts punitifs¹⁶⁶⁹. Au regard de la manière dont la faute est appréhendée en droit français, cette solution n'est guère tenable, surtout si l'objectif est de n'accorder qu'avec une certaine parcimonie ces dommages et intérêts. Aussi, la plupart des auteurs suggèrent de limiter l'octroi des dommages et intérêts à un certain un degré de faute¹⁶⁷⁰.

542. Les difficultés tenant à l'évaluation. À cela il faut également ajouter les difficultés qui pourraient se rencontrer au stade de l'évaluation des dommages et intérêts. À s'en tenir à la pure logique du mécanisme, il faudrait tenir compte de l'intégralité des profits retirés par le défendeur, seul moyen de sanctionner pleinement la faute lucrative. Il est certes possible de retenir une solution de compromis. Cela nécessiterait sans doute que la loi fixe elle-même des méthodes d'évaluation de ces dommages et intérêts. À défaut, le risque est de développer de trop grandes disparités entre les juridictions, si l'évaluation est laissée à la seule appréciation des juges. Cependant, puisque la gravité de la faute n'est pas nécessairement corrélée au montant de l'enrichissement, il ne serait pas possible de prévoir

¹⁶⁶⁸ C'est d'ailleurs l'une des critiques faites à l'égard de la 2^e catégorie des *exemplary damages*, qui ne devraient pas seulement concerner l'intention de faire un profit (voir notamment M. CAPPELLETTI, art. préc.).

¹⁶⁶⁹ En ce sens, voir N. MOLFESSIS, art. préc., p. 436-437.

¹⁶⁷⁰ L'article 1371 de l'Avant-projet Catala prévoit ainsi de limiter ces dommages et intérêts à la faute « manifestement délibérée » (P. CATALA (dir.), *op. cit.*, p. 182).

une règle d'évaluation de ces dommages et intérêts qui soit fonction du degré de faute. Cela signifie qu'il faudrait prendre en considération un autre critère qui ne serait pas lié au comportement du défendeur, mais en ce cas, le risque est de s'éloigner de l'objectif de punition poursuivi par ces dommages et intérêts. En l'absence d'autre critère et si l'on devait transposer la règle de la réparation intégrale au contexte des dommages et intérêts punitifs, il faudrait retenir une règle de « dégorgement » intégral. Encore que, la logique de sanction de ce mécanisme ne s'oppose pas à une méthode de calcul allant au-delà du profit. Là encore, la fixation de critères d'évaluation ne correspond pas exactement à la tradition française et suppose un changement dans la manière de concevoir les règles de la responsabilité. Face aux changements impliqués, il n'est guère étonnant que le projet de réforme de la responsabilité civile n'ait pas souhaité retenir cette forme de dommages et intérêts, qui impliquerait de revoir plus en profondeur le droit de la responsabilité civile. La distinction est ici assez nette avec d'autres systèmes tels que le droit anglais qui, ne connaissant pas de droit commun de la responsabilité, rencontrent moins de difficulté à introduire de nouveaux mécanismes avec des règles particulières.

543. Les insuffisances de l'amende civile. Pour éviter les excès et prévenir un enrichissement illégitime du demandeur, l'alternative souvent proposée réside dans la création d'une amende civile. Le résultat de l'action irait ainsi à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public¹⁶⁷¹. Si le demandeur paraît peu légitime, dans certaines situations, pour obtenir le transfert de l'enrichissement, il n'est pas certain que le Trésor public, ou même un fonds public le soient nécessairement. Si l'on reprend les exemples fréquemment visés, il n'est pas évident de considérer que le Trésor public devrait obtenir les bénéfices réalisés en violation d'un droit à l'image ou du droit au respect de la vie privée d'un particulier, et on peine à imaginer un fonds d'indemnisation qui serait également légitime pour recevoir une telle somme. Lorsque le droit protège la sphère particulière d'une personne, comme c'est le cas pour la protection des droits de la personnalité ou des droits de propriété intellectuelle, le recours à une amende civile paraît surprenant. Il est étonnant que le résultat de l'action ne profite pas à la personne censée être protégée par ce droit. Cette mesure serait sans doute plus justifiée en cas d'enrichissement réalisé au mépris des règles de la libre concurrence et d'atteinte au marché, qui ne visent pas une personne en particulier.

¹⁶⁷¹ Article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, qui n'est toutefois pas reprise dans l'actuelle proposition de loi en cours de discussion au Parlement (voir *supra* n° 537, note 1657).

En effet, l'amende peut se justifier lorsqu'il existe par ailleurs une atteinte à la société¹⁶⁷². Toutefois, en ce cas, il est fréquent que le comportement soit pénalement incriminé, ce qui rend inutile le recours à l'amende civile. De manière générale, il est difficile de voir quels cas pourraient donner lieu à des dommages et intérêts punitifs, lorsqu'il n'existe absolument aucun lien entre l'enrichissement et le demandeur, et qui ne seraient pas déjà traités par le droit pénal (surtout au regard du nombre d'infractions pénales existantes).

544. Une transposition délicate en droit français. Il est sans doute possible de concevoir des cas où des dommages et intérêts punitifs peuvent se concevoir. Il nous semble que la tentation de s'inspirer du droit américain, ou dans une moindre mesure, du droit anglais, est néanmoins à écarter, car cette forme de dommages et intérêts se justifie avant tout, nous semble-t-il, par l'architecture très particulières des *torts*. Il faut également tenir compte de la particularité du droit pénal et de la relation particulière qu'entretiennent le droit pénal et responsabilité civile en droit français¹⁶⁷³. De plus, même en droit anglais, ces dommages et intérêts sont parfois regardés avec une certaine suspicion, en raison du fait qu'il existe un risque de contournement des garanties du droit pénal¹⁶⁷⁴. Ces dommages et intérêts punitifs semblent peu transposables au contexte français et risqueraient de troubler davantage les lignes entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale¹⁶⁷⁵. Il existe sur ce point des différences fondamentales de structure entre les droits anglais et français. Il n'existe en droit anglais aucune volonté de former une catégorie unique et parfaitement rationnelle¹⁶⁷⁶ qui

¹⁶⁷² L'amende civile ne s'appliquait d'ailleurs qu'en matière extra-contractuelle (article 1266-1 du projet de réforme). La violation d'un droit contractuel, même animé par un calcul financier, ne concerne jamais qu'un droit relatif et l'on peine à imaginer pourquoi le Trésor public devrait percevoir un enrichissement résultant d'une inexécution lucrative d'un contrat.

¹⁶⁷³ Voir notamment sur ce point M. DYSON, « Infraction pénale, violation d'un devoir imposé par la loi et faute », *RDC* n°4, 2019 p.184s.

¹⁶⁷⁴ Sur cet aspect et les critiques estimant que cela relève davantage du droit pénal voir une synthèse J. EDELMAN, *op. cit.*, n°13-001s. Il faut toutefois noter qu'il y a eu un rapport à propos, notamment, de cette forme de dommages et intérêt qui préconise une extension de leur domaine en admettant qu'ils puissent, par principe, être accordés quel que soit le *tort* ou l'*equitable wrong* en cause, voir *Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary damages*, 16 déc. 1997, n° 1.19 : « the 'cause of action' and 'categories' tests should be replaced with a general principled test of availability but that that expansion of liability should be subject to major limitations ».

¹⁶⁷⁵ Voir notamment C. DUBOIS, th. préc., n°289s.

¹⁶⁷⁶ Il serait en revanche faux de prétendre que le droit anglais ne recherche pas la cohérence et se contenterait de dresser des solutions spécifiques à des problèmes particuliers sans faire de liens entre ces différents éléments. Il nous semble que cette approche, perçue comme éminemment casuistique de ce côté de la Manche, tient surtout au fait que les juristes anglais insistent tout particulièrement sur le fait qu'une obligation est une atteinte à la liberté et doit donc être justifiée par des raisons positives (d'où le système d'*unjust factor* pour l'*unjust enrichment* et de listes de délits civils pour les *torts*) et entendue strictement. Cet élément explique leur aversion pour les règles générales et les catégories trop larges et donc, inversement, la

serait l'équivalent de la responsabilité civile. De ce fait, la multiplication des faits générateurs ou des règles particulières ne posent pas de difficultés particulières, puisqu'il n'est pas nécessaire de les intégrer dans une structure plus générale préexistante, contrairement au droit français. Par ailleurs, le domaine du droit pénal en France semble plus étendu qu'en droit anglais. Cela limite l'intérêt de recourir aux dommages et intérêts punitifs, qui sont souvent vus comme un moyen de combler certaines lacunes du droit pénal. La solution de l'enrichissement injustifié serait également moins « coûteuse », car elle impliquerait fondamentalement moins de bouleversements que l'introduction de dommages et intérêts punitifs, qui nécessiterait de revoir en profondeur le droit de la responsabilité civile.

C) Les dommages et intérêts restitutoires

545. Une alternative discrète aux dommages et intérêts punitifs. Il est parfois proposé, en droit français de reconnaître des dommages et intérêts « restitutoires » ou confiscatoires¹⁶⁷⁷. Ce dernier terme fait cependant davantage référence à l'idée de punition qu'à celle de réattribution d'un gain. L'expression de dommages et intérêts restitutoires devrait donc être privilégiée, car elle insiste davantage sur l'objectif de réattribution du gain du défendeur au demandeur. Les dommages et intérêts restitutoires présentent à première vue une alternative intéressante aux dommages et intérêts punitifs. Leur premier avantage est d'être bien plus proche de l'objectif souhaité – le transfert d'un enrichissement illicite – que les dommages et intérêts punitifs. En effet, ces dommages et intérêts n'ont de sens que si un enrichissement a effectivement été réalisé. De ce fait, l'enrichissement est la seule mesure des dommages et intérêts, qui ne peuvent aller au-delà. L'accent n'est donc pas mis sur la volonté de punir ou de dissuader un comportement, mais bien sur le fait de restituer un enrichissement. Toutefois, il reste encore à déterminer pourquoi la solution de restituer un enrichissement

préférence pour les listes particulières, qui permet au demeurant d'apporter une réponse adaptée à chaque situation (du moins est-ce le résultat souhaité).

¹⁶⁷⁷ Sur ces notions voir en particulier l'article du professeur Viney, qui expose les avantages et les difficultés que de tels dommages et intérêts seraient susceptibles de poser en droit français : G. VINEY, « La condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à restituer le profit illicite qu'il a retiré de cette faute », in B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, Editions Yvon Blais, 2012, p.949s, voir également le projet Terré qui prévoit une disposition permettant de reverser les profits tirés par l'auteur d'une faute lucrative à la victime (article 54 du Projet Terré), Mme Rémy-Corlay soulignant ainsi qu'il s'agissait non pas de dommages et intérêts punitifs, mais plutôt de dommages et intérêts « restitutoires » (P. REMY-CORLAY, « De la réparation », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p.199-201.

devrait passer par des dommages et intérêts et donc par la responsabilité civile. Il s'agit d'ailleurs de l'un des aspects les plus incertains de ces dommages et intérêts restitutoires. Il est difficile de voir quel peut être le fait générateur de ces dommages et intérêts, surtout à partir du moment où ils ne peuvent être octroyés pour n'importe quelle faute lucrative.

546. Une consécration implicite en droit français ? Un arrêt récent de la Cour de cassation, du 12 février 2020, a pu donner l'impression de reconnaître (implicitement) des dommages et intérêts restitutoires¹⁶⁷⁸. En effet, bien que cette décision se réfère explicitement au principe de réparation intégrale, l'évaluation des dommages et intérêts tiennent compte de « l'avantage indu » du défendeur et non du préjudice du demandeur. En se positionnant du côté du défendeur et non de celui du demandeur, ce mode d'évaluation pourrait davantage évoquer des dommages et intérêts restitutoires que des dommages et intérêts compensatoires¹⁶⁷⁹. Seulement, dans cet arrêt, l'avantage indu consistait en l'économie d'un investissement et non en un gain positif. En droit positif, l'économie d'une dépense constitue bien un enrichissement, mais il nous semble que cela est artificiel et que seul un gain concret du défendeur peut caractériser un enrichissement. Si l'on retient une conception trop large de l'enrichissement, la règle d'évaluation consistant à restituer un enrichissement indu risque de connaître le même sort que la règle de réparation intégrale : une règle sans réelle substance conduisant à des solutions contradictoires. En vérité, cet arrêt témoigne surtout de la nécessité de recourir à plusieurs règles d'évaluation du préjudice en droit de la responsabilité civile, sans se limiter à la règle de réparation intégrale¹⁶⁸⁰.

547. L'exemple des *restitutionary damages*. Cette forme de dommages et intérêts existent déjà en droit anglais, même si leur champ d'application demeure encore incertain¹⁶⁸¹. Ils n'ont pas d'autre objet que de restituer un enrichissement, mais au lieu d'être fondés sur l'*unjust enrichment*, ils ont pour fait générateur un *wrong*, soit la violation d'un devoir

¹⁶⁷⁸ Cass. com., 12 févr. 2020, déc. préc.

¹⁶⁷⁹ En ce sens voir S. PELLET, note préc., n°6 et J.-S. BORGHETTI, note préc., n°22, l'auteur note toutefois que dans cette décision, il s'agit plus de « faire payer au défendeur le coût du rétablissement de l'égalité des armes, plutôt que l'avantage indûment retiré de son comportement malhonnête » (n°24).

¹⁶⁸⁰ Cette règle d'évaluation ne devrait pas être la seule, mais un principe qui est susceptible de connaître des exceptions lorsqu'elle n'est pas adaptée, comme c'était le cas dans cet arrêt (en ce sens J.-S. BORGHETTI, note préc., n°28).

¹⁶⁸¹ Voir *supra* n° 204.

primaire¹⁶⁸². Même si ce fondement consiste en la violation d'un devoir et donc en un acte du défendeur, ces dommages et intérêts n'ont pas, en principe, une vocation punitive ou du moins, ils ne sont généralement pas appréhendés comme tels¹⁶⁸³. De ce fait, les *restitutionary damages* se distinguent tant des *exemplary damages* que des *compensatory damages*, puisqu'ils n'ont pas non plus vocation à réparer un préjudice subi par le demandeur. Ces *damages* ne sont pas accordés de droit. Il n'est pas suffisant que le défendeur ait tiré un profit de son *wrong*. Seulement, il n'existe, à l'heure actuelle, aucun critère fiable permettant de prévoir les *wrongs* susceptibles d'entraîner une telle réponse¹⁶⁸⁴. Ces dommages et intérêts présentent certains inconvénients qui se présenteraient également en droit français si de tels dommages et intérêts devaient être adoptés. En premier lieu, le fait générateur n'est pas suffisant pour sélectionner les cas donnant droit à de tels dommages et intérêts. En effet, le fait générateur consistant en un fait illicite du défendeur, la solution logique devrait être que toute faute lucrative peut entraîner ces dommages et intérêts. Or, ce n'est pas l'état du droit positif anglais, qui peine à trouver un ou plusieurs critères permettant de sélectionner les *wrongs* susceptibles d'entraîner une telle réponse. Le droit anglais est même contradictoire dans certains cas puisqu'il arrive qu'un même *tort* conduise tantôt à des dommages et intérêts restitutoires et tantôt à leur rejet, comme le montre le cas du *tort de nuisance*¹⁶⁸⁵. Cette divergence ne peut en réalité s'expliquer que si le *tort* n'est pas le vrai fait générateur des restitutions.

548. La faute ou le fait du défendeur : un fait générateur de restitutions inadapté. La raison principale expliquant l'état confus du droit positif anglais tient au fait générateur de ces dommages et intérêts : le *wrong* commis par le défendeur. Un tel fait générateur peut se comprendre lorsque l'objectif est d'imputer un dommage à un tiers qui doit en répondre ou lorsque le but est de sanctionner un comportement répréhensible. Dans ces hypothèses, il est difficile de faire totalement abstraction du comportement ou du fait du défendeur¹⁶⁸⁶,

¹⁶⁸² Par exemple : l'inexécution d'un contrat (*breach of contract*), un délit civil (*tort*) ou un délit provenant de l'*equity* (*equitable wrong*). Ce qui pourrait s'apparenter à la manière dont la faute est appréhendée en droit français, si ce n'est que le droit anglais ne rattache pas le *wrong* à l'idée d'une faute, notamment parce qu'il existe des *wrong* qui ne requièrent aucune faute de la part du défendeur (*strict liability*).

¹⁶⁸³ Il est cependant possible d'appréhender la plupart des décisions accordant des *restitutionary damages* en cas de *breach of contract* comme ayant, avant tout, un objectif de sanctionner un manquement particulier au contrat, voir *supra* n° 200s.

¹⁶⁸⁴ Voir *supra* n° 195s.

¹⁶⁸⁵ Voir *supra* n° 208.

¹⁶⁸⁶ Même s'il peut exister, en droit français comme en droit anglais, des cas de responsabilité du fait d'autrui, mais en ce cas cette responsabilité est justifiée par le lien particulier entre la personne auteur du dommage et la personne qui doit répondre du dommage.

puisqu'il s'agit de relier le dommage du défendeur à un tiers ou d'identifier l'auteur d'une faute. En revanche, en cas de transfert d'un enrichissement qui ne vient pas originellement du patrimoine du demandeur, si l'objectif est de sélectionner les hypothèses où le demandeur peut obtenir l'enrichissement sans que cela n'aboutisse à son enrichissement illégitime, le fait du défendeur ne permet pas de répondre à cette attente. Ce fait ne permet pas d'établir un lien entre l'enrichissement et le demandeur et ne permet donc pas de sélectionner, de manière pertinente, les cas où le demandeur peut avoir un droit sur cet enrichissement. Même si le défendeur a violé un droit du demandeur, cette simple violation n'est pas non plus suffisante, car il faut encore tenir compte du contenu du droit violé. L'une des seules manières de sélectionner pertinemment les demandeurs « méritants » consiste donc à retenir seulement les hypothèses où le droit violé confère une exclusivité sur tout enrichissement provenant de l'exercice de ce droit. À travers cette nouvelle grille de lecture, il est possible de comprendre pourquoi les *restitutionary damages* en cas d'inexécution d'un contrat sont plus rarement accordés en droit anglais et pourquoi ils ne suivent pas le même cheminement que les *restitutionary damages* accordés en cas de *tort*. Le contrat n'accordant, en principe, qu'un droit relatif aux parties, le cocontractant victime de l'inexécution ne peut estimer avoir un droit « automatique » sur tout profit résultant de l'inexécution. Aussi, l'utilisation de ces dommages et intérêts est parfois détournée en cas d'inexécution du contrat pour sanctionner les inexécutions jugées les plus sévères. Inversement, en cas de *tort*, l'analyse de certaines décisions anglaises révèlent que la véritable raison justifiant ces dommages et intérêts ne réside pas dans la commission du *tort*, mais bien dans le fait que le défendeur s'est approprié un enrichissement qui aurait dû revenir au demandeur¹⁶⁸⁷, soit en somme une logique plus proche de l'enrichissement injustifié. Il nous semble donc que les dommages et intérêts restitutoires ne devraient pas être adoptés en droit français, car la situation visée – la réattribution d'un profit à la suite de la violation d'un droit du demandeur – ne devrait pas être traitée au sein de la responsabilité civile, mais davantage par l'enrichissement injustifié.

¹⁶⁸⁷ Voir en particulier la décision *Forsyth supra* n° 209.

III) Le choix de l'enrichissement injustifié

549. Une alternative rendue possible. L'état du droit positif a conduit nombre d'auteurs à écarter l'enrichissement injustifié comme possible « fait générateur »¹⁶⁸⁸ d'un enrichissement illicite. En revanche, si l'enrichissement injustifié est recentré autour de l'idée de réattribution d'un enrichissement à son légitime titulaire, il est possible que cette source d'obligation remplisse un nouveau rôle. De manière générale, l'enrichissement injustifié permettrait une meilleure sélection des enrichissements susceptibles d'être restitués (A) et apporterait également un régime plus adapté pour répondre aux cas d'enrichissements illicites (B).

A) Un fait générateur plus sélectif

550. Les conditions de l'enrichissement injustifié (1). – L'indifférence de l'auteur du transfert et le caractère involontaire. Pour que l'enrichissement injustifié puisse être invoqué, il est nécessaire de réunir quatre conditions : le défendeur doit avoir reçu un enrichissement ; le demandeur doit disposer d'un droit exclusif sur cet enrichissement réalisé par le défendeur ; le transfert ou l'appropriation de cet enrichissement ne doit pas avoir été volontaire, et le demandeur ne doit pas avoir renoncé à tout droit sur cet enrichissement. Si ces éléments sont réunis, il importe peu que le demandeur n'ait pas directement transféré l'enrichissement au défendeur ou que cet enrichissement ne se soit pas initialement trouvé dans son patrimoine. L'auteur du transfert peut aussi bien être le défendeur que le demandeur. Cette indifférence de l'auteur du transfert s'explique par le fait que ce qui compte est que le transfert s'est réalisé sans le consentement réel du demandeur. Or, cela peut aussi bien résulter d'un transfert réalisé par le demandeur sous la contrainte ou par une erreur, que d'un transfert réalisé à son insu par le défendeur. S'agissant de l'appropriation du gain d'autrui, la condition d'un transfert involontaire est remplie, puisque cette appropriation se réalise le plus souvent à l'insu du demandeur. Il faut simplement veiller à ce que ce dernier n'ait pas renoncé à son droit, en tout ou partie.

¹⁶⁸⁸ Voir notamment la thèse de S. Carval qui note que l'on pourrait à première vue penser à l'action *de in rem verso* ainsi qu'au droit des biens pour répondre à l'hypothèse des fautes lucratives (S. CARVAL, th. préc., n°145), avant d'écarter ces possibilités en raison de leurs régimes, la règle du double plafond pour l'action *de in rem verso*, la limite de la bonne foi pour le droit des biens (S. CARVAL, th. préc., n°146 et 147).

551. Les conditions de l'enrichissement injustifié (2). – La violation d'un droit exclusif.

La condition essentielle de l'enrichissement injustifié, qui va sans doute cristalliser le contentieux, concerne le droit exclusif du demandeur sur l'enrichissement¹⁶⁸⁹. La notion de droit exclusif suppose en premier lieu que l'enrichissement ne puisse être attribué à une autre personne que le demandeur. En second lieu, il ne faut pas que le droit du demandeur soit simplement relatif. Par exemple, c'est le cas lorsque le droit est issu d'un contrat, car si le contrat attribue un enrichissement à l'une des parties, cette partie ne peut exiger le respect de cette clause qu'à l'égard de son cocontractant. Il n'est alors pas nécessaire de recourir à l'enrichissement injustifié, le contrat justifiant le recours. En revanche, le contrat ne peut créer un droit absolu qui vaudrait à l'égard des tiers. Aussi, pour pouvoir invoquer l'enrichissement injustifié, le demandeur doit établir que le droit lui accorde de manière certaine et absolue ce bénéfice, à l'exclusion de toute autre personne. Pour établir cette exclusivité, l'analyse doit porter sur le contenu du droit violé. Ce droit protège-t-il, par essence, une personne en particulier ou est-ce une prérogative accordée à un nombre indéterminé de personnes ? Il est possible de reprendre l'exemple de la concurrence déloyale. Par principe, l'objectif étant de préserver la libre concurrence, il n'existe pas un titulaire désigné auquel le droit offre une protection, puisqu'il s'agit avant tout de préserver un intérêt collectif. Si la clientèle constitue un élément de patrimoine et a une certaine valeur économique, la clientèle reste libre et « une entreprise ne bénéficie d'aucun droit privatif sur sa clientèle », comme le rappellent parfois certaines juridictions¹⁶⁹⁰.

552. Les fruits ou produits issus d'un droit de propriété : l'exemple des sous-loyers. La

première illustration d'un droit exclusif concerne le droit de propriété. Seulement, l'enrichissement injustifié présente surtout un intérêt lorsque le défendeur s'est approprié, non pas directement le bien objet du droit de propriété, mais un fruit ou un produit dérivé de ce bien. Récemment, la Cour de cassation a adopté une solution innovante concernant les sous-loyers retirés d'un contrat de sous-location conclu sans l'accord du propriétaire¹⁶⁹¹. Elle a admis, sur le fondement de l'accession, que le propriétaire peut obtenir la restitution des sous-loyers, qui sont dès lors analysés comme des fruits civils devant être restitués au

¹⁶⁸⁹ Sur la condition d'exclusivité voir *supra* n° 397s.

¹⁶⁹⁰ Voir notamment CA Paris, 26 févr. 1991, *D.* 1992 somm. p. 50.

¹⁶⁹¹ Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2019, n°18-20727, *D.* 2019.2025, note J.-D. PELLIER ; *LEDC* nov. 2019, n°10, p.2, note S. PELLET ; *RTD. civ.* 2019, p. 865, note H. BARBIER ; *Ibid.*, p. 888, note P.-Y. GAUTIER ; *RDC* n°4, 2019, p.105s., note F. DANOS ; *Ibid.*, n°1, 2020, p.25s., note R. LIBCHABER.

propriétaire¹⁶⁹². La qualification de fruits civils pour des sous-loyers a cependant pu être discutée, certains auteurs estimant que les sous-loyers résultent du contrat de sous-location et non du bien en lui-même¹⁶⁹³. Cependant, même si les sous-loyers trouvent leur origine dans le contrat, ils résultent de l'utilisation économique du bien, sans lequel il ne saurait y avoir de sous-loyers¹⁶⁹⁴. S'agissant d'une utilisation économique du bien, cette utilité revient en principe au propriétaire, sauf à ce que ce dernier y renonce¹⁶⁹⁵. Si le fondement de l'accession peut paraître satisfaisant¹⁶⁹⁶, la difficulté des dispositions relatives à l'accession est qu'elles laissent une grande place à la bonne foi, qui est suffisante pour exclure la restitution des fruits au propriétaire¹⁶⁹⁷. Le caractère désuet de ces dispositions, et en particulier le rôle de la bonne foi, a déjà été dénoncé par certains auteurs¹⁶⁹⁸. L'enrichissement injustifié permet de minorer le rôle de la bonne foi et de prévoir un régime adapté aux hypothèses où le défendeur s'est approprié un enrichissement revenant au

¹⁶⁹² *Ibid.*, « sauf lorsque la sous-location a été autorisée par le bailleur, les sous-loyers perçus par le preneur constituent des fruits civils qui appartiennent par accession au propriétaire ».

¹⁶⁹³ En ce sens R. LIBCHABER, « Le régime juridique des sous-loyers », *RDC* n°1, 2020, p.25s., qui considère que les sous-loyers ne procèdent pas directement de l'immeuble, qui ne les produit pas, mais d'un service rendu par le propriétaire au locataire, puis au sous-locataire.

¹⁶⁹⁴ En ce sens S. PELLET, « Sous-locations interdites : aux innocents (propriétaires) les mains pleines ! », *LEDC*, nov. 2019, p.2 ; F. DANOS, « Les loyers issus d'une sous-location non autorisée reviennent au propriétaire », *RDC* n°4, 2019, p.105s., spéc. p. 108, « Si c'est par l'intermédiaire du contrat de sous-location que s'établit une corrélation ou une connexité matérielle entre les sous-loyers et le bien objet de ce contrat, il n'en demeure pas moins que, une fois ce lien établi, on peut légitimement considérer que c'est le bien lui-même ou la jouissance de ses utilités (exercée par un tiers) qui constitue le fait générateur des créances de sous-loyers ».

¹⁶⁹⁵ C'est pour cela qu'il nous semble que l'acceptation par le propriétaire de la sous-location est cruciale, car il est nécessaire de voir s'il a accordé cette utilité de son bien au locataire ou s'il entend se la réserver. Le contrat de bail (*a fortiori* s'agissant d'un bail d'habitation) n'accordant qu'un droit personnel d'utiliser le bien, il n'est pas censé aller au-delà de cette simple utilisation et d'en retirer un profit au détriment du propriétaire (voir *contra* R. LIBCHABER, note préc.).

¹⁶⁹⁶ Voir toutefois la note du professeur Danos, qui estime qu'il est difficile d'y voir un cas d'accession, car il n'y a pas d'union ou d'incorporation d'un bien secondaire à un autre et qu'il faudrait plutôt y voir une application du fondement de l'accessoire (F. DANOS, note préc.). Il nous semble qu'il faudrait plutôt y voir une application de l'enrichissement injustifié, même si, en droit positif, ce fondement ne peut être mobilisé en raison de ces insuffisances.

¹⁶⁹⁷ L'article 549 du Code civil dispose que : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi ».

¹⁶⁹⁸ Voir notamment le commentaire de M. Libchaber à propos de l'arrêt de chambre mixte du 9 juillet 2004 arr. préc.) sur le refus d'octroyer une indemnité d'occupation au vendeur à la suite de l'annulation de la vente. L'auteur note ainsi s'agissant des règles du droit des biens relatives à la restitution des fruits : « Cette conception moralisatrice ne peut se concevoir que dans un cadre de pensée qui refuse de considérer le *fructus* comme une valeur économique et le traite comme un accessoire pour ainsi dire négligeable, le simple prix de la bonne foi. Nul ne doute que telle ait été la conception des rédacteurs du Code en 1804 ; nul ne doute qu'elle ne soit aujourd'hui dépassée ». Il nous semble cependant que cette logique ne sied pas vraiment à l'indemnité d'occupation, car la valeur de jouissance répond à une autre problématique, sur ce point voir *supra* n° 276, mais il semble en revanche que le rôle de la bonne foi serait à revoir en la matière.

demandeur¹⁶⁹⁹. En l'occurrence, si l'on reprend les faits de l'arrêt, le droit exclusif du demandeur sur les sous-loyers tient à sa qualité de propriétaire du bien, qui lui confère une exclusivité sur toutes les excroissances attachées à ce bien. En l'absence d'autorisation de sa part, et peu important la bonne ou mauvaise foi du locataire principal, il doit pouvoir obtenir la restitution de l'enrichissement associé à son bien, c'est-à-dire les sous-loyers¹⁷⁰⁰.

553. Les droits de la personnalité. Les droits de la personnalité sont également un domaine où l'enrichissement injustifié peut avoir un rôle à jouer. Il n'est pas nécessaire de reconnaître un « droit de propriété » sur les attributs de la personnalité. Plus simplement, il est possible d'admettre que la protection accordée par le droit à certains éléments, tels que la vie privée, l'image, la voix ou le nom, n'a de réel sens que si la personne se voit conférer une exclusivité sur ces attributs, auquel cas il est *a minima* nécessaire d'obtenir son consentement lorsqu'un tiers entend utiliser un des éléments mentionnés. Le caractère exclusif des droits de la personnalité découle du fait que, non seulement ils protègent une personne déterminée, mais, en plus, ils sont indissociables de cette personne. Une protection effective de ces droits consiste alors à attribuer un droit sur tout enrichissement réalisé par un tiers grâce à l'utilisation d'un attribut de la personnalité sans l'accord du demandeur. Bien sûr, pour que l'enrichissement injustifié puisse être mobilisé, il est nécessaire de démontrer que l'enrichissement provient bien de l'utilisation d'un des attributs de la personnalité du demandeur. Autrement dit, il est nécessaire que la personne soit reconnaissable et identifiable, faute de quoi il ne sera pas possible d'apporter la preuve que l'enrichissement provient bien de l'utilisation d'un élément de sa personnalité. Par exemple, si un artiste plasticien s'amuse à sélectionner des images représentant une partie du visage d'une personne (nez, bouche, oreille...) et les assemble de manière à créer un nouveau visage, les personnes dont l'image, ou plutôt une partie, a été utilisée ne pourront rien obtenir sur le fondement de l'enrichissement injustifié si l'œuvre était vendue. En effet, si la personne n'est pas reconnaissable sur le photo-montage, il n'est pas possible d'affirmer

¹⁶⁹⁹ Il faut noter que dans l'arrêt précité du 12 septembre 2019, le propriétaire avait également invoqué, dans ses moyens, l'action d'enrichissement sans cause (les faits s'étant produits avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016). Ce moyen n'a toutefois pas été retenu.

¹⁷⁰⁰ En effet, si le contrat de bail donne un droit de jouissance de la chose au locataire, ce n'est que dans la mesure où le bailleur y a consenti. S'agissant d'un contrat de bail d'habitation où la sous-location n'est pas, sauf accord du bailleur, autorisée, le locataire ne peut prétendre avoir un droit sur les sous-loyers. Le bailleur n'a pas renoncé totalement à percevoir les utilités de son bien et n'a pas autorisé le locataire à retirer des fruits de son bien (en ce sens voir F. DANOS, note préc., p. 109 : « En tant que fruits civils, ils reviennent au propriétaire, car leur perception est incluse dans la jouissance résiduelle de ce propriétaire (cette jouissance résiduelle est un effet, une conséquence, de son droit de propriété) »).

que c'est l'utilisation de son image en particulier qui a contribué à la valeur de l'œuvre. La valeur de l'œuvre proviendra en ce cas uniquement du travail de l'artiste et, éventuellement de sa notoriété. Il faut toutefois préciser qu'à ce stade, il s'agit simplement de savoir s'il y a eu violation d'un droit exclusif. Même si la personne est identifiable, cela ne signifie pas pour autant qu'elle peut obtenir la restitution de l'intégralité de l'enrichissement, car il faudra encore évaluer dans quelle mesure l'enrichissement revient bien à cette personne¹⁷⁰¹.

554. Les droits de propriété intellectuelle et industrielle. Même si la nature juridique des droits de propriété intellectuelle est parfois discutée¹⁷⁰², leur similitude avec la propriété et surtout le fait que, par principe, l'auteur dispose d'un droit exclusif sur ses œuvres¹⁷⁰³ laisse une place à l'enrichissement injustifié. L'article L122-4 du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite ». Sous réserve des exceptions et limites apportées à ces droits de propriété intellectuelle, toute violation qui procure un enrichissement à une tierce personne sans le consentement de l'auteur, peut faire l'objet de restitutions. Cette solution nous semble plus adaptée que le dispositif actuel qui permet certes, en cas de contrefaçon, de prendre en considération les bénéfices réalisés par le défendeur (L331-1-3, 3°CPI), mais avec l'inconvénient de les inclure dans le calcul des dommages et intérêts¹⁷⁰⁴.

555. Les données personnelles. Les données personnelles ont récemment fait couler beaucoup d'encre, notamment sur le point de savoir si un utilisateur peut avoir un droit de propriété sur ses données. La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) définit les données personnelles comme « toute information relative à une personne physique susceptible d'être identifiée, directement ou indirectement »¹⁷⁰⁵. Elles recouvrent par exemple des données telles que l'adresse mail, une adresse IP, une photo, une empreinte... La question qui se pose aujourd'hui est de savoir s'il est possible de monnayer ses données personnelles et empêcher que certaines entreprises n'utilisent « gracieusement » les données de leurs utilisateurs afin d'en tirer profit. Il est possible,

¹⁷⁰¹ Sur l'évaluation et le régime, voir *infra* n° 557s.

¹⁷⁰² Voir C. CARON, *Droit d'auteur et droits voisins*, 5^e éd., Lexis Nexis, 2017, n°296.

¹⁷⁰³ *Ibid.*, n°298, sous réserve du système des licences obligatoires, voir également P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10^e éd., P.U.F., 2017, n°247s.

¹⁷⁰⁴ Voir *supra* n° 535.

¹⁷⁰⁵ Cette définition est accessible sur le site internet de la CNIL : <https://www.cnil.fr/fr/cnil-direct/question/une-donnee-caractere-personnel-cest-quoi>.

même si aucun droit de propriété n'est reconnu sur ces données, de raisonner par analogie avec les droits de la personnalité¹⁷⁰⁶. À partir du moment où certaines données sont exclusivement attachées à un utilisateur en particulier, il est possible d'affirmer qu'il a un « droit de regard » sur l'utilisation de ses données et notamment sur les profits engendrés par leur utilisation. Toutefois, il est nécessaire de nuancer d'emblée le rôle que pourrait jouer l'enrichissement injustifié en la matière. Les profits importants réalisés à partir de ces données tiennent d'abord à leur accumulation. Prises individuellement et de manière brute¹⁷⁰⁷, la valeur de ces données est relativement faible, de sorte qu'un utilisateur « lambda » ne pourrait escompter qu'un (très) faible revenu de l'utilisation de ses données¹⁷⁰⁸. Évidemment, ce résultat, que certains pourraient juger décevant, n'est pas une raison pour exclure l'utilisation de l'enrichissement injustifié dans ce domaine. Il n'est pas impossible que la valeur de ces données soit plus importante dans un futur proche. Néanmoins, cela montre qu'il n'existe pas de solution « miracle » s'agissant des données personnelles. À partir du moment où l'utilisateur a renoncé à ses droits sur ces données personnelles, il ne peut plus recourir à l'enrichissement injustifié, à moins d'établir que son consentement a été vicié¹⁷⁰⁹. Là encore, le résultat pourrait sembler décevant, mais l'objectif de l'enrichissement injustifié n'est ni de « moraliser » certaines pratiques, ni de rééquilibrer les relations entre les utilisateurs et les entreprises.

556. L'absence de droit exclusif sur une simple information. Un dernier exemple permet de mettre en lumière les limites qu'offre la condition d'exclusivité. Le fait que le défendeur ait obtenu, ou subtilisé, une information au demandeur et qu'il en ait tiré profit, ne suffit pas pour obtenir des restitutions, car l'information ne remplit pas la condition d'exclusivité. Le terme d'information recouvre l'ensemble des cas qui ne relèvent pas d'une autre qualification, en particulier celle de données personnelles. Il peut s'agir par exemple des informations à propos d'investissements particulièrement rentables ou de certaines

¹⁷⁰⁶ Il n'est d'ailleurs pas impossible qu'un jour, ces données soient rangées au sein des droits de la personnalité, peut-être au titre d'une personnalité numérique ?

¹⁷⁰⁷ Il ne faut pas non plus négliger le « traitement » de ces données par les entreprises, qui permettent de leur donner de la valeur.

¹⁷⁰⁸ Il existe un certain nombre d'études en la matière, notamment celle du *Financial Times*, qui estime que la valeur des données peut varier en fonction du nombre d'informations et du profil de l'utilisateur, mais il est estimé, pour les informations « basiques » (nom, prénom, âge, sexe...), que les données seraient estimées à 0,007 \$ par individu... (étude accessible sur ce site : https://www.challenges.fr/entreprise/combien-valent-vos-donnees-personnelles-sur-internet_201968).

¹⁷⁰⁹ Cet élément pourrait, à vrai dire, donner lieu à un important contentieux, car il est possible de se demander si la simple connexion à un site internet ou le simple fait d'accepter les conditions générales est suffisant pour consentir à une utilisation des données personnelles.

opérations financières, qui auraient été fournies dans l'espérance d'obtenir une rémunération, ou bien subtilisées en piratant le matériel informatique du demandeur. Le point clé pour que la condition d'exclusivité soit remplie est que le bien ou l'information puisse être, de manière certaine, reliés au demandeur, et uniquement, à lui. Il ne suffit pas d'avoir contribué à l'enrichissement du défendeur, même si l'information donnée s'est révélée décisive. La reconnaissance d'une exclusivité sur l'information donnée risque d'entraîner de nombreux excès. Si tout fait ou toute information conférant un bénéfice à un tiers est susceptible de restitutions, le risque d'excès de restitutions est particulièrement élevé et ce d'autant plus que le lien entre l'enrichissement et le demandeur est en ces cas assez distendu. Les risques entourant l'information ne sont d'ailleurs pas propres à l'enrichissement injustifié, la doctrine pénaliste s'interrogeant également sur l'appréhension, par le droit pénal, du vol de l'information, qui semble progressivement reconnu par la Cour de cassation¹⁷¹⁰. Tant le fait qu'il soit difficile de reconnaître un droit exclusif sur une simple information, que les risques encourus doivent militer pour un refus de reconnaître un droit sur l'enrichissement résultant de l'utilisation d'une information.

B) Un régime plus adapté

557. Un régime centré sur l'enrichissement. L'enrichissement injustifié ne permet pas seulement de mieux sélectionner les cas pouvant entraîner le transfert d'un enrichissement réalisé à l'insu de son titulaire, il permet également d'adopter un régime plus adapté. Ainsi, le choix de l'enrichissement injustifié ne tient pas compte du comportement des parties (1°) et se concentre sur la part de l'enrichissement revenant au demandeur grâce aux méthodes d'évaluations utilisées (2°).

1°) L'indifférence du comportement des parties

558. Un régime « objectif ». L'application de l'enrichissement injustifié aux cas d'appropriation du gain par le défendeur n'appelle pas de conditions particulières, mais il n'est pas inintéressant de noter les principales différences que l'enrichissement injustifié

¹⁷¹⁰ Sur ce point voir W. JEANDIDIER, « Vol », *Fasc. 20, Jurisclasseur Code Pénal*, n°27, certains auteurs estiment ainsi que le risque est que le vol d'information puisse être caractérisé par le simple fait d'écouter aux portes des conversations confidentielles ou en lisant un document (sur l'état des critiques voir notamment le commentaire de P. CONTE, « Vol d'information », *Droit pénal*, n°10, Oct. 2015, comm. 123).

présente par rapport à la responsabilité civile. En particulier, il faut noter que la faute est indifférente (a) et que la causalité n'a pas de rôle à jouer (b).

a) L'indifférence de la faute

559. Du point de vue du défendeur. Il importe peu que le défendeur soit en faute ou non, ou qu'il ait eu conscience de violer les droits d'un tiers. Ainsi, même si le défendeur est de parfaite bonne foi, c'est-à-dire qu'il pouvait légitimement ignorer que le demandeur avait un droit sur cet enrichissement, sa bonne foi n'est pas suffisante pour exclure toute obligation de restitution. Cette obligation n'étant pas fondée sur la faute du défendeur, mais sur le droit du demandeur sur l'enrichissement, tout élément se rapportant au comportement du défendeur est ainsi indifférent. L'apparente sévérité de la solution est toutefois à nuancer. Elle permet de contrebalancer un reproche traditionnellement fait à l'action d'enrichissement injustifié, qui est justement d'accorder une place trop importante à la bonne ou mauvaise foi du défendeur, au risque de rendre ineffective l'action, et ce d'autant plus que la bonne foi est présumée. Bien sûr, dans certains cas, il sera difficile au défendeur de prétendre qu'il ignorait que le demandeur avait une exclusivité sur le gain, notamment lorsque le défendeur utilise l'image du demandeur sans son autorisation. En revanche, en cas d'appropriation des fruits d'un bien appartenant au demandeur, ou en cas d'utilisation d'une invention brevetée, la bonne foi pourrait être un obstacle. Le défendeur pourrait arguer qu'il ignorait que l'enrichissement provenait d'un bien appartenant au demandeur, ou qu'il n'avait pas connaissance qu'un brevet avait été déposé. Cette prise en considération de l'éventuelle bonne foi ne correspond pas, par ailleurs, à la logique de l'enrichissement injustifié. Il faut toutefois ajouter que cette « sévérité », liée à l'absence de prise en considération de la bonne foi, se justifie d'autant plus que le défendeur ne peut jamais être condamné à verser une somme plus importante que celle qu'il a perçue et, que s'il est de bonne foi, il pourra, si les autres conditions sont remplies, utiliser le moyen de défense du « désenrichissement »¹⁷¹¹.

560. Du point de vue du demandeur. Si le comportement du défendeur est indifférent, réciproquement, celui du demandeur ne doit pas non plus être pris en considération. Il n'y a, autrement dit, pas lieu de tenir compte d'une éventuelle « faute » de la victime pour

¹⁷¹¹ Voir *supra* n° 433s.

réduire, voire exclure son droit à restitution. Il est possible de reprendre le raisonnement de l'affaire *Kelly v. Solari*¹⁷¹² où il est précisé que le degré de négligence du demandeur importe peu. Quand bien même la négligence serait totale, le demandeur ne peut être privé de son droit pour ce motif. Cette solution peut sembler étonnamment « clémente », en particulier pour le droit français, assez prompt à tenir compte de toutes les fautes, même celles du demandeur. Pour autant, admettre la solution inverse ne serait non seulement guère cohérent avec l'objectif poursuivi – réattribuer un enrichissement à son légitime titulaire – mais risquerait surtout de priver en grande partie cette source d'obligation de son efficacité. Même si dans le cas d'une appropriation du gain par le défendeur, le demandeur n'a pas directement transféré l'enrichissement, l'aisance avec laquelle une négligence peut être caractérisée en droit français ferait peser un sérieux obstacle à la réattribution de l'enrichissement. En particulier, dans le cas d'une contrefaçon ou d'une violation d'un droit de propriété intellectuelle, il pourrait être tentant de reprocher au demandeur une certaine passivité s'il n'a jamais véritablement utilisé son invention, sa marque... Pour les données personnelles, il suffirait également de reprocher au demandeur une protection insuffisante de ses données, parce qu'il aurait adopté, par exemple, un mot de passe peu fiable ou parce qu'il aurait navigué sur des sites peu sécurisés...

b) L'absence de lien de causalité

561. La différence entre gain manqué et enrichissement. Le simple fait que le demandeur n'aurait pu réaliser seul un tel bénéfice n'est pas un élément à prendre en considération. Ce raisonnement est approprié lorsqu'il est question de mesurer le gain manqué du demandeur, mais non lorsque l'objectif est de restituer un enrichissement qui est lié au demandeur. En effet, le gain manqué vise à appréhender ce que le demandeur a réellement perdu, d'où la nécessité de vérifier qu'il aurait pu obtenir, par lui-même, ce bénéfice ou au moins une partie. En revanche, l'enrichissement injustifié ne s'attardant pas sur une éventuelle perte du demandeur, il est simplement nécessaire de déterminer si l'enrichissement entre dans la sphère d'exclusivité du demandeur ou, autrement dit, de vérifier si le demandeur a un « titre » sur cet enrichissement. La solution contraire reviendrait à réintroduire une exigence

¹⁷¹² Voir *supra* n° 108, pour rappel, l'affaire concernait une compagnie d'assurance qui avait versé le montant d'une assurance-vie au bénéficiaire, alors que le montant n'était en réalité pas dû, car le souscripteur n'avait pas payé les dernières primes. Sur le dossier, il était pourtant indiqué que le contrat avait été résilié, mais la compagnie n'en a pas tenu compte, ce qui pouvait effectivement caractériser une certaine négligence, en particulier de la part d'un professionnel. Cela n'a pourtant pas empêché les juges d'accorder les restitutions.

d'appauvrissement ou de perte, car le lien de causalité aurait pour objectif de relier l'enrichissement du défendeur à un potentiel appauvrissement du demandeur, un gain manqué. À travers l'hypothèse de l'appropriation d'un gain par le défendeur, il est ainsi possible de différencier plus nettement l'enrichissement injustifié de la responsabilité civile. Bien qu'en un sens particulièrement large, il soit possible d'affirmer que le demandeur a « perdu » quelque chose, l'objectif de l'enrichissement injustifié n'est pas de replacer le demandeur dans la position qui aurait été la sienne si le défendeur ne s'était pas approprié le gain. En effet, en cas d'inaction du défendeur, il est probable que le demandeur n'aurait pas réalisé lui-même ce gain. Il existe une différence de mouvement de valeurs entre la responsabilité civile et l'enrichissement injustifié. Ces deux sources sont souvent présentées comme ayant un effet rétrospectif, mais il faut bien préciser cet effet quant à l'enrichissement injustifié. Si l'enrichissement injustifié peut être présenté comme ayant un tel effet, c'est surtout vrai du côté du défendeur, qui sera remis dans la position qui aurait dû être la sienne s'il n'avait pas reçu l'enrichissement. Du point de vue du demandeur, l'enrichissement injustifié n'a un effet rétrospectif que lorsqu'il a lui-même transféré le gain, et non lorsque le défendeur s'est approprié le gain.

2°) Sur l'évaluation des restitutions

562. La caractérisation de l'enrichissement. Dans le contexte d'une appropriation du gain d'autrui, il est nécessaire d'apporter quelques détails sur la caractérisation de l'enrichissement. Il a déjà été observé que l'enrichissement doit être caractérisé au moment de sa réception par le défendeur, bien que la valeur de l'enrichissement soit évaluée au jour où le juge se prononce¹⁷¹³. Il est toutefois nécessaire de préciser ce que cela signifie lorsque le défendeur tire son profit de la violation d'un droit du demandeur. L'une des questions est notamment de savoir si l'on doit considérer que le défendeur s'est enrichi dès la violation du droit du demandeur (dès la prise de l'image ou dès la réception des données personnelles par exemple) ou seulement à partir du moment où il a réalisé un gain monétaire. Bien qu'il soit possible de considérer que le défendeur a reçu une chose ayant une valeur économique (l'image ou les données personnelles), il faut rappeler qu'un enrichissement suppose nécessairement un accroissement du patrimoine du défendeur, en somme qu'il ait reçu une chose appropriable qui augmente la valeur de son patrimoine¹⁷¹⁴. Dans ces circonstances,

¹⁷¹³ Voir *supra* n° 422s.

¹⁷¹⁴ Sur l'enrichissement voir *supra* n° 381.

le défendeur ne perçoit un enrichissement, au sens de l'enrichissement injustifié, qu'à partir du moment où il perçoit un gain monétaire et non au moment de la violation du droit exclusif. Le simple fait d'obtenir une image ou une donnée personnelle ne confère pas en soi un enrichissement, notamment parce que le défendeur ne peut s'approprier l'image ou la donnée personnelle en elle-même, il peut simplement s'approprier les « fruits » qui peuvent y être associés. Cela signifie donc que l'enrichissement est caractérisé au moment où le défendeur a perçu les bénéfices tirés, par exemple, de la vente de l'image du demandeur.

563. Le montant des restitutions. L'une des principales craintes concernant les dommages et intérêts punitifs, ou même les dommages et intérêts restitutoires, est le risque de créer un enrichissement illégitime au profit du demandeur, ou un « dégorgement » excessif des profits. Cette dérive est sans doute plus difficile à surmonter lorsque le fait générateur de ces « restitutions » est la faute du défendeur, car la logique voudrait en ce cas que le défendeur restitue tout le profit tiré de sa faute. Avec l'enrichissement injustifié une telle dérive peut être en grande partie évitée, car les restitutions ne couvriront pas nécessairement l'intégralité des bénéfices réalisés par le défendeur. Seuls les bénéfices tirés de l'utilisation même du droit violé pourront être restitués au demandeur. Dès lors que les bénéfices, ou une partie de ces bénéfices, trouvent leur origine ailleurs et peuvent être justifiés par d'autres éléments, la portion correspondante ne devrait pas être restituée au demandeur. Bien sûr, cette part peut parfois englober l'intégralité des bénéfices. Ainsi, si un locataire sous-loue le bien à un tiers, les sous-loyers étant uniquement liés à la jouissance du bien appartenant au propriétaire, ce dernier a un droit sur l'intégralité des sous-loyers. Il en va différemment, si le locataire propose en plus de la jouissance du bien, d'autres services supplémentaires. L'évaluation peut cependant s'avérer très délicate lorsque cela concerne des attributs de la personnalité. Ainsi, en cas de publication d'une image dans un journal, il est peu vraisemblable de considérer que l'intégralité des bénéfices tirés de la publication du journal est liée à la publication de l'image du demandeur, qui ne constitue qu'une partie du contenu du journal. Il peut cependant être délicat de déterminer dans quelle mesure l'image du demandeur a contribué aux bénéfices réalisés par le défendeur. Plusieurs indices peuvent alors être utilisés pour déterminer une part ou un pourcentage, tels que la notoriété du demandeur, la place de l'image (en une du journal, ou à l'intérieur...), une hausse inhabituelle et nette des ventes pour ce numéro... La difficulté d'évaluation est cependant contrebalancée par le fait que l'enrichissement injustifié fournit des critères permettant

d'évaluer la part des bénéfices revenant légitimement au demandeur, ce que ne permet pas de faire la responsabilité civile en raison du fait générateur centré sur le comportement du défendeur.

*

* *

564. Conclusion du Chapitre II. Les nouvelles relations entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile montrent que la distinction entre fait profitable et fait préjudiciable n'est pas qu'une illusion d'optique. Le recentrage de l'enrichissement injustifié sur l'enrichissement rend possible une telle distinction, même si elle ne permet pas de résoudre toutes les difficultés. Il faut dire que tous les paramètres de l'équation ne dépendent pas de l'enrichissement injustifié et que le domaine également très étendu de la responsabilité civile ne facilite pas forcément la tâche. L'appréhension particulièrement large du préjudice et de la faute permettent d'attirer dans le domaine de la responsabilité civile des hypothèses qui pourraient sans doute être traitées par l'enrichissement injustifié, tout particulièrement s'agissant de l'appropriation du gain d'autrui. La structure actuelle de la responsabilité civile est sans doute assez large pour répondre à ces situations, mais l'inconvénient majeur est qu'il n'existe aucun régime particulier permettant d'appréhender de manière satisfaisante le cas où l'objectif est de reverser un gain. En comparaison, la structure de l'enrichissement injustifié révèle de véritables spécificités qui l'éloignent du modèle de la responsabilité civile. Puisqu'il est question de relier un gain à son titulaire et non d'imputer un dommage à un tiers, le comportement des parties est indifférent. Il ne s'agit ni de savoir si le demandeur aurait pu réaliser effectivement ce gain, ni si le défendeur s'est fautivement accaparé le gain. Cette logique d'attribution, à l'opposé de la logique de causalité de la responsabilité civile, permet d'adopter une réponse plus adaptée aux hypothèses d'appropriation du gain d'autrui. Quelle que soit la forme de dommages et intérêts envisagée (compensatoires, punitifs ou restitutoires), le régime de la responsabilité civile s'avère peu adapté tant pour sélectionner les cas où un enrichissement doit être reversé que pour évaluer la part revenant au demandeur. Même si l'on admettait ouvertement des dommages et intérêts ayant une autre finalité que la compensation d'un préjudice, tels que des dommages et intérêts punitifs ou restitutoires, leur introduction au sein de la responsabilité civile risquerait de causer davantage de troubles, à moins de revoir en profondeur les règles de la responsabilité civile. Le recours à l'enrichissement injustifié

offre une solution plus abordable et moins coûteuse, car elle implique moins de bouleversements au sein du droit des obligations. Le régime serait ainsi adapté pour sélectionner les gains pouvant légitimement être restitués au demandeur et évaluer quelle portion doit revenir à ce dernier. L'enrichissement injustifié pourrait ainsi désengorger un peu la responsabilité civile d'hypothèses qui ne relèvent de cette dernière qu'en raison des faiblesses du droit positif.

565. Conclusion du Titre II. La réorganisation d'une source d'obligation implique toujours quelques ajustements avec les autres sources d'obligation, les frontières pouvant évoluer au gré des modifications. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié n'échappe pas à la règle. Cette réorganisation est intéressante à un double titre. Elle permet d'abord de repenser la manière d'appréhender les sources d'obligation et de désengorger tant le contrat que la responsabilité civile. Bien qu'il existe un consensus actuel sur le fait qu'il n'existe pas une classification binaire des sources d'obligation, les « petites » sources peinent encore à trouver leur place, alors même qu'elles peuvent apporter des solutions plus spécifiques et plus adaptées que les « grandes » sources bien souvent sursollicitées. Plutôt que de retenir un fondement unique s'agissant des conséquences de l'anéantissement d'un contrat, l'ensemble des sources pourraient être sollicitées en fonction des effets à corriger et selon le degré d'anéantissement du contrat. L'enrichissement injustifié pourrait ainsi être mobilisé dès lors qu'il est question de retransférer la valeur d'un bien à l'une des parties, lorsque le transfert initial est vicié par l'absence de la contrepartie promise ou par un vice du consentement. De même, la responsabilité civile pourrait être désengorgée par la soustraction de toutes les hypothèses où l'objectif réellement visé est de reverser un gain au demandeur. La comparaison de l'enrichissement injustifié avec les autres sources d'obligation permet également de révéler les spécificités d'une source bien souvent associée, à tort, à d'autres. Si la comparaison avec le contrat souligne le caractère involontaire du transfert dans l'enrichissement injustifié, c'est surtout la comparaison avec la responsabilité civile qui met en lumière les principales spécificités de l'enrichissement injustifié. Son caractère objectif, en ce sens que le comportement des parties est par principe tenu pour indifférent, ainsi que l'absence totale de raisonnement causal mettent en exergue la spécificité du lien d'attribution. Ce lien, qui relie l'enrichissement au demandeur, suppose que le demandeur ait été dépossédé d'un enrichissement sur lequel il avait un droit exclusif. Les circonstances entourant cette désappropriation importent peu, dès lors qu'elle s'est réalisée sans le consentement réel du demandeur. Étroitement lié au principe de libre

disposition dont il sanctionne la méconnaissance, l'enrichissement injustifié n'est ainsi réductible à aucune autre source d'obligation et mérite dès lors un régime à part entière ainsi qu'une place parfaitement distincte au sein de la classification des sources d'obligation.

566. Conclusion de la Partie II. L'enrichissement injustifié présente un potentiel largement inexploité en droit positif. Pour que son plein potentiel soit entièrement révélé, il est cependant nécessaire de recentrer cette source d'obligation sur sa spécificité : la réattribution d'un enrichissement à son titulaire. Cette nouvelle conception n'est viable que si l'enrichissement injustifié est d'abord débarrassé de l'étiquette encombrante et poussiéreuse de quasi-contrat. Le seul quasi-contrat véritablement fondé sur l'enrichissement injustifié est la répétition de l'indu, qui sert de point de départ à la nouvelle conception proposée. À partir de l'analyse de la répétition de l'indu, il est possible de trouver la justification de l'obligation de restitution : l'appropriation d'un bien en violation d'un droit d'exclusivité et sans le consentement réel du titulaire du droit violé. En ce sens, l'enrichissement injustifié est intrinsèquement lié au principe de libre disposition qu'il permet de préserver. Le demandeur n'ayant pas réellement consenti à cette désappropriation, le droit lui permet de corriger ce transfert par le biais d'une action personnelle qui protège le patrimoine du demandeur plus que la propriété en sa substance. Les liens entre l'enrichissement injustifié et le patrimoine sont donc affermis, ce qui permet d'exclure de la sphère de cette source d'obligation tous les éléments qui ruinent sa cohérence en droit positif.

L'enrichissement n'étant caractérisé qu'en cas d'accroissement du patrimoine du défendeur, cette source d'obligation devient sans application en cas de dépense épargnée. Même si le demandeur a accompli un service qui conduit à conférer une plus-value à un bien du défendeur, l'enrichissement injustifié ne peut être invoqué. En effet, il n'existe aucun lien d'exclusivité entre la plus-value conférée et le demandeur qui a librement fourni un service, le demandeur n'ayant aucun droit initial sur un bien appartenant à un tiers. Seul ce dernier est en droit de profiter des plus-values liées à l'un de ses biens. Tout au plus, le défendeur peut être amené à rembourser les dépenses liées à cette plus-value et réalisées par le demandeur, sur le fondement de la gestion d'affaires. L'enrichissement injustifié et la gestion d'affaires présentent ainsi des logiques opposées. Dans l'enrichissement injustifié, le droit du demandeur sur l'enrichissement justifie qu'il supporte également les charges

afférentes à cet enrichissement. À l'opposé, dans la gestion d'affaires, c'est parce que le gérant n'a aucun droit sur l'éventuelle plus-value conférée qu'il ne doit pas prendre en charge les dépenses s'y rapportant. Cette réorganisation de l'enrichissement injustifié a pour avantage d'autoriser la suppression de certaines conditions qui limitent, à l'heure actuelle, l'utilité de l'enrichissement injustifié : l'appauvrissement et la subsidiarité. La cohérence apportée permet de définir clairement les contours. Elle permet du même coup d'étendre l'enrichissement injustifié à toutes les hypothèses d'appropriation non consenties d'un enrichissement revenant légitimement au demandeur. Cette unité conceptuelle ainsi que la logique singulière de l'enrichissement injustifié permettent de comprendre pourquoi l'enrichissement injustifié ne peut avoir qu'un seul effet juridique : l'octroi de restitutions. Seules les restitutions permettent à l'enrichissement injustifié de remplir son objectif : la préservation du patrimoine du demandeur.

L'enrichissement injustifié permettant de réattribuer l'enrichissement à son légitime titulaire en cas de transfert non consenti, il peut être clairement distingué des deux autres principales sources d'obligation. L'enrichissement injustifié se distingue ainsi du contrat, car il n'a de rôle à jouer qu'en cas de transfert involontaire et ne peut être utilisé pour remettre en cause des transactions valablement conclues et correctement exécutées. L'enrichissement injustifié est en quelque sorte la facette négative du principe de libre disposition, tandis que le contrat est sa facette positive, car il constitue le principal vecteur de disposition des biens. L'enrichissement injustifié se distingue également de la responsabilité civile, en ce qu'il vise un fait profitable et non un fait préjudiciable. La nouvelle conception de l'enrichissement injustifié autorise une révision des frontières entre ces deux sources d'obligation. Aussi bien la structure que le régime de la responsabilité civile démontrent que cette source n'est pas véritablement armée pour appréhender les enrichissements illicites qui seraient mieux encadrées par l'enrichissement injustifié. En acquérant une réelle spécificité, l'enrichissement injustifié peut donc trouver une juste place au sein des sources d'obligation. De simple action subsidiaire d'équité en droit positif, l'enrichissement injustifié devient une véritable source d'obligation.

Conclusion générale

567. Les liens entre le quasi-contrat et l'enrichissement injustifié sont particulièrement intrigants. Alors que ces deux notions n'ont *a priori* pas grand-chose en commun, le droit français a fini par les associer étroitement, à tel point qu'il est aujourd'hui fréquent de présenter l'enrichissement injustifié comme le fondement de tous les quasi-contrats. Cette présentation est pourtant trompeuse et une analyse plus approfondie de ces liens montre que si l'enrichissement injustifié n'a pour le moment jamais réussi à se faire une vraie place en droit français, cela tient en grande partie à son rattachement aux quasi-contrats. La volonté de sauver à tout prix le quasi-contrat, quitte à le détourner de son sens et de sa fonction originels, a eu pour effet d'empêcher tout développement d'une source d'obligation véritablement fondée sur l'enrichissement injustifié. Le quasi-contrat est ainsi passé de la simple description d'un effet similaire à celui produit par un contrat, à une fiction de contrat pour devenir ensuite une source d'obligation ayant pour objectif de corriger un enrichissement injustifié. Le quasi-contrat n'est pourtant pas qu'une simple étiquette dont on peut modifier le contenu sans incidence. La déformation du quasi-contrat a entraîné la déformation de l'enrichissement injustifié qui n'est pas utilisé, en droit français, pour restituer un enrichissement, mais pour compenser un appauvrissement, comme le montrent les deux quasi-contrats de gestion d'affaires et d'enrichissement injustifié. Seule la répétition de l'indu échappe à ce constat et a pour objectif réel de restituer un enrichissement. Sous cette réserve, le modèle français de l'enrichissement injustifié a paradoxalement une finalité plus compensatoire que la responsabilité civile, car il ne peut être utilisé pour obtenir autre chose que la compensation d'un appauvrissement, alors que la responsabilité civile est parfois détournée pour restituer un enrichissement.

568. La comparaison avec d'autres systèmes juridiques, le droit allemand et surtout le droit anglais, montre néanmoins que cet état n'est pas une fatalité. L'enrichissement injustifié n'est pas condamné à l'incohérence et à n'être qu'une simple courroie de transmission de l'équité. Il est possible de concevoir un autre modèle d'enrichissement injustifié où l'appauvrissement n'est plus une condition d'application ni une mesure de l'action. Le

modèle allemand démontre qu'il est possible d'utiliser l'enrichissement injustifié à des fins de restitutions d'un enrichissement illicite, à l'image de ce que permet l'*Eingriffskondiktion*. Cette utilisation de l'enrichissement injustifié montre alors que cette source n'est pas seulement utilisée pour corriger les conséquences d'un système où le transfert de propriété se réalise par un acte abstrait et distinct de l'acte créant l'obligation de transférer la propriété (comme un acte de vente).

569. La comparaison avec le droit anglais est également particulièrement instructive pour le droit français. L'évolution de l'*unjust enrichment*, de son rattachement aux *quasi-contracts* avant l'abandon de ces derniers et le développement fulgurant de cette source ces dernières décennies, est une source d'informations précieuse. Elle montre que le recours aux quasi-contrats a de véritables conséquences négatives sur le développement de l'enrichissement injustifié. Il est cependant possible de sortir de cet état en abandonnant définitivement la catégorie de quasi-contrat, véritable point de départ à la construction d'une source autonome d'enrichissement injustifié. L'enrichissement injustifié n'est pas qu'un vague principe d'équité, mais peut faire l'objet d'une véritable systématisation. L'état du droit anglais n'est cependant pas parfait et les critiques adressées à l'encontre de l'*unjust enrichment* sont aussi particulièrement intéressantes. L'appréhension excessivement large de l'enrichissement fait peser un risque sur la cohérence de cette source d'obligation. En particulier, il apparaît que les services ne sauraient être traités de la même manière que les hypothèses de transfert d'un bien. Le cas des services répond à une logique parfaitement distincte, qui ne correspond pas à celle de restitution d'un enrichissement. Il serait donc temps de dissocier pleinement ces deux hypothèses.

570. Par opposition aux droits allemand et anglais, le droit français ne connaît pas véritablement de source d'obligation d'enrichissement injustifié. Le seul mécanisme d'enrichissement injustifié, la répétition de l'indu, est largement minoré et n'a pas servi de modèle dans l'élaboration de l'action générale d'enrichissement injustifié. Cette dernière action s'est au contraire construite à partir de la gestion d'affaires, qui n'est pourtant pas un mécanisme de restitutions. Il en résulte un régime largement incohérent, en raison de la tension entre l'appellation officielle de l'action (enrichissement injustifié) et le véritable objectif de cette dernière (le remboursement d'une dépense incombant en réalité à un tiers). La qualification de cette action est donc largement usurpée.

Conformément à ses origines, l'action d'enrichissement injustifié n'a jamais cessé d'être une gestion d'affaires intéressée. La (fausse) qualification d'enrichissement injustifié a eu un effet néfaste sur la manière d'appréhender le fondement du même nom, mais ce n'est que grâce à ce « tour de passe-passe » qu'il a été possible d'affirmer que les quasi-contrats sont tous fondés sur l'enrichissement injustifié. La volonté de sauvegarder les quasi-contrats et le maintien de cette catégorie ont donc bel et bien empêché la construction d'une source cohérente d'enrichissement injustifié. Cette conception condamne ainsi l'enrichissement injustifié à la marginalité et à n'être qu'un vague principe d'équité.

571. Une fois ces incohérences et cette mauvaise qualification mises à jour, il est possible de proposer une nouvelle conception de l'enrichissement injustifié, qui soit pleinement centrée sur l'idée de restitution d'un enrichissement au demandeur. En raisonnant à partir du concept même d'enrichissement injustifié, sans l'élément perturbateur du quasi-contrat, il est possible de cerner les éléments essentiels de cette source d'obligation. L'enrichissement injustifié devrait être avant tout un mécanisme de protection du principe de libre disposition. Il permet de se prémunir contre toute désappropriation involontaire d'un enrichissement sur lequel le demandeur dispose d'un droit exclusif. Cela suppose que le défendeur se soit concrètement enrichi par la réception d'une somme d'argent ou d'un autre bien. Cet enrichissement doit ensuite pouvoir être relié de manière exclusive à la personne du demandeur, qui doit alors démontrer que le transfert de cet enrichissement ne correspond pas à sa volonté réelle. De ce fait, l'enrichissement injustifié ne peut s'appliquer à des cas de service, qui doivent être renvoyés à la gestion d'affaires. Cette dernière doit être totalement dissociée de l'enrichissement injustifié, dont il devient possible de la distinguer. Alors que l'enrichissement injustifié vise à préserver le patrimoine du demandeur, la gestion d'affaires a pour objectif de faire peser le poids d'une dépense sur la personne ayant véritablement un intérêt à celle-ci.

572. Cette manière de concevoir l'enrichissement injustifié rend également plus aisée la distinction avec les deux sources principales d'obligation : le contrat et la responsabilité civile. Puisque l'enrichissement injustifié préserve le principe de libre disposition, il ne saurait être utilisé pour remettre en cause un contrat valablement conclu et pour lequel chaque partie a reçu la contreprestation attendue. Seul un transfert qui ne correspond pas à ce qui a été contractuellement prévu pourrait être remis en cause par l'enrichissement

injustifié. En ce qui concerne la responsabilité civile, la distinction entre le fait profitable (enrichissement injustifié) et fait dommageable (responsabilité civile) deviendrait enfin une réalité. Contrairement à la responsabilité civile qui établit un lien entre le défendeur et un dommage causé au demandeur, l'enrichissement injustifié ne s'intéresse qu'au lien entre le demandeur et l'enrichissement du défendeur. Cette différence de mouvements de valeurs rend l'enrichissement injustifié plus adapté pour couvrir des situations où le défendeur s'est approprié un enrichissement revenant légitimement au demandeur. Plutôt que d'utiliser des mécanismes compensatoires ou punitifs, qui ne traitent qu'imparfaitement de ces situations, l'enrichissement injustifié offre des outils adaptés qui permettent à la fois de sélectionner les enrichissements devant être restitués et d'évaluer justement la part revenant au demandeur.

573. Cette étude a été l'occasion de repenser la manière dont le droit français appréhende une source d'obligation trop souvent négligée : l'enrichissement injustifié. Elle a permis de poser les jalons d'une nouvelle conception de l'enrichissement injustifié, sans prétendre toutefois à un traitement exhaustif. L'objectif n'est pas de clore le débat ; bien au contraire, il est davantage d'ouvrir la discussion sur un aspect délaissé du droit des obligations. Si le lecteur ne partagera pas nécessairement toutes nos conclusions, nous espérons au moins avoir suscité quelques interrogations sur des solutions souvent présentées comme évidentes, telles que la condition d'appauvrissement, la règle du double plafond ou la notion extensive d'enrichissement. L'enrichissement injustifié ne doit pas rester qu'une simple maxime d'équité ou un vague principe général du droit. Il peut et doit être systématisé, au risque de rester indéfiniment à l'état d'une potentielle « machine à faire exploser le droit »¹⁷¹⁵.

¹⁷¹⁵ J. FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Deffrénois*, 1975, 1^{re} partie, n°30854, p. 186.

Bibliographie

I) Droit français

A) Ouvrages généraux, traités et manuels

- ANDREU (L.), THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, 5^e éd., Gualino, 2020
- AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, 10^e éd., L.G.D.J., 2016
- AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français*, T.4, 4^e éd., Cosse, Marchal & Cie, 1871
- AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français*, T.6, 4^e éd., Cosse, Marchal & Cie, 1873
- BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., Domat, Droit privé, 2015
- BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 18^e éd., Domat Droit privé, 2019
- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, Les obligations*, 15^eéd., 2017
- BUFNOIR (C.), *Propriété et contrat, théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Librairie A. Rousseau, 1900
- BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, T.1, *Coutumes d'Orléans*, 2^e éd., Cosse et Marchal, 1861
- BUGNET (J.-J.), *Œuvres de Pothier*, T. 5, *Contrats de bienfaisance*, 2^e éd., H. Plon, 1861
- CABRILLAC (R.), *Droit des régimes matrimoniaux*, 9^e éd., Domat, 2015
- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T.1, 13^e éd., Dalloz, 2015
- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2., 13^e éd., Dalloz, 2015
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, T. 3, *Les biens*, 18^e éd., Thémis, Droit privé, P.U.F., 1998
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, T.4, *Les obligations*, 22^e éd., Thémis Droit privé, 2000
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, les obligations*, Quadrige, P.U.F., 2004
- CARON (C.), *Droit d'auteur et droits voisins*, 5e éd., Lexis Nexis, 2017
- COLIN (A.), CAPITANT (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, T. 2, 3^e éd., Sirey, 1939
- CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., P.U.F., 2007
- COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 30^e éd., Lexis, 2017

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, Sources des obligations*, T.3, Librairie A. Rousseau, 1923

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon, Traité des engagements qui se forment sans convention*, T.8, 1re éd., A. Lahure, 1882

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations*, 2e éd., Economica, 2012

DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, T. 1, 2^e éd., Pierre Aubouin, 1697

DROSS (W.), *Droit des biens*, 4^e éd., Domat, 2019

DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, T.13, Alex Gobelet, 1831

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, 2- Responsabilité civile et quasi-contrats*, 4^eéd., P.U.F., 2019

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 10^e éd., L.G.D.J., 2020

FENET (A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T.13, 1828

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, 14^e éd., Sirey, 2011

GARRIGUES (J.), *Droit de la famille*, 2^e éd., Hypercours, Dalloz, 2018

GAUDEMET (E.), *Théorie générale des obligations*, réimp. éd. 1937, Dalloz, 2004

GAUDEMET (J.), CHEVREAU (E.), *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, 2009

GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, 10e éd., P.U.F., 2017

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J., 2005

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, T.2, *L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., L.G.D.J., 2013

GIRARD (P.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., rééd. Dalloz, 2003

GRIMALDI (C.), *Droit des biens*, 2^e éd., L.G.D.J., 2019

GRIMALDI (M.), *Droit patrimonial de la famille*, 6^e éd., Dalloz Action, 2018/2019

JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, T. II, 3^e éd., Sirey, 1939

LAITHIER (Y.-M.), *Droit comparé*, Cours Dalloz, 2009

LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations*, T.7, *Articles 1349 à 1386*, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885

LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, T. 20, 3^e éd., Bruylant, 1878

LEVY (J.-P.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010

LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, T. XIII, Treuttel et Würtz, 1828

LUCAS (A.), LUCAS-SCHLOETTER (A.), C. BERNAULT, *Traité de la propriété littéraire*

- et artistique*, 5e éd., Lexis Nexis, 2017
- MALAURIE (P.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 10^e éd., L.G.D.J., 2018
- MALINVAUD (P.), MEKKI (M.), SEUBE (J.-B.), *Droit des obligations*, 15^e éd., Lexis Nexis, 2019
- MARCADE (V.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, T. 5, 7^e éd., Delamotte et fils, 1873
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les obligations*, T.1, *Les sources*, 2^e éd., Sirey, 1988
- MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, L.G.D.J., 2018
- PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, T.2, L.G.D.J., 1905
- PORCHY-SIMON (S.), *Droit des obligations*, 13^e éd., Hypercours, Dalloz, 2020
- POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, réimpr., préf. J.-L. HALPERIN, Dalloz, 2011
- ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, P.U.F., 2011
- SALEILLES (R.), *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., L.G.D.J., 1925
- STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998
- SERIAUX (A.), *Manuel de droit des obligations*, 4^e éd., P.U.F., 2020
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Les biens*, 8^e éd., Précis Dalloz, 2010
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Les régimes matrimoniaux*, 7^e éd., Précis Dalloz, 2015
- TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd., Précis Dalloz, 2018
- TOULLIER (C.), DUVERGIER (J.-B.), *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Vol. VI, Cotillon, Renouard et Cie
- VINEY (G.), *Introduction à la responsabilité*, 4^e éd., L.G.D.J., 2019
- VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.), *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., L.G.D.J., 2013
- ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Cours de droit civil, Contrats - Théorie générale – Quasi-contrats*, P.U.F., 2014

B) Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

- ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, (trad.) J. TRICOT, Librairie philosophique J. Vrin, 1987
- BEGUET (J.-P.), *L'enrichissement sans cause*, th. Alger, 1945
- BORGHETTI (J.-S.), *La responsabilité du fait des produits, Étude de droit comparé*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 2004
- BOUT (R.), *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, préf. P. KAYSER, th. Aix-Marseille, L.G.D.J., 1972
- CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 1995
- CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, préf. J. CARBONNIER, th. Paris, L.G.D.J., 1961
- CATALA (P.) (dir.), *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, 2006
- CHANTELOUP (H.), *Les quasi-contrats en droit international privé*, préf. M.-L. NIBOYET, th. Paris X, L.G.D.J., 1998
- CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations*, 2^e éd., Dalloz, 2018
- CHENEDE (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. GHOZI, th. Paris II, Economica, 2008
- CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016
- DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, préf. A. LEFEBVRE-TEILLARD, th. Paris II, L.G.D.J., 2005
- DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Lexis Nexis, 2018
- DINH (M.-L.), *L'enrichissement injustifié en droit privé*, th. Rennes 1, 2018
- DOUCHY (M.), *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préf. A. SERIAUX, th. Aix-Marseille, Economica, 1997
- DROSS (W.), *Le mécanisme de l'accession, éléments pour une théorie de la revendication en valeur*, th. dact. Nancy II, 2000
- DUBARRY (J.), *Le transfert conventionnel de propriété*, préf. R. LIBCHABER, th. Paris I, L. G. D. J., 2014
- DUBOIS (C.), *Responsabilité civile et responsabilité pénale, à la recherche d'une cohérence perdue*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, L.G.D.J., 2016
- FILIOS (C.), *L'enrichissement sans cause en droit privé français. Analyse interne et vues*

- comparatives*, th. Lille II, 1999
- GALBOIS (D.), *La notion de contrat*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, L.G.D.J., 2020
- GENICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, th. Paris II, L.G.D.J., 2007
- GORE (F.), *L'enrichissement aux dépens d'autrui, Source autonome et générale d'obligations en droit privé français*, th. Paris, Dalloz, 1949
- GOUBLET (G.), *La notion de quasi-contrat, classification rationnelle des sources d'obligations*, th. Paris, 1904
- GOUËZEL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, préf. P. CROCQ, th. Paris II, Economica, 2013
- GRIMALDI (C.), *Quasi-engagement et engagement de droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, th. Paris II, Defrénois, 2007
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. GHESTIN, th. Paris I, L.G.D.J., 1992
- JAFFEUX (T.-N.), *De l'action en répétition de l'indu, en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1887
- LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR WATT, th. Paris I, L.G.D.J., 2004
- LEQUETTE (S.), *Le contrat-coopération*, préf. C. BRENNER, th. Paris II, Economica, 2012
- LEYVAL (A.-P.), *De la notion d'enrichissement injuste en droit romain classique*, th. Alger, 1935
- MALAURIE (M.), *Les restitutions en droit civil*, préf. G. CORNU, th. Paris II, Cujas, 1991
- MALAURIE (P.), *Les restitutions en droit civil, Cours de doctorat Paris II 1974-1975, Les cours de droit*, 1975
- MANNINO (V.), OPHELE (C.), *L'enrichissement sans cause, La classification des sources des obligations*, L.G.D.J., 2007
- MAURIN (H.), *La répétition de l'indu en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1872
- MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, T. 2, th. Toulouse, 1920
- MAZEAUD (D.), BOFFA (R.), BLANC (N.) (dir.), *Dictionnaire du contrat*, L.G.D.J., 2018
- MONTAS (A.), *Le quasi-contrat d'assistance, Essai sur le droit maritime comme source de droit*, th. Nantes, préf. Y. TASSEL, av. propos M. FABRE-MAGNAN, L.G.D.J., 2007
- NIZARD DE SAINT-DIDIER (S.), *La répétition de l'indu*, th. Paris II, 1998
- PAREDES LEITE DE CAMPOS (D.-J.), *Les présupposés externes de l'action « de in rem verso »*, T. 1 et T.2, th. Paris II, 1978

- PERES (C.), *La règle supplétive*, préf. G. VINEY, th. Paris I, L.G.D.J., 2004
- POLTZER (V.), *L'enrichissement sans cause*, th. Paris, Sirey, 1912
- RENARD (J.), *De l'enrichissement sans cause en droit français*, th. Montpellier, 1920
- REVET (T.), *La force de travail, Etude juridique*, préf. F. ZENATI, th. Montpellier, Litec, 1992
- REVET (T.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, L.G.D.J., 2005
- RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, réimpr. 4^e éd. (1949), coll. Anthologie du droit, L.G.D.J., 2014
- STOICESCO (C.), *De l'enrichissement sans cause*, th. Paris, 1904
- TERRE (F.) (dir.), *Pour une réforme régime général des obligations*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2013
- VIZIOZ (H.), *La notion de quasi-contrat : étude historique et critique*, th. Bordeaux, 1912

C) Articles, chroniques et rapports

- ACQUARONE (D.), « La nature juridique de la responsabilité civile du gérant d'affaire dans ses rapports avec le maître de l'affaire », *D.* 1986.III.21
- ASFAR (C.), « Vers un élargissement de la catégorie des quasi-contrats, ou une nouvelle interprétation de l'article 1371 du Code civil », *Droit et patrimoine*, n°104, 1^{er} mai 2002, p.28s.
- BEAUCHARD (J.), « Études sur l'enrichissement sans cause : la faute de l'appauvri », in V. MANNINO, C. OPHELE (dir.), *L'enrichissement sans cause, La classification des sources d'obligations*, Coll. Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, L.G.D.J., 2007, p.71s.
- BÉNABENT (A.), « Pour une prestation compensatoire hors mariage : la piste du quasi-contrat ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Laurent Aynès*, L.G.D.J., 2019, p.15s.
- BINCTIN (N.), « Propriété. – Droit d'accession relativement aux choses mobilières », *Juriclasser Civil Code*, art. 565 à 577, 2014
- BORGHETTI (J.-S.), « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010.1s.
- BORGHETTI (J.-S.), « Problématique et enjeux du transfert de propriété en Europe », *RDC* n°4, 2013, p.1684s.

- BORGHETTI (J.-S.), « Article 1300 : les quasi-contrats », *RDC* n°3, 2015, p.792s.
- BORGHETTI (J.-S.), WHITTAKER (S.), « Principes généraux de responsabilité ou droit des délits », *RDC* n°4, 2019, p.347s.
- BORGHETTI (J.-S.), « La réparation intégrale du préjudice à l'épreuve du parasitisme » *D.* 2020.1086s.
- BOUT (R.), « La convention dite d'assistance », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, p.157s.
- BOUT (R.), « Quasi-contrats. – Gestion d'affaires. – Conditions d'existence », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1372 à 1375, 2012
- BUCHER (C.-E.), « Clause de non-concurrence. – Validité », *Jurisclasseur Contrats – Distribution*, Fasc. 122, Lexis Nexis, 2016
- CAPPELLETTI (M.), « Réflexions comparatives sur le rôle de la punition en droit de la responsabilité civile », *RDC* n°4, 2019, p. 293s.
- CAYROL (N.), « Les restitutions consécutives à l'exécution d'un arrêt cassé », *RTD. civ.* 2019.405s.
- CHENEDE (F.), « Pour un affinement de la théorie des quasi-contrats au service de la liquidation patrimoniale du concubinage », *D.*2010.718s.
- CHENEDE (F.), « Charles Toullier, le quasi-contrat », *RDC* n°1, 2011, p.305s.
- CHENEDE (F.), « Joseph-Emile Labbé, l'enrichissement sans cause », *RDC* n°3, 2011, p.1005s.
- CHENEDE (F.), « Les quasi-contrats », *JCP G. suppl.* n°21, mai 2015, p.60s.
- CHENEDE (F.), « La gestion d'affaires intéressée : la réforme du droit des quasi-contrats au secours des concubins ? », *D.*2017.71s.
- CHEVALLIER (J.), « Observations sur la répétition des enrichissements non causés », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études offertes à Georges Ripert*, T. II, L.G.D.J., 1950, p.237s.
- COMBOT (M.), « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC* n°4, 2019, p. 306s.
- CONTE (P.), « Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement : réflexions hétérodoxes sur un aspect controversé de la théorie de l'enrichissement sans cause », *RTD. civ.* 1987.223s.
- CONTE (P.), « Vol d'information », *Droit pénal*, n°10, Oct. 2015, comm. 123
- DESCHEEMAEKER (E.), « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.* 2013.1s.

- DESCHEEMAER (E.), « The New French Law of Unjustified Enrichment », *Restitution Law Review*, Vol. 25, 2017, p.77s.
- DRAKIDIS (P.), « La ‘subsidiarité’ caractère spécifique et international de l’action d’enrichissement sans cause », *RTD civ.* 1961.577s.
- DROSS (W.), « L’article 1377 du Code civil a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation », in O. CACHARD, X. HENRY (dir.), *Mélanges en l’honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, Dalloz, 2009
- DROSS (W.), « Propriété. – Droit d’accession », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 546, 2018
- DROSS (W.), « Prescription et possession. – Prescription des choses mobilières », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 2276 et 2277, 2018
- DOUCHY (M.), « Le paiement de l’indu », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2012
- DYSON (M.), « Infraction pénale, violation d’un devoir imposé par la loi et faute », *RDC* n°4, 2019, p.184s.
- FAUVARQUE-COSSON (B.), « L’obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat l’arrêt *Attorney General v Blake* : la consécration, par la Chambre des Lords, d’une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l’existence d’un préjudice, mais sur le profit tiré de la rupture du contrat », *RDC* n°2, 2005, p.479 s.
- FENOUILLET (D.), « Loteries publicitaires : pour un droit efficace ! », *RDC* n°3, 2007, p. 788s.
- FLOUR (J.), « Pot-pourri autour d’un arrêt », *Defrénois*, 1975, 1^{re} partie, n°30854, p.186
- FORTI (V.), « L’enrichissement injustifié. – Généralités. – Conditions matérielles », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1303 à 1303-4, 2016
- FRANÇOIS (J.), « Retour sur la revendication des sommes d’argent », *D.* 2012.493s.
- GENICON (T.), « Les conséquences de la résolution pour inexécution : la question de l’indemnité d’usage de la chose restituée », *RDC* n°2, 2008, p. 255s.
- GENICON (T.), « Coup de théâtre : la résolution du contrat emporte avec elle la clause limitation de responsabilité », *RDC* n°2, 2011, p.431s.
- GENICON (T.), « Responsabilité en cas d’annulation du contrat : quelle responsabilité ? Quelle faute ? Quel préjudice ? », *RDC* n°4, 2011, p. 1139s.
- GENICON (T.), « Variations sur la réalité du consentement (suite) : la convention d’assistance bénévole », *RDC* n°1, 2014, p.16s.
- GENICON (T.), « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* n°3, 2015, p. 625s.

- GENICON (T.), « L'acte abstrait en droit français après la réforme du droit des contrat : l'impossible consécration », *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, Lexis Nexis, 2019, p. 961s.
- GRIDEL (J.-P.), « Droit du propriétaire de s'opposer à la diffusion de son bien, action en justice des associations : arrêt doublement instructif », *D.* 2001.1973s.
- GRIMALDI (M.), « Théorie du patrimoine et fiducie », *RLDC*, n°77, déc. 2010
- HONORAT (J.), « Rôle des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969.653s.
- JACQUEMIN (Z.), « La réparation sans perte, ni profit selon la Cour de cassation ou l'art de transformer une maxime en instrument de contrôle », *RDC* n°1, 2019, p.187s.
- JEANDIDIER (W.), « Vol », *Fasc. 20, Jurisclasseur Code Pénal*
- KENNEFICK (C.), « La faute de l'appauvri : comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié », *RDC* n°4, 2015, p. 961 s.
- KLEIN (J.), « Les restitutions », *Droit et patrimoine*, n° 258, mai 2016, p. 90s.
- LAITHIER (Y.-M.), « L'évaluation des restitutions consécutives à l'annulation du contrat », *RDC* n°2, 2008, p.243s.
- LAITHIER (Y.-M.), « L'affaiblissement de la règle de la subsidiarité doit-il faire craindre l'envahissement du contrat par l'action *de in rem verso* ? », *RDC* n°4, 2008, p.1138s.
- LECENE-MARENAUD (M.) ; « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.* 1994.515s.
- LEPAGE (A.), « Droits de la personnalité », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2009
- LEQUETTE (Y.), « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », *in Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012
- LETOURNEAU (P.), « Gestion d'affaires », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014
- LETOURNEAU (P.), « Quasi-contrats », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014
- LIBCHABER (R.), « Les loteries publicitaires : pour une substitution de la peine privée au quasi-contrat », *Deffrénois* n°18, 2003, p.1168s.
- LIBCHABER (R.), « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* n°15, 2007, p. 1094s.
- LIBCHABER (R.), « Retour sur une vieille question délicate : la subsidiarité dans l'action *de in rem verso* », *Deffrénois* n°17, 2008, p.1980s.
- LIBCHABER (R.), « Restitutions et indemnisations », *RDC* n°3, 2011, p. 865s.
- LIBCHABER (R.), « Indu à trois, ou enrichissement sans cause ? », *RDC* n°4, 2014, p. 622
- LIBCHABER (R.), « Un faux pas de plus dans la construction du régime des loteries publicitaires », *RDC* n°4, 2015, p. 861s.

- LIBCHABER (R.), « Le rôle de l'initiative personnelle dans la gestion d'affaires », *RDC* n°3, 2015, p.487
- LIBCHABER (R.), « Biens », *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, 2016
- LIBCHABER (R.), « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine*, n°258, mai 2016
- LIBCHABER (R.), « Tradition et renouvellements dans la répétition de l'indu », *RDC* n°1, 2020, p.28s.
- LIENHARD (A.), « Conditions et nature de la responsabilité du repreneur n'ayant pas signé les actes de cession », *D.* 1999.67s.
- LOUBERS (H.), « L'action 'de in rem verso' et les théories de la responsabilité civile », *Rev. crit. lég. juris.* 1912.396s.
- LOUSSOUARN (Y.), « La condition d'erreur du 'solvens' dans la répétition de l'indu », *RTD. civ.* 1949.212s.
- MAZEAUD (D.), « Loteries publicitaires : la fluidité des frontières entre le contrat et le délit... », *D.* 2002.1316
- MAZEAUD (D.), « D'une source, l'autre... », *D.* 2002.2963
- MESTRE (J.), FAGES (B.), « Les cessionnaires d'entreprises en redressement judiciaire obligés tant sur le fondement du quasi-contrat que sur celui de l'engagement unilatéral... », *RTD civ.* 2000.835
- MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA* n°096, mai 2016, p. 6s.
- MOLFESSIS (N.), « La réparation du préjudice extrapatrimonial », in *Les limites de la réparation du préjudice*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p.428s.
- MONTAS (A.), « Evènements de mer », *Rép. dr. com.*, Dalloz, 2012
- NAJJAR (I.), « Donation », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2008
- NUVILLE (L.), « Du quasi-contrat de procréation d'enfant hors mariage », *G.P.* 1948, 1^{er} semestre, doct. 12
- PELLET (S.), « Pas d'indemnité pour perte de clientèle fondée sur l'enrichissement sans cause ! » *LEDC* n°11, 2011, p.1
- PELLET (S.), « Nul secours pour l'appauvri fautif ! », *LEDC* n°6, 2015, p. 4
- PELLET (S.), « L'altruisme est encore une condition de la gestion d'affaires ! » *LEDC* n°4, 2015, p. 4
- PELLET (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP G*, 2016, n°24, p.676 s.

PELLET (S.), « Proposition de modifications des articles 1352 et suivants du Code civil : les restitutions », *RDC* n°1, 2017, p.211s.

PELLET (S.), « Restitutions et responsabilité : cent fois sur le métier » *RDC* n°2, 2018, p.201s.

PELLET (S.), « Sous-locations interdites : aux innocents (propriétaires) les mains pleines ! », *LEDC* n°10, 2019, p.10

PELLET (S.), « Concurrence déloyale : d’importantes précisions sur le préjudice réparable », *RDC* n°2, 2020, p.36s.

PERINET-MARQUET (H.), « Le sort de l’action *de in rem verso* en cas de faute de l’appauvri », *JCP* 1982.1.3075s.

PETIT (E.), « Loteries publicitaires : d’un assouplissement à l’autre ? », *D.* 2013.2649

PIEDELÈVRE (S.), « Fruits », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014

PIN (X.), DEVIN (L.), « Quasi-contrats. – Théorie générale », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1370 et 1371, 2011

POLLAUD-DULLIAN (F.), « Le modèle du quasi-contrat », in T. REVET (dir.), *Code civil et modèles, des modèles du Code au Code comme modèle*, L.G.D.J., 2005, p. 413s.

POSEZ (A.), « La subsidiarité de l’enrichissement sans cause : étude de droit français à la lumière du droit comparé », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2014, n°2, p. 185s.

RAYNARD (J.), « À propos de la subsidiarité en droit privé, *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p.133

REMIEN (O.), « Le transfert de propriété – une perspective allemande », *RDC*, n°4, 2013, p. 1714s.

REMY (P.), « Les restitutions dans un système de quasi-contrats : l’expérience française », in L. VACCA (dir.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell’indebitto*, 2003, p.73s.

REMY (P.), « Des autres sources d’obligations », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Thèmes & Commentaires, Dalloz, 2013, p. 31s.

REMY (P.), « L’absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC* n°3, 2013

REMY-CORLAY (P.), « De la réparation », in F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p.199s.

RIPERT (G.), TEISSEIRE (M.), « Essai d’une théorie de l’enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD civ.* 1904.727s.

ROMANI (A.-M.), « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.* 1994.515s.

ROMANI (A.-M.), « Enrichissement injustifié », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2018

- ROUAST (A.), « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1922.35s.
- ROUBIER (P.), « La position française en matière d'enrichissement sans cause », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Dalloz, 1949, p. 38s.
- SAINT-PAU (J.-C.), « Jouissance des droits civils. - Droit au respect de la vie privée. – Régime. Actions », *Jurisclass. Civil Code*, Art. 9, Fasc. 20, 2012
- SAUJOT (C.), « Le fondement des récompenses », *RTD civ.* 1970.684s.
- SERINET (Y.-M.), « Restitution après anéantissement du contrat, art. 1161 à 1164-7 », in P. CATALA (dir.), *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation Française, 2006, p.55s.
- SEUBE (J.-B.), « Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative », *RDC* n°3, 2019, p. 137s.
- SIMLER (P.), « Contenu du contrat : contrepartie illusoire ou dérisoire », *Jurisclasseur Civil Code*, art. 1162 à 1171, 2016
- STRICKLER (Y.), « Autres sources d'obligations. – Paiement de l'indu », *Jurisclasseur Civil Code*, Art. 1302 à 1302-3, 2018
- STOFFEL-MUNCK (P.), « Nullités et restitutions », *RDC* n°2, 2005, p.280s.
- TERRIER (E.), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *D.*2004.1179
- VINEY (G.), « La condamnation de l'auteur d'une faute lucrative à restituer le profit illicite qu'il a retiré de cette faute », in B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean-Louis Baudoin*, Editions Yvon Blais, 2012, p.949s.
- VINGIANO-VIRICEL (I.), « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.* 2017.19s.
- VON CAEMMERER (E.), « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *Revue internationale de droit comparé*, 1966, p. 573 s.
- WINTGEN (R.), « L'indemnité de jouissance en cas d'anéantissement rétroactif d'un contrat translatif », *Deffrénois*, 2004, n°10, p. 692s.
- WINTGEN (R.), « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *RDC* n°1, 2008, p.73s.

D) Décisions de justice

1°) Arrêts de la Cour de cassation

Req., 17 mars 1857, *Veuve Maurin c. Cauvas*, *D.* 1857.1.150

Req., 18 juin 1872, *D.* 1872.1.471

Req., 11 juillet 1889, *Crédit foncier c. Arrazat*, *S.* 1890.1.97, note LABBE

Req., 16 juillet 1890, *S.* 1894.1.19, *D.* 1891.1.49

Req., 15 juin 1892, *D.* 1892.1.596, *S.* 1893.1.281, note LABBE, *GAJC*, T.2, n°241

Civ., 2 mars 1915, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant*, *D.P.* 1920.1.102 ; *GAJC*, T.2, n°242

Req., 22 juin 1927, *S.* 1927.1.338

Civ. 21 mars 1933, *S.* 1934.1.57, note H. ROUSSEAU

Civ. 1^{re} sect., 30 mai 1951, *S.* 1952.1.14

Civ. 1^{re} sect., 19 janv. 1953, *D.* 1953.1.234

Civ. 1^{re} sect., 18 jan. 1960, *D.* 1960.753

Civ. 1^{re}, 26 oct. 1965, *Bull.* 1965, I, n°569

Civ 3^e, 1 avr. 1971, n°69-11.939, *Bull.* 1971, III, n°239, p.171

Civ. 3^e, 5 janv. 1972, n°70-12.910, *Bull.* 1972, III, n°1, p. 1

Soc., 12 déc. 1973, n°72-13.297, *Bull.* 1973, IV, n°657, p.605

Civ. 1^{re}, 19 oct. 1976, n°75-12.419, *Bull.* 1976, I, n°300, p.241

Com., 7 juin 1979, n°77-15.236

Com., 15 mars 1988, *Bull.* 1988, IV, n°105, p.73, n°86-16.691

Civ. 1^{re}, 15 oct. 1996, n°94-20.472, *D.* 1997.177, note R. LIBCHABER

Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n°94-14.798, *RTD civ.* 1997.632s., note J. HAUSER

Com., 26 oct. 1999, n°96-19.156, *Bull.* 1999, IV, n°193, *D.* 1999.67, note A. LIENHARD, *RTD civ.*, 2000.835, note J. MESTRE, B. FAGES

Civ. 3^e, 8 janv. 2002, n°99-11.934

Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, *Bull.* 2002, I, n°218

Com., 4 fév. 2003, *Defrénois*, n°18, p.1163s., note R. LIBCHABER

Civ. 3^e, 30 avr. 2003, n°01-14.480, *Bull.* 2003, III, n°87

Civ. 1^{re}, 28 nov. 2006, *Bull.* 2006, I, n°517

Com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, *D.* 2008.388, note D. FERRIER

Civ. 1^{re}, 25 juin 2008, *Defrénois*, n°17, p.1980s., note R. LIBCHABER

Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, *Bull.* 2008, I, n°211 ; *RTD civ.* 2008.660s., obs. J. HAUSER ; *Defrénois*, n°22, p.2516s., note E. SAVAUX ; *AJ fam.* 2008. 431, obs. F. CHENEDE; *D.* 2008.140s., obs. J.-J. LEMOULAND

Civ. 1^{re}, 24 sept. 2008, *Bull.* 2008, I, n°212; *RTD civ.* 2008.660s., obs. J. HAUSER ; *Defrénois*, n°22, p.2516s., note E. SAVAUX ; *AJ fam.* 2008. 431, obs. F. CHENEDE; *D.* 2008.140s., obs. J.-J. LEMOULAND

Com., 15 sept. 2009, *Defrénois.* 2010, n°1, p. 114s., note R. LIBCHABER

Civ. 1^{re}, 28 janv. 2010, n°08-16.844

Com., 23 oct. 2012, n°11-21.978 et n°11-25.175, *D.* 2012.2598, obs. X. DELPECH, *D.*2012.2862, note N. DISSAUX, *D.*2013.732, obs. E. FERRIER ; *RTD. civ.* 2013.114, obs. B. FAGES ; *RLDC* 2013/103 S. BRINGUIER-FAU

Civ. 2^e, 12 sept. 2013, n°12-23.530, *RDC* n°1, 2014, note T. GENICON

Civ. 1^{re}, 8 oct. 2014, n°13-18.563, *RTD. civ.* 2015.107, obs. J. HAUSER

Civ. 1^{re}, 15 oct. 2014, n°13-20.875, *CCC* n°1, 2015, p.18s., note L. LEVENEUR

Civ. 2^e, 11 déc. 2014, n° 13-27.991

Civ. 2^e, 5 fév. 2015, n°13-27.780

Civ. 1^{re}, 19 mars 2015, *Bull. civ.* n°1, 2015, n°67

Civ. 1^{re}, 3 juin 2015, n°14-13.449

Civ. 1^{re}, 14 jan. 2016, n°14-26.969

Civ. 1^{re}, 24 mai 2017, n°13-10.237

Civ. 1^{re}, 29 mai 2019, n°18-16.999, *D.* 2019.1784s., note A. FEYDEAU-THIEFFRY

Civ. 3^e, 12 sept. 2019, n°18-20.727, *D.* 2019.2025, note J.-D. PELLIER ; *LEDC* nov. 2019, n°10, p.2, note S. PELLET ; *RTD. civ.* 2019, p. 865, note H. BARBIER ; *Ibid.*, p. 888, note P.-Y. GAUTIER ; *RDC* n°4, 2019, p.105s., note F. DANOS ; *Ibid.*, n°1, 2020, p.25s., note R. LIBCHABER

Com. 12 févr. 2020, n°17-31614, *D.* 2020.1086s., note J.-S. BORGHETTI ; *RDC* n°2, 2020, p.36s., note S. PELLET

Civ. 1^{re}, 1^{er} juil. 2020, n°19-15.089

Civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n°18-25.429

2°) Décisions des juges du fond

CA Paris, 30 mai 1936, *D.H.* 433

T. Civ. Lille 28 juin 1955, *Gaz. Pal.* 1955, 2, p.413

TGI Paris, 25 oct. 1971, *Gaz. Pal.* 1972, 1, p.124

TGI Tarascon, 2 juil. 1982, *Fesquet c/ Soc. Furygan*, *D.* 1983.394, note R. LINDON

CA Paris, 12 juin 1989, n° Jurisdata 1989-024283

CA Paris, 26 févr. 1991, *D.* 1992 somm. p. 50

CA Rennes, 21 oct. 2009, n°08/02924

CA Bastia, 31 oct. 2012, n°10/00939

CA Bastia, 30 jan. 2013, n°06/01230

TI Lyon, 13 fév. 2015, n°11-13-002572

CA Limoges, 16 nov. 2015, n° 15/00444

CA Colmar, 18 mars 2016, n°14/03014

CA Paris, 3 juin 2016, n°15/06177

II) Droit anglais

A) Ouvrages généraux, traités et manuels

- AUSTIN (J.), *Lectures of Jurisprudence*, Vol. III, John Murray, 1863
- BAKER (J. H.), *An Introduction to English Legal History*, 3^e éd., Butterwoths, 1990
- BEATSON (J.), BURROWS (A.), CARTWRIGHT (J.), *Anson's Law of Contract*, 30th éd., Oxford University Press, 2016
- BIRKS (P.), *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press, 1985
- BIRKS (P.), *Unjust Enrichment*, 2^e éd., Clarendon Law Series, 2005
- BURROWS (A.) (ed.), *English Private Law*, 3^e éd., Oxford University Press, 2013
- BURROWS (A.), *The Law of Restitution*, 3^e éd., Oxford University Press, 2011
- BURROWS (A.) (ed.), *Principles of the English Law of Obligations*, Oxford University Press, 2015
- CARTER (J. W.), *Carter's Breach of Contract*, Hart Publishing, 2012
- CARTWRIGHT (J.), *Contract Law, An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*, 2^e éd., Hart Publishing, 2013
- CORNISH (W.), ANDERSON (S.), COCKS (R.), LOBBAN (M.), POLDEN (P.), SMITH (K.), *The Oxford History of the Laws of England*, Vol. XII, 1820-1914, Private Law, Oxford University Press, 2010
- EDELMAN (J.), *McGregor on Damages*, 20^e éd., Sweet & Maxwell, 2018
- EVANS (W. D.), *A Treatise of the Law of Obligations or Contract by M. Pothier*, Vol. 1, A. Straman, 1806
- GOFF (R.), JONES (G.), *The Law of Restitution*, 1^{re} éd., Sweet & Maxwell, 1966
- HOLDSWORTH (W. S.), *A History of English Law*, Vol. 3, 3^e éd., Methuen & Co, 1923
- IBBETSON (D. J.), *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford University Press, 1999
- JONES (M. A.) (ed.), *Clerk & Lindsell*, 21^e éd., Sweet & Maxwell, 2014
- KIRALFY (A. K. R.), *Potter's Historical Introduction to English Law*, 4^e éd., Sweet & Maxwell, 1958
- MITCHELL (C.), MITCHELL (P.), WATTERSON (S.), *Goff & Jones, The Law of Unjust Enrichment*, 9^e éd., Sweet & Maxwell, 2016

PEEL (E.), *Treitel, The Law of Contract*, 14e ed., Sweet & Maxwell, 2015
ROGERS (W.V.H.), *Winfield & Jolowicz on Tort*, 18e ed., Sweet & Maxwell, 2010
VIRGO (G.), *The Principles of the Law of Restitution*, 3e éd., Oxford University Press, 2015
WATTS (P.), REYNOLDS (F. M. B.), *Bowstead and Reynolds on Agency*, 20e éd., Sweet & Maxwell, 2014

B) Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

BALL (E.), *Enrichment at the Claimant's Expense, Attribution Rules in Unjust Enrichment*, Hart publishing, 2016
BALOCH (T. A.), *Unjust Enrichment and Contract*, Hart Publishing, 2009
BANT (E.), *The Change of Position Defence*, Hart Publishing, 2009
BEATSON (J.), *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, Clarendon Press, 1991
BUCKLAND (W. W.), MCNAIR (A. D.), *Roman Law and Common Law, A Comparison in Outline*, Cambridge University Press, 1936
BURROWS (A.), MCKENDRICK (E.), EDELMAN (J.), *Cases and Materials on the Law of Restitution*, 2e éd., Oxford University Press, 2006
BURROWS (A.) (ed.), *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2013
CARTER (J. W.), *Carter's Breach of Contract*, Hart Publishing, 2012
EDELMAN (J.), *Gain-Based Damages, Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Hart Publishing, 2002
EVANS (W. D.), *Essays on the Action for Money Had and Received*, Martin & Odgen, 1802
HEDLEY (S.), *Restitution: Its Division and Ordering*, Sweet & Maxwell, 2001
HEDLEY (S.), M. HALLIWELL (ed.), *The Law of Restitution*, Butterworths, Lexis Nexis, 2002
JACKSON (R. M.), *The History of Quasi-Contract in English Law*, Cambridge University Press, 1936
JAFFEY (P.), *Private Law and Property Claims*, Hart Publishing, 2007
KORTMANN (J.), *Altruism in Private Law, Liability for nonfeasance and negotiorum gestio*, Oxford University Press, 2005
LODDER (A. V. M.), *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, 2012
MITCHELL (C.), WATTERSON (S.), *Subrogation Law and Practice*, Oxford University

Press, 2007

WEBB (C.), *Reason and Restitution, A theory of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2016

WINFIELD (P. H.), *The Province of the Law of Tort*, Cambridge University Press, 1931

C) Articles, chroniques et rapports

BAKER (J. H.), “The History of Quasi-Contract in English Law”, CORNISH (W.),

NOLAN (R.), O’SULLIVAN (J.), VIRGO (G.) (ed.), *Restitution, Past, Present & Future, Essays in Honour of Gareth Jones*, Hart Publishing, 1998, p.37-56

BARKER (K.), “Understanding the Unjust Enrichment Principle in Private Law: A Study of the Concept and its Reason”, in J. W. NEYERS, M. MCINNES, S. G. A. PITEL, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p. 79-110

BEATSON (J.), « Restitution and Contract: Non-cumul? », *Theoretical Inquiries in Law*, 2000, Vol. 1, p.83-114

BIRKS (P.), “English and Roman Learning in *Moses v. Macferlan*”, *Current Legal Problems*, 1984, p. 1-28

BIRKS (P.), MCLEOD (G.), “The Implied Contract Theory of Quasi-Contract: Civilian Opinion Current in the Century Before Blackstone”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 6, n°1, 1986, p. 46-85

BIRKS (P.), « Misnomer », in W. R. CORNISH, R. NOLAN, J. O’SULLIVAN, G. VIRGO, *op. cit.*, p. 1-29

BIRKS (P.), “Unjust enrichment and wrongful enrichment”, (2001) 79 *Tex. L. Rev.* 1767

BURROWS (A.), “Proprietary Restitution: Unmasking Unjust Enrichment”, in *Law Quarterly Review*, 2001, 117 (jul.), p.412-430

BURROWS (A.), “At the Expense of the Claimant: A Fresh Look”, *Restitution Law Review*, Vol. 25, 2017, p. 167-182

CHAMBERS (R.), “Tracing and Unjust Enrichment”, in J.W. NEYERS, M. MCINNES, S.G.A. PITEL, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p. 263-309

DAY (W.), “Against Necessity as a Ground for Restitution”, *Restitution Law Review*, Vol. 24, 2016, p.26-46

DICKSON (B.), « Unjust Enrichment Claims: A Comparative Overview », *Cambridge Law Journal*, (54)1, March 1995, p. 100-126

- EDELMAN (J.), “Unjust Enrichment, Restitution, and Wrongs”, (2001) *Tex. L. Rev.* 1869
- FEENSTRA (R.), “Grotius’ Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation”, in E.J.H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2e ed., Duncker & Humblot, 1999, p. 198s.
- FRIEDMANN (D.), “Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery”, 79 *Texas Law Review*, 1879
- HAVELOCK (R.), « A Taxonomic Approach to Quantum Meruit », *Law Quarterly Review*, 2016, n°132, p.470-494
- HAVELOCK (R.), “Justifying Unjust Enrichment”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2017, 4 (Nov.), p. 566-587.
- HALLEBEEK (J.), “Developments in Mediaeval Roman Law”, in E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2e ed., Duncker & Humblot, 1999, p. 59s.
- HEDLEY (S.), “Enrichment”, in S. DEGELING, J. EDELMAN (ed.), *Unjust Enrichment in Commercial Law*, Thomson Reuters, 2008, p. 95-104
- IBBETSON (D. J.), « Unjust Enrichment in English Law », in E. J. H. SCHRAGE, *Unjust Enrichment and the law of contract*, Kluwer Law International, 2001, p.33-52.
- JAFFEY (P.), “Restitution, Property, and Unjust Enrichment”, *Restitution Law Review*, Vol. 21, 2013, p.17-23
- JAFFEY (P.), “Two theories of Unjust Enrichment”, in J. W. NEYERS, M. MCINNES, S. G. A. PITEL, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p.139 -164
- JAFFEY (P.), “Unjust Enrichment and Contract”, *The Modern Law Review*, (2014) 77(6), p.983s.
- KLIMCHUK (D.), “Unjust Enrichment and Corrective Justice”, in J. W. NEYERS, M. MCINNES, S. G. A. PITEL, *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, p.111-138
- KREBS (T.), “The Fallacy of ‘Restitution for Wrongs’”, A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p.379-399
- KULL (A.), “James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, n°2, 2005, p. 313 s.
- MCFARLANE (B.), STEVENS (R.), “In Defence of Sumpter v Hedges”, *Law Quarterly Review*, 2002, 569
- MCINNES (M.), “Resisting Temptations to ‘Justice’”, in R. CHAMBERS, C. MITCHELL,

- J. PENNER, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2009, p.100-145
- MEIER (S.), “No Basis: A Comparative View”, A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p.343-361
- MEIER (S.), « Unjust Factors and Legal Grounds », D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN (ed.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, p.37s.
- ODUDU (O.), VIRGO (G.), “Inadequacy of compensatory damages”, *Restitution Law Review*, Vol. 17, 2009, p.112s.
- Pecuniary Restitution on Breach of Contract*, (1983), Law Commission N° 121, 2-37
- SENU (J.), “Negotiating Damages and the Compensatory Principle”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 40, Issue 1, March 2020, p.110s.
- SINEL (Z.), “Through Thick and Thin: The Place of Corrective Justice in Unjust Enrichment”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, n°3, 2011, p. 551-564
- SHEENAN (D.), “*Negotiorum Gestio*: a Civilian Concept in the Common Law?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, 2006, p.253-280
- SMITH (A. S.), “Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract”, in R. CHAMBERS, C. MITCHELL, J. PENNER (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2009, p.181-208
- SMITH (L.), “Philosophical Foundations of Proprietary Remedies”, in R. CHAMBERS, C. MITCHELL, J. PENNER (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, Oxford University Press, 2009, p.281-305
- SMITH (L.), “Tracing”, in A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p. 119-139
- STEVENS (R.), “The Unjust Enrichment Disaster”, *Law Quarterly Review* 2018, 134 (Oct), p.574-601
- TETTENBORN (A.), « Misnomer – a Response to Professor Birks », in W. R. CORNISH, R. NOLAN, J. O’SULLIVAN, G. VIRGO, *op. cit.*, p.31-36
- TROTTER (A.), “The Double Ceiling on Unjust Enrichment: Old Solutions for Old Problems”, in *Cambridge Law Journal*, 2017, 76 (1), p.168-195
- WEBB (C.), “What is Unjust Enrichment?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 29, n°2, 2009, p. 215-243
- WILMOT-SMITH (F.), « Reconsidering ‘total’ failure », *Cambridge Law Journal*, 2013, 72 (2), 414-436

D) Décisions de justice

Attorney General v Blake, (2001) 1 AC 268
Attorney-General for Hong Kong v. Reid, (1994) 1 AC 324
Backhouse v. Backhouse, (1978) WLR 243
Barnes v Eastenders Cash & Carry Plc, (2015) AC 1
Banque Financière de la Cité v Parc (Battersea) Ltd., (1999) 1 AC 221
Benedetti v. Sawiris, (2013) UKSC 50, (2014) AC 938
Bolton v Mahadeva, (1972) 1 WLR 1009
Chief Constable of the Greater Manchester Police v. Wigan Athletic AFC Ltd, (2008) EWCA Civ 1449, (2009) 1 WLR 1580
Cressman v. Coys of Kensington, (2004) EWCA Civ 47, (2004) 1 WLR 2775
Derby v. Scottish Equitable Plc, (2001) Pens. L.R. 163
Dextra Bank & Trust Co Ltd v. Bank of Jamaica, (2001) WL 1422965
Dies v British and International Mining and Finance Corporation Ltd, (1939) 1 KB 724
Esso Petroleum Company Ltd v Niad Ltd, (2001) WL 1476190
Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd., (1943) AC 32
Forsyth-Grant v Allen, (2008) EWCA Civ 505, (2008) Env. L. R. 41
Guildford Borough Council v. Hein, (2005) EWCA Civ 979
Hammond v. Osborne (2002) EWCA 885
Ian W. C. Spencer v S. Franses Ltd., (2011) EWHC 1269 (QB)
Investment Trust Companies v Revenue and Customs Commissioners, (2017) UKSC 29, (2017) 2 WLR 1200
Kelly v. Solari, (1841) 152 E.R. 24
Kiriri Cotton Co Ltd v. Ranchoddas Keshavji Dewani, (1960) 2 WLR 127
Kleinwort Benson Ltd. V Birmingham City Council, (1997) QB 380
Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd., (1991) 2 AC 548
Ministry of Defence v. Ashman, (1993) 25 HLR 513
Moses v. Macferlan, (1760) 2 Burr. 1005, 97 ER 676
Patel v Mirza, (2017) AC 467
Planché v Colburn, (1831) 8 Bing. 14, 131 ER 305
Re Beaney, (1978) 1 WLR 770
Re Berkeley Applegate (Investment Consultants) Ltd, (1989) ch 32, (1988) 3 WLR 95

Re Cleadon Trust (1939) Ch 286
Relfo Ltd. (In Liquidation) v Varsani, (2014) EWCA Civ 360, (2014) WL 1097140
Rowe v. Vale of White Horse DC, (2003) EWHC 388
Roxborough v Rothmans of Pall Mall Australia Ltd, (2001) HCA 68
Slade v. Morley, (1602) 4 Co. Rep. 92b, 76 ER 1074
Sempra Metals v. IRC, (2007) 3 WLR, (2008) 1 AC 561
Sinclair v. Brougham, (1914) AC 398
Stoke-on-Trent CC v W. & J. Wass Ltd., (1998) 1 WLR 1406
Sumpter v Hedges, (1898) 1 QB 673
Tribe v Tribe, (1996) Ch 107, (1995) 3 WLR 913
United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd., (1941) AC 1
Universe Tankships Inc of Monrovia v. I.T.F. (1983) 1 AC 366
Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council, (1996) 2 WLR 802
Woolwich Equitable Building Society v. IRC, (1992) 3 WLR 366

III) Droit comparé et autres droits

A) Ouvrages généraux, traités et manuels

- GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix par Hugues Grotius*, BARBEYRAC (J.) (trad.) T.1, Pierre de Coup, 1724
- HUME (D.), *Baron David Hume's Lectures, 1786-1822*, Vol. III, Stair Society, 1952
- KEENER (W. A.), *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis and Company, 1893
- LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PEDAMON (M.), WITZ (C.), *Code civil allemand*, Juriscope, Dalloz, 2010
- MARKESINIS (B.S.), LORENZ (W.), DANNEMANN (G.), *The German Law of Obligations*, Vol. 1, *The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Clarendon Press Oxford, 1997
- MCINNES (M.), *The Canadian Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Lexis Nexis, 2014
- PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, BARBEYRAC (J.) (trad.), T. 1, Henri Schelte, 1706
- SCOTT (H.), *Unjust Enrichment in South African Law, Rethinking enrichment by transfer*, Hart Publishing, 2013
- VON BAR (C.), *The Common European Law of Torts*, Vol.1, Clarendon Press Oxford, 2003
- VON BAR (C.) (ed.), *Principles of European Law, Benevolent Intervention in Another's Affairs*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2006
- VON BAR (C.), SWANN (S.) (ed.), *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Sellier, Bruylant, Stämpfli, 2010
- VON CAEMMERER, P. SCHLECHTRIEM, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, 1971
- WOODWARD (F. C.), *The Law of Quasi-Contracts*, Little, Brown and Company, 1913
- ZIMMERMANN (R.), *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co Ltd, 1992
- ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *Introduction to Comparative Law*, trad. T. WEIR, 3e éd., Clarendon Press, 1998

B) Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

- BEATSON (J.), SCHRAGE (E. J. H.), *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment*, Hart Publishing, 2003
- DANNEMANN (G.), *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution, A Comparative Introduction*, Oxford University Press, 2009
- JOHNSTON (D.), ZIMMERMANN (R.) (dir.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002
- KREBS (T.), *Restitution at the Crossroads, A Comparative Study*, Cavendish Publishing Ltd., 2001
- DAWSON (J. P.), *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, William S. Hein & Co., 1999
- NEYERS (J. W.), MCINNES (M.), PITEL (S. G. A.) (ed), *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004
- SCOTT (J. B.), *Cases on Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis & Company, 1905

C) Articles, chroniques et rapports

- AMES (J. B.), « The History of Assumpsit. I. Express Assumpsit », in *Harvard Law Review*, Vol. 2, n°1, 1888, p. 1-19
- AMES (J. B.), «The History of Assumpsit. II. Implied Assumpsit», in *Harvard Law Review*, Vol. 2, n°2, 1888, p. 53-69
- DANNEMANN, «The Future of German Unjustified Enrichment Law», *Restitution Law Review*, Vol. 25, 2017, p. 44s.
- GRETTON (G.), «Proprietary Issues», in D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, p. 571s.
- JANSEN (N.), «Farewell to Unjustified Enrichment?», *Edinburgh Law Review*, 2016, 20(2), p. 123-148
- KEENER (A.), «Quasi-Contracts, Its Nature and Scope», *Harvard Law Review*, Vol. 7, n°2, 1893
- MACQUEEN (H. L.), SELLAR (W. D. H.), « Unjust Enrichment in Scots Law », in E. J. H. SCHRAGE (ed.), *Unjust Enrichment, The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, 1999, p.292s.

- Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment*, American Law Institute, 2011
- PALMER (G. E.), "History of Restitution in Anglo-American Law", in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, ch. 3, 1989
- SAIMAN (C.), "Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, n°1 (2008), p. 99s.
- SMITH (L.), "Property, Subsidiarity and Unjust Enrichment", in D. JOHNSTON, R. ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2002, p. 588s.
- SMITH (L.) "The State of the Law of Unjust enrichment in Common Law Canada", *57 Can. Bus. L. J.*, 39 (2015)
- STOLJAR (S. J.), "Chapter 17: *Negotiorum Gestio*", in E. VON CAEMMERER, P. SCHLECHTRIEM, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. X, 1971, n°12
- WRIGHT, « Book Review, Restatement of the Law of Restitution », in *Harvard Law Review*, Vol. 51, 1937-1938, p. 369-383
- ZIMMERMANN (R.), DU PLESSIS (J.), "Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment", *2 RLR* 14, (1994), p. 14-31
- ZIMMERMANN (R.), "Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform of 2002", in A. BURROWS, A. RODGER (ed.), *Mapping the Law, Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006, p.323-342

INDEX

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Absence de justification :

- de l'enrichissement : 339s.
- de l'appauvrissement : 343s.
- comparaison avec l'enrichissement injuste : 141s.

Accession : 101 ; 464s.

Action de in rem verso : 35-36

Action en revendication : 385

Amende civile : 543

Appauvrissement :

- caractérisation : 300s. ; 306 ; 394
- droit anglais : 147s.
- préjudice : 319 ; 520s.

At the expense : 146s.

- B -

Bonne foi : 423 ; 433 ; 434

- C -

Change of position : 168s.

Clause de non-concurrence : 201 ; 206 ; 403 ; 512

Concubinage : 261s.

Conditiones : 32s.

Contrat :

- absence de preuve d'un contrat : 356 ; 358 ; 359
- anéantissement préalable du contrat : 119 ; 491s.
- convention portant sur les restitutions : 511s.
- liens avec l'enrichissement injustifié : 483s.

Convention d'assistance bénévole : 257s.

- D -

Dépense épargnée : 294s. ; 316

Désenrichissement : 434s.

Domat : 45s.

Dommages et intérêts :

- compensatoires : 532s.
- punitifs : 539s.
- restitutoires : 545s.

Double-plafond (règle) : 310s. ; 395

- E -

Einsgriffskondiktion : 62s.

Enrichissement :

- caractérisation : 283s. ; 375s ; 381
- date : 286s. ; 422s.
- formes : 382s.
- gain manqué : 380
- incident : 58 ; 145 ; 153 ; 156 ; 308 ; 345
- indirect : 159 ; 307

Enrichment :

- caractérisation : 95s.
- critique : 102
- *incontrovertible benefit* : 99
- *objective valuation* : 97
- *subjective devaluation* : 98

Enrichissement injustifié :

- action personnelle : 386 ; 457
- notion : 236 ; 372s.
- origine : 28s. ; 40s.
- quasi-contrat d'enrichissement injustifié : 237

Exclusivité (lien)

- caractérisation : 63 ; 397s. ; 551
- distinction avec causalité : 521- 522

- F -

Fait licite : 247

Fait profitable : 266 ; 269 ; 523

Fait volontaire : 219 ; 246

Faute :

- du défendeur : 332s. ; 432
- du demandeur : 326s. ; 430s. ; 560

- G -

Gestion d'affaires :

- anormale : 53 ; 222s.
- distinction avec l'enrichissement injustifié : 443s.
- intéressée : 447
- utilité : 291s.

Grotius : 41

- I -

Impenses : 393 ; 450 ; 455 ; 478s.

Indu : 347s.

Insolvabilité : 357

Intention libérale : 348 ; 409

Intérêt personnel de l'appauvri : 345-346

- L -

***Leistungskondiktion* : 58s.**

Loteries publicitaires : 259s. ; 309

- P -

Pothier : 47s.

Profit subsistant : 286-287 ; 333 ; 425 ; 437 ; 477

- Q -

Quasi-contrat :

- innommé : 248
- notion : 29 ; 218s. ; 266s.
- origine : 220s.
- quasi-contrat de franchise : 254
- quasi-contrat de cession d'entreprise : 253

***Quasi-contract* :**

- *implied contract* : 79
- *indebitatus assumpsit* : 74
- *money had and received* : 76
- *money paid* : 76
- *Moses v. Macferlan* : 77
- *quantum meruit* : 76

- R -

Récompenses : 473s.

Rémunération : 178 ; 299 ; 392 ; 452 ; 504s.

Répétition de l'indu : 219 ; 240 ; 462 ; 463

Responsabilité civile :

- distinction avec l'enrichissement injustifié : 317s. ; 518s.
- suites de l'anéantissement du contrat : 510

Restitutions :

- anéantissement du contrat : 491s.
- définition : 272 ; 416
- fondement : 273 ; 413 ; 500s.
- inexécution du contrat : 490 ; 497 ; 505
- nullité : 488 ; 489 ; 506

***Restitutions* : 84s. ; 182s.**

***Restitution for wrongs* :**

- *for breach of contract* : 199s.
- *for torts* : 207s.
- notion : 195s

Risque : 118 ; 139-140 ; 343 ; 345 ; 431

- S -

Services :

- particularités des : 103 ; 178 ; 298 ; 378s.
- purs : 102s.
- exclusion des : 392 ; 419

Subsidiarité :

- absence de : 525
- action d'enrichissement injustifié : 353s. ; 364 ; 365
- droit allemand : 60
- gestion d'affaires : 363
- répétition de l'indu : 362 ; 366

- T -

Transfert involontaire : 106s. ; 348 ; 406s.

Transfert de propriété :

- exigence : 384
- modèle : 383

- U -

***Unjust factors* : 105s.**

- *Exploitation of weakness* : 114
- *Duress* : 112s.
- *Failure of consideration* : 116s.
- *Free acceptance* : 138s.
- *Ignorance* : 122
- *Illegality* : 133s.
- *Legal compulsion* : 124s.
- *Mistake* : 107s.
- *Necessity* : 129s.
- *Unlawful conferral of a benefit by a public authority* : 137

Utilisation de :

- des données personnelles : 555
- de l'image d'autrui : 553
- de l'image d'un bien : 399 ; 552
- d'un droit de propriété intellectuelle : 554

- V -

Valeur d'usage : 276 ; 390s.

Valorisme : 424

Vices du consentement : 109s. ; 407s. ; 488

Table des matières

Les numéros renvoient au page

Partie I : Le quasi-contrat ou l'absence d'autonomie de l'enrichissement injustifié 25

Titre I : Analyse historique et comparative des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié. 27

Sous-Titre I : Aux origines des quasi-contrats et de l'enrichissement injustifié	29
Chapitre I : Les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié	29
Section I : Les quasi-contrats, une catégorie d'inclassable	30
Section II : Les remèdes ponctuels contre un enrichissement illégitime	33
I : Les <i>condictiones</i>	33
II : L'action <i>contraria</i> de la gestion d'affaires	36
III : L'action <i>de in rem verso</i>	37
Chapitre II : La réception du droit romain par les droits de tradition civiliste	41
Section I : L'émergence progressive de l'enrichissement injustifié	41
I : La généralisation des cas romains	42
II : La création d'une nouvelle source d'obligation par l'École du droit naturel	43
Section II : L'évolution de l'enrichissement injustifié dans les pays de tradition civiliste	45
I : La réception en droit français	46
A) Domat ou le rejet des quasi-contrats et les prémices d'un droit de l'enrichissement injustifié	
46	
B) Les quasi-contrats et l'enrichissement injustifié selon Pothier : entre respect du droit romain	
et influences du droit naturel	49
1) Une classification confuse des sources d'obligation	49
2) L'influence du droit naturel : la distinction entre l'enrichissement injustifié et la gestion	
d'affaires	52
II : La réception de l'enrichissement injustifié en droit allemand	55
A) Une lente évolution	55
B) L'état du droit positif	58
1°) Le principal cas d'enrichissement injustifié : l'enrichissement par la prestation du	
demandeur (<i>Leistungskondition</i>)	58
2°) Les « autres manières » d'enrichissement injustifié	63
3°) Les relations entre la gestion d'affaire et l'enrichissement injustifié	67
Sous-Titre II : Une source d'obligation autonome, l'exemple du droit anglais	75
Chapitre I : Des <i>quasi-contracts</i> à l' <i>unjust enrichment</i>	77
Section I : L'ancêtre des <i>quasi-contracts</i> : l' <i>indebitatus assumpsit</i>	78
Section II : Le passage éphémère aux <i>quasi-contracts</i> et leur abandon définitif au profit de l' <i>unjust</i>	
<i>enrichment</i>	86
I : L'implantation de l'enrichissement injustifié en droit anglais par l'intermédiaire des <i>quasi-</i>	
<i>contracts</i>	87
II : Des <i>quasi-contracts</i> au <i>restitution law</i> et <i>unjust enrichment</i>	93
A) L'influence du <i>Restatement</i> américain de 1937	94
B) Les apports décisifs de la doctrine anglaise	96
Chapitre II : L' <i>unjust enrichment</i> en droit positif	105
Section I : Les conditions de l' <i>unjust enrichment</i>	105
I : La nécessité d'un enrichissement	106
A) La notion d'enrichissement	106
1) La définition et la classification des différentes formes d'enrichissement	107
2) Les règles d'évaluation	108

B) Les critiques sur la notion d'enrichissement.....	117
II : Les <i>unjust factors</i>	120
A) Une liste non exhaustive	121
1) Les cas reposant sur l'absence de volonté du demandeur	121
b) <i>Duress</i>	127
c) <i>Undue influence</i>	128
d) <i>Exploitation of weakness</i>	128
e) <i>Incapacity</i>	129
f) <i>Failure of consideration</i> ou <i>failure of basis</i>	130
g) <i>Ignorance</i>	137
2) Les cas reposant sur des raisons de politique juridique.....	138
a) <i>Legal compulsion</i>	138
b) <i>Necessity</i>	142
c) <i>Illegality</i>	147
d) <i>Unlawful obtaining, or conferral, of a benefit by a public authority</i>	151
3) Le cas contesté du <i>free acceptance</i>	153
B) Les débats sur le passage à un modèle d'enrichissement injustifié	156
III : Le lien entre l'enrichissement et le demandeur : <i>at the expense</i>	162
A) Le rôle de l'appauvrissement au sein de l' <i>unjust enrichment</i>	163
1) Les arguments en faveur de l'exigence d'appauvrissement	164
2) L'affaire <i>Investment Trust Companies v Revenue and Customs Commissioners</i>	167
3) L'inutilité de l'appauvrissement	171
B) Le sujet délicat de l'enrichissement indirect.....	176
IV : Les moyens de défense de l' <i>unjust enrichment</i>	185
A) Un moyen spécifique à l' <i>unjust enrichment</i> : le <i>change of position</i>	186
B) L'exception du <i>bona fide purchase</i>	189
Section II : La place de l' <i>unjust enrichment</i> au sein du droit des obligations anglais	190
A) Le rôle de l' <i>unjust enrichment</i> en présence d'un contrat	193
B) La combinaison entre les remèdes du droit des contrats et l' <i>unjust enrichment</i>	199
1°) Le choix de l'action pour la partie innocente	200
2°) Le choix de l'action pour la partie à l'origine de l'inexécution	204
II) La distinction entre les <i>torts</i> et l' <i>unjust enrichment</i>	209
A) Une brève présentation du <i>tort law</i>	210
B) Les éléments de distinction entre <i>tort</i> et <i>unjust enrichment</i>	212
III) La distinction entre l' <i>unjust enrichment</i> et les <i>restitutions for wrongs</i>	215
A) Une présentation générale des <i>restitutions for wrongs</i>	216
B) En cas de <i>breach of contract</i>	220
1°) Le contexte général	220
2°) L'état du droit positif	223
C) En cas de <i>tort</i>	228
Titre II : La singularité du modèle français de l'enrichissement injustifié	239
Sous-titre I : Une source d'obligation au champ d'application incertain.....	241
Chapitre I : L'enrichissement injustifié et le quasi-contrat, une relation complexe.....	241
Section I : Les lacunes du Code civil	242
I : L'absence de principe général d'enrichissement injustifié en 1804	242
II : La naissance de la théorie de la gestion d'affaires anormale	246
Section II : Les liens entre l'action d'enrichissement injustifié et les quasi-contrats	251
I : Le refus initial de la qualification quasi-contractuelle	252
II : Le rattachement de l'enrichissement sans cause aux quasi-contrats	257
Chapitre II : Le décalage entre le discours doctrinal et la pratique jurisprudentielle	261
Section I : L'absence de véritable concept d'enrichissement injustifié	261
I : L'incohérence originelle des quasi-contrats.....	261
A) Une terminologie fluctuante, source de confusion	262
B) L'impossible conciliation de la gestion d'affaires et de la répétition de l'indu	264
1) Deux modèles distincts.....	265
2) L'influence sur l'élaboration de l'action d'enrichissement injustifié	267

II : L'utilisation abusive de la justice corrective.....	270
III : Le maintien de la logique quasi-contractuelle	273
Section II : Un droit positif désordonné	277
I : Une évolution chaotique et incertaine.....	278
A) L'utilisation des quasi-contrats par la jurisprudence	278
1) L'absence de ligne directrice	278
2) L'utilisation hasardeuse des quasi-contrats	282
a) Le mouvement de répulsion ou l'exemple de l'assistance bénévole	283
b) Le mouvement d'attraction	285
B) L'utilisation de l'action d'enrichissement injustifié par la jurisprudence	288
II : Les ambiguïtés de l'ordonnance du 10 février 2016	292
A) Une nouvelle définition des quasi-contrats	292
B) L'absence de fondement théorique aux restitutions.....	298
Sous-titre II : Un régime inadapté et incohérent	309
Chapitre I : Les « conditions économiques » de l'enrichissement injustifié.....	311
Section I : L'enrichissement, une condition secondaire	312
I : La condition d'enrichissement dans l'action d'enrichissement injustifié et la répétition de l'indu	312
A) Des divergences sur la notion d'enrichissement	313
B) Des divergences sur la date de caractérisation de l'enrichissement	316
II : Une condition indifférente dans la gestion d'affaires et en cas de dépense épargnée	319
A) La gestion d'affaires, une logique indemnitare	320
B) Le cas des dépenses épargnées : une condition déduite de l'appauvrissement.....	323
1) L'appréciation de l'enrichissement en cas de dépense épargnée	323
2) La comparaison avec les autres formes d'enrichissement.....	326
3) La comparaison avec la gestion d'affaires	328
Section II : L'appauvrissement, la condition principale	329
I : Une limite illusoire au domaine de l'enrichissement injustifié.....	330
A) L'appréhension de l'appauvrissement dans la gestion d'affaires	331
B) L'appréhension de l'appauvrissement dans l'action d'enrichissement injustifié	333
1) Au stade de la condition	334
2) Au stade de l'évaluation : la règle du double plafond	338
II : La distinction avec la responsabilité civile.....	346
A) Les risques d'absorption de l'enrichissement injustifié par la responsabilité civile	346
1) L'impossibilité de délimiter le domaine de la responsabilité civile par rapport à l'enrichissement injustifié.....	347
2) Le critère de l'identité de l'auteur du fait dommageable	349
B) Un emprunt à la responsabilité civile : la faute	352
1) La faute du demandeur	352
2) La faute du défendeur : l'appréhension de la mauvaise foi	358
Chapitre II : Les « conditions juridiques » de l'enrichissement injustifié	365
Section I : L'absence de justification	366
I : L'absence de justification dans l'action d'enrichissement injustifié	367
A) L'absence de définition	367
B) L'absence de justification de l'appauvrissement	372
II : L'absence de justification et l'indu	376
III : L'absence de justification et la gestion d'affaires	380
Section II : La subsidiarité	381
I : La subsidiarité dans l'action d'enrichissement injustifié.....	381
A) La subsidiarité, une condition accessoire	382
B) Les raisons justifiant le recours à la subsidiarité.....	387
II : La subsidiarité au sein des quasi-contrats.....	390
Partie II : Une conception renouvelée de l'enrichissement injustifié.....	403
Titre I : Les frontières internes de l'enrichissement injustifié.....	405
Chapitre I : Les éléments essentiels de l'enrichissement injustifié	407

Section I : Un droit de l'enrichissement	407
I) Un resserrement de la notion d'enrichissement	407
A) La nécessité d'une appropriation	408
1°) La préservation d'un élément du patrimoine	409
2°) Les modes de l'enrichissement	413
a) L'enrichissement par transfert d'un bien du demandeur au défendeur	413
b) L'enrichissement par appropriation des fruits ou du produit d'une chose	419
c) L'utilisation de la chose d'autrui	421
B) L'exclusion des services	424
II) L'indifférence de l'appauvrissement	426
Section II : La condition d'absence de justification	428
I) La violation d'un droit exclusif	429
II) L'exigence d'un transfert involontaire	437
A) Un transfert initialement vicié	437
B) Le non respect des conditions du transfert	440
Section III : Les conséquences sur l'obligation de restitution	442
I) La notion de restitution	443
A) Un affinement de la définition	444
B) La distinction avec les notions voisines	447
C) Les conséquences de la nouvelle définition	448
II) L'évaluation des restitutions	451
A) La date d'évaluation	451
B) L'appréciation « objective » de l'enrichissement	454
III) La possibilité de faire obstacle aux restitutions	456
A) L'indifférence de la faute du demandeur	457
B) L'admission exceptionnelle du « déenrichissement »	459
Chapitre II : La structure de l'enrichissement injustifié	467
Section I : L'abandon des quasi-contrats	467
I : La dissociation entre gestion d'affaires et enrichissement injustifié	468
A) La distinction entre un enrichissement injustifié et un avantage conféré à autrui	468
B) L'éviction de l'actuelle action d'enrichissement injustifié	471
1°) Une distinction entre gestion altruiste et gestion intéressée	471
2°) Les conséquences sur le régime de la gestion d'affaires	476
II : Les liens entre la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié	478
Section II : Le nouveau contenu de l'enrichissement injustifié	480
I) Une action de nature personnelle	481
II) La conciliation avec les cas particuliers	485
A) L'absorption de la répétition de l'indu	485
B) Le cas de l'accession	487
C) Les cas non retenus	495
1°) Les récompenses	495
2°) Les impenses	499
Titre II : Les frontières externes de l'enrichissement injustifié	505
Chapitre I : L'enrichissement injustifié et le contrat	507
Section I : La distinction entre contrat et enrichissement injustifié	507
I : Les circonstances rendant le transfert involontaire en présence d'un contrat	509
II : La question de l'anéantissement préalable du contrat	513
Section II : Les restitutions consécutives à l'anéantissement d'un contrat	517
I : L'étendue de l'anéantissement	518
II : Les différents fondements envisageables	522
A) Les cas ouvrant droit à restitutions	523
B) Les autres fondements possibles	525
1°) La possibilité d'obtenir une rémunération : le monopole du contrat	526
2°) La gestion d'affaires	528
3°) La responsabilité civile et les restitutions	531
Section III : Les conventions de restitutions	533

Chapitre II : L'enrichissement injustifié et la responsabilité civile.....	539
Section I : La distinction entre l'enrichissement injustifié et la responsabilité civile	539
I : Une logique d'attribution face à une logique de réparation	540
A) Les difficultés persistantes	540
B) Une logique différente	543
II : La résolution des conflits : les cas de superposition	545
Section II : L'appropriation du gain d'autrui	551
I : Les solutions alternatives à l'enrichissement injustifié.....	552
A) Les dommages et intérêts compensatoires	553
B) Les dommages et intérêts punitifs.....	560
C) Les dommages et intérêts restitutoires	565
III) Le choix de l'enrichissement injustifié	569
A) Un fait générateur plus sélectif.....	569
B) Un régime plus adapté	575
1°) L'indifférence du comportement des parties	575
a) L'indifférence de la faute	576
b) L'absence de lien de causalité	577
2°) Sur l'évaluation des restitutions.....	578
Conclusion générale	585
Bibliographie	589
INDEX	613
Table des matières.....	617

Résumé :

L'enrichissement injustifié demeure une source d'obligation mystérieuse en droit français et reste attaché à la catégorie de quasi-contrat.

Comparé à d'autres systèmes, comme le droit anglais et le droit allemand, le droit français de l'enrichissement injustifié présente une réelle singularité. En dépit de son appellation, l'enrichissement injustifié en droit français a moins pour effet de restituer un enrichissement que de compenser une perte subie par le demandeur. Cette particularité française s'explique en grande partie par les origines de cette source et ses liens avec les quasi-contrats. Étant donné que la gestion d'affaires a été le véritable modèle de l'action d'enrichissement injustifié, la notion d'enrichissement injustifié a été appréhendée de manière suffisamment large pour inclure tous les quasi-contrats originels (répétition de l'indu et gestion d'affaires).

L'objectif de cette thèse est de démontrer que la catégorie de quasi-contrat, et plus particulièrement l'affirmation selon laquelle tout quasi-contrat serait fondé sur l'enrichissement injustifié, a empêché le développement d'une véritable source d'obligation centrée sur l'enrichissement injustifié. Il est néanmoins possible de construire une source cohérente qui se concentre réellement sur la restitution d'un enrichissement.

Mots-clés : droit des obligations ; droit comparé ; enrichissement injustifié ; enrichissement injuste ; quasi-contrat ; restitutions ; répétition de l'indu ; gestion d'affaires ; enrichissement illicite.

Abstract :

Unjustified enrichment is still quite unknown in French law and remains embedded in the fallacious category of quasi-contract.

Compared to other jurisdictions, such as German and English law, French law of unjustified enrichment presents a genuine specificity. Despite its official designation, unjustified enrichment in French law is less concerned with the restitution of an enrichment than the compensation of a loss incurred by the claimant. This French peculiarity can largely be explained by the origins of this source and its links with the quasi-contracts. As the benevolent intervention in another's affairs was the model of the general action of unjustified enrichment, the notion of unjustified enrichment was broadly apprehended in order to encompass every original quasi-contract (undue payment and benevolent intervention in another's affairs).

The goal of this thesis is to demonstrate that the category of quasi-contract, and especially the affirmation that every quasi-contract is founded upon the principle of unjustified enrichment, has undermined the development of a true source of unjustified enrichment in French law. It is nevertheless possible to build a coherent source, if the analysis truly focuses on the restitution of an enrichment.

Keywords: Law of obligations ; comparative law ; unjustified enrichment ; unjust enrichment ; quasi-contract ; restitution ; money had and received ; benevolent intervention in another's affairs ; restitution for wrongs.