



**LES QUASI-CONTRATS EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS
ENVISAGÉS SOUS L'ANGLE DES RAPPORTS ENTRE LE CONTRAT, LA LOI ET LE JUGE,
AVEC ÉGARDS AUX DROITS ALLEMAND ET ANGLAIS**

Thèse de doctorat en droit
Université Paris I - Panthéon-Sorbonne

Valentin Pinel le Dret

*Doctorant à l'École doctorale de droit de la Sorbonne
rattaché à l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne*

*Associé de recherche du Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*

*Chercheur invité à l'Institute of European and Comparative Law
de l'Université d'Oxford et à la Melbourne Law School*

sous la direction de

Pascal de Vareilles-Sommières

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris I)*

Soutenue le 27 novembre 2023 à Paris devant un jury composé du directeur de recherche, Nicolas Warembourg, *professeur d'histoire du droit à l'École de droit de la Sorbonne*, président, Birke Häcker, *Schlegel-professeur de droit privé comparé à l'Université de Bonn*, rapporteur, et Yves-Marie Laithier, *professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas*, rapporteur

Résumé

Le droit des quasi-contrats est un pan mineur et mal-aimé du droit français des obligations. Mineur car le contentieux qu'il couvre n'est en rien comparable, tant en ce qui concerne son volume que sa complexité, à celui du droit des contrats et de la responsabilité extracontractuelle. Mal-aimé car, mineur, il n'intéresse ni les praticiens, qui se satisfont pleinement des textes clairs qui le régissent, ni les universitaires, qui ne voient pas l'intérêt de s'investir à son sujet.

Malgré tout, ce droit n'est pas épargné par la controverse.

Celui-ci repose en effet sur un concept, le *quasi-contrat*, dont nul ne parvient à proposer une définition convaincante. Si les juristes français, praticiens ou universitaires, ont une idée claire de ce que sont la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié, ou toute autre institution ou remède qualifié de quasi-contrat ou de quasi-contractuel, ils ne parviennent pas à expliquer ce qui fait d'eux des quasi-contrats.

Je soutiens dans cette thèse qu'il faut en finir avec la manière dont nous envisageons le droit des quasi-contrats. En ayant recours à l'analyse historique et comparative, j'explique que les trois quasi-contrats aujourd'hui nommés dans le Code civil, la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié, sont doués de logiques si singulières qu'elles ne peuvent être envisagées comme faisant partie d'un tout conceptuellement cohérent, à l'exception du paiement de l'indu qui forme l'un des piliers du droit de la restitution. Je défends qu'il est préférable de considérer le droit des quasi-contrats comme l'expression d'une catégorie fourre-tout et non comme une manifestation de la théorie de l'enrichissement injuste, ainsi qu'il est avancé par certains auteurs et sous-tendu dans le Code civil depuis l'entrée en vigueur de l'Ordonnance du 10 février 2016, et qu'il faut cesser de qualifier les trois institutions ci-avant mentionnées de *quasi-contrats*, l'incorporation du paiement de l'indu et de l'enrichissement injustifié dans la catégorie de *l'enrichissement injustement acquis d'autrui*, et de la gestion d'affaires dans le droit du mandat, étant amplement suffisante. Toutefois, il ne me semble pas nécessaire d'abolir le concept de *quasi-contrat*, celui-ci étant utile, non pas pour conceptualiser un *genus* d'obligations, mais une *species* dont la source n'est autre que le juge.

Mots-clefs. Obligations : quasi-contrats ; enrichissement injuste ; gestion d'affaires ; paiement de l'indu ; enrichissement injustifié ; restitution ; histoire du droit et droit comparé.

Abstract

The law of quasi-contracts is a minor and unloved part of the French law of obligations. Minor for the cases it covers are in no way comparable, either in volume or complexity, to that of the law of contracts and the law of wrongs ; unloved for it is of no interest either to practitioners, who are fully satisfied with the clear texts which govern it, or to scholars, who see no point in investing in it.

Despite this, it is not spared from controversies.

The law of quasi-contracts is indeed grounded on a concept, the *quasi-contract*, which no one has managed to find a convincing definition. If French lawyers, whether practitioners or scholars, have a clear idea of what interference with another's affairs (*gestion d'affaires*), undue performance (*paiement de l'indu*), and unjustified enrichment (*enrichissement injustifié*) are, or any other institution or remedy described as quasi-contract or quasi-contractual, they cannot explain what qualify them as quasi-contracts.

I argue in this thesis that we need to move away from the way we think the law of quasi-contracts. Using historical and comparative analysis, I explain that the three quasi-contracts now regulated in the Code civil, interference with another's affairs, undue performance, and unjustified enrichment, are so singular that they cannot be seen as part of a conceptually coherent whole, with the exception of undue performance which is one pillar of the law of restitution. I argue that it is preferable to consider the law of quasi-contracts as the expression of a catch-all category and not as a manifestation of the theory of unjust enrichment, as is argued by some authors and underpinned in the Code civil since the entry into force of the Ordonnance of 10 February 2016, and that it is necessary to cease calling the three above-mentioned institutions *quasi-contracts*, the incorporation of the *paiement de l'indu* and the *enrichissement injustifié* in the category of *unjust enrichment*, and of the *gestion d'affaires* in the law of mandate, being more than sufficient. However, it does not seem to me necessary to abolish the concept of quasi-contract, since it is useful, not to conceptualise a *genus* of obligations, but a *species* whose source is simply the judge.

Keywords. Obligations : quasi-contracts ; unjust enrichment ; interference with another's affairs ; undue performance ; unjustified enrichment ; restitution ; legal history and comparative law.

Abréviations

AC – Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
Ad. & El. – Adolphus & Ellis' Queen's Bench Reports
al. – alinéa
All ER – All England Law Reports
ALJR – Australian Law Journal Reports
anc. art. – ancien article
anon. – anonyme
art. – article
art. préc. – article précité
Atk. – Atyns' Chancery Reports

B. & C. – Barnewell & Cresswell's King's Bench Reports
B. & S. – Best & Smith's Queen's Bench Reports
BCLC – Butterworths Company Law Cases
Bing. – Bingham's Common Pleas Reports
BLR – Business Law Reports
Bro. CC – Brown's Chancery Cases
Bull. civ. I à III – Cour de cassation, Bulletin des arrêts des chambres civiles
Bull. civ. IV – Cour de cassation, Bulletin des arrêts de la chambre commerciale
Bull. civ. V – Cour de cassation, Bulletin des arrêts de la chambre sociale
Bull. mix. – Cour de cassation, Bulletin des arrêts des chambres mixtes
Burr. – Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield

C. civ. – Code civil (France)
C. civ. Québ. – Code civil du Québec
C. cons. – Code de la consommation
C. pén. – Code pénal
Camp. – Campbell's Nisi Prius Cases
CASS. COM. – Cour de cassation, Chambre commerciale
CASS. CIV. – Cour de cassation, Chambre civile
CASS. CIV. 1 – Cour de cassation, Première chambre civile
CASS. CIV. 2 – Cour de cassation, Deuxième chambre civile
CASS. CIV. 3 – Cour de cassation, Troisième chambre civile
CASS. MIX. – Cour de cassation, Chambre mixte
CASS. REQ. – Cour de cassation, Chambre des requêtes
CASS. SOC. – Cour de cassation, Chambre sociale
CCC – *Contrats, concurrence, consommation*
Ch. – Law Reports, Chancery Division (Third Series)
Ch. D. – Law Reports, Chancery Division (Second Series)
Chap. – Chapitre
Chron. – Chronique
chron. préc. – chronique précité
CLC – CCH Commercial Law Cases
CLJ – *Cambridge Law Journal*
CLP – *Current Legal Problems*
CLR – Commonwealth Law Reports
Co. Rep. – Coke's King's Bench Reports
Cod. – Corpus iuris civilis, Codex
Coll. – collectif
comm. – commentaire de

comm. préc. – commentaire précité
comp. – comparez
concl. – conclusions
contrib. – contribution
Cowp. – Cowper's King's Bench Reports
Cox Eq. Cas. – Cox's Equity Cases
CUP – Cambridge University Press

D. – *Recueil Dalloz*
DC – *Recueil critique Dalloz*
DH – *Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz*
Dig. – *Corpus iuris civilis, Digesta*
dir. – sous la direction de ou édité par
disc. – discours
discus. – discussions
DLR – Dominion Law Reports
Doctr. – Doctrine
Doug. – Douglas' King's Bench Reports
DP – *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*
Dr. fam. – *Droit de la famille*

e.g. – *exempli gratia*
East – East's Term Reports, King's Bench
éd. – édition
ELR – *Edinburgh Law Review*
EPLJ – *European Property Law Journal*
ER – English Reports
et al. – *et alii*
et seq. – *et sequentes paginæ*
EWCA Civ. – Court of Appeal, Civil Division
EWHC – England & Wales High Court
exp. – exposé

FLR – Family Law Reports

GAJC – *Grands arrêts de la jurisprudence civile*
Gaz. Pal. – *Gazette du Palais*
Gaz. Trib. – *Gazette des Tribunaux*

HCA – High Court of Australia
HKCFI – Hong Kong Court of First Instance
HLR – *Harvard Law Review*

i.e. – *id est*
ibid. – *ibidem*
id. – *idem*
Instit. – *Institutiones*

JCL – *Journal of Contract Law*
JCP – *Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition générale*
JCP E – *Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition entreprise*
JCULR – *James Cook University Law Review*
JLS – *Journal of Legal Studies*
JORF – Journal officiel de la République française

KB – Law Reports, King's Bench Division

LGDJ – Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lib. – Livre
Liv. – Livre
LJ Ex. – Law Journal Reports, Exchequer New Series
Lloyd's Rep. – Lloyd's Law Reports
LMCLQ – *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*

LPA – *Les Petites Affiches*
Lofft – Lofft’s King’s Bench Reports
LQR – *Law Quarterly Review*
LR – Law Report’s (First Series)
LS – *Legal Studies*

M. & M. – Moody & Malkin’s Nisi Prius Reports
M. & W. – Meeson & Welsby’s Exchequer
MLR – *Modern Law Review*

n. – note
NCLR – *North Carolina Law Review*
nda – note de l’auteur
NYS – New York Supplement
NZHC – High Court of New Zealand
NZLR – New Zealand Law Reports

OJLS – *Oxford Journal of Legal Studies*
op. cit. – *opus citatum*
OUCLJ – *Oxford University Commonwealth Law Journal*
OUP – Oxford University Press

P. – Law Reports, Probate, Divorce, and Admiralty Division
Plaid. – Plaidoirie
préc. – précité
PUAM – Presses Universitaires de Provence
PUF – Presses Universitaires Françaises
PUTC – Presses de l’Université Toulouse-Capitole
PWms – Peere-Williams’ Chancery & King’s Bench Cases

QB – Law Reports, Queen’s Bench Division
QBD – Law Reports, Queen’s Bench Division (1875–1890)
Quest. – Question

rapp. – rapport
RCLJ – *Revue critique de législation et de jurisprudence*
RDC – *Revue des contrats*
RDIC – *Revue internationale de droit comparé*
RDIDC – *Revue de droit international et de droit comparé*
RHDFE – *Revue historique de droit français et étranger*
RLDA – *Revue Lamy Droit des Affaires*
RLR – *Restitution Law Review*
RTD Civ. – *Revue trimestrielle de droit civil*

S. – *Recueil Sirey*
SASC – South Australia Supreme Court
SASR – South Australian State Reports
SC – Session Cases
SCR – Supreme Court Reports, Canada
SLT – Scots Law Times
Sec. – Section
ss. – sous
STC – Simon’s Tax Cases
STI – Simon’s Weekly Tax Intelligence
Swans. – Swanston’s Chancery Reports

T&T – Trusts & Trustees
Taunt. – Taunton’s Common Pleas Reports
TI – Tribunal d’instance
TIL – Theoretical Inquiries in Law
Tit. – Titre
TLHR – The Legal History Review
TLR – Times Law Reports

trad. – traduction
TRIB. CIV. – Tribunal civil
TRIB. COM. – Tribunal de commerce
TRIB. CORR. – Tribunal correctionnel

UKHL – United Kingdom House of Lords
UKPC – United Kingdom Privy Council
UKNCCL – United Kingdom National Committee of Comparative Law
UNCP – University of North Carolina Press
UQLJ – University of Queensland Law Journal
US – United States Supreme Court Reports
UTLJ – University of Toronto Law Journal

Ves. – Vesey Junior’s Chancery Reports
Vol. – Volume
Voy. – voyez
VR – Victorian Reports

W. & S. – Wilson & Shaw’s Appeal Cases, House of Lords
WASC – Western Australia Supreme Court
WLR – Weekly Law Reports
WTLR – Wills & Trusts Law Reports

YLR – *Yale Law Journal*

ZEuP – *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*

INTRODUCTION

« When I listen to French scholars explain
what the law of quasi-contracts is,
I don't understand ;
And when I listen to them carefully,
I realise they don't either ».

Anon., Corpus Christi, Oxford
23 janvier 2020*

1. – Les quasi-contrats, un droit mineur et mal-aimé. Le droit des quasi-contrats est un pan *mineur* et *mal-aimé* du droit français des obligations¹. Mineur car le contentieux qu'il couvre n'est en rien comparable, tant en ce qui concerne son volume que sa complexité, à celui du droit des contrats et de la responsabilité extracontractuelle² ; mal-aimé car, mineur, il n'intéresse ni les praticiens, qui se satisfont pleinement des textes clairs qui le régissent, ni les universitaires, qui ne voient pas l'intérêt de s'investir à son sujet. Ainsi compte-t-on aujourd'hui moins d'une dizaine de thèses consacrées à la question des quasi-contrats en tant qu'ensemble, les plus célèbres étant celles d'Henri Vizioz (1886–1948), en histoire du droit, publiée en 1912³, et de Méлина Douchy-Oudot, en droit positif interne, publiée en 1997⁴, ainsi que celle d'Hélène Chanteloup, en droit

* Je remercie, outre l'auteur de ce trait d'esprit, qui souhaite attendre la publication de cette thèse avant d'en revendiquer la paternité – « one is never too cautious with quasi-contracts » –, mes mentors et professeurs, Pascal de Vareilles-Sommières, Ruth Sefton-Green, Geneviève Viney (1937–2023), Birke Häcker, Simon Whittaker, Robert Stevens, Reinhard Zimmermann et Katy Barnett, pour l'apport que nos discussions ont eu dans mes recherches, ainsi que mes amis et collègues de la Sorbonne, d'Oxford, du Max-Planck et de l'University of Melbourne, notamment Justine Brogi, Paul Heckler, Philipp Scholz, Ben Köhler, Jonathan Friedrichs, Martin Bialluch, Steffi Leclerc, Hikaru Sato et Jo Palazuelos-Krukowski.

¹ POLLAUD-DULIAN F., « Le modèle du quasi-contrat » in REVET T. (dir.), *Code civil et modèles*, LGDJ, 2005, pp. 413-431, p. 413. – Adde MAZEAUD D., « D'une source, l'autre... », comm. CASS. MIX., 6 septembre 2002, 98-22.981, *Bull. mix.*, n°4, D. 2002, n°39, pp. 2963-2967.

² LIBCHABER R., « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine* 2016, n°258, pp. 73-75, p. 73.

³ VIZIOZ H., *La notion de quasi-contrat*, Thèse Bordeaux, 1912, pp. 314-315. – Adde GOUBLET G., *La notion du quasi-contrat : classification rationnelle des sources d'obligations*, Thèse Paris, 1904, et LITTNER P., *Le quasi-contrat aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles*, Mémoire Assas, 1999.

⁴ DOUCHY-LOUDOT M., *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, 1997. – Adde HONORAT J., « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD Civ.* 1969, pp. 653-691. – Comp. CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, pp. 340-393, et GALBOIS D., *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, pp. 94-122.

international privé, publiée en 1998⁵, et Mélodie Combot, en droit positif comparé, publiée en 2023⁶. Pour le reste, la littérature se limite à quelques études consacrées à des quasi-contrats spéciaux, notamment la gestion d'affaires et l'enrichissement injustifié. Ces études sont généralement centrées sur un aspect technique de ces quasi-contrats et non sur leur dimension institutionnelle. On ne recense par exemple, pour la gestion d'affaires, que quelques travaux holistiques, avec, entre-autre, un double-article de Maurice Picard (1887–1968) publié à la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1921–1922⁷, une chronique de François Goré (1915–1985), publiée au *Recueil Dalloz* en 1953⁸, et une thèse de Roger Bout (1939–2016) publiée en 1972⁹, et pour l'enrichissement injustifié, des articles de Georges Ripert (1880–1958) et d'un certain Teisseire, d'André Rouast (1885–1979), publiés respectivement en 1904¹⁰ et 1922¹¹, à la *Revue trimestrielle de droit civil*, et la thèse de Goré, rédigée alors qu'il était captif à l'Oflag IV-D, publiée en 1949¹². On peut également rapporter quelques études sur des institutions ou remèdes qualifiés, pour une raison ou une autre, de *quasi-contrats* ou de *quasi-contractuel(le)s*, à l'image du quasi-contrat d'assistance¹³, de l'indemnité légale de rupture des contrats d'intermédiation commerciale¹⁴, la *restitutio in integrum*¹⁵, l'apparence¹⁶, ou le quasi-engagement¹⁷.

2. – Le quasi-contrat, monstre légendaire. Bien que mineur et mal-aimé, le droit des quasi-contrats n'est pas épargné par la controverse. Celui-ci repose en effet sur un

⁵ CHANTELOUP H., *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, 1998.

⁶ COMBOT M., *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, LGDJ, 2023.

⁷ PICARD M., « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine », *RTD Civ.* 1921, pp. 419-467, et *RTD Civ.* 1922, pp. 5-34.

⁸ GORÉ F., « Le fondement de la gestion d'affaires, source autonome et générale d'obligations », *D.* 1953, Chron. 38.

⁹ BOUT R., *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 1972.

¹⁰ RIPERT G. et TEISSEIRE R., « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD Civ.* 1904, pp. 727-796. – Comp. TEISSEIRE R., *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Rousseau, 1901.

¹¹ ROUAST A., « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1922, pp. 35-109.

¹² GORÉ F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, 1949.

¹³ e.g. MONTAS A., *Le quasi-contrat d'assistance*, LGDJ, 2007 ; SÉRIAUX A., « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance » in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 299-311; HOCQUET-BERG S., « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.* 1996, n°1, Doctr. 34 ; STASIAK F., « Le fondement de la réparation du dommage résultant d'une assistance bénévole au regard des tendances actuelles de la jurisprudence civile », *LPA* 1996, n°87, pp. 9-15 ; et BOUT R., « La convention dite d'assistance » in *Mélanges Kayser*. Tome I, PUAM, 1971, pp. 157-211.

¹⁴ VONWILL M., *L'indemnité légale de rupture des contrats d'intermédiation commerciale. Essai d'une analyse quasi-contractuelle*, Thèse Nantes, 2021.

¹⁵ GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n°658. – Comp. LARDEUX G. et SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2023, 5^{ème} éd., Leçon 19.

¹⁶ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, 17^{ème} éd., n°493. – *Contra* DANIS-FATÔME A., *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004, pp. 605-615.

¹⁷ GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, 2007.

concept, le *quasi-contrat*, dont nul ne parvient à proposer une définition convaincante. Si les juristes français, praticiens ou universitaires, ont une idée assez claire de ce que sont la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié, les trois quasi-contrats *nommés* à l'art. 1300 al. 2 C. civ. et régis aux art. 1301 à 1303-4 C. civ., ou toute autre institution ou remède qualifiés de quasi-contrats ou de quasi-contractuel(le)s, ils ne parviennent pas à expliquer ce qui fait d'eux des quasi-contrats.

Cela tient au concept-même de *quasi-contrat*.

Ce « monstre légendaire », ainsi que l'avait qualifié Louis Josserand (1868–1941) dans son *Cours de droit civil*¹⁸, échappe en effet à toute entreprise de rationalisation. À s'en tenir aux acquis de la littérature romano-byzantine et médiévale, il est censé représenter un ensemble d'obligations dont la source ne serait ni le contrat, ni le délit civil¹⁹ ; et à s'en tenir à la lettre du Code civil, tel que promulgué en 1804, celui-ci serait l'expression d'un « fait purement volontaire de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »²⁰.

On fait difficilement plus vague²¹.

3. – Les quasi-contrats et la théorie générale de l'enrichissement injuste. À l'évidence, si la plupart des universitaires ne se sont pas formalisés outre mesure sur l'absence de cohérence conceptuelle du droit des quasi-contrats, en acceptant soit qu'il ne

¹⁸ JOSSERAND L., *Cours de droit civil*. Tome II. *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1939, 3^{ème} éd., n°10.

¹⁹ ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon, 1996, pp. 14-18.

²⁰ Anc. art. 1371 C. civ. (italiques ajoutées).

²¹ Sans surprise, on a pu faire à peu près tout et n'importe quoi avec le concept de *quasi-contrat*.

Léon Bourgeois (1851–1925) en fit par exemple la clef-de-voute de la doctrine *solidariste*, celui-ci ayant affirmé dans son *Solidarité* qu'un « *quasi-contrat général* résulte entre les hommes du fait naturel, nécessaire, de leur existence en société et a pour objet de régler, non les rapports privés entre chacun et chacun, mais les rapports communs entre chacun et tous, à raison du louage permanent de services et d'utilités que représente l'outillage commun de l'humanité », Colin, 1896, pp. 148-149, vision que Vizioz, dont les opinions politiques se passeront ici d'exposé, critiqua, d'autant que Bourgeois voyait dans le quasi-contrat un « contrat rétroactivement consenti », *ibid.*, p. 140, à savoir un contrat « fondé sur l'interprétation des volontés qu'eussent exprimées les parties, si elles eussent pu librement intervenir au préalable et donner leur consentement à la formation du lien de droit », BOURGEOIS L., « Solidarité, justice et liberté », Rapport au Congrès d'éducation sociale, 26-30 septembre 1900, Alcan, 1901, pp. 79-94, p. 86, une aberration pour Vizioz, *op. cit.*, pp. 322-325.

Les fonctionnaires du commissariat général du Plan purent quant à eux qualifier dans les annexes du Plan intérimaire (1960–1961) et du IV^{ème} plan (1962–1965) des accords d'incitations fiscales ou financières et d'octroi d'avantages en nature que l'administration pouvait passer, dans des formes libres, avec des entreprises dont les activités intéressaient le Plan, de « quasi contrats », avant de les renommer « conventions », Loi 62-900 du 4 août 1962 *portant approbation du Plan de développement économique et social*, JORF 7 août 1962, Annexe, p. 16 et p. 130. – Voy. BATAILLER F., « Une nouvelle technique de l'économie concertée, les quasi-contrats pour l'exécution du plan », *Revue des sciences financières* 1964, n°2, pp. 365-386 ; ARRIGHI DE CASANOVA E., « Les quasi-contrats du plan », *Droit social* 1965, pp. 341-355 ; JACQUOT H., « Les interventions économiques de l'État par voie contractuelle en France » in COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE (dir.), *Renaissance du phénomène contractuel*, Nijhoff, 1971, pp. 79-114, pp. 103-109.

s'agissait là que d'une catégorie fourre-tout dont le nom n'était qu'une relique²², ou une erreur²³, de l'histoire, ou en s'épargnant, purement et simplement, d'avoir recours à la qualification quasi-contractuelle²⁴, certains ont entrepris de le raisonner, notamment en le mettant en équation avec la théorie générale de l'« enrichissement injuste » – *nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui*²⁵.

Cette équation n'est pas nouvelle.

Elle a été formulée dès la première moitié du XIX^{ème} siècle par Charles-Bonaventure-Marie Toullier (1752–1835)²⁶, et a été défendue par des auteurs tels Claude Bufnoir (1832–1898)²⁷, Marcel Planiol (1853–1931)²⁸, Eugène Gaudemet (1872–1933)²⁹, Ripert³⁰, ou plus récemment Éric Descheemaeker³¹, selon des modalités toutefois très différentes. Elle aurait été, à en croire Gérard Cornu (1926–2007)³², parfaite par Jean Carbonnier (1908–2003), ce dernier ayant effectivement groupé dans son manuel de droit civil sous l'idée de *responsabilité du fait d'un enrichissement injuste*, ou plus précisément d'un « avantage indûment reçu d'autrui »³³, les quasi-contrats de gestion d'affaires et de paiement de l'indu ainsi que l'enrichissement sans cause, théorie qui relevait à l'époque de la jurisprudence, approche que Muriel Fabre-Magnan a préservé dans son manuel³⁴, et que Cornu a promu dans l'*Avant-projet Catala*³⁵.

²² LÉVY-BRUHL H., « Sur les sources sociales de l'obligation juridique », *Cahiers internationaux de sociologie* 1946, pp. 67-81, pp. 69-70.

²³ VIZIOZ, *op. cit.*

²⁴ e.g. MARTY G. et RAYNAUD P., *Les obligations*. Tome I. *Les sources*, Sirey, 1988, 2^{ème} éd., pp. 388-389 ; ou BOYER L., ROLAND H. et STARK B., *Les obligations*. Tome II. *Contrat*, Litec, 1998, 6^{ème} éd., n°2126.

²⁵ Par souci de clarté je distingue l'*enrichissement injuste*, concept qui couvre toutes les techniques et théories au travers desquels les universitaires appréhendent l'application du principe selon lequel on ne saurait injustement s'enrichir aux dépens d'autrui, de l'*enrichissement injustifié*, source d'obligation régie, en droit français, aux art. 1303 à 1303-4 C. civ., tout en reconnaissant qu'il existe, en droit comparé, un débat sur la distinction entre enrichissement *injuste* et *injustifié*, l'*injuste* faisant référence aux systèmes juridiques qui accordent un remède du fait d'un enrichissement acquis à nos dépens lorsqu'il est établi un facteur injuste justifiant l'octroi d'un remède, et l'*injustifié* faisant référence aux systèmes juridiques qui accordent un remède lorsqu'il est établi que cet enrichissement est dépourvu d'une justification juridique.

²⁶ TOULLIER C.-M.-B., *Le droit civil français*. Tome XI, Warée, 1823, n°17-20.

²⁷ BUFNOIR C., *Propriété et contrat*, LGDJ, 1900, p. 786.

²⁸ PLANIOL M., « Classification des sources des obligations », *RCLJ* 1904, pp. 224-237, pp. 228-229.

²⁹ GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1936, p. 295.

³⁰ RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°111.

³¹ DESCHEEMAEKER E., « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD Civ.* 2013, pp. 1-26. – *Adde id.*, « The New French Law of Unjustified Enrichment », *RLR* 2017, n°25, pp. 77-103.

³² CORNU G., « Art. 1327 à 1339 – Quasi-contrats » in CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, pp. 62-64, p. 63.

³³ CARBONNIER J., *Droit civil*. Tome II. *Les biens et les obligations*, PUF, 2004, éd. « Quadrige », n°1213, p. 2417. – *Voy. infra*, n°85.

³⁴ FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*. Tome II. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2019, 4^{ème} éd., n°516.

³⁵ CORNU, comm. préc. – *Voy. infra*, n°86.

I. – Quasi-contrats et enrichissement injuste, une équation séduisante mais discutable

4. – L’apport de l’Ordonnance du 10 février 2016 sur le droit des quasi-contrats.

Si de prime abord l’équation du droit des quasi-contrats à la théorie de l’enrichissement injuste est séduisante en ce qu’elle permet, pour reprendre une analyse de Paul-André Crépeau (1926–2011), d’organiser les obligations autour des « grands préceptes moraux que l’empereur Justinianus I (482–565) avait, au VI^{ème} siècle de notre ère, énoncé au début de ses *Institutiones* : *honeste vivere*, le respect de la parole donnée ; *alterum non lædere*, la réparation du préjudice injustement causé à autrui ; et *suum cuique tribuere*, la restitution de l’enrichissement injuste »³⁶, elle est plus discutable lorsqu’elle est appliquée dans toute sa rigueur. Non seulement, ainsi que l’avaient relevé Henri (1900–1993), Léon (1900–1970) et Jean (1904–1995) Mazeaud, est-elle si vague que d’aucun peut y appréhender la quasi-totalité du droit civil³⁷ – c’est après tout le propre d’un droit juste que de s’assurer qu’aucune opération de la vie civile et commerciale ne se traduise par des pertes ou des profits injustifiés –, mais il n’est pas certain qu’elle permette de saisir l’esprit général de chaque quasi-contrat, notamment la gestion d’affaires. Et pourtant, les rédacteurs de l’Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*³⁸, ont adopté, mot-pour-mot, la proposition de Cornu et décidé d’élever l’enrichissement sans cause, dit aujourd’hui enrichissement *injustifié*, au rang d’alpha et omega du droit des quasi-contrats. Il est ainsi à présent convenu à l’art. 1300 al. 1 C. civ. que « les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement *de celui qui en profite sans y avoir droit*, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui »³⁹. Il a été précisé que d’aucun peut agir sur le fondement de l’enrichissement injustifié, désormais régi aux art. 1303 à 1303-4 C. civ., lorsqu’il lui est impossible d’agir sur le fondement de la gestion d’affaires⁴⁰ ou du paiement de l’indu⁴¹ :

³⁶ CRÉPEAU P.-A., « La fonction du droit des obligations », *McGill Law Journal* 1998, n°42, pp. 729-780, p. 747, en référence à JUSTINIANUS, *Instit.*, 1.1.3.

³⁷ MAZEAUD H. *et al.*, *Leçons de droit civil*, Tome II. Vol. I. *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1998, 9^{ème} éd., p. 824.

³⁸ JORF 11 février 2016.

³⁹ Italiques ajoutées.

⁴⁰ Art. 1301 à 1301-5 C. civ.

⁴¹ Art. 1302 à 1302-3 C. civ.

Art. 1303 C. civ. – « 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 ».

Cette précision a d'ailleurs été mentionnée dans le chapitre relatif à la gestion d'affaires :

Art. 1301-5 C. civ. – « 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 ».

En somme, en matière d'*avantage indûment reçu d'autrui*, la gestion d'affaires et le paiement de l'indu sont d'application spéciale et l'enrichissement injustifié d'application générale – *specialia generalibus derogant*⁴².

5. – Distinguer responsabilité contractuelle, extracontractuelle et quasi-contractuelle. En procédant ainsi, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont entendu opposer les quasi-contrats aux délits et quasi-délits⁴³, à savoir des faits dommageables qui obligent la personne qui les a commis à indemniser la victime à hauteur de l'entier préjudice⁴⁴, et par là même restructurer le droit des obligations autour de trois chefs de responsabilité : la responsabilité du fait de l'« inexécution du contrat » – *la responsabilité contractuelle*⁴⁵ ; la responsabilité du fait d'un « dommage injustement causé à autrui »⁴⁶ – *la responsabilité extra-contractuelle*⁴⁷ ; et la responsabilité du fait d'un avantage indûment, ou injustement, reçu d'autrui : *la responsabilité quasi-contractuelle*.

Il est toutefois regrettable qu'ils ne soient pas allés au bout de leur raisonnement et n'aient pas tiré la conclusion que Toullier avait tiré deux cents ans plus tôt dans son *Droit*

⁴² BALAT N., *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, n°95.

⁴³ Les concepts de *délit* et *quasi-délit* ont été formellement abolis par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016, encore qu'il en reste une relique à l'art. 1417 al. 1 C. civ. : « La communauté a droit à récompense, déduction faite, le cas échéant, du profit retiré par elle, quand elle a payé les amendes encourues par un époux, en raison d'infractions pénales, ou les réparations et dépens auxquels il avait été condamné pour des délits ou quasi-délits civils ».

⁴⁴ Art. 1240 à 1252 C. civ. – Comp. CASS. CIV. 2, 20 décembre 1966, *D.* 1967.169.

⁴⁵ Art. 1217 à 1231-7 C. civ. – Voy. JACQUEMIN Z., *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, LGDJ, 2021 ; CARTWRIGHT J., « Freedom of Contract, Judicial Control, and Remedies for Non-Performance: Comparative Reflections from English Law » in *Mélanges Aynès*, LGDJ, 2019, pp. 85-96 ; et ROWAN S., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, OUP, 2012.

⁴⁶ CARBONNIER, *Les biens et les obligations*, *op. cit.*, éd. « Quadrige », n°1114-1115.

⁴⁷ Voy. WHITTAKER S., « A Common Framework for Civil Liability? » in BORGHETTI J.-S. et WHITTAKER S. (dir.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2019, pp. 15-36 ; LAITHIER Y.-M., « The Relationship between Contractual and Extra-Contractual Liability as between Parties to a Contract » *ibid.*, pp. 37-54 ; et JUEN E., *La remise en cause de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016.

civil français en réduisant tous les chefs de responsabilité quasi-contractuels à une clause générale disposant que « tout fait quelconque de l'homme qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit »⁴⁸.

Cette approche aurait eu le mérite de simplifier la matière.

Après tout, il est acquis depuis 1804 que « [t]out fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »⁴⁹ ; que « [c]hacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence »⁵⁰ ; et que l'« [o]n est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde »⁵¹.

Pourquoi n'en irait-il pas de même en matière d'enrichissement injuste ?

L'idée ne semble pas avoir effleuré les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016, qui, il est vrai, avaient été chargés par les membres du Parlement, en vertu de la loi 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*⁵², de « [m]oderniser les règles applicables à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu et [de] consacrer la notion d'enrichissement sans cause »⁵³, la réforme ayant avant tout pour objectif « de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve »⁵⁴.

II. – Enrichissement injuste et quasi-contrats prétoriens, une étrange combinaison

6. – Les incohérences de l'Ordonnance du 10 février 2016. Si le choix d'agencer formellement les quasi-contrats autour de la théorie de l'enrichissement injuste ne devrait pas avoir la moindre incidence en pratique – on voit difficilement comment il pourrait en

⁴⁸ TOULLIER, *op. cit.*, éd. 1823, pp. 15-17. – Voy. *infra*, n°84.

⁴⁹ Art. 1240 ; anc. art. 1382 C. civ.

⁵⁰ Art. 1241 ; anc. art. 1383 C. civ.

⁵¹ Art. 1242 al. 1 ; anc. art. 1384 al. 1 C. civ.

⁵² JORF 17 février 2015.

⁵³ Art. 8, *ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

être autrement –, il n'est pas sans soulever quelques questions d'ordre théorique, notamment taxinomique. Ainsi que l'expliquent les auteurs du rapport remis au président de la République, cet agencement ne serait que la conséquence du « caractère subsidiaire » de l'enrichissement injustifié « par rapport aux autres quasi-contrats »⁵⁵. Or, s'il est indéniable depuis l'arrêt rendu par les membres de la Chambre civile de la Cour de cassation le 2 mars 1915 dans *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant*⁵⁶, que le demandeur ne peut agir en enrichissement injustifié qu'à titre subsidiaire, il n'est pas exact de soutenir que cette subsidiarité est limitée « aux autres quasi-contrats », dans la mesure où il est clairement établi depuis l'arrêt précité qu'elle est absolue :

« Attendu que l'action *de in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, *d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit*, et qu'elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé, ni, par suite, par un entrepreneur, pour servir à déguiser une demande en supplément de prix prohibée par l'article 1793 du Code civil, en cas de marché à forfait »⁵⁷.

Les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 n'ont d'ailleurs pas remis en cause cette approche. Ainsi que le relèvent les auteurs du rapport remis au président de la République « [l]'article 1303-3 consacre, d'une façon plus générale que le rappel formulé à l'article 1303, le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* affirmé par la jurisprudence. Ainsi cette action ne peut ni servir à contourner les règles *d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale* dont l'appauvri dispose, ni suppléer une autre action qu'il ne pourrait plus tenter suite à un obstacle de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore en raison de l'autorité de chose jugée »⁵⁸.

N'aurait-il alors pas été plus simple, et cohérent, de ne pas réformer la définition des quasi-contrats, et de ne pas énoncer le principe de l'enrichissement injustifié en relation avec la gestion d'affaires et le paiement de l'indu ? Et ce d'autant que les auteurs du rapport remis au président de la République ont admis que les juges pouvaient, tel qu'ils le

⁵⁵ « Enrichissement injustifié » in MINISTÈRE DE LA JUSTICE (dir.), Rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF 11 février 2016 (ci-après « Rapport au président de la République »).

⁵⁶ D. 1920.1.102 ; *GAJC*, n°242.

⁵⁷ *Ibid.* (italiques ajoutées).

⁵⁸ « Enrichissement injustifié » in Rapport au président de la République, préc. (italiques ajoutées).

font depuis près de trente ans⁵⁹, « appréhender des comportements qui devraient entraîner des obligations d'indemnisation à la charge de leurs auteurs, en dépit du silence de la loi » et du règlement⁶⁰, en créant, sur le fondement de la définition de l'art. 1300 al. 1 C. civ., de nouveaux quasi-contrats ?

III. – En finir (ou presque) avec les quasi-contrats, repenser la question des obligations non-contractuelles et non-délictuelles à l'aune de l'histoire du droit et du droit comparé

7. – **Le droit des quasi-contrats à la croisé des chemins ?** Ainsi que j'entends le démontrer, il est temps d'appréhender la question des quasi-contrats de façon cohérente et d'accepter les limites de la matière. Si comme Hector « nous savons que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination [et que] jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »⁶¹, force est de constater que le droit des quasi-contrats ne peut être pleinement saisi à l'aune du principe général de prohibition de l'enrichissement injuste. Non seulement cette théorie, telle qu'elle est envisagée par certains auteurs, se manifeste en droit français selon des modalités qui n'ont rien à voir avec les modèles proposés, notamment ceux inspirés du droit anglais⁶², mais elle ne permet pas de restituer avec précision la raison d'être de chaque quasi-contrat.

Plutôt que d'opter pour un entre-deux où le droit des quasi-contrats est présenté comme une collection d'institutions indépendantes les unes des autres, mais malgré tout douée d'une logique d'ensemble, il me semble nécessaire de choisir. Soit on considère (1) que le droit des quasi-contrats est sous-tendu par le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste, et il n'est plus nécessaire, ni utile, de conserver le concept de *quasi-contrat*, ou les institutions qui sont visées comme telles dans le Code civil – une clause générale en responsabilité du fait d'un enrichissement injuste suffit – ; soit on considère (2) que le droit des quasi-contrats est l'expression d'une catégorie résiduelle couvrant des obligations qui ne sont ni de nature contractuelle, ni de nature « extracontractuelle » ou purement légale, et on en tire les conséquences en préférant un

⁵⁹ CASS. MIX., 6 septembre 2002, *Bossa et UFC c. Maison française de distribution*, 98-22.981, *Bull. mix.*, n°4 ; *GAJC*, n°244, et *id.*, 6 septembre 2002, *Marchewka c. Maison française de distribution*, 98-14.397.

⁶⁰ « Autres sources d'obligations » in Rapport au président de la République, préc.

⁶¹ GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Grasset, 1935, Acte II, Scène V, Hector à Busiris.

⁶² Voy. Appendice.

intitulé taxinomique plus simple et transparent, à l'image de la catégorie des *autres sources d'obligations*, dont le principe a été adopté par les rédacteurs du Code civil du Québec de 1991⁶³, ainsi que les rédacteur de l'Ordonnance du 10 février 2016 !

« Le Sous-Titre III [du Titre III du Livre III] traite, en suite du contrat [Sous-Titre I] et de la responsabilité extracontractuelle [Sous-Titre II], d'autres sources d'obligations. Il s'agit ici non pas de traiter de toutes les autres sources d'obligations (telles que la loi ou l'engagement unilatéral de volonté), mais seulement des quasi-contrats connus en droit positif : la gestion d'affaires et le paiement de l'indu régis par les articles 1371 à 1381 actuels du Code civil, et l'enrichissement sans cause (requalifié d'injustifié par l'Ordonnance), créé de longue date par la jurisprudence pour combler le vide juridique laissé par les deux précédents

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" »⁶⁴.

8. – Une proposition. Ainsi que je le conclus dans le Chapitre V, il n'est pas nécessaire d'adopter une clause générale en responsabilité du fait d'un enrichissement injuste et par là même d'abolir la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié. Si les juges anglais ont pu instituer, lors de la seconde moitié du XX^{ème} siècle, le principe d'une telle clause, cette évolution, que je passe en revue dans un Appendice, s'inscrit le long d'impératifs structurels qui ne sont en rien comparables avec ceux du droit français, et appelle donc à une certaine prudence⁶⁵. Il me semble par conséquent préférable de considérer le droit des quasi-contrats comme l'expression d'une catégorie résiduelle couvrant des obligations qui ne sont ni de nature contractuelle, ni de nature « extracontractuelle » ou purement légale, et de cesser de qualifier la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié de *quasi-contrats*, cette qualification n'ayant aucune utilité à la compréhension de ces institutions, et ces dernières n'ayant aucune incidence sur la définition du concept-même de *quasi-contrat*.

Toutefois, il ne m'apparaît pas utile de passer de la catégorie des quasi-contrats à celle des *autres sources d'obligations*. En effet, à l'instar du droit allemand, il me semble possible de diviser les sources d'obligations du droit français en adoptant le triptyque

⁶³ Sec. 1. *De la gestion d'affaires* ; Sec. 2. *De la réception de l'indu* ; Sec. 3. *De l'enrichissement injustifié*, Chap. IV. *De certaines autres sources d'obligations*, Tit. I. *Des obligations en général*, Liv. V. *Des obligations*, C. civ. Québ.

⁶⁴ « Autres sources d'obligations » in Rapport au président de la République, préc.

⁶⁵ Voy. SCOTT H., « Comparative Taxonomy: an Introduction » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 145-166; et GORDLEY J., « Unjust Enrichment: a Comparative Perspective and a Critique », *ibid.*, pp. 41-60.

contrat, dommage causé à autrui et enrichissement injuste en intégrant la gestion d'affaires, que j'examine dans le Chapitre II, dans le droit du mandat – force est de constater que ce quasi-contrat est véritablement *quasi un contrat* –, et en incorporant, comme l'avait proposé Philippe Remy dans sa contribution au *Projet Terré*⁶⁶, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié dans un même ensemble, *les obligations qui naissent d'un avantage indûment reçu d'autrui*, en les organisant à la manière du système de la *Leistungskondiktion* et des *Nichtleistungskondiktionen*. Certes, ces deux institutions, dont je retrace l'histoire dans les Chapitres III et IV, n'ont pas les mêmes fonctions – la première vise à appréhender les conséquences matérielles de l'exécution d'une prestation induue alors que la seconde permet à une personne qui ne dispose d'aucun recours en droit strict d'agir contre celui qui s'est injustement enrichi à ses dépens –, mais elles peuvent être effectivement analysées comme ayant la même source. Quant au concept de *quasi-contrat*, que j'étudie dans le Chapitre I, je soutiens que celui-ci doit être préservé, non pour conceptualiser un *genus*, mais une *species* d'obligations, *species* appartenant au *genus* des obligations d'origine prétorienne (et non légale), comme en témoigne la création récente par les juges de quasi-contrats dont le principe, fondé sur une application littérale (et *pro forma*) de la clause du *fait purement volontaire* de l'anc. art. 1371 C. civ., ne correspond en rien à celui de la gestion d'affaires, du paiement de l'indu ou de l'enrichissement injustifié. Ainsi que je serai amené à le conclure, reprenant là des enseignements classiques en la matière, le droit français des obligations peut s'envisager comme un système articulé autour de trois grandes sources : le contrat, la loi et le juge.

Chapitre I. – Le concept de quasi-contrat. *Histoire d'un monstre légendaire*

Chapitre II. – La gestion d'affaires. *Les fondements historiques et politiques de la responsabilité du fait de s'être immiscé dans les affaires d'autrui*

Chapitre III. – Le paiement de l'indu et la restitution. *Les fondements historiques et politiques d'une institution technique*

Chapitre IV. – L'enrichissement injustifié. *Les fondements historiques et politiques d'une source subsidiaire d'obligations*

Chapitre V. – Repenser les quasi-contrats. *Les enseignements du droit allemand et anglais*

Appendice. – *L'unjust enrichment* en droit anglais. *Histoire et anatomie d'un tertium quid*

⁶⁶ REMY P., « Des autres sources d'obligations » in TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, pp. 31-50.

CHAPITRE I

Le concept de quasi-contrat

Histoire d'un monstre légendaire

9. – Le concept de quasi-contrat en droit romain. Le jurisconsulte romain Gaius (c. 130-180) soutint dans ses *Institutiones* que les obligations pouvaient naître d'un contrat, *ex contractu*, ou d'un délit, *ex delicto*⁶⁷, et précisa dans ses *Res cottidianæ*, ayant constaté que l'obligation de rendre ce qui avait été reçu sans être dû ne pouvait pertinemment s'inscrire dans le cadre d'un contrat ou d'un délit⁶⁸, qu'il y existait d'autres cas de figure, d'autres sources d'obligations, des *variæ causarum figuræ*, déterminés par la loi : « Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris »⁶⁹. Pour une raison qui aujourd'hui nous échappe – était-ce par goût de la symétrie et du chiffre quatre⁷⁰ ? –, les jurisconsultes mandés par Justinianus I pour rédiger ses *Institutiones* ne conservèrent pas la catégorie des *variæ causarum figuræ* et préférèrent répartir les obligations qui ne pouvaient être considérées comme ayant leur source dans un contrat ou un délit dans deux ensembles reflétant cette opposition, affirmant que les parties pouvaient être liées l'une à l'autre comme si leur obligation

⁶⁷ GAIUS, *Instit.*, 3.88.

⁶⁸ *Ibid.*, 3.91 : « Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur ; nam proinde ei condici potest SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. [...] sed hæc species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere » – « Celui aussi qui a reçu ce qui ne lui est pas dû de la part de quelqu'un qui a payé par erreur, est obligé par la chose ; c'est pourquoi on peut le contraindre, S'IL APPARAÎT QU'IL DOIT DONNER, comme s'il l'avait reçu au titre d'un prêt. [...] Cette espèce d'obligation ne consiste pas en un contrat, car celui qui donne quelque chose avec l'intention de payer désire plutôt se libérer que de contracter ».

⁶⁹ *Id.*, *Dig.* 44.7.1.

⁷⁰ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 6 et pp. 14-15.

naissait d'un contrat, *quasi ex contractu*, ou comme si elle naissait d'un délit, *quasi ex maleficio* : « Sequens [obligationum] divisio in quattuor species deducitur : aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio »⁷¹.

Les *obligationes quasi ex contractu* auraient été décrites de la sorte car elles auraient eu en commun avec les obligations naissant d'un contrat, à savoir d'un accord de volonté (*conventio*), le fait de s'inscrire dans un *negotium*, un acte *licite* ou *non-répréhensible*⁷², et surtout de rien partager avec les obligations naissant d'un fait *illicite* ou *répréhensible*, fait inhérent aux délits et quasi-délits, ce dernier aspect étant d'ailleurs le seul dont on soit certain dans la mesure où il fut énoncé en introduction du Titre XXVII, *De obligationibus quasi ex contractu*, du Livre III des *Institutiones* :

« Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quæ non proprie quidem ex contractu nasci intelleguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur ».

– « Après avoir énoncé les différents genres de contrats, examinons les obligations qui à proprement parler ne naissent pas d'un contrat, mais qui, parce qu'elles ne tiennent pas leur substance d'un délit, doivent être vues comme obligeant comme si elles naissaient d'un contrat »⁷³.

Cinq *species* d'obligations étaient dites obliger *quasi ex contractu* : les obligations qui naissaient du fait d'avoir géré les affaires d'autrui sans mandat (*negotiorum gestio*)⁷⁴, d'être partie à une tutelle (*tutela*)⁷⁵, d'être propriétaire d'une chose avec d'autres sans société (*rerum communio*)⁷⁶, d'avoir à s'acquitter de legs en qualité d'héritier (*legatum per damnationem*)⁷⁷, et d'avoir pris réception d'une chose qui ne nous était pas due (*indebitum solutum*)⁷⁸.

10. – Le concept de quasi-contrat dans la littérature médiévale et primo-moderne.

S'il fut établi dès la fin du XI^{ème} siècle que les *obligationes quasi ex contractu* ne pouvaient naître que d'une opération de la loi ou de l'équité, et que ces obligations

⁷¹ JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.13.2 *in limine*.

⁷² *Contra* VIZIOZ, *op. cit.*, n°16-24 ; HONORAT, art. préc., n°11-14 ; et DESCHEEMAEKER E., *The Division of Wrongs*, OUP, 2009, pp. 64-67.

⁷³ JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27 *in limine*.

⁷⁴ *Ibid.*, 3.27.1.

⁷⁵ *Ibid.*, 3.27.2.

⁷⁶ *Ibid.*, 3.27.3.

⁷⁷ *Ibid.*, 3.27.4-5.

⁷⁸ *Ibid.*, 3.27.6-7.

pouvaient être mises en perspective avec certains contrats afin d'en saisir le régime – les obligations naissant de la *negotiorum gestio* et de la *tutela* étaient après tout similaires à celles naissant du mandat (*mandatum*)⁷⁹ ; celles procédant de l'*indebitum solutum* s'apparentaient à celles procédant du prêt de consommation (*mutuum*)⁸⁰ ; et celles résultant de la *rerum communio* ressemblaient à celles résultant d'une société (*societas*)⁸¹ –, nul ne parvint à les raisonner avec plus de précision⁸². Ainsi, même Johann-Gottlieb Heineccius (1681–1741), qui, à l'instar de certains de ses contemporains⁸³, avait entrepris de poser les jalons d'une théorie générale des *obligationes quasi ex contractu* en postulant qu'elles étaient le fruit d'un contrat imposé aux parties par une opération de la loi (*ex lege*) et de l'équité (*ex æquitate*), ou plus exactement d'un accord de volonté présumé en droit, ne réussit pas à proposer une théorie convaincante, celle-ci se résumant à des maximes d'équité que l'on pouvait appliquer à tout et n'importe quoi, pourvu que l'on soit imaginaire :

« *Obligaciones quasi ex contractu sunt, quæ ex consentu præsumpto, vel a legislatore ob æquitatem ficto, oriuntur. Inducitur autem consensus ex regulis æquitati vel maxime consentaneis : I. Nemo cum alterius damno sine ratione debet locupletior fieri ; II. Qui vult, quod antecedit, non debet nolle, quod consequitur ; III. Quisque videtur probare id, quod sibi adferat utilitatem* ».

– « Les obligations qui obligent comme si elles naissaient d'un contrat naissent d'un consentement présumé ou de la volonté du législateur, guidée par des considérations d'équité. Ce consentement est déduit de règles d'équité de la plus haute importance : I. Nul ne doit s'enrichir au préjudice d'autrui ; II. Celui qui accepte les causes ne peut pas en refuser les conséquences ; III. D'aucun est considéré approuver ce qui lui est bénéfique »⁸⁴.

Aussi, de la redécouverte du *corpus iuris civilis* à la fin du XVIII^{ème} siècle, le cadre théorique de la catégorie *quasi ex contractu* n'évolua pas de manière significative. Tout au plus certains auteurs appliquèrent-ils, à titre didactique, la qualification *quasi-contractuelle* à des obligations qui n'avaient pas été visées comme telles dans les *Institutiones*, mais qui ressemblaient, de près ou de loin, à l'une des cinq *obligationes*

⁷⁹ FABROT C.-A. (dir.), *Cujacii opera omnia*. Tome VIII, Neapoli, 1722, p. 329.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² VIZIOZ, *op. cit.*, n°53.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ HEINECCIUS J.-G., *Elementa Iuris Civilis*. Tome I, Varrentrapp, 1747, 5^{ème} éd., Lib. II, Tit. XIII, n°CCCLXII.

quasi ex contractu originelles⁸⁵. La catégorie évolua si peu que lorsqu'émergèrent des modèles alternatifs à la quadripartition justinienne celle-ci menaça tout simplement de disparaître. Et pour cause, là où il était possible de penser les contrats à l'aune d'une théorie générale articulée autour de l'accord de volonté, et de subsumer le droit des délits et quasi-délits sous le principe selon lequel *nul ne doit nuire à autrui, et celui qui cause un dommage à autrui se doit de le réparer*⁸⁶, on ne pouvait déduire la moindre cohérence d'ensemble de la « composition aléatoire » de la catégorie des *obligationes quasi ex contractu*⁸⁷, obligations qu'il était d'ailleurs plus simple de qualifier d'*ex lege*⁸⁸. Ainsi Hugo de Groot (1583–1645), dit Grotius, put-il proposer dans son *Inleiding tot de hollandsche rechtsgeleerdheid*, reprenant les travaux de la Scolastique tardive⁸⁹, où des éléments de droit romain et canon avaient été synthétisés à l'aune de principes empruntés à la philosophie aristotélicienne et thomiste⁹⁰, une *divisio obligationum* opposant les obligations naissant d'un engagement (*toezegging*) à celles résultant d'une iniquité (*onevenheid*), celle-ci pouvant se manifester soit par un dommage causé à autrui (*die door een ander is veroorzaekt*), soit par un enrichissement injuste (*die een ander datelick batet ofte door onthoudinge baten zoude*)⁹¹. Jean Domat (1625–1696) put lui opposer dans ses *Loix civiles* les engagements « volontaires », que ce soit par la « volonté d'un seul ou mutuellement par les conventions »⁹², aux engagements « involontaires »⁹³, en exposant le régime de ces derniers les uns après les autres, peu important leur antique qualification *ex delicto, quasi ex delicto* ou *quasi ex contractu* – leur source étant évidente : la volonté de Dieu⁹⁴.

⁸⁵ VIZIOZ, *op. cit.*, n°53.

⁸⁶ VON PUFENDORF S., *De iure naturæ et gentium*, Junghans, 1672, Liv. III, Chap. I, n°I.

⁸⁷ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 20. – Adde BIRKS P., « Definition and Division: A Meditation on *Institutiones* 3.13 » in BIRKS P. (dir.), *The Classification of Obligations*, OUP, 1997, pp. 1-36, pp. 18-19.

⁸⁸ ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁹ GORDLEY J., *The Jurists*, OUP, 2013, Chap. III et IV.

⁹⁰ HALLEBEEK J., *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, GNI, 1996.

⁹¹ DE GROOT H., dit GROTIUS, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, Weduwe van Hillebrant, 1631, Chap. III, n°I, p. 14. – Voy. FEENSTRA R., « Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law » in SCHRAGE E. (dir.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, 1995, pp. 197-236 ; et HALLEBEEK J., « Unjust Enrichment as a Source of Obligation », *RLR* 2002, n°10, pp. 92-99.

⁹² DOMAT J., *Les Loix civiles*. Tome I, Coignard, 1695, 2^{ème} éd., Traité des lois, Chap. IV, n°III et IV.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ *Ibid.*, Traité des lois, Chap. IV, §IV, et *ibid.* Tome II, Coignard, 1696, 2^{ème} éd., Première partie, Liv. II, Tit. I, II, IV, V, VII et IX.

I. – L’influence des projets de Code civil révolutionnaires dans l’émergence du concept de quasi-contrat comme source d’obligations en droit napoléonien : l’affirmation d’une approche iusnaturaliste des obligations non-contractuelles

11. – La réception du modèle institutionnel justinien par l’élite révolutionnaire.

Au lendemain de la Révolution, tout annonçait le déclin de la quadripartition justinienne, et avec elle la fin de la catégorie des *obligationes quasi ex contractu*. Non seulement le droit romain et la Rome antique avaient perdu l’éclat qu’ils avaient eu sous l’Ancien Régime⁹⁵, et les élites juridiques de l’époque avaient acquis une certaine maîtrise des travaux des juristes iusnaturalistes⁹⁶, qui avaient développé des modèles alternatifs aux modèles antiques⁹⁷, mais le principe de la loi *expression de la volonté générale* ayant été élevé au rang de principe constitutionnel⁹⁸, il était désormais possible d’envisager les sources d’obligation à l’aune de modèles plus simples que celui proposé dans les *Institutiones*. Et sans surprise, les trois projets de code civil qui furent rédigés entre 1793 et 1796, d’abord par les membres de la section systématique du comité de législation de la Convention (1792–1795), puis par les membres de la section civile de la commission de la classification des lois du Conseil des Cinq-Cents, sous le Directoire (1795–1799), ne furent pas envisagés à l’aune de la division *ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto et quasi ex delicto*.

1. – L’influence du premier projet de Code civil : l’adoption d’une approche iusnaturaliste des obligations non-contractuelles

12. – Un projet structuré le long de principes individualistes et volontaristes.

Le premier projet de code, qui fut présenté aux membres de la Convention par Jean-Jacques-Régis Cambacérès (1753–1824) le 22 thermidor an I (9 août 1793)⁹⁹, fut structuré le long

⁹⁵ MARTIN X., « Images négatives de la Rome antique et du droit romain (1789–1814) » in KRYNEN J. (dir.), *Droit romain, ius civile et droit français*, PUTC, 1999, pp. 49-66. – Adde BRUGUIÈRE M.-B., « Images de Rome dans la littérature française du XVII^{ème} siècle », *ibid.*, pp. 17-47.

⁹⁶ GORDLEY, *op. cit.*, Chap. V.

⁹⁷ CAMBACÈRES J.-J.-R., Rapport sur le projet de Code civil du 21 thermidor an I (8 août 1793), Convention nationale, 22 thermidor an I (9 août 1793) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome I (ci-après « FENET. I »), Videcoq, 1836, pp. 3-17, p. 10. – Adde HALPÉRIN J.-L., *L’impossible Code civil*, PUF, 1992, pp. 115-122 ; et *id.*, « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française* 2002, n°328, pp. 135-151.

⁹⁸ Art. 6, Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, 20-26 août 1789.

⁹⁹ CAMBACÈRES, Rapport sur le projet de Code civil du 21 thermidor an I (8 août 1793), préc., p. 3.

de principes « individualistes et volontaristes »¹⁰⁰, élevant le contrat au rang d'*alpha* et d'*omega* du droit des obligations : « Les obligations dérivent naturellement des contrats »¹⁰¹. L'intéressé déclara dans son rapport que « [l]a volonté des contractans [était] la règle la plus absolue ; [et qu']elle ne conna[issait] d'autres bornes que celles qui [étaient] placées par l'intérêt général »¹⁰².

La conséquence de ce modèle était qu'on ne pouvait être tenu responsable que de l'inexécution de ce que l'on s'était engagé « à donner, à faire, ou à ne pas faire »¹⁰³, que cela se résolve par une exécution forcée¹⁰⁴ ou le paiement de dommages-intérêts¹⁰⁵, ainsi que par son *fait*, que l'on s'immisce dans les affaires d'autrui ou lui cause un dommage :

« Il y a des faits qui obligent sans convention, et par la seule équité ;
Ainsi l'absent, dont un tiers a géré utilement les affaires sans mandat, est *obligé* à l'indemniser de ses dépenses.
Ainsi, tout homme qui a causé du dommage à un autre, dans sa personne ou dans ses biens, est *obligé* à le réparer »¹⁰⁶.

Toutefois, les rédacteurs du projet ayant décidé qu'on pouvait être tenu responsable tant de son *fait* que du *fait d'autrui* lorsque ce dernier était placé sous notre pouvoir et autorité, ils prirent soin de préciser que « [l]a loi [était] quelque fois une cause d'obligation, sans qu'il y ait contrat ni fait direct à opposer à celui qu'elle oblige »¹⁰⁷.

13. – Une analyse des choix taxinomiques des rédacteurs du premier projet de Code civil. Bien que les archives soient laconiques sur le sujet¹⁰⁸, il semble que les membres de la section systématique du comité de législation aient dérivé le principe de la responsabilité du fait du dommage causé à autrui de la formule « *ut ne quis alterum lædat*,

¹⁰⁰ HALPÉRIN, *L'impossible Code civil, op. cit.*, pp. 129-131. – Adde CAMBACÉRÈS, Rapport sur le projet de Code civil du 21 thermidor an I (8 août 1793), préc., p. 9.

¹⁰¹ Premier projet de Code civil, 21 thermidor an I (8 août 1793) in FENET. I, rec. préc., pp. 17-98, p. 65.

¹⁰² CAMBACÉRÈS, Rapport sur le projet de Code civil du 21 thermidor an I (8 août 1793), préc., p. 4, à propos du contrat de mariage.

¹⁰³ Projet du 21 thermidor an I (8 août 1793), préc., p. 64.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 65.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ *Ibid.*

Le *fait* était ici entendu comme quelque chose que quelqu'un a accompli de son propre mouvement. Si nombre d'auteurs de l'Ancien Droit avaient mentionné cette idée de *fait*, celle-ci avait avant tout la signification d'un *évènement*, voy. BOURJON F., *Le droit commun de la France*. Tome II, Grangé & Cellot, 1770, Liv. VI, Tit. III ; et POTHIER R.-J., *Traité des obligations*. Tome I, Debure, 1761, n°113-114. Les juristes birksiens évoqueraient l'idée de *causative event*, e.g. BIRKS P., « Rights, Wrongs, and Remedies », *OJLS* 2000, n°20, pp. 1-37, et les juristes français contemporains celle de *fait générateur*, OBELLIANNE S., *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, pp. 97-132.

¹⁰⁸ HALPÉRIN, *L'impossible Code civil, op. cit.*, pp. 116-122.

utque, si quod damnum alteri dederit, id reparet » (*nul ne doit nuire à autrui, celui qui cause un dommage à autrui se doit de le réparer*) de Samuel von Pufendorf (1632–1694)¹⁰⁹, ou de sa traduction en français par Jean Barbeyrac (1674–1744)¹¹⁰, et qu’ils aient fait l’impasse, ou simplement omis dans la précipitation, le temps étant compté – ils rédigerent le projet en deux mois¹¹¹ –, les *obligationes quasi ex contractu*, les obligations naissant de la *tutela* ayant de toute façon été intégrées dans le régime de la tutelle¹¹² ; celles découlant de la *rerum communio* ayant été renversées par le caractère absolu de la propriété individuelle¹¹³ ; et celles dérivant du *legatum per damnationem* ayant été occultées avec les successions testamentaires, alors remises en cause par l’élite révolutionnaire¹¹⁴. Quant au choix de ne pas mentionner le principe de l’*indebitum solutum*, figure pourtant incontournable de la littérature du XVIII^{ème} siècle et de la pratique – un oubli ? –, et de ne retenir que le principe de la *negotiorum gestio*, celui-ci est inexplicé et quelque peu inexplicable, d’autant qu’en énonçant uniquement les droits du tiers contre l’absent en matière de gestion d’affaires, les membres de la section systématique du comité de législation contredisaient l’idée même que l’on ne pouvait être responsable que de son *fait* : il aurait été plus cohérent d’énoncer les droits de l’absent contre le tiers avant ceux du tiers contre l’absent, et ainsi élever le fait de l’immixtion comme la cause des obligations réciproques des parties¹¹⁵. À s’en tenir toutefois à la lettre du projet, il semble que ses rédacteurs aient voulu établir qu’on ne pouvait être obligé que lorsque l’on y avait consenti ou lorsque l’équité le requérait¹¹⁶, à savoir lorsque d’aucun avait géré utilement nos affaires, et avait ainsi agi à notre seul profit, ou lorsque l’on lui avait causé un dommage, approche des obligations non-contractuelles qui n’était pas sans

¹⁰⁹ PUFENDORF, *op. cit.*, Liv. III, Chap. I, I.

¹¹⁰ BARBEYRAC J., *Le droit de la nature et des gens*. Tome I, Schelte, 1706, Liv. III, Chap. I, n^oI. – Adde AUZARY-SCHMALTZ B., « La responsabilité délictuelle dans l’ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du code civil », *RHDFE* 1999, n^o2, pp. 163-190.

¹¹¹ HALPÉRIN, *L’impossible Code civil, op. cit.*, p. 122.

¹¹² Projet du 21 thermidor an I (8 août 1793), préc., pp. 31-33.

¹¹³ *Ibid.*, p. 39 : « La propriété d’un bien est le droit qu’a celui en qui elle réside de jouir et de disposer de ce bien » et « Deux personnes ne peuvent être en même temps et séparément propriétaires de la totalité d’une même chose » – Adde MASSON F., *La propriété commune*, LGDJ, 2021, pp. 18-62.

¹¹⁴ PINEL LE DRET V., « Freedom of Testation in the Revolutionary and Napoleonic Legislation », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte : Germanistische Abteilung* 2023, pp. 278-306, spéc. pp. 282-289.

¹¹⁵ En ce qui concerne l’omission de l’*indebitum solutum*, s’il convient d’appliquer le rasoir d’Ockham (l’explication la plus simple est généralement la bonne) et de conclure à un simple oubli, on peut toutefois se demander si le fait que la réception d’une chose non due, caractéristique de cette institution, ne s’accordait pas aisément avec l’idée que l’on ne pouvait être responsable que de son *fait*, ait contraint les rédacteurs du projet à ne pas le retenir.

¹¹⁶ Voy. DU MOULIN C., dit MOLINÆUS, *Opera omnia*. Tome II, Cramoisy, 1624, n^o123, p. 73 : « Quartò naturalis obligatio nō ex solo iutso pacto procedit, sed etiam ex vinculo æquitatis, id est, quoties bonū & equum vincit, & obligat » – « La quatrième obligation naturelle procède non seulement de l’accord-même, mais aussi de l’équité, c’est-à-dire à chaque fois que le bien et l’équitable prévalent et obligent ».

évoquer les grandes lignes de théories bien connues à l'époque, à l'image de la théorie de la *restitutio*¹¹⁷.

2. – L'influence des deuxième et troisième projets de Code civil : la délimitation des obligations non-contractuelles à la gestion d'affaires, la réception d'une chose non due et le dommage causé à autrui

14. – **L'idée du contrat et la loi comme sources d'obligations.** Le premier projet de Code civil fut abandonné à l'automne 1793¹¹⁸, victime des circonstances politiques et d'un procès en complexité initié par René Levasseur de la Sarthe (1747–1834), Philippe-François-Nazaire Fabre d'Églantine (1750–1794) et Joseph Cambon (1756–1820)¹¹⁹. Bien que le livre sur le droit des obligations ait été adopté, avec celui sur la propriété, par les membres Convention sans qu'il n'y ait eu lieu à controverse¹²⁰, les membres de la section systématique décidèrent dans leurs deuxième et troisième projets, présentés à la représentation nationale respectivement le 8 fructidor an II (25 août 1794)¹²¹ et le 16 prairial an IV (4 juin 1796)¹²², de simplifier la *divisio obligationum* du premier projet en mettant fin, ainsi qu'ils l'avaient proposé, à une division tripartite des « causes » d'obligations, qui opposait les causes « conventionnelles » aux causes « de fait » et aux causes « légales »¹²³, et en instaurant à la place une dichotomie opposant tout simplement la loi aux conventions¹²⁴. Cambacérès déclara à ce titre dans son discours au Conseil des Cinq-Cents, en messidor an IV (juin 1796) :

¹¹⁷ e.g. JANSEN N., « Restitution » in ASTORRI P., BRAUN H. et DE BOM E. (dir.), *A Companion to the Spanish Scholastics*, Brill, 2021, pp. 448-471. – Adde HALLEBEEK, *op. cit.*

¹¹⁸ Pierre-Toussaint Durand de Maillane (1729–1814), membre de la section systématique, proposa un projet alternatif où il distingua, en matière d'obligations civiles, les obligations « naturelles » des obligations « conventionnelles », les premières étant comprises comme « toutes les obligations qui n[']étaient] point l'effet immédiat ou nécessaire d'une stipulation ou d'un contrat particulier ; [et qui étaient] donc imposées ou par le droit naturel ou par la justice sociale, [...] droit naturel [et] justice sociale [en vertu desquels] nous sommes obligés de réparer les dommages que nous avons causé à autrui ; comme de rendre compte à celui dont nous avons géré les biens, de nous acquitter envers ces autres dont les biens ou les œuvres nous ont profité, etc., ce que les Romains avaient appelé : obligation par quasi-délit, ou quasi contrat », *Plan de Code civil et uniforme*, 20 messidor an I (8 juillet 1793), Imprimerie nationale, 1793, pp. 101-102.

¹¹⁹ CAMBON P.-J., Discours sur le projet de Code civil du 21 thermidor an I (8 août 1793), Convention nationale, 5 thermidor an I (23 juillet 1793) et Discussions à la Convention, 13 brumaire an II (3 novembre 1793) in Arch. parl., 1^{ère} série, Tome LXIX, p. 376, et Tome LXXVIII, pp. 205-206 et 264-265. – Comp. Réimp. de l'ancien Moniteur, Tome XXVIII, p. 541, et LOCRÉ J.-G., *Esprit du Code Napoléon*, Imprimerie impériale, 1805, p. 67.

¹²⁰ HALPÉRIN, *L'impossible Code civil, op. cit.*, p. 136.

¹²¹ Deuxième projet de Code civil, 8 fructidor an II (25 août 1794) in FENET. I, rec. préc., p. 110.

¹²² Troisième projet de Code civil, 16 prairial an IV (4 juin 1796) *ibid.*, p. 178.

¹²³ Projet du 21 thermidor an I (8 août 1793), préc., p. 65.

¹²⁴ Projet du 8 fructidor an II (25 août 1794), préc., p. 123 ; Projet du 6 prairial an IV (4 juin 1796), préc., p. 120 et 277.

« L'obligation dérive de deux causes : souvent elle naît d'une convention, ou plutôt elle en est inséparable ; quelques fois la loi suppose que la convention existe, et c'est elle alors qui forme l'obligation.

La loi et les conventions sont donc les deux sources des obligations.

La loi prescrit des devoirs individuels ; elle détermine des engagements tacites, et elle forme des contrats par les règles seules de l'équité »¹²⁵.

Pour autant, la théorie du fait n'avait pas été abandonnée – seul le principe de la responsabilité pour le fait d'autrui avait été passé sous silence –, et elle avait été complétée par l'*indebitum solutum* ; on put ainsi lire dans le deuxième projet :

« Il y a des faits qui obligent sans convention et par la seule équité.

Ainsi, celui qui reçoit le paiement de ce qui ne lui est pas dû, est tenu de le restituer.

Il y a engagement réciproque entre l'absent et celui qui gère ses affaires sans mandat.

Celui qui cause un dommage est tenu à le réparer.

Dans tous les cas, la loi est la cause de l'obligation »¹²⁶.

II. – Le quasi-contrat comme source d'obligations dans le Code civil : l'apparence antiquisante d'une idée nouvelle

15. – Un bon code civil ne pouvait naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France. Les deuxième et troisième projets ne furent guère plus prometteurs que le premier. Ainsi que Jean-Étienne-Marie Portalis (1746–1807) le releva dans son discours préliminaire du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) : « un bon code civil [ne] pouvait naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France »¹²⁷. Il fallut donc attendre le Consulat (1799–1804), et le volontarisme de Napoléon Bonaparte (1769–1821)¹²⁸, pour qu'un code, le *Code civil des français*, soit finalement rédigé et promulgué, le 10 germinal an XII (31 mars 1804).

¹²⁵ CAMBACÉRÈS J.-J.-R., Discours préliminaire au projet de Code civil du 16 prairial an IV (4 juin 1796), Conseil des Cinq-Cents, messidor an IV (juin 1796) in FENET. I, rec. préc., pp. 140-178, p. 169. – Comp. *id.*, Rapport sur le projet de Code civil du 8 fructidor an II (25 août 1794), Convention nationale, 23 fructidor an II (9 septembre 1794) *ibid.*, pp. 99-109, p. 108 : « La loi et les conventions sont les deux causes des obligations. La loi prescrit des devoirs individuels : les hommes, en réglant entre eux les transactions sociales, s'imposent eux-mêmes des engagements qu'ils forment, étendent, limitent et modifient par un consentement libre ».

¹²⁶ Projet du 8 fructidor an II (25 août 1794), préc., p. 124.

¹²⁷ PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire au projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) in FENET. I, rec. préc., pp. 463-523, p. 464.

¹²⁸ HALPÉRIN J.-L., « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs* 2003, n°4, pp. 11-21. – Adde CARBONNIER J., « Le Code civil » in NORA P. (dir.), *Les lieux de mémoire*. Tome II. *La Nation*, Gallimard, 1986, pp. 293-315, spéc. pp. 295-298.

16. – Des disciples, et non des prophètes. Ainsi que l'avait noté Adhémar Esmein (1848–1913), les rédacteurs du Code civil – Jacques de Maleville (1741–1824) et Portalis, représentant les droits du Midi, et François-Denis Tronchet (1726–1806) et Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747–1825), représentant les coutumes du Nord – étaient des « disciples, et non des prophètes »¹²⁹ ; ils n'avaient pas l'intention de créer un droit nouveau, mais de codifier dans la continuité des acquis de l'Ancien régime¹³⁰ et de la législation révolutionnaire¹³¹, ce qui ne les avait cependant pas empêché d'innover, en témoigne la manière dont ils appréhendèrent la question des obligations non-contractuelles.

En effet, les obligations non-contractuelles, intégrées dans un ensemble intitulé *Des engagements qui se forment sans convention*¹³², clin d'œil à la nomenclature des *Loix civiles* de Domat¹³³, avaient été envisagées, dans leur contenu, comme elles l'avaient été dans les projets de 1794 et 1796¹³⁴. Tout au plus leur régime avait été raffiné et développé : le régime de l'immixtion dans les affaires d'autrui, décrite comme la *gestion des affaires d'autrui*, avait été développé aux anc. art. 1372 à 1375 C. civ., celui de la *réception d'une chose non due* aux anc. art. 1376 à 1381 C. civ., et celui du dommage causé à autrui aux anc. art. 1382 à 1386 C. civ.¹³⁵, ce dernier ayant été envisagé en trois formes de responsabilité : la responsabilité du *fait personnel*¹³⁶ ; la responsabilité pour *négligence ou imprudence*¹³⁷, et la responsabilité du *fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde*¹³⁸. Toutefois, à la différence des projets révolutionnaires, ces clauses de responsabilité ne furent pas listées les unes après les autres, mais incorporées dans des catégories-chapitres dont les noms n'étaient pas sans

¹²⁹ ESMEIN A., « L'originalité du Code civil » in SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES (dir.), *Le Code civil 1804–1904 : Livre du centenaire*. Tome I. *Généralité et études spéciales*, Rousseau, 1904, pp. 4-21, p. 5.

¹³⁰ HALPÉRIN J.-L., « Le regard de l'historien » in *Le Code civil 1804–2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, pp. 43-58, pp. 47-49.

¹³¹ *Ibid.*, pp. 49-53.

¹³² Anc. Tit. IV, Liv. III, C. civ.

¹³³ DOMAT, *op. cit.*, Tome II, Première partie. *Des engagements, & de leurs suites*. Liv. II. *Des engagements qui se forment sans convention*.

¹³⁴ Les consuls ordonnèrent, dans un arrêté en date du 24 thermidor an VIII (12 août 1800) que « [l]e ministre de la justice remett[er] à l'ouverture des conférences, les trois projets de Code civil, rédigés par ordre de la Convention nationale, et celui qui a été présenté par la section de législation des commissions législatives », et que « MM. Tronchet, Bigot et Portalis compare[nt] l'ordre suivi dans la rédaction des projets du Code civil, publiés jusque'à ce jour, et détermine[nt] le plan qu'il leur paraîtra le plus convenable d'adopter », FENET. I, rec. préc., p. LXII.

¹³⁵ La gestion d'affaires et la réception d'une chose non due ne furent pas nommées comme telles ni dans le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), ni dans la version du Code adoptée en 1804.

¹³⁶ Anc. art. 1382 C. civ.

¹³⁷ Anc. art. 1383 C. civ.

¹³⁸ Anc. art. 1384 C. civ., auquel s'ajoute la responsabilité du fait des animaux et des bâtiments en ruine, anc. art. 1385 et 1386 C. civ.

évoquer la quadripartition justinienne : Chapitre I. – *Des quasi-contrats* ; Chapitre II. – *Des délits et des quasi-délits*.

17. – Le nom *quasi-contrat*. Le concept de *quasi-contrat*, tel qu’il fut mentionné dans le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) n’était en rien une nouveauté, et n’avait aucune signification particulière ; il ne s’agissait que d’une forme raccourcie de la formule *quasi ex contractu*, forme aussi ancienne que les *Institutiones* dans la mesure où Theophilus (*sæc* VI) l’évoqua dans sa paraphrase sous la forme latinisée « quasi contrácton »¹³⁹.

Pour nombre d’auteurs, le *quasi contrat* désignait ce qui liait les parties et non ce qui produisait ce lien : les parties obligées *quasi ex contractu* l’étant *comme si leurs obligations naissaient d’un contrat*, il n’était pas absurde de dire qu’elles étaient liées par une *sorte de contrat* ou, pour reprendre une formule amusée de Charles Demolombe (1804–1887), « quasi un contrat »¹⁴⁰. Louis le Caron, dit Charondas le Caron (1534–1613), put ainsi écrire dans ses *Pandectes du droit français* :

« Le quasi contrat est ce qui procède d’un fait non illicite et réprouvé par lequel ou celui qui a fait est obligé envers un autre, ou les autres envers luy, ou sont obligez l’un envers l’autre, sans consentement »¹⁴¹.

Pour d’autres, le *quasi contrat* était bel et bien la source des obligations *quasi-contractuelles*, encore que celui-ci demeurait un effet de la loi, de l’équité ou des deux. Robert-Joseph Pothier (1699–1772) put ainsi écrire dans son *Traité des obligations* que le quasi-contrat était « 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 n’intervienne aucune convention entre elles »¹⁴², tout en précisant, conformément aux enseignements classiques, que « [d]ans les contrats, c’est le consentement des parties contractantes qui produit l’obligation ; dans les quasi-contrats, il n’intervient aucun consentement, et c’est la loi seule ou l’équité naturelle qui produit l’obligation, en rendant obligatoire le fait d’où elle résulte. C’est pour cela que ces faits sont appelés *quasi-contrats*, parce que sans être des contrats, ni encore moins des délits, ils produisent des obligations comme en produisent les contrats »¹⁴³.

¹³⁹ *Paraphrases*, 3.27.3.

¹⁴⁰ DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*. Tome XXXI, Lahure, 1882, p. 50.

¹⁴¹ CHARONDAS LE CARON L., *Pandectes du droit français*, Richer, 1637, Liv. II, Chap. XXXV.

¹⁴² POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, Tome I, n°113-114.

¹⁴³ *Ibid.*

1. – Le concept de quasi-contrat dans la *summa divisio* napoléonienne : la restauration de façade de la quadripartition justinienne des obligations

18. – **Nécessité, vanité et innovation : les raisons de la restauration de la quadripartition justinienne des obligations dans le Code civil de 1804.** L'apparente restauration de la quadripartition justinienne dans le Code civil de 1804 ne fut pas une fantaisie législative guidée par le souci d'ajouter une fioriture savante et antiquisante à un projet conçu pour seul rivaliser avec le droit romain (et la Rome antique) ; au contraire, elle fut le fruit d'une véritable réflexion taxinomique.

Tout d'abord, il n'était plus possible de diviser les obligations entre celles qui naissaient des conventions et celles qui naissaient de la loi, la loi ayant été élevée au rang de source ultime, ou « au moins médiate »¹⁴⁴, de toutes les obligations. Le contrat n'acquerrait ainsi force obligatoire que s'il était le produit d'une « convention légalement formée »¹⁴⁵, et les obligations non-contractuelles, que l'on pouvait inscrire dans le cadre de la *volonté générale*, ne pouvaient avoir pour source que la loi. Jean-Baptiste Treilhard (1742–1810) déclara ainsi devant le Corps législatif le 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804) lors de l'exposé des motifs de la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention* : « La loi doit vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes si nous étions justes, et elle suppose entre les hommes, dans les

¹⁴⁴ *Ibid.*, n°113 : « La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations ; car si les contrats, délits & quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement, parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, & qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute. C'est aussi cette même loi qui rend obligatoires les faits d'où il résulte quelque obligation, & qui sont pour cet effet appelés *quasi-contrats*, comme nous l'avons déjà remarqué. Il y a des obligations qui ont pour seul & unique cause immédiate la loi ».

¹⁴⁵ Anc. art. 1134 al. 1 C. civ. – *Adde* FAVARD DE LANGLADE G.-J., Rapport sur le projet de la future loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*, Tribunal, 13 pluviôse an XII (3 février 1804) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome XIII (ci-après « FENET. XIII »), Videcoq, 1836, pp. 312-338, pp. 319-320 :

« [Les conventions] tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Déjà le Tribunal de cassation avait consacré ce principe : quelques jurisconsultes trop rigoristes improuvaient sa jurisprudence ; ils n'étaient frappés que de la violation faite à la volonté générale, qui est la loi ; ils ne voulaient pas voir que le contrat légalement formé était une émanation de la loi même et non moins sacrée qu'elle. Mais il n'y aura plus d'incertitude sur ce principe ; il sera désormais fondé sur une loi positive et garante de l'autorité des contrats, garante par conséquent des fortunes des particuliers, et ce qui est plus précieux encore, garante de la bonne foi qui doit régner dans l'exécution des conventions. Ainsi, toutes les fois qu'une convention aura été légalement formée, et dont les causes seront avouées par la loi, cette convention sera elle-même une loi, et le jugement qui la violera sera soumis à la censure du Tribunal chargé par la constitution de les conserver toutes, et de les garantir de l'entreprise de l'arbitraire ».

Comp. MOURICAULT T.-L., Discours sur le projet de la future loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*, Corps législatif, 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *ibid.*, pp. 413-449, p. 416 : « Le contrat est pris ici pour toute convention que la loi civile avoue ».

cas imprévus, les obligations nécessaires pour le maintien de l'ordre social »¹⁴⁶. Et d'ajouter :

« Dans les contrats, c'est le consentement mutuel des parties contractantes qui produit entre elles l'obligation. Dans les *quasi-contrats*, au contraire, comme dans les *délits* et les *quasi-délits*, l'obligation résulte d'un fait : c'est la loi qui le rend obligatoire. Les engagements de cette espèce sont fondés sur ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur des hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer »¹⁴⁷.

Ensuite, les rédacteurs du Code civil avaient, semble-t-il – rien n'est certain compte tenu du peu d'éléments à notre disposition –, souhaité établir un parallèle avec le droit romain en plaçant pied à pied *leur* code au *corpus iuris civilis*, et ainsi montrer qu'ils en étaient les héritiers, mais aussi qu'ils avaient fait mieux¹⁴⁸. En effet, la quadripartition *contrat, quasi-contrat, délit, et quasi-délit* instituée en 1804 ne correspondait qu'en apparence à la quadripartition justinienne ; son contenu avait été profondément remanié, notamment en ce qui concerne les quasi-contrats, leur domaine ayant été réduit à la *gestion des affaires d'autrui* et à la *réception d'une chose non due*, et leur principe ayant été redéfini à l'aune de la théorie du *fait purement volontaire*. Jean-Dominique-Léonard Tarrible (1752–1821) déclara ainsi au Corps législatif le 19 pluviôse an XII (9 février 1804) à propos de la future loi *sur les engagements qui se forment sans convention* :

« [L]à où il n'y a pas de convention il n'y a pas de foi donnée ; cependant comme il peut y avoir des engagements formés sans convention, il faut rechercher la cause étrangère qui leur donne l'existence, soit pour en connaître la nature, soit pour en déterminer l'étendue. Les Romains, qui érigèrent le droit privé en une science vaste et profonde, furent conduits à cette distinction par les raisonnements que l'on trouve dans leurs lois.

¹⁴⁶ TREILHARD J.-B., Exposé des motifs de la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, Corps législatif, 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804) *ibid.*, pp. 464-468, p. 464.

¹⁴⁷ *Ibid.*, 465.

La formule « il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances » a certainement été inspirée des *Loix civiles* de Domat, ce dernier ayant écrit au sujet « de ceux qui font les affaires des autres à leur insçu » que « [l]a loi qui nous commande de faire pour les autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, oblige ceux qui se trouvent dans des conjonctures où l'intérêt des personnes absentes est abandonné, de prendre le soin d'y pourvoir selon qu'ils le peuvent », *op. cit.*, Tome II, Première partie, Liv. II, Tit. IV, p. 73. Bien sûr, la formule est elle-même dérivée de la règle d'or : « Tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le de même pour eux », LUC, 1.6. – Comp. POTHIER R.-J., *Traité des contrats de bienfaisance*. Tome II, Debure, 1766–1767, p. 383 : « Il est évident que le précepte qui nous oblige d'aimer notre prochaine comme nous-même, nous oblige d'apporter le même soin aux affaires du prochain, lorsque nous les gérons, que celui que nous apportons aux nôtres ».

¹⁴⁸ NIORT J.-F., *Homo civilis*, PUAM, 2004, pp. 35-140.

La justice, dirent-ils, avoue et reconnaît des engagements qui diffèrent essentiellement de ceux qui sont les plus ordinaires. Ils se forment sans convention ; ils n'appartiennent donc pas à la classe des contrats : ils proviennent d'un fait licite, ils ne peuvent donc être rangés parmi les délits. Ces engagements, revêtus d'un caractère particulier, doivent donc aussi porter une dénomination particulière. Ils les appelèrent *quasi-contrats*, et en distinguèrent cinq espèces, la gestion des affaires d'autrui sans ordre ni mandat ; l'engagement que produit la tutelle entre le tuteur et le pupille ; les obligations qui naissent entre des personnes qui ont des biens en commun sans société ; celles dont les héritiers est tenu envers les légataires, et enfin celles qu'engendre la réception ou le paiement d'une chose non due.

Tout en professant le plus profond respect pour ces anciens législateurs du monde, je dois dire que leur doctrine sur ce point avait resté bien au-dessous de la perfection et de la lucidité que les auteurs du projet ont portées dans l'analyse de ces sortes d'engagements. Elle ne les embrassait pas tous, et elle ne pénétrait pas les causes respectives qui pouvaient servir à les distinguer entre eux »¹⁴⁹.

Enfin, et surtout, la restauration de la quadripartition justinienne avait été soigneusement pensée afin de proposer une nouvelle *summa divisio obligationum*, parfaissant celle proposée dans les projets de 1793, 1794 et 1796. La *summa divisio* du projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801)¹⁵⁰ était en effet articulée autour de trois concepts : le *contrat*, défini comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose »¹⁵¹ ; le *quasi-contrat*, défini comme un « fait purement volontaire de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties »¹⁵² ; et le *quasi-délit* comme un « fait de l'homme qui contient de sa part une faute non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle, et qui l'oblige à quelque réparation du dommage qui en est résulté »¹⁵³, reléguant par là même le concept de *délit* à la matière pénale¹⁵⁴. Tous les *engagements qui se forment sans convention* avaient donc été conçus de la même manière que les *obligations qui naissent*

¹⁴⁹ TARRIBLE J.-D.-L., Discours sur la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, Corps législatif, 19 pluviôse an XII (9 février 1804) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 478-491, pp. 479-480. – Adde BERTRAND DE GREUILLE J., Rapport sur la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, Tribunat, 16 pluviôse an XII (6 février 1804) *ibid.*, pp. 468-479, pp. 469-470 : « [L]e projet de loi s'est garanti [d'une] erreur que nos plus célèbre jurisconsultes avaient partagée », « honor[ant ainsi] la sagacité [de ses] auteurs ».

¹⁵⁰ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome II (ci-après « FENET. II »), Videcoq, 1836, pp. 2-415.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 159.

¹⁵² *Ibid.*, p. 200.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 201.

¹⁵⁴ DESCAMPS O., « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice* 2009, n°1, pp. 291-310. – Comp. sur le triptyque *contrat, quasi-contrat et quasi-délit*, DURAND DE MAILLANE, *Plan de Code civil et uniforme*, 20 messidor an I (8 juillet 1793), préc., mentionné n. 19.

de la loi dans les projets de 1794 et 1796, à savoir à l'aune de la théorie du *fait personnel*, alors énoncée en introduction du titre qui leur était dédié :

« Il y a certains engagements qui se forment sans qu'il intervienne aucune convention ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Ce sont ceux qui résultent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Ces engagements résultent ou des quasi-contrats ou des quasi-délits »¹⁵⁵.

Joseph Bertrand de Greuille (1758–1833) déclara d'ailleurs dans son rapport au Tribunal du 16 pluviôse an XII (6 février 1804), au sujet du dommage causé à autrui, que « [t]out individu [était] garant de son fait » et que c'était là « une des premières maximes de la société »¹⁵⁶.

Cependant, le projet de 1801 différait des projets de 1794 et 1796 en deux points.

D'une part, le dommage causé à autrui avait été conceptualisé en *quasi-délit*, fait dommageable qui avait été subdivisé en notions de *fait fautif*¹⁵⁷, de *négligence ou d'imprudence*¹⁵⁸, et du *fait d'autrui et des choses*¹⁵⁹, cette dernière n'étant qu'une variation des premières. En ligne avec le droit romain, le *quasi-délit* avait été envisagé comme un fait *illicite*¹⁶⁰, mais pas *illicite* au point qu'il puisse être répréhensible au pénal ; il ne l'était *qu'*au civil (il était en quelque sorte *quasi-répréhensible*...). D'autre part, la *gestion des affaires d'autrui* et la *réception d'une chose non due* avaient été qualifiées de *quasi-contrats*, quasi-contrats qui trouvaient leur source dans un « fait purement volontaire de l'homme ». Si ce fait était toujours considéré comme un fait « licite », « permis » ou « non-répréhensible »¹⁶¹, la définition du quasi-contrat était désormais positive, *le quasi-contrat est un fait purement volontaire de l'homme*, et non négative : *un quasi-contrat est ce qui n'est pas un contrat et surtout pas un délit* ; Bertrand de Greuille expliqua ainsi :

¹⁵⁵ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., p. 200.

¹⁵⁶ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 474.

¹⁵⁷ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., pp. 202-203 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer, encore que la faute ne soit point de la nature de celles qui exposent à des peines de police simple ou correctionnelle ».

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 203 : « On est responsable, non-seulement du dommage que l'on a causé par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 203 : « On est responsable, non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

¹⁶⁰ TREILHARD, exp. préc., p. 465. – Adde TARRIBLE, disc. préc., p. 482.

¹⁶¹ *Ibid.*

« Les lois romaines reconnaissaient les quasi-contrats, et elles avaient placé dans cette classe tous les engagements qui n'étaient ni le produit d'une convention ni le résultat d'un délit. Elles n'avaient point distingué ceux qui prennent leur source dans le libre volonté de l'homme d'avec ceux qui appartiennent plus particulièrement à la volonté de la loi. Ainsi les obligations respectives des tuteurs, des curateurs et de leurs mineurs, celles qu'engendre le voisinage de la propriété, celles du légataire universel envers les créanciers du testateur, étaient confondues avec les obligations qui naissent d'un fait purement personnel et volontaire, tel qu'une somme librement payée par un ami à un créancier exigeant, en l'acquit et sans la participation du débiteur menacé des plus rigoureuses poursuites.

Le projet de loi qui vous est soumis s'est garanti de cette erreur [...]. Il établit une sage et nécessaire distinction : il ne voit de quasi-contrat que là où l'homme est uniquement mu par sa propre volonté. Mais partout où l'autorité de la loi commande, partout où l'on est censé céder plutôt à cette autorité qu'à l'impulsion d'une volonté libre et indépendante, le projet considère l'engagement qui en résulte comme tout légal ; parce que, dans ce cas, c'est à la loi qu'on obéit, c'est pour elle qu'on se dévoue, c'est essentiellement par elle qu'on agit : c'est donc à elle que tout doit se reporter, et non à cette volonté, qui peut-être n'existe pas, ou qui n'est au moins que secondaire, parce qu'on ne peut jamais la supposer pleine et entière que lorsque la loi ne prescrit rien »¹⁶².

Les rédacteurs du Code civil avaient certainement décidé, le temps étant compté¹⁶³, de raffiner les projets de 1794 et 1796 en conceptualisant ensemble la gestion d'affaires et la réception d'une chose non due. Or, ces sources d'obligation étant traditionnellement associées à la catégorie des obligations *quasi ex contractu*, leur qualification s'imposait d'elle-même : il s'agissait de *quasi-contrats*. Cette qualification était d'autant plus évidente que la gestion d'affaires et la réception d'une chose non due étaient tout ce qui restait de cette catégorie : les obligations naissant de la tutelle ayant été intégrées dans un titre éponyme¹⁶⁴ ; celles dérivant de la propriété commune ayant été « segmentées »¹⁶⁵ ; et celles naissant des legs ayant été incorporées dans un titre sur les donations entre-vifs et les testaments¹⁶⁶. Quant à leur cadre conceptuel, plutôt que de tirer simplement parti de

¹⁶² BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 469.

À la différence de Bertrand de Greuille, Tarrille avait mentionné que c'était la propriété commune, et non la propriété voisine, qui liait les parties *quasi ex contractu* en droit romain, disc. préc., pp. 479-480. Le premier avait très certainement commis une erreur, à moins qu'il n'ait entrepris de rester cohérent avec l'esprit du projet, entièrement dévoué à la propriété individuelle, où seule la propriété voisine s'apparentait à une propriété en *commun*, la propriété commune ayant été « refoulée », LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens », *Le Code civil 1804–2004, op. cit.*, pp. 297-372, p. 315.

¹⁶³ C'est peut-être là une des données les plus importantes de la codification de 1800–1804. Les rédacteurs du Code civil n'ayant que peu de temps pour achever leur mission – les consuls, dans leur arrêté du 24 thermidor an VIII (12 août 1800) ordonnèrent que « [c]e travail soit terminé dans la dernière décade de brumaire an IX », à savoir un peu avant la mi-novembre 1800, FENET. I, rec. préc., p. LXIII –, ils ne pouvaient pas se permettre de procéder à une réflexion approfondie sur l'Ancien Droit et encore moins de concevoir une législation *ex nihilo*, d'où le recours à la synthèse des travaux révolutionnaires, ainsi qu'ils avaient d'ailleurs été invité à le faire, *ibid.*, p. LXII.

¹⁶⁴ Tit. X, Liv. I, C. civ.

¹⁶⁵ MASSON, *op. cit.*, n°64.

¹⁶⁶ Tit. II, Liv. III, C. civ.

l'assise historique de la qualification quasi-contractuelle de la gestion d'affaires et de la réception d'une chose non due – ce sont des quasi-contrats, parce qu'il en a toujours été ainsi –, ou d'essayer de jouer pleinement du registre du *quasi-contrat comme quasi un contrat*, il fut décidé de leur trouver à ces sources d'obligations un point commun, et ce fut le « fait purement volontaire ». Après tout, lorsque d'aucun s'immisce dans les affaires d'autrui, il est censé le faire « volontairement »¹⁶⁷, de même que lorsque qu'il reçoit ce qui ne lui est pas dû, ou que l'on s'acquitte d'une dette entre les mains du mauvais créancier¹⁶⁸.

2. – L'idée du quasi-contrat comme *fait purement volontaire* : un critère vague, créé pour la forme, inspiré des travaux de Domat

19. – Le *fait purement volontaire* : l'étonnante influence des travaux de Domat.

L'idée de « fait volontaire » a vraisemblablement été inspirée des *Loix civiles* de Domat¹⁶⁹, celui-ci ayant déclaré dans son *Traité des loix* :

« La seconde voye [où Dieu met chacun dans l'ordre des engagements où il le destine] est la disposition des évènements, & des conjonctures, qui determinent chacun aux engagements particuliers, selon les occasions, & les circonstances où il se rencontre.

Toutes ces sortes d'engagements de cette seconde espece sont volontaires, ou involontaires. Car comme l'homme est libre, il y a des engagements, où il entre par sa volonté : & comme il est dépendant de l'ordre divin : il y en a où Dieu le met sans son propre choix.

Les engagements volontaires sont de deux sortes. Quelques-uns se forment mutuellement entre deux ou plusieurs personnes, qui se lient, & s'engagent réciproquement l'un à l'autre par leur volonté : & d'autres se forment par la volonté d'un seul, qui s'engage envers d'autres personnes, sans que ces personnes traitent avec luy. [...] Ainsi, pour les engagements qui se forment par la volonté d'un seul, on voit que celui qui se rend héritier, s'oblige envers les créanciers de la succession ; Que celui qui entreprend la conduite de l'affaire d'un absent à son inceu, s'oblige aux suites de l'affaire qu'il a commencée »¹⁷⁰.

Le trait était à l'évidence un peu forcé, et d'aucun pouvait très légitimement objecter que la réception d'une chose non due n'était pas *purement* volontaire dans la mesure où elle devait, pour donner droit à restitution, s'inscrire dans le cadre d'une erreur de la part de

¹⁶⁷ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., p. 201.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 202.

¹⁶⁹ REVET T. et ZENATI-CASTAING F., *Cours de droit civil. Contrats, théorie générale et quasi-contrats*, PUF, 2014, p. 461.

¹⁷⁰ DOMAT, *op. cit.*, Tome I, *Traité des lois*, Chap. IV, n^oII et III, pp. XIX-XX.

celui qui avait livré la chose¹⁷¹, et que la clause du *fait purement volontaire* était si vague que l'on pouvait l'appliquer à tout et n'importe quoi, en témoignent les remarques caustiques de Demolombe¹⁷² et Victor-Napoléon Marcadé (1810–1854)¹⁷³, qui s'empressèrent de noter qu'elle pouvait s'appliquer tant aux délits qu'aux quasi-délits civils ainsi qu'à nombre d'infractions pénales, notamment le Vol. On pouvait également relever que le critère du *fait purement volontaire* était insuffisant pour former un concept, et que la gestion d'affaires et de réception d'une chose non due n'avaient, au-delà de ce fait, aucun point commun ; Tarrible dut d'ailleurs le reconnaître dans son discours du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) au Corps législatif :

« Ces deux quasi-contrats se raccordent en ce point générique qu'ils proviennent l'un et l'autre d'un fait volontaire et licite des quasi-contractans ; mais ils diffèrent dans tous les autres points.

La gestion des affaires d'autrui a pour motif un dévouement généreux : une erreur est la cause du paiement de la chose non due.

Le bienfait et la reconnaissance forment, dans le premier, le lien du double engagement auquel sont soumis le gérant et le propriétaire ; dans le second, celui-là seul qui a reçu est obligé envers celui qui a payé ; et cette obligation prend sa source dans l'équité, qui ne souffre pas qu'une erreur opère chez l'un une perte funeste, et chez l'autre un gain injuste »¹⁷⁴.

Quoi qu'il en fût, la décision fut prise et la nomenclature du Code fut adaptée à cette fin : il fut précisé que la source de la gestion d'affaires était le fait que le gérant se soit *volontairement* immiscé dans les affaires d'autrui – les obligations du maître de l'indemniser lorsque sa gestion avait été utile étaient dites naître « en équité »¹⁷⁵ – et celle de la réception d'une chose non due était le fait d'avoir pris réception de la chose : « celui qui a reçu »¹⁷⁶. Il fut également convenu de créer une catégorie pour intégrer toutes les obligations qui ne naissaient ni d'un contrat, ni d'un délit, d'un quasi-délit ou d'un quasi-

¹⁷¹ Anc. art. 1376 et 1377 C. civ.

¹⁷² DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°33, p. 30.

¹⁷³ MARCADÉ V.-N., *Explication théorique et pratique du Code civil*. Tome V, Delamotte, 1873, n°II, p. 259. – *Adde* Art. 1370 et 1371 in DEMANTE A. et COLMET DE SANTERRE E., *Cours analytique du Code civil*. Tome V, Plon, 1865, n°346-348bis.

¹⁷⁴ TARRIBLE, *disc. préc.*, p. 484.

¹⁷⁵ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), *préc.*, p. 202 : « L'équité oblige le maître dont l'affaire a été bien administrée, à remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, à l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et à lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

¹⁷⁶ *Ibid.* – *Voy. infra*, pp. 161-162, pour une approche plus nuancée du fait générateur de l'obligation selon le caractère relatif ou absolu de l'indu, approche qui ressort de la lettre-même des anc. art. 1376 et 1377 C. civ.

contrat, obligations dont il fut convenu qu'elles auraient leur source dans « l'autorité de la loi » :

« On ne doit point mettre au nombre des quasi-contrats les engagements qui se forment involontairement, tels que ceux des tuteurs ou des autres administrateurs, qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est confiée, ni ceux qui se forment entre propriétaires voisins. Dans tous ces cas, l'obligation ne résulte que de l'autorité de la loi.

Ce qui concerne les tuteurs a fait la matière d'un titre particulier. Ce qui concerne les engagements entre propriétaires voisins, fait partie des règles relatives aux servitudes légales »¹⁷⁷.

20. – Les observations des corps constitués sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801). Le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) fut soumis pour observations aux membres du Tribunal de cassation et des tribunaux d'appel, qui n'eurent rien à dire sur les quasi-contrats, encore que certains regrettèrent que le titre *Des engagements qui se forment sans convention* ait été incorporé dans le Livre III, intitulé, en clin d'oeil au *Droit commun de la France* de François Bourjon (16..-1751), *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*¹⁷⁸. Ainsi que les membres des juridictions d'Ajaccio, d'Amiens et de Paris le remarquèrent : « la propriété d'un meuble ni d'un immeuble ne s'acquiert jamais en vertu d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit ; il n'en résulte qu'une action personnelle à la fin de prestation des engagements formés par le quasi-contrat, ou en réparation du quasi-délit »¹⁷⁹. Les membres du Tribunal de cassation ne se formalisèrent quant à eux que sur la distinction entre les délits et les quasi-délits :

« L'article du projet semble supposer qu'il ne s'agit ici que des quasi-délits non susceptibles de peine par voie de police simple, correctionnelle ou criminelle ; mais lors même qu'un délit est assez grave pour être poursuivi par voie de police correctionnelle, ou criminellement, il n'en est pas moins vrai qu'un engagement sans convention en résulte en faveur de celui qui a éprouvé le dommage »¹⁸⁰.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 201.

¹⁷⁸ BOURJON F., *Le droit commun de la France*. Tome I, Grangé & Cellot, 1770, Liv. III. *Comment les biens s'acquièrent*.

¹⁷⁹ TRIBUNAL D'APPEL DE PARIS, Observations sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), non datées, in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome V, Videcoq, 1836, pp. 91-292, p. 211 ; TRIBUNAL D'APPEL D'AJACCIO, Observations sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), 18 prairial an IX (7 juin 1801) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome III (ci-après « FENET. III »), Videcoq, 1836, pp. 118-124, p. 121 ; et TRIBUNAL D'APPEL D'AMIENS, Observations sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), 10 prairial an IX (30 mai 1801) *ibid.*, pp. 124-142, p. 134.

¹⁸⁰ TRIBUNAL DE CASSATION, Observations sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), non datées, in FENET. II, rec. préc., pp. 415-755, p. 604.

Ils suggérèrent à la place :

« Les délits et quasi-délits sont les faits de l'homme desquels est résulté un dommage à la réparation duquel il est obligé, lorsque ces faits contiennent une faute, même non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle »¹⁸¹.

Les rédacteurs du Code civil amendèrent alors leur projet, mais seulement en ce qui concerne la question des délits et quasi-délits – la mention à l'équité en matière de gestion d'affaires fut également supprimée, sans que l'on ne sache pourquoi (peut-être par souci de rester cohérent avec l'idée que la loi, expression de la volonté générale, pouvait seule imposer des obligations ?)¹⁸² –, et ils le transmirent aux membres du Conseil d'État pour discussion, celle-ci ayant eu lieu le 2 frimaire (24 novembre)¹⁸³ et 16 frimaire an XII (8 décembre 1803)¹⁸⁴. La structure du droit des obligations non-contractuelles fut adoptée sans discussion et le projet fut transmis, le 21 frimaire an XII (13 décembre 1803), au titre d'une communication officieuse, aux membres de la section de législation du Tribunal. Ces derniers répondirent le 16 nivôse an XII (7 janvier 1804) en préconisant de reformuler l'article-amorce du titre *Des engagements qui se forment sans convention*, afin de « donner des idées nettes » à leur sujet¹⁸⁵, suggérant de ne pas décrire les obligations qui n'étaient ni de nature contractuelle, ni de nature délictuelle, quasi-délictuelle, ou quasi-contractuelle, comme résultant de « l'autorité de la loi », mais de « l'autorité *seule* de la loi », la loi étant après tout la source ultime de toutes les obligations :

« Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi. Les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé.

Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² CONSEIL D'ÉTAT, Discussions sur la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, 2 frimaire an XII (24 novembre 1803) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 450-455, p. 451.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 453.

¹⁸⁴ CONSEIL D'ÉTAT, Discussions sur la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, 16 frimaire an XII (8 décembre 1803) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 456-457.

¹⁸⁵ SECTION DE LÉGISLATION DU TRIBUNAT, rapport sur la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, 16 nivôse an XII (7 janvier 1804) *ibid.*, pp. 457-460, p. 458.

Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits. Ils font la matière du présent titre »¹⁸⁶.

Les membres du Conseil d'État adoptèrent cette formule, qui devint, après division du premier aliéna en deux, l'anc. art. 1370 C. civ., le 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804)¹⁸⁷, puis transmirent le projet aux assemblées législatives. Conformément à la constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799)¹⁸⁸, Treilhard, conseiller d'État, procéda à l'exposé des motifs devant les membres du Corps législatif le 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804)¹⁸⁹. Le projet fut transmis aux membres du Tribunat le lendemain, devant qui Bertrand de Greuille, tribun, lut un rapport le 16 pluviôse an XII (6 février 1804)¹⁹⁰. Les membres du Tribunat approuvèrent le projet deux jours après, sans discussion¹⁹¹. Tarrible, tribun lui aussi, prononça un discours devant les membres du Corps législatif le 19 pluviôse an XII (9 février 1804)¹⁹², et le projet fut adopté le même jour et promulgué dix jours après par Bonaparte¹⁹³.

III. – Le concept de quasi-contrat dans la jurisprudence contemporaine : la réappropriation par les juges de l'idée du quasi-contrat comme *fait purement volontaire*

21. – L'anc. art. 1371 C. civ. : simple amorce ou énoncé d'un concept ? Ainsi fut-il institué en droit français un droit des *quasi-contrats*, dont le principe, réduit en une

¹⁸⁶ TARRIBLE, disc. préc., pp. 481-482 :

« L'autorité de la loi ne peut être contrariée par ceux à qui elle commande ; aussi se trouvent-ils soumis, même contre leur volonté, aux engagements qu'elle forme par sa seule influence. Le projet ne fait pas une énumération détaillée de ces sortes d'engagements ; les dispositions qui les règlent sont répandues dans les divers titres du Code civil. Ainsi l'on trouve sous le titre *du Mariage* les devoirs respectifs des époux ; sous le titre *des Tutelles* les obligations réciproques du tuteur et du mineur ; dans le titre *des Services fonciers* celles qui sont imposées aux propriétaires de deux fonds voisins ; dans le titre *des Testaments* celles des héritiers envers les légataires ; dans le titre *de la Propriété* celles du possesseur envers le propriétaire qui revendique. Il était inutile de répéter ici ces dispositions et les autres semblables qui produisent des engagements sans convention. Il a suffi d'indiquer par quelques exemples les signes auxquels on peut les reconnaître et la place qu'ils doivent occuper sous ce titre ».

Adde TREILHARD, exp. préc., p. 465.

¹⁸⁷ CONSEIL D'ÉTAT, Discussions sur la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*, 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 460-463.

¹⁸⁸ Art. 25, 28, 29, 34, 37, 41, 44 et 52.

¹⁸⁹ TREILHARD, exp. préc., p. 464.

¹⁹⁰ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 468.

¹⁹¹ Arch. parl., 2^{ème} série, Tome V, p. 425.

¹⁹² TARRIBLE, disc. préc., p. 478.

¹⁹³ Loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention*.

formule longtemps jugée cryptique et inutile¹⁹⁴, prit la tangente des acquis du droit romain tardif :

Anc. art. 1371 C. civ. – « 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 ».

Il avait été en fait amalgamé une clause de responsabilité, dont l’énoncé « les faits purement volontaires de l’homme » était censé refléter le « tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage » de l’anc. art. 1382 C. civ., avec un exposé des effets des obligations qui naissaient de la *gestion des affaires* et de la *réception d’une chose non due*, le fait de l’immixtion et de la réception créant, à la charge de celui qui avait géré ou reçu, « un engagement quelconque envers » le maître de l’affaire ou le propriétaire de la chose, et « quelquefois un engagement réciproque » des parties lorsqu’il était établi que l’affaire avait bien été administrée – le maître devait alors indemniser le gérant – ou que des dépenses de conservations avaient été engagées sur la chose, celles-ci devant être remboursées par le propriétaire.

À l’évidence, seule la clause du « fait purement volontaire de l’homme » importait.

Cette clause offrait aux juges un concept qu’ils pouvaient invoquer dans le silence du Code civil afin de qualifier tel ou tel fait de *quasi-contrat*¹⁹⁵, ou de fonder, fût-ce *pro forma*, le principe d’obligations inédites, hypothèse que le « légicentrisme tempéré » du législateur napoléonien n’excluait pas¹⁹⁶, et qui fut, semble-t-il – le passage est équivoque –, envisagée par Bertrand de Greuille :

« Les engagements qui naissent de l’autorité seule de la loi sont gouvernés par des principes qui sont disséminés dans toutes les parties du Code. Le projet de loi n’avait donc plus qu’à s’occuper des obligations qu’engendrent les faits qui appartiennent à la seule volonté de l’homme ; et à cet égard vous penserez sans doute qu’il eût été difficile de fournir des exemples de tous les quasi-contrats, et d’analyser l’espèce, la nature et l’étendue des engagements qu’ils produisent divisément. Les exemples appartiennent à la doctrine ; le législateur doit seulement poser les fondements de la loi, et son application, suivant les circonstances et les faits particuliers, rentre dans le domaine des juges. Aussi le projet qui vous occupe s’est-il borné à déterminer des règles générales, et ces règles

¹⁹⁴ LE TOURNEAU P., « Quasi-contrats » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021, n°4.

¹⁹⁵ Pothier avait déjà tiré les conséquences d’une définition négative des « quasi-contrats » (ni un contrat, ni un délit) en déclarant qu’il existait, au-delà des figures visées dans les *Institutiones*, « quantité d’autres exemples », *Traité des obligations*. Tome II, Debure, 1761, n°113, p. 127.

¹⁹⁶ NIORT, *op. cit.*, pp. 104-140.

deviennent suffisantes pour éclairer sur l'étendue des devoirs qui résultent des faits personnels le plus ordinairement en usage dans la société »¹⁹⁷.

Ce cas de figure ne se réalisa cependant réellement que dans les années 1990¹⁹⁸.

22. – Parenthèse sur la formule « à titre quasi contractuel » dans la jurisprudence du Conseil d'État. Contrairement à ce que Jean Honorat put suggérer dans une étude publiée en 1969 à la *Revue trimestrielle de droit civil*¹⁹⁹, le recours, par les membres du Conseil d'État, à la formule « à titre quasi contractuel » dans les arrêts *Philippe* et *Bonniol* des 27 juin 1930 et le 16 janvier 1931, formule qui fit par la suite l'objet d'une application discrète²⁰⁰, et très circonstanciée²⁰¹, ne peut être considéré comme une tentative d'utiliser le concept de quasi-contrat au-delà des cas visés dans le Code civil. Il ne s'agissait en fait que d'une énième fantaisie de l'équité prétorienne, fantaisie qui n'était pas allée, heureusement, ou malheureusement – c'est selon –, au-delà du domaine du droit des contrats.

Dans la première affaire, les concessionnaires du service d'éclairage public de la commune de Saint-Pé-de-Bigorre avaient cédé leur concession à Philippe pour qu'il l'exploite avec sa société, ce qu'il fit de 1919 à 1925, jusqu'à ce que l'exploitation se révèle déficitaire du fait des bouleversements économiques de l'après-guerre. Philippe demanda alors une indemnité, ainsi que le contrat de concession le lui offrait, indemnité qui fut refusée par les membres du conseil de préfecture des Hautes-Pyrénées au motif que, si le contrat comportait bien une clause d'indemnisation des charges extracontractuelles, l'intéressé ne pouvait s'en prévaloir en raison de l'irrégularité de la cession, celle-ci n'ayant pas été dûment approuvée par le conseil municipal de Saint-Pé-de-Bigorre. Les membres du Conseil d'État, saisis par Philippe, annulèrent l'arrêté :

« [C]onsidérant que de 1919 à 1925 la société requérante, exploitant la concession, a fourni dans la commune l'éclairage électrique ; que, s'il est établi que le prix par lui perçu n'était plus en rapport avec les conditions économiques, bouleversées par la guerre, la circonstance que la requérante n'avait pas la qualité de concessionnaire ne pouvait la priver du droit d'obtenir de la ville, à *titre quasi contractuel*, une compensation équitable

¹⁹⁷ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 470.

¹⁹⁸ Voy. *infra*, n°24-30.

¹⁹⁹ HONORAT, art. préc., n°4.

²⁰⁰ CONS. D'ÉTAT, 22 février 1967, *Société de gaz de Nogent c. commune de Nogent*, *Recueil du Conseil d'État* 87.

²⁰¹ DELVOLVÉ P., DE LAUBADÈRE A. et MODERNE F., *Traité des contrats administratifs*. Tome I, LGDJ, 1983, p. 576.

du déficit subi par elle dans l'exécution du service public de l'éclairage ; que dans ces conditions, c'est à tort que le conseil de préfecture a déclaré son action non recevable »²⁰².

Le même raisonnement fut appliqué dans *Bonniol*, où les membres du Conseil d'État avaient admis que Bonniol, qui avait assuré l'éclairage de Saint-André-de-Sangonis alors que la concession était irrégulière, aurait pu obtenir de la commune, « à titre quasi contractuel, une compensation équitable du déficit qu'il aurait subi dans l'exécution du service dont il était chargé »²⁰³, s'il était toutefois parvenu à prouver un réel déficit d'exploitation, ce qui n'était pas le cas²⁰⁴.

23. – Parenthèse sur la formule « à titre quasi contractuel » dans la jurisprudence du Conseil d'État (suite et fin) : les fantaisies de l'équité prétorienne. Le recours à la formule « à titre quasi contractuel », sans trait d'union, et non à la formule *au titre d'un quasi-contrat*, semble trahir – rien n'est certain en l'absence du rapport du conseiller Toutée et des conclusions du commissaire du gouvernement Andrieux – que les membres du Conseil d'État aient voulu souligner, ainsi qu'Achille Mestre (1874–1960) l'avait remarqué dans une note publiée au *Sirey* en 1931, la nature *presque contractuelle* de la compensation²⁰⁵, plutôt que d'appliquer, ainsi que le soutint Charles Blaevoet dans une note parue au *Dalloz* la même année²⁰⁶, la théorie (administrative) de la gestion d'affaires²⁰⁷. En effet, ni Philippe ni Bonniol n'avaient, en assurant l'éclairage des communes de Saint-Pé-de-Bigorre et de Saint-André-de-Sangonis, géré l'affaire de ces dernières ; ils n'avaient fait qu'exécuter les contrats auxquels ils se croyaient régulièrement tenus, contrats qui empêchaient d'ailleurs le recours à la théorie de l'enrichissement sans cause, dans sa version de droit administratif, dans la mesure où, justement, le déficit d'exploitation ne s'était pas traduit par un enrichissement de ces communes, qui n'avaient fait que recevoir ce qui leur était dû, en rémunérant, comme il était convenu, les concessionnaires de fait.

Le seul recours disponible était l'imprévision.

²⁰² CONS. D'ÉTAT, 27 juin 1930, *Philippe*, S. 1931.3.57, pp. 59-60 (italiques ajoutées).

²⁰³ CONS. D'ÉTAT, 16 janvier 1931, *Bonniol*, S. 1931.3.60, p. 60 (italiques ajoutées).

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ MESTRE A., n. ss. CONS. D'ÉTAT, 27 juin 1930, *Philippe*, et 16 janvier 1931, *Bonniol*, S. 1931.3.57.

²⁰⁶ BLAEVOET C., n. ss. CONS. D'ÉTAT, 27 juin 1930, *Philippe*, et 16 janvier 1931, *Bonniol*, D. 1931.3.5.

²⁰⁷ DELVOLVÉ, DE LAUBADÈRE et MODERNE, *op. cit.*, pp. 30-35.

Or, si les membres du Conseil d'État avaient admis le 30 mars 1916, dans *Gaz de Bordeaux*²⁰⁸, que « lorsque l'économie d'un contrat [de concession] se retrouvait bouleversée du fait d'un évènement que les parties ne pouvaient avoir prévu, le concessionnaire ne pouvait être tenu d'assurer le fonctionnement du service dans les conditions prévues à l'origine [et devait] être indemnisé des conséquences pécuniaires de la situation de force majeure qui excédait l'aléa économique normal »²⁰⁹, ce droit ne pouvait être étendu à des concessionnaires de fait, les cessions irrégulières étant inopposables à l'administration²¹⁰. Toutefois, si ces concessionnaires ne pouvaient demander une indemnité *à titre contractuel*, ils devaient, en équité, lorsqu'ils avaient fidèlement exécuté un contrat irrégulier de concession, être en mesure de se prévaloir des stipulations de ce contrat, ou des remèdes qui seraient normalement octroyés sur la base de celui-ci, afin de compenser les pertes imprévisibles subies du fait de son exécution ; les parties n'étaient pas tenues en vertu d'un quasi-contrat, mais du contrat-même qui leur était inopposable en raison de son irrégularité ; en un mot, le demandeur pouvait agir *à titre presque contractuel*, ou *presque au titre de son contrat*.

24. – Coulomb c. Daumont : le quasi-contrat d'entretien et d'éducation. Le premier quasi-contrat prétorien, le seul, semble-t-il, à avoir été qualifié directement de *quasi-contrat* par les juges, fut une figure empruntant à la stipulation pour autrui, la gestion d'affaires et l'action *de in rem verso*, dans sa version d'Ancien Régime²¹¹ : le *quasi-contrat d'entretien et d'éducation*. Il ne fut appliqué, sauf erreur de ma part, que dans le cadre de l'affaire à l'occasion de laquelle il fut créé : *Coulomb c. Daumont*, affaire tranchée par les conseillers de la Cour d'appel d'Aix, le 11 août 1812.

En l'espèce, Coulomb avait confié ses enfants à Daumont, un instituteur, pour qu'il les nourrisse et les éduque, moyennant une pension annuelle de 1.210 fr. Coulomb ne paya pas trois années de pension et tomba en déconfiture. Daumont demanda alors paiement aux enfants dont il avait assuré l'entretien et l'éducation, qui s'y opposèrent, arguant que ces charges reposaient sur les épaules de leur père en vertu de l'art. 203 C. civ. Daumont agit malgré tout contre ces derniers et un juge du Tribunal de Marseille lui donna gain de

²⁰⁸ S. 1916.3.17.

²⁰⁹ « Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux » in CONSEIL D'ÉTAT (dir.), *Les grandes décisions du Conseil d'État depuis 1873* (<https://www.conseil-etat.fr/> 3 mars 2017).

²¹⁰ DELVOLVÉ, DE LAUBADÈRE et MODERNE, pp. 41-42.

²¹¹ Voy. *infra*, n°69-71.

cause. Les enfants firent appel, mais succombèrent à nouveau, les conseillers de la Cour d'appel d'Aix ayant estimé « qu'entre un instituteur et ses élèves, auxquels il [avait] fourni la nourriture et tout ce qui [était] nécessaire pour leur éducation, il se form[ait] un quasi-contrat, d'après lequel ces derniers [étaient] tenus d'acquitter eux-mêmes le prix de cette fourniture, si leurs parents [étaient] hors d'état d'y satisfaire, cette obligation [étant] fondée sur ce que les élèves, recevant directement les soins et les fournitures de leur instituteur, [étaient] censés contracter personnellement avec lui, par l'intermédiaire de ceux en la puissance desquels ils se trouv[ai]ent »²¹².

Ainsi que je l'expliquerai plus après²¹³, les juges de la première moitié du XIX^{ème} siècle avaient conservé l'habitude d'accorder une action directe, inspirée de l'*actio de in rem verso*, à toute personne qui avait agi au profit d'une autre afin qu'elle puisse demander le remboursement des dépenses qu'elle avait encourues à cette fin. Cette action n'avait pas de fondement précis : elle était souvent motivée en équité, ou plus rarement sous couvert des règles de la *gestion d'affaires*. Il est par conséquent possible (rien n'est certain compte tenu du peu d'éléments à notre disposition) que les conseillers de la Cour d'appel d'Aix aient voulu donner une assise législative à leur décision en ayant recours à un concept du Code civil, ou aient déduit la qualification de *quasi-contrat* des liens que cette action entretenait avec la gestion d'affaires, ce qui expliquerait pourquoi les éditeurs du *Sirey* rapportèrent l'anc. art. 1375 C. civ. comme fondement de la décision. Peu importe la raison, le recours au concept de *quasi-contrat* dans cette affaire ne fut que *pro forma*.

25. – La mise en œuvre des principes de la responsabilité quasi-contractuelle dans *Autocampus* et *ETE*. Tel ne fut pas le cas de deux siècles plus tard, lorsque les conseillers de la Chambre commerciale de la Cour de cassation décidèrent de statuer à l'aune de l'anc. art. 1371 C. civ. afin de tenir responsables des sociétés du préjudice qu'elles avaient causé en raison d'un fait qui n'avait été anticipé ni par la loi ni par le règlement, et qui ne rentrait pas dans le cadre des clauses générales des anc. art. 1382 et 1383 C. civ. Ainsi arrêtaient-ils, le 26 octobre 1999, dans *Autocampus c. IFR*, que la société IFR, qui s'était engagée à acquérir des actifs de la société *Autocampus*, qui était alors placée en redressement judiciaire, devait verser à cette dernière une indemnité compensant le

²¹² AIX, 11 août 1812, *Coulomb c. Daumont*, S. 1812-1814.2.176, p. 176.

²¹³ Voy. *infra*, n°73-75.

dommage causé par l'inexécution de son engagement, et ce quand bien même aucun contrat n'avait été dûment signé²¹⁴. Ils tranchèrent pareillement le 9 octobre 2007, dans *ETE c. SFR*, estimant que la société ETE, franchisée de la société SFR, pouvait demander à être indemnisée de la perte de sa clientèle propre subite à la suite de la mise en œuvre de la clause de non-concurrence contenue dans le contrat de franchise que son franchiseur avait rompu²¹⁵.

Ces arrêts ne firent toutefois pas florès.

L'arrêt *Autocampus*, malgré sa publication au Bulletin, resta un arrêt isolé²¹⁶, et l'arrêt *ETE*, qui n'avait pas été mentionné au Bulletin, fut discrètement réformé après que les conseillers de la Cour d'appel de Paris aient, sur renvoi, résisté à l'arrêt de cassation, les conseillers de la Chambre commerciale ayant décidé, dans un arrêt du 23 octobre 2012, d'analyser la question à l'aune de l'enrichissement sans cause et estimé que « les règles gouvernant [la matière] ne [pouvait] être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués [trouvaient] leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties »²¹⁷, décision qui fut, elle, publiée au Bulletin.

26. – Les loteries publicitaires : *Bossa et UFC c. Maison française de distribution*.

Le recours à l'anc. art. 1371 C. civ. eut plus de succès dans *Bossa et UFC c. Maison française de distribution*²¹⁸. Les faits sont connus. Bossa avait reçu de la Maison française de distribution, une société de vente par correspondance, deux courriers lui annonçant, dans des termes non-équivoques, qu'il avait gagné 105.750 fr., avec paiement immédiat, pourvu qu'il réponde dans les meilleurs délais par un bon joint. L'intéressé ayant répondu sans jamais avoir reçu la somme promise poursuivit la société de délivrance du gain et, subsidiairement, en paiement de l'intégralité de la somme pour publicité trompeuse, née de la confusion entretenue entre gain irrévocable et pré-tirage au sort, mais n'obtint pas gain de cause en première instance, un juge du Tribunal de grande instance de Paris ayant estimé dans un jugement en date du 5 février 1995 qu'il était clair que les courriers faisaient état d'un gain soumis à l'aléa. Ce jugement fut toutefois infirmé par les conseillers de la Cour d'appel de Paris, ces derniers ayant jugé que cette publicité

²¹⁴ CASS. COM., 26 octobre 1999, *Autocampus c. IFR*, *Bull. civ. IV*, n°193.

²¹⁵ CASS. COM., 9 octobre 2007, *ETE c. SFR*, 05-14.118.

²¹⁶ LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », art. préc., n°70.

²¹⁷ CASS. COM., 23 octobre 2012, *ETE c. SFR*, *Bull. civ. IV*, n°192.

²¹⁸ CASS. MIX., 6 septembre 2002, 98-22.981, *Bull. mix.*, n°4 ; *GAJC*, n°244. – *Adde* CASS. MIX., *Marchewka c. Maison française de distribution*, 6 septembre 2002, 98-14.397.

trompeuse était à l'origine d'un préjudice moral justifiant l'octroi de 5.000 fr. de dommages-intérêts. Bossa, et l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir, partie à l'instance, formèrent un pourvoi en cassation, espérant obtenir une meilleure indemnisation.

Les juges et les praticiens, ainsi que les associations de protection des consommateurs, avaient été confrontés par le passé à ces situations, confusément nommées *loteries publicitaires*, et avaient éprouvé toutes les peines à trouver un angle permettant, en droit, d'y mettre fin. Le droit de la consommation ayant montré ses limites, le droit des obligations lui fut préféré, encore que celui-ci se révéla tout aussi inadéquat, du moins dans ses techniques fondamentales, la technique contractuelle, qui permettait de tenir l'émetteur au paiement de l'entièreté du gain promis, nécessitant que les termes des documents litigieux aient été fermes et non-ambigus, ce qui était rares, et la technique délictuelle supposant que la victime ait souffert d'un dommage, au-delà du préjudice moral, qui puisse être réparé, chose délicate à établir en la matière. Conscients de cela, les conseillers de la Cour de cassation, réunis en chambre mixte, décidèrent, sur un moyen de pur droit, relevé d'office après avertissement donné aux parties, d'avoir recours à la technique quasi-contractuelle, au visa de l'anc. art. 1371 C. civ. :

« Attendu que les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers ;

Attendu que pour condamner la société à payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts à M. Bossa, l'arrêt retient qu'en annonçant de façon affirmative une simple éventualité, la société avait commis une faute délictuelle constituée par la création de l'illusion d'un gain important et que le préjudice ne saurait correspondre au prix que M. Bossa avait cru gagner ;

Qu'en statuant ainsi, alors 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, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

[...] Casse et annule, mais seulement en ce [que l'arrêt] a condamné la société MFD à verser à M. Bossa la somme de 5 000 francs »²¹⁹.

²¹⁹ *Bull. mix.*, n°4 ; *GAJC*, n°244.

27. – Le traitement des quasi-contrats prétoriens par les rédacteurs de l’Ordonnance du 10 février 2016. L’arrêt *Bossa* fit précédent²²⁰, et sans surprise, il ne fut pas remis en cause lors de la réforme de 2016, son utilité étant manifeste. Ainsi que les rapporteurs du projet de l’Ordonnance du 10 février 2016 le notèrent, « l’art. 1300 [al. 1 C. civ.] donne une définition du quasi-contrat [– “[l]es quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui” –] suffisamment souple pour permettre au juge, le cas échéant, d’appréhender des comportements qui devraient entraîner des obligations d’indemnisation à la charge de leurs auteurs, en dépit du silence de la loi »²²¹. Déclaration étonnante lorsqu’on la met en perspective avec l’entreprise de rationalisation assumée de la matière à l’aune du principe général de prohibition de l’enrichissement injuste.

28. – Quasi-contrats nommés et innomés dans l’Ordonnance du 10 février 2016. À l’évidence, les rédacteurs de l’Ordonnance du 10 février 2016 n’ont pas appréhendé le droit des quasi-contrats comme un droit unifié, mais comme une combinaison de deux ensembles juridiques doués de logiques distinctes, l’un composé des quasi-contrats *nommés*, au sens littéral du terme, si l’on s’en tient à l’art. 1300 al. 2 C. civ. – « [l]es quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d’affaires, le paiement de l’indu et l’enrichissement injustifié » –, et l’autre des quasi-contrats *innommés*, ou *prétoriens*. Là où les quasi-contrats *nommés*, soigneusement régis aux art. 1301 à 1303-4 C. civ., ont été pensés à l’aune du principe général de prohibition de l’enrichissement injuste, la gestion d’affaires et le paiement de l’indu en étant une expression spéciale et l’enrichissement injustifié une expression générale²²², les quasi-contrats *innommés* ont été

²²⁰ e.g. CASS. CIV. 1, 18 mars 2003, 00-19.934 ; MONTPELLIER, 18 octobre 2005, CCC 2006, n°58 ; CASS. CIV. 1, 13 juin 2006, 05-18.469 ; AIX-EN-PROVENCE, 5 février 2008, JCP E 2008, n°39 ; PARIS, 19 mars 2008, JCP E 2008, n°28-29 ; COLMAR, 31 mars 2008, JCP E 2008, n°39 ; CASS. CIV. 1, 14 janvier 2010, 08-16.159 ; 25 février 2010, 09-12.129 ; 19 mars 2015, 13-27.414. – Voy. BURGARD M., « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat ? », LPA 2010, n°221, pp. 6-8 ; PEIS-HITIER M.-P., « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », LPA 2006, n°18, pp. 8-14 ; BRUN P., « Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction » in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 191-206 ; TERRIER E., « La fiction au secours des quasi-contrats ou l’achèvement d’un débat juridique », D. 2004, pp. 1179-1185 ; 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* 2002, n°104, n°1709 ; FAGES B., « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 ! », RLD 2002, n°54, n°3427 ; LE TOURNEAU P. et ZABALA A., « Le réveil des quasi-contrats », CCC 2002, n°12, Chron. 22.

²²¹ « Autres sources d’obligation » in Rapport au président de la République, préc.

²²² Art. 1303 C. civ., reproduit in n°4.

conçus en considération de la clause du *fait purement volontaire* de l'art. 1300 al. 1 C. civ., la mention « celui qui en profite sans y avoir droit » relevant, en toute logique, des premiers et non des seconds (à moins que le « profite » ne doive être interprété de façon plus abstraite).

Cette approche est, eu égard aux développements du droit, cohérente.

Cependant, elle n'est pas sans laisser circonspect.

En effet, si la distinction entre quasi-contrats *nommés* et *innommés* est intéressante en ce que ces derniers offrent au juge une niche législative pour statuer en équité, comme ce fut le cas dans *Coulomb*, *Autocampus* et *ETE*, ou en vue de satisfaire un objectif politique précis, tel qu'il en fut dans *Bossa*, on ne voit pas en quoi continuer d'envisager la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié comme des *quasi-contrats* est pertinent. N'aurait-il pas été plus simple, et surtout plus cohérent, en se fondant sur les termes-mêmes de l'Ordonnance du 10 février 2016, de ne plus les associer au concept de *quasi-contrat*, et par conséquent mettre fin à la catégorie des quasi-contrats *nommés* ? Après tout, le concept *quasi-contrat* n'apparaît plus formellement dans la nomenclature du Code civil. L'ancienne dichotomie entre les *contrats* et les *engagements qui se forment sans convention* n'existe plus : les anciens Titres III et IV du Livre III du Code civil ont été intégrés dans un nouveau Titre III intitulé *Des sources d'obligations*, et les anciens Chapitres I et II du Titre IV, portant respectivement sur les *quasi-contrats* et les *délits et quasi-délits*, ont été remplacés par un Sous-Titre II sur la *responsabilité extracontractuelle* et un Sous-Titre III sur les *autres sources d'obligations, autres sources* comprenant, en trois chapitres, et ce à titre non-exhaustif²²³, la *gestion d'affaires*, le *paiement de l'indu* et l'*enrichissement injustifié*. Même les dispositions liminaires du Titre III, énoncées aux art. 1100 à 1100-2 C. civ., réformant les anc. art. 1101 et 1370 C. civ., ne mentionnent pas le concept *quasi-contrat*. Il est seulement convenu que « [l]es obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi »²²⁴, qu'« [e]lles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui »²²⁵, que « les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit »²²⁶, que « [l]es faits juridiques sont des agissements ou des

²²³ « Autres sources d'obligation » in Rapport au président de la République, préc., reproduit in n°7.

²²⁴ Art. 1100 al. 1 C. civ.

²²⁵ Art. 1100 al. 2 C. civ.

²²⁶ Art. 1100-1 al. 1 C. civ.

événements auxquels la loi attache des effets de droit »²²⁷, et que « [l]es obligations qui naissent d'un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d'obligations »²²⁸. La seule référence au concept de *quasi-contrat* ne se trouve qu'à l'art. 1300 C. civ., où il est défini dans un premier aliéna et où les institutions qui lui sont traditionnellement rattachées sont *nommées* dans un second.

29. – Réflexions sur les quasi-contrats prétoriens. En soi, les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 ont eu raison de ne pas abroger le concept de *quasi-contrat*, et avec lui la clause du *fait purement volontaire*. Certes, les solutions adoptées en matière de loteries publicitaires sont discutables en ce qui concerne la légitimité politique des juges civils à infliger des sanctions de nature « quasi-pénales »²²⁹ contre des pratiques dont l'illégalité n'est pas franchement affirmée par le législateur, et ce nonobstant leur possible qualification de pratiques commerciales *déloyales* au sens de l'art. L. 121-1 al. 1 et 2 C. cons.²³⁰, et leur « interdiction » en application de l'art. L. 121-20 C. cons. :

« Dès lors qu'elles sont déloyales au sens de l'article L. 121-1, sont interdites les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels à l'égard des consommateurs, sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à l'attribution d'un gain ou d'un avantage de toute nature par la voie d'un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, ou par l'intervention d'un élément aléatoire »²³¹.

Par ailleurs la solidité juridique d'une telle source de responsabilité est plus que douteuse. Ainsi que le note Alain Bénabent : « d'où vient le “*droit acquis*” du destinataire [de la fausse promesse] à la totalité d'un “*gain*” dépassant le préjudice subi [par l'émission de

²²⁷ Art. 1100-2 al. 1 C. civ.

²²⁸ Art. 1100-2 al. 2 C. civ.

²²⁹ BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 2021, 19^{ème} éd., p. 407.

²³⁰ « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ».

²³¹ La difficulté inhérente à ces pratiques, et aux escroqueries qui reposent sur un principe similaire, tel le *Nigerian Prince scam*, est qu'elles ne visent pas à proprement parler à « altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », mais à obtenir quelque chose d'eux, que ce soit leurs données et/ou leur argent. Ces pratiques, qui relèvent, ou devraient relever du droit pénal, notamment des infractions d'appropriations frauduleuses, art. 311-1 à 324-9 C. pén., sont le plus souvent exécutées à grande échelle – elles n'ont techniquement pas de cibles – et de façon que le « consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé » puisse immédiatement les identifier comme étant illusoires ou frauduleuses, de sorte que seules les personnes les plus crédules, ou les plus vulnérables, soient prises au piège.

cette promesse] ; le miroitement créerait-il un droit au mirage ? »²³². Néanmoins, force est d'admettre que la niche offerte à l'art. 1300 al. 1 C. civ. peut être utile afin d'appréhender des comportements qui ne peuvent être pleinement saisis par la technique (1) du contrat ou de l'engagement unilatéral de volonté, lorsque la volonté de la personne que l'on entend tenir responsable n'est pas exprimée aussi fermement qu'elle le devrait²³³ ; (2) du délit ou quasi-délit, lorsque le comportement litigieux n'est pas à proprement parler fautif et/ou dommageable (au-delà du simple préjudice moral)²³⁴, ou lorsque le remède qui peut être octroyé ne permet pas d'obtenir un résultat adéquat au regard des objectifs politiques que l'on souhaite obtenir²³⁵ ; (3) de la gestion d'affaires, lorsqu'il n'y a pas d'immixtion volontaire et non-sollicitée dans les affaires d'autrui ; (4) de l'enrichissement injustifié, lorsque la situation ne se révèle pas profitable pour celui que l'on veut sanctionner ; ou (5) toute autre forme de responsabilité imposée par la loi ou le règlement. En somme, le concept de *quasi-contrat*, et avec lui la clause du *fait purement volontaire*, offrent aux juges une technique-« soupape »²³⁶, dont l'application, « par nature exceptionnelle »²³⁷, leur permet d'éviter, pour paraphraser Cicero (106–43 AEC), que le droit porté à l'extrême ne se traduise par une extrême injustice, *summum ius, summa iniuria*²³⁸.

30. – Critique de l'approche adoptée par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 en matière quasi-contractuelle. Cela ayant été dit, on ne comprend pas pourquoi les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 se sont obstinés à voir dans le concept de *quasi-contrat* la clef-de-voute d'un *genus* d'obligations comprenant les quasi-contrats *nommés* de gestion d'affaires, de paiement de l'indu et d'enrichissement injustifié, et les quasi-contrats *innomés*, alors que ce concept ne sert, en pratique, qu'à la caractérisation de ces derniers. Ainsi que je l'expose dans les Chapitre II, III et IV, et que Tarrible l'avait admis deux siècles plus tôt²³⁹, le concept de *quasi-contrat* n'est d'aucune utilité pour saisir le principe ou le régime de la gestion d'affaires, du paiement de l'indu et

²³² BÉNABENT, *op. cit.*, 19^{ème} éd., p. 407. – Comp. FABRE-MAGNAN M., « Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats » in *Mélanges Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, pp. 451-458.

²³³ BÉNABENT, *op. cit.*, 19^{ème} éd., p. 405. – Comp. KACZMAREK L., « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *LPA* 2010, n°225-226, pp. 10-14, et GRIMALDI, *op. cit.*

²³⁴ BÉNABENT, *op. cit.*, 19^{ème} éd., p. 405.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*, p. 395.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ CICERO, *De officiis*, 1.10.33, trad. inspirée par BOYER L. et ROLAND H., *Adages du droit français*, Litec, 1999, 4^{ème} éd., n°423.

²³⁹ TARRIBLE, disc. préc., p. 484, reproduit in n°19.

de l'enrichissement injustifié – on voit difficilement comment il pourrait en être autrement –, et ces institutions ne contribuent en rien à la compréhension du concept de *quasi-contrat*. Il aurait par conséquent été plus simple de ne pas s'embarrasser de l'art. 1300 al. 2 C. civ., et d'énoncer que « certaines obligations se forment de l'autorité seule de la loi ou de faits juridiques, tels que la gestion d'affaires, le paiement de l'indu ou l'enrichissement injustifié », et que « d'autres se forment en vertu de quasi-contrats », ce en y ajoutant la sacrosainte formule : « les quasi-contrats sont les faits purement volontaires dont il résulte un engagement envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties ». Cette approche aurait eu l'avantage de dégrever la gestion d'affaires, le paiement de l'indu ou l'enrichissement injustifié d'une qualification, certes pertinente sur le plan historique, mais dépassée en droit positif, et d'énoncer l'évidence – ces obligations sont « d'origines légales »²⁴⁰ –, tout en préservant la clause du *fait volontaire* de sorte que les juges puissent créer sur son fondement, lorsque les circonstances le requièrent, et la loi et le règlement le permettent (ou ne s'y opposent pas expressément), de nouvelles obligations. Le quasi-contrat n'est-il pas après tout, à l'instar de la très controversée convention d'assistance bénévole²⁴¹, une *species* du *genus* des obligations d'*origine prétorienne*, et ce même si son principe, inspiré par l'équité ou des considérations politiques, est fondé sur une application formelle, voire littérale, d'une disposition législative ? N'a-t-on pas, *in fine*, assisté depuis 1804 à un déclasserement taxinomique de la source d'obligation portée par ce concept, et à l'émancipation des institutions qui lui ont été rattachées ? Le choix de la part des rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 de plus respecter la classification graduée des sources d'obligations, allant du licite (contrat, autorité seule de la loi et quasi-contrat) à l'illicite (quasi-délit et délit), et d'énoncer, compte tenu de leur importance pratique, les règles de la responsabilité extracontractuelle avant celles de la responsabilité quasi-contractuelle, sans même nommer cette dernière comme telle, n'en est-il pas révélateur ?

²⁴⁰ BÉNABENT, *op. cit.*, 19^{ème} éd., p. 357.

²⁴¹ MONTAS, *op. cit.*, et SÉRIAUX, « L'œuvre prétorienne *in vivo* », art. préc.

CHAPITRE II

La gestion d'affaires

Les fondements historiques et politiques de la responsabilité du fait de s'être immiscé dans les affaires d'autrui

31. – La gestion d'affaires, quasi-contrat par excellence. À la différence des projets de 1794 et de 1796, où le principe de la responsabilité du fait de la réception d'une chose non due avait été énoncé avant celui du fait d'une gestion d'affaires, les rédacteurs du Code civil énoncèrent le régime de cette dernière avant le régime de la première, choix qui ne dût rien au hasard dans la mesure où il ressort des discussions au Conseil d'État et des communications aux assemblées que la gestion d'affaires fut envisagée comme le quasi-contrat *par excellence*. Au-delà du fait que cette figure avait pour effet de lier les parties *comme si* elles l'étaient en vertu d'un mandat²⁴² – elle était d'ailleurs le seul quasi-contrat qui avait pour conséquence d'instituer *quasi un contrat* entre les parties, en l'occurrence un « quasi-mandat »²⁴³ –, c'était vraisemblablement (on ne dispose cependant pas assez d'éléments pour en être certain) à l'aune de la clause de l'anc. art. 1372 al. 1 C. civ. « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui » que l'idée du quasi-contrat comme « fait purement volontaire » avait été conçue²⁴⁴. On serait d'ailleurs tenté, encore que rien ne le prouve²⁴⁵, de voir derrière la survivance du concept de *quasi-contrat* une volonté plus ou moins consciente et assumée de jouer du registre *quasi (presque) contractuel* : non

²⁴² Anc. art. 1372 al. 2 C. civ.

²⁴³ « Gestion d'affaires » in Rapport au président de la République, préc.

²⁴⁴ Voy. *supra*, n°19.

²⁴⁵ En l'absence d'éléments probants, il convient d'appliquer le rasoir d'Ockham et de convenir que le concept de *quasi-contrat* a très certainement survécu pour la seule raison qu'il se trouvait là.

seulement c'était dans l'acte *volontaire* de gestion que se trouvait la source des obligations énoncées aux anc. art. 1372 à 1375 C. civ. – il y aurait eu contrat si celui qui avait initié la gestion, le gérant, avait *offert* d'agir ainsi et que le maître de l'affaire y avait *consenti* –, mais c'était bien un *presque régime* de mandat qui s'imposait aux parties, le phénomène *presque contractuel* basculant dans le *contractuel* lorsqu'il était établi que le gérant avait correctement administré l'affaire, et lorsque le maître avait ratifié la gestion²⁴⁶.

I. – La méfiance des rédacteurs du Code civil vis-à-vis des comportements altruistes : les fondements politiques de la responsabilité du fait d'une gestion d'affaires

32. – Le refus des interprétations libres de la gestion d'affaires lors de la codification de 1800–1804. À la différence de Pothier, qui avait admis que la *negotiorum gestio* puisse faire l'objet, « contre la subtilité du droit »²⁴⁷, d'interprétations libres, et des projets de 1793, 1794 et 1796, où le régime de la gestion d'affaires avait été réduit à sa plus simple expression, laissant aux juges une certaine marge de manœuvre dans son interprétation²⁴⁸, les rédacteurs du Code civil ignorèrent la dimension libérale de l'institution afin d'éviter que des applications en équité ne viennent nuire à l'autonomie des parties dans la conduite de leurs affaires civiles et commerciales²⁴⁹. Carbonnier dut d'ailleurs se poser la question dans son précis de droit civil : « N'est-ce pas la défiance à l'égard du gérant, plutôt que le désir de l'encourager, qui est la clef de l'institution ? »²⁵⁰.

Cette défiance à l'égard du gérant, qui fut clairement exprimée lors des discussions au Conseil d'État et des communications aux assemblées, s'inscrivait dans un mouvement général d'affirmation de valeurs individualistes²⁵¹, soucieux de protéger *le secret des*

²⁴⁶ Si le verbe *contracter*, « introduit en droit avec le sens de prendre un engagement vis-à-vis de [quelqu'un] », REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2019, a presque systématiquement été utilisé dans le cadre du droit des contrats (121 des 122 occurrences du verbe), il signifie également, « [reprenant] le sens latin [de] “faire revenir à soi” [...], *contracter une maladie, des dettes* (1675) », *ibid.*

²⁴⁷ POTHIER, *Traité des contrats de bienfaisance*, *op. cit.*, Tome II, n°167, 182, 186, 189 et n°191-195.

²⁴⁸ Voy. *supra*, n°12-14.

²⁴⁹ Expliquant peut-être le retrait de la mention « l'équité oblige le maître dont l'affaire a été bien administrée » lors de la réécriture du projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801). – Voy. *supra*, n. 175 et n°20.

²⁵⁰ CARBONNIER, *Les biens et les obligations*, *op. cit.*, éd. « Quadrige », n°1217, p. 2425.

²⁵¹ MARTIN X., *Mythologie du Code Napoléon*, Morin, 2003. – *Adde id.*, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 1987, n°4, pp. 87-144.

familles, l'« un des principaux droits de la liberté individuelle »²⁵², et de méfiance, pour ne pas dire d'hostilité, vis-à-vis des comportements altruistes²⁵³, méfiance, étudiée en détails par Xavier Martin²⁵⁴ et Jean-François Niort²⁵⁵, envisagée dans le cadre, *inévitabile*²⁵⁶, du voisinage des propriétés foncières²⁵⁷, et des *solidarités juridiques* que celui-ci impliquait²⁵⁸.

33. – Parenthèse sur le voisinage et son influence sur la législation napoléonienne.

Le voisinage fut un thème récurrent dans les travaux préparatoires, et l'image qu'en eurent les législateurs napoléoniens est conforme à l'idée qu'ils avaient de la bonté humaine : « il n'y a plus de bon voisin »²⁵⁹. Cambacérès put ainsi déclarer au Conseil d'État, le 22 vendémiaire an XI (14 octobre 1802) lors des discussions sur la future loi du 5 germinal an XI (26 mars 1803) *sur la minorité, la tutelle et l'émancipation*, que « [l]es rapports de voisinage [n'étaient] plus d'aucune considération dans les mœurs actuelles »²⁶⁰, et d'obtenir que la convocation au conseil de famille ne soit pas étendue aux voisins. Jean Albisson (1732–1810) put quant à lui avancer dans son rapport au Tribunat du 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) à propos de la future loi du 10 pluviôse an XII (31 janvier 1804) *sur les servitudes ou services fonciers* :

²⁵² CONSEIL D'ÉTAT, Discussions sur la future loi du 28 ventôse an XII (19 mars 1804) *sur les privilèges et hypothèques*, 12 pluviôse an XII (2 février 1804) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome XV (ci-après « FENET. XV »), Videcoq, 1836, pp. 223-304, p. 237 : « Ne devrait-on pas encore être arrêté par la crainte de dépouiller les familles de la faculté de garder le secret de leurs affaires ? Ce secret a toujours été regardé comme un des principaux droits de la liberté individuelle ». – Adde GRENIER J., Rapport sur la future loi du 28 ventôse an XII (19 mars 1804) *sur les privilèges et hypothèques*, Tribunat, 26 pluviôse an XII (16 février 1804), *ibid.*, pp. 476-510, p. 511, 519 et 523. – Comp. VÉSIN J.-F., Rapport sur la future loi du 3 germinal an XI (24 mars 1803) *sur la puissance paternelle*, Tribunat, 1^{er} germinal an XI (22 mars 1803) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome X (ci-après « FENET. X »), Videcoq, 1836, pp. 523-533, p. 529 et 772.

²⁵³ MARTIN X., « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHDFE* 1982, n°4, pp. 589-618. – Adde *id.*, « Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé », *Droits* 1987, n°6, pp. 107-116, et « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985, n°2, pp. 117-128.

²⁵⁴ *Id.*, *Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Morin, 2002, 2^{ème} éd., et *id.*, « Dimension politique du Code civil naissant : l'exemple de la "gestion d'affaires" », *RHDFE* 2009, n°2, pp. 211-235.

²⁵⁵ NIORT, *op. cit.*, pp. 61-140.

²⁵⁶ FOURNEL J.-F., *Traité du voisinage*. Tome I, Rondonneau, 1799, p. VII : « On peut vivre longtemps sans avoir été ni *homme de loi*, ni *financier*, ni *marchand*, ni *cultivateur*, ni *propriétaire foncier*, mais on ne peut pas vivre *quelques jours* sans être *voisin*, ou sans en avoir ».

²⁵⁷ La France de la fin de l'Ancien Régime était après tout une société encore essentiellement rurale fondée sur le foncier, LEMARCHAND G., *L'économie en France de 1770 à 1830, De la crise de l'Ancien Régime à la révolution industrielle*, Colin, 2008.

²⁵⁸ DAVID J., « Les solidarités juridiques de voisinage, de l'ancien droit à la codification », *RHDFE* 1994, n°3, pp. 333-366.

²⁵⁹ MARTIN, « L'insensibilité », art. préc., pp. 596-597.

²⁶⁰ FENET. X, rec. préc., pp. 566-581, p. 580.

« Le voisinage, qui devrait, ce semble, être constamment une source journalière de liaisons et de jouissances amicales, et l'aliment habituel d'un commerce de bons offices, n'est trop souvent qu'un sujet [...] de querelles et de débats. La loi doit les prévenir ou les terminer, soit par des dispositions relatives à la position respective des lieux, soit par les barrières qu'elle oppose aux entreprises et à la curiosité indiscrete ou maligne d'un voisin incommode ou dangereux »²⁶¹.

Cette évolution qui tranche avec les positions des auteurs de l'Ancien Droit. Jean-Philippe Garran de Coulon (1748–1816) avait en effet écrit dans *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale* de Joseph-Nicolas Guyot (1728–1816) que le voisinage imposait « des obligations, & que ceux qui [avaient] cette relation entr'eux se [devaient] des secours & une surveillance mutuelle »²⁶² ; et d'ajouter, en ayant certainement en tête les cas d'incapacité et non d'absence, que « la plus importante des obligations prescrites par le voisinage [était] celle de veiller à la personne & aux biens de ceux qui [n'étaient] pas en état d'y veiller par eux-mêmes, & qui [n'avaient] pas de parens capables de remplir ce devoir d'humanité »²⁶³. Pothier, ancien professeur de Garran de Coulon, avait quant à lui noté dans son *Traité du contrat de société*, que « [l]e voisinage [était] un quasi-contrat qui form[ait] des obligations réciproques entre voisins »²⁶⁴, mais n'avait pas évoqué le devoir de secours et surveillance mutuelle.

1. – La crainte d'un altruisme éphémère et intéressé : les raisons politiques de l'obligation de persévérance et le principe de gratuité de la gestion d'affaires

34. – La crainte des rédacteurs du Code civil que le gérant n'achève pas ce qu'il a commencé. La principale préoccupation des rédacteurs du Code civil fut que le gérant n'achève pas ce qu'il avait commencé et cause ainsi un dommage au maître de l'affaire en abandonnant cette dernière à son sort et en privant par là-même un tiers plus dévoué de la possibilité de s'en charger. Treilhard déclara à ce titre, lors des discussions au Conseil

²⁶¹ FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome XI (ci-après « FENET. XI »), Videcoq, 1836, pp. 315-331, p. 316.

²⁶² GARRAN DE COULON J.-P., « Voisinage » in GUYOT J.-N. (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*. Tome LXIV, Panckoucke et Visse, 1783, p. 148.

²⁶³ *Ibid.*, p. 149.

²⁶⁴ Debure, 1764, n°230.

d'État du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803)²⁶⁵, et lors de l'exposé des motifs de la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention* le 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804) au Corps législatif :

« Si c'est une action louable de prendre en main l'affaire d'un absent, cet acte de bienfaisance ne serait-il pas une véritable trahison, si, après avoir commencé de gérer, après avoir peut-être prévenu et écarté, par une diligence apparente, des amis plus éclairés et plus solides, l'on pouvait abandonner l'affaire sans l'avoir terminée, ou si on ne la suivait qu'avec une incurie fatale au propriétaire ? En prenant la gestion d'une affaire, on contracte donc nécessairement l'obligation de la finir »²⁶⁶.

Tarrible avança le même argument devant le Corps législatif, le 19 pluviôse an XII (9 février 1804) :

« La loi ne pouvait souffrir que celui qui, par un premier mouvement de générosité, avait entrepris une affaire quelconque, l'abandonnât au milieu de son cours. Un bienfait ne mérite ce nom que lorsqu'il est tout entier ; et il pourrait se faire que cette entreprise inconsidérée eût suspendu ou détourné le dévouement d'un autre qui, non moins généreux que le premier, mais plus persévérant, aurait achevé l'affaire commencée.

Le premier engagement que contracte celui qui s'immisce volontairement dans une gestion est donc de la continuer jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même. Tous les actes nécessaires pour la consommation de l'affaire sont autant d'obligations imposées au gérant, tout comme si elles l'eussent été par un mandat exprès et antérieur. [...] Le gérant doit administrer ; il doit consommer ce qu'il a commencé »²⁶⁷.

Ainsi que l'avait remarqué Xavier Martin, cette préoccupation avait pour fondement une certaine suspicion à l'égard de la bonté humaine, bonté qui gardait « cette coloration spécifique, déjà notée à l'époque révolutionnaire, [qu']à nul moment il ne semblait imaginable qu[']elle] puisse être consolidée, vertébrée, perpétuée par la *volonté* »²⁶⁸. Réduite alors « à une capacité d'émotion, à des penchants, des sentiments, des instincts, à des inclinations auxquelles il était doux et touchant de se laisser aller, elle [était] par nature éphémère et ne [pouvait, donc,] être l'amorce d'une détermination mentale durable à faire le bien »²⁶⁹. Aussi fallait-il la contraindre, lorsqu'elle s'exprimait de manière résolue, avec toute la force de la loi, de la même manière qu'il fallait contraindre les parties à exécuter

²⁶⁵ CONSEIL D'ÉTAT, discus. préc., séance du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803), p. 454.

²⁶⁶ TREILHARD, exp. préc., p. 466.

²⁶⁷ TARRIBLE, disc. préc., pp. 482-483.

²⁶⁸ MARTIN, « L'insensibilité », art. préc., p. 603.

²⁶⁹ *Ibid.*

les promesses qu'elles s'étaient faites par contrat ; Portalis avait d'ailleurs déclaré devant le Corps législatif le 7 ventôse an XII (27 février 1804) à propos de la vente :

« On est libre de prendre un engagement ou de ne pas le prendre ; mais on n'est pas libre de l'exécuter ou de ne pas l'exécuter quand on l'a pris. Le premier devoir de toute personne qui s'engage est d'observer les pactes qu'elle a consentis, et d'être fidèle à la foi promise. [...]

L'engagement est consommé dès que la foi est donnée. Il serait absurde que l'on fût autorisé à éluder ses obligations en ne les exécutant pas. [...]

Ainsi la volonté de l'homme, aidée de toute la puissance de la loi, franchit toutes les distances, surmonte tous les obstacles, et devient présente partout comme la loi même »²⁷⁰.

La règle fut donc clairement énoncée dans le premier article dédié à la gestion d'affaires :

Anc. art. 1372 al. 1 C. civ. – « Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire ».

Cette règle reprenait celle posée à l'art. 1991 al. 1 C. civ., applicable au mandat, où il était, et est toujours, convenu que le mandataire est « tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé ». En somme, pour reprendre la formule d'Antoine Loisel (1536–1617), « [q]ui s'entremet doit achever »²⁷¹. Cependant, la règle de l'anc. art. 1372 al. 1 C. civ. était plus stricte que celle de l'art. 1991 al. 1 C. civ. À la différence du mandat, où le mandataire ne devait « achever la chose commencée au décès du mandant [que] s'il y a[vait] péril en la demeure »²⁷², le gérant devait « continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire [ne] soit consommée, jusqu'à ce que l'héritier ait pu en prendre la direction »²⁷³. Ainsi que Bertrand de Greuille l'avait expliqué dans son rapport au Tribunal le 16 pluviôse an XII (6 février 1804) la gestion d'affaires était avant tout articulée autour de l'*affaire* :

²⁷⁰ PORTALIS J.-E.-M., Exposé des motifs de la future loi du 15 ventôse an XII (6 mars 1804) *sur la vente*, Corps législatif, 7 ventôse an XII (27 février 1804) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome XIV (ci-après « FENET. XIV »), Videcoq, 1836, pp. 108-150, p. 113. – Adde TRIBUNAL D'APPEL D'AGEN, Observations sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), 14 prairial an IX (3 juin 1801) in FENET. III, rec. préc., pp. 3-26, p. 6.

²⁷¹ LOISEL A., *Institutes coutumières*, Angelier, 1607, Liv. III, Tit. II. *Du mandement*, n°VI, p. 32.

²⁷² Art. 1991 al. 2 C. civ.

²⁷³ Anc. art. 1373 C. civ.

« [L]e changement de maître n'altère en rien les premières obligations contractées, et ne détruit point la nature de l'engagement, qui a toujours la même origine, et qui doit par conséquent conduire aux mêmes résultats »²⁷⁴.

De surcroît, le gérant ne pouvait pas renoncer à la gestion en en notifiant le maître ainsi que le permettait l'art. 2007 C. civ. Par ailleurs, il devait se charger « de toutes les dépendances de cette même affaire »²⁷⁵. Bertrand de Greuille encore :

« [D]ès que par un sentiment de bienveillance on s'est immiscé dans la gestion de l'affaire d'autrui, il en résulte qu'on s'est volontairement substitué au maître de cette affaire. On doit donc le représenter dans tous les détails et toutes les dépendances qu'elle embrasse ; on doit le remplacer dans toutes les démarches qu'elle exige ; car le propriétaire de la chose, s'il ignore la gestion, ne peut éclairer celui qui s'en est librement chargé ; et s'il vient à la connaître et lui en laisse la direction, c'est par le sentiment honorable de la confiance qu'il lui inspire »²⁷⁶.

Il a pu, par exemple, être décidé par un juge du Tribunal de commerce de la Seine, le 22 février 1916, que le tireur qui avait encaissé une lettre de change en qualité de gérant de l'affaire des endosseurs devait être tenu responsable d'avoir manqué d'exiger des tirés les intérêts moratoires qui étaient pourtant dûs²⁷⁷. Cette obligation, aujourd'hui décrite comme une « obligation de persévérance »²⁷⁸, n'a, à l'évidence, pas été remise en cause par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016, ces derniers ayant énoncé à l'art. 1301-1 al. 1 C. civ. que le gérant devait « poursuivre la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir ».

35. – La crainte des rédacteurs du Code civil que le gérant intervienne dans les affaires du maître de façon intéressée (le principe de la stricte indemnisation du gérant). L'autre préoccupation des rédacteurs du Code civil fut que le gérant intervienne de façon intéressée, entendant satisfaire ses intérêts propres ou espérant que le service donné soit un jour rendu ou rémunéré. André-Joseph Abrial (1750–1828), alors Ministre de la Justice (1799–1802), n'avait d'ailleurs t-il pas affirmé que « [l]es hommes [étaient]

²⁷⁴ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 471.

²⁷⁵ Anc. art. 1372 al. 1 C. civ., *in fine*.

²⁷⁶ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 471.

²⁷⁷ S. 1917.2.125. – *Adde* CASS. CIV., 20 mars 1900, S. 1902.1.323 ; D. 1901.1.477.

²⁷⁸ « Gestion d'affaires » *in* Rapport au président de la République, préc.

naturellement égoïstes [et] froids pour les affaires d'autrui »²⁷⁹ ? Et Bertrand de Greuille n'avait-il pas avoué que « [l]es convenances sociales, les relations de l'amitié, et plus souvent encore *les liens de bienveillance qui unissent les hommes entre eux par le besoin qu'ils ont les uns des autres*, nous déterminent à faire une chose qui nous oblige envers une personne, et qui oblige quelquefois cette personne envers nous, sans l'intervention d'aucune convention préalable »²⁸⁰ ? Par conséquent, à l'instar du mandat, dont elle n'était après tout, pour reprendre l'analyse de Théophile Berlier (1761–1844) lors de l'exposé des motifs de la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat*, devant les membres du Corps législatif le 12 ventôse an XII (3 mars 1804) qu'une forme anormale²⁸¹, la gestion d'affaires avait été envisagée comme une « action de pure charité »²⁸², ou plus exactement un « acte de bienfaisance »²⁸³, à savoir, pour paraphraser Pothier, un acte qui n'était fait que « pour l'utilité de l'une des parties »²⁸⁴, et qui ne devait s'imposer que lorsque cela était strictement nécessaire. Berlier déclara à ce titre, à propos du mandat :

« [S]'il est dans les affections naturelles de l'homme et dans l'ordre commun de ses habitudes qu'il pourvoie lui-même à ses propres affaires, les maladies, l'absence, les obstacles de tout genre qui prennent leur source dans la nature et dans l'état social l'obligent souvent à confier à autrui ce que tant de causes viennent l'empêcher de faire en personne.

De là le *mandat* »²⁸⁵.

Tarrible ne dit pas autre chose à propos de la gestion d'affaires dans son discours au Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) : « Cette gestion volontaire trouve sa place et son utilité dans les cas où le propriétaire absent, ou empêché par quelque cause,

²⁷⁹ CONSEIL D'ÉTAT, Discussions sur la future loi du 30 ventôse an XI (21 mars 1803) *sur le divorce*, 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801) in FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome IX (ci-après « FENET. IX »), Videcoq, 1836, pp. 248-278, p. 272.

²⁸⁰ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 469 (italiques ajoutées). – Comp. DE LA ROCHEFOUCAULD F., *Sentences et maximes de la morale*, Steucker, 1664, p. 11 : « La pitié est un sentiment de nos propres maux, dans un sujet étranger : c'est une prévoyance habile des malheurs, où nous pouvons tomber, qui nous fait donner des secours aux autres, pour les engager à nous les rendre dans de semblables occasions : de sorte que les services que nous rendons à ceux qui sont accueillis de quelque infortune, sont à proprement parler des biens anticipés que nous faisons ».

²⁸¹ BERLIER T., Exposé des motifs de la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat*, Corps législatif, 12 ventôse an XII (3 mars 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 584-590, p. 584, reproduit in n°85.

²⁸² CONSEIL D'ÉTAT, discus. préc., séance du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803), p. 453.

²⁸³ TREILHARD, exp. préc., p. 466. – Adde TARRIBLE, disc. préc., p. 482.

²⁸⁴ POTHIER R.-J., *Traité des contrats de bienfaisance*. Tome I, Debure, 1766–1767, p. 1. – Comp. anc. art. 1105 C. civ. : « Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit ».

²⁸⁵ BERLIER, exp. préc., p. 584.

ne peut la faire lui-même »²⁸⁶. La gestion devait par conséquent relever de l'impérieuse nécessité, et être accomplie comme un acte gratuit ; selon Tarrible :

« Cette gestion appartient aux actes de bienfaisance, et c'est dans cette source pure qu'il faut puiser les règles propres à concilier les intérêts du gérant et du propriétaire.

La gestion des affaires d'autrui est gratuite par sa nature, alors même qu'elle se fait en exécution d'un mandat exprès de la part du propriétaire ; elle doit l'être à plus forte raison lorsqu'elle part d'un mouvement spontané de la part du gérant »²⁸⁷.

Et celui-ci d'ajouter dans son rapport au Tribunat du 16 ventôse an XII (7 mars 1804) sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat* :

« Parmi les diverses transactions dont le Code civil a exposé la nature et le caractère, la plupart ont pour objet des transmissions de propriété. Qu'elles émanent d'un pur mouvement de libéralité ou d'un sentiment de bienfaisance, qu'elles aient pour cause un avantage singulier ou des convenances réciproques, elles ont toujours pour mobile et pour régulateur l'intérêt de tous les contractans ou de quelqu'un d'entre eux. Le mandat repose sur d'autres bases. Il ne porte aucun changement dans la nature de l'affaire qui en est l'objet ; il ne présente aucun bénéfice réel ni à l'un ni à l'autre des contractans. La confiance de la part du commettant, un officieux dévouement de la part du mandataire, forment seuls le principe et le lien de ce contrat »²⁸⁸.

À supposer donc que le gérant ait « bien administré » l'affaire²⁸⁹, et entende, *via* une action contraire, mentionnée traditionnellement dans sa forme latine, *actio contraria*, obliger le maître vis-à-vis de lui, il ne pouvait demander, pour reprendre les mots de Bertrand de Greuille, qu'à « être dégagé et entièrement désintéressé des suites de son

²⁸⁶ TARRIBLE, disc. préc., p. 482.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *Id.*, Rapport sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat*, Tribunat, 16 ventôse an XII (7 mars 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 590-604, pp. 590-591.

²⁸⁹ Les juges appréciaient, et apprécient toujours, souverainement la *bonne administration* de l'affaires, ou, ainsi qu'il est disposé aujourd'hui, l'*utilité* de la gestion, art. 1301-2 C. civ. Il a par exemple été décidé que le fait qu'un employé d'une compagnie de chemin de fer transige avec l'administration des douanes afin d'éviter le prononcé de sanctions lourdes inhérentes à l'import de marchandises interdites était utile, PAU, 11 juin 1894, S. 1895.2.127, 128 ; était également utile l'intervention d'un tiers dans l'opération de sauvetage de personnes qui avaient dû procéder un atterrissage forcé dans un désert alors qu'elles survolaient le Niger, CASS. CIV. 1, 22 décembre 1981, *Bull. civ.* I, n°395, ou l'intervention d'une épouse dans la remise en l'état d'un bien appartenant en propre à son époux, qui purgeait une longue peine d'emprisonnement, et qui servait de résidence à sa famille, CASS. CIV. 1, 5 mars 1985, *Bull. civ.* I, n°86. – Comp. CASS. REQ., 27 juillet 1852, S. 1852.1.829, où les conseillers de la Cour de cassation rejetèrent un pourvoi en constatant que rien ne prouvait qu'une prestation de camionnage, qui n'avait pas été rejetée préalablement par les clients, avait été utile.

administration »²⁹⁰. En somme, il ne pouvait espérer qu'à être laissé *indemne*²⁹¹. À cette fin, les rédacteurs du Code civil décidèrent de synthétiser les obligations du mandant, qui avaient été énoncées au Chap. III, Tit. XIII, Livre III, C. civ. :

Anc. art. 1375 C. civ. – « Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

Le principe de la substitution du maître dans les contrats conclus en son nom par le gérant reprenait celui de l'art. 1998 C. civ., où il était, et est toujours, disposé que « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné [et qu']il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Les rédacteurs du Code civil avaient, semble-t-il – on ne dispose d'aucun élément concret permettant de le prouver –, distingué les hypothèses où le gérant s'était engagé pour le compte du maître (« les engagements que le gérant a contractés en son nom ») et celles où il s'était engagé en son nom propre (« les engagements personnels qu'il a pris »), les « engagements personnels » ne pouvant pas engager le maître par effet de substitution, ils se traduisaient par une perte pour le gérant puisqu'il devait exécuter ce à quoi il s'était engagé ; il ne pouvait donc obtenir qu'une indemnisation par le maître, d'où le recours au verbe « indemniser » (qu'elle ait été voulue ou non, cette distinction a été, et est toujours appliquée, en pratique)²⁹². Le principe du remboursement des dépenses utiles ou nécessaires avait, lui, été inspiré de l'art. 1999 al. 1 C. civ., encore qu'à l'égard de ces dernières le régime de la gestion d'affaires était plus strict que celui du mandat dans la mesure où il n'était possible d'obtenir le remboursement des sommes avancées que lorsqu'il était établi qu'il s'agissait de dépenses utiles ou

²⁹⁰ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 472. – Comp. *ibid.* : « Les droits du propriétaire de la chose ainsi conservés, il est nécessaire de pourvoir aux intérêts de celui qui l'a bien administrée ». – *Adde* TARRIBLE, disc. préc., pp. 483-484 : « Après avoir réglé les obligations du gérant, il était juste de pourvoir à sa sûreté. Il ne fallait pas que, pour prix de son dévouement, il demeurât exposé aux caprices ou à l'injustice du propriétaire, qui, par un déni de l'utilité de sa gestion, tenterait de se soustraire à l'obligation d'en supporter les dépenses ».

²⁹¹ TREILHARD, exp. préc., p. 466 : « En forçant celui qui s'est ingéré dans une affaire à la terminer, il est aussi bien juste, lorsqu'il l'aura gérée avec loyauté, qu'il puisse réclamer l'indemnité de tous les engagements qu'il aura pris, et le remboursement de toutes les dépenses utiles et nécessaires qu'il aura faites. Cette indemnité, ce remboursement, sont une obligation étroite et sacrée pour celui dont on a géré l'affaire ; obligation qui résulte du fait seul de la gestion, et qui se forme sans le consentement et même à l'insu de celui qui est obligé ». – *Adde* BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 472 : « [C]e sont là les règles premières de la justice [...] ; ce sont des dettes auxquelles il est impossible de se soustraire, et qui sont indépendantes de celles qu'impose encore la reconnaissance du service rendu ».

²⁹² CASS. CIV. 1, 10 février 1982, *Bull. civ.* I, n°67, et 2 février. 2022, 20-19.728. – Voy. BÉNABENT, *op. cit.*, 17^{ème} éd., n°458-459. – Comp. BATTEUR A., *Le mandat apparent*, Thèse Caen, 1989, n°833.

nécessaires, alors qu'un mandataire pouvait, lui, obtenir le remboursement de toutes « les avances et frais qu'[il avait] faits pour l'exécution du mandat »²⁹³ ; le droit à l'indemnisation des pertes que le gérant avait essuyées du fait de sa gestion, admis en matière de mandat à l'art. 2000 C. civ.²⁹⁴, n'avait pas été mentionné, mais pouvait se déduire par analogie ou être conceptualisé à l'aune du principe de l'indemnisation des « engagements personnels », ou être appréhendé par application des anc. art. 1382 à 1386 C. civ. (ou des « principes de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle »)²⁹⁵.

36. – La question de la rémunération du gérant. À l'évidence, la quantification des sommes dues au titre de l'anc. art. 1375 C. civ. relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁹⁶, à charge pour eux de respecter le principe d'indivisibilité²⁹⁷, et de gratuité²⁹⁸, de la gestion, ce qui n'allait pas de soi en ce qui concerne ce dernier. Et pour cause, s'il avait été énoncé à l'art. 1986 C. civ. que « le mandat [était] gratuit »²⁹⁹, il avait été précisé que les parties pourraient y déroger par contrat³⁰⁰. Or, il était légitime de se demander si une rémunération n'était pas parfois adéquate, voire équitable, en matière de gestion d'affaires afin de compenser le gérant du « sacrifice de son temps et de ses soins »³⁰¹. Naturellement, la question se posa en pratique, et donna lieu, à la fin du Second Empire (1852–1870), alors que la matière était traversée par un vaste mouvement

²⁹³ On notera par ailleurs que l'art. 1999 al. 2 C. civ. dispose que « [s]'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiements, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres ».

²⁹⁴ « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ».

²⁹⁵ e.g. DOUAI, 12 novembre 1864, S. 1865.2.76. – Comp. PARIS, 10 mars 1892, S. 1892.2.255 et CASS. CIV. 1, 25 juin 2002, 00-14.332.

²⁹⁶ e.g. CASS. REQ., 27 janvier 1908, S. 1908.1.223, où le juge avait souverainement modéré le salaire d'un mandataire, dont les prétentions ne correspondaient pas à la prestation qu'il avait fournie.

²⁹⁷ e.g. CASS. REQ., 28 février 1910, *Foucault c. Scheuplein*, D. 1911.1.137 ; S. 1916.1.52 ; *GAJC*, n°238, où il avait été accordé à un hôtelier qui avait hébergé des cochers qui avaient été blessés devant son établissement le remboursement des frais d'hébergement et la réparation des dégâts qui avaient été causés lors de leur traitement.

²⁹⁸ AIX, 20 décembre 1888, S. 1890.2.25. – Comp. ALGER, 19 novembre 1908, *La Loi*, 18 février 1909.

²⁹⁹ Il s'agissait de distinguer le mandat du louage de service, à la manière du droit romain : « In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere : nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse » – « Précisons qu'un mandat se doit d'être gratuit, sinon il constitue un contrat d'une autre nature : puisqu'il y a salaire, c'est un contrat de louage de services », JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.26.13.

³⁰⁰ Les rapporteurs du projet eurent toutes les peines à justifier cette dérogation au « rigorisme » du droit romain, TARRIBLE, rapp. préc., p. 592. Tous invoquèrent alors l'idée que la rémunération du mandataire pouvait être vue comme une récompense qui ne dénaturait pas l'essence du mandat. Bertrand de Greuille put ainsi déclarer qu'elle s'apparentait à un « témoignage de bienveillance », Discours sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat*, Corps législatif, 19 ventôse an XII (10 mars 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 605-614, p. 606.

³⁰¹ BERLIER, exp. préc., p. 585, à propos du mandat, qui conclut que « la rétribution sera [ici] moins un lucre qu'une indemnité ».

d'équité, sur lequel je reviendrai³⁰², à des interprétations très favorables à la rémunération. Il en fut ainsi des avoués ayant agi au-delà de leur mandat. Les conseillers de la Cour d'appel de Bordeaux statuèrent par exemple en ce sens dans *Albrecht c. Bethmont*³⁰³ :

« Considérant qu'aux termes de l'art. 151, § 4, du décret du 16 février 1807, les avoués, il est vrai, ne peuvent exiger, à titre de taxe, de plus forts droits que ceux déterminés pour les actes de leur ministère accomplis en leur qualité de mandataire *ad litem*, mais que cette disposition ne met point obstacle à la juste rémunération qui peut leur être due pour les faux frais, travaux et soins qu'ils auraient donné à l'affaire en dehors des devoirs inhérents à leurs fonctions ; [...]

Considérant que, dans l'espèce, Bethmont justifie qu'en dehors des actes de procédure faits devant la Cour, il a dû, dans une affaire d'une gravité exceptionnelle, où les intérêts en jeu s'élevaient à plus d'un million, procéder au dépouillement d'un volumineux dossier, se livrer à l'étude des questions délicates que comportait le procès, en conférer, soit par correspondance, soit de vive voix avec les conseils de son client, dont l'un était domicilié à Bordeaux ; qu'à raison de cette dernière circonstance, il a indépendamment du temps qu'elle lui a pris, lui a occasionné des faux frais, dont la taxe ne peut l'indemniser »³⁰⁴, condamne Albrecht.

Albrecht forma un pourvoi en cassation, qui fut rejeté le 1^{er} février 1870.

Une décision similaire fut prise dans *Rupalley c. Lumière*³⁰⁵, les conseillers de la Cour d'appel de Caen ayant décidé, dans un arrêt en date du 30 juillet 1869 :

« Attendu qu'il est admis par une jurisprudence incontestable qu'en dehors des actes prévus par le tarif l'avoué a droit à des honoraires lorsqu'il agit comme *negotiorum gestor* de sa partie, et qu'il appartient aux tribunaux de fixer, en cas de désaccord, les honoraires ; [...]

Qu'en agissant ainsi et en évitant à sa cliente les démarches et les voyages qu'elle eût été forcée de faire pour arriver à ce résultat [– une séparation de biens, nda –], [M^e Lumière] s'est véritablement constitué son *negotiorum gestor* »³⁰⁶, condamne Rupalley.

Les membres de la Cour de cassation rejetèrent le pourvoi de Rupalley le 22 juin 1870 :

« Attendu, en ce qui touche les honoraires alloués à M^e Lumière, qu'il est déclaré en fait que lesdits honoraires lui ont été justement alloués pour ses soins et démarches en qualité

³⁰² Voy. *infra*, n°43-45 et 73-75.

³⁰³ CASS. REQ., 1^{er} février 1870, *Albrecht c. Bethmont*, S. 1870.1.152 ; DP 1870.1.307.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 152.

³⁰⁵ CASS. REQ., 22 juin 1870, *Rupalley c. Lumière*, S. 1870.1.358.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 358.

de *negotiorum gestor*, qu'une telle appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation »³⁰⁷.

Cette ligne jurisprudentielle, qui fut circonscrite aux gestions d'affaires dites « professionnelles »³⁰⁸, ne fut qu'éphémère – elle s'éteignit avec le Second Empire³⁰⁹ –, et les conseillers de la Cour de cassation refusèrent par la suite d'accorder une rémunération au gérant, même s'il avait agi dans le cadre de sa profession³¹⁰, limitant ainsi ses droits au remboursement des dépenses utiles et nécessaires³¹¹, position qui fut confirmée le 18 avril 2000 dans *Berton-Demangeau c. Francheville*³¹², où une entreprise, qui avait repris des travaux qui avaient été commencés par une autre, avait demandé à ce qu'elle soit rémunérée pour ses services, mais où les conseillers de la Première chambre civile de la Cour de cassation avaient décidé qu'elle ne pouvait « prétendre qu'au remboursement des travaux au prix coûtant »³¹³.

37. – Les évolutions apportées par l'Ordonnance du 10 février 2016 sur la question des gestions d'affaires dites intéressées. Le principe de l'*indemnisation* du gérant n'a pas été remis en cause lors de la réforme de 2016, les rédacteurs de l'ordonnance s'étant contentés de le reformuler à l'art. 1301-2 C. civ. :

« Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant.

Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion.

Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement »³¹⁴.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 359. – *Adde* BOURGES, 30 juillet 1859, 1860.248. – *Comp.* NANCY, 16 novembre 1874, S. 1875.2.232, où les conseillers avaient considéré que « les avoués ne peuv[ai]ent exiger de plus forts droits que ceux énoncés au tarif, et, que s'il [pouvait] leur être alloué des honoraires supplémentaires en sus de leurs frais taxés, c'[était] uniquement lorsque, indépendamment du mandat *ad litem*, ils [avaient] été investis d'un mandat *ad negotia*, et qu'ils justif[ai]ent d'agissements, soins et démarches particulières ou des travaux exceptionnels accomplis en dehors de leur ministère d'avoué », conditions qui n'étaient pas réunies en l'espèce.

³⁰⁸ BOUT, *op. cit.*, n°86-90.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 94.

³¹⁰ CASS. CIV. 1, 29 mai 2019, D. 2019.1979. – *Contra* BORDEAUX, 10 janvier 2006, *Dr. fam.* 2006, étude 41.

³¹¹ CASS. COM., 15 décembre 1992, *Bull. civ.* IV, n°415.

³¹² CASS. CIV. 1, 18 avril 2000, *Berton-Demangeau c. Francheville*, *Bull. civ.* I, n°113.

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ « Gestion d'affaires » in Rapport au présent de la République, préc. : « L'article reprend en ses deux premiers alinéas l'article 1375, dont il modernise la formulation. Il énonce les conséquences de la gestion d'affaires au regard des obligations qu'elle fait naître à la charge du maître : respecter les engagements contractés dans son intérêt (premier alinéa), et rembourser au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemniser des dommages subis à l'occasion de sa gestion (deuxième alinéa). Le troisième alinéa ajoute une précision conforme à la jurisprudence selon laquelle, par analogie avec l'article 2001 du Code civil relatif aux avances faites par le mandataire, les sommes avancées par le gérant portent intérêt au jour du paiement ».

Cependant, si la rémunération reste exclue³¹⁵, force est de constater que la gestion d'affaires n'est plus envisagée comme un acte *purement* altruiste et désintéressé. Ainsi que je l'expliquerai plus après³¹⁶, les juges avaient admis, lors de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, que le gérant puisse interférer avec les affaires du maître lorsqu'il y avait intérêt³¹⁷, tel celui qui recherche un héritier afin de faire valoir ses droits sur l'un des biens de la succession³¹⁸. Les réacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont repris cette jurisprudence. Il est désormais convenu à l'art. 1301-4 C. civ., 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. Dans ce cas, la charge des engagements, des dépenses et des dommages se répartit à proportion des intérêts de chacun dans l'affaire commune ».

2. – La crainte d'un altruisme dommageable : les raisons politiques de l'obligation de diligence et le principe d'indemnisation du gérant

38. – La protection des intérêts du maître au travers de la primauté du principe de gestion diligente. Au-delà du doute quant à la capacité du gérant de faire preuve d'un altruisme *durable* et *désintéressé*, les rédacteurs du Code civil craignirent que son immixtion ne cause un dommage au maître. Cambacérès déclara ainsi, lors des discussions au Conseil d'État du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803) en réponse à Jean Béranger (1767–1850) et Jean-Girard Lacuée (1752–1841), qui jugeaient que la règle de l'anc. art. 1375 C. civ. était trop sévère :

« [L]'article peut effrayer dans la forme qu'il est présenté ; mais il faut s'attacher surtout à l'esprit de ses dispositions. On rencontre partout des gens officieux, toujours prêts à se mêler des affaires d'autrui, très souvent pour les gêner. Le remède contre leur zèle indiscret, et quelquefois intéressé, est de ne pas leur permettre d'abandonner, quand il leur plait, l'affaire qu'ils ont commencée »³¹⁹.

Treilhard, qui avait pris part à ces discussions, reprit cet argument devant le Corps législatif le 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804) :

³¹⁵ CHÉNÉDÉ F. *ET AL.*, *Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^{ème} éd., n°1283, p. 1349.

³¹⁶ Voy. *infra*, n°43-5 et 73-5.

³¹⁷ CASS. COM., 16 novembre 1976, *Bull. civ.* IV, n°291.

³¹⁸ CASS. CIV. 1, 28 mai 1991, 89-20.258. – Comp. CASS. CIV. 3, 19 février 2002, 00-19.976.

³¹⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *discus. préc.*, séance du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803), p. 454. – Comp. DE MALEVILLE J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*. Tome III, Laporte et Larnery, 1807, 2^{ème} éd., p. 184 : « [L]'esprit de l'article était de contenir des gens toujours prêts à se mêler des affaires d'autrui ».

« [I]l ne convient pas moins de se garantir de ces officieux indiscrets, si actifs quand il s'agit d'offrir des services, si prompts à se mettre en mouvement, mais dont l'ardeur se calme avec la même promptitude, et dont les empressemens seraient une véritable calamité si la loi ne les chargerait pas de toutes les suites de leur légèreté et de leur inconstance »³²⁰.

L'idée consistait alors, lorsque le gérant s'était *résolument* immiscé dans les affaires d'autrui, à lui « mettre l'épée dans les reins »³²¹, à le prendre au piège de son altruisme, en le forçant à agir comme s'il avait été investi d'un véritable mandat par le maître, ce qui impliquait, on l'a vu, de finir ce qu'il avait commencé ; ainsi que le déclara Cambacérés :

« Quand des circonstances plus décisives prouvent qu'on a pris [la qualité de *negotiorum gestor*], il faut bien qu'on demeure responsable de ce mandat volontaire, et qu'on ne puisse s'en décharger à contre-temps »³²².

Surtout, cela impliquait de soumettre le gérant, pour reprendre les termes l'anc. art. 1372 al. 2 C. civ., « à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire »³²³ ; sur ce point, Bertrand de Greuille fut très clair dans son rapport au Tribunal du 16 pluviôse an XII (6 février 1804) :

« [D]ès que par un sentiment de bienveillance on s'est immiscé dans la gestion de l'affaire d'autrui, il en résulte qu'on s'est volontairement substitué au maître de cette affaire. On doit donc le représenter dans tous les détails et toutes les dépendances qu'elle embrasse, on doit le remplacer dans toutes les démarches qu'elle exige ; car le propriétaire de la chose, s'il ignore la gestion, ne peut éclairer celui qui s'en est librement chargé ; et s'il vient à la connaître et lui en laisse la direction, c'est par le sentiment honorable de la confiance qu'il lui inspire. Dans l'un et l'autre cas, le gérant est toujours considéré comme un procureur constitué ; il en tient lieu. Il doit donc diriger, continuer et consommer l'affaire qu'il a entreprise comme si c'était la sienne propre, c'est-à-dire avec tous le soin, la diligence, la surveillance et l'intérêt du père de famille »³²⁴.

³²⁰ TREILHARD, exp. préc., p. 466. – Comp. *ibid.*, p. 464 : « Que le philosophe recherche si l'homme est sorti bon des mains de la nature ; le législateur ne saurait ignorer que les passions ont trop souvent étouffé la raison et fait taire la bonté ».

³²¹ MARTIN, « L'insensibilité », art. préc., p. 603.

³²² CONSEIL D'ÉTAT, discus. préc., séance du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803), p. 454. – *n.b.* Lacuée, militaire de formation, et président de la section de la guerre du Conseil d'État, craignait que la sévérité de l'anc. art. 1372 C. civ. ne vienne nuire aux solidarités entre fermiers lorsque l'un d'eux serait appelé à servir, *ibid.*, p. 453, inquiétude raisonnable à l'heure où la Paix d'Amiens venait d'être rompue.

³²³ Art. 1301 C. civ. : « 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, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

³²⁴ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 471.

Par conséquent, et à moins que le régime de la gestion d'affaires ne soit plus strict que celui du mandat, toutes les obligations du mandataire énoncées aux art. 1991 à 1997 C. civ. s'appliquaient au gérant³²⁵.

39. – Le principe de la gestion en bon père de famille (ou en personne raisonnable). L'obligation première du gérant était, pour reprendre l'anc. art. 1374 al. 1 C. civ., d'« apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille ». Ainsi que l'avait remarqué Xavier Martin, la gestion en *bon père de famille* était une gestion où, à la différence du « service d'ami », qui obligeait à agir simplement en « bon administrateur », le gérant devait faire preuve d'une « sollicitude extrême et scrupuleuse »³²⁶ ; Tarrible déclara à ce titre :

« Le projet de loi oblige le gérant non seulement à achever sa gestion, mais encore à y apporter tous les soins d'un *bon père de famille*.

Ce mot, consacré par les premières lois des Romains, rappelle la simplicité des mœurs de ces temps antiques ; il exprime des idées de bonté et de perfection ; il présente la sollicitude, la prévoyance, l'activité, la sagesse, la constance, comme autant de devoirs imposés à celui qui entreprend de gérer les affaires d'un autre »³²⁷.

Cette obligation, dite aujourd'hui de « diligence »³²⁸, était à l'image de celle du mandataire, qui était, et est toujours, tenu, par application de l'art. 1992 al. 1 C. civ. de répondre « non-seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet[ait] dans sa gestion »³²⁹, cette faute pouvant aller jusqu'au plus léger manque de soin et de précaution. Il a pu ainsi être décidé qu'un agent de change qui gérait les intérêts d'un interdit devait être tenu responsable d'avoir manqué d'employer des fonds appartenant à cet interdit

³²⁵ Il convient de préciser que la ratification de la gestion par le maître d'affaire vaut mandat, principe établi de longue date en jurisprudence, CASS. REQ., 11 février 1834, *Préfet de la Côte-d'or c. Dargaud*, S. 1834.1.713, la ratification pouvant être tacite, CASS. CIV., 12 mars 1889, S. 1889.1.249 ; CASS. REQ., 9 juin 1931, S. 1931.1.312, et les juges appréciant souverainement ce point, CASS. REQ., 21 décembre 1885, S. 1887.1.375, en veillant toutefois que le maître ait eu pleine connaissance de ce qu'il ratifie, CASS. CIV., 30 décembre 1935, DH 1936.81.

³²⁶ MARTIN, « Dimension politique du Code civil naissant », art. préc., p. 229, citant Portalis lors des discussions au Conseil d'État sur la future loi du 23 ventôse an XII (14 mars 1804) *sur le dépôt et le séquestre*, 28 nivôse an XII (19 janvier 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 477-493, p. 484.

³²⁷ TARRIBLE, disc. préc., p. 483.

³²⁸ Rapport au président de la République, préc.

³²⁹ BERTRAND DE GREUILLE, disc. préc., pp. 608-609 : « La volonté seule [du mandataire] a déterminé l'obligation qu'il a contracté envers le mandant, il doit donc la remplir fidèlement : c'est-à-dire qu'il est tenu de consommer entièrement l'affaire qui lui a été confiée avec le zèle, l'exactitude et les soins de la bonne foi. Ces principes dérivent de l'équité naturelle, qui ne permet pas qu'on viole impunément sa promesse ; et si le mandataire s'en écarte, soit par une infidélité de son fait, soit par négligence ou par quelques autres fautes répréhensibles, il est tenu des dommages et intérêts du mandant ».

comme la loi le lui imposait³³⁰, ou qu'un enfant, qui avait géré la fortune de son père, incapable de la gérer lui-même, devait répondre des déficits qu'il avait causé par des opérations de bourse douteuses³³¹.

40. – L'obligation de reddition de compte. En *bon père de famille*, ou comme toute *personne raisonnable*³³², le gérant devait aussi rendre compte de sa gestion lorsque celle-ci s'achevait. Cette obligation, qui n'était, et n'est toujours, pas mentionnée dans le Code civil, se déduisait de l'art. 1993 C. civ., où il était, et est toujours, convenu que « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ». Bertrand de Greuille déclara au sujet de cet article lors de son discours au Corps législatif du 19 ventôse an XII, (10 mars 1804) :

« Ce n'est pas assez pour le mandataire d'exécuter fidèlement son mandat : il doit au mandant le compte de sa gestion. Rien de ce qu'il a fait par suite du pouvoir qui lui était conféré ne peut rester à son profit ; c'est avec le mandant qu'on a voulu se libérer ; c'est lui qu'on a voulu payer ; c'est donc à lui que doit être remis en définitif tout ce qui a été reçu en son nom. La rigueur de ce principe s'étend jusqu'à obliger le mandataire de tenir compte au mandant de l'intérêt des sommes appartenantes à ce dernier qu'il aurait employées à son avantage personnel, à dater du jour de l'emploi, ainsi que celles dont il serait reliquataire, à compter du jour de sa mise en demeure, parce que le mandataire est assimilé dans ce cas au dépositaire, et qu'ainsi il n'a pu valablement appliquer à son profit particulier des fonds qui sont le patrimoine de celui dont il doit avant tout respecter la confiance »³³³.

La reddition de compte était, et est toujours, à l'appréciation souveraine des juges du fond³³⁴, qui se montrent rigoureux quant à son exactitude³³⁵ et intransigeant sur son

³³⁰ TRIBUNAL DE CASSATION, 3 brumaire an XI, 25 octobre 1802, *Degumin c. Egloff*, *Journal du Palais* 3.27. – Comp. CASS. REQ., 20 décembre 1926, S. 1927.1.191, où une personne, qui avait reçu un paiement excédant le montant de sa créance, mais dont il était clair qu'il avait été consenti afin qu'elle verse cet excédent à un autre créancier du débiteur, avait été tenue responsable, en qualité de gérant d'affaire, de son échec de verser l'excédent audit créancier.

³³¹ CASS. REQ., 13 avril 1899, DP 1901.1.233 ; S. 1902.1.185. – Comp. ALGER, 26 décembre 1881, DP 1882.2.213 ; S. 1883.24, où une compagnie de transport maritime avait géré en « bon père de famille » les conséquences de l'échouement de son navire en vendant, en l'absence des consignataires, les marchandises avariées.

³³² Les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 ont supprimé la référence, datée, au « bon père de famille » et préféré le standard de la « personne raisonnable », art. 1301-1 al. 1 C. civ., *in limine*.

³³³ BERTRAND DE GREUILLE, disc. préc., p. 609, en référence à l'art. 1996 C. civ.

³³⁴ ALGER, 5 mai 1896, D. 1899.2.409.

³³⁵ CASS. REQ., 13 avril 1899, DP 1901.1.233 ; S. 1902.1.185.

exécution³³⁶, le gérant se refusant de se plier à l'exercice pouvant être tenu coupable d'un abus de confiance³³⁷.

Un exemple intéressant de reddition fut dans *Oudart c. de Préaulx*³³⁸, où un mandant avait été qualifié de gérant de l'affaire de ses mandataires. En l'espèce, le marquis de Préaulx avait confié aux frères François et Philippe-Remi Oudart le soin de vendre des propriétés qu'il possédait dans l'Eure. Il avait été convenu que les frères Oudart lui paieraient 96.000 fr. et pourraient se payer sur le prix des ventes qu'ils effectueraient. François Oudart procéda à la vente de certains biens, dont il ne put en toucher que le premier tiers des prix, mais ne versa pas la somme promise au marquis de Préaulx, qui poursuivit les acquéreurs de ses biens, incluant entre autres Philippe-Remi Oudart ; il en retira un excédent de plus de 25.000 fr. Philippe-Remi Oudart demanda que cet excédent lui soit versé, ce que le marquis de Préaulx refusa. Un juge du Tribunal civil de la Seine ordonna cependant les parties à se rendre mutuellement compte des sommes qu'elles avaient reçues, tout en dispensant Philippe-Remi Oudart de rendre compte des deux tiers des prix que son frère n'avait pas touchés. Le marquis de Préaulx interjeta appel et la Cour royale de Paris dût examiner s'il fallait inclure dans le compte les sommes que François Oudart n'avait pas touchées et si le marquis devait rendre compte des remises qu'il avait consenties aux acquéreurs de ses biens. La Cour réforma le jugement le 29 avril 1837 et arrêta que la reddition de compte n'inclurait pas les remises consenties par le marquis de Préaulx. Philippe-Remi Oudart forma un pourvoi et les membres de la chambre civile de Cour de cassation cassèrent l'arrêt au visa des anc. art. 1234, 1372 et de l'art. 1993 C. civ. :

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué, et qu'il est d'ailleurs constant entre les parties, que, d'après la nature du mandat conféré par le marquis de Préaulx aux sieurs Philippe-Remi et François Oudart, ceux-ci étaient obligés non de lui rendre compte du prix des immeubles qu'il les avait chargés de vendre, mais seulement de lui payer la somme *de 96.000 francs*, qui devait lui tenir lieu de la valeur desdits immeubles, et dont en conséquence ils s'étaient reconnus ses débiteurs solidaires ;

Attendu qu'en poursuivant, dans cet état de choses, directement et en son nom personnel, plusieurs acquéreurs des biens vendus par les frères Oudart en vertu de ce mandat, le marquis de Préaulx agissant dans l'intérêt de ces derniers comme dans le sien, et

³³⁶ CASS. REQ., 27 décembre 1886, S. 1887.1.112, confirmant la décision des juges du fond de condamner le gérant à des dommages-intérêts moratoires au regard du retard pris dans la reddition des comptes.

³³⁷ TRIB. CORR. LOCHES, 19 février 1910, D. 1913.2.319.

³³⁸ CASS. CIV., 6 avril 1841, *Oudart c. de Préaulx*, Bull. civ., n°55.

s'engageait à leur faire état, sur les 96.000 francs dont ils s'étaient déclarés ses débiteurs, de tous les prix de vente qu'il pouvait toucher ;

Attendu que la remise volontaire de la dette produisant, aux termes, de l'article 1234 du Code civil, les mêmes effets que le paiement, il contractait également, par là, l'obligation de leur tenir compte de toutes les sommes qu'il consentirait à remettre à ses acquéreurs sur leur prix, comme s'il les eût réellement reçues.

Attendu qu'il suit de là que le demandeur en cassation, ayant prétendu que diverses remises avaient été faites par le marquis de Préalux sur les prix dont il avait fait l'abandon à ses mandataires, a été autorisé à soutenir qu'il devait en être fait mention dans le compte que celui-ci est obligé de lui rendre »³³⁹.

41. – Les tempéraments à la sévérité des obligations du gérant. Quoique stricts avec le gérant, les rédacteurs du Code civil ne souhaitèrent pas être injustes. Aussi décidèrent-ils, à l'anc. art. 1374 al. 2 C. civ., que « les circonstances qui [l'avaient] conduit à se charger de l'affaire [pouvaient] autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient [de ses] fautes ou de [sa] négligence ». Cette règle modératrice était inspirée de l'art. 1992 al. 2 C. civ., qui disposait, et dispose toujours, que « la responsabilité relative aux fautes [du mandataire] est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui [a reçu] un salaire ». Berlier, commentant cet article au Conseil d'État lors de la séance du 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) déclara qu'« il ne faut pas perdre de vue que le mandat est gratuit par sa nature, et qu'en matière de bons offices il ne faut pas faire la loi trop dure à celui qui les rend »³⁴⁰. Bertrand de Greuille ajouta, lors de son discours au Corps législatif du 19 ventôse an XII (10 mars 1804), que « le salaire accepté par le mandataire resserre de plus en plus les liens de son engagement, et [qu']il est tout naturel d'exiger plus de diligence et d'attention d'un homme qui reçoit le prix du service qu'il s'oblige à rendre, que de celui dont le zèle est uniquement dirigé par le sentiment de la bienfaisance »³⁴¹. Il avait d'ailleurs affirmé, dans son rapport au Tribunal du 16 pluviôse an XII (6 février 1804), à propos de la gestion d'affaires :

« [Le gérant] répond sous peine dommages et intérêts de l'exactitude et de l'utilité de sa gestion, sauf toutefois la modération qu'il est convenable d'y apporter, d'après les circonstances qui auraient pu déterminer le gérant à se charger de l'affaire ; car il serait dangereux d'obstruer, pour ainsi dire, les sources de la bienfaisance, en poussant trop loin la sévérité des principes en cette partie. Il faut donc avoir égard à la parenté, à l'affection qui est souvent le principe unique de ces sortes de gestions, à l'importance de la chose,

³³⁹ *Ibid.*, p. 162.

³⁴⁰ CONSEIL D'ÉTAT, Discussions sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat*, 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 568-574, pp. 573-574.

³⁴¹ BERTRAND DE GREUILLE, disc. préc., p. 609.

aux difficultés qu'il a fallu vaincre ; en un mot, ne pas rendre le gérant victime de sa bienveillance, ne pas payer le bienfait par des condamnations décourageantes, et empoisonner ainsi le plaisir que l'homme honnête et sensible éprouve toujours quand il oblige. Et sur tous ces points qu'il serait impossible de priser, le projet de loi, d'accord avec la raison, se repose sur la discrétion, la sagesse et l'intégrité des magistrats »³⁴².

Ainsi put-il être décidé dans *Catella c. Puthod*, où la préposée d'un magasin, à qui l'on avait remis un sac à main, mais qui, au lieu de le placer en lieu sûr, en attendant que la propriétaire du sac, dont elle connaissait l'identité, se manifeste, l'avait remis à ceux qui le lui avaient apporté, qu'elle devait être condamnée à des dommages-intérêts modérés, la propriétaire n'ayant « pas apporté à son sac à main, dont elle n'ignorait ni la valeur, ni le contenu, toute l'attention qu'il méritait » et sa négligence étant « à l'origine du préjudice qu'elle a[vait] subi »³⁴³ ; il en avait été de même dans *Prat c. David*³⁴⁴, où la réception d'un hôtel avait été tenue responsable de la non-délivrance à temps de colis dont elle avait pris réception, mais où il avait été noté, et pris en considération afin de limiter l'étendue de sa responsabilité, que l'envoyeuse avait envoyé les colis litigieux dans un hôtel où elle ne séjournerait pas, les torts étant d'une certaine manière partagés, l'envoyeuse ayant placé la réception de l'hôtel dans une situation où il était difficile de ne pas s'immiscer dans ses affaires³⁴⁵.

³⁴² *Id.*, rapp. préc., pp. 471-472. – *Adde* TARRIBLE, disc. préc., p. 483 :

« Cependant les sentiments d'affection ou d'humanité qui seuls peuvent inspirer cette entreprise délicate méritent aussi quelque indulgence ; et l'on a dû craindre qu'un excès de sévérité n'en étouffât le germe dans les cœurs bienfaisants. Cette sage circonspection a fait confier au juge le pouvoir de modérer, suivant les circonstances, les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant ».

n.b. Les rédacteurs du Code civil avaient énoncé dans le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) que le juge devait prendre en compte « les circonstances d'*amitié* ou de *nécessité* qui [avait] conduit [le gérant] à se charger de l'affaire » (italiques ajoutées), références qui furent supprimées à la suite d'un commentaire des membres de la section de législation du Tribunal, qui les avaient jugés « absolument inutiles », SECTION DE LÉGISLATION DU TRIBUNAT, rapp. préc., p. 459.

³⁴³ CASS. CIV. 1, 3 janvier 1985, *Catella c. Puthod*, RTD Civ. 1985.575.

³⁴⁴ TOULOUSE, 10 janvier 1930, *Prat c. David*, DH 1930.237.

³⁴⁵ Art. 1301-1 al. 2 C. civ. : « 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 ». – *Adde* « Gestion d'affaires » in Rapport au président de la République, préc. : « L'article 1301-1 énonce les obligations du gérant, qui est assimilé au mandataire de cette affaire, et précise les conséquences de ses fautes de gestion sur son indemnisation : le gérant doit gérer l'affaire d'autrui comme une personne raisonnable, et mener l'affaire avec diligence et persévérance. Il peut engager sa responsabilité à l'égard du maître de l'affaire en cas de faute, mais sa responsabilité peut être atténuée, dans la mesure où il rend service. Il s'agit d'une reprise à droit constant des actuels articles 1373 et 1374 du Code civil ».

II. – L'évolution de la responsabilité du fait d'une gestion d'affaires en jurisprudence : l'incidence de la pratique des gestions d'affaires anormales sur une institution originellement conçue pour protéger l'autonomie des parties dans la gestion de leurs affaires civiles et commerciales

42. – Deux approches politique de la gestion d'affaires. Nonobstant la nette défiance des rédacteurs du Code civil vis-à-vis des élans altruistes de leurs contemporains, et l'instauration d'un système sévère de responsabilité du fait de la gestion non-sollicitée des affaires d'autrui, la lettre de la loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention* ne restitua pas aussi clairement l'esprit de son élaboration. À l'évidence, toute immixtion non-sollicitée dans les affaires d'autrui, peu importe la forme qu'elle viendrait à prendre, entraînerait immédiatement la responsabilité du gérant et l'obligerait comme s'il était partie à un mandat, le maître pouvant faire valoir ses droits *via l'actio directa*, encore que les rédacteurs du Code civil n'étaient pas sûrs où situer la frontière entre la gestion qui oblige et celle qui n'oblige pas : Cambacérès put par exemple déclarer, en réponse à Bérenger et Lacuée, qui trouvaient que l'anc. art. 1372 C. civ. était trop sévère, que « cette règle ne [devait] pas être appliquée avec une trop grande sévérité : quelques services de bon voisinage ne [devaient] pas faire supposer qu'on a[it] voulu se constituer *negotiorum gestor* »³⁴⁶. Cependant, il n'était pas tout à fait clair dans quelle mesure le gérant pouvait bénéficier des droits garantis à l'anc. art. 1375 C. civ. Ainsi que le remarqua Picard dans une étude publiée en 1921 et 1922 à la *Revue trimestrielle de droit civil*³⁴⁷, « le Code [était] à peu près muet sur les conditions d'application de la gestion d'affaires »³⁴⁸ ; « [l]es termes dont se [servait] la loi [étaient] assez vagues pour en autoriser l'emploi le plus large ; [il n'y avait pas] de limites trop étroites, pas de conditions trop rigoureuses »³⁴⁹. Et pour cause, la clause de responsabilité en gestion d'affaires ne tint qu'à la formule « lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui », à laquelle il fallait ajouter, pour bénéficier de l'*actio contraria*, la preuve que l'affaire avait été « bien administrée ».

Naturellement, ces quelques mots pouvaient soulever des problèmes d'interprétation³⁵⁰.

³⁴⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *discus. préc.*, séance du 2 frimaire an XII (24 novembre 1803), p. 454.

³⁴⁷ PICARD, *art. préc.*

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 423.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ CHÉNÉDÉ F., « Gestion d'affaires et enrichissement injuste. Quel(s) lien(s) ? Quelle(s) filiation(s) ? », *Tribonien* 2019, n°2, pp. 138-152, pp. 139-142.

Que fallait-il entendre par gérer *volontairement* l'affaire d'autrui ? Le gérant devait-il avoir agi avec l'intention de gérer les affaires du maître ? Ou suffisait-il que l'acte de gestion fût volontaire ? Dans l'affirmative, que fallait-il entendre par *volontaire* ? L'erreur quant au titulaire de l'affaire – le gérant crut gérer sa propre affaire ou celle d'un autre que le maître – ou de la finalité de la gestion – le gérant crut exécuter un contrat ou une obligation légale ou naturelle – pouvait-elle le disqualifier du bénéfice de l'anc. art. 1375 C. civ. ? Que fallait-il entendre par *gérer* ? Fallait-il se référer à tous les actes qu'un mandataire doué d'un mandat général pouvait accomplir ? Ou fallait-il entendre tout acte, juridique ou matériel, qui pouvait être utile pour le maître ? Que fallait-il entendre par *affaire* ? Étaient-ce toutes les affaires dont un mandataire à titre général pouvait être chargées ? Était-ce tout ce qui avait trait à la propriété du maître ? Pouvait-ce être étendu à sa personne ? À sa famille ? Enfin, que fallait-il entendre par *autrui* ? Les actes de gestion devaient-ils être accomplis dans l'intérêt exclusif du maître ? Pouvaient-ils être principalement ou accessoirement profitables pour le gérant ? Qu'en était-il si le gérant avait agi poursuivant ses propres intérêts, mais avait finalement rendu service au maître ?

De cette équivoque, les juges pouvaient développer la gestion d'affaires le long de deux lignes politiques distinctes. Les juges soucieux de protéger l'autonomie des individus dans la conduite de leurs affaires civiles et commerciales pouvaient faire valoir la maxime du jurisconsulte romain Pomponius (*sæc* II) « culpa est immiscere rei ad se non pertinenti » (*c'est une faute de se mêler de ce qui ne nous regarde pas*)³⁵¹, et ainsi ne faire jouer l'anc. art. 1375 C. civ. que si et seulement si le gérant était intervenu avec l'intention de rendre service au maître, et ce en vue de servir les seuls intérêts de ce dernier ; d'une certaine manière, ils pouvaient considérer l'immixtion comme *fautive par principe* et *tolérable par exception* lorsqu'elle était motivée par un élan altruiste, volontaire et sincère, celle-ci ne donnant droit à un remède, limité au remboursement des sommes avancées et à l'indemnisation des pertes subies, que lorsqu'il était démontré que l'affaire avait « bien été administrée »³⁵², à savoir lorsque le gérant prouvait qu'il avait géré l'affaire avec « tous les soins d'un bon père de famille »³⁵³. *A contrario*, les juges soucieux de préserver l'équité entre les parties pouvaient se retrancher derrière des interprétations libres de la clause *lorsque volontairement* et contourner la condition d'une gestion volontaire et

³⁵¹ POMPONIUS, *Dig.* 50.17.36.

³⁵² Anc. art. 1375 C. civ.

³⁵³ Anc. art. 1374 al. 1 C. civ.

purement altruiste en se fondant sur le fait-même de la gestion, et non ses propriétés, afin de valoriser l'utilité de la gestion et octroyer au gérant le bénéfice de l'anc. art. 1375 C. civ.

1. – La pratique des gestions d'affaires anormales : l'assouplissement du principe de la responsabilité du fait d'une gestion d'affaires de la restauration impériale à la fin de la Première Guerre mondiale

43. – L'émergence des interprétations libres de la gestion d'affaires (*Mectoux c. Lefebvre et Gerente c. Primard*). Bien qu'il soit assez difficile de restituer avec précision les mouvements jurisprudentiels de la première moitié du XIX^{ème} siècle, le contentieux évoluant le long d'un cadre juridique aux contours flous³⁵⁴, d'autant plus flous qu'il était traversé par d'importantes transformations endo- et exogènes dues à la réception du droit napoléonien ainsi qu'à l'évolution du pouvoir des juges, notamment des conseillers de cassation, dans l'interprétation de la loi³⁵⁵, et de l'évolution la relation des justiciables à la justice civile³⁵⁶, il apparaît que les juges jouèrent immédiatement de l'équivoque de l'anc. art. 1372 al. 1 C. civ. et utilisèrent la gestion d'affaires à des fins équitables en en appliquant le régime sans se soucier de savoir si ses conditions d'application étaient réunies, cette application s'imposant d'elle-même par le simple fait de la gestion, *parce qu'il a géré l'affaire*.

Ces approches libres, qui ne furent pas sans évoquer le principe des anciennes *actiones utiles*³⁵⁷, actèrent un phénomène bien connu en droit : l'existence, au-delà des

³⁵⁴ Ces contours sont d'autant plus flous que les décisions n'étaient pas nécessairement présentées avec les visas, mots-clefs, principes et concepts adéquats, l'édition juridique étant en pleine mutation, RICHARD G., « Actualisation des ouvrages juridiques et conception dynamique du droit au XIX^{ème} siècle » in CARVAIS R. et HALPÉRIN J.-L. (dir.), *L'Histoire de l'édition juridique*, LGDJ, 2021, pp. 297-312, et BARENDOT P.-N., *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française*, LGDJ, 2022, et les juges n'étant pas nécessairement disposés à justifier le recours à la gestion d'affaires lorsqu'ils jugeaient opportun d'en appliquer le régime.

³⁵⁵ REMY P., « La part faite au juge », *Pouvoirs* 2003, n°4, pp. 22-36.

³⁵⁶ SGARD J., « Les *Comptes Généraux de la Justice* : une description des institutions judiciaires de la France au XIX^{ème} siècle », Rapport de recherche, *Institut CDC pour la Recherche* 2010. – *n.b.* L'évolution de la relation des justiciables à la justice civile ne doit pas être négligé, notamment en ce qui concerne la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause. On remarque en effet que ce contentieux crût massivement sous le Second Empire, phénomène que l'on peut attribuer à un succès de ces institutions en pratique, ou tout simplement à une massification naturelle du contentieux civil à mesure que le droit napoléonien s'installe et la société se transforme, ou encore plus simplement à une différence de traitement éditorial.

³⁵⁷ PERREAU E.-H., « Quasi-contrats en Droit civil et en Droit administratif », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* 1913, pp. 148-176, p. 156, en référence à *id.*, « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *RTD Civ.* 1912, pp. 609-665, spéc. pp. 622-629. – Comp. HARKE J., *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Duncker & Humblot, 2016.

considérations en droit strict, au-delà de l'hypothèse fondamentale sur laquelle l'institution a été fondée, d'interprétations en équité, dualisme *droit strict – équité* qui eut pour expression marquante le processus d'autonomisation de l'*enrichissement sans cause* comme *source* d'obligation, processus dont il est de coutume de dire qu'il se matérialisa pleinement sous le Second Empire, s'affirma au sortir de la Guerre franco-prussienne (1870–1871), avec un important contentieux relatif aux solidarités communales qui s'étaient créées pour parer à l'invasion, ou satisfaire aux demandes de l'envahisseur, et s'acheva au lendemain de la Belle Époque (1871–1914). Je reviendrai plus après sur ces développements jurisprudentiels³⁵⁸, mais il convient de rappeler que ce fut en partie sous le couvert de ce qui est coutume de décrire comme des gestions d'affaires « anormales », « imparfaites », « irrégulières », « élargies » ou « forcées »³⁵⁹, que cela fut permis, du moins lors de la restauration impériale.

En effet, il n'y eut pas un recours *systematique* à la gestion d'affaires lors de la première moitié du XIX^{ème} siècle afin d'appréhender la question de l'enrichissement injuste, nombre de juges préférant mentionner, lorsqu'ils le jugeaient opportun, le principe d'un *recours* ou d'une *action directe* contre celui qui avait profité de l'intervention d'un tiers, sans fondement juridique précis³⁶⁰. Cette relative prudence tint à l'équivoque qui entourait le principe de la gestion d'affaires, les juges risquant d'être désavoués au degré supérieur par d'autres qui ne partageaient pas leur vision libérale³⁶¹, d'autant plus que ces

³⁵⁸ Voy. *infra*, n°73-75.

³⁵⁹ BOUT, *op. cit.*, p. 26, n. 9.

³⁶⁰ e.g. ROUEN, 1^{er} mai 1829, *Dubourg c. Daniel*, *Journal du Palais* 1828–1829.960. En l'espèce, Dubourg avait remplacé le fils de Daniel à l'armée au titre d'un contrat conclu avec Gonfreville. Ce dernier ayant fait faillite, Dubourg demanda paiement à Daniel, qui refusa. Il succomba en première instance, mais obtint gain de cause en appel : « Que la cause des obligations souscrites le 30 novembre 1827, au profit du sieur Gonfreville, pour le remplacement du sieur Daniel fils, est illégale, comme contraire à la législation spéciale sur le recrutement et à l'ordre public ; Qu'il est de toute justice que le sieur Dubourg reçoive l'indemnité sans laquelle il n'aurait pas consenti remplacer le sieur Daniel fils, et que, pour pouvoir la toucher, il n'a pu et dû s'adresser qu'à la dame veuve Daniel, qui s'est obligée personnellement pour son fils ». – *Adde* ROUEN, 6 août 1829, *Lefebvre c. Maubert*, *Journal du Palais* 1828–1829.1333 : « Considérant que le sieur Lefebvre a remplacé à l'armée le sieur Maubert fils, que c'est ce dernier qui a présenté ledit sieur Lefebvre à l'administration, et l'a fait agréer pour son remplaçant ; Que, de cet acte, il sort un principe d'obligation dudit sieur Maubert envers le sieur Lefebvre, pour payer à ce dernier une indemnité quelconque ; Considérant que, si le sieur Lefebvre a commis une imprudence de contracter seulement avec le sieur Valmont [– l'intermédiaire ayant été chargé de trouver un remplaçant –], sans exiger de lui aucune garantie pour la somme arrêtée entre eux, il ne s'ensuit pas que le sieur Lefebvre ait renoncé à toute action envers le sieur Maubert pour toucher la juste indemnité qui lui était due ».

³⁶¹ On peut noter, et c'est là purement anecdotique, que certains juges et praticiens s'étaient risqués à des utilisations assez audacieuses de la gestion d'affaires, qui n'avaient pas été partagés par les juges supérieurs. On peut mentionner les affaires *Florissoone c. Obéin*, DOUAI, 31 décembre 1834, S. 1835.2.215 et *Daynes c. Delbert*, CASS. REQ., 22 mai 1867, S. 1867.1.280, où des donateurs avaient confiés les biens qu'ils souhaitaient transmettre à une personne de confiance, à charge pour celle-ci de les transmettre à qui de droit. Le principe de la donation ayant été contesté par un membre de la famille, il fut entrepris de plaider que cette personne de confiance avait agi en qualité de *negotiorum gestor* des donataires, et donc qu'elle avait valablement accepté la donation en leurs noms (!), ce qui fut refusé, entraînant la requalification de l'opération en dépôt.

interprétations n'étaient pas sans mal s'accommoder avec le principe *res inter alios acta*³⁶². Cette prudence fut d'ailleurs justifiée. Et pour cause, dans les années 1830, décennie charnière en ce qui concerne l'intégration du droit nouveau en pratique et l'affirmation du pouvoir des juges dans l'interprétation de la loi³⁶³, les conseillers de cassations vinrent à imposer une interprétation stricte de la gestion d'affaires, en témoignent leurs décisions dans *Mectoux c. Lefebvre* et *Gerente c. Primard*.

Dans *Mectoux c. Lefebvre*, Lefebvre avait conclu avec la société Charbonnier un contrat par lequel il était convenu que lorsque Lefebvre serait appelé à faire son service militaire celui-ci serait remplacé par un autre que lui. Il fut effectivement appelé et Mectoux s'engagea à le remplacer, ce qui fut approuvé par le conseil de révision. Entre temps, la société Charbonnier fit faillite et ne s'acquitta pas des sommes qui avaient été promises à Mectoux. Ce dernier demanda donc paiement à Lefebvre, qui s'y opposa, arguant qu'il avait dûment payé la société Charbonnier et qu'il n'avait contracté aucune obligation personnelle envers lui, argument qui emporta la conviction du juge de première instance et des conseillers d'appel. Mectoux forma un pourvoi en cassation arguant d'une violation de l'anc. art. 1375 et de l'art. 1998 C. civ., mais son pourvoi fut rejeté par les membres de la Chambre des requêtes dans un arrêt en date du 21 novembre 1832 :

« Attendu, en droit, que les conditions du contrat de mandat et du quasi-contrat *negotiorum gestorum* n'existent que là où quelqu'un a agi au nom d'autrui et dans l'intérêt d'autrui, et non là où qu'un a agi en son nom propre et dans son propre intérêt »³⁶⁴.

Les membres de la chambre des requêtes notèrent que Lefebvre n'avait contracté qu'avec la société Charbonnier à hauteur de 700 fr., et ce sans qu'il ne sache s'il serait appelé ; que Mectoux n'avait quant à lui contracté qu'avec la société Charbonnier, et qu'il avait été convenu qu'il recevrait 1.900 fr. pour servir, « sans aucune éventualité »³⁶⁵, et qu'il avait déjà reçu 400 fr.³⁶⁶.

³⁶² Ce qui vint à être confirmé dans CASS. CIV., 12 mars 1850, *Roques c. Roques*, S. 1850.1.257 : « Attendu que le bénéfice qu'aurait fait la société n'a pas, non plus, pu créer contre elle une action au profit du vendeur originaire qui n'a aucunement traité avec elle ; que les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; qu'un contractant n'a d'action que contre celui avec qui il a contracté, et non contre les tiers qui ont pu profiter des suites d'un contrat dans lequel ils n'ont pas été parties », cassation pour violation de l'anc. art. 1165 C. civ. – *Adde id.*, 16 février 1853, S. 1853.1.209.

³⁶³ HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, 2^{ème} éd., n°23-28. – Comp. CARBONNIER J., « En l'année 1817 » in *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 81-96.

³⁶⁴ CASS. REQ., 21 novembre 1832, *Mectoux c. Lefebvre*, S. 1833.1.13, p. 15.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 16.

³⁶⁶ Jacques Maury (1889–1981) nota que de nombreuses cours avaient accordé, avant l'arrêt *Mectoux c. Lefebvre*, un recours au profit du remplaçant, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*. Tome II. *La notion d'équivalence en matière extra-contractuelle*, Jouve, 1920, p. 116, n. 33.

Dans *Gerente c. Primard*, les consorts Primard avaient fait construire sur des fonds qui leur appartenaient, ou qui appartenaient à des propriétaires y ayant consenti, des digues contre l'Isère, entreprise qui avait par la suite bénéficié à d'autres propriétaires dont les fonds longeaient ou étaient traversés par cette rivière. Les consorts Primard avaient demandé que ces derniers leur remboursent, à proportion de leur intérêt respectifs, les sommes qu'ils avaient employées à la construction des digues, demande à laquelle un juge du Tribunal civil de Grenoble avait fait droit dans un jugement en date du 15 mars 1834 :

« Attendu que tous les défendeurs qui reçoivent un avantage réel de l'établissement des digues sont soumis à l'action du négoce géré, sans distinguer ceux qui ont souscrit à l'acte appelé *compromis* et la *pétition*, de ceux qui sont restés étrangers à ces deux écrits, de telle sorte que leur condition est égale, en ce sens que l'obligation de tous consiste à contribuer aux dépenses réelles et utiles, sans être toutefois tenus au-delà de la plus-value obtenue par les résultats des travaux d'endiguement »³⁶⁷.

Les consorts Gerente, qui n'avaient pas consenti à l'entreprise des consorts Primard interjetèrent appel devant la Cour royale de Grenoble, qui réforma le jugement :

« Attendu, quant à l'action naissant d'un quasi-contrat, dont veulent se prévaloir les consorts Primard contre les consorts Gerente, résultant du négoce géré, aux termes des art. 1372 et 1375, Cod. civ., qu'il faut, pour que cette action puisse être fondée, en premier lieu et principalement, que, lorsqu'on a géré l'affaire d'autrui, surtout lorsque la personne est présente, l'on ait travaillé sur la chose qui lui appartient, parce qu'alors elle est censée approuver, au moins tacitement, ce qui est fait pour elle et dans l'intérêt de sa propriété ; il faut, en second lieu, que celui qui prétend avoir géré la chose d'autrui n'ait pas exclusivement travaillé sur sa chose propre et dans son intérêt personnel, parce qu'alors il n'aurait pas été au pouvoir de celui qui pourrait être secondairement intéressé aux travaux exécutés, de les faire exécuter lui-même ou de les empêcher ; et, dès lors, on ne peut plus considérer l'affaire comme ayant été gérée dans l'intérêt d'autrui ;

Attendu, en fait, que les consorts Primard n'ont exécuté les digues qu'ils ont construites, sur aucun fonds appartenant aux consorts Gerente, et qu'elles ont été établies sur des propriétés appartenant aux consorts Primard, ou à d'autres particuliers qui y ont consenti ; Attendu, enfin, que la maxime que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, est bien le fondement et le motif de plusieurs dispositions législatives tant anciennes que modernes, mais qu'elle n'est point un principe absolu qui pourrait, dans son extension, devenir la source d'une souveraine injustice, en contrariant le droit sur lequel repose la propriété, celui d'user et d'abuser ; que cette maxime devrait d'ailleurs se concilier avec celle contenue dans la loi 36, *ff. de regulis iuris : culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti* : on doit s'imputer de s'ingérer mal à propos dans l'affaire d'autrui ; et les consorts Primard doivent d'autant plus s'imputer cette faute, que la loi du 16 septembre 1807 [relative au dessèchement des marais *etc.*] leur ouvrait une voie pour faire apprécier administrativement, avant leur entreprise, l'intérêt que pouvaient avoir les consorts

³⁶⁷ GRENOBLE, 12 août 1836, *Gerente c. Primard*, S. 1837.2.330, p. 332.

Gerente à la construction des travaux qu'ils voulaient entreprendre, ce qu'ils ont négligé de faire »³⁶⁸.

Les membres de la chambre des requêtes de la Cour de cassation rejetèrent le pourvoi formé contre cet arrêt dans un arrêt en date du 6 novembre 1838³⁶⁹.

44. – Commentaire sur *Mectoux c. Lefebvre* et *Gerente c. Primard*. Il convient de remettre *Mectoux* et *Gerente* en perspective. Dans ces espèces, l'octroi d'un remède n'allait pas de soi : Mectoux avait reçu une avance de 400 fr. et il était difficile de justifier en droit le principe d'un recours direct contre Lefebvre afin d'obtenir le reliquat sur la base des 700 fr. qui furent payés par Lefebvre à la société Charbonnier, ou les 1.900 fr. qui avaient été promis par cette dernière ; ne pas lui octroyer un remède était d'autant moins problématique que Mectoux avait reçu quelque chose ; il n'avait pas été laissé sans salaire. Quant à *Gerente*, les consorts Primard n'avaient pas suivi la procédure qui pourtant aurait pu leur offrir un moyen de faire apprécier l'intérêt que les consorts Gerente avaient à leur entreprise ; il aurait été quelque peu étrange de leur accorder un remède alors que c'était par leur propre négligence qu'ils s'étaient retrouvés dans pareille situation.

Au-delà des conflits d'interprétation, on remarque en fait que les juges étaient soucieux d'éviter, et ce sera là une crainte constante (au moins jusqu'au sortir de la Première Guerre mondiale) que les interprétations libres de la gestion d'affaires, et au travers elles, la théorie générale de l'enrichissement injuste, ne viennent nuire à la sécurité juridique et que l'institution ne vienne à être utilisée contre ce qu'elle était censée protéger à l'origine, à savoir l'autonomie des parties dans la conduite de leurs affaires civiles et commerciales ; ce souci était saillant dans *Gerente*. En somme, les arrêts rendus dans *Mectoux* et *Gerente* constituèrent un rappel que la gestion d'affaires était « irréductible » à la théorie générale de l'enrichissement injuste³⁷⁰, et qu'à vouloir statuer en équité, les juges risquaient de négliger l'intérêt supérieur des individus à ne pas se voir imposer des obligations contre leur gré, ou sans avoir causé un dommage à autrui ou être à l'origine d'un fait licite répondant précisément aux conditions énoncées dans le Code civil.

³⁶⁸ S. 1837.2.330, pp. 332-333.

³⁶⁹ CASS. REQ., 6 novembre 1838, *Primard c. Gerente*, S. 1839.1.160.

³⁷⁰ RIPERT et TEISSEIRE, art. préc., p. 743.

45. – L'affirmation des interprétations libres de la gestion d'affaires (*Letellier c. Derode, Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus, et Lemaire c. Chambon, Synd. Lamoureux*). Malgré ces coups de semonce, les juges du fond ne cessèrent pas de statuer à la lumière du principe, jadis énoncé par Pomponius, en vertu duquel, *en équité naturelle, nul ne doit s'enrichir au détriment et au préjudice d'autrui* – « iure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore »³⁷¹ –, et l'on constata, sous le Second Empire, des tentatives d'imposer, « par des moyens plus ou moins détournés »³⁷², l'enrichissement injuste comme source d'obligation, quand la maxime *neminem cum alterius* ne fut tout simplement pas invoquée comme entraînant seule des obligations³⁷³. De guerre lasse³⁷⁴, les conseillers de la Cour de cassation, qui ne voulaient pas reconnaître le principe d'une responsabilité autonome en enrichissement sans cause, furent contraints de reconnaître les interprétations libres de la gestion d'affaires, un choix essentiellement pragmatique : l'institution « ayant fait ses preuves », et disposant d'un « point d'appui » dans le Code civil, il était plus simple de reconnaître les développements qui avaient été opérés autour d'elle par les juges du fond que d'imposer une action dont le principe était hautement discutable, tant en ce qui concerne le pouvoir de « créer » une action dans le silence du Code que de son adéquation aux impératifs de sécurité juridique, et dont les contours restaient encore difficiles à saisir³⁷⁵. Tel fut le cas dans *Letellier c. Derode, Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus, et Lemaire c. Chambon, Synd. Lamoureux*.

Dans *Letellier c. Derode*, Letellier, négociant à Paris, avait commandé à Derode, négociant au Havre, du blé. Un acompte fut payé, mais Letellier fut surpris par le Siège de Paris (1870–1871) par les forces prussiennes et ne put prendre livraison de la marchandise. Après avoir ordonné son transport dans un magasin, un juge du Tribunal de commerce du Havre autorisa Derode à procéder à leur vente ; la plupart du stock fut ainsi écoulé. Lorsque le siège fut enfin levé, Letellier demanda que le marché conclu avec Derode soit résilié ; il fut débouté de sa demande le 27 février 1871. Les conseillers de la Cour d'appel de Rouen notèrent que Letellier avait quitté la ville du Havre « sans prendre aucune mesure ni donner aucune instruction pour la conservation des marchandises

³⁷¹ *Dig.* 12.6.14 et 50.17.206.

³⁷² GORÉ, *op. cit.*, p. 26.

³⁷³ BOUT, *op. cit.*, n°37.

³⁷⁴ MONNERVILLE C.-F.-G., *Labbé et la théorie de l'enrichissement sans cause*, Thèse Toulouse, 1921, p. 68.

³⁷⁵ PERREAU, « Quasi-contrats », art. préc., p. 170. – Comp. MESTRE A., « Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* 1913, pp. 177-279, spéc. pp. 247-249. – Adde PERREAU E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé*. Tome I, Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1923, pp. 270-271.

achetées »³⁷⁶ et que « Derode[, qui était ainsi] resté, par le fait de Letelier détenteur des blés, qu'il lui avait vendus, n'a[vait] pas tardé à voir les marchandises exposées à la double chance de l'invasion étrangère et d'une détérioration par suite d'échauffement et que, dans cette situation, il a[vait] pris la résolution de recourir à une vente tant dans l'intérêt du propriétaire que dans le sien propre »³⁷⁷ ; ils en déduisirent que Derode s'était « constitué le *negotiorum gestor* des intérêts de son acheteur »³⁷⁸, et conclurent qu'il était « hors de doute que Derode a[vait] agi avec la plus grande bonne foi, et avec une complète prudence, [et] qu'il a[vait] saisi le moment le plus favorable pour la vente, [en lui donnant] la plus grande publicité, et qu'en définitive, il a[vait] obtenu le résultat le plus satisfaisant qu'il fût permis d'espérer à cette époque »³⁷⁹. Le jugement fut donc confirmé. Les membres de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation rejetèrent le pourvoi de Letelier au visa des anc. art. 1184, 1351, 1372, 1610 et 1657 C. civ. :

« Attendu que les obligations réciproques qui peuvent naître 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 de gestion et en a profité [...] ;

Qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que Letellier était intéressé à la vente des blés dont Derode était demeuré détenteur, que ce dernier a agi avec la plus grande bonne foi et qu'il a obtenu le résultat le plus satisfaisant qu'il fût permis d'espérer »³⁸⁰.

Dans *Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus*, Deluc et Declus, tailleurs, s'étaient engagés en 1864 à fournir l'habillement l'équipement des sergents et gardes de la ville de Bordeaux. Ils avaient reçu paiement pour les livraisons de 1865 et 1866, mais le paiement des livraisons de 1867 et 1868 leur avait été en partie refusé au motif que celui-ci s'inscrivait dans le cadre d'un excédent des crédits accordés par le conseil municipal. Deluc et Declus obtinrent gain de cause en appel, mais l'arrêt de la Cour impériale de Bordeaux fut cassé par la Cour de cassation, au motif que l'engagement pris par la ville vis-à-vis des tailleurs était irrégulier. L'affaire fut renvoyée devant la Cour d'appel d'Agen, et les conseillers décidèrent, au visa des principes de la gestion d'affaires et de l'action *de in rem verso* :

³⁷⁶ CASS. REQ., 18 juin 1872, *Letellier c. Derode*, S. 1890.2.25 ; D. 1872.1.471, p. 471.

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 472.

« Attendu, sur l'existence d'une obligation qui lierait la ville de Bordeaux, qu'aucune dépense ne peut être mise à la charge d'une commune sans un vote préalable de son conseil municipal ou sans un décret qui l'impose d'office ; que, dans l'espèce, il n'est pas justifié que la dépense qui a donné lieu au procès, ait été l'objet d'un vote spécial de la part du conseil, et qu'il est certain qu'elle n'a pas été imposée par décret ; que l'obligation invoquée par Deluc et Declus ne peut donc être, en l'état et dès à présent, exécutoire contre la ville ;

Mais attendu que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; que cette règle d'équité est applicable aux communes comme aux autres personnes incapables ; que par suite une commune pourrait devoir une indemnité au tiers qui justifierait avoir payé pour elle de ses deniers une dépense communale nécessaire »³⁸¹.

Les conseillers d'appel considérèrent que les dépenses étaient utiles puisqu'elles étaient nécessaires et qu'elles avaient profité à la ville (la ville de Bordeaux forma un pourvoi, qui fut rejeté par les conseillers de la Cour de cassation). Enfin, dans *Lemaire c. Chambon*, Lemaire avait loué à la Société des constructions de la Seine des terrains dont il était copropriétaire avec les consorts Romanet, dont il se portait fort. Il avait été convenu que le preneur pourrait élever des constructions sur le terrain et les acquérir à un prix déterminé, et que s'il n'avait pas opté en ce sens à la fin du bail, les constructions resteraient au bailleur, sans qu'il ne paie ou verse d'indemnité. Le preneur chargea Lamoureux d'exécuter des travaux, mais les crédits qui avaient été octroyés par l'intermédiaire de Lemaire furent suspendus, entraînant sa faillite. Lamoureux fit également faillite, et le syndic assigna le syndic de la Société des constructions de la Seine et Lemaire conjointement et solidairement au paiement des sommes qui lui étaient dues. Lemaire s'y opposa, se retranchant derrière le bail, dont l'option d'achat n'avait pas été levée. Toutefois, il fut établi que Lemaire était à l'origine de la suspension du crédit, celui-ci ayant trompé le bailleur de fonds en cachant le fait qu'il voulait construire pour son propre compte. Un juge du Tribunal civil de Corbeil, statuant au commercial, décida le 31 décembre 1884 que :

« [Lemaire] ne saurait profiter d'une situation qu'il a faite, ni invoquer la convention [de bail], pour soutenir qu'il n'est qu'un propriétaire ayant loué son terrain avec faculté d'y construire, et retenir sans aucun prix, ni indemnité, les constructions élevées ; qu'il doit, dès lors, être considéré comme propriétaire sur le terrain duquel des constructions ont été élevées par un tiers de bonne foi (C. civ., 555), et assimilé au maître dont l'affaire a bien

³⁸¹ CASS. REQ., 19 décembre 1877, *Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus*, S. 1878.1.57, pp. 58-59. – Comp. CASS. REQ., 29 février 1876, *Deslandes c. Prion*, S. 1876.1.215, où Prion avait fourni aux brigades de gendarmerie de Brissac et Saint-Lambert des fourrages à la décharge de Deslandes, entrepreneur général des fournitures du service de la guerre du Maine-et-Loire ; les juges du fonds conclurent que Prion était le gérant de l'affaire de Deslandes (rejet du pourvoi de ce dernier).

été gérée, qui doit remplir les engagements contractés en son nom par le gérant (la société dans l'espèce), l'indemniser de tous les engagements personnels pris par lui, et lui rembourser toutes les dépenses utiles (C. civ., 1375) ; que ce principe d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, base des art. 555 et 1375, trouve ici son application ; qu'aux termes des art. 1166 et 1375 combinés, Lamoureux en a mis la valeur dans le patrimoine de Lemaire, a une action directe, tant contre la société qui a commandé les travaux que contre Lemaire qui en a profité »³⁸².

La décision fut confirmée par les conseillers de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 19 juillet 1887. Les conseillers de cassation précisèrent « qu'en élevant sur les terrains loués des constructions dont le propriétaire a[vait] seul profité, la société a[vait] réellement, quoique involontairement et à son insu, géré l'affaire de Lemaire, et a[vait] le droit de lui réclamer le remboursement de toutes ses dépenses utiles »³⁸³.

46. – Le sort des interprétations libres de la gestion d'affaires après *Patureau-Miran c. Boudier*. Malgré la consécration officielle³⁸⁴, le 15 juin 1892, dans *Patureau-Miran c. Boudier*³⁸⁵, d'une action, « originale se suffisant à elle-même »³⁸⁶, en indemnisation de l'enrichissement sans cause, les juges éprouvèrent toutes les difficultés à mettre un terme à la « solidarité compromettante »³⁸⁷ qui liait l'*actio de in rem verso* à la gestion d'affaires. Ainsi que le nota Bout, de *Patureau* à la fin de la Première Guerre mondiale, certains juges du fond continuèrent de mêler le principe général de prohibition de l'enrichissement sans cause à la gestion d'affaires, et réciproquement³⁸⁸, quitte à se livrer à d'étonnantes motivations, en témoigne l'affaire *Dubourg*³⁸⁹.

En l'espèce, un généalogiste avait avisé les héritiers Dubourg, qui résidaient aux États-Unis, d'une succession d'un lointain parent ouverte à leur profit en Charente ; les intéressés ne répondirent pas à sa proposition de leur révéler ladite succession et obtinrent du consul des États-Unis à La Rochelle la confirmation que la succession fut bien ouverte à leur profit. Après avoir agi contre les héritiers apparents, le généalogiste demanda le paiement de ses frais et honoraires, demande qui fut rejetée par les héritiers Dubourg. Un

³⁸² CASS. REQ., 16 juillet 1890, *Lemaire c. Chambon, Synd. Lamoureux*, S. 1894.1.19, p. 20.

³⁸³ *Ibid.* – Adde CASS. CIV., 22 février 1888, S. 1890.1.535 et CASS. REQ., 11 juillet 1889, S. 1890.1.97.

³⁸⁴ BÉGUET J.-P., *L'enrichissement sans cause*, Thèse Alger, 1945, p. 8.

³⁸⁵ CASS. REQ., *Patureau c. Boudier*, 15 juin 1892, DP 1892.1.596 ; S. 1893.1.281 ; GAJC, n°241.

³⁸⁶ RENARD J., « Étude sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », *RTD Civ.* 1920, pp. 243-294, pp. 244-245.

³⁸⁷ MICHOU L., « De la Gestion d'affaires appliquée aux services publics », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* 1893, pp. 69-106, p. 95.

³⁸⁸ e.g. ALGER, 26 mai 1894, S. 1896.2.267. – Adde DIJON, 17 juillet 1905, S. 1907.2.172. – Voy. BOUT, *op. cit.*, n°52-57.

³⁸⁹ POITIERS, 2 décembre 1907, *Affaire Dubourg*, S. 1909.2.41.

Le juge du Tribunal civil de La Rochelle décida le 23 avril 1907 que si les héritiers Dubourg avaient, à raison, fait valoir que le généalogiste ne pouvait se prévaloir « ni d'un contrat, ni peut-être d'un quasi-contrat, il ressort[ait] néanmoins des faits qu'il [leur] a[vait] procuré un avantage incontestable »³⁹⁰ en leur révélant la succession de leur parent, qu'ils ne connaissaient pas. Le juge précisa que le généalogiste ne pouvait pas être vu comme « un parasite, comme on le lui reprocha, mais qu'il a[vait] rendu, au contraire, des services réels »³⁹¹ ; et d'ajouter que « l'avantage obtenu par [les héritiers Dubourg] ne l'a[vait] pas été sans des démarches coûteuses et des soins donnés à l'affaire »³⁹² ; et donc « qu'il [était] nécessaire que [le généalogiste] soit indemnisé, sans quoi le principe d'équité qui veut que nul ne s'enrichisse aux dépens d'autrui serait violé ; que ce principe [lui] ouvre l'action dite *de in rem verso etc.* »³⁹³. Les héritiers Dubourg firent appel, en vain. Les conseillers de la Cour d'appel de Poitiers confirmèrent le jugement et la condamnation à un remboursement à hauteur 5.000 fr. ; ils notèrent :

« Attendu que, de quelque nom qu'on désigne la cause l'obligation des héritiers en retour de [l']office indéniable [du généalogiste], son existence ne saurait faire doute, soit qu'on veuille y voir une sorte de quasi-contrat innommé dérivant du contrat de louage de services, où la gratuité n'est pas de la nature du contrat plutôt que du mandat, soit qu'on se rattache, comme l'a fait le Tribunal au principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui ; que la dénomination d'ailleurs est un point secondaire, la théorie des actions en droit français n'impliquant nullement la nécessité d'une formule sacramentelle ;
Attendu qu'il serait souverainement déraisonnable et injuste de limiter la rémunération au remboursement des frais, à condition d'en établir un compte précis ; qu'il conviendrait au moins, en dehors des soins données spécialement à l'affaire, de tenir compte du travail antérieur et d'une organisation dont le fonctionnement est tel que [le généalogiste] a pu à la fois découvrir et la succession ouvert à La Rochelle et les héritiers résidant à New York, alors que l'attention n'était éveillée, ni par l'importance exceptionnelle de cette succession, ni par la notoriété de la *de cuius* ou des appelés »³⁹⁴.

Il en fut de même dans un étrange jugement du Tribunal correctionnel de Loches, rendu le 9 février 1910, où le bailleur d'une vache normande avait poursuivi le preneur en abus de confiance et escroquerie pour la vente du croît, sans qu'il n'y consente et ne lui en verse le prix. Il fut reconnu que, bien que le preneur n'eût pas été investi par un mandat express,

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 42.

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

ou ne pût pas être considéré comme étant tenu par un mandat tacite, il n'en demeurerait pas moins gérant de l'affaire de son bailleur :

« Attendu que le quasi-contrat de gestion d'affaires naît du fait même de la gestion et de la loi, et non de l'intention des parties ;

Qu'il importe donc peu que celui qui a fait l'affaire d'autrui ait entendu agir tant dans son propre intérêt que dans l'intérêt d'un tiers, ou même dans une intention frauduleuse de spoliation, si en réalité le tiers était intéressé à l'acte de gestion et en a profité »³⁹⁵.

Le juge retint que, le bailleur ayant eu un intérêt à la vente du croît et que cette vente s'était tenue dans des conditions optimales, le preneur, « qui, par suite de sa gestion, se trouv[ait] dans une situation assimilable à celle du mandataire, [était] tenu de rendre compte[, ainsi que le veut le régime du cheptel simple,] de la moitié du prix qu'il a[vait] touché après réalisation de la vente du croît ; [q]ue le cheptelier qui manqu[ait] à l'exécution de cette obligation, en s'appropriant la totalité du prix remis par l'acheteur, tomb[ait] sous le coup de l'art. 408 c. pén. »³⁹⁶, sanctionnant les abus de confiance, abus qui fut retenu contre lui.

47. – Le sort des interprétations libres de la gestion d'affaires après *Patureau c. Boudier* (suite) : *Office des rentiers et Benoît c. Biollay*. Les conseillers de la Cour de cassation ne brillèrent pas non plus par leur cohérence, l'équivoque étant perceptible jusqu'au lendemain de la Première Guerre mondiale³⁹⁷. Les membres de la chambre civile de la Cour de cassation prirent néanmoins, à la fin du XIX^{ème} siècle, une position un peu plus nette que de leurs collègues de la chambre des requêtes dans *Office des rentiers c. Société générale pour le développement du commerce et de l'industrie*³⁹⁸. Il s'agissait en l'espèce d'un conflit concernant la constitution d'hypothèques sur les immeubles appartenant à un tiers, l'Office des rentiers s'opposant à la Société générale pour le développement sur le point de savoir quelle hypothèque avait préséance sur l'autre. La

³⁹⁵ TRIB. CORR. LOCHES, 19 février 1910, *D.* 1913.2.319, p. 320.

³⁹⁶ *Ibid.* – Comp. BORDEAUX, 13 décembre 1912, *S.* 1915.2.38, où les conseillers d'appel qualifièrent le courtier matrimonial, qui avait été engagé par un père au profit son fils, de *negotiorum gestor* de ce dernier, dans la mesure où l'intéressé avait approuvé et profité de ces engagements. – *Adde* TRIB. CIV. SEINE, 3 mai 1915, *Gaz. Trib.* 1915.2.299, où le juge soutint que « pour que l'action dérivant de la gestion d'affaires puisse prendre naissance, il [était] indispensable que les actes de gestion aient réellement profité à celui contre lequel il [étaient] invoqués », et de mentionner le principe *neminem cum alterius* dans ses motifs.

³⁹⁷ *e.g.*, CASS. CIV., 1^{er} juillet 1901, *S.* 1912.1.305 ; 24 octobre 1910, *S.* 1912.1.209 ; et CASS. REQ., 8 mai 1911, *D.* 1913.1.460 ; 8 juillet 1918, *S.* 1921.1.5.

³⁹⁸ CASS. CIV., 20 octobre 1897, *Office des rentiers c. Société générale pour le développement du commerce et de l'industrie*, *S.* 1897.1.489.

Société générale pour le développement demanda que l'hypothèque de l'Office des rentiers soit annulée, faisant valoir d'un vice de forme, le nom de tous les bénéficiaires de l'hypothèque ne figurant pas dans l'acte d'inscription, ainsi que l'anc. art. 2148 C. civ. le requérait, demande à laquelle un juge du Tribunal de la Seine accéda, décision confirmée en appel. L'Office des rentiers forma un pourvoi en cassation, arguant, ainsi qu'il l'avait prouvé, qu'il avait agi au nom et pour le compte des propriétaires actuels et futurs des obligations émises par la société dont les biens avaient été hypothéqués, et donc qu'en statuant comme elle l'avait fait, les conseillers de la Cour d'appel de Paris avaient violé les anc. art. 1372, 1375 et 2148 C. civ. Les membres de la chambre civile de la Cour de cassation décidèrent :

« Attendu que l'arrêt attaqué dénie [à l'Office des Rentiers], parce qu'[il] s'était constitué, de son autorité privée, le représentant légal, nécessaire et irrévocable, de porteurs successifs qui ne se rattachaient à lui par aucun lien, et parce qu'il s'attribuait un pouvoir discrétionnaire opposable à ceux dont il prétendait vouloir sauvegarder les intérêts ; Mais attendu que le quasi-contrat de gestion d'affaires ne peut exister qu'autant que celui qui entend gérer l'affaire d'autrui se constitue, de son autorité privée, le représentant du tiers dans l'intérêt duquel il agit ; que, d'autre part, étant donné que l'affaire gérée par l'Office des rentiers concernait une collectivité, on peut considérer comme dictées par les conditions même dans lesquelles se présentait l'affaires les clauses insérées dans l'acte constitutif de l'hypothèque et reproduites dans l'inscription [...] ; que dans ces conditions, c'est à tort que l'arrêt attaque a refusé à l'Office des rentiers la qualité de gérant d'affaires, et déclaré nulle l'inscription d'hypothèque »³⁹⁹, casse *etc.*

Ce ne fut qu'en 1920, dans *Benoit c. Biollay*⁴⁰⁰, qu'il fut définitivement mis fin à l'équivoque. En l'espèce, des librettistes avaient cédé à des éditeurs leur droit d'exploitation. Ces derniers exploitèrent ces œuvres se croyant les seuls propriétaires, même après la prorogation des droits accordée aux héritiers des premiers en vertu des lois du 8–15 avril 1854 et du 14–19 juillet 1866. Lesdits héritiers assignèrent les éditeurs en restitution de toutes les sommes indûment perçues au cours de la période de prorogation. Les héritiers obtinrent gain de cause en première instance et en appel, encore qu'il fut décidé qu'un rapport d'expert se prononcerait sur le montant des restitutions. Les éditeurs remirent en cause le rapport, et les décisions le validant, notamment en ce que l'expert avait refusé de les considérer comme des gérants d'affaires. Les conseillers de la chambre civile de la Cour de cassation rejetèrent le pourvoi, notant que les éditeurs, « loin d'avoir

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 492.

⁴⁰⁰ CASS. CIV., 25 juin 1920, S. 1921.1.12.

géré volontairement la chose d'autrui, avai[en]t exploité les œuvres litigieuses, parce qu'il[s] s'en croyai[en]t propriétaire[s] exclusif [s], et uniquement dans l'intérêt de [leur] commerce[s] personnel[s] »⁴⁰¹.

2. – Le déclin des gestions d'affaires anormales : les conséquences des interprétations libres de la gestions d'affaires anormales sur la compréhension contemporaine de cette cause de responsabilité

48. – Le sort des interprétations libres de la gestion d'affaires après *Patureau c. Boudier* (suite et fin) : l'analyse de Picard. Ainsi que l'écrivit Picard, méditant sur cet épisode jurisprudentiel : « Une doctrine, représentée par les auteurs les plus éminents, enseign[ait] que la gestion d'affaires suppos[ait] nécessairement chez le gérant l'intention de gérer l'affaire d'autrui. Cette condition qui, dans la pensée de ces auteurs, rattach[ait] la gestion d'affaires à la notion de contrat et par elle à la doctrine de l'autonomie de la volonté, dont l'influence [s'était] exercée si puissamment sur la théorie de l'obligation, leur parai[ssait] indispensable pour donner à notre théorie sa véritable originalité tout en permettant de la distinguer de la théorie de l'enrichissement sans cause »⁴⁰² :

« On a fait remarquer bien souvent combien le Code civil s'était montré soucieux de l'indépendance juridique des individus les uns à l'égard des autres. Dominés par la doctrine de l'autonomie de la volonté, ces auteurs [rattachèrent] toute la théorie de l'obligation à la notion de volonté. Pour eux, le contrat [était] la source par excellence de l'obligation ; dans le contrat, c'[était] la volonté réelle qu'il [fallait] rechercher tant au point de vue de sa formation qu'au point de vue de ses effets ; la responsabilité elle-même repos[ait] sur la volonté. Et cette volonté trouv[ait] sa limite dans la volonté d'autrui : l'acte juridique ne produi[sai]t d'effet qu'à l'égard de son auteur ; on ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son nom que pour soi-même (art. 1119) ; les conventions ne profitent et ne nuisent qu'aux parties contractantes (art. 1165) ; l'autorité de la chose jugée est relative (art. 1351). En un mot, l'individu n'est lié que s'il l'a voulu et dans la mesure où il l'a voulu »⁴⁰³.

Mais d'ajouter que « [c]ertes, d'une façon générale, ces principes étaient d'accord avec le milieu social de 1804 ; mais combien nous en sommes éloignés aujourd'hui ! Au fur et à mesure que ce milieu s'est transformé sous l'influence des forces économiques, dont

⁴⁰¹ S. 1921.1.12, p. 14.

⁴⁰² PICARD, art. préc., p. 420.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 424, en référence à DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911, p. 481, et GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Dijon, 1912.

l'histoire a été tant de fois retracée, la doctrine de l'autonomie de la volonté a reçu des atteintes de plus en plus graves. À côté et à l'encontre de la notion de volonté, d'autres notions auxquelles, sans doute, le Code civil avait fait une place, mais si réduite, se sont développées, représentant et réalisant les exigences du milieu nouveau : ordre public, équilibre ou équivalence, apparence et confiance légitime. La théorie de l'obligation, dont on exagérait volontiers le caractère immuable, en a été profondément secouée. Or, pour réaliser cette transformation ou, si l'on préfère, cette adaptation, à quels instruments juridiques la jurisprudence devait-elle s'adresser sinon à ceux qui, dans le Code lui-même, donnaient satisfaction à la solidarité des intérêts, en dehors même de la volonté, c'est-à-dire à la stipulation pour autrui pour une part et surtout à l'enrichissement sans cause et à la gestion d'affaires ? »⁴⁰⁴. Et de conclure :

« Puisque le travail d'élaboration de la théorie de l'enrichissement sans cause avec l'aide de l'article 1375 et sous le couvert de la théorie de la gestion d'affaires est maintenant achevé ou parvenu tout au moins à un degré suffisant de précision, il faut désormais agir au grand jour et restituer à la gestion d'affaires sa physionomie traditionnelle que l'usage anormal, auquel elle s'était jusqu'ici complaisamment prêtée, avait par trop défigurée. Avant tout, il convient de lui rendre cet élément sans lequel on ne peut avoir d'elle-même une notion claire et satisfaisante : l'intention de gérer. Qu'il y ait eu nécessité ou intérêt à l'écarter provisoirement pour faciliter le travail occulte d'élaboration, auquel on suppose que l'action *de in rem verso* a été soumise ; qu'il y ait eu intérêt à brouiller les limites pour passer plus commodément du domaine de l'enrichissement sans cause dans celui de la gestion d'affaires, on le comprend à la rigueur ! Mais aujourd'hui que l'édifice est construit, pourquoi ne pas rejeter un échafaudage inutile et qui peut devenir dangereux ? Pourquoi ne pas rétablir les limites véritables qui, précisément, ne peuvent être fixées qu'au moyen de cet élément intentionnel ? »⁴⁰⁵.

Les développements qui eurent lieu tout au long du XX^{ème} siècle, jusqu'à la réforme de 2016 marquèrent effectivement un retour à une vision stricte, ou du moins sensiblement « restreinte », pour reprendre l'expression de René Demogue (1872–1938)⁴⁰⁶, de la

⁴⁰⁴ PICARD, art. préc., pp. 424-425. – Adde COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*. Tome II, Dalloz, 1919–1920, 2^{ème} éd., p. 712 : « À l'inverse de la jurisprudence, des auteurs admettent volontiers qu'il ne faut pas appliquer les règles de la gestion d'affaires au cas où une personne croit agir pour son propre compte, dans son intérêt, et rend, sans le vouloir, service à un tiers. Mais ils donnent à l'appui de cette solution un argument qui nous paraît peu acceptable. Raisonnable, en effet, par analogie de ce qui se passe en matière de contrats, ils disent que les obligations attachées à la gestion d'affaires ont leur source dans la volonté du gérant. Cette manière de voir, à laquelle les auteurs ont été conduits par l'expression inexacte de quasi-contrat, est erronée. En matière de gestion d'affaires, ce n'est pas la volonté du gérant qui est la cause génératrice des conséquences juridiques attachées à l'acte. Comment la volonté seule du gérant pourrait-elle obliger le maître de l'affaire ? En réalité, c'est la loi qui, pour des raisons d'équité [...] fait produire certains effets juridiques à l'acte de gestion ».

⁴⁰⁵ PICARD, art. préc., p. 11.

⁴⁰⁶ DEMOGUE R., « Jurisprudence en matière de droit civil : Obligations et contrats spéciaux », *RTD Civ.* 1920, pp. 347-379, p. 348.

gestion d'affaires. Pour autant, ainsi que le remarqua Bout, même si « l'hypothèque de l'enrichissement sans cause cess[a] de grever la gestion d'affaires »⁴⁰⁷, leur association passée ne fut pas sans laisser « de profondes séquelles, qui modifièrent » leurs structures⁴⁰⁸.

α. – La gestion d'affaires en droit strict : le retour à l'équilibre entre le principe de non-immixtion dans les affaires d'autrui et le souci de ne pas sanctionner les actions mues par un devoir moral d'entraide

49. – Gestion d'affaires et exécution d'un devoir moral d'entraide. En droit strict, la gestion d'affaires est à présent développée le long d'une ligne politique plus souple. Bout avait en effet noté après une étude approfondie de la jurisprudence de la première moitié du XX^{ème} siècle et de l'après-guerre, qu'elle était désormais appréhendée à l'aune d'un principe plus édulcoré que celui qui présida à son élaboration. Il conclut, reprenant une idée formulée par Goré dans une chronique publiée en 1953 au *Recueil Dalloz*⁴⁰⁹, que les juges avaient stabilisé l'institution autour de l'idée de l'exécution d'un « devoir moral d'entraide », et non celle d'un dévouement désintéressé commandé par des motifs impérieux, réfutant par là même l'idée que l'institution viserait à encourager « l'altruisme intelligent »⁴¹⁰, à savoir un altruisme dirigé vers la préservation opportune et optimale des patrimoines.

Dans l'ensemble, la logique restait la même : par principe, nul ne devait s'immiscer dans les affaires d'autrui ; seul changeait le traitement de l'exception. À supposer que d'aucun interfère, sans intention libérale⁴¹¹, dans les affaires d'autrui, et qu'il n'ait pas été empêché, ou interdit, d'agir de la sorte par le maître⁴¹², cela devait être avec *l'intention de*

⁴⁰⁷ BOUT, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰⁸ *Ibid.* – Adde BÉGUET, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁰⁹ GORÉ, *chron. préc.*, p. 39.

⁴¹⁰ ZIEGEL G., *L'indemnité de plus-value dans les rapports entre contractants*, Dalloz, 1939, p. 58.

⁴¹¹ *e.g.* ANGERS, 9 avril 2013, 15.02-872. – Adde CASS. CIV. 1, 29 mai 1990, 88-17.753, à propos de travaux réalisés par un concubin ; CASS. CIV. 1, 11 juin 2002, 99-16.147, à propos d'un remboursement par des parents d'un prêt liant leur fille afin d'échapper la vente d'un bien sous hypothèque.

⁴¹² *e.g.* CASS. CIV. 1, 22 décembre 1969, *Bull. civ.* I, n°403, où un des membres d'une fratrie s'était opposé à l'entretien d'une sépulture familiale. – Adde CASS. CIV. 3, 12 avril 1972, *Bull. civ.* III, n°219 ; CASS. CIV. 1, 8 octobre 1974, *Bull. civ.* I, n°338 ; CASS. COM., 21 novembre 1978, *Bull. civ.* I, n°271. – *Comp. id.*, 26 janvier 1988, 86-10.742 et 86-12.447.

gérer cette affaire⁴¹³ et *de rendre service* au maître⁴¹⁴, ce qui excluait l'hypothèse d'une intervention commandée par le besoin de satisfaire une obligation contractuelle⁴¹⁵, judiciaire⁴¹⁶, ou légale⁴¹⁷. Les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation avaient été très clairs sur ce point dans *Le Fer Blanc*, dans un arrêt en date du 11 octobre 1984.

En l'espèce, le directeur à l'exportation d'une société, alors en mission en Asie, avait été victime d'un accident cérébral à Hong Kong. Après avoir été soigné dans deux hôpitaux de cette ville puis rapatrié en France, il mourut. L'entreprise obtint le remboursement partiel, par la sécurité sociale et la mutuelle du défunt, des frais exposés pour les soins de ce dernier, et assigna les héritiers en paiement de la différence sur le fondement de la gestion d'affaires. Les conseillers de la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 25 mars 1983, déboutèrent l'entreprise de sa demande en retenant qu'elle avait, en qualité d'employeur, le devoir « non seulement d'organiser et régler l'activité »⁴¹⁸ de son employé, « mais [aussi] d'en prévoir les conséquences sur [sa] situation personnelle [...] quand elles sont de nature à le soustraire à son milieu de vie habituel »⁴¹⁹, et qu'elle avait agi dans son propre intérêt, « même si son intervention avait eu pour conséquence de rendre service à autrui »⁴²⁰, en prenant des dispositions pour sauvegarder la santé de son cadre supérieur, celui-ci « étant particulièrement nécessaire pour les besoins de son activité »⁴²¹. L'entreprise forma un pourvoi en cassation en faisant grief à l'arrêt d'avoir rejeté la demande sur la base de la gestion d'affaires au moyen que, si elle avait eu un intérêt personnel à la sauvegarde de la santé de son employé, « cet intérêt personnel ne suffisait pas à exclure la gestion d'affaires dès lors que l'acte altruiste

⁴¹³ Le gérant ne doit donc pas avoir agi par erreur, TI PARIS, 21 octobre 1970, *Gaz. Pal.* 1971.1.28. – Comp. PARIS, 15 mai 2018, 16.25-199. – *Adde* CASS. CIV. 3, 13 janvier 1999, *RTD Civ.* 2001.838.

⁴¹⁴ *e.g.* CASS. CIV., 28 octobre 1942, *DC* 1943.29 ; CASS. CIV. 1, 12 mai 1953, *Bull. civ. I*, n°367 ; 10 octobre 1961, *Bull. civ. I*, n°443 ; 7 février 1967, *Bull. civ. I*, n°50 ; CASS. CIV. 3, 13 décembre 1978, *Bull. civ. III*, n°372 ; CASS. COM., 27 novembre 1991, *Bull. civ. IV*, n°357 ; CASS. CIV. 1, 18 avril 2000, *Berton-Demangeau c. Francheville*, *Bull. civ. I*, n°113.

⁴¹⁵ *A fortiori*, la gestion d'affaires ne saurait être utilisée afin de remédier aux conséquences de la violation d'un contrat, *e.g.* CASS. CIV. 3, 8 janvier 1992, 89-21.297 (violation d'un bail de chasse). Toutefois le bénéfice de la gestion d'affaires peut être accordé afin de remédier aux conséquences de l'annulation d'un contrat, *e.g. id.*, 13 janvier 1999, 97-14.017 (travaux sur un immeuble accompli par l'occupant sous l'empire d'une promesse de vente qui fut annulée par la suite).

⁴¹⁶ *e.g.* CASS. CIV. 1, 13 février 1985, 83-15.427, sur la gestion d'un fonds de commerce indivis sous l'empire d'un mandat judiciaire.

⁴¹⁷ *e.g. id.*, 24 mai 1989, 87-17.931, sur un secours en montagne. – *n.b.* Philippe le Tourneau soutient que la règle peut être étendue aux obligations naturelles, celles-ci étant déjà exclues du champ du paiement l'indu et de l'enrichissement injustifié, « Gestion d'affaires » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2022, n°38.

⁴¹⁸ CASS. SOC., 11 octobre 1984, *Bull. civ. IV*, n°369.

⁴¹⁹ *Ibid.*

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Ibid.*

accompli avait été utile au géré, et qu'il résultait des constatations de l'arrêt [qu'elle] connaissait la gravité de l'état du salarié et ne pouvait espérer voir ce cadre supérieur reprendre rapidement ses activités professionnelles, ne pouvait pas avoir agi dans son propre intérêt en avançant les frais médicaux et d'hospitalisation rendus dans ces circonstances nécessaires »⁴²². Les conseillers de la Chambre sociale de la Cour de cassation rejetèrent le pourvoi :

« Attendu que la Cour d'appel, après avoir observé que la Société Le Fer Blanc, envoyant M. Philipp X en mission, non seulement à Hong Kong, mais aussi au Pakistan, en Inde, en Thaïlande, à Singapour et en Indonésie, avait cependant négligé de conclure avec le salarié l'accord écrit prévu par la convention collective applicable pour les déplacements de longue durée hors de France métropolitaine, a estimé qu'en l'espèce elle avait commis une faute, ses prérogatives de direction l'obligeant à prévoir, et éventuellement à pallier les risques particuliers auxquels elle exposait M. Philippe X ;

Que dès lors, les juges du fond, qui ont retenu que l'employeur ne pouvait invoquer l'incertitude du contenu d'obligations qu'il avait failli à définir, et auxquels il appartenait en effet d'apprécier la prévisibilité du dommage, ont à bon droit déduit après avoir exactement rappelé que les personnes qui légalement ou contractuellement sont tenues d'accomplir certains actes ne peuvent s'en prévaloir comme étant des actes de gestion d'affaires, que la société Le Fer Blanc ne pouvait exercer de recours contre les héritiers du salarié, les paiements par elle effectués ayant eu pour seule origine son manquement contractuel, et aucune n'était imputée à M. Philippe X »⁴²³.

Les membres de la Cour de cassation refusent également de caractériser une gestion d'affaires lorsque le gérant avait exécuté une obligation professionnelle, à l'image de la suppléance d'un avocat empêché⁴²⁴, d'une obligation légale, telle que celle inhérente au sauvetage maritime⁴²⁵, à la mise en fourrière⁴²⁶, ou à la liquidation judiciaire⁴²⁷ ; ou d'une obligation contractuelle⁴²⁸, telle que celle naissant d'un mandat⁴²⁹ ou d'un bail⁴³⁰.

Cependant, Philippe le Tourneau note que les conseillers de la Cour de cassation font preuve de souplesse et accordent le bénéfice de la gestion d'affaires au gérant lorsqu'il

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.* – *Adde* CASS. CIV. 1, 22 octobre 2009, 08-18.331.

⁴²⁴ *Id.*, 17 juillet 1996, *Bull. civ.* I, n°323. – *Comp. id.*, 22 mars 2012, 11-10.616, où les conseillers de la Cour de cassation ont accordé un recours, sur le fondement de la gestion d'affaires, au Conseil régional des notaires de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence contre l'héritière de la finance d'un office, dont le titulaire était décédé et avait été suppléé à de nombreuses reprises, afin d'obtenir le remboursement de diverses sommes versées à titre d'avances de trésorerie et de couverture du déficit de l'activité de l'office et à titre d'honoraires et de remboursement de frais des trois derniers gérants, au motif qu'aucune disposition statutaire ou réglementaire ne requérait ce genre d'intervention.

⁴²⁵ CASS. COM., 14 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n°258.

⁴²⁶ CASS. CIV. 1, 17 octobre 2012, 11-15.075.

⁴²⁷ CASS. COM., 13 janvier 2015, *Bull. civ.* IV, n°3.

⁴²⁸ CASS. CIV. 1, 15 mai 2019, 18-15.379.

⁴²⁹ CASS. CIV. 3, 20 janvier 1999, *Bull. civ.* III, n°17. – *Adde id.*, 16 octobre 2013, *Bull. civ.* III, n°131.

⁴³⁰ *Id.*, 19 mars 2008, *Bull. civ.* III, n°55.

prétend « avoir géré l'affaire d'autrui, sans avoir manifesté l'intention d'agir dans l'intérêt de ce dernier, ou sans que cet élément puisse être établi »⁴³¹, s'il prouve qu'il a agi en « dépassement d'un contrat », ce qui est notamment le cas pour le professionnel qui a dépassé le cadre de la mission qui lui avait été confiée⁴³², ou lorsqu'il a agi en dépassement d'un pouvoir légal, « sans qu'il soit possible d'établir [si le titulaire de ce pouvoir a] eu conscience de ce dépassement »⁴³³ ; il en va de même « lorsqu'un copropriétaire a accompli un acte utile à la copropriété ou lorsqu'un cohéritier [a] effectu[é], sans l'accord des coïndivisaires, un acte utile à l'indivision »⁴³⁴.

Les juges admettent également que la gestion puisse être intéressée, pourvu qu'elle ne soit pas mue par la satisfaction d'un intérêt purement personnel⁴³⁵ et reste utile pour le maître⁴³⁶. Elle peut consister en des actes juridiques, que ce soit des actes conservatoires⁴³⁷, d'administration courante⁴³⁸ voire, « encore que l'hypothèse soit rare »⁴³⁹, des actes de disposition⁴⁴⁰, ainsi que des actes matériels⁴⁴¹. De surcroît, il n'est pas nécessaire que le gérant ait eu une connaissance précise de l'identité du titulaire de

⁴³¹ LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », art. préc., n°25.

⁴³² *Ibid.*, n°26.

Philippe le Tourneau mentionne également la possibilité d'invoquer la gestion d'affaires au travers de la théorie de la croyance légitime, maintenant consacrée à l'art. 1156 al. 1 C. civ., *ibid.*, n°27, encore que la personne qui est amenée à conclure avec le représentant d'une autre dispose d'une action interrogatoire (art. 1158 al. 1 C. civ.) – *Adde* CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016, n°710, et CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016, n°32.12 (il en irait de même pour la théorie de l'apparence, LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », art. préc., n°28).

⁴³³ LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », art. préc., n°29.

⁴³⁴ *Ibid.*, n°30.

⁴³⁵ *e.g.* CASS. CIV. 1, 5 juillet 1988, 86-18.218. – *Adde* CASS. CIV. 3, 19 février 2002, 00-19.976. – Comp. CASS. COM., 12 février 2013, 11.-27-754.

⁴³⁶ *e.g.* CASS. COM., 16 novembre 1976, *Bull. civ.* IV, n°291. – *Adde* CASS. CIV. 1, 12 janvier 2012, *Bull. civ.* I, n°4, sur l'intérêt au paiement de la dette d'autrui ; et *id.*, 20 mars 2014, 12-15.067.

⁴³⁷ *e.g.* CASS. SOC., 29 janvier 2013, *Bull. civ.* V, n°20.

⁴³⁸ *e.g.* CASS. CIV. 3, 15 juillet 1971, *Bull. civ.* III, n°452, sur exploitation d'un domaine sujet à fermage ; CASS. CIV. 1, 11 février 1986, 84-10.756, sur le paiement partiel d'un prêt.

⁴³⁹ CHÉNÉDÉ *ET AL.*, *op. cit.*, n°1271, p. 1340.

⁴⁴⁰ *e.g.* CASS. CIV., 28 octobre 1942, *DC* 1943.29, sur l'aliénation de valeurs mobilières ; CASS. CIV. 1, 15 mai 1974, *Bull. civ.* I, n°147, sur l'échange de parcelles. – Comp. CASS. COM., 12 janvier 1999, 96-11.026, où un banquier avait, dans le cadre d'une offre publique d'échange, échangé unilatéralement des actions détenues par l'un de clients au profit d'autres ; ce dernier, n'ayant pas été notifié de l'opération, et découvrant après coup que la valeur des actions qu'ils détenaient à l'origine avaient triplé, engagea la responsabilité de son banquier, qui invoqua en défense le fait qu'il avait agi en gérant d'affaires. Les conseillers de la Cour d'appel de Colmar ne furent pas convaincus et ne firent pas droit au banquier ; position confirmée en cassation : « Mais attendu que, dès lors que la banque s'est bornée à invoquer l'utilité de l'aliénation des titres de son client pour justifier la gestion d'affaires alléguée, sans prétendre établir que son client pouvait être raisonnablement considéré comme ne pouvant agir lui-même, ni caractériser la gravité des risques que le maintien de la situation pouvait lui faire courir, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ».

⁴⁴¹ La liste est longue et inclut « l'arrêt d'un cheval emballé, le recueil et l'entretien d'un animal perdu, l'hospitalisation d'une personne blessée, le secours porté au conducteur évanoui d'un véhicule en flamme, l'extinction d'un incendie, la réparation d'un bâtiment endommagé », CHÉNÉDÉ *ET AL.*, *op. cit.*, n°1271, pp. 1339-1340.

l'affaire⁴⁴². Par ailleurs, ainsi que le conclut Bout, les juges n'hésitent plus à passer outre la condition d'une intervention volontaire, qui est parfois difficile, si ce n'est impossible, à établir, mais veillent à compenser ce manquement en faisant preuve d'une plus grande rigueur quant à l'appréciation de l'utilité de la gestion, mettant ainsi à la charge du gérant les « risques d'insuccès »⁴⁴³.

50. – La gestion d'affaires au-delà des considérations matérielles, une illustration (*Fournier c. Héritiers Mistral*). On peut rapporter, à titre anecdotique, *Fournier c. Héritiers Mistral*⁴⁴⁴, afin de nuancer la dimension *matérialiste* de la gestion d'affaires. En l'espèce, Mistral avait été interné par son père, un riche industriel de Saint-Rémy-de-Provence (afin, dit-on, de mettre fin à une histoire d'amour qu'il n'approuvait pas). Fournier, un lointain cousin, avait mené une importante campagne, tant près de l'opinion publique que devant les cours, afin de dénoncer ce qu'il considérait être une séquestration arbitraire. Au décès de Mistral, Fournier demanda à ses héritiers de lui rembourser les sommes qu'il avait dépensées, de l'indemniser « des pertes de temps, de ses efforts laborieux [et du manque] à gagner, pour les avantages qu'aurait pu lui procurer l'emploi de ses facultés à d'autres entreprises », le tout pour un peu plus de 400.000 fr. Les juges avaient accueilli avec prudence les prétentions de Fournier sur le fondement de la gestion d'affaires, notant qu'il ne présentait aucun état de frais sérieux ; que les preuves étaient trop minces et ses prétentions trop exagérées, mais qu'il était évident qu'il avait encouru des frais, notamment pour se déplacer tant à Paris que dans le Sud, pour imprimer des brochures, soutenir des procès, encore qu'il était difficile d'établir si tout cela avait eu une influence dans l'amélioration des conditions de vie de Mistral, dont le sort n'avait préoccupé l'intéressé que très tardivement. Les conseillers de la Cour d'appel d'Aix lui accordèrent une indemnité de 18.000 fr. Le procureur général Naquet (1843–1921) nota :

« [La cour] a admis que le fait de procurer l'amélioration de la situation matérielle d'autrui implique une gestion d'affaires. Elle ne dit pas s'il en serait de même au cas où ce serait la situation morale et non plus matérielle d'un interdit qui serait améliorée ; mais il est permis d'affirmer, en s'inspirant de l'esprit de son arrêt, qu'elle n'aurait pas hésité à

⁴⁴² LE TOURNEAU, « Gestion d'affaires », art. préc., n°17-18.

⁴⁴³ BOUT, *op. cit.*, p. 463.

⁴⁴⁴ AIX, 20 décembre 1888, S. 1890.2.25.

étendre jusque-là l'application du principe, si les circonstances de la cause l'y avaient amenée. [...] Ce principe n'est point écrit dans nos codes en termes formels, et ne résulte même pas d'une tradition constante et précise. Il se dégage, cependant, de l'économie générale de nos lois, plutôt confirmée que contrariée par les précédents historiques, et procède surtout d'une idée d'équité supérieure. La loi civile vient au secours de celui qui a administré la fortune d'autrui, et lui donne une action pour se faire rembourser les dépenses utiles qu'il a faites. Serait-il possible qu'elle restât indifférente lorsque l'intervention d'autrui a été inspirée, non plus par la considération d'un intérêt purement pécuniaire, mais par celle d'un intérêt d'honneur, de sécurité, d'éducation, de liberté ! N'est-ce pas le cas d'étendre par analogie et même par *a fortiori* les dispositions littérales du Code ? Pourquoi l'action *negotiorum gestorum* a-t-elle été créée ? Par des motifs de pure équité. Or, ces motifs se retrouvent ici avec plus de force et de puissance que dans les cas textuellement prévus »⁴⁴⁵.

**β. – La gestion d'affaires en équité ou quasi-gestion d'affaires :
brève remarque sur une figure insaisissable du droit des obligations**

51. – La gestion d'affaires en équité, entre l'acte de simple complaisance ou de pure courtoisie, le devoir de conscience et le devoir moral d'entraide. Au-delà de ces considérations de droit strict, les applications en équité de la gestion d'affaires, si elles virent à s'estomper à mesure que le principe de l'enrichissement sans cause s'affirma et que la méthode souple d'interprétation exposée plus avant s'imposa, ne disparurent pas entièrement. Bout fut ainsi contraint de constater qu'il existait encore des applications allant au-delà de la lettre (et de l'esprit ?) de la loi :

« [Les juges] ne tien[ne]t pas [nécessairement] compte d[u] devoir [moral d'entraide], quand, méconnaissant l'exigence de l'intention altruiste, [ils] utilise[nt] la gestion d'affaires comme un simple instrument technique [leur] permettant de parvenir aux solutions postulées par l'équité ; [d]épouillée de [la] condition essentielle [de vouloir exécuter ce de-voir], cette institution se prête [alors] aux multiples services que sa souplesse lui permet de rendre ; [e]lle est un des "procédés techniques équivoques" utilisés "à défaut de technique adéquate" qui doivent leur existence à la "timidité de la Cour suprême" dans le contrôles des qualifications ; [l]a gestion d'affaires joue alors le rôle longtemps attribué à la stipulation pour autrui : celui d'une "technique de secours" »⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ NAQUET E., n. ss. AIX, 20 décembre 1888, *Fournier c. Héritiers Mistral*, S. 1890.2.25, p. 26.

⁴⁴⁶ BOUT, *op. cit.*, p. 464, en référence à PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse Paris, 1947, n°96 ; MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Thèse Toulouse, 1929, n°103 et seq. ; et TERRÉ F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, n°684-689.

Carbonnier, dès les premières éditions de son manuel de droit civil, à la fin des années 1950, se voyait lui aussi contraint d'éliminer de sa « sociologie » de la gestion d'affaires « les hypothèses où [l'institution] apparai[ssai]t comme un *mécanisme purement technique* et abstrait, invoqué artificiellement, faute de texte plus précis, pour donner un recours à une personne contre une autre »⁴⁴⁷, position demeurée intacte dans l'édition Quadrige de 2004⁴⁴⁸.

En somme, au-delà de l'hypothèse fondamentale de l'exécution d'un devoir d'entraide, la gestion d'affaires offre aux juges un procédé commode permettant de sanctionner, selon leurs propres « intuition[s] et sensibilité[s] »⁴⁴⁹, une myriade de situations où ils leur semblent juste que l'une des parties disposent d'un recours contre l'autre. L'institution participe alors à cette triple fonction, pour reprendre les mots de André Tunc (1917–1999), de « compléter, corriger et humaniser » le droit strict⁴⁵⁰, les jugements rendus sur ce fondement étant des jugements « à l'état pur »⁴⁵¹, à savoir des jugements qui, eux-mêmes, ne sont pas destinés à « devenir règle »⁴⁵², sauf à ce que leurs manifestations d'équité, l'instar de l'enrichissement sans cause⁴⁵³, « prennent la forme d'un principes » et « se cristallisent »⁴⁵⁴. Il y a, dans ces conditions, un contentieux de *para-gestion d'affaires*, ou de *quasi-gestion d'affaires*, aux contours insaisissables⁴⁵⁵, évoluant entre les « actes de simple complaisance ou pure courtoise, [qui] ne donnent en principe naissance à aucun droit, pas plus pour celui qui en profite que pour leur auteur lui-même »⁴⁵⁶, le devoir de conscience, parfois sanctionné⁴⁵⁷, et le devoir moral d'entraide.

⁴⁴⁷ CARBONNIER J., *Droit civil*. Tome II. *Les biens et les obligations*, PUF, 1962, 3^{ème} éd., n°200, p. 705. – *n.b.* La remarque n'apparaît pas dans la première édition de 1957, n°200, pp. 702-703.

⁴⁴⁸ *Id.*, *Les biens et les obligations*, *op. cit.*, éd. « Quadrige », n°1216, p. 2424. – Voy. sur ce point BOUT, *op. cit.*, n°10, où sont recensés les renvois aux règles de la gestion d'affaires dans la législation.

⁴⁴⁹ CARBONNIER J., *Droit civil*. Tome I. *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, PUF, 2004, n°9, p. 23.

⁴⁵⁰ TUNC A., « Équité » in *Encyclopædia Universalis*. – Adde PAPIANUS, *Dig.* 1.1.7.1.

⁴⁵¹ CARBONNIER, *Introduction*, *op. cit.*, n°9, p. 23.

⁴⁵² *Ibid.*

⁴⁵³ ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000, n°69-95.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, n°124.

⁴⁵⁵ CARBONNIER J., *Flexible droit*, LGDJ, 2013, pp. 21-23.

⁴⁵⁶ PERREAU E.-H., « Courtoisie, complaisance et usages non-obligatoires devant la jurisprudence », *RTD Civ.* 1914, pp. 481-522, p. 489.

⁴⁵⁷ *Id.*, « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *RTD Civ.* 1913, pp. 503-561. – Adde BELLIS K., « Système de l'obligation naturelle », *Droits* 2019, n°1, pp. 191-218.

CHAPITRE III

Le paiement de l'indu et la restitution

Les fondements historiques et politiques d'une institution technique

52. – C'est le premier devoir de la probité et de la justice de restituer sur-le-champ ce qui est reconnu appartenir à un autre. À l'instar de ce qu'ils firent au sujet de la gestion d'affaires, les rédacteurs du Code civil ne s'attardèrent pas sur le principe de la responsabilité du fait de la réception d'une chose non due, préférant se focaliser sur ses conséquences : la *restitution*. Ainsi que Treilhard le déclara le 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804), lors de l'exposé des motifs au Corps législatif de la future loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) *sur les engagements qui se forment sans convention* :

« Je ne m'attacherai pas à prouver la sagesse de dispositions si constamment fondées sur l'équité naturelle. [...] Qui pourrait en effet contester que celui qui a reçu une somme, ou tout autre chose qui ne lui était pas due, est obligé par ce fait à la rendre ; et que celui à qui la chose est restituée doit de son côté tenir compte des dépenses nécessaires et utiles faites pour sa conservation ?

Toutes ces propositions sont d'une évidence à laquelle il n'est permis à personne de se refuser »⁴⁵⁸.

Bertrand de Greuille jugea quant à lui dans son rapport au Tribunal du 16 pluviôse an XII (6 février 1804) que c'était « le premier devoir de la probité et de la justice de restituer sur-le-champ ce qui est reconnu appartenir à un autre »⁴⁵⁹. Pour autant, les rédacteurs du Code civil ne négligèrent pas le principe de la responsabilité du fait de la réception d'une

⁴⁵⁸ TREILHARD, exp. préc., pp. 466-467.

⁴⁵⁹ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 473.

chose non due ; bien au contraire, celui-ci fut envisagé dans un cadre juridique précis : le *paiement*, ou plus exactement, le *paiement réel* d'une *obligation de donner*.

I. – Le principe de la responsabilité du fait de la réception d'une chose non due : une technique pensée dans le cadre du droit des paiements

53. – Le concept de paiement réel. Le concept de *paiement réel* avait été défini dans le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) comme « le fait quelconque par lequel un débiteur se libère d'une obligation en l'acquittant »⁴⁶⁰, définition qui fut supprimée, avec l'adjectif *réel*, avant que le projet ne soit présenté aux membres du Conseil d'État lors de la séance du 11 brumaire an XII, (3 novembre 1803)⁴⁶¹. Bien que les motifs de cette décision ne furent pas énoncés, il semble qu'elle ait été motivée par un souci de clarté. En effet, les rédacteurs du Code civil avaient une idée très précise de ce qu'était un *paiement réel*. Ainsi que Bigot de Préameneu le déclara le 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) lors de l'exposé des motifs de la future loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*, « [l]e paiement est réel lorsque le débiteur accomplit réellement ce qu'il s'est obligé de donner ou faire »⁴⁶² ; François Jaubert (1758–1822) dans son rapport au Tribunat du 13 pluviôse an XII (3 février 1804) sur cette même loi abonda en ce sens en affirmant que « dans le langage du droit on appelle en général *paiement* la manière de s'acquitter de toute obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose en donnant ou en faisant cette chose »⁴⁶³. Or, cette conception stricte du paiement, qui était notamment inspirée des *Libri ad Sabinum*

⁴⁶⁰ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., p. 178.

⁴⁶¹ CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 11 brumaire an XII (3 novembre 1803) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 1-67, pp. 23-24.

⁴⁶² BIGOT DE PRÉAMENEU F.-J.-J., Exposé des motifs de la future loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*, Corps législatif, 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 215-311, p. 263.

⁴⁶³ JAUBERT F., Rapport sur la future loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*, Tribunat, 13 pluviôse an XII (3 février 1804) in FENET. XIII, rec. préc., pp. 338-376, p. 339.

d'Ulpianus (17.–228)⁴⁶⁴ et du *Traité des obligations* de Pothier⁴⁶⁵, ne se reflétait pas clairement dans les termes de la définition du projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) et ne permettait pas de distinguer le paiement de certains autres moyens par lesquels les parties pouvaient se libérer, ou être libérées, de leurs obligations⁴⁶⁶, une difficulté sémantique qui avait été remarquée quelques siècles plus tôt par Domat dans ses *Loix civiles* :

« Quoy-qu'on n'entende communément par ce mot de Payement que cette maniere dont s'acquittent ceux qui doivent des sommes d'argent, en donnant de l'argent ; on peut appeller Payement en general toute maniere de s'acquitter. Car tout ce qui fait la liberation du debiteur tient lieu de Payement. Et en ce sens, on peut comprendre sous le mot de Payement les Compensations, les Novations, & les Delegations. Mais comme ces trois manieres de Payement ont des caracteres propres qui leur donnent une nature differente du simple Payement ; on a dû les distinguer »⁴⁶⁷.

Il avait donc certainement été jugé préférable de ne pas définir le paiement, cette définition se déduisant, quoi qu'il en soit, de celle de l'*objet* du contrat, alors énoncée à l'anc. art. 1126 C. civ. Dans la mesure où en effet « [t]out contrat [avait] pour objet une

⁴⁶⁴ Dig. 50.16.176 : « *Solutionis* verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. *Solvere* dicimus eum, qui fecit quod facere promisit » – « On doit entendre par *paiement* tout ce qui consiste en une satisfaction. On dit que *paie* celui qui a fait ce qu'il a promis de faire ». – Comp. CARTWRIGHT J., FAUVARQUE-COSSON B. et WHITTAKER S., *Traduction de l'Ordonnance du 10 février 2016 en langue anglaise*, Ministère de la Justice, 2016-2018, p. 39, où le concept de paiement est traduit en anglais par celui de *satisfaction*.

⁴⁶⁵ POTHIER, *Traité des obligations*, *op. cit.*, Tome II, n°458 : « Le paiement réel est l'accomplissement réel de ce qu'on s'est obligé de donner ou de faire. Lorsque l'obligation est de faire quelque chose, le paiement réel de cette obligation consiste à faire la chose qu'on s'est obligé de faire. Lorsque l'obligation est de donner quelque chose, le paiement est la dation & translation de propriété de cette chose. Il est évident que celui qui a accompli son obligation en est quitte & libéré, d'où il suit que le paiement réel qui n'est autre chose que l'accomplissement de l'obligation, est la manière la plus naturelle dont les obligations peuvent s'éteindre ».

⁴⁶⁶ Anc. art. 1234 C. civ. : « Les obligations s'éteignent, Par le paiement, Par la novation, Par la remise volontaire, Par la compensation, Par la confusion, Par la perte de la chose, Par la nullité ou la rescision, Par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent, Et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier ».

⁴⁶⁷ DOMAT, *op. cit.*, Tome II, Première partie, Liv. IV, Tit. I, p. 476, en référence à PAULUS, Dig. 46.3.54 : « *Solutionis* verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam : magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem » – « Le terme de paiement s'applique à toute libération, quelle qu'en soit la forme, et se rapporte à la substance de l'obligation plutôt qu'au versement d'une somme d'argent », trad. inspirée de WATSON A., *The Digest of Justinian*, UPP, 1985, et HULOT H., *Les cinquante livres du Digeste*, Rondonneau, 1805.

n.b. L'orthographe en *y* du mot *paiement* n'était pas caractéristique de l'ancien français, la forme en *i* étant apparue au XII^{ème} siècle, « Paiement » in REY, *op. cit.* Le concept de *paiement* fut par ailleurs mentionné dans sa forme en *i*, et non en *y*, dans les travaux préparatoires et le Code civil lui-même, une orthographe qui n'a pas été remise en cause par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ; la forme en *y* se rencontrait, et se rencontre toujours, le plus souvent, dans la littérature savante.

chose qu'une partie s'oblige[ait] à donner, [...] à faire ou à ne pas faire », le paiement consistait naturellement à donner, à faire ou à ne pas faire cette chose⁴⁶⁸.

54. – Le paiement comme procédé d'acquisition de la propriété par l'effet des obligations. Malgré la distinction formelle qu'ils avaient opérée entre le régime de l'obligation de donner et celui de l'obligation de faire⁴⁶⁹, les rédacteurs du Code civil ne la reproduisirent pas en matière de paiement, préférant énoncer à l'anc. Sec. 1, Chap. V, Tit. III, Liv. III, C. civ. un ensemble de règles générales⁴⁷⁰, agrémenté de règles spéciales variant selon la nature de la *prestation*⁴⁷¹, l'exécution d'une prestation de donner ayant fait l'objet d'un soin tout particulier⁴⁷². En effet, l'exécution de ce type de prestation était non seulement au cœur de nombre d'opérations de la vie civile et commerciale, telles que les donations et les testaments, la vente, contrat « dont l'usage était le plus fréquent dans la société »⁴⁷³, l'échange, certains contrats aléatoires ou de tous les paiements *en argent*, qu'ils trouvent leur source dans un contrat, un délit, un quasi-délit, un quasi-contrat ou l'autorité seule de la loi, mais elle était avant tout au fondement du procédé d'acquisition de la propriété par l'*effet des obligations*⁴⁷⁴. Il était par conséquent nécessaire de déterminer les conditions précises dans lesquelles l'exécution d'une prestation de donner emportait « valablement » le transfert de la propriété de la chose donnée en paiement⁴⁷⁵, d'autant qu'il avait été arrêté à l'anc. art. 1138 et à l'art. 1583 C. civ. que ce transfert

⁴⁶⁸ LIBCHABER R., *Recherche sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, n°440, pp. 353-354. – Comp. SÉRIAUX A., « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD Civ.* 2004, pp. 225-238.

⁴⁶⁹ Anc. Sec. II et III, Chap. III, Liv. III, C. civ.

⁴⁷⁰ Anc. art. 1236, 1239 à 1242, 1244, 1247 et 1248 C. civ.

⁴⁷¹ WHITTAKER S., « The Role of *la Prestation* in the New French Law of Contract » in MATTEI U. *ET AL.* (dir.), *Studi in onore di Antonio Gambaro*. Tome II, Giuffrè, 2017, pp. 1319-1334.

⁴⁷² La prestation de faire n'avait fait l'objet que d'une seule disposition spéciale à l'anc. art. art. 1237 C. civ., précisant qu'elle ne pouvait « être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a[vait] intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ».

⁴⁷³ GRENIER J., Discours sur la future loi du 15 ventôse an XII (6 mars 1804) *sur la vente*, Corps législatif, 15 ventôse an XII (6 mars 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 180-206, p. 180. – Adde FAURE L.-J., Rapport sur la future loi du 15 ventôse an XII (6 mars 1804) *sur la vente*, Tribunal, 12 ventôse an XII (3 mars 1804), *ibid.*, pp. 150-180, p. 151.

⁴⁷⁴ Anc. art. 711 C. civ. – *n.b.* J'inclus les donations et les testaments dans le champ des obligations, leur position intermédiaire entre les successions et les obligations ayant été envisagée, entre autres, afin de mettre en lumière leur appartenance aux deux, voy. PINEL LE DRET, « Freedom of Testation », art. préc., pp. 290-293, spéc. n. 78.

⁴⁷⁵ Anc. art. 1238 al. 1 C. civ.

s'opérerait par la seule force du consentement des parties (*solo consensu*⁴⁷⁶) et non, comme il l'avait été proposé dans les projets révolutionnaires⁴⁷⁷, par effet de la tradition.

55. – Les conditions de validité du paiement (et du transfert de la propriété par l'effet des obligations). Les conditions de validité du paiement d'une obligation de donner furent énoncées dans un ordre logique, les anc. art. 1236 à 1238 C. civ. réglant les conditions relatives à celui qui procède au paiement (le *solvens*⁴⁷⁸) ; les anc. art. 1239 à 1242 C. civ. celles ayant trait à celui qui reçoit le paiement (l'*accipiens*⁴⁷⁹) ; les anc. art. 1243 à 1246 C. civ. celles tenant à la chose donnée à titre de paiement ; et enfin les anc. art. 1247 et 1248 C. civ. celles se rapportant au lieu et aux frais du paiement⁴⁸⁰.

Tout d'abord, le paiement devait être exécuté par le débiteur de l'obligation, ou un tiers qui avait intérêt à son exécution, tel « qu'un coobligé ou une caution », ou un tiers agissant « au nom et en l'acquit » du premier, ou en son nom propre, pourvu qu'il ne soit pas subrogé dans les droits du créancier⁴⁸¹. Il était par ailleurs nécessaire – pour reprendre les termes de l'anc. art. 1238 al. 1 C. civ. – que le *solvens* soit « propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner ». C'était là la conséquence, ainsi que l'avait expliqué Bigot de Préameneu lors de l'exposé des motifs de la future loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) *sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général*, du fait que le paiement avait été envisagé comme « un transport de propriété »⁴⁸². Toutefois, si un paiement avait été consenti *a non domino* ou sous l'empire d'une incapacité, et qu'il avait

⁴⁷⁶ Anc. art. 1138 C. civ. : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier » ; et art. 1583 C. civ. : « [La vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

⁴⁷⁷ Les rédacteurs du projet du 21 thermidor an I (8 août 1793) avaient déclaré, quant aux « obligations considérées comme moyens d'acquérir », que « [l]es obligations [pouvaient] servir de moyens pour arriver à la propriété », mais qu'« elles ne la transmett[ai]ent pas de plein droit, la tradition seule [pouvant] opérer cet effet », projet préc., p. 74, formule qui n'avait pas été reprise dans les projets des 8 fructidor an II (25 août 1794) et 6 prairial an IV (4 juin 1796), où il avait été simplement énoncé que la tradition était une « manière d'acquérir la propriété » sans mentionner l'effet des obligations, projets préc., resp. p. 118 et pp. 255-256.

⁴⁷⁸ « Solvō. – 1. Déliver, dénouer, détacher [...] ; 2. [fig.] Déliver, détacher, dégager, délivrer [...] ; 3. Payer, acquitter ; 4. Désagrégier, dissoudre, rompre, résoudre » in GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934.

⁴⁷⁹ « Accipiō. – 1. Prendre pour faire venir à soi, recevoir [...] ; 7. Recevoir, toucher de l'argent », *ibid.*

⁴⁸⁰ Le recours aux termes *solvens* et *accipiens* ne s'est, semble-t-il, standardisé dans les écrits en langue française qu'à la fin de la première moitié du XIX^{ème} siècle, e.g. BERRIAT SAINT-PRIX F., *Notes élémentaires sur le Code civil*. Tome II, Videcoq, 1845, n°5452-5471 ; PETIT C.-A., *De la répétition de l'indu*, Thèse Paris, 1855. Les parties au paiement avaient simplement été désignées par les rédacteurs du Code civil comme débiteur et créancier. – Voy. *infra*, p. 162.

⁴⁸¹ Anc. art. 1236 C. civ.

⁴⁸² BIGOT DE PRÉAMENEU, exp. préc., p. 265.

consisté dans le versement d'une somme d'argent ou dans la livraison d'une autre chose qui se consomme par l'usage, et que cette somme ou cette chose avait été « consommée de bonne foi par le créancier »⁴⁸³, celui-ci demeurerait valable à l'égard de ce dernier ; Bigot de Prémeneu encore :

« L'équité ne permet pas que le créancier qui de bonne foi a consommé [la chose] puisse être inquiété. Ce serait une revendication, et il ne peut y en avoir que contre le possesseur de mauvaise foi, ou contre lui qui, par fraude, a cessé de posséder »⁴⁸⁴.

Ensuite, « le paiement [devait] être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou [ayant été] autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui »⁴⁸⁵. Cependant, il était admis que « le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier, [était] valable si celui-ci [l'avait] ratifié ou en a[vait] profité »⁴⁸⁶. Ainsi que l'avait expliqué Jaubert :

« Pour que l'obligation soit éteinte, le paiement doit être fait au créancier, ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui.

Le paiement fait à celui qui n'aurait pas pouvoir de recevoir pour le créancier est valable dans deux cas ;

1° Si le créancier ratifie le paiement, la ratification équivaut au mandat ;

2° Si le paiement a tourné au profit du créancier. L'équité naturelle ne souffre pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui ; c'est le même principe qui avait donné lieu à la fameuse règle des Romains, *de in rem verso*.

Les mêmes considérations ont dû faire décider également que les paiements faits au créancier incapable de les recevoir libèrent néanmoins le débiteur qui peut prouver que la chose payée a tourné au profit du créancier »⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Anc. art. 1238 al. 2 C. civ.

⁴⁸⁴ BIGOT DE PRÉMENEU, exp. préc., p. 263. – Adde JAUBERT, rapp. préc., p. 342. – Voy., pour des applications, PARIS, 11 novembre 1837, *Metman c. Curq et Périer*, S. 1838.252, ou CASS. REQ., 10 novembre 1858, *Hélix c. Caisse et comptoir d'escompte du Mans*, S. 1859.1.174, où des fonds avaient été détournés au profit de personnes connaissant l'origine frauduleuse des fonds. – Comp. *id.*, 22 décembre 1884, *Dorion c. Collet*, S. 1887.1.306, où une personne, condamnée au versement d'une somme qu'elle ne devait pas, avait pu, à la suite de la rétraction de la décision, faire valoir ses droits et répéter la somme qu'elle avait ainsi payé, qui était alors placée sous séquestre à la Caisse des consignations, les conseillers de la Cour de cassation ayant reconnu que le créancier de son prétendu créancier ne pouvait se prévaloir de l'anc. art. 1238 C. civ. pour faire échec à sa demande.

⁴⁸⁵ Anc. art. 1239 al. 1 C. civ.

⁴⁸⁶ Anc. art. 1239 al. 2 C. civ.

⁴⁸⁷ JAUBERT, rapp. préc., p. 343, en référence aux anc art. 1239 et 1241 C. civ. – Comp. BIGOT DE PRÉMENEU, exp. préc., p. 266 : « La protection que la loi accorde [au] créancier ne saurait être pour lui un moyen de s'enrichir aux dépens d'autrui ».

Il avait été ajouté deux autres règles sur le paiement fait à une personne autre que le créancier, l'une, à l'anc. art. 1240 C. civ., concernant le cas où le paiement avait été fait de bonne foi au possesseur de la créance, paiement qui était valable « encore que le possesseur en soit par la suite évincé », et l'autre, à l'anc. art. 1242 C. civ., concernant « le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition », paiement alors réputé invalide « l'égard des créanciers saisissants ou opposants, ceux-ci [pouvant], selon leur droit, le contraindre à payer de nouveau, sauf, en ce cas seulement, son recours contre le créancier ».

Enfin, le paiement devait consister, selon la formule d'usage, en *la chose, toute la chose, rien que la chose*⁴⁸⁸, et il devait être exécuté au lieu convenu, ou, lorsqu'il s'agissait d'un corps certain et déterminé, dans le lieu où se trouvait cette chose « au temps de l'obligation »⁴⁸⁹, ou, « hors ces deux cas », au domicile du débiteur⁴⁹⁰.

1. – Le principe de la répétition : une action permettant de demander une chose ou une somme d'argent qui a été donnée sans être due

56. – Un paiement indu n'est pas un paiement. Les conséquences d'un paiement qui ne respectait pas les conditions de validité ci-dessus énoncées étaient simples. Dans la mesure où le débiteur ne s'était pas *valablement* acquitté de sa dette, celui-ci restait toujours tenu vis-à-vis de son créancier, le lien obligataire n'ayant pas été dissous (*solutio*). Le créancier pouvait alors exiger de son débiteur qu'il le paie à nouveau, et ce jusqu'à ce qu'il obtienne satisfaction (*satisfactio*)⁴⁹¹ ; pour reprendre une formule de Loisel : « [q]ui paye mal, paye deux fois »⁴⁹². Cependant, qu'en était-il lorsque le *solvens* s'était acquitté d'une dette dont il n'était pas débiteur, ou dont l'*accipiens* n'était pas créancier, que ce soit dans l'absolu, ou relativement au premier ?

Ce fait n'était pas techniquement un *paiement*.

En effet, tout paiement consistant à donner ou faire ce que l'on *devait* donner ou faire – « tout paiement suppose une dette »⁴⁹³ –, il ne pouvait pas y avoir de *paiement* d'une obligation qui n'était pas due. Par conséquent, ce qui avait été, pour reprendre l'expression quelque peu maladroite de l'anc. art. 1235 al. 1 C. civ., « payé sans être dû »⁴⁹⁴ n'avait pas

⁴⁸⁸ Anc. art. 1243 à 1246 C. civ.

⁴⁸⁹ Anc. art. 1247 al. 1 C. civ.

⁴⁹⁰ Anc. art. 1247 al. 2 C. civ.

⁴⁹¹ GIRARD F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 1929, 8^{ème} éd., pp. 732-734.

⁴⁹² LOISEL, *op. cit.*, Liv. III (sic), Tit. V. *Des paiements*, n^oIII (sic), p. 58.

⁴⁹³ Ce ne fut d'ailleurs pas par hasard que les rédacteurs du Code civil introduisirent le droit des paiements avec cette mention, ou, si l'on s'en tient au Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., pp. 178-179, la placèrent juste après la définition du paiement.

⁴⁹⁴ L'idée de *payer ce qui n'est pas dû* est en soi une contradiction dans les termes, d'aucun ne pouvant, ainsi que je l'ai expliqué, *payer* ce qu'il ne doit pas. Il aurait été préférable d'écrire « ce qui a été donné sans être dû ». Cette subtilité sémantique, très appréciée des auteurs, dont je ne fais pas exception, oblige à condamner l'expression de *paiement indu* ou *paiement de l'indu*, e.g. CATALA N., *La nature juridique du paiement*, LGDJ, 1961, p. 292 ; DOUCHY-LOUDOT M., « Paiement de l'indu » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2020, n^o5. – Voy. *infra*, pp. 161-162.

été *dûment* acquis par l'*accipiens*, ce qui supposait qu'il puisse être *réclamé*, ou, pour être exact, *répété*⁴⁹⁵, par le *solvens* :

Anc. art. 1235 al. 1 C. civ. – « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition ».

Toutefois, ainsi qu'il l'avait été énoncé à l'anc. art. 1235 al. 1 C. civ., la restitution de ce qui avait été *donné sans être dû* n'était pas acquise sur la seule preuve de l'absence de dette, la chose n'étant que « sujet à répétition ». Il était par conséquent nécessaire que le *solvens* démontre que le transport de propriété auquel il avait procédé n'avait pas de *cause*, et qu'il n'y avait pas *valablement consenti*, le transfert de propriété s'opérant *solo consensu*. Tarrible avait été très clair sur ce point dans son discours au Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1804), déclarant que les obligations de restitution inhérentes à la réception d'une chose non due découlent « du principe qui ne souffre pas que la propriété d'un objet soit transférée sans une cause légitime, et sans un acte non équivoque de la volonté du propriétaire »⁴⁹⁶.

2. – La répétition et la nécessité d'un transfert de propriété effectué *sine causa* : la présomption de l'absence de dette et ses exceptions

57. – L'absence de cause et les irrépétibilités. L'absence de cause était naturellement présumée de l'absence de dette. En effet, le paiement d'une obligation de donner ayant pour cause le fait de donner ce qui était dû⁴⁹⁷, tout transfert de propriété ayant été accompli alors qu'il ne l'était pas n'avait pas de cause. Réciproquement, tout transfert ayant été accompli en exécution de ce qui était dû en avait une, ce qui rendait la chose *irrépétibile*, peu important que la dette soit de nature civile ou non. Il en allait ainsi lorsque le *solvens* s'était volontairement acquitté d'une obligation naturelle, ou d'une dette de jeu.

⁴⁹⁵ « Répétition, n.f. est emprunté (v. 1295) au dérivé latin *repetitio*, “action de faire remonter en arrière”, “redite” et, en bas latin juridique, “action de redemander, de réclamer”. Attesté une première fois et isolément au sens de “copie d'un document” (en l'espèce la loi de Moïse), le mot est emprunté par les juristes avant même le sens correspondant de *répéter*, pour “action de réclamer en justice ce qu'on a payé” (1312), sens dont procède l'expression *répétition de l'indu*, “demande de restitution d'une somme versée par erreur” (1724, dans la trad. de Grotius) », REY, *op. cit.*

⁴⁹⁶ TARRIBLE, disc. préc., p. 486. – Comp. JAUBERT, rapp. préc., p. 339 : « Cette conséquence dérive de la nature des obligations, qui ne peuvent subsister sans cause, et de l'équité naturelle, qui ne permet à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. Lorsque je fais une donation, je sais que je ne suis pas forcé à me dépouiller de ce que je donne ; mais je ne fais un paiement que parce que je m'y crois lié par une obligation. Si donc je n'étais pas engagé, je dois pouvoir réclamer ce que j'ai payé mal à propos ».

⁴⁹⁷ Anc. art. 1136 C. civ.

α. – Première cause d'irrépétibilité d'une chose transférée à titre d'un paiement qui n'était pas dû par celui qui l'a exécuté : l'exécution volontaire d'une obligation naturelle

58. – Une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action eût été admise. Le paiement volontaire d'une obligation naturelle avait été envisagé immédiatement après l'énoncé de la règle *tout paiement suppose une dette* :

Anc. art. 1235 al. 2 C. civ. – « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

Étonnamment, et ce alors qu'ils avaient adopté une approche qui s'écartait en partie des enseignements du droit romain⁴⁹⁸, les rédacteurs du Code civil n'avaient pas jugé nécessaire, ou utile, de définir ce qu'ils entendaient par *obligation naturelle*, cette définition allant apparemment de soi. Jaubert avait ainsi estimé dans son rapport au Tribunal du 13 pluviôse an XII (3 février 1804) qu'il s'agissait d'obligations qui relevaient du « domaine de la conscience »⁴⁹⁹, et non « du législateur civil »⁵⁰⁰. Bigot de Préameneu avait lui avancé, plus précis, qu'il s'agissait d'obligations « qui, par des motifs particuliers, [étaient] considérées comme nulles par la loi civiles »⁵⁰¹, telles « les obligations dont la cause [était] trop défavorable pour que l'action soit admise, [celles] qui [avaient] été formées par des personnes auxquelles la loi ne permet[ait] pas de contracter »⁵⁰², ou celles que « l'autorité de la chose jugée, le serment décisive, la prescription ou toute autre exception péremptoire » aurait rendu sans effet⁵⁰³. En somme, était *naturelle* toute obligation dont l'exécution ne pouvait être contrainte, ou l'inexécution sanctionnée, au civil, cette exécution, ou inexécution, relevant, pour reprendre les termes

⁴⁹⁸ SENN F., « Les obligations naturelles, la leçon de la Rome antique », *RHDFE* 1958, n°4, pp. 151-189. – Comp. BIGOT DE PRÉAMENEU, exp. préc., p. 264 : « Il ne s'agit point ici de ces obligations qui, dans la législation romaine, avaient été mises au nombre des obligations naturelles, parce que, n'ayant ni la qualité du contrat ni la forme des stipulations, elles étaient regardées comme de simples conventions dont une action civile ne pouvait naître. Ces conventions sont dans notre législation au rang des obligations civiles ».

⁴⁹⁹ JAUBERT, rapp. préc., p. 339.

⁵⁰⁰ *Ibid.* – e.g. PARIS, 3 août 1825, *S.* 1825-1827.2.123, où les conseillers d'appel refusèrent la demande en répétition de sommes versées volontairement pour l'entretien et l'éducation d'un enfant naturel. – Comp. CASS. CIV. 1, 12 juillet 1994, 92-13.375, où un père, qui s'était acquitté de sommes pour l'entretien de ses enfants majeurs, avait pu en obtenir la répétition, malgré le caractère naturel de son obligation, au motif qu'il ne s'en était pas acquitté, du fait d'une procédure en paiement direct, en pleine connaissance de cause.

⁵⁰¹ BIGOT DE PRÉAMENEU, exp. préc., p. 264.

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.* – Voy. CASS. REQ., 17 janvier 1938, *DP* 1940.1.57 ; CASS. SOC., 11 avril 1991, 89-13.068 ; CASS. COM., 1^{er} juin 2010, 09-14.535.

de l'art. 1100 al. 2 C. civ., introduit par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016, d'un « devoir de conscience envers autrui »⁵⁰⁴. Or, pour reprendre l'analyse de Bigot de Préameneu, celui qui était libre de ne pas s'exécuter n'était plus libre, après s'être exécuté, de se dédire, et demander qu'on lui rende la chose qu'il avait donné à titre de paiement :

« Le débiteur qui a la capacité requise pour faire un paiement valable, et qui, au lieu d'opposer [les] divers moyens [tirés de l'autorité de la chose jugée, du serment décisive, de la prescription ou de toute autre exception péremptoire], se porte de lui-même, et sans surprise, à remplir son engagement, ne peut pas ensuite dire qu'il ait fait un paiement sans cause.

Ce paiement est une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action eût été admise ; renonciation que la bonne foi seule et le cri de la conscience sont présumés avoir provoqués ; renonciation qui forme un lien civil que le débiteur ne doit plus être le maître de rompre.

L'obligation naturelle ne devenant un lien civil que par induction tirée du paiement, cette obligation ne peut avoir d'autre effet que celui d'empêcher la répétition de ce qui a été payé »⁵⁰⁵.

Jaubert avait abondé en ce sens en prenant l'exemple, classique en droit romain⁵⁰⁶, de l'incapacité de la femme mariée et du mineur :

« L'obligation naturelle consiste dans le lien qui dérive de l'équité ; différente en cela de l'obligation civile, qui dérive uniquement du lien de droit.

Les exemples sont faciles.

Une femme mariée, qui ne peut s'obliger civilement sans l'autorisation de son mari ou de la justice, est pourtant responsable envers sa conscience de l'inexécution de son engagement.

Elle ne pourrait même, après la dissolution du mariage, être poursuivie civilement, ou du moins elle pourrait se renfermer dans l'exception prise de la nullité de l'obligation ; mais si devenue libre elle a payé volontairement, pourrait-elle redemander ce qu'elle a payé ? Non, sans doute ; elle aurait pu se garantir de l'action, mais elle a renoncé à l'exception. Si donc un regret immoral la portait à vouloir répéter, sous prétexte qu'elle n'aurait pu être civilement contrainte, le magistrat la repousserait en lui rappelant qu'elle avait satisfaisait à une obligation naturelle.

Il en serait de même d'une obligation contractée par un mineur sans les formes voulues par la loi, et qui aurait volontairement payé au temps de sa majorité »⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ ORLÉANS, 23 avril 1842, S. 1843.2.383 ; GRENOBLE, 4 juin 1860, S. 1861.2.152 ; COLMAR, 20 décembre 1960, D. 1961.207 ; CASS. CIV. 1, 16 juillet 1987, *Bull. civ.* I, n°224.

⁵⁰⁵ BIGOT DE PRÉAMENEU, *exp. préc.*, p. 264.

⁵⁰⁶ ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁰⁷ JAUBERT, *rapp. préc.*, pp. 340-341.

β. – Seconde cause d'irrépétibilité d'une chose transférée à titre d'un paiement qui n'était pas dû par celui qui l'a exécuté : le paiement volontaire d'une dette de jeu ou d'un pari

59. – Un de ces inconvénients inséparables d'une grande société, une de ces maladies incurables contre lesquelles il n'y a que des palliatifs. À la différence des obligations naturelles, dont il était convenu qu'elles n'auraient aucun effet au civil tant qu'elles ne seraient pas exécutées, et par conséquent qu'elles seraient la cause de tout transfert de propriété ayant été accompli en vue de leur exécution, les dettes de jeu ne pouvaient donner lieu, pour reprendre les termes de l'art. 1965 C. civ., à « aucune action », à moins que ce jeu n'ait été, ainsi qu'il était établi à l'art. 1966 C. civ., « propre à exercer au fait des armes, à la course à pied ou à cheval, [à la] course de chariot, [au] jeu de paume, [ou tout] autre jeu de même nature qui [tenait] à l'adresse et à l'exercice du corps ». Dans tous les cas, il était convenu à l'art. 1967 C. civ. que « le perdant ne [pourrait] répéter ce qu'il [avait] volontairement payé », sauf à ce qu'il y « ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie »⁵⁰⁸.

La rigueur de ces règles tenait au statut des jeux et paris, ou *gageures*, dans le droit napoléonien, statut qui s'inscrivait dans la continuité des législations de l'Ancien Droit⁵⁰⁹. Ainsi qu'en témoignent les propos passionnés de Portalis⁵¹⁰, Joseph-Jérôme Siméon (1749–1842)⁵¹¹ et Honoré Duveyrier (1753–1839)⁵¹² au Corps législatif et au Tribunal les 14, 17 et 19 ventôse an XII (5, 8 et 10 mars 1804), les jeux et les paris n'avaient pas été envisagés comme d'inoffensifs *contrats aléatoires*⁵¹³, mais comme de véritables menaces à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Portalis déclara par exemple :

« On ne peut être heureux au jeu que de l'infortune des autres ; tout sentiment naturel entre joueurs est étouffé, tout lien social est rompu. Un joueur forme le vœu inhumain et

⁵⁰⁸ Toutes ces dispositions furent adoptées par les membres du Conseil d'État sans discussions, indiquant un consensus en la matière, Discussions sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 522-526.

⁵⁰⁹ HAROUEL J.-L., « De François I^{er} au pari en ligne, histoire du jeu en France », *Pouvoirs* 2011, n°4, pp. 5-14. – ADDE GAUTIER P.-Y., « Passions et raison du droit en matière de jeux d'argent », *ibid.*, pp. 91-101. – Comp. DUVEYRIER H., Discours sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, Corps législatif, 19 ventôse an XII (10 mars 1804) in FENET. XIV, rec. préc., pp. 556-567, pp. 559-560.

⁵¹⁰ PORTALIS J.-E.-M., Exposé des motifs de la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, Corps législatif, 14 ventôse an XII (5 mars 1804), *ibid.*, pp. 535-548.

⁵¹¹ SIMÉON J.-J., Rapport sur la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, Tribunal, 17 ventôse an XII (8 mars 1804), *ibid.*, pp. 548-556.

⁵¹² DUVEYRIER, disc. préc.

⁵¹³ Tit. XII, Liv. III, C. civ.

impie de prospérer aux dépens de ses semblables ; il est réduit à maudire le bien qui leur arrive, et à ne se complaire que dans leur ruine. [...]

Quelle faveur peuvent obtenir auprès des lois les obligations et les promesses que le jeu produit, que la raison condamne, et que l'équité désavoue ? Ignore-t-on que le jeu favorise l'oisiveté, en séparant l'idée du gain de celle du travail, et qu'il dispose les âmes à la dureté, à l'égoïsme le plus atroce ? Ignore-t-on les révolutions subites qu'il produit dans le patrimoine des familles particulières, au détriment des mœurs publiques et de la société en générale ? »⁵¹⁴.

Malgré tout, le législateur napoléonien n'opta pas pour l'interdiction des jeux et paris, ceux-ci ayant été jugés, pour reprendre les mots de Siméon, comme l'« un de ces inconvénients inséparables d'une grande société, une de ces maladies incurables contre lesquelles il n'y a que des palliatifs »⁵¹⁵. Ainsi que le déclara Portalis :

« Il est des choses qui, quoique licites par elles-mêmes, sont prosrites par la considération des abus et des dangers qu'elles peuvent entraîner ; conséquemment, si le jeu, sous le point de vue que nous l'envisageons, n'était pas déjà réputé mauvais par sa nature, il faudrait encore le réprouver par rapport à ses suites. [...]

Dans l'administration d'un grand État la tolérance des jeux est souvent un acte nécessaire de police. L'autorité, qui ne saurait étouffer les passions, ne doit point renoncer aux moyens de surveiller ceux qui s'y livrent. Dans l'impuissance d'empêcher les vices, sa tâche est de prévenir les crimes.

Mais tolérer les jeux ce n'est pas les autoriser »⁵¹⁶.

Et Duveyrier d'ajouter, après une envolée lyrique⁵¹⁷, que les jeux et paris ne méritaient pas « la protection que la loi [devait] aux conventions ordinaires, [celle-ci] devant seulement les dédaigner, les méconnaître, leur refuser son appui, [et laisser] à la police le devoir de réprimer leurs désordres, de les poursuivre, de les étouffer dans leurs repères, et à la justice criminelle le soin de punir leurs fureurs »⁵¹⁸.

60. – Les lois pourraient-elles protéger de telles obligations ? Passé ces considérations politiques, l'indisponibilité de principe d'une action civile en matière de jeux et paris avait été envisagée comme la conséquence nécessaire de la nature du contrat

⁵¹⁴ PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, p. 540.

⁵¹⁵ SIMÉON, rapp. préc., p. 549.

⁵¹⁶ PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, p. 540.

⁵¹⁷ DUVEYRIER, disc. préc., p. 558 : « Le jeu proprement dit, ce ministre aveugle et forcené du hasard, qui place entre deux hommes, sur un tas d'or, la plus épouvantable alternative, le bonheur ou l'adversité, la fortune ou la misère, le délire de la joie ou du désespoir, qui dévore la substance des épouses et des enfans, qui tarit toutes les sources de la tendresse, de l'amour, de l'amitié, de la reconnaissance, de la probité ; qui engendre, alimente, exalte, justifie toutes les passions, tous les vices, tous les excès, et qui n'a pour remplacer tout ce qu'il engloutit que des poisons ou des poignards ».

⁵¹⁸ *Ibid.*

sur lequel ceux-ci se fondaient. En effet, les rédacteurs du Code civil ne considéraient pas que le contrat de jeu disposait d'une *cause* suffisante pour prétendre au même statut que n'importe quel autre contrat ; Portalis put ainsi expliquer :

« Le principe que la loi n'accorde aucune action pour les dettes du jeu n'est rigoureusement appliqué, dans le système du projet de loi, qu'aux obligations qui ont leur source dans des jeux dont le hasard est l'unique élément. Les lois pourraient-elles protéger de telles obligations ?

Nul engagement valable sans cause. La maxime est incontestable. Or, quelle est la cause d'une promesse ou d'une obligation contractée au jeu ? L'incertitude du gain ou de la perte : il serait impossible d'assigner une autre cause.

Nous savons que des événements incertains sont une matière licite à contrat, et que les espérances et les risques peuvent recevoir un prix ; mais nous savons aussi qu'il faut quelque chose de plus solide et de plus réel que le désir bizarre de s'abandonner aux caprices de la fortune pour fonder des causes sérieuses d'obligation entre les hommes.

Il est une grande différence entre un contrat qui dépend d'un événement incertain et un contrat qui n'a pour cause que l'incertitude quelconque d'un événement. L'assurance, par exemple, le prêt à la grosse aventure, dépendent d'un événement incertain. Mais l'incertitude de l'évènement n'est pas le seul motif du contrat. La faveur accordée par les lois à l'assurance et au prêt à grosse aventure est fondée sur deux choses : le péril de la mer, qui fait que l'on ne s'expose à prêter son argent ou à garantir celui des autres que moyennant un prix proportionné aux chances que l'on court ; et la facilité que les assureurs et les prêteurs donnent à l'emprunteur ou à l'assuré de faire promptement de grandes affaires et en grand nombre : au lieu que les obligations contractées au jeu n'étant fondées sur aucun motif utile ni raisonnable, ne peuvent appeler sur elles la protection du législateur.

Que font deux joueurs qui traitent ensemble ? Ils se promettent respectivement une somme déterminée dont ils laissent la disposition à l'aveugle arbitrage du hasard. Où est donc la cause de l'engagement ? On n'en voit aucune.

Le désir et l'espoir du gain sont pour chaque partie les seuls mobiles du contrat. Ce désir et cet espoir ne s'attachent à aucune action ; ils ne supposent aucune réciprocité de services : chaque joueur n'espère que de sa fortune, et ne se repose que sur le malheur d'autrui. À la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent. [...]

On ne peut donc trouver dans les promesses et les contrats dont nous parlons une cause capable de les rendre vraiment obligatoires. Sans doute le jeu peut n'être qu'un délassement, et dans ce cas il n'a rien d'odieux ni d'illicite ; mais il est également vrai que sous ce rapport il ne saurait être du ressort des lois ; il leur échappe par son objet et par son peu d'importance »⁵¹⁹.

Seule exception : les jeux tenant à l'adresse et à l'exercice du corps, tels que, pour reprendre la liste établie par Duveyrier, les « courses de chevaux et de chars, les assauts d'armes, la paume, le mail et la bague »⁵²⁰, ainsi que « ces composés de combinaisons

⁵¹⁹ PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, pp. 538-540.

⁵²⁰ DUVEYRIER, disc. préc., p. 558.

ingénieuses, connus des anciens et cultivés à Athènes comme le plus honorable délassement, parce qu'ils exercent aussi la sagacité, la méditation, la présence d'esprit, et toutes les facultés intellectuelles qui peuvent seules y disputer l'avantage »⁵²¹. En effet, à la différence des jeux dont le principe tenait uniquement à la réalisation ou non d'un événement incertain⁵²², les jeux d'adresse et d'exercice du corps permettaient aux parties d'évaluer leur chance de gagner ou de perdre à l'aune de données tangibles, telles l'agilité et l'entraînement⁵²³. Par ailleurs, ces jeux, dont la plupart étaient appréciés des élites de l'époque, ce qui pourrait expliquer en partie ce régime de faveur, avaient été jugés bons pour le développement des « forces physiques [et] intellectuelles »⁵²⁴ (des classes laborieuses ?), ce qui justifiait qu'ils soient encouragés⁵²⁵. Cependant, les sommes mises ou promises ne devaient pas être « excessives », « le Tribunal [pouvant] rejeter la demande » si tel était le cas⁵²⁶. Et pour cause, il fallait éviter que le jeu ne dégénère en « spéculation de commerce »⁵²⁷ ; ainsi que l'avait expliqué Portalis :

« [D]'après une jurisprudence constante, nous avons autorisé les tribunaux, même quand il s'agit du paiement des promesses ou obligations produites par ces sortes de jeux, à rejeter la demande si la somme réclamée leur paraît excessive.

Les motifs de cette jurisprudence, adoptés par le projet de loi, sont évidens. On conçoit que des citoyens qui jouent à un jeu d'adresse ou d'exercice peuvent, pour soutenir entre eux l'émulation et l'intérêt, stipuler un prix pour le plus adroit ou le mieux exercé. Mais si le gain ou le prix convenu est immodéré, il devient illicite, parce que dès lors la cause d'un tel gain cesse d'être proportionnée à l'objet qui doit le produire. Le jeu, quel qu'il soit, n'est qu'une récréation, et il y aurait du danger à le laisser dégénérer en commerce. Tous les gains qui passent certaines bornes sont injustes, parce qu'ils n'ont point d'autre cause que la corruption du cœur et l'égarement de l'esprit »⁵²⁸.

À l'aune de toutes ces considérations politiques et juridiques, il était évident que *le jeu ne pouvait donner lieu à une action en répétition de la part du perdant*. Pour Portails, c'était

⁵²¹ *Ibid.*, p. 561.

⁵²² C'était d'ailleurs la définition des contrats *aléatoires* donnée à l'art. 1964 C. civ. : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ».

⁵²³ Siméon avait d'ailleurs déclaré que ces jeux n'étaient pas « fondés sur le pur hasard », rapp. préc., p. 551.

⁵²⁴ *Ibid.*

⁵²⁵ PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, p. 540.

⁵²⁶ Art. 1966 al. 2 C. civ.

⁵²⁷ PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, p. 539.

⁵²⁸ *Ibid.*, pp. 541-542. – Adde DUVEYRIER, disc. préc., p. 558 : « Encore faut-il pour qu'ils jouissent d[u] privilège [de donner lieu à une action civile] qu'ils soient absolument purgés de tout calcul de luxe, de toute spéculation exorbitante, qui terniraient la pureté de leurs motifs et la générosité de leurs efforts ».

là la conséquence que le contrat de jeu avait une cause illicite⁵²⁹, quoi que tolérée⁵³⁰ – *in pari causa*⁵³¹ – ; ainsi qu’il l’avait expliqué :

« On a examiné, en terminant ce qui regarde le jeu, si celui qui a volontairement acquitté ce qu’il a promis ou perdu peut répéter ou faire réduire ce qu’il a payé. On a pensé qu’aucune demande en répétition ou en réduction n’est recevable : cette décision est conforme à l’ordonnance de Moulins, qui, en pareil cas, vient seulement au secours des mineurs. Le droit des majeurs est [quant à lui] consommé quand les choses ne sont plus entières ; la loi ne saurait les écouter quand ils l’invoquent pour le fait même dans lequel ils l’ont méconnue. Nous ajouterons que le repentir de l’avare qui a payé volontairement une dette de jeu n’est pas assez favorable pour réveiller l’attention de la justice »⁵³².

Cette idée avait été invoquée par les conseillers de la Cour d’appel de Limoges dans leur décision dans *Boudet c. Ramboz*, où Boudet avait souscrit à des lettres de change au profit de Ramboz en paiement de dettes de jeu contractées à l’écarté et au billard⁵³³, et demandé que son engagement soit déclaré nul et que les sommes versées lui soit restituées :

« La loi n’accordant, aux termes de l’art. 1965 du même Code, aucune action pour une dette de jeu, il s’ensuit que l’obligation consentie pour une dette de jeu a une cause illicite »⁵³⁴.

Pour Siméon, ce principe d’irrépétibilité tenait plus au fait que le paiement volontaire d’une dette de jeu relevait d’un régime évoquant celui de l’obligation naturelle ; après tout, les jeux et paris ne donnant droit à « aucune action » au civil, à moins qu’il ne soit question d’un jeu d’adresse, le débiteur était libre de ne pas payer sa dette. Par conséquent, « si le joueur, plus sévère à lui-même que la loi, s’est tenu pour obligé ; si fidèle à sa passion et délicat dans son égarement, il a acquitté ce qu’il avait témérairement engagé, il ne sera pas reçu à répéter ce qu’il a payé »⁵³⁵. Ce fut d’ailleurs l’argument de Ramboz dans *Boudet* :

⁵²⁹ Anc. art. 1131 C. civ. : « L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ».

⁵³⁰ PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, p. 540.

⁵³¹ e.g. CASS. CIV., 1^{er} août 1859, *D.* 1859.1.289. – Comp. CASS. REQ., 2 août 1859, *D.* 1859.1.292, p. 295 : « [Attendu que l’art. 1967 C. civ.] prend sa source dans ce principe qu’un délit ou un quasi-délit ne peut servir de base pour intenter une action en justice, et que le joueur, auteur ou complice d’une violation de la loi, ne peut fonder sur un tel fait une demande en répétition contre celui qui a coopéré à son infraction ».

⁵³² PORTALIS, exp. préc., Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur les contrats aléatoires*, p. 542.

⁵³³ Le billard n’était pas considéré comme un jeu d’adresse, POITIERS, 4 mars 1810, *S.* 1810.2.367 ; de même que le jeu de petits chevaux, PARIS, 5 juin 1901, *S.* 1902.2.275.

⁵³⁴ LIMOGES, 8 janvier 1824, *S.* 1824.2.286, p. 287. – Comp. LYON, 21 décembre 1822, *S.* 1823.2.103.

⁵³⁵ SIMÉON, rapp. préc., p. 551.

« [L]a dette de jeu une fois payée ne peut être répétée [et] suppose nécessairement que le jeu produit une obligation naturelle, d'où il suit que les contrats consentis par les joueurs devaient, comme les paiemens, avoir leur effet »⁵³⁶.

Pour Duveyrier, l'irrépétibilité tenait tout simplement à la force de la volonté :

« Vous savez bien que le droit de propriété est la faculté absolue pour tout homme libre de sa volonté et de son jugement, d'aliéner, de vendre, d'échanger, de donner, de dépenser enfin tout ce qui lui appartient. La loi civile n'est pas là pour interdire ou réparer les folles spéculations, les libéralités indiscrettes, les dépenses exorbitantes. Elle n'a pas promis d'empêcher et de révoquer les dilapidations volontaires ou simplement imprudentes.

Ce qu'un homme a perdu au jeu et payé, il aurait pu le perdre dans toute autre opération inconsidérée ; il aurait pu le donner.

D'ailleurs, n'a-t-il pas obéi à sa conscience qu'il serait bien difficile de contredire, à une certaine délicatesse qu'on ne pourrait guère condamner, à l'équité naturelle qui toujours impose une exacte réciprocité ?

Ce qu'il a perdu ne voulait-il pas le gagner ? Ce qu'il a payé n'avait-il pas l'intention de l'exiger ? S'il l'eût reçu, aurait-il eu la volonté, aurait-il admis l'obligation de le restituer ? Comment donc réformer ce jugement volontaire et juste, puisque le résultat en est de s'être imposé lui-même le traitement qu'il voulait faire subir ? »⁵³⁷.

Cette force de la volonté justifiait d'ailleurs l'exception au principe d'irrépétibilité lorsqu'il y avait eu dol, supercherie ou escroquerie ; Duveyrier encore :

« Un seul cas peut autoriser et même imposer impérieusement la nécessité de la restitution ; c'est le cas où le dol, la fraude, la supercherie, auraient dirigé le hasard ou la combinaison du jeu et déterminé le sort. Mais ceci n'est pas même encore une attribution particulière ; c'est la conséquence toujours infaillible d'une règle générale et commune à tous les contrats, à toutes les opérations sociales. Partout où le dol paraît le consentement réciproque s'efface, la convention est détruite, et l'effet qu'elle a pu produire est révoqué »⁵³⁸.

3. – La répétition et la nécessité d'un transfert de propriété effectué par erreur : les évolutions jurisprudentielles en matière d'indu absolu

61. – L'erreur, au cœur de la logique volontariste de la législation napoléonienne.

À l'évidence, le droit de répéter ce qui avait été donné sans être dû ne pouvait être acquis sur la seule preuve de l'absence de dette. En effet, si le principe du transfert de propriété litigieux n'était pas fondé sur celui de l'exécution d'une dette, il était parfaitement

⁵³⁶ S. 1824.2.286, p. 287.

⁵³⁷ DUVEYRIER, disc. préc., p. 560.

⁵³⁸ *Ibid.*

plausible que le *solvens* y ait consenti dans une intention libérale ou en voulant s'acquitter de la dette d'autrui. Il était par conséquent nécessaire, afin d'obtenir restitution, qu'il établisse que son consentement avait été vicié par une erreur. Ainsi que l'avait expliqué Tarrible dans son discours au Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) :

« L'erreur de la part de celui qui paie peut seule autoriser la répétition de la chose ; il doit avoir cru faussement ou que la chose était due au prétendu créancier, qui n'y avait réellement aucun droit ; ou qu'il la lui devait personnellement, tandis que, dans la vérité, elle était due par un autre.

Sans cette fausse opinion, il serait censé, au premier cas, avoir voulu donner ce qu'il savait fort bien ne pas être dû ; au second cas, avoir voulu payer une dette légitime à la décharge du véritable débiteur, et toute voie de répétition lui serait justement fermée »⁵³⁹.

Étonnamment, l'exigence d'une erreur de la part du *solvens* ne ressortait pas nettement dans le projet de loi, le principe de la répétition ayant été énoncé le long de deux articles, l'un, l'anc. art. 1376 C. civ., se plaçant du point de vue de l'*accipiens*, l'autre, l'anc. art. 1377 al. 1 C. civ., de celui du *solvens*⁵⁴⁰ :

Anc. art. 1376 C. civ. – « 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'a indûment reçu ».

Anc. art. 1377 al. 1 C. civ. – « Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier ».

Il est certain, à l'aune des travaux préparatoires et du Code lui-même, que les rédacteurs du Code civil avaient entrepris d'apporter, à l'aide des anc. art. 1376 et 1377 al. 1 C. civ., de la nuance en distinguant, pour reprendre les termes qui seront adoptés par les auteurs à la fin du XIX^{ème} siècle, les situations dites d'*indu absolu*, ou *objectif*, des cas d'*indu relatif*, ou *subjectif*, les premiers couvrant toutes les situations où le *solvens* avait donné quelque chose à l'*accipiens* alors qu'il ne lui devait rien et que l'*accipiens* n'avait aucun droit à la prestation – il n'y avait, dans l'absolu, pas de dette –, et les seconds les situations où le *solvens* s'était acquitté d'une dette à laquelle il était tenu, mais au profit d'une personne autre que son créancier, ou s'était acquitté d'une dette dont l'*accipiens* était créancier alors que lui n'était pas son débiteur :

⁵³⁹ TARRIBLE, disc. préc., p. 485. – Adde BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., pp. 472-473.

⁵⁴⁰ MAZEAUD H. *et al.*, *Leçons de droit civil*, Tome II. Vol. I. *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1983, 7^{ème} éd., n°649. – Voy. *infra*, pp. 161-162.

	<i>Solvens</i>	<i>Accipiens</i>
Indu relatif	devait la prestation	n'avait pas droit à la prestation
Indu absolu	ne devait pas la prestation	n'avait pas droit à la prestation
Indu relatif	ne devait pas la prestation	avait droit à la prestation

Si toutes les situations d'indu absolu pouvaient être analysées sous l'anc. art. 1376 C. civ. et celles d'indu relatif sous l'anc. art. 1377 al. 1 C. civ., il apparaît toutefois que les rédacteurs du Code civil circonscrivirent l'anc. art. 1376 C. civ. aux hypothèses où l'*accipiens* n'avait aucun droit à la prestation et l'anc. art. 1377 C. civ. à celles où il en avait un, ce afin de lui permettre d'invoquer une exception contre les prétentions du *solvens* ; cela apparaissait très clairement dans la formulation originale de l'anc. art. 1377 al. 1 C. civ., proposée dans le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) :

« Celui qui a reçu ce qui lui était véritablement dû, mais des mains de celui qui n'en était pas le débiteur, lequel n'a payé que parce qu'il croyait en être le débiteur, est obligé de restituer à celui qui ne lui a fait ce paiement que par erreur.

L'action en répétition cesse néanmoins en ce cas, si le créancier a supprimé son titre par suite du paiement ; sauf le recours de celui qui a payé, contre le véritable débiteur »⁵⁴¹.

Ainsi, avait-il reçu, « par erreur ou sciemment, ce qui ne lui était pas dû », il lui était impossible de faire échec à la demande de restitution : il « s'oblige[ait, de ce fait,] à restituer » ce qu'il avait indûment reçu – comme l'avait expliqué Bertrand de Greuille dans son rapport au Tribunal du 16 pluviôse an XII (6 février 1804) : « [T]out ce qui est le fruit de la mauvaise foi ou d'une erreur reconnue ne peut être légitime »⁵⁴². Avait-il cependant reçu une prestation à laquelle il avait droit, mais de la part d'une personne autre que son débiteur, la règle avait été aménagée. Comme énoncé plus avant, le *solvens* avait en principe le droit de répéter la chose qu'il avait indûment donné. Ainsi que l'avait expliqué Bertrand de Greuille :

« Ce paiement effectué par suite de la fausse persuasion dans laquelle [le *solvens*] était ne libère pas le débiteur réel ; et le créancier conservant ainsi la faculté de se faire payer deux fois, il est évident [que l'*accipiens*] est tenu de restituer [ce] qu'il a touché à la personne qui est reconnue ne pas [le] lui devoir »⁵⁴³.

⁵⁴¹ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., p. 202.

⁵⁴² BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 472.

⁵⁴³ *Ibid.*, pp. 472-473.

En revanche, si l'*accipiens*, de bonne foi, avait « supprimé », « par suite du paiement », le titre qui prouvait la dette de son débiteur, il fut décidé à l'anc. art. 1377 al. 2 C. civ. que le *solvens* ne pouvait pas agir contre lui, mais seulement contre le véritable débiteur ; ainsi que l'avait clairement expliqué Tarrible dans son discours au Corps législatif du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) :

« [L]e quasi-contrat [naissant de la réception d'une chose non due] se forme, avons-nous dit, lorsque quelqu'un paie par erreur une chose qu'il ne devait pas.

Cette définition est complète, et embrasse tous les cas où la répétition peut avoir lieu. Cependant, la cause de la répétition se modifie de deux manières ; et il était utile de l'expliquer séparément pour placer une exception qui s'applique à l'une, et qui ne peut s'adapter à l'autre.

Une personne peut recevoir ce qui ne lui est pas dû ; elle peut recevoir aussi ce qui lui est réellement dû, mais d'une autre main que celle de son véritable débiteur : dans l'un comme dans l'autre cas, la répétition appartient à celui qui a payé par erreur. Au premier cas, parce que la chose n'étant nullement due à celui qui l'a reçue, il doit la restituer à la personne qui la lui remise mal à propos ; au second cas, parce qu'un créancier, quoique légitime, ne peut pas s'approprier [ce] qui lui a été payée inconsidérément par celui qui ne la lui devait en aucune manière.

L'exception dont nous avons parlé ne s'applique qu'au second cas ; elle a lieu lorsque le vrai créancier a supprimé son titre par suite du paiement qu'il a reçu. Alors celui qui a payé, quoiqu'il ne fût pas réellement débiteur, ayant mis par son imprudence le créancier hors d'état de justifier sa créance, doit être privé de la répétition, et se contenter d'un recours contre le véritable débiteur »⁵⁴⁴.

Bertrand de Greuille ne dit pas autre chose : « le créancier étant dans la bonne foi [...], il ne pourrait sans injustice être rendu victime d'une pareille faute ; c'est à celui qui a mal à propos payé [d']imputer l'anéantissement du titre »⁵⁴⁵.

62. – L'abandon jurisprudentiel de l'erreur en matière d'indu absolu. À l'évidence, si l'esprit des anc. art. 1235, 1376 et 1377 C. civ. s'inscrivait pleinement dans la logique *volontariste* de la législation napoléonienne – ce que la volonté pouvait faire, seul un vice du consentement pouvait le défaire –, celui-ci ne fut pas sans soulever des difficultés d'application. Au-delà du fait que seule l'erreur avait été mentionnée comme cause de répétition, et non la contrainte ou le dol, qui furent toutefois immédiatement admis par les juges⁵⁴⁶, et qu'il n'avait pas été précisé si cette erreur devait se limiter à une fausse représentation des faits (*error facti*), ou si elle pouvait être étendue au droit (*error*

⁵⁴⁴ TARRIBLE, disc. préc., pp. 484-485.

⁵⁴⁵ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 473.

⁵⁴⁶ CASS. CIV., 27 août 1829, D. 1829.1.348. – *Adde* CASS. REQ., 4 janvier 1897, D. 1897.1.126.

iuris), encore que les conseillers de la Cour de cassation rappelèrent promptement que *là où la loi ne distinguait pas, il n'y avait pas lieu de distinguer*⁵⁴⁷, il était légitime de se demander si cette exigence était opportune, ou adaptée, en matière d'*indu absolu*, son rôle en matière d'*indu relatif* étant incontestée, et incontestable⁵⁴⁸.

Ainsi qu'Isabelle Defrénois-Souveau le nota dans une étude publiée en 1989 à la *Revue trimestrielle de droit civil*⁵⁴⁹, les juges avaient appliqué avec rigueur la condition de l'erreur en matière d'*indu absolu* jusque dans les années 1960⁵⁵⁰, lorsqu'ils furent témoins d'un soudain accroissement du contentieux, lié aux transformations socio-économiques, technologiques et bureaucratiques de la France d'après-guerre, dont le cadre matériel invitait à une approche plus nuancée que celle qui dominait alors en pratique, et en doctrine. En effet, s'il était encore concevable de soutenir lors de la première moitié du XX^{ème} siècle que le *solvens*, administrateur « diligent et prudent » de ses biens⁵⁵¹, ne pouvait en avoir disposé qu'en ayant eu la ferme intention de s'acquitter d'une dette à laquelle il était tenu, ou de gratifier l'*accipiens*, justifiant que seule une *erreur-vice du consentement* puisse l'autoriser à demander restitution⁵⁵², il était devenu plus délicat de continuer de raisonner de cette manière au lendemain de la Seconde Guerre mondiale avec la myriade d'opérations financières qui étaient désormais effectuées entre les particuliers, les entreprises, les banques, les assurances et les administrations publiques et semi-publiques, et qui pouvaient aisément être entachées d'une irrégularité à raison d'une simple erreur d'écriture, d'un « dérapage informatique »⁵⁵³, ou d'une mauvaise application d'une règle de droit due à une incertitude législative, réglementaire ou jurisprudentielle⁵⁵⁴.

Aussi, en contrepied de l'exigence d'une *erreur-vice du consentement*, nécessitant que le *solvens* prouve qu'il avait donné ce qui n'était pas dû en ignorant des éléments

⁵⁴⁷ CASS. CIV., 24 janvier 1827, S. 1825–1827.1.506. – Adde COLMAR, 18 janvier 1859, S. 1859.2.382. – Comp. METZ, 22 août 1806, S. 1804–1808.2.168.

⁵⁴⁸ PARIS, 30 novembre 2017, 16/23590 ; AIX-EN-PROVENCE, 24 janvier 2018, 16/13501.

⁵⁴⁹ DEFRÉNOIS-SOULEAU I., « La répétition de l'*indu* objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil », *RTD Civ.* 1989, pp. 243-267.

⁵⁵⁰ e.g. CASS. REQ., 11 mars 1885, S. 1886.1.48 ; 9 mars 1909, DP 1910.1.103 ; 7 janvier 1925, DP 1926.1.224 ; CASS. CIV., 18 juillet 1900, S. 1900.1.460 ; 11 juin 1902, S. 1903.1.32 ; CASS. CIV. 1, 14 février 1955, *Bull. civ.* I, n°69 ; 16 juin 1966, *Bull. civ.* I, n°369 ; CASS. COM., 14 février 1968, *Bull. civ.* IV, n°71 ; ou CASS. SOC., 6 octobre 1971, *Bull. civ.* V, n°545.

⁵⁵¹ DEFRÉNOIS-SOULEAU, art. préc., p. 247.

⁵⁵² *Ibid.*

⁵⁵³ CARBONNIER, *Les biens et les obligations*, op. cit., éd. « Quadrige », p. 2430.

⁵⁵⁴ DEFRÉNOIS-SOULEAU, art. préc., p. 247.

déterminants de fait ou de droit⁵⁵⁵ – ce qui l’empêchait de pouvoir obtenir restitution lorsqu’il était établi qu’il en avait eu connaissance⁵⁵⁶, ou qu’il savait qu’ils étaient controversés⁵⁵⁷ –, les membres de la Chambre sociale de la Cour de cassation admirent au mitan des années 1960 que les institutions en charge du service public de la sécurité sociale, « service public complexe »⁵⁵⁸, ne puissent se prévaloir que d’une simple *erreur-faute de négligence*, à savoir une erreur que leurs agents auraient « commis par inadvertance ou inattention »⁵⁵⁹, afin de se voir restituer des sommes qu’elles auraient indûment versées à leurs usagers⁵⁶⁰, limitant ainsi le droit de ces derniers à les conserver que dans les cas où une erreur grossière, qui s’était traduite par un préjudice anormal, avait été commise. Les membres de la Chambre commerciale de la Cour de cassation adoptèrent une approche semblable à l’égard des banques⁵⁶¹, encore qu’ils s’étaient gardés de faire preuve de la même mansuétude en veillant que ces institutions répondent de la moindre faute professionnelle⁵⁶².

À cette approche adoucie de l’erreur, les membres de la Chambre sociale de la Cour de cassation, conscients que les institutions en charge de la sécurité sociale ne versaient pas des prestations indues par « mesure de bienveillance »⁵⁶³, décidèrent de renverser, à la fin des années 1960, la charge de la preuve, en exigeant de l’*accipiens* qu’il prouve que ce qu’il avait indûment reçu de tel ou tel organisme l’avait été en exécution d’une mesure de

⁵⁵⁵ CASS. CIV. 2, 10 juin 1966, *Bull. civ.* II, n°673, où une société avait versé une indemnité à une autre alors qu’une expertise ne concluait pas à sa responsabilité ; CASS. COM., 14 février 1968, *Bull. civ.* IV, n°71, où une société de crédit avait versé au vendeur, pour le compte de l’acquéreur, le prix d’un véhicule, qui avait déjà été versé par ce dernier ; CASS. CIV. 1, 15 janvier 1985, *Bull. civ.* I, n°20, où une assurance avait versé une indemnité à son assuré, ignorant que l’incendie était le résultat d’une faute intentionnelle de ce dernier.

⁵⁵⁶ CASS. SOC., 18 octobre 1979, *Bull. civ.* V, n°757, où une entreprise avait demandé (et s’était vue refusée) la restitution d’une prime de Noël qu’elle avait versé à un employé qui avait démissionné quelques jours avant cette fête.

⁵⁵⁷ CASS. SOC., 20 juin 1966, *D.* 1967.264 ; 24 mai 1973, *D.* 1974.365, sur le versement excédentaire de cotisations sociales, dont le *solvens* n’ignorait pas le caractère controversé.

⁵⁵⁸ CASS. SOC., 4 décembre 1975, *Bull. civ.* V, n°595 ; 24 novembre 1971, *JCP* 1973.2.17343.

⁵⁵⁹ DEFRÉNOIS-SOULEAU, art. préc., p. 249.

⁵⁶⁰ CASS. SOC., 3 novembre 1972, *JCP* 1974.2.17692, où avaient été remboursés non pas une mais six fois des médicaments non-remboursables ; 4 juillet 1984, *Bull. civ.* V, n°290, où il y avait eu une erreur sur la base de calcul d’un remboursement ; 9 décembre 1987, *Bull. civ.* V, n°716, où l’usager avait été exempté à tort du ticket modérateur ; 8 novembre 1977, *Bull. civ.* V, n°603, où il y avait eu une erreur sur le rattachement d’un enfant à son père, enfant dépassé depuis longtemps l’âge de requis.

⁵⁶¹ CASS. COM., 23 avril 1976, *D.* 1977.562 ; 22 novembre 1977, *D.* 1978.I.R.306.

⁵⁶² DEFRÉNOIS-SOULEAU, art. préc., p. 249.

⁵⁶³ CASS. CIV. 2, 16 juillet 1965, *Bull. civ.* II, n°661, où il avait été décidé en première instance, dans une affaire où une personne avait reçu des allocations familiales pour un enfant qui n’y donnait pas droit, que, l’erreur de la caisse n’ayant pas été prouvé, il devait être présumé qu’elle avait « effectué ces prestations par mesure de bienveillance », décision censurée en cassation : « attendu que l’erreur résulte du fait même du versement desdites prestations et que les juges du fond ne font pas connaître le fondement de la mesure de bienveillance dont ils présument l’application ».

bienveillance⁵⁶⁴, faveur probatoire à laquelle les membres des autres chambres de la Cour de cassation s'étaient naturellement refusés.

Cependant, leur position évolua dans les années 1980-1990.

Les membres de la Première chambre civile de la Cour de cassation furent les premiers à opérer un changement de paradigme en n'exigeant plus du *solvens* qu'il prouve une erreur, l'absence de dette étant suffisante pour obtenir restitution, position actée dans un arrêt en date du 17 juillet 1984, dans *Caisse d'épargne de Paris c. Dufil*⁵⁶⁵. En l'espèce, Dufil, employé de la Caisse d'épargne de Paris, avait perçu sur son salaire des intérêts qui n'étaient pas dus, ceux-ci ayant été produits par suite d'une mauvaise manipulation informatique. Il refusa de restituer ces intérêts, arguant que le service des ressources humaines de son employeur n'avait pas commis la moindre erreur, prétention à laquelle un juge du Tribunal d'instance du XIII^{ème} arrondissement de Paris avait fait droit. Les conseillers de cassation cassèrent ce jugement au visa des anc. art. 1235 et 1376 C. civ. :

« Attendu, cependant, qu'il était établi en l'espèce que les intérêts dont la répétition était demandée n'étaient pas dus ; qu'il s'ensuit que la Caisse d'épargne n'était pas tenue de démontrer une erreur de sa part ; qu'en refusant d'ordonner la restitution, le Tribunal a violé le texte susvisé »⁵⁶⁶.

Ils confirmèrent cette approche le 29 mars 1989 dans *Maaf c. Biquet*⁵⁶⁷. En l'espèce, la Maaf avait versé à Biquet, victime d'un accident causé par son assuré, Legrenzi, une indemnité de 323.748 fr. L'arrêt condamnant ce dernier avait été réformé et le montant de l'indemnité avait été réduit à 207.057 fr. Or, après déduction d'un complément de rente versé à la victime par la Caisse nationale assurance vieillesse des travailleurs salariés et la condamnation *in solidum* de Legrenzi, la Maaf n'était plus tenue qu'à hauteur de 91.366 fr. Cette dernière demanda alors la restitution du reliquat, mais sa demande fut rejetée par les conseillers de la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 30 novembre 1984. Elle forma un pourvoi en cassation et obtint gain de cause :

« Vu les articles 1235 et 1376 du Code civil ; [...]

Attendu [...] qu'en raison de la nullité constatée par le second arrêt, pour méconnaissance des dispositions d'ordre public [...] du Code de la sécurité sociale, il était établi en l'espèce que la somme litigieuse payée à M. Biquet, en exécution du premier arrêt, n'était

⁵⁶⁴ *Ibid.* – *Adde id.*, 3 novembre 1972, *JCP* 1974.2.17692 ; 24 novembre 1971, *JCP* 1973.2.17343.

⁵⁶⁵ *Bull. civ.* I, n°235.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

⁵⁶⁷ *Bull. civ.* I, n°149.

pas due ; qu'en refusant d'ordonner la restitution, la Cour d'appel a violé les textes susvisés »⁵⁶⁸.

Peu de temps après, le 19 mars 1986, les membres de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation prirent la position de leurs collègues dans *Pierrefeu et autres c. Couchet*⁵⁶⁹, sans même mentionner l'anc. art. 1376 C. civ. En l'espèce, Couchet avait acheté à Pierrefeu et consorts un ensemble de parcelles pour un prix de 1.000.000 fr. Il avait été stipulé, à titre de condition suspensive, que l'acte de vente devait être signé et le prix payé à une date donnée. Couchet s'étant acquitté de 780.000 fr. au moyen de lettres de change, dont certaines n'arriveraient à échéance qu'après la date limite, il décida de verser aux vendeurs 500.000 fr. avant que la vente ne soit déclarée caduque. Or, après que la conclusion de la vente, les lettres furent payées, et les vendeurs refusèrent de restituer le trop-perçu dont ils avaient bénéficié. Ils furent heureusement condamnés à restitution par les conseillers de la Cour d'appel de Lyon et formèrent un pourvoi en cassation, au moyen que l'arrêt aurait violé l'anc. art. 1377 C. civ. « en accueillant l'action du *solvens* bien qu'il n'ait pas commis d'erreur sur l'existence de la dette »⁵⁷⁰, moyen qui fut rejeté sur le seul fondement de l'anc. art. 1235 al. 1 C. civ. :

« [A]ttendu qu'aux termes de l'article 1235 du Code civil, "tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition" ; que dès lors, la Cour d'appel qui retient que la somme perçue par les vendeurs en plus du prix de vente a été versée par M. Couchet, qui ne la devait pas, pour être certain d'avoir payé la totalité du prix à la date fixée et d'éviter ainsi la caducité de la vente a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision de ce chef »⁵⁷¹.

Enfin, par un arrêt pris en Assemblée plénière, les membres de la Cour de cassation décidèrent, le 2 avril 1993, dans *Urssaf de Valenciennes c. Jeumont-Schneider*, de clairement mettre fin à l'exigence de l'erreur en matière d'indu absolu. En l'espèce, la société Jeumont-Schneider avait procédé, tout au long de l'année 1985, à une réduction de ses effectifs et mis en place un plan de départ volontaire qui fut accepté par plus de trois cents employés. La société versa 28.820.031 fr. d'indemnité au total et s'acquitta spontanément de 4.789.612 fr. à l'Urssaf de Valenciennes, croyant que ces sommes lui étaient dues à titre de cotisations sociales. Or, il n'en était rien, ou du moins, tel n'était

⁵⁶⁸ *Ibid.*

⁵⁶⁹ *Bull. civ.* III, n°36.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ *Ibid.*

certainement plus le cas après qu'elle les ait versées, les membres de la Chambre sociale de la Cour de cassation en ayant décidé ainsi dans un arrêt du 27 novembre 1985⁵⁷². La société demanda alors, par recours amiable, la restitution des sommes qu'elle estimait avoir indûment versées, mais elle fut contrainte, face au refus de l'Urssaf, de porter l'affaire au contentieux. Après avoir succombé en première instance, elle obtint gain de cause en appel, où les conseillers de la Cour d'appel de Douai firent application d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 28 juin 1979⁵⁷³, où la question des indemnités de départ volontaire n'avait pas été clairement tranchée. L'Urssaf forma alors un pourvoi en cassation, arguant que les conseillers d'appel avaient, à tort, caractérisé le versement d'indu, et par conséquent violé le Code de la sécurité sociale dans ses dispositions relatives aux cotisations sociales. À l'invitation de l'Avocat-général Jéol⁵⁷⁴, les membres de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rejetèrent le pourvoi :

« [A]ttendu qu'il résulte des articles 1235 et 1376 du Code civil que ce qui a été payé indûment est sujet à répétition ; que les indemnités, versées par l'employeur aux salariés qui acceptent de quitter volontairement l'entreprise et qui ont, comme les indemnités légales ou conventionnelles de licenciement, le caractère de dommages-intérêts, compensant le préjudice né de la rupture du contrat de travail, ne doivent pas être incluses dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale ; que, dès lors, les cotisations litigieuses n'étant pas dues, la société Jeumont-Schneider était en droit, sans être tenue à aucune autre preuve, d'en obtenir la restitution ; que, par ces motifs de pur droit, substitués à ceux critiqués par le pourvoi, l'arrêt se trouve justifié »⁵⁷⁵.

Cette approche, qui notamment fut critiquée par Alain Sériaux⁵⁷⁶, n'a pas été démentie en jurisprudence⁵⁷⁷ ; et les rédacteurs de l'ordonnance de 2016, qui ont réformé la matière à droit constant⁵⁷⁸, n'ont vraisemblablement pas entendu la remettre en cause.

II. – La restitution : le remède aux transferts de propriété effectués *sine causa*

63. – Restitution et réparation, les deux piliers du système de remèdes civils du droit français. À la différence de la *réparation* du dommage causé à autrui, dont le

⁵⁷² Bull. civ. V, n°563.

⁵⁷³ Bull. civ. V, n°592.

⁵⁷⁴ D. 1993.373.

⁵⁷⁵ D. 1993.373 ; GAJC, n°240.

⁵⁷⁶ SÉRIAUX A., « Beaucoup de bruit pour rien », D. 1993, Chron. LX ; *id.*, comm. CASS. CIV. 1, 11 avril 1995, JCP 1995.2.22485.

⁵⁷⁷ e.g. CASS. SOC., 14 octobre 1993, 91-12.892 et 91-12.974 ; CASS. CIV. 1, 20 janvier 1998, 96-11.176 ; CASS. SOC., 14 décembre 2014, 03-46.836.

⁵⁷⁸ Art. 1302 à 1302-2 C. civ. – Adde « Paiement de l'indu » in Rapport au président de la République, préc.

principe ne tenait qu'à l'idée sommaire que la victime d'un délit ou d'un quasi-délit aurait droit à une « réparation uniforme [qui aurait] pour mesure la valeur du préjudice souffert »⁵⁷⁹, les rédacteurs du Code civil avaient accordé au régime de la *restitution*, alors énoncé aux anc. art. 1378 à 1381 C. civ., une attention toute particulière en arrêtant les moindres détails, qu'il s'agisse des modalités de la restitution de la somme d'argent ou de la chose indûment reçue, processus communément décrit en doctrine comme la *restitution du principal*⁵⁸⁰ – restituer, c'est rendre⁵⁸¹ –, que celles relatives au remboursement des dépenses utiles ou nécessaires qui avaient été engagées pour la conservation de la chose, à l'indemnisation des éventuels dommages causés à celle-ci, ou à la reddition des fruits qu'elle aurait pu produire, opération parfois décrite par les auteurs comme la *restitution des accessoires*, ou *compte de restitution*⁵⁸² – restituer, c'est remettre en l'état⁵⁸³.

1. – La restitution du principal : restituer, c'est rendre

64. – Bref aperçu d'un subtil exercice comptable. En principe, la restitution du principal devait s'opérer *en nature*, l'*accipiens* devant rendre la chose-même qui lui avait été livrée ou une somme d'argent d'un montant identique à celui de la somme qui lui avait été versée⁵⁸⁴. Cependant, si la chose qui lui avait été livrée avait périé ou avait été détériorée par sa faute, il était tenu de s'acquitter d'un équivalent monétaire, à savoir de procéder à une restitution *en valeur*⁵⁸⁵ ; s'il l'avait perdu par suite d'un cas fortuit, il devait en supporter la perte lorsqu'il était établi qu'il l'avait reçu de mauvaise foi, *i.e.* en sachant qu'il n'y avait pas droit⁵⁸⁶, sinon le *solvens* devait en supporter la perte par application de la règle *res perit domino*⁵⁸⁷. S'il avait vendu la chose, il ne devait restituer que le prix qu'il

⁵⁷⁹ TARRIBLE, disc. préc., p. 488.

⁵⁸⁰ MALAURIE P., *Cours de droit civil approfondi*, Les cours de droit, 1971–1973, p. 54.

⁵⁸¹ HALLEBEEK, *op. cit.*, pp. 47-67. – Comp. GOYARD-FABRE S., « La Justice. Une problématique embarrassée », *Philopsis* 2002, pp. 1-23, pp. 7-8.

⁵⁸² MALAURIE-VIGNAL M., *Les restitutions en droit civil*, Éditions Cujas, 1991, Deuxième partie.

⁵⁸³ JANSEN, « Restitution », art. préc.

⁵⁸⁴ Anc. art. 1379 C. civ., *in limine*.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ *Ibid.*, *in fine*.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, *in fine et a contrario*.

avait reçu pour la vente, à supposer toutefois qu'il l'ait reçu de bonne foi⁵⁸⁸. Ainsi que l'expliqua Bertrand de Greuille : « Cette bonne foi [a] fait justement considérer [l'*accipiens*] comme [le] légitime propriétaire de la chose ; d'où naît la conséquence qu'il avait le droit d'en disposer de la manière qu'il a jugé la plus convenable à ses intérêts »⁵⁸⁹. S'il l'avait reçu de mauvaise foi, il devait la restituer en nature au *solvens* et payer des dommages-intérêts à l'acheteur évincé par application de la garantie d'éviction⁵⁹⁰. Ainsi que l'expliqua Tarrible : « [L]a vente qu[e l'*accipiens*] aurait pu faire de la chose n'ôtera pas au propriétaire le droit de la revendiquer, et laissera retomber sur lui seul le poids accablant des dommages et intérêts dus à l'acquéreur évincé »⁵⁹¹. S'il était impossible pour l'*accipiens* de rendre la chose en nature, il devait au *solvens* des dommages-intérêts à hauteur de sa valeur, que celle-ci excède le prix de vente ou non. Toutes ces règles, dont le principe n'avait jamais soulevé de difficulté en pratique, encore que les modalités de leur mise en œuvre n'avaient rien d'évident⁵⁹², ont été préservées en l'état par les rédacteurs de l'Ordonnance de 2016 :

Art. 1352 C. civ. – « 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 »⁵⁹³.

Art. 1352-2 C. civ. – « 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 ».

⁵⁸⁸ Anc. art. 1380 C. civ. – *e.g.* ORLÉANS, 11 janvier 1849, *Journal du Palais* 1849.140, p. 141 : « Considérant que, la bonne foi des héritiers Parent une fois établie, ils ne peuvent être tenu, aux termes de l'art. 1380 C. civ., que de rendre le prix qu'ils ont reçu de Colon, leur acheteur, l'action que la commune de Monceaux a contre eux ne résultant que d'un quasi-contrat, savoir, d'un fait d'erreur de leur part, et non d'un quasi-délit qui leur rendrait applicables les art. 1382 et 1383 ; que, dans ce dernier cas seulement, ils devraient compte au véritable propriétaire, non seulement de ce dont ils se seraient enrichis, mais encore des pertes occasionnées à ce dernier par son éviction. Que, dans leur position, ils ne doivent compte que de ce qu'ils ont reçu, et que la commune de Monceaux a à s'imputer d'avoir agi si tardivement, et de s'être privée par son fait, en laissant acquérir au sieur Colon la prescription décennale appuyée d'un juste titre, de l'exercice du droit qu'elle aurait eu de préférer l'action revendicative à l'action personnelle ».

⁵⁸⁹ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., pp. 473-474.

⁵⁹⁰ Art. 1626 à 1640 C. civ.

⁵⁹¹ TARRIBLE, disc. préc., p. 487.

⁵⁹² DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Commentaire article par article de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, 2^{ème} éd., pp. 923-927.

⁵⁹³ La seule innovation est la précision que l'estimation de la valeur de la restitution devait s'opérer « au jour de la restitution ».

2. – Le compte de restitution : restitution, c'est remettre en l'état

65. – Bref aperçu d'un subtil exercice comptable (suite et fin). Passé la restitution du principal, les parties devaient se rendre compte des pertes et profits qui s'étaient manifestés en marge de la livraison de la chose, ou du versement de la somme d'argent. Les rédacteurs du Code civil avaient divisé ce compte en trois items, deux dus par l'*accipiens*, les fruits et les intérêts⁵⁹⁴, et un du par le *solvens*, les dépenses, ou impenses⁵⁹⁵.

Les obligations comptables de l'*accipiens* vis-à-vis du *solvens* variaient selon qu'il était établi qu'il avait reçu la chose de bonne ou mauvaise foi (en sachant ou non qu'elle ne lui était pas due). Ainsi que l'avait expliqué Tarrible, si l'*accipiens* avait reçu la chose de bonne foi, il était juste qu'« il ne soit pas soumis à des obligations trop dures »⁵⁹⁶, la livraison, ou versement, litigieux, ayant pour cause « une erreur commune des intéressés »⁵⁹⁷ ; l'avait-il toutefois reçu de mauvaise foi, il devait subir une responsabilité étendue :

« [T]oute la rigueur de la loi civile a dû se déployer contre celui qui a reçu de mauvaise foi.

Il a reçu une chose qu'il savait ne pas lui être due, du moins par celui qui lui a délivrée ; au lieu de l'éclairer sur son erreur, il en a abusé ; il ne mérite aucun ménagement »⁵⁹⁸.

Ainsi, si l'*accipiens* avait reçu la chose de bonne foi, il ne devait rendre compte des fruits qu'elle avait produits⁵⁹⁹, et des intérêts qui résultaient de « son injuste détention »⁶⁰⁰, qu'à compter du jour où il avait été mis en demeure de la rendre⁶⁰¹ ; avait-il été de mauvaise foi, il devait rendre les fruits que la chose avait produit et les intérêts à compter du jour où il en avait pris réception⁶⁰².

⁵⁹⁴ Anc. art. 1378 C. civ.

⁵⁹⁵ Anc. art. 1381 C. civ.

⁵⁹⁶ TARRIBLE, disc. préc., p. 486.

⁵⁹⁷ *Ibid.*

⁵⁹⁸ *Ibid.*

⁵⁹⁹ Art. 547 C. civ. – Voy. JAUL M., *La notion de fruits*, Defrénois, 2018, spéc. n°340-346.

⁶⁰⁰ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 473.

⁶⁰¹ TARRIBLE, disc. préc., p. 486 : « [L]e tiers ne sera obligé de restituer les fruits ou les intérêts qu'à compter du jour de la réclamation ». – e.g. CASS. CIV., 2 juillet 1879, *D.* 1879.1.372 ; ou CAEN, 20 mars 1891, *D.* 1892.2.177.

⁶⁰² Anc. art. 1378 C. civ. – e.g. CASS. REQ., 5 novembre 1856, *D.* 1858.1.397 ; CASS. CIV., 11 mai 1858, *D.* 1858.1.219 ; PARIS, 16 avril 1872, *D.* 1873.2.223.

Les obligations du *solvens* consistaient quant à elles à rembourser à l'*accipiens* toutes les dépenses utiles et nécessaires qu'il avait engagé pour la préservation de la chose⁶⁰³. Ainsi que l'avait dit Tarrible, ces dépenses étaient « toujours à la charge du propriétaire ; il [devait] les rembourser même au possesseur de mauvaise foi »⁶⁰⁴ ; Bertrand de Greuille avait ajouté que « l'équité ne permet[ait] pas que le propriétaire d'une chose puisse s'enrichir aux dépens de celui-là même qui avait manifesté l'intention criminelle de l'en dépouiller »⁶⁰⁵. Le *solvens* devait alors rembourser à l'*accipiens* les impenses utiles et nécessaires que ce dernier avait engagé pour améliorer et conserver la chose – les premières n'étaient remboursables que dans la limite de la plus-value –, mais ne devait bien sûr pas rembourser les impenses voluptuaires qui avaient été faites pour l'embellissement de la chose.

66. – L'apport de l'Ordonnance du 10 février 2016 sur le compte de restitution. À la différence de la restitution du principal, le compte de restitution avait soulevé toute une série de difficultés de mise en œuvre qui avait rendu l'exercice peu lisible et prévisible⁶⁰⁶, nécessitant, lors de la réforme de 2016, qu'il soit développé, sans qu'il ne soit porté atteinte à sa raison d'être, à savoir s'assurer que l'*accipiens* ne profite pas de la détention induite de la chose, et que le *solvens* ne souffre pas d'un dommage sur sa propriété, ou se dispense de supporter les charges qui lui incombent en tant que propriétaire.

Ainsi, il est aujourd'hui convenu que « [c]elui qui restitue la chose [doit] répond[re] 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 »⁶⁰⁷. Cette restitution « inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée »⁶⁰⁸, valeur qui doit être « évaluée par le juge au jour où il se prononce »⁶⁰⁹. De surcroît, « [s]auf stipulation contraire, la restitution des fruits, s'ils ne se retrouvent pas en nature, a lieu selon une valeur estimée à la date du remboursement, suivant l'état de la chose au jour du paiement de l'obligation »⁶¹⁰. « Pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui

⁶⁰³ Anc. art. 1381 C. civ.

⁶⁰⁴ TARRIBLE, disc. préc., p. 487.

⁶⁰⁵ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 473.

⁶⁰⁶ DESHAYES, GENICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 917.

⁶⁰⁷ Art. 1352-1 C. civ. – Voy. MORANÇAIS-DEMEESTER M.-L., « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD Civ.* 1993, pp. 757-787.

⁶⁰⁸ Art. 1352-3 al. 1 C. civ.

⁶⁰⁹ Art. 1352-3 al. 2 C. civ.

⁶¹⁰ Art. 1352-3 al. 3 C. civ.

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 »⁶¹¹. « La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue »⁶¹². Et « [c]elui 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 »⁶¹³.

⁶¹¹ Art. 1352-5 C. civ.

⁶¹² Art. 1352-6 C. civ.

⁶¹³ Art. 1352-7 C. civ.

CHAPITRE IV

L'enrichissement injustifié

Les fondements historiques et politiques d'une source subsidiaire d'obligations

67. – Les mentions au principe selon lequel on ne saurait injustement s'enrichir aux dépens d'autrui dans les travaux préparatoires du Code civil. Au-delà de quelques allusions plus ou moins nettes, le concept d'enrichissement injuste, ou plus exactement le principe selon lequel *nul ne saurait injustement s'enrichir aux dépens d'autrui*, ne fut, sauf erreur de ma part, évoqué comme étant au fondement de telle ou telle règle du Code civil que huit fois en 1800–1804.

Deux premières mentions furent faites par Portalis et Louis-Joseph Faure (1760–1837), à propos, respectivement, des art. 554 et 548 C. civ., tenant au droit d'accession relativement aux choses immobilières. Le premier déclara ainsi au Corps législatif, le 26 nivôse an XII (17 janvier 1804) :

« Nous nous sommes occupés de l'hypothèse où le propriétaire d'un fonds fait des plantations et constructions avec des matériaux qui appartiennent à un tiers. Nous avons pensé, dans une telle hypothèse, que ce tiers n'a pas le droit d'enlever ses matériaux, mais que le propriétaire du fond doit en payer la valeur, et qu'il peut même, selon les circonstances, être condamné à des dommages et intérêts. Cela est fondé sur le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui »⁶¹⁴.

Le second déclara dans son rapport au Tribunal du 30 nivôse an XII (21 janvier 1804) :

⁶¹⁴ PORTALIS J.-E.-M., Exposé des motifs de la future loi du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804) *sur la propriété*, Corps législatif, 26 nivôse an XII (17 janvier 1804) in FENET. XI, rec. préc., pp. 112-134, p. 127.

« Il arrive souvent que le propriétaire qui recueille les fruits de la chose n'a pas lui-même fait les frais de la culture. Nul doute qu'il ne doit les rembourser à celui qui les a faits. Cette obligation est fondée sur une des premières règles d'équité, qui ne veut pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui »⁶¹⁵.

Cinq autres mentions furent faites par Jaubert, Bertrand de Greuille et Tarrible à propos du droit des paiements et de la réception d'une chose non due : deux fois pour le premier – une fois en commentaire de la règle *tout paiement suppose une dette*⁶¹⁶ et l'autre en explication de la règle relative à la validité du paiement ayant tourné au profit du créancier⁶¹⁷ – ; une fois pour le second, en commentaire de la règle sur le remboursement des dépenses nécessaires et utiles faites par l'*accipiens* pour la conservation de la chose⁶¹⁸ ; et deux fois pour le dernier afin de résumer l'esprit de la responsabilité du fait de la réception d'une chose non due⁶¹⁹.

La dernière mention fut faite par Louis-Joseph Faure, encore, dans son rapport au Tribunat du 12 ventôse an XII (3 mars 1804) sur la future loi du 15 ventôse an XII (6 mars 1804) *sur la vente*, à propos de la faculté de rachat et de la règle de l'anc. art. 1673 C. civ., où il était convenu que le vendeur qui y faisait usage devait « rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui [avaient] augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation » :

« Comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, il ne suffit pas que le vendeur qui rentre dans sa propriété rembourse à l'acquéreur le prix et les frais de la vente ; il faut de plus qu'il lui tienne compte des réparations qui sont à la charge des propriétaires, et de l'excédent de valeur que les dépenses bien constatées ont donné à l'héritage »⁶²⁰.

68. – Pourquoi le principe *neminem cum alterius* ne s'est-il pas affirmé comme une source d'obligation dans la législation napoléonienne ? À l'évidence, aucune de ces références ne signifiait que les règles qui y étaient associées avaient été énoncées parce que le principe *neminem cum alterius* le commandait. Il ne s'agissait que de commentaires

⁶¹⁵ FAURE L.-J., Rapport sur la future loi du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804) *sur la propriété*, Tribunat, 30 nivôse an XII (21 janvier 1804), *ibid.*, pp. 134-153, pp. 137-138.

⁶¹⁶ JAUBERT, rapp. préc., p. 339, reproduit *in n.* 496.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 343, reproduit *in n°* 55.

⁶¹⁸ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 473, reproduit *in n°* 65.

⁶¹⁹ TARRIBLE, disc. préc., pp. 490-491 : « S'agit-il du paiement d'une chose non due ? L'équité ne pouvant souffrir qu'une erreur dépouille l'un pour enrichir l'autre, le projet oblige celui qui a reçu à restituer ». – *Adde ibid.*, p. 484, reproduit *in n°* 19.

⁶²⁰ FAURE, rapp. du 12 ventôse an XII (3 mars 1804), préc., p. 172.

a posteriori, reposant sur le simple constat que si telle ou telle personne ne remboursait pas les plantations et constructions qui avaient été faites sur sa propriété avec des matériaux qui appartenaient à un tiers, les frais de culture des fruits qu'elle avait recueillis, les frais de conservation et de réparation de ce qui lui appartenait, ou ne restituait pas ce qu'elle avait indûment reçue, alors elle risquait de s'enrichir injustement aux dépens d'autrui. En l'état de nos connaissances, rien n'indique que les rédacteurs du Code civil aient pensé que l'enrichissement injuste puisse être la source d'un contentieux à part entière. Non seulement ce concept ne disposait pas d'une assise théorique ou matérielle suffisamment élaborée dans les traditions de l'Ancien Régime pour qu'on puisse en tirer une règle juridique de portée générale⁶²¹ – il n'était après tout que l'expression d'une maxime d'équité à laquelle les juges et les auteurs avaient recours afin de faciliter ou d'illustrer leurs démonstrations, ou de faire état de leur maîtrise des canons romanistes et iusnaturalistes⁶²² –, mais il ne s'imposait pas comme nécessaire à l'aune du système de remèdes qui allait être instauré. Ainsi que nombre d'auteurs vinrent à le relever⁶²³, il avait été institué dans le Code civil tant de règles spéciales qui permettaient, à dessein ou non⁶²⁴, d'empêcher qu'une personne ne s'enrichisse injustement aux dépens d'une autre qu'il n'allait absolument pas de soi d'énoncer en parallèle une règle générale. Et à supposer qu'aucune de ces règles spéciales, qu'elles aient traités à l'accession⁶²⁵, aux impenses⁶²⁶, aux récompenses⁶²⁷, au recours en subrogation ou contribution⁶²⁸, à la gestion d'affaires, *etc.*, ne permette l'octroi d'un remède adéquat, il était certain que les juges statueraient en équité⁶²⁹. Ce fut d'ailleurs ce qui arriva peu après la promulgation du Code civil, lorsqu'émergea, ou plutôt se perpétua, un contentieux de niche qui n'avait pas été anticipé en 1800–1804 : la responsabilité de l'époux et du père, chef de famille, « pontife investi de la magistrature primordiale, du plus antique sacerdoce »⁶³⁰, vis-à-vis

⁶²¹ RIPERT, *op. cit.*, pp. 246-247.

⁶²² Voy. AUGUSTIN J.-M., « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français » in MANNINO V. et OPÈLE C. (dir.), *L'enrichissement sans cause – La classification des sources des obligations*, LGDJ, 2007, pp. 31-42, pp. 33-34.

⁶²³ e.g. POSSA M., *L'enrichissement sans cause*, Giard & Brière, 1916, Chap. II.

⁶²⁴ MAZEAUD ET AL., *op. cit.*, 7^{ème} éd., n°647.

⁶²⁵ Tit. II, Liv. II, C. civ. – Voy. DROSS W., *Le mécanisme de l'accession*, Thèse Nancy II, 2000.

⁶²⁶ e.g. anc. art. 861, 862, 1375, 1381, 1635, 1673, 1859, 2080, 2086 C. civ. ; art. 1794, 1947 C. civ. – Voy. FAYARD M.-C., *Les impenses*, LGDJ, 1969.

⁶²⁷ Anc. Sec. 1, Partie I, Chap. II, Tit. V, Liv. III, C. civ. – Voy. MONTEILLET-GEFFROY M., *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, La Baule : la Mouette, 2001.

⁶²⁸ Anc. art. 1214, 1216 et 1251 C. civ.

⁶²⁹ Art. 4 C. civ.

⁶³⁰ DE CARION-NISAS H., Rapport sur la future loi du 30 ventôse an XI (21 mars 1803) *sur le divorce*, Tribunat, 28 ventôse an XI (19 mars 1803) in FENET. X, rec. préc., pp. 510-541, p. 511.

des engagements pris par son épouse ou ses enfants mineurs, alors incapables⁶³¹, dont ils avaient profité aux dépens du tiers avec qui ils avaient contracté – le contentieux de l'*in rem verso*.

I. – Les origines de l'enrichissement injuste comme source d'obligations : une brève histoire de l'action *de in rem verso* de l'Ancien Droit au droit napoléonien

69. – **Les contours du contentieux de l'*in rem verso* dans l'Ancien Droit.** En principe, le chef de famille ne pouvait être engagé vis-à-vis des tiers avec qui son épouse ou ses enfants mineurs avaient contractés que s'il avait autorisé ces derniers à agir de la sorte. Cependant, il était admis sous l'Ancien Régime que si son épouse ou l'un de ses enfants mineurs avait fait affaire avec un tiers sans y avoir été autorisé, et qu'ils avaient tiré profit de cette affaire aux dépens de ce dernier, il pouvait en être tenu responsable *via* une action dite *de in rem verso* (« de ce qui a tourné au profit de »⁶³²), action romaine⁶³³ dont le principe avait été réinventé sous la forme d'une *actio utilis* par des juristes médiévaux⁶³⁴, notamment sur le fondement d'une interprétation libre d'un fragment du Codex⁶³⁵. Claude-Joseph de Ferrière (16..-1748) nota ainsi, en marge de sa *Nouvelle traduction des Institutes*, à propos de la loi *de actione de peculio, & de actione de in rem verso*, que « [l]'action *de in rem verso*, est d'usage par toute la France ; ainsi quelque personne que ce soit, au profit de qui une somme que j'ai prêtée à une autre, aura tournée, elle sera tenue envers moi jusqu'à concurrence de ce qui a été utilement employé pour ses affaires [et que] la raison est, que ce principe est fondé sur l'équité naturelle, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui »⁶³⁶.

⁶³¹ Anc. art. 1124 C. civ. – Adde HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français, op. cit.*, n°12.

⁶³² DAWSON J., *Unjust Enrichment. A Comparative Analysis*, Little, Brown & Co., 1951, p. 85. – Adde BROSSETTE C., *Les titres du droit civil et du droit canonique*, Boudet, 1705, p. 229, ss. « profit » : « *De in rem verso*. D. 15.3 ; C.4.26 ; I.4.7§.4. De ce qui a tourné au profit de quelqu'un ».

⁶³³ MACCORMACK G., « The Early History of the “Actio de in Rem Verso” (Alfenus to Labeo) » in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*. Tome II, La Goliardica, 1982, pp. 319-340 ; *id.*, « The Later History of the *Actio de in Rem Verso* (Proculus - Ulpian) », *Studia et Documenta Historiæ et Iuris* 1982, pp. 318-367.

⁶³⁴ ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 879-883.

⁶³⁵ DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS, *Cod.* 4.26.7.3, où il était question d'un prêt consenti par une personne au profit d'une autre, qui agissait au nom et pour le compte d'un tiers, et dont il était dit que le prêteur disposait d'un recours contre ce dernier, si le prêt avait tourné à son profit ou s'il avait ratifié l'opération.

⁶³⁶ DE FERRIÈRE C.-J., *Nouvelle traduction des Institutes de l'Empereur Justinien*. Tome VI, Saugrin, 1734, pp. 168-169.

1. – L'action *de in rem verso* comme moyen pour les tiers de tenir responsable le père de famille vis-à-vis des engagements pris par sa femme et ses enfants : une technique bien établie sous l'Ancien Régime

70. – Quelques arrêts sur l'*in rem verso* en rapport à l'application du *Senatus consultum Macedonianum*. On trouva dans l'Ancien Droit des applications intéressantes de l'action *de in rem verso* en relation avec le *Senatus consultum Macedonianum*, sénatus-consulte du Sénat romain, rapporté par Ulpianus dans ses *Libri ad edictum*, qui empêchait la répétition des sommes qui avaient été avancées au profit d'un enfant mineur qui n'avait pas été autorisé par son père à les recevoir :

« Verba senatus consulti Macedoniani hæc sunt : “Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et sæpe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet : placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo fænerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri” » .

— « Voici ce que porte en substance le Sénatus-Consulte Macédonien : “Comme entre les différents crimes dont Macédo s'est rendu coupable par son penchant naturel vers le vice, il se procurait, entre autres choses, par des voies illicites des créances, et qu'en prêtant ainsi de l'argent sans désigner la cause et le motif, il facilitait le libertinage et la corruption des mœurs, il a été décidé que celui qui aurait prêté de l'argent à un fils de famille ne pourrait obtenir d'action après la mort du père, sous la puissance duquel était le fils de famille à qui il aurait prêté, afin que ceux qui prêtent ainsi à usure sachent que les obligations que les fils de familles auront contractées à cet égard ne seront nullement valables, et que c'est à tort qu'ils attendraient la mort du père pour se venger sur son bien et se faire payer” »⁶³⁷.

Cependant, une exception était admise au titre de la loi 5 de ce Sénatus-Consulte, loi énoncée en 230 par la chancellerie de l'empereur Alexander Severus (208–235), lorsque ces sommes avaient été avancées afin de subvenir à des dépenses nécessaires⁶³⁸ ; Philippe-Antoine Merlin de Douai (1754–1838) la rapporta dans le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* :

⁶³⁷ ULPIANUS, *Dig.* 14.6.1, trad. DU FAVRIL G., *Le Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien*. Tome VIII, Rousseau, 1807, p. 283.

⁶³⁸ ALEXANDER SEVERUS, *Cod.* 4.28.5.

« La loi 5, C. *ad senatus-consultum Macedonianum*, déclare que “l’autorité du sénatus-consulte Macédonien n’empêche pas la répétition de l’argent qui a été prêté à un fils de famille dans un temps où il voyait pour cause d’étude, ou était en ambassade chez un peuple étranger, lorsque le prêt lui a été fait pour subvenir à ces dépenses nécessaires que la pitié paternelle ne peut pas désavouer. Mais, en ce cas, l’obligation du fils n’est exécutoire contre le père que jusque’à concurrence de son pécule” »⁶³⁹.

Pierre Ayrault (1536–1601) put ainsi rapporter une affaire opposant le Seigneur de la Tour à Gabriel de Bouvery, Évêque d’Angers, qui fit « delivrer au fils [du premier], habits & draps de soye pour l’equiper & remonter [d’Italie] selon sa qualité »⁶⁴⁰. Le Seigneur de la Tour fut condamné, en application de la coutume d’Anjou, par les juges présidiaux d’Angers à rembourser à l’Évêque les sommes que ce dernier avait avancé pour son fils, condamnation qu’il contesta en appel en invoquant le bénéfice du *Macédonien*. En vain, la cour rejeta sa demande le 16 juillet 1560. Ayrault nota :

« [L]a Cour n’eust autre esgard qu’à la seule cause de l’obligation, qui estoit *vestmentorum & alimentorum* [“pour l’habillement et la nourriture”]. Que c’estoit un cas quel cessoit le decret du Senat Romain : & qui plus est, auquel le pere estoit tenu *de in rem verso* [...]. Qu’il n’estoit question que de six, ou sept vingts livres. Que la vérité estoit que ledit Iehan de la Tour, fils, avoit mesmes porté & usé en la maison de son pere, les habillemens qu’il avoit fait faire à l’adveu & credit dudit sieur Evesque. Mais, qui plus est, iedisois, que quand bien il seroit ainsi que le fils en eust mal usé, qu’il suffisoit *ab initio negotium utiliter gestum* [“qu’il ait dès l’origine géré utilement l’affaire”] »⁶⁴¹.

Gaspard Thaumassière (1631–1702) put quant à lui rapporter une affaire jugée le 27 juin 1641 par les juges du Présidial de Bourges, en application de la coutume de Berry. En l’espèce, le fils de De Mahis s’était engagé auprès de la Compagnie de de Poigny et mourut au combat, il semblerait lors (ou à la suite) du Siège de Salses (1639–1640), bataille de la Guerre franco-espagnole (1635–1659). De Poigny demanda à De Mahis de lui payer ce que son fils lui devait, à quoi ce dernier s’opposa, arguant que son fils, mineur, s’était engagé sans qu’il n’y consente, rendant l’obligation nulle. En vain. Le père fut condamné aux dettes de son fils :

⁶³⁹ « Puissance Paternelle » in MERLIN DE DOUAI P.-A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Tome X, Garnery, 1809, 3^{ème} éd., pp. 279-280. – Voy. ALEXANDER SEVERUS, *Cod.* 4.28.5 : « Macedoniani senatus consulti auctoritas petitionem eius pecuniæ non impedit, quæ filio familias studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus, quos patris pietas non recusaret, credita est. 1. Sed ex contractu filii post mortem eius de peculio actio in patrem competere ita demum potest, si anni utilis spatium petitionem non impedit. 2. Sane si iussu patris datum mutuum probetur, nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est et perpetua in patrem etiam mortuo filio actio est ».

⁶⁴⁰ AYRAULT P., *Plaidoyers et arrests*, Sonnius, 1615, Plaid. V, pp. 24-25, p. 24.

⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

« [L]e Demandeur [...] soutenoit qu'il y avoit deux choses qui rendaient le Pere condamnable : La premiere, la necessité en laquelle étoit le fils malade & hors le Royaume en país étranger, auquel sans doute le defendeur, s'il eût été present, eût fait son possible pour le tirer du peril, n'ayant le Demandeur fait que ce soit que le Pere eût fait & étoit obligé de faire, & ainsi qu'il étoit tenu *actione de in rem verso*, ayant donné les alimens à son fils absent, *quæ patris pietas non denegaret* [“que la pitié paternelle ne peut désavouer”], *l.5.C. ad Maced.* La seconde, que c'étoit pour le service du Roy auquel cas selon la Loy, derniere au même Titre les Obligations des Enfans de famille obligeoient leurs Peres, *sive mandato, sive sine mandato Patris, initus sit contractus* [“que ce soit avec ou sans l'ordre du Père, que le contrat soit conclu”] »⁶⁴².

Antoine-François Prost de Royer (1729–1784) rapporta aussi un arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 1^{er} juillet 1644 où il fut « dit que les *alimens* du fils, auxquels le pere s'étoit obligé, doivent, en cas d'insolvabilité de celui-ci, être payé par celui-là »⁶⁴³. Jean-Guy Basset (1598–1686) nota à ce sujet :

« Le mouvement principal de l'arrêt fut que, d'un côté, ce fils avoit grandement profité des instructions de Rosset [– chez qui il avait été placé, nda –], outre les *alimens* qu'il avoit reçus ; & que l'action *de in rem verso* y pouvoit être bien appliquée ; & d'autre part, qu'il n'estoit pas raisonnable que Rosset eût été privé du juste paiement d'une chose qu'il avoit avancée de bonne foy »⁶⁴⁴.

Dans ses *Questions notables et maxime du droit*, un « célèbre avocat au Parlement de Provence », qui ne serait autre que Hyacinthe de Boniface (1612–1699), répondit quant à lui à la question « un père est[-il] obligé de païer les dettes de son fils ? » qu'« il est vrai que le pere n'est pas tenu de païer les dettes de son enfant, hors des trois cas, *de jussu*, [“de son ordre”], *de in rem verso, aut de peculio* [“sur le pécule”] ; [et] que s'il s'est laissé persuader d'en faire le païement, il le peut repeter, hors de ces trois cas »⁶⁴⁵. Et de renvoyer, dans ses *Arrests notables de la cour du Parlement de Provence*, à une affaire jugée le 28 mars 1667, où Carneval, qui fut placé par son père comme cleric chez de Longis, Procureur au Siège général d'Aix, fut condamné à verser 100 livres à l'hoirie de de Longis pour tous les aliments que ce dernier avait avancé :

« L'on disoit pour les héritiers de Longis, que n'estant pas contesté par Carneval n'eût demeuré dans la maison de Longis durant lesdites quatre années, leur demande estoit

⁶⁴² THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE G., *Maximes du droit coutumier*, Toubeau, 1691, Questions et réponses sur les coutumes de Berry, Centurie Premiere, Chap. V, pp. 21-24, pp. 22-23.

⁶⁴³ PROST DE ROYER A.-F., *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*. Tome IV, De la Roche, 1784, p. 160.

⁶⁴⁴ BASSET J.-G., *Notables arrests de la cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*. Tome II, Gilibert, 1676, p. 240.

⁶⁴⁵ ANON., *Questions notables et maximes du droit*, Giroud, 1702, Liv. IV, Quest. XXIV, p. 339.

indubitable, y ayant cela de particulier en matière d'alimens, qu'on peut agir par action personnelle contre le fils qui les a pris, ou par action *de in rem verso* contre le père, suivant la loy 5. *ad. S.C. Macedonia* »⁶⁴⁶.

François de Cormis (1639–1734) évoqua dans son *Recueil de consultations* une affaire similaire jugée au Parlement de Provence le 9 juin 1681 : *Contard c. Bouchard*. En l'espèce, le fils de Bouchard avait été, en l'absence de son père, envoyé à Rome par sa mère (et par son oncle) à l'aide d'un marchand dont Contard était cessionnaire. Ce marchand avait « fait la dépense de l'embarquement, & par les chemins, le fait habiller à Rome, & l'entretient pendant trois ou quatre mois de séjour »⁶⁴⁷. Et lorsque ce marchand décida de rentrer en son pays, le fils Bouchard demanda à rentrer aussi : « [le marchand] paya encore la dépense du retour, comme il avoit payé celle d'un portrait de six pistoles, que ce garçon avoit fait faire de lui-même à un excellent Peintre de Rome, qui l'avoit fait emprisonner faute de payment ; & pour toutes ces fournitures Bouchard fils avoit passé Contrat d'obligation à Robert [le marchand] de 40 pistoles d'Italie, valant 420 [livres] »⁶⁴⁸.

« Au retour de cet enfant, Bouchard pere, qui témoigna toute la joie possible en le recevant dans sa maison, & touchant son portrait, n'eut pas le même sentiment, lorsque Robert lui demanda le paiement des 40 pistoles d'Italie »⁶⁴⁹.

Le père refusa de payer les dettes de son fils et une sentence fut rendue à son avantage, ne le condamnant qu'à rembourser « la fourniture purement necessaire, qui seroit déclarée par Experts ; sur laquelle même il seroit deduit, aussi à connoissance d'Experts, la valeur des services que cet enfant pouvoit avoir rendus à Robert, sauf pour le surplus des 40 pistoles contenues en l'obligation, d'agir contre le fils, ainsi que Robert verroit bon être »⁶⁵⁰. Bouchard, « autant avare pour le moins qu'il est riche »⁶⁵¹, contesta et fit appel, engageant une procédure où il brilla par sa mauvaise foi. De Cormis représenta Contard et obtint gain de cause. Il plaida notamment ce qui suit, répondant à l'argument du conseil de Bouchard père, soutenant que la lettre de son épouse ne permettait pas qu'on le

⁶⁴⁶ BONIFACE H., *Arrests notables de la cour du Parlement de Provence*. Tome I, Molin, 1708, p. 71.

⁶⁴⁷ DE CORMIS F., *Recueil de consultations*. Tome II, Montalant, 1735, Centurie quatrième, Chap. XXXIX, pp. 1446-1452, p. 1446 E.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 1447 A.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 1447 B.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 1447 C.

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 1447 D.

poursuive – il aurait fallu qu'elle soit de lui – et que le voyage de son fils, « où il a plutôt perdu son tems que profité »⁶⁵², ne relevait en rien de la nécessité :

« [C]e qu'on fournit à un fils de famille hors de son Pays, & de la Monarchie, est bien plus digne de remboursement, que ce qu'on lui fournit en son Pays, où le pere peut pourvoir à ses besoins ; en sorte que c'est entreprendre sur son autorité & sur sa prévoyance. La loi *Macedoniani* 5, Cod. *Ad S.C. Macedon.* a dit à ce sujet, que ce qui a été fourni au fils *alibi degenti ad necessarios sumptus quos parentis pietas non recusaret* [“les dépenses nécessaires pour vivre ailleurs, que la piété parentale ne désavouerait pas”], ne peut être sujet au Macedonien : & la loi 16, au ff. du même Titre, avoit dit aussi qui, si le pere sur l'absence de son enfant & sur la fourniture, n'a aussi-tôt écrit & protesté que c'est contre gré, & fait sa plainte pour rapeler son enfant, la fourniture demeure utile et sujette à remboursement. Il devoit aussi considerer que l'Arrêt de la Cour qu'il allègue [– où il fut demandé à un fournisseur de prouver l'état de nécessité de l'enfant afin d'obtenir le remboursement, nda –] fait sa condamnation. Car si le fournisseur en la même Province fut admis contre le pere en verifiant l'etat necessiteux ou le besoin du fils en la ville de Grasse ; à plus forte raison Bouchard a du executer la Sentence, laquelle n'a admis que le purement necessaire qui a été fourni sur les chemins & à Rome ; par où par consequent le fils, depouillé de tout autre secours & de toute autre connoissance que de Robert, eût peri necessairement & de faim & de froid.

La Lettre du pere auroit fourni contre lui l'action directe *mandati* ou *quod jussu*, laquelle manquant, l'action *negotiorum gestorum*, & *de in rem verso* au lieu : parceque c'est *vertere in rem patris* [“ce qui appartient au père”] que de nourrir son fils & lui fournir le necessaire. [Si Bouchard] trouvoit de l'excès aux quarante pistoles d'Italie, pour un voyage aussi éloigné que celui-là, & un sejour de quatre mois & demi ; la Sentence l'avoit bien redressé en n'admettant à son egard, que le seul necessaire à connoissance d'Experts, & même deduction faite de la valeur des services du fils, qui ne devoient sans doute être deduits par equité que sur le surplus de la somme, ou de l'obligation reservée contre le fils »⁶⁵³.

Malgré ses efforts, de Cormis ne parvint pas à convaincre les membres du Parlement et la sentence fut confirmée.

71. – La jurisprudence sur l'*in rem verso* en matière d'autorisation de la femme mariée. Au-delà de l'autorisation du mineur, et du Macédonien, le contentieux de l'*in rem verso* s'étendait à l'autorisation de la femme mariée. Charondas le Caron rapporta par exemple une affaire ayant été présentée à l'Auditoire du Bailliage de Clermont, où une femme, qui avait été autorisée par justice, et non par son époux, à agir afin de faire valoir

⁶⁵² *Ibid.*, p. 1449 E.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 1450 A-E.

des droits sur une succession, avait été « condamnée à faire partage, & evincee de partie de ladite succession, avec restitution de fruits, & si est condamnée es despens »⁶⁵⁴ :

« On a demandé comment se payerōt lesdits fruits & despens. Car le mary, combien qu'il ayt pendant le proces jouy de tous les héritages de ladite succession, empesche lesdits fruits & despens estre pris sur les meubles, & autres biens de la communauté, pour n'avoir autorisé sa femme. J'ay jugé en l'audience, qu'il en estoit tenu, *tanquam de in rem verso* ["comme s'ils avaient tourné à son profit"], par ce que les fruits desdits héritages dont il avoir poffité, estoyent entrez & confondus avec ses autres meubles en ladite communauté, *arg.l.si in rem & al. ff. de in rem verso* »⁶⁵⁵.

Pierre-Jacques Brillon (1671–1736) nota dans son *Dictionnaire des arrests, ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France* que « [l]e mari étant tenu d'habiller sa femme, est obligé de payer les marchandises par elle achetées, Arrêt du P. de Dijon du 12 juillet 1619. *Tenetur actione de in rem verso* ["est lié par l'action *de in rem verso*"] »⁶⁵⁶. Et de Cormis mentionna à la marge d'*Eyfalene c. Moussier*, arrêt en date du 30 juin 1702, que « [c]e qui fait qu'en toute maniere le mari n'a pas dû être mis en cause pour pareil sujet ; car il faut un ordre & un billet du mari, pour avoir contre lui l'action *Mandati*, ou *Quod jufu & De negotiis gestis*, ou bien que la marchandise se soit convertie à l'usage de la femme ou de la famille, parcequ'alors elle a tourné en quelque maniere à l'utilité du chef de famille par l'action *De in rem verso* »⁶⁵⁷. Cette affaire était en lien avec l'affaire de la marquise de Raffan, marquise qui n'en était pas une, à qui Moussier avait remis des marchandises par l'intermédiaire de Madame Eyfalene. La pseudo-marquise ayant pris fuite, ce qui fit grand bruit à Marseille, Moussier entendit obtenir le remboursement des marchandises en arguant que l'épouse d'Eyfalene en avait profité, prétention à laquelle s'opposa de Cormis, conseil d'Eyfalene, au moyen que celle-ci avait certes pris les marchandises, mais qu'elle ne les avait pas portées ou n'en avait pas fait

⁶⁵⁴ CHARONDAS LE CARON L., *Responses du droict françois*, Soubron, 1596, Resp. LXVI, p. 432.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ « Autorisation » in BRILLON P.-J., *Dictionnaire des arrests, ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France*. Tome I, Cavalier, 1711, p. 207.

⁶⁵⁷ DE CORMIS, *op. cit.*, Centurie troisième, Chap. LXIX, pp. 1146-1157, p. 1149, B-C. – Voy. 19 février 1691, *Wagrez c. de Glay*, in DUBOIS D'HERMAVILLE A.-G. (dir.), *Recueil d'arrêts du Parlement de Flandres*. Tome I, Henry, 1773, Arrêt XLIII, où les juges du Parlement de Flandres refusèrent à de Glay, créancière d'Hardy, entrepreneur insolvable, qui fut condamné par le Prévôt de Valenciennes au paiement d'une cédule, d'appliquer l'action *de in rem verso* à la veuve Wagrez, épouse de feu la caution de Hardy : « L'on a jugé [...] que les créanciers de l'entrepreneur condamné, ne peuvent faire exécuter les condamnations qu'ils ont obtenues, que contre lui, & nullement contre ses cautions, qui ne leur sont pas obligés, ni tenus par aucune action, non pas même *de in rem verso* ; parce que tout ce que Hardy a fait pour l'entreprise, il l'a fait pour sa propre décharge, & sa caution n'en devient point plus riche, & n'en profite pas ; elle est soumise à suppléer au défaut de l'entrepreneur, & son obligation ne produit point d'action que du jour que l'entrepreneur se tourne en défaut », *ibid.*, p. 211.

usage dans sa famille, point de droit qui ne fut pas contesté pendant l'instance, celle-ci ne portant que sur une question de preuve.

2. – Omise par les rédacteurs du Code civil, mais préservée par les juges : le passage de l'action *de in rem verso* de l'Ancien Droit au droit contemporain

72. – La formule *in negotium mariti* dans l'œuvre de Le Brun. L'action *de in rem verso*, que l'on retrouva notamment dans la littérature savante appliquée à des questions aussi diverses que le recours de la caution⁶⁵⁸, la restitution du mineur⁶⁵⁹, l'aliénation faite au préjudice d'une substitution⁶⁶⁰, ou sur les contrats de grosse⁶⁶¹, resta intimement liée à

⁶⁵⁸ Olivier Estienne, avocat au Parlement de Normandie, nota par exemple, dans son *Nouveau traité des hypothèques*, Besongne, 1705, p. 335, que « [l]a Loy 40.*ff. Mandati* [PAULUS, *Dig.* 17.1.40], porte ces termes : *si pro te praesente & vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est : sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio* [– “[s]i, en votre présence et contre vos instructions, je me porte sûreté pour vous, il n’y a pas d’action sur mandat ou en gestion d’affaires” –], dit le Jurisconsulte Paulus ; & pour comprendre le sens de cette Loy, il faut faire la distinction qu’il y a des actions que la caution a contre le debiteur avant le paiement, & des autres qu’elle a après le paiement, selon la Loy 45.*ff. Mandati* [PAULUS, *Dig.* 17.1.45] ; or cette espece de caution n’a point l’action *mandati, aut negotii gesti*, qui se donne avant le paiement, & qui a pour but la décharge, qu’on appelle *actio mandati ut liberemur* ; mais quand la caution a payé, elle a l’action qui procede de la cession des actions du creancier, ou bien, *de in rem verso, ne alterius detrimento locupletetur* ».

⁶⁵⁹ Les éditeurs des *Coutumes générales de la ville de Metz et du pays messin*, Antoine, 1730, notèrent ainsi, p. 227, en commentaire de l’art. XII que « les Ventes & Aliénations des Biens des Mineurs sont nulles comme il est dit par nôtre Art. 12 & les Mineurs ne sont pas obligez à la restitution des Derniers qu’ils en ont reçûs, sinon en deux cas qui sont encore de Droit Commun : l’un, lorsqu’ils se trouvent saisis desdits Derniers : l’autre, lorsqu’il est prouvé qu’ils ont été employez à leur profit & utilité. C’est ce qui est appelé en Droit, *de in rem verso*, dont la preuve est à la charge des Acquéreurs ». – Comp. BRUNEAU A., *Nouveau Traité des criées*, Le Febvre, 1704, 3^{ème} éd., p. 456 : « La seule minorité ne suffit pas pour la restitution, il faut qu’il y ait dol, fraude & lezion ; car l’équité ne veut pas que si la femme ou le mineur ont profité du prêt qu’il y a eu nécessité de le faire, qu’ils n’ont point souffert, qu’ils en ont fait un bon emploi ils en soient relevez, & ce seroit contre la Justice dans toutes ces circonstances de faire perdre le dû d’un creancier, car j’y mettray six cas ou le Senatus-Consulte Macedonien, ni la minorité ne sont pas écoulez que j’expliqueray très sommairement : 1°. Si la chose prestée au mineur lui a profité ou à son pere dont il avoit ordre. 2°. Si l’emprunt a été fait pour marier la sœur du fils mineur le pere est tenu, *actione de in rem verso*. 3°. Si l’emprunt a été fait par l’ordre du pere & des parens. 4°. Si le mineur étant aux Etudes ou dans quelque honneste exercice a emprunté pour ses necessitez. 5°. Si ça été pour retirer son pere de prison, de captivité, ou à rançon. 6°. Si le fils passoit pour pere de famille, exerçant Trafic ou Office & s’est dit majeur en rapportant un faux Baptistaire pour surprendre la loy, elle n’aide point à celui qui induit en erreur en fraude d’autrui ».

⁶⁶⁰ Jean-Baptiste Furgole (1690–1761) nota par exemple, dans son *Commentaire de l’ordonnance de Louis XV sur les substitutions d’août 1747*, Herissant, 1767, au sujet de l’art. XXXI de cet ordonnance, donnant droit aux substitués de révoquer les aliénations faites après l’insinuation, *i.e.* la déclaration, de la substitution, et de revendiquer les biens aliénés, quand bien même ils seraient héritiers l’aliénant : « Les paroles de notre texte (*sauf leur recours sur les biens libres du vendeur*), en décidant que les tiers acquéreurs, n’ont à rien à répéter sur le substitué, qui évince les biens aliénés, fait comprendre d’une manière très-claire, qu’il ne s’agit, que des aliénations faites sans cause, *in eversionem fideicommissi* [– “au mépris de la confiance” –] ; car si elles avoient été faites pour payer les dettes & charges de la substitution, que le prix eût été employé à les acquiter, & que les Législateur eût permis de les révoquer, il n’auroit pas omis de réserver aux tiers acquéreurs l’action pour répéter du substitué le prix employé à l’acquit des charges de la substitutions, dont il profiteroit ; par conséquent il seroit tenu de l’action *de in rem verso* », p. 401, en référence au *Senatus consultum Trebellianum*, ULPIANUS, *Dig.* 36.23.4.

⁶⁶¹ Émérigon B.-M., *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Mossy, 1783, p. 425.

l'autorisation de l'enfant mineur et de la femme mariée, en témoigne, en ce qui concerne cette dernière, cet extrait du *Traité de la communauté entre mari et femme* de Denis Le Brun (1640–1708) :

« Néanmoins ceux qui auroient fourni pour la dépense les habillemens et les meubles des femmes, nonobstant la nullité de l'obligation, auroient pour dernier refuge l'action *de in rem verso*, à exercer contre le mari. Cette action est fondée sur les maximes, & par les loix renfermées en ce titre, & ne peut avoir lieu que lorsque c'est *in negotium mariti* [“en ce qui concerne les affaires de l'époux”] que le crédit a été fait, indépendamment que *bono mariti cesserit* [“en ayant quitté son époux”] ou non, conformément à la loi 3, §.6, *in fin.* du même titre. Ainsi il faut distinguer entre les dettes qui ont pour cause un entretien, dont le mari, comme maître de la Communauté, est chargé, & celles qui ont une cause différente. À l'égard des premières, il n'y a point de difficulté que le mari n'en soit tenu. Par Arrêt du Parlement de Dijon du 12 juillet 1619, rapporté par Maître Bouvot, Tome 2, *verbo*, Droits appartenans à gens mariés, question 11, il fut jugé qu'un mari étoit obligé de payer à un Marchand des étoffes achetées par sa femme pour son habillement. La décision de cette Arrêt n'auroit par lieu dans deux cas. Le premier, si le mari avant l'emploi des marchandises contredisoit l'achat fait sa femme sans son ordre. C'est ce que M. Basnage sur la Coutume de Normandie, article 592, dit avoir été jugé par un Arrêt du Parlement de Roüen, qui condamna un Marchand à reprendre des passemens qu'une femme de condition avoit achetés sans l'ordre de son mari. Le second cas est, si la femme achetoit à crédit marchandises au-dessus de la condition, soit par rapport à leur prix, soit par rapport à leur quantité. La raison en est manifeste. L'action *de in rem verso* donnée en ce cas, est renfermée dans les seules choses que le mari est obligé de fournir : or si le mari n'est obligé d'entretenir un état à la femme que sur un certain pied, c'est une folie à un Marchand de vouloir lui avancer au-delà ; & ce Marchand ne peut ici alleguer son ignorance ; car il est censé connoître les facultés de ceux à qui il prête »⁶⁶².

73. – La formule *in negotium mariti* dans *de Lauzanne c. Hay des Nétumières*. La formule *in negotium mariti* de Le Brun, et son équation à l'action *de in rem verso*, fut loin d'être anecdotique, et trouva à s'affirmer dans un arrêt, dont il semble qu'il fût la première occurrence post-napoléonienne de l'action *de in rem verso*⁶⁶³, rendu par les conseillers de la Cour royale de Rennes, le 26 août 1820 : *de Lauzanne c. Hay des Nétumières*.

En l'espèce, de Lauzanne avait cessé de pourvoir à l'entretien de sa femme et de son fils. Hay des Nétumières, son beau-père, était intervenu et s'était assuré que sa fille et son petit-fils puissent rester dans la maison qu'ils occupaient alors à Rennes en s'acquittant des loyers. De Lauzanne avait accepté dans un premier temps que Hay des Nétumières

⁶⁶² LE BRUN D., *Traité de la communauté entre mari et femme*, Nyon, 1754, p. 183, rapportant, sur ce dernier point, un arrêt du 8 janvier 1693 du Parlement de Dijon, appliquant donc la Coutume de Bourgogne.

⁶⁶³ BOUT, *op. cit.*, n°35. – Comp. CASS. CIV., 18 août 1813, *Journal du Palais* 1813.11.650, où il fut fait référence, en matière d'aliments, « à la maxime de droit naturel, qu'on ne peut pas s'enrichir aux dépens d'autrui ».

verse directement à sa fille les rentes de sa dot, puis révoqua cette autorisation, demandant que le paiement se fesse entre ses mains et exigea, en plus des rentes, le paiement d'arrérages. Hay des Nétumières s'y refusa, arguant qu'il pouvait retenir sur sa dette les sommes qu'il avait avancées pour l'entretien de sa fille, argument qui n'avait pas convaincu en première instance. Les conseillers de la Cour royale de Rennes notèrent :

« Que si le mari, en vivant éloigné de sa femme ou par toute autre cause, n'a pu ou n'a voulu remplir ces obligations, il est évident que les tierces personnes qui les ont acquittées pour lui ont agi dans son intérêt, et qu'en pourvoyant à des dépenses d'entretien, dont, comme maître de la communauté, le mari était chargé, il est vrai de dire que ce qu'ils ont fourni à la femme et à ses enfans a tourné au profit de cette même communauté ; que, dans ce cas, la jurisprudence a toujours accordé à ces sortes de créanciers contre le mari l'action appelée en droit *de in rem verso*, fondée sur ce que c'est *in negotium mariti* que ces dettes ont été contractées »⁶⁶⁴.

Ils autorisèrent alors Hay des Nétumières à déduire lesdits arrérages des sommes dues à de Lauzanne en se fondant sur les articles du Code civil relatifs aux obligations qui naissent du mariage, droits et devoirs respectifs des époux et de l'administration de la communauté. L'époux était après tout le *seul* administrateur des biens de la communauté⁶⁶⁵ et des biens personnels de son épouse⁶⁶⁶ ; et attendu qu'il était tenu « de recevoir [cette dernière], et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état »⁶⁶⁷, et « de nourrir, entretenir et élever » avec elle leurs enfans⁶⁶⁸, il était juste que le tiers qui s'était acquitté de ces devoirs dispose d'une action contre lui afin d'obtenir le remboursement des sommes qu'il avait avancées ; en somme, l'action *de in rem verso* avait été envisagée comme la conséquence nécessaire de l'incapacité de la femme mariée et des enfans, et de la responsabilité réciproque du chef

⁶⁶⁴ RENNES, 26 août 1820, *de Lauzanne c. Hay des Nétumières*, *Journal du Palais* 1820–1821.141, p. 141.

⁶⁶⁵ Anc. art. 1421 al. 1 C. civ.

⁶⁶⁶ Anc. art. 1428 al. 1 C. civ.

⁶⁶⁷ Anc. art. 214 C. civ.

⁶⁶⁸ Art. 203 C. civ.

de famille des tiers avec qui ils contractaient⁶⁶⁹. Toullier, discutant de cette question dans les années 1820 à la lumière de la jurisprudence de l’Ancien Droit et du Code civil, ne dit pas autre chose⁶⁷⁰, affirmant qu’il ne saurait « croire que le Code eût voulu renverser une jurisprudence si constante et si raisonnable »⁶⁷¹.

3. – La relation de l’action *de in rem verso* à l’*actio contraria* : la transformation de l’action *de in rem verso* dans la jurisprudence du XIX^{ème} siècle

74. – De l’*actio de in rem verso* au principe d’une action directe : *Coulomb c. Daumont et Crouillebois c. Galand de Lisle*. L’action *de in rem verso*, action prétorienne se suffisant à elle-même – on remarque d’ailleurs que les juges eurent pour habitude de ne pas la nommer, fondant leur décision sur le principe d’une action *directe* naissant de l’incapacité totale des femmes et des enfants mineurs –, resta une niche, un recours que les tiers ne pouvaient exercer contre le chef de famille que lorsqu’il avait fait affaire avec son épouse ou ses enfants. Or, il y eut des situations qui ne s’inscrivaient pas dans cette configuration, nécessitant que l’action soit adaptée, souvent sous couvert d’autres théories et concepts. Ainsi, quelques années avant *Hay des Nétumières*, les conseillers de la Cour impériale d’Aix statuèrent dans une affaire, que j’ai mentionnée plus avant, *Coulomb c.*

⁶⁶⁹ Voy. PARIS, 25 février 1826, *Journal du Palais* 1826.215, une espèce similaire à *de Lauzanne c. Hay des Nétumières*, où les juges arrivèrent à des conclusions similaires, mais en étant moins explicites sur la technique qu’ils avaient employée. – Comp. PARIS, 1^{er} mai 1823, *Tilly c. Hamelin*, S. 1822–1824. 2.205 ; *Journal du Palais* 1822–1823.1079, où un moyen fondé sur l’enrichissement injuste fut invoqué par les appelants, sans que l’on sache s’il emporta la conviction des conseillers d’appel. Il fut ainsi rapporté au *Sirey* que les héritiers Hamelin, qui avaient succombé en première instance, soutinrent qu’il était « des cas où les obligations contractées sans autorisation, par une femme mariée, [pouvaient] être maintenues, par exemple, lorsqu’il s’agi[ssait] de fournitures pour leur maison, et que ces fournitures [n’étaient] pas excessives ; lorsque, comme dans l’espèce, les obligations [avaient] été contractées par motif d’indispensable nécessité ou d’utilité évidente, parce qu’il [était] de règle que personne ne [pouvait] s’enrichir aux dépens d’autrui ». Les éditeurs du *Journal du Palais* rapportèrent le même moyen d’appel, mais formulé différemment, citant un passage de Toullier : « Si celui qui a prêté à la femme non autorisée prouve que la somme empruntée a été employée en entier au paiement d’une dette légitime, soit de la femme, soit de la communauté, il peut la réclamer, non en vertu de l’acte de prêt, qui est nul faute d’autorisation, mais en vertu de l’obligation naturelle, fondée sur l’équité qui ne permet pas qu’on puisse s’enrichir aux dépens d’autrui, *neminem æquum est cum alterius etc.* », *Droit civil français*. Tome II, Stapleaux, 1820, 3^{ème} éd., n°628.

⁶⁷⁰ TOULLIER C.-M.-B., *Le droit civil français*. Tome XII, Warée, 1826, n°261-277, rapportant des arrêts du Parlement de Paris et du Châtelet où les juges n’avaient pas consenti à accorder à des marchands un recours contre l’époux d’une femme dont il était séparé de fait (situation similaire à celle de *de Lauzanne*), et notant : « Ainsi l’ancienne jurisprudence jugeait que les obligations de la femme séparée de fait, contractées mêmes pour fournitures, non seulement n’obligeaient point son mari, mais encore qu’elles étaient nulles à son égard, par défaut d’autorisation. Il nous paraît bien certain que sous l’empire du Code, les fournisseurs auraient contre elle l’action *de in rem verso*, fondée sur la grande règle qui domine toute la jurisprudence, que personne ne peut s’enrichir aux dépens d’autrui », *ibid.*, n°272, pp. 405-406.

⁶⁷¹ *Ibid.*, n°266, p. 396.

*Daumont*⁶⁷², à la faveur d'un instituteur qui avait pris soin de nourrir et d'éduquer des enfants qui lui avaient été confiés, et qui avait agi contre les enfants eux-mêmes et non leur père, alors insolvable ; ils retinrent, afin de donner gain de cause à l'instituteur, que les parties étaient tenues l'une à l'autre en vertu d'un « quasi-contrat » :

« Considérant qu'entre un instituteur et ses élèves, auxquels il fournit la nourriture et tout ce qui est nécessaire pour leur éducation, il se forme un quasi-contrat, d'après lequel ces derniers sont tenus d'acquitter eux-mêmes le prix de cette fourniture, si leurs parents sont hors d'état d'y satisfaire ; que cette obligation est fondée sur ce que les élèves, recevant directement les soins et les fournitures de leur instituteur, sont censés contracter personnellement avec lui, par l'intermédiaire de ceux en la puissance desquels ils se trouvent ;

Que l'intérêt de la société et celui des familles, autant que la justice, commandent l'observation de ce principe ; que s'il était méconnu, ceux qui se décuvent aux devoirs pénibles de l'instruction publique, en perdraient souvent le fruit légitime et cesseraient de s'y livrer ; que, d'un autre côté, les parents ayant beaucoup moins de crédit et de facultés, pourvoiraient moins bien à l'éducation de leurs enfants ; que l'on trouve, dans les recueils d'arrêts, plusieurs exemples qui ont consacré le principe adopté par les lois romaines, qui accordaient une action personnelle contre les enfants pour le paiement des frais de leur nourriture et de leur habillement fournis au père ; que la faveur doit être encore plus grande, lorsque les enfants tiennent encore leur éducation du même créancier, instituteur public ;

Que la ci-devant cour d'appel a jugé, d'après ce principe, le 28 mai 1810, entre Busnach et Backry, quoique la demande ne fût pas formée par un instituteur, mais par celui qui avait seulement avancé les frais de nourriture et d'étude ; [...] Confirme »⁶⁷³.

Quelques mois avant *Hay des Nétumières*, les conseillers de la Chambre civile de la Cour de cassation furent confrontés à une situation où c'était l'époux qui était utilement intervenu dans la gestion des propres de sa femme : *Crouillebois c. Galand de Lisle*. En l'espèce, Monsieur Galand de Lisle avait ordonné des réparations, constructions et augmentations sur une maison appartenant en propre à sa femme. Les ouvriers demandèrent paiement, mais les Galand de Lisle refusèrent. Or, les ouvriers ayant agi contre les deux époux, Madame Galand de Lisle soutint qu'ils ne disposaient pas d'une action directe contre elle, ceux-ci n'ayant traité qu'avec son mari ; et à supposer qu'ils agissent contre elle en exerçant les droits de leur débiteur, leur demande ne pouvait aboutir, la dette qu'elle avait vis-à-vis de son époux étant largement compensée par les dettes qu'il avait vis-à-vis d'elle. Un juge du Tribunal civil de Paris jugea que les ouvriers avaient une action directe et personnelle contre Madame Galand de Lisle à concurrence de

⁶⁷² Voy. *supra*, n°24.

⁶⁷³ AIX, 11 août 1812, *Coulomb c. Daumont*, S. 1812-1814.2.176, p. 176.

la plus-value réalisée sur la maison. Les conseillers de la Cour royale de Paris infirmèrent cependant le jugement au motif que les ouvriers n'avaient tout d'abord pas traité avec Madame Galand de Lisle, qu'ils n'avaient ensuite pas pris soin d'acquérir un droit de gage ou un privilège sur la maison, et qu'elle n'avait enfin pour gérant que son mari, administrateur de ses biens, à qui elle devait le remboursement des impenses qui avaient amélioré son immeuble, à concurrence de cette amélioration et des compensations qu'elle avait droit de lui opposer en considération des dettes auxquelles celui-ci était tenu vis-à-vis d'elle, compensation qui s'imposait aux ouvriers s'ils choisissaient d'exercer les droits de leur débiteur. Ces derniers formèrent alors un pourvoi en cassation, invoquant « l'autorité des lois romaines » notamment « la loi 3, §.11, ff *de negotiis gestis*, qui établit, en principe, que celui qui gère les affaires d'autrui par l'ordre d'un tiers, a deux actions, l'une de mandat contre celui qui a donné l'ordre, l'autre *negotiorum gestorum* contre celui dont les affaires ont été gérées ; la loi 4 au Code, sur le même titre, qui applique ce principe au pupille dont un tiers a fait l'affaire par l'ordre du tuteur ; et de la loi 14, qui l'applique à la femme, dans le cas où des affaires communes à elle et à son mari ont été faites par un tiers, de l'ordre du mari seul »⁶⁷⁴. Les membres de la Chambre civile de la Cour de cassation cassèrent l'arrêt, en appliquant les règles du Code civil relative à la gestion d'affaires :

« Vu les articles 1372 et 1375 du Code civil ;
Attendu qu'il est constant que les travaux de fournitures des demandeurs ont donné une plus-value à la maison de la dame Galand de Lisle, et que la Cour royale a reconnu elle-même que ladite dame était débitrice de cette plus-value, puisqu'elle l'a autorisée à la compenser avec ses créances sur son mari ;
Attendu que du fait de ces travaux et fournitures est résulté entre les demandeurs et elle le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, dont les effets sont réglés par l'article 1375 du Code civil, bien qu'ils n'aient été faits que de l'ordre de son mari, et que les demandeurs n'aient traité d'aucune manière avec elle à ce sujet ;
Attendu que l'action que leur donnait contre le mari le mandat qu'ils avaient reçu de lui, n'excluait pas l'action directe que le quasi-contrat leur donnait contre la femme jusqu'à concurrence de la susdite plus-value, pour le remboursement de ce qui pouvait lui rester dû ; et qu'en jugeant le contraire, la Cour royale a méconnu les principes du quasi-contrat et violé l'article 1375 du Code civil »⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ CASS. CIV., 14 juin 1820, *Crouillebois et autres c. Galand de Lisle*, Bull. civ., n°50, pp. 196-197.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, pp. 197-198. – Comp. DIJON, 26 juin 1816, *Sarrode c. Vincenot et Vinatier*, S. 1815–1818.2.164, où il était question du renouvellement de billets anciens fait par une épouse, afin de préserver son époux des conséquences d'un défaut de paiement.

75. – Retour sur les interprétations libres de la gestion d'affaires. Les juges du fond appliquèrent cette approche libre de la gestion d'affaires tout au long de la première moitié du XIX^{ème} siècle afin d'offrir, par exemple, un recours direct à une nourrice contre la grand-mère d'un enfant dont elle avait pris soin alors que les parents de ce dernier étaient portés disparus⁶⁷⁶, ou à un beau-père contre le père de l'enfant dont il avait pris soin⁶⁷⁷. Toutefois, il n'y eut pas un recours systématique à la gestion d'affaires, nombre de juges préférant mentionner l'idée d'un *recours direct*, ou d'une *action directe*, sans fondement juridique précis, lorsqu'ils le jugeaient opportun, cette relative prudence s'expliquant, ainsi que je l'ai expliqué plus avant⁶⁷⁸, par l'équivoque qui entourait le principe de la gestion d'affaires, les juges risquant d'être sévèrement désavoués au degré supérieur par d'autres qui ne partageaient pas leur vision libérale, d'autant que ces interprétations libres s'accommodaient assez mal avec le principe *res inter alios acta*, une prudence qui fut justifiée, les conseillers de la Cour de cassation ayant imposé une interprétation stricte de la gestion d'affaires dans les années 1830.

Toutefois, malgré ce rigorisme au niveau suprême, les juges du fond ne cessèrent pas de statuer à la lumière de l'adage *neminem cum alterius*, et l'on constata sous le Second Empire des tentatives d'imposer le principe « par des moyens plus ou moins détournés »⁶⁷⁹. Ainsi, les conseillers de la Cour impériale de Rennes purent décider le 18 novembre 1859, dans *Colin c. Boulain et Dréan*, où Dréan, capitaine de l'*Emmanuel*, avait contracté pendant une relâche un emprunt à la grosse avec Colin, et où l'armateur, Boulain, avait refusé de s'acquitter de la grosse, qui avait été déclarée nulle par un juge du Tribunal de commerce de Brest, que Colin pouvait malgré tout obtenir remboursement s'il était en mesure de prouver que les fonds prêtés avaient tourné au profit de l'armateur :

« Mais considérant que, d'après tous les principes de l'équité et de la loi, l'armateur doit tenir compte à celui qui a prêté au capitaine de toutes les sommes qui ont profité au navire et à l'expédition, et que dans ses conclusions additionnelles [...] Colin offre de prouver qu'il y avait des oppositions et des saisies-arrêts pratiquées, dans le port du Havre, sur le navire l'*Emmanuel*, en vertu d'un emprunt à la grosse contracté par le patron Dréan, à Dunkerque, [...] et que l'argent fourni par lui Colin à ce patron a servi à faire lever ces oppositions et saisies-arrêts et lui a permis de continuer son voyage ;

⁶⁷⁶ LYON, 25 août 1831, S. 1832.2.429.

⁶⁷⁷ DOUAI, 22 août 1849, S. 1850.2.386. – Comp. BORDEAUX, 29 mars 1838, S. 1838.2.389 et DOUAI, 13 mai 1846, S. 1847.2.24, où les juges n'appliquèrent pas la gestion d'affaires, mais la théorie du mandat tacite pour les engagements, nécessaires « au besoin de la vie », contractés par l'épouse sans l'autorisation de son mari.

⁶⁷⁸ Voy. *supra*, n°43.

⁶⁷⁹ GORÉ, *op. cit.*, p. 26.

Considérant encore qu'il a été affirmé en plaissant qu'un homme de l'équipage débarqué au Havre avait été payé de ses gages sur les fonds versés par Colin, *etc.* »⁶⁸⁰.

De guerre lasse, à la fin de la restauration impériale, les conseillers de la Cour de cassation décidèrent, plutôt que de reconnaître l'enrichissement injuste comme une source d'obligation à part entière, d'adopter une approche libre de la gestion d'affaires. Ce fut toutefois sans compter sur l'influence de certains auteurs, à l'image de Charles Aubry (1803–1883) et de Frédéric-Charles Rau (1803–1877).

II. – Le processus d'autonomisation de l'enrichissement injuste comme source d'obligations : influences doctrinales et résistances jurisprudentielles

76. – L'action *de in rem verso* dans les travaux d'Aubry et Rau (et de Zachariä von Lingenthal). Aubry et Rau furent les premiers à distinguer la question de l'enrichissement injuste de celle de la gestion d'affaires⁶⁸¹. Cependant, reprenant les travaux de Karl Salomo Zachariä von Lingenthal (1769–1843)⁶⁸², ils n'associèrent pas, dans la première édition (1844) de leur *Cours de droit civil*, l'action en « restitution » de l'enrichissement injuste, qu'ils nommèrent, ainsi que l'avait fait le jurisconsulte misniennois, « action *de in rem verso* », à la théorie des obligations, mais à celles du patrimoine (*Vermögen*) et du droit de revendication (*Vindikationsrecht*), théories inhérentes au droit de propriété (*Eigentumsrecht*) :

« Une personne peut même en ce qui concerne son propre patrimoine exercer efficacement le droit de revendication dont jouit tout propriétaire, en ce sens qu'elle est autorisée à réclamer, au moyen de l'action *de in rem verso*, les valeurs dont le patrimoine d'une autre personne s'est enrichie au détriment du sien et pour la restitution desquelles elle n'aurait à exercer aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. L'action *de in rem verso* qu'on peut définir comme la revendication d'objets considérés non en eux-mêmes et sous le rapport de leur nature constitutive, mais comme des biens et sous le rapport de leur utilité complète, à l'instar des actions réelles contre toute personne, quelle que soit d'ailleurs l'incapacité de contracter dont elle se trouve frappée. Cette action, qu'il faut bien se garder de confondre avec l'action

⁶⁸⁰ *Journal du Palais* 1861.697, p. 698. – *Adde* AMIENS, 20 août 1836, *Journal du Palais* 1837.199.

⁶⁸¹ GORÉ, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁸² BALDUS C., « Der Prophet im fremden Land? Zum 250. Geburtstag von Karl Salomo Zachariä », *ZEuP* 2019, pp. 724-741. – *Adde* GAUTIER P.-Y., « Karl Salomon Zachariä », *RDC* 2011, n°2, pp. 631-638.

negotiorum gestorum, n'est donnée que jusqu'à concurrence de ce dont le patrimoine du défendeur se trouve enrichi au moment où elle est intentée »⁶⁸³.

Ce ne fut qu'avec la quatrième édition de leurs cours (1873), version plus aboutie et moins dépendante du *Handbuch des französischen Civilrechts* de Zachariä von Lingenthal⁶⁸⁴, que l'action fut présentée le long d'un cadre conceptuel plus affirmé, s'appuyant plus sur un registre à mi-chemin du droit de la propriété et du droit des obligations :

« [Le droit de propriété renferme virtuellement, [...] 4^o.] La faculté de réclamer au moyen d'une action personnelle, qu'on peut qualifier d'action *de in rem verso*, la restitution des objets ou valeurs appartenant au patrimoine.

L'action *de in rem verso*, dont on ne trouve au Code civil que des applications spéciales, doit être admise, d'une manière générale, comme une sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un quasi-délit.

L'action *de in rem verso* tend à la restitution de l'objet même, dont l'un des patrimoines a été dépouillé au profit de l'autre, lorsqu'un obstacle de fait ou de droit ne s'oppose à la restitution de la valeur qui en forme la représentation. Pour déterminer le montant de cette valeur, on doit, en principe, et sauf disposition légale contraire, s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance mais à celui de l'introduction de l'action *de in rem verso* qui, à la différence de l'action *negotiorum gestorum contraria*, n'est en général donnée que jusqu'à concurrence de ce dont le patrimoine du défendeur se trouve encore enrichi à cette dernière époque »⁶⁸⁵.

⁶⁸³ AUBRY C. et RAU C.-F., *Cours de droit civil français de M. K. S. Zachariä, traduit de l'allemand*. Tome IV, Lagier, 1844, 1^{ère} éd., p. 106. – Comp. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL K., *Handbuch des französischen Civilrechts*. Tome III, Mohr, 1827, 3^{ème} éd., p. 386 :

« Das Vindikationsrecht, das ein wesentlicher Bestandtheil des Eigenthumsrechtes überhanpt ist, kann gleichwohl, (in Betracht, dass man nur mit seiner Persönlichkeit sein Vermögen verlieren kann,) nicht in Beziehung auf das eigene Vermögen, dieses als ein Ganzes betrachtet, sondern nur in Beziehung auf das Vermögen eines Andern, das man erworben hat, wirksam werden.) Wohl aber ist das einem jeden Eigenthümer zustehende Vindicationsrecht, auch was das eigene Vermögen betrifft, in der Beziehung wirksam, dass derjenige, aus dessen Vermögen etwas in das Vermögen des Andern verwendet worden ist, von diesem, (mit Vorbehalt der unter den Partheyen etwas bestehenden Vertragsverhältnisse so wie der in den Fall eingreifenden besonderen gesetzlichen Vorschriften,) für die geschehene Verwendung Ersatz – mittelst der actio de in rem verso – zu fordern berechtigt ist). Diese Klage ist gleich als eine dingliche Klage, gegen einen jeden zulässig, ohne Rücksicht auf dessen persönliche Rechtsfähigkeit. Der zu leistende Ersatz kann jedoch nie mehr betragen, als das Verwendete einerseits und der Bortheil andererseits beträgt ».

n.b. L'idée d'action « *de in rem verso* » fut très probablement, notamment au regard de la définition que Zachariä von Lingenthal en donna en note de bas de page, *ibid.*, ait été conçue à la lumière des enseignements du droit romain et de l'*usus modernus pandectarum*, ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 878-884. – Adde REVET et ZENATI-CASTAING, *op. cit.*, p. 427.

⁶⁸⁴ GAUTHIER, « Karl Salomon Zachariä », art. préc., n^o4.

⁶⁸⁵ AUBRY C. et RAU C.-F., *Cours de droit civil français de M. K. S. Zachariä, traduit de l'allemand*. Tome VI, Lagier, 1873, 4^{ème} éd., pp. 246-247.

77. – *L'action de in rem verso dans Crédit foncier c. Azzarat.* La théorie-proposition d'Aubry et Rau reçut un accueil plutôt favorable chez les auteurs, et ne tarda pas à gagner en légitimité en pratique, mais elle ne parvint pas à s'imposer pleinement au niveau de la Cour de cassation (que les intéressés intégrèrent respectivement en 1872 et 1870⁶⁸⁶), les interprétations libres de la gestion d'affaires ayant été jugées largement suffisantes pour palier l'absence d'une action spéciale en restitution de l'enrichissement injuste, et le principe d'une telle action n'étant pas sans mal s'accommoder avec les impératifs de sécurité juridique et les limites du pouvoir créateur du juge. Cependant, cette action n'avait pas été totalement ignorée, en témoigne l'arrêt rendu par les membres de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation le 11 juillet 1889 dans *Crédit foncier c. Azzarat*.

En l'espèce, Azzarat avait emprunté au Crédit foncier une somme de 160.000 fr. Il fut convenu qu'il devrait, à l'aide des fonds prêtés, rapporter la mainlevée de deux hypothèques conventionnelles sur ses immeubles, l'une de 32.000 fr., prenant rang le 1^{er} octobre 1869, et l'autre de 45.000 fr., prenant rang le 13 juillet 1872, ainsi que la mainlevée de l'hypothèque légale de ses enfants mineurs, qui prenait rang le 2 août 1872. Le conseil de famille donna mainlevée de cette dernière et Azzarat s'acquitta des dettes en souffrance avec les fonds prêtés, sans que le Crédit foncier ne demande à être subrogé dans les droits de ses créanciers, jugeant que cela ne serait pas nécessaire. Azzarat mourut et sa succession fut acceptée sous bénéfice d'inventaire. Les immeubles furent donc vendus aux enchères et le prix obtenu distribué par voie d'ordre, le Crédit foncier ayant été colloqué au premier rang par le juge commissaire. Or, il y eut un contentieux quant au règlement de l'ordre et il fut décidé par les conseillers de la Cour d'appel de Montpellier d'annuler la décision du conseil de famille au motif que celle-ci avait été prise dans

⁶⁸⁶ Voy. WEBER J.-F., « Aubry et Rau, conseillers à la Cour de cassation » in PUGHON J.-M. (dir.), *Aubry et Rau, leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006, pp. 25-52, pp. 50-52, et RONTCHEVSKY N., « De la Faculté au Palais : brèves observations sur la réception de la doctrine d'Aubry et Rau par la Cour de cassation », *ibid.*, pp. 53-67, p.58.

Il est difficile de déterminer si les six ans que Aubry et Rau passèrent à la Cour de cassation eurent une quelconque influence sur l'évolution de la question de l'*in rem verso*, et si les intéressés tentèrent de convaincre leurs collègues d'adopter leurs vues. Je ne peux rapporter, pour l'anecdote, qu'une affaire où Rau fut rapporteur, et où il mentionna « la grand maxime d'équité que *Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui* », CASS. REQ., 13 mai 1873, *Commune de Vendresse c. Briat-Day*, D. 1874.1.269. Il s'agissait en l'espèce une de ces nombreuses affaires qui avaient émergées au lendemain de la Guerre franco-prussienne portant sur les réquisitions que les communes envahies avaient faites sur les biens de sa population, le plus souvent sur ordre de l'ennemi. Les juges du fond, et les membres de la Cour de cassation, avaient développé toute une ligne de jurisprudence fondée le plus souvent sur des interprétations libres de la gestion d'affaires afin d'assurer à la population un recours contre les communes. Rau n'avait pas fait preuve d'originalité dans l'espèce et défendu cette doctrine en rappelant qu'elle s'imposait à la lumière de l'adage *neminem cum alterius*.

l'intérêt unique du père et contrairement aux intérêts de ses enfants. Il fut par conséquent ordonné que ces derniers reprennent le rang que leur assurait leur hypothèque. Le Crédit foncier assigna alors les enfants Azzarat au remboursement des sommes qu'il avait avancées pour le paiement des dettes de leur père. Un juge du Tribunal de Lodève rejeta cette demande, remarquant « que la délibération du conseil de famille des mineurs Azzarat, et la cession d'antériorité de l'inscription de leur hypothèque légale, n'[avaient] procuré à ceux-ci aucun avantage quelconque, et qu'en les faisant annuler, ils n'[avaient] obtenu que d'être replacés dans la situation où ils se trouvaient avant la cession de priorité »⁶⁸⁷, jugement qui fut confirmé en appel⁶⁸⁸.

Le Crédit foncier forma un pourvoi en cassation.

Il fit grief à l'arrêt des conseillers de la Cour d'appel de Montpellier d'avoir rejeté sa demande au motif que, ayant constaté qu'il n'existait aucun lien de droit entre lui et les enfants Azzarat, ces derniers n'étaient pas tenus de lui rendre compte des profits qu'ils auraient indirectement tiré de la radiation des inscriptions qui primaient la leur, et ce alors qu'ils avaient constaté « que la situation des mineurs [avait] été améliorées [et] qu'elle l'[avait] été aux dépens de celui-ci »⁶⁸⁹, ce qui lui donnait droit d'invoquer l'action *de in rem verso* ; et d'ajouter que « bien qu'on ne trouv[ait] dans le Code civil que des applications spéciales de cette action, il [était] certain, comme le [disaient] MM. Aubry et Rau, qu'elle [devait] être admise d'une manière générale comme sanction à la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre *etc.* »⁶⁹⁰. Le conseiller Rivière, rapporteur, ne fut pas convaincu par les arguments du Crédit foncier et proposa le rejet. Il nota que le grief ne portait pas sur une violation de la loi, mais d'un principe de droit, principe qui trouvait sa source « dans l'enseignement de l'école et dans les livres des auteurs »⁶⁹¹. Le conseiller Rivière ne remit pas en cause le fait qu'il existait des applications spéciales de « cette règle d'équité, suivant laquelle il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui »⁶⁹², et donna l'exemple des anc. art. 1241 et 1312 C. civ. relatifs à la restitution des incapables :

⁶⁸⁷ CASS. REQ., 11 juillet 1889, *Crédit foncier c. Azzarat*, S. 1890.1.97, p. 99.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, pp. 99-100.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 100.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² *Ibid.*

« Dans ces cas, et dans quelques autres, que l'on pourrait peut-être citer, la disposition de la loi est formelle ; d'une part elle restitue les incapables contre les conséquences des actes qu'ils ont passés avec une autre partie ; mais d'autre part, si leur patrimoine se trouve enrichi au détriment de cette autre partie, avec laquelle ils ont contracté, cette dernière aura le droit d'invoquer la règle d'équité que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Voilà des cas où il est permis de dire avec le Code qu'une personne, qui n'a pas d'action en vertu du contrat, peut néanmoins, conformément à la maxime précitée, obtenir ce qui lui est dû, et par l'action *de in rem verso*, si on veut parler latin »⁶⁹³.

Il discuta ensuite de l'hypothèse où les parties ne seraient pas liées par un contrat, mais un quasi-contrat, hypothèse qui avait été envisagée par Aubry et Rau, et dont les conclusions étaient au cœur du pourvoi⁶⁹⁴. Il remarqua que ces auteurs avaient clairement énoncé que si le gérant s'était immiscé dans les affaires du maître en vue de satisfaire des intérêts personnels, il ne pouvait disposer, afin de tenir le maître comptable de l'enrichissement qu'il aurait acquis du fait de l'immixtion, que de l'action *de in rem verso*, et non de l'action *negotiorum gestorum contraria* ; et d'ajouter qu'ils avaient précisé qu'il n'y avait « pas lieu à l'action *de in rem verso* si, sans une véritable immixtion dans les affaires d'une autre personne, un individu [avait] procuré à celle-ci un avantage indirect »⁶⁹⁵.

Le conseiller Rivière revint alors à l'espèce.

Il nota que le Crédit foncier n'avait, en versant 77.000 fr. à Azzarat pour le paiement de ses dettes, fait qu'exécuter sa part du contrat de prêt, et qu'il importait peu, ainsi que l'avait jadis énoncé Jacques Cujas (1522–1590)⁶⁹⁶, de savoir ce qu'il advint des fonds ; la convention ne le liait qu'à son emprunteur. Par ailleurs, les mineurs Azzarat n'avaient pas profité des fonds prêtés ; ils n'avaient que fortuitement vu leur situation s'améliorer du fait de la restauration de leur rang hypothécaire, rang qu'ils avaient perdu contre leur gré. En somme, en ayant « touché dans l'ordre le montant de leur créance, [les mineurs Azzarat reçurent] cette somme en vertu de leur droit hypothécaire, et [furent] bien fondés à dire : “Nous avons reçu ce qui nous appartient : *meum recepi*” »⁶⁹⁷. Les conseillers de la

⁶⁹³ *Ibid.*

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 101.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, en référence à une réponse de Cujas sur un texte de Papinianus (142–212), *Tolosatis opera*. Tome IV, Prati, 1837, p. 1999, *resp. papiniani, ad. l. LXXXII, pro socio*, rapportée entre autres par Raymond-Théodore Troplong (1795–1869), *Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale*, Meline, 1843, n°773, p. 309, et Jean-Philippe Molitor, *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*. Tome II, Hoste, 1862, 2^{ème} éd., p. 40.

⁶⁹⁷ S. 1890.1.97, p. 101.

Chambre des requêtes suivirent les conclusions du rapporteur, qui avaient été également celles de l'avocat-général Pétiton⁶⁹⁸, et rejetèrent le pourvoi le 11 juillet 1889 :

« Attendu que, de ce qui a été ci-dessus exposé, il résulte qu'il n'a jamais existé entre le Crédit foncier et les enfants Azzarat aucun contrat ni aucun quasi-contrat, ni un fait pouvant produire entre eux un lien de droit quelconque ; que les mineurs Azzarat, en faisant annuler la délibération du conseil de famille du 25 juin 1880, qui sacrifiait leurs intérêts, n'ont fait qu'user de leur droit, et que la somme qu'ils touchent dans l'ordre ouvert sur les biens de leur père, ils la reçoivent en vertu de leur droit hypothécaire et comme chose leur appartenant ; que par suite, en confirmant le jugement qui rejette comme mal fondée la demande de la Société du Crédit foncier, l'arrêt attaqué n'a violé aucun des texte invoqués, ni aucun principe de droit »⁶⁹⁹.

78. – L'action de *in rem verso* dans *Crédit foncier c. Azzarat* : la méthode Pétiton.

L'espèce d'*Azzarat* ne se prêtait guère à un recours en *in rem verso*, du moins pas telle que cette action avait été présentée par les conseils du Crédit foncier. En effet, ce dernier avait commis une erreur difficilement excusable en ne demandant pas de réserve subrogatoire, et il était délicat, ainsi qu'il le fut noté à tous les niveaux de l'ordre judiciaire, d'établir un rapport adéquat de cause à effet entre les conditions dans lesquelles il avait accordé son prêt à Azzarat père et le *bénéfice* que les enfants de ce dernier avaient *fortuitement* retiré de la restauration de leur rang hypothécaire⁷⁰⁰.

Pour autant, l'arrêt ne portait pas rejet de l'action *de in rem verso*.

Il témoignait seulement d'une approche restreinte de celle-ci.

Comme l'avait reconnu le conseiller Rivière dans son rapport et l'avocat-général Pétiton dans ses conclusions⁷⁰¹, il existait en droit français une action, peu importe son nom, qui permettait à une partie de tenir une autre comptable de l'enrichissement que cette dernière aurait injustement acquis à ses dépens, cette action se manifestant au hasard de quelques dispositions du Code civil⁷⁰². Or l'avocat-général Pétiton avait estimé, reprenant une analyse de Demolombe, que dans « une législation codifiée, qui [s'était] efforcée de comprendre dans ses textes, toutes les dispositions qui [devaient] nous obliger et nous régir »⁷⁰³, il fallait, afin de compléter les silences de la loi, « marcher avec une grande circonspection [...], et autant que possible ne procéder que par des déductions *ou des*

⁶⁹⁸ D. 1889.1.393, pp. 393-394.

⁶⁹⁹ S. 1890.1.97, p. 102.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 100.

⁷⁰¹ Il ne s'agissait pas à proprement parler de ses conclusions, mais d'une note sous l'arrêt auquel il avait pris part, D. 1889.1.393, pp. 393-394.

⁷⁰² S. 1890.1.97, pp. 100-101 ; D. 1889.1.393, pp. 393-394.

⁷⁰³ D. 1889.1.393, p. 393.

analogies, de manière qu'en thèse générale, un texte précis, une disposition écrite, soit au moins à la racine de toute solution de droit admise »⁷⁰⁴ ; et d'ajouter « que, parmi les anciennes maximes, celles dites d'équité [étaient] peut-être celles-là mêmes dont l'application ne [devait] être accueillie qu'après l'examen le plus attentif, parce que la faveur morale qui les accompagne pourrait être susceptible de leur assurer un crédit juridique parfois excessif »⁷⁰⁵. À l'évidence, l'adage *neminem cum alterius* ne faisait pas exception ; la marche à suivre s'imposait donc d'elle-même :

« Lorsque se présentera *un cas semblable* à ceux qui sont expressément visés par le Code civil, comme donnant lieu à l'application de l'action *de in rem verso*, il conviendra d'admettre que cette action peut s'exercer ; mais, à l'inverse, si le cas *n'est pas semblable*, alors même que la situation d'une des parties se serait améliorée indirectement par suite du fait de l'autre, l'action dont il s'agit ne peut être admise »⁷⁰⁶.

Appliquant ce qu'il venait d'exposer, l'avocat-général Pétiton passa en revue une dizaine d'articles du Code civil pouvant servir de fondement à une action que le Crédit foncier pourrait exercer contre les enfants Azzarat, et conclut qu'aucun ne s'y prêtait⁷⁰⁷. Il considéra alors, comme l'avait fait le conseiller Rivière, la possibilité d'avoir recours à une *gestion d'affaires anormale* et ainsi permettre au Crédit foncier de soutenir ses prétentions par une application déguisée de l'adage *neminem cum alterius*⁷⁰⁸. Or, il arriva au même constat que son collègue, qui avait noté :

« Le Crédit foncier ne prétend certainement pas avoir formé un quasi-contrat de gestion d'affaires, même imparfait, avec les mineurs Azzarat. Quand il mettait imprudemment, comme nous l'avons dit, ses 77.000 fr. à la disposition d'Azzarat, pour payer deux créanciers antérieurs, il exécutait la convention qu'il avait faite avec Azzarat, il faisait sa propre affaire et celle de son emprunteur, mais rien de plus »⁷⁰⁹.

L'avocat-général Pétiton en déduit alors une règle : la nécessité d'une *relation directe* entre les parties :

« [P]our qu'il y ait lieu à l'action *de in rem verso*, il ne suffit pas qu'une partie ait recueilli un avantage prenant sa source dans l'agissement d'autrui ; il faut qu'un lien de droit se

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ *Ibid.*, en référence à DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 46.

⁷⁰⁷ *D.* 1889.1.393, pp. 393-394.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 394.

⁷⁰⁹ *S.* 1890.1.97, p. 101.

soit établi entre les deux personnes dont l'une prétend agir contre l'autre ; et un lien de cette nature n'a pu s'établir que si une relation directe de fait a existé, soit entre les deux personnes mêmes, soit au moins entre l'une de ces personnes et la chose dont l'autre est propriétaire. De cette relation antérieure seule peut résulter le *vinculum iuris* qui donne ouverture à l'action ; et si cette relation fait défaut, si chacune des parties est restée complètement étrangère à l'autre, il est impossible d'admettre, faute de l'élément nécessaire, qu'une obligation ait pu se former entre elles »⁷¹⁰.

Cette remarque avait été intégrée par les conseillers de la Chambre des requêtes lorsqu'ils précisèrent que l'action *de in rem verso* pouvait naître d'un contrat, d'un quasi-contrat, ou de tout « fait pouvant produire entre [les parties] un lien de droit quelconque »⁷¹¹. Or, en l'absence de relation directe entre le Crédit foncier et les enfants Azzarat, le rejet s'imposait. Il convient toutefois de noter que ni l'avocat-général Pétiton, ni le conseiller Rivière, n'avaient entièrement fermé le recours à l'action *de in rem verso* ; ils avaient juste estimé que la question ne relevait désormais que de la pure équité. Or, les conseillers de la Cour d'appel de Montpellier avaient examiné l'équité des prétentions des parties et apprécié souverainement que les intérêts des enfants Azzarat, « qui avaient été singulièrement compromis et sacrifiés »⁷¹², devaient prévaloir sur ceux du Crédit foncier, qui s'était retrouvé dans cette situation par sa propre faute. Joseph-Émile Labbé (1823–1894), qui regretta, dans une note publiée au *Sirey* en 1890, que les conseillers de la Chambre des requêtes n'aient pas statué autrement, dut d'ailleurs le reconnaître :

« S'il nous est permis de dire toute notre pensée sur l'arrêt que nous annotons, nous dirons : la Chambre des requêtes a eu tort de nier le principe. C'est désarmer la jurisprudence d'une faculté qui peut en certains cas satisfaire l'équité. Mais, comme il s'agit le plus souvent de réparer les conséquences d'une erreur, il est loisible au juge de rechercher si l'erreur est excusable. [...] Dans l'espèce, la conduite du Crédit foncier avait été si étrange, si dépourvue de prudence, si légèrement attentatoires aux intérêts des mineurs, que l'on peut concevoir que, pour cette considération, le Crédit foncier ait échoué, et que la Chambre des requêtes ait cru devoir préserver d'une cassation une décision ainsi justifiée. La solution expliquée de cette façon, l'avenir du principe d'une moralité si haute, d'une si séduisante équité, *neminem cum alterius*, est sauvé »⁷¹³.

⁷¹⁰ D. 1889.1.393, pp. 393-394.

⁷¹¹ S. 1890.1.97, p. 102.

⁷¹² *Ibid.*, p. 101

⁷¹³ *Ibid.*, p. 99.

III. – La reconnaissance de l’enrichissement injuste comme source autonome d’obligations : de *Patureau-Miran c. Boudier* à l’Ordonnance du 10 février 2016

79. – *Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée c. Belland*. Ainsi que le montrent les discussions autour de l’arrêt *Azzarat*, la position des membres de la Cour de cassation vis-à-vis de l’action *de in rem verso* était au mitan de la Belle Époque le fruit d’un compromis de plus en plus difficile à tenir. Et pour cause, s’ils étaient enclins à octroyer un remède à une partie lorsqu’une autre s’était injustement enrichie à ses dépens, ils n’arrivaient tout simplement pas à passer outre les impératifs d’une législation codifiée et à statuer au visa d’un seul *principe de droit*⁷¹⁴, quitte à dénaturer les dispositions du Code civil sous lesquelles ils se réfugiaient, en témoigne le ridicule de certaines interprétations libres de la gestion d’affaires, dont la dernière manifestation fut l’arrêt rendu par les membres de la Chambre des requêtes le 16 juillet 1890, dans *Lemaire c. Chambon*⁷¹⁵.

Pour autant, les choses avaient significativement évolué.

En effet, même si les conseillers de la Cour de cassation se réfugiaient derrière des analogies plus ou moins convaincantes et des interprétations discutables de la gestion d’affaires, le cadre juridique de l’action *de in rem verso* avait été progressivement détaché de celui du Code civil, de telle manière que dans l’arrêt *Azzarat*, il avait été admis que l’action pouvait naître soit d’un contrat ou d’un quasi-contrat, soit d’un « fait pouvant produire entre [les parties] un lien de droit quelconque »⁷¹⁶. Or, si ce *fait* devait, dans l’esprit des juges de l’époque, être *au moins assimilable* à un cas d’enrichissement injuste qui était sanctionné par une disposition législative précise⁷¹⁷, il pouvait sans difficulté, ainsi que l’avaient suggéré Aubry et Rau, être caractérisé dans « tous les cas où le patrimoine d’une personne se trouva[it], *sans cause légitime*, enrichi au détriment de celui d’une autre personne »⁷¹⁸. Il suffisait d’attendre le moment propice pour passer d’une analyse à l’autre.

Une première opportunité se présenta dans *Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée c. Belland*. En l’espèce, des négociants qui faisaient transiter leurs marchandises sur une

⁷¹⁴ MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Éditions Assas, 1999, n°167-170.

⁷¹⁵ S. 1894.1.19, voy. *supra*, n°45. – Adde PLANIOL M., note ss. cet arrêt, D. 1890.1.49.

⁷¹⁶ S. 1890.1.97, p. 102.

⁷¹⁷ CASS. CIV., 23 février 1891, S. 1895.1.781.

⁷¹⁸ AUBRY ET RAU, *op. cit.*, 4^{ème} éd., p. 246.

concession exploitée par la Compagnie des Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée s'étaient acquittés auprès d'elle d'un prix d'expédition couvrant le voyage par rail et le factage des marchandises de la gare d'arrivée aux domiciles des destinataires. Or, certains de ces destinataires avaient, comme le leur permettait le cahier des charges annexé aux décrets de concession du 12 juin 1857, mandé Belland, camionneur à Montargis, de procéder au camionnage des marchandises de leur gare d'arrivée à leurs domiciles, laissant ainsi entre les mains de la compagnie un excédent de prix, appelé dans le jargon « au-delà ». Belland, qui estimait que cet « au-delà » correspondait à des transports qu'il avait faits à la place de la compagnie de chemins de fer, demanda à cette dernière qu'elle les lui verse, ce qu'elle refusa. Il porta l'affaire devant le Tribunal de commerce de Montargis et obtint gain de cause. La défenderesse interjeta appel, faisant valoir qu'il n'existait aucun lien de droit entre elle et Belland, et succomba à nouveau, les conseillers de la Cour d'appel d'Orléans ayant estimé, dans un arrêt en date du 1^{er} mai 1889, que « lorsque l'expéditeur [avait] versé aux mains de la compagnie la somme représentant le prix du transport des colis de la gare de départ au domicile du destinataire, pour payer le voiturier qui effectuerait ce transport, il [avait] stipulé pour ce voiturier, et que celui-ci [était] en droit de se prévaloir de cette stipulation faite à son profit »⁷¹⁹, et que Belland pouvait invoquer le bénéfice de l'action *de in rem verso* « puisqu'il a[avait] fait une chose dont la Compagnie [avait] tiré bénéfice, et qu'il [exerçait] cette action dans la mesure du profit que ces transports [avaient] procuré à la Compagnie, c'est-à-dire à concurrence des sommes mêmes qui lui [avaient] été remises par les expéditeurs »⁷²⁰. Et de conclure que, les transports ayant été effectués *franco*, ni les destinataires, ni les expéditeurs, ne pouvaient en demander la restitution, ce qui signifiait que « si la demande de Belland n'était pas accueillie, il en résulterait que la Compagnie conserverait contre toute équité des sommes représentant le salaire d'autrui, spécialement affectées à ce salaire, et qui constituaient pour elle un bénéfice illégitime »⁷²¹.

La compagnie forma un pourvoi en cassation.

L'avocat-général Desjardins proposa trois motifs de rejet, le premier, reprenant le motif de l'arrêt du 1^{er} mai 1889, fondé sur la stipulation pour autrui et l'anc. art. 1121 C. civ., le

⁷¹⁹ CASS. REQ., 2 décembre 1891, *Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée c. Belland*, D. 1892.1.161, p. 162.

⁷²⁰ *Ibid.*

⁷²¹ *Ibid.*

deuxième sur la réception d'une chose non due et les anc. art. 1376 et 1377 C. civ., et le dernier sur le principe de l'action *de in rem verso*. Il déclara :

« On peut, à mon avis, rejeter le pourvoi en suppléant d'office un moyen de droit pur, c'est-à-dire en appliquant à la cause, comme vous l'aviez fait dans un arrêt du 6 novembre 1871, les art. 1376 et 1377 C. civ. Comme en 1871, la Compagnie détenait le prix du camionnage et le camionneur n'avait pas reçu ce qu'il avait le droit de recevoir. Vous pouvez tirer vous-même cette déduction juridique des faits constatés par la cour d'Orléans : "si la demande de Belland n'était pas accueillie, il en résulterait que la Compagnie conserverait contre toute équité des sommes représentant le salaire d'autrui, spécialement affectées à ce salaire, et qui constituaient pour elle un bénéfice illégitime". La Compagnie ne prétend pas les conserver, répond le pourvoi : elle se borne à contester que Belland ait qualité pour exercer la répétition. "Certainement, disait à ce sujet l'avocat-général Reverchon le 6 novembre 1871, les art. 1376 et 1377 C. civ. supposent que l'action sera exercée par celui qui a indûment payé ; mais excluent-ils nécessairement toute autre action ? Excluent-ils notamment l'action du véritable intéressé ?". Mon prédécesseur démontrait aisément qu'on tournerait ainsi la loi contre son but manifeste : la restitution de ce qui a été indûment reçu ; que si le code a d'abord prévu le cas le plus fréquent, celui où la dette payée n'existait pas du tout, et donné par là même à l'action au payeur, elle n'avait pas pu défendre au véritable créancier d'agir directement toutes les fois que la dette existerait au profit d'un autre que le *payé*, et la Chambre des requêtes a déclaré formellement sur ces conclusions "que l'action en répétition de l'indu n'est pas exclusivement attachée à la personne de celui qui a effectué le paiement". C'est l'application très juridique de la loi romaine à cette matière encore gouvernée par les principes du droit romain : *Nec novum est*, avait dit Ulpien, *ut quod alius solverit, alius repetat*. Un des cas incontestables de la répétition étant, comme l'enseigne Demolombe celui où il existe une dette, mais où celui qui a reçu n'est pas le vrai créancier, je n'aperçois pas pourquoi la qualité de Belland serait contestée. Ce terrain me paraît solide. J'irais même, pour mon compte, jusqu'à reconnaître avec la cour d'Orléans la recevabilité de l'action *de in rem verso*. Celle-ci existe incontestablement en droit français. On objecte en vain qu'elle ne pourrait pas être exercée par Belland, parce que les faits de la cause ne permettent de la rattacher ni à un contrat ni à un quasi-contrat antérieur. La Chambre des requêtes, loin d'admettre cette théorie restrictive dans son arrêt du 11 juillet 1889 [...] a dit : "Vu ce qui a été ci-dessus exposé, il résulte qu'il n'a jamais existé entre le Crédit foncier et les enfants Azzarat aucun contrat ni aucun quasi-contrat *ni aucun fait* pouvant produire entre eux un lien de droit quelconque". Ainsi que l'ont nettement expliqué MM. Aubry et Rau, l'action naît précisément dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant enrichi aux dépens d'une autre, celle-ci ne trouve la source d'une action ni dans un contrat, ni dans un quasi-contrat, ni dans un quasi-délit. [...] Mais, si vous croyez pouvoir résoudre la question par [les moyens exposés ci-avant], vous jugerez peut-être inutile d'ébaucher pour la première fois la théorie française de l'action *de in rem verso* »⁷²².

⁷²² D. 1892.1.161, p. 163, en référence notamment à CASS. REQ., 11 juillet 1889, D. 1871.1.348-349 ; Dig. 12.6.5 (« Il n'y a là rien de nouveau, que celui qui s'est acquitté auprès d'un autre puisse répéter ») ; et DEMOLOMBE, *op. cit.*, n°262.

Les conseillers de la Chambre civile ne retinrent que le motif fondé sur la stipulation pour autrui, confirmant une certaine forme d'attentisme au sein de la Cour de cassation, attentisme qui allait être remis en cause quelques mois après par les conseillers de la Chambre des requêtes, qui s'étaient montrés plus libéraux sur la question de l'*in rem verso*, dans *Patureau-Miran c. Boudier*.

1. – Une évolution jurisprudentielle discutable : les motivations de l'arrêt *Patureau-Miran c. Boudier*

80. – *Patureau-Miran c. Boudier* : les faits et la décision. Les faits de *Patureau-Miran c. Boudier*, affaire dite des « engrais », sont connus. Patureau-Miran avait affermé des terres de son domaine à Garnier-Godard. Ce dernier n'ayant pas rempli ses obligations, le contrat de fermage fut résilié et il fut établi par rapport d'experts qu'il devait 5.376 fr. à son bailleur, après déduction des récoltes qu'il avait semencées et laissées sur pied et diverses compensations. Après avoir repris possession de ses terres, Patureau-Miran reçut des Boudier père et fils, marchands d'engrais, une demande en paiement relative à une livraison de 324 fr. d'engrais faite à Garnier-Godard, engrais que ce dernier avait utilisé pour la récolte qu'il avait laissé sur pied mais qu'il n'avait pas payé. Ne s'estimant pas lié par cette vente, Patureau-Miran refusa de payer et l'affaire fut portée à l'attention d'un juge du Tribunal civil de Châteauroux, qui décida, par jugements en date du 2 décembre 1890 et du 27 janvier 1891, de faire droit aux Boudier en vertu des principes de l'action *de in rem verso*. Patureau-Miran forma deux pourvois en cassation contre ces jugements, arguant dans le premier pourvoi que le juge avait violé les anc. art. 1165 et 2102 C. civ., relatifs à la règle *res inter alios acta* et aux privilèges sur les meubles, ainsi que faussement appliqué les principes de l'action *de in rem verso*, griefs qui avaient été repris en substance dans le second pourvoi, avec l'ajout, entre autres, d'un moyen tenant à la violation et fausse application de l'art. 548 C. civ.

Les conseillers de la Chambre des requêtes rejetèrent les pourvois dans un arrêt en date du 15 juin 1892 :

« Sur la première branche[, du premier moyen du premier pourvoi,] tirée de la violation de l'anc. art. 1165 C. civ. :

Attendu que, s'il est de principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne nuisent point aux tiers, il est certain que ce principe n'a pas été

méconnu par le jugement attaqué : qu'en effet, cette décision n'a point admis, comme le prétend le pourvoi, que le demandeur pouvait être obligé envers les défendeurs éventuels à raison d'une fourniture d'engrais chimiques faite par ces derniers à un tiers, mais seulement à raison du profit personnel et direct que ce même demandeur aurait retiré de l'emploi de ces engrais sur ses propres terres dans des circonstances déterminées ;

D'où il suit que, dans cette première branche, le moyen manque par le fait qui lui sert de base ;

Attendu qu'il en est de même en ce qui concerne la seconde branche, prise de la violation de l'art. 2102 C. civ. ; qu'en effet, la décision attaquée a eu soin de spécifier que la créance du vendeur d'engrais ne constituait qu'une simple créance chirographaire ne lui conférant aucun privilège sur le prix de la récolte, et que, dès lors, l'article susvisé n'a pas été violé ; Sur la troisième branche, relative à la fausse application des principes de l'action *de in rem verso* :

Attendu que, cette action, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice est soumis à aucune condition déterminée ; 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 ; que, dès lors, en admettant les défendeurs éventuels à prouver par témoin que les engrais par eux fournis à la date indiquée par le jugement avaient bien été employés sur le domaine du demandeur pour servir aux ensemencements dont ce dernier a profité, le jugement attaqué n'a fait des principes de la matière qu'une exacte application »⁷²³.

81. – Un simple changement de méthode ou une déclaration politique ? En l'absence du rapport du conseiller Loubers – auquel Labbé eut cependant accès⁷²⁴ –, et des conclusions de l'avocat-général Baudouin, il est difficile d'établir avec certitude ce qui conduisit les conseillers de la Chambre des requêtes à statuer en ce sens, mais on peut toutefois s'en faire une idée, malgré la formulation quelque peu brouillon de l'attendu, à l'aide de la note que Labbé publia au *Sirey* sous cet arrêt en 1893⁷²⁵.

Les conseillers de la Chambre des requêtes avaient noté que les Boudier n'avaient pas d'autre choix que d'agir contre Patureau-Miran, Garnier-Godard étant insolvable⁷²⁶. Or, il était délicat d'établir que Patureau-Miran devait quelque chose aux Boudier dans la mesure où il n'était pas partie au contrat de fourniture d'engrais qui avait été conclu par son fermier. Il avait alors été envisagé de donner aux Boudier le bénéfice d'un privilège sur le prix de la récolte, solution qui ne fut pas retenue. En effet, s'il était convenu au 1^o al. 2 de l'anc. art. 2102 C. civ. que celui qui avait fourni des semences ou œuvré à une récolte disposait d'un privilège sur le prix de celle-ci, il n'avait pas été précisé si ce privilège

⁷²³ S. 1893.1.281, p. 283. – Comp. CASS. CIV., 9 mai 1853, S. 1853.1.699, où les conseillers de la Cour de cassation avaient statué, dans une espèce similaire, à l'exact opposé, en application de l'anc. art. 1165 C. civ.

⁷²⁴ LABBÉ J.-E., note ss. CASS. REQ., 15 juin 1892, S. 1893.1.281, p. 282.

⁷²⁵ *Ibid.*, pp. 281-283.

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 282.

s'étendait à celui qui avait fourni des engrais. S'il n'y avait pas de difficulté à admettre que ce privilège pouvait s'exercer contre celui qui avait tiré profit de la récolte, et non contre celui qui l'avait semencé, il demeurait que, les privilèges étant d'interprétation stricte, *privilegia sunt strictissimæ interpretationis*, ils ne pouvaient être étendus au bénéficiaire d'une personne qui n'avait pas été visée dans la disposition du Code civil qui octroyait le privilège, ce qui avait conduit, par le passé, les conseillers de la Cour de cassation à ne pas étendre le privilège sur les récoltes au fournisseurs d'engrais⁷²⁷. Le juge du Tribunal civil de Châteauroux n'ayant pas statué autrement en l'espèce, son jugement fut confirmé par les conseillers de la Chambre des requêtes⁷²⁸.

Il avait été également envisagé de soutenir que Patureau-Miran avait pris l'engagement tacite de s'acquitter de la dette de son fermier, solution qui ne fut également pas retenue. Et pour cause, s'il était établi que les experts avaient, dans le compte de sortie dressé à la résiliation du contrat du fermage, déduit de la valeur de la récolte la valeur des engrais, et que Patureau-Miran ne s'y était pas opposé, il était plus délicat, voire audacieux, de voir dans cette non-opposition, ainsi que l'avait fait le juge homologateur du compte, un engagement de s'acquitter, à qui de droit, du prix des engrais⁷²⁹. À supposer malgré tout que l'on admette le principe d'un tel engagement, il restait à le prouver. Or les Boudier étant absents lors de l'expertise ou de l'homologation du compte de sortie, ils n'avaient pas été en mesure d'obtenir une preuve par écrit de cet « engagement », preuve qui était pourtant nécessaire en vertu de l'anc. art. 1341 al 1 C. civ., le litige étant d'une valeur supérieure à 150 fr. Cependant, le juge du Tribunal civil de Châteauroux ayant considéré que les Boudier avaient été mis dans l'impossibilité de produire une preuve par écrit, il les avait autorisés, en vertu de l'anc. art. 1348 al 1 C. civ., à recourir à une preuve par témoins, ce qui fut confirmé, pour la forme, en cassation⁷³⁰, les conseillers de la Chambre des requêtes ayant considéré que la théorie de l'*in rem verso* était suffisante pour résoudre le litige.

⁷²⁷ CASS. REQ., 9 novembre 1857, S. 1858.1.49. – *Adde* CAEN, 28 juin 1837, S. 1837.2.395 ; AMIENS, 2 mars 1863, S. 1863.2.122.

⁷²⁸ S. 1893.1.281, 283. – *n.b.* Le privilège du 1^o al. 2 de l'anc. art. 2102 C. civ. a été étendu aux fournisseurs d'engrais par une loi du 24 mars 1936, JORF 26 mars 1936.

⁷²⁹ S. 1893.1.281, p. 282, note LABBÉ.

⁷³⁰ S. 1893.1.281, p. 283 : « Sur le deuxième moyen, pris de la violation des art. 1341 et 1348 C. civ. : Attendu que le jugement attaqué déclare en fait qu'il n'a pas été possible aux défendeurs éventuels de se procurer une preuve écrite de l'engagement contracté à leur profit par le demandeur devant les experts et à l'occasion du compte de sortie réglé par ces derniers entre le fermier et le propriétaire ; qu'en admettant la preuve testimoniale dans ce cas excepté nommément par l'art. 1348 C. civ., ledit jugement a fait une juste application dudit article, et par suite n'a pu violer l'art. 1341 du même Code ».

Ils décidèrent toutefois de procéder à un revirement de jurisprudence. Et ce alors que cela n'était ni utile, ni nécessaire.

En effet, les conseillers de la Chambre des requêtes auraient pu appliquer en l'espèce le principe de l'action *de in rem verso* en se tenant à la méthode Pétiton. Le conseil de Boudier avait après tout fait valoir dans son second pourvoi que le juge du Tribunal civil de Châteauroux avait, en admettant l'action *de in rem verso*, violé les termes de l'art. 548 C. civ., où il était, et est toujours, convenu que « les fruits produits par la chose n'appartiennent au propriétaire qu'à la charge de rembourser les frais des labours, travaux et semences faits par des tiers ». Or, s'il était indiscutable que les frais de fertilisation n'avaient pas été visés dans cet article, il aurait été envisageable de procéder à une analogie *præter legem* et décider que les frais de fertilisation appartenaient à une catégorie générale des frais de culture, frais qui devaient être payés à quiconque les avait faits – Faure n'avait d'ailleurs pas dit autre chose le 30 nivôse an XII (21 janvier 1804) dans son rapport au Tribunal⁷³¹. Malgré cela, les conseillers de la Chambre des requêtes décidèrent de changer de méthode, en reprenant, sans équivoque, l'analyse de Aubry et Rau, en soutenant que l'action *de in rem verso*, si elle se manifestait à l'art. 548 C. civ., et dans d'autres dispositions du Code civil, existait indépendamment de ces textes, ce qui justifiait qu'elle puisse être invoquée dès lors qu'une partie s'était injustement enrichie aux dépens d'une autre :

« [E]n ce qui concerne la première branche de ce deuxième moyen, tirée de la violation et fausse application de l'art. 548 C. civ. ;

Attendu [que le moyen manque par le fait qui lui sert de base], le jugement attaqué [déclarant en effet] formellement que le droit des défendeurs éventuels n'est pas fondé sur cet article, lequel n'est mentionné qu'à titre d'exemple et comme constituant une des applications du principe, consacré virtuellement par le Code, que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui »⁷³².

Et d'appliquer cette nouvelle méthode à l'espèce, en retenant que si Patureau-Miran avait été condamné par le juge du Tribunal civil de Châteauroux à payer aux Boudier le prix des engrais qui avaient été utilisés pour la récolte dont il avait bénéficié, c'était « à raison du profit personnel et direct [qu'il avait] retiré de l'emploi de ces engrais sur ses propres terres »⁷³³, peu important que ces engrais aient été commandés par Garnier-Godard, le

⁷³¹ FAURE, rapp. du 30 nivôse an XII (21 janvier 1804), préc., pp. 137-138, reproduit *in* n°67.

⁷³² S. 1893.1.281, p. 284.

⁷³³ *Ibid.*, p. 283.

contrat conclu par ce dernier étant la source d'une dette distincte de celle naissant de son enrichissement⁷³⁴.

Le jugement devait être confirmé.

2. – Une consécration dans l'indifférence : l'incorporation de l'enrichissement injustifié dans le Code civil par l'Ordonnance du 10 février 2016

82. – Déjà la technique perçait sous l'équité. À l'évidence, l'attendu lapidaire, et quelque peu maladroit, des conseillers de la Chambre des requêtes – l'action *de in rem verso* « n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice est soumis à aucune condition déterminée ; [i]l 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 » –, n'avait pas été pensé comme l'énoncé d'un principe qui contiendrait toutes les subtilités de l'action, dans sa nouvelle version, mais plutôt comme une déclaration de son autonomie, à charge pour les juges et les auteurs d'en délimiter les contours au fur et à mesure.

Sans surprise, cette théorie prétorienne, que l'on nomma, sous l'influence des travaux d'Aubry et Rau, et de Labbé⁷³⁵, théorie de l'*enrichissement sans cause*⁷³⁶, fit l'objet d'un nombre important d'études doctrinales⁷³⁷, dont la plus influente fut la thèse de Goré publiée chez *Dalloz* en 1949⁷³⁸ – la matière est toujours marquée par l'appareil théorique développé dans cette thèse –, et surtout d'une riche jurisprudence⁷³⁹, que les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 synthétisèrent et codifièrent (presqu'à droit constant), ainsi qu'il leur avait été demandé⁷⁴⁰, aux art. 1303 à 1303-4 C. civ, sous le nom d'*enrichissement injustifié*, le concept de *cause* ayant été abandonné⁷⁴¹.

⁷³⁴ *Ibid.*, p. 281, note LABBÉ.

⁷³⁵ MONNERVILLE, *op. cit.*, pp. 111-150. – Adde CHÉNÉDÉ F., « Joseph-Émile Labbé, l'enrichissement sans cause », *RDC* 2011, n°3, pp. 1005-1023, n°8.

⁷³⁶ S. 1893.1.281, 282, note LABBÉ.

⁷³⁷ Je renvoie sur ce point aux bibliographies de ROMANI A.-M., « Enrichissement injustifié » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021, et DINH M.-L., *L'enrichissement injustifié en droit privé*, PUAM, 2022.

⁷³⁸ GORÉ, *op. cit.*

⁷³⁹ DINH, *op. cit.*

⁷⁴⁰ Art. 8, loi 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, JORF 17 février 2015.

⁷⁴¹ « Enrichissement injustifié » in Rapport au président de la République, préc.

Il est aujourd'hui acquis que « 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 »⁷⁴² ; que « [l]'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale »⁷⁴³ ; qu'« [i]l n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel »⁷⁴⁴ ; que « [l]'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri »⁷⁴⁵ ; 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 »⁷⁴⁶ ; et que « [l]'appauvrissement constaté au jour de la dépense, et l'enrichissement tel qu'il subsiste au jour de la demande, sont évalués au jour du jugement »⁷⁴⁷ et qu'« [e]n cas de mauvaise foi de l'enrichi, l'indemnité due est égale à la plus forte de ces deux valeurs »⁷⁴⁸.

IV. – Les quasi-contrats et la théorie de l'enrichissement injuste, histoire d'une construction doctrinale douteuse

83. – Une révolution silencieuse ou dans l'indifférence ? Pendant longtemps, les juges ne rattachèrent pas l'enrichissement sans cause à un pan particulier du droit civil, ceux-ci se contentant de l'appliquer sous couvert d'un *visa de principe*⁷⁴⁹. Ce ne fut, ainsi que le rapporte Mélodie Combot⁷⁵⁰, que dans les années 1970 qu'ils décidèrent d'y joindre l'anc. art. 1371 C. civ.⁷⁵¹, sans toutefois expliquer en quoi l'équation avec le droit des quasi-contrats était pertinente.

⁷⁴² Art. 1303 C. civ.

⁷⁴³ Art. 1303-1 C. civ.

⁷⁴⁴ Art. 1303-2 al. 1 C. civ.

⁷⁴⁵ Art. 1303-2 al. 2 C. civ.

⁷⁴⁶ Art. 1303-3 C. civ.

⁷⁴⁷ Art. 1303-4 C. civ.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Voy. MORVAN, *op. cit.*, pp. 71-72.

⁷⁵⁰ COMBOT, *op. cit.*, n°226-231.

⁷⁵¹ e.g. CASS. CIV. 3, 1^{er} avril 1971, *Bull. civ.* III, n°239 ; 5 janvier 1972, *Bull. civ.* III, n°1 ; CASS. SOC., 12 décembre 1973, *Bull. civ.*, I, n°657 ; CASS. COM., 7 juin 1979, *Bull. civ.* IV, n°183.

1. – La théorie de Toullier : subsumer les quasi-contrats sous le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste

84. – Tout fait quelconque de l'homme qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit. L'équation du droit des quasi-contrats avec la théorie de l'enrichissement injuste n'est pas nouvelle dans la mesure où on la retrouve dès les années 1820 dans les travaux de Toullier. Le professeur rennais avait en effet estimé que la définition du quasi-contrat de l'anc. art. 1371 C. civ. était « imparfaite »⁷⁵² et qu'il fallait, « pour suppléer à [cette] imperfection »⁷⁵³, remonter « au principe commun à tout ce qu'on appelle des quasi-contrats »⁷⁵⁴, figures qui n'étaient pas limitées selon lui à celles de la gestion d'affaires et à la réception d'une chose non due⁷⁵⁵. Pour ce faire, il partit du postulat, somme toute classique dans la législation napoléonienne, que les obligations qui naissaient des quasi-contrats, comme celles ayant trait aux délits et quasi-délits, dérivait « de la loi sacrée de la propriété »⁷⁵⁶. Or, « depuis l'établissement de la propriété permanente, expliqua-t-il, l'un des principaux fondements de la société, la propriété ne [pouvait plus] se perd[re] avec la possession de la chose ; il [fallait] le consentement du propriétaire : *Id quod nostrum est, sine facto nostro, ad alium transferri non potest* »⁷⁵⁷. Et d'en tirer les conséquences, dans des termes évoquant de façon déroutante les contours de la future théorie de l'*in rem verso* de Aubry et Rau :

« Il en résulte nécessairement que, quelle que soit la manière dont la possession de la chose qui m'appartient est passée en d'autres mains, sans que j'aie eu la volonté d'en transférer ou d'en abdiquer le domaine, le lien de la propriété qui l'attache à moi n'est point rompu ; elle continue de m'appartenir, et, par conséquent, j'ai le droit de la réclamer en quelques mains que je la trouve, à moins que la loi de la prescription, aussi établie pour l'intérêt et le repos de la société, n'ait éteint mon action. Le possesseur, quel qu'il soit, est obligé de me la rendre. Vainement alléguerait-il sa bonne foi, et qu'il n'a commis aucune faute ; qu'il n'est contrevenu à aucune loi, pour s'en procurer la possession. Il y contreviendrait, en refusant de me la remettre ; car, dès que la chose est à moi, il est obligé de me la remettre ; il y est obligé, sans qu'il soit intervenu aucune convention entre nous. Son obligation, fondée sur la loi, prend naissance à l'occasion du fait quelconque, quelque

⁷⁵² TOULLIER, *op. cit.*, éd. 1823, p. 15.

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ *Ibid.*

⁷⁵⁵ *Ibid.*

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ *Ibid.*, citant POMPONIIUS, *Dig.* 50.17.11.

licite qu'il soit, qui a fait passer ma propriété entre ses mains, sans que j'aie eu l'intention de l'en gratifier : ce fait, quel qu'il soit, est donc ce que le code appelle un quasi-contrat.

Mais, si le possesseur avait dépensé utilement des sommes pour conserver ou améliorer la chose d'autrui, la même loi de la propriété qui l'oblige de me rendre la chose, m'oblige de l'indemniser de ses dépenses ; autrement, je m'approprierais injustement une portion de sa propriété.

D'après ces notions, dont la vérité paraît incontestable, il nous semble qu'au lieu de l'explication insignifiante que donne du quasi-contrat l'article 1371, il faut, pour perfectionner ou compléter la doctrine du code, transformer cet article en une disposition impérative, qui indique en même temps quels sont les faits d'où naît une obligation, et auxquels il donne la dénomination impropre du quasi-contrat, et dire en conséquence : "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".

Cette disposition, qui explique nettement la nature de ce qu'on appelle des quasi-contrats, et qui fait clairement connaître quels sont les faits obligatoires qu'on a ainsi nommés, complète la doctrine du code par son parallèle avec l'article 1382, qui, parlant des faits illicites, dit "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer".

De même à l'égard des faits licites : "Tout fait quelconque de l'homme qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit" »⁷⁵⁸.

2. – La théorie de Carbonnier : présenter les quasi-contrats et l'enrichissement sans cause comme des faits naissant d'un avantage acquis aux dépens d'autrui

85. – On distingue les *quasi-contrats*, spéciaux, et l'*enrichissement sans cause*, théorie générale. Ainsi que le rapporte François ChénéDé, la théorie des quasi-contrats de Toullier fut complètement ignorée « tout au long du XIX^{ème} siècle par des auteurs qui ne se lassaient pas de rabâcher les enseignements de Pothier »⁷⁵⁹, le concept de *quasi-contrat* n'étant, quoi qu'il en fût, pas en odeur de sainteté dans la littérature de l'époque, à tel point que « [d]ifférents auteurs, et non les moindres, [lui] dénièrent toute autonomie par rapport à la responsabilité civile »⁷⁶⁰ :

« Planiol enseignait que les obligations délictuelles et les obligations quasi-contractuelles naiss[ai]ent toujours à l'occasion d'un fait illicite : la "possession d'un enrichissement obtenu aux dépens d'autrui" ne serait qu'une hypothèse particulière de faute quasi-

⁷⁵⁸ TOULLIER, *op. cit.*, pp. 15-17. – Voy. CHÉNÉDÉ F., « Charles Toullier, le quasi-contrat », *RDC* 2011, n°1, pp. 305-320, n°6, qui établit le parallèle avec les travaux d'Aubry et Rau. – *Adde id.*, « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *RDC* 2010, n°3, pp. 1015-1031.

⁷⁵⁹ CHÉNÉDÉ, « Charles Toullier », art. préc., n°7.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

délictuelle. Ripert et Teisseire estimaient, quant à eux, que le rapprochement de la responsabilité et du quasi-contrat ne devait pas se réaliser du côté de la faute, mais du côté du risque alors qu'en matière de responsabilité, le dommage causé à autrui oblige celui qui l'a commis à le réparer (*théorie du risque-crée*), en matière quasi-contractuelle, l'avantage procuré à autrui oblige celui qui l'a reçu à le restituer (*théorie du risque-profit*) »⁷⁶¹.

Malgré cela, l'idée que le droit des quasi-contrats serait innervé par la théorie de l'enrichissement injuste s'imposa progressivement dans la littérature⁷⁶², de sorte qu'au lendemain de la Seconde Guerre mondiale elle put être consacrée par Carbonnier dans son canonique manuel de droit civil. Carbonnier avait en effet proposé une *divisio obligationum* qui épousait la nomenclature du Code civil tout en l'adaptant aux données doctrinales de l'époque, opposant ainsi la catégorie des *actes juridiques*, catégorie composée en partie par les *contrats*, à celle des *faits juridiques*, sous laquelle se trouvaient les *engagements qui se forment sans convention*, ces derniers ayant été répartis en deux sous-catégories, l'une couvrant les obligations naissant d'un *dommage causé à autrui* et l'autre celles naissant d'un *avantage reçu d'autrui* ; et d'écrire, en introduction à ces dernières :

« Il arrive que, par son fait, l'homme procure un avantage à autrui, de même qu'il peut lui causer un dommage. Ce transfert de valeur suggère l'idée quasi physique d'un trop plein à faire cesser, d'un équilibre à rétablir entre les patrimoines. Mais cette idée, purement matérielle, tout comme celle du dommage causé, est trop vague pour pouvoir, à elle seule, fonder des conséquences juridiques : pas plus que tous les dommages ne sont réparables, tous les profits ne sont restituables ; ils ne le sont qu'autant que leur matérialité est colorée par certains éléments psychologiques ou juridiques.

Les faits juridiques profitables se différencient des faits juridiques dommageables en ce qu'ils sont toujours, par eux-mêmes, des faits *licites* ; c'est seulement la conservation du profit qui, sous certaines conditions, peut paraître illicite. Entre eux, ils peuvent se différencier par le degré de généralité : on distingue les *quasi-contrats*, spéciaux, et l'*enrichissement sans cause*, théorie générale »⁷⁶³.

⁷⁶¹ *Ibid.*, en référence à PLANIOL, art. préc., spéc. pp. 227-229 ; *id.*, *Traité élémentaire de droit civil*. Tome II. *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, et les privilèges et hypothèques*, LGDJ, 1909, 5^{ème} éd., pp. 262-263 ; et RIPERT et TEISSEIRE, art. préc., spéc. pp. 754-765.

⁷⁶² e.g. RIPERT, *op. cit.*, pp. 244-269.

⁷⁶³ CARBONNIER, *Les biens et les obligations*, *op. cit.*, 3^{ème} éd., n°198, p. 693 ; et *id.*, *Les biens et les obligations*, *op. cit.*, éd. « Quadrige », n°1213, p. 2417. – Comp. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 295 : « Nous reconnaitrons seulement l'existence de trois quasi-contrats, la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, l'enrichissement sans cause, qui ne peuvent être ramenés à une autre notion et dont l'élément commun est la création d'une obligation par un avantage fait à un tiers, critère inverse de celui que nous allons rencontrer dans l'étude des délits et des quasi-délits ».

3. – La théorie de Cornu : qualifier l'enrichissement sans cause de quasi-contrat et l'ériger en alpha et omega du droit des quasi-contrats

86. – **Ce n'est pas un fourre-tout. C'est un concept.** Ainsi que le ressort clairement de son manuel, Carbonnier n'avait pas entrepris de dessiner les contours d'une théorie, à supposer que l'idée de *théorie* soit appropriée – il ne s'agissait après tout que d'un manuel à destination d'étudiants – des *quasi-contrats*, mais de l'*avantage indu lato sensu*, en témoigne la distinction entre les quasi-contrats, cas « spéciaux » réglés dans le Code civil, et l'enrichissement sans cause, théorie d'application subsidiaire, tel qu'il l'avait été établi par les conseillers de la Chambre civile de la Cour de cassation dans *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant*⁷⁶⁴, et donc de portée générale, *specialia generalibus derogant*⁷⁶⁵. Malgré tout, c'est le nom de Carbonnier qui a été, et est toujours, associé à l'idée selon laquelle le droit des quasi-contrats serait le *locus* d'un droit de l'enrichissement injuste *lato sensu*, à tel point que Cornu, ami et collègue de longue date de Carbonnier⁷⁶⁶, suggéra lors de l'*Avant-projet Catala* que c'était son analyse qui justifiait que l'on préserve le concept de quasi-contrat en droit civil français, et qu'on le redéfinisse à l'aune du principe générale de prohibition de l'enrichissement injuste :

Art. 1101-2 *Avant-projet Catala*. – « Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit.

Le fait qui procure à autrui un avantage auquel il n'a pas droit constitue un quasi-contrat. Les obligations qui en découlent sont régies par le Sous-titre Des quasi-contrats.

Le fait qui cause sans droit un dommage à autrui oblige son auteur à le réparer. Cette obligation est régie par le Sous-titre De la responsabilité civile »⁷⁶⁷.

Les rédacteurs du projet notèrent qu'« [i]nspirée d'une suggestion de Jean Carbonnier et d'une opposition scientifiquement exacte “dommage causé” sans droit, “avantage procuré” sans droit, la définition du quasi-contrat est ici dessinée dans ses éléments essentiels »⁷⁶⁸. Une définition « plus élaborée »⁷⁶⁹ fut toutefois donnée à l'art. 1327 : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires, comme la gestion sans titre de l'affaire d'autrui, le paiement de l'indu ou l'enrichissement sans cause, dont il résulte, un

⁷⁶⁴ D. 1920.1.102 ; *GAJC*, n°242.

⁷⁶⁵ POSEY A., « La subsidiarité de l'enrichissement sans cause », *RDIDC* 2014, n°2, pp. 182-246.

⁷⁶⁶ VAUCHEZ A., « *Quand les juristes faisaient la loi... Le moment Carbonnier (1963–1977), son histoire et son mythe* », *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 2009, n°1, pp. 105-116, spéc. pp. 109-114.

⁷⁶⁷ CATALA, *Avant-projet*, préc., p. 65.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 66.

⁷⁶⁹ *Ibid.*

engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui »⁷⁷⁰. Les rédacteurs du projet approfondirent en expliquant que « [l]es deux espèces particulières de quasi-contrats et la théorie générale de l'enrichissement sans cause ont pour point commun un avantage reçu par une personne qui n'y a pas droit (critère de regroupement suggéré par Carbonnier) »⁷⁷¹, idée qui fut précisée par Cornu dans son commentaire :

« Les quasi-contrats demeurent dans le projet, comme ils le sont dans le Code civil, une source d'obligation. Sans doute, ce point est-il, en législation, sujet à controverse. Mais, dans le parti législatif d'où le projet tire sa raison d'être et sa mesure, leur maintien allait de soi. Il aurait fallu adhérer à une ambition maximaliste qui n'est pas la sienne pour bouleverser la théorie des sources d'obligation au point d'en éliminer le quasi-contrat, entre le contrat et le délit. Aujourd'hui tout le monde sait que loin d'être obsolète, cette classification s'accorde avec la division majeure des actes juridiques et des faits juridiques que le tableau des sources présente en tête du projet : d'un côté, les actes juridiques conventionnels, unilatéraux ou collectifs, de l'autre les faits juridiques dommageables ou profitables.

Justement, c'est la notion même de quasi-contrat telle qu'elle ressort de l'analyse lumineuse de Jean Carbonnier qui légitime – qui exige – son maintien. Ce n'est pas un fourre-tout. C'est un concept. De même que la juridiction gracieuse n'est plus tout ce qui n'est pas la juridiction contentieuse, mais, en parallèle, une fonction juridictionnelle définie, de même les quasi-contrats ne sont pas un amalgame de faits résiduels informes. Face au dommage causé sans droit, un avantage reçu sans droit : en ce point commun se rejoignent tous les quasi-contrats. D'où la définition générale donnée en premier. Au sein de cette catégorie générique, viennent naturellement s'ordonner les deux applications particulières spécifiques de la tradition, gestion d'affaires et paiement de l'indu, ainsi que, venant de la coutume, le principe général que nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'autrui. L'ensemble est cohérent »⁷⁷².

Ainsi que je l'ai expliqué en introduction⁷⁷³, cette approche, qui a été adoptée par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016, est discutable, pour ne pas dire incohérente.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, p. 137.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² CORNU, comm. préc., pp. 62-63.

⁷⁷³ Voy. *supra*, n°4-5.

CHAPITRE V

Repenser les quasi-contrats

Les enseignements du droit allemand et anglais

87. – Il faut choisir. Ainsi que je l'ai écrit en introduction, il n'y a en soi aucune difficulté à soutenir que le droit français des obligations devrait être articulé autour de quatre sources – le contrat, le dommage causé à autrui, l'enrichissement injuste et l'autorité seule de la loi –, et par là même défendre l'idée que la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié devraient être abolis de sorte que soit instituée à la place une clause générale de responsabilité, comme celle proposée par Toullier, en vertu de laquelle il serait convenu que « tout fait quelconque de l'homme qui enrichit une personne au détriment d'une autre, sans qu'il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose, la somme [ou le service] tourné à son profit »⁷⁷⁴. Cependant, il est plus discutable d'affirmer que le droit des quasi-contrats, tel qu'il se présente aujourd'hui, est le *locus* de responsabilités fondées sur le fait que le défendeur a indûment acquis un avantage aux dépens d'autrui. Il suffit de se référer au Chapitre II sur la gestion d'affaires pour se convaincre qu'il s'agit non seulement d'un grossier raccourci, mais d'un non-sens, cette institution, qui a été pensée, et est toujours envisagée, comme un moyen de garantir l'autonomie des individus dans la conduite de leurs affaires civiles et commerciales, ayant pour source le fait d'une ingérence dans les affaires d'autrui. Ce constat est d'ailleurs celui de Philippe Remy :

⁷⁷⁴ TOULLIER, *op. cit.*, éd. 1823, p. 17.

« [L]a gestion d'affaires s'insère mal dans cette nouvelle notion de quasi-contrat : il est clair que la gestion d'affaires n'est pas un mécanisme purement restitutoire, puisqu'elle fait naître d'abord des obligations à la charge du gérant (art. 1372 s. C. civ.) et que l'action contraire tend, non à la restitution d'un enrichissement injuste, mais à l'indemnisation des dépenses et pertes de lui qui a agi dans l'intérêt d'autrui (art. 1375 C. civ.) »⁷⁷⁵.

Par conséquent, il faut choisir.

Soit on estime que le droit des quasi-contrats est sous-tendu par le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste, et on en tire les conclusions qui s'imposent en abolissant le concept de quasi-contrat, qui ne sert à rien puisqu'il devient interchangeable avec celui d'enrichissement injuste ou d'avantage indu – à charge d'expliquer comment ce modèle parviendra à absorber le contentieux de la gestion d'affaires – ; soit on considère que le droit des quasi-contrats est une variation moderne des *variae causarum figurae* et on le conserve dans sa version de 1804 – il en va ainsi dans le code civil espagnol (*los cuasi contratos*)⁷⁷⁶ et le code civil chinois (*zhǔn hétóng* ; 准合同)⁷⁷⁷ – ; ou on le réforme *a minima* à la manière du droit québécois ou néerlandais en abolissant là encore le concept de quasi-contrat et en se satisfaisant de la catégorie résiduelle des *autres sources d'obligations*⁷⁷⁸ ; ou à la manière du droit italien, en énonçant simplement les titres relatifs à la gestion d'affaires⁷⁷⁹, le paiement de l'indu⁷⁸⁰ ou l'enrichissement injustifié⁷⁸¹ les uns après les autres, après ceux sur les contrats en général⁷⁸², les contrats spéciaux⁷⁸³, et à la désormais très mal-nommée responsabilité « extracontractuelle »⁷⁸⁴ ; ou à la manière du droit allemand ou suisse en analysant ensemble le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié comme des responsabilités fondées sur le fait d'un « enrichissement injuste » (*ungerechtfertigte Bereicherung*) et en intégrant la gestion d'affaires dans le droit du mandat, ou à sa marge. Quoi qu'il en soit, on ne peut se satisfaire de cet étrange entre-deux proposé par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016, en vertu duquel le droit des quasi-contrats est envisagé comme un ensemble conceptuellement cohérent

⁷⁷⁵ REMY P., « Les restitutions dans un système de quasi-contrats » in VACCA L. (dir.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Giappichelli, 2005, pp. 73-96, p. 76.

⁷⁷⁶ Chap. I, Tit. XVI, Liv. IV, Código civil.

⁷⁷⁷ Part. III, Liv. III, Zhōnghuá rénmín gònghéguó mínfǎ diǎn ; 中华人民共和国民法典.

⁷⁷⁸ Voy. *supra*, n°7. – Adde Tit. 6.4. Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst (*Obligations non-délictuelles et non-contractuelles*), Burgerlijk Wetboek.

⁷⁷⁹ Tit. VI. *Della gestione di affari*, Liv. IV, Codice civile.

⁷⁸⁰ Tit. VII. *Del pagamento dell'indebito*, Liv. IV, Codice civile.

⁷⁸¹ Tit. VIII. *Dell'arricchimento senza causa*, Liv. IV, Codice civile.

⁷⁸² Tit. II. *Dei contratti in generale*, Liv. IV, Codice civile.

⁷⁸³ Tit. III. *Dei singoli contratti*, Liv. IV, Codice civile.

⁷⁸⁴ Tit. IX. *Dei fatti illeciti*, Liv. IV, Codice civile.

articulé autour du principe général de prohibition de l'enrichissement injuste et en même temps une catégorie résiduelle dont le champ peut être étendu à la discrétion des juges ; cela est incohérent et contredit les objectifs de modernisation et de simplification de la réforme de 2016.

En l'état de notre droit, l'approche allemande me semble la plus adéquate⁷⁸⁵.

I. – En finir (ou presque) avec la théorie de l'enrichissement injuste : repenser la question de l'avantage indûment acquis d'autrui à l'aune de la dichotomie *enrichissement acquis du fait l'exécution d'une prestation* et *enrichissement acquis d'une autre manière* de Wilburg et von Cæmmerer

88. – Une introduction au *Konditionensystem*. Il est acquis en droit allemand, au titre du §812 I du Bürgerliches Gesetzbuch (ci-après « BGB »), que « celui qui, du fait de l'exécution d'une prestation [*Leistung*] ou d'une autre manière [*in sonstiger Weise*] a reçu quelque chose aux dépens d'autrui [*auf dessen Kosten*], sans que cela ne soit fondé juridiquement [*ohne rechtlichen Grund*], est obligé de le restituer [*zur Herausgabe verpflichtet*] »⁷⁸⁶, et que « cette obligation existe même si le fondement juridique disparaît après l'exécution [*der rechtliche Grund später wegfällt*] ou si le résultat visé par l'exécution de la prestation ne se réalise pas d'après les termes de l'acte juridique [*mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt*] »⁷⁸⁷. Toutefois, il est d'usage, à la suite des travaux de Walter Wilburg (1905–1991)⁷⁸⁸ et Ernst von Cæmmerer (1908–1985)⁷⁸⁹, d'appliquer cette clause de responsabilité en distinguant

⁷⁸⁵ ZIMMERMANN R., « Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach », *OJLS* 1995, pp. 403-429. – Comp. JANSEN N., « Farewell to Unjustified Enrichment? », *ELR* 2016, pp. 123-148, et PICHONNAZ P., « Clause générale et *condictio indebiti* : la relation délicate entre les articles 62 et 63 code des obligations suisse », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 116-137.

⁷⁸⁶ §812 I 1 BGB : « Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet ». – Comp. art. 62(1) Code suisse des obligations : « Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten » – « Celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi aux dépens d'autrui, est tenu à restitution ».

⁷⁸⁷ §812 I 2 BGB : « Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt ». – Comp. art. 62(2) Code suisse des obligations : « Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat » – « La restitution est due, en particulier, de ce qui a été reçu sans cause valable, en vertu d'une cause qui ne s'est pas réalisée, ou d'une cause qui a cessé d'exister ».

⁷⁸⁸ WILBURG W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, 1934.

⁷⁸⁹ VON CÆMMERER E., « Bereicherung und unerlaubte Handlung », in *Festschrift für Ernst Rabel*. Tome I, Mohr, 1954, pp. 334-401. – *Adde id.*, « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *RDIC* 1966, pp. 573-592.

rigoureusement les cas où l'enrichissement (*Bereicherung*) a été injustement acquis, ou acquis de façon injustifiée⁷⁹⁰, du fait de l'exécution d'une « prestation » (*Leistung*)⁷⁹¹, de ceux où l'enrichissement a été acquis d'« une autre manière » (*in sonstiger Weise*)⁷⁹², distinction que les juristes allemands intègrent dans un système d'actions, dit *Kondiktionensystem*, inspiré des *Kondiktionensysteme* des jurisconsultes prussiens Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) et Bernhard Windscheid (1817–1892). Savigny avait en effet souligné dans son *System des heutigen römischen Rechts* que certaines actions du droit romain classique, les *condictiones*, en allemand *Kondiktionen*, « étaient certes très diverses, mais qu'il [était] néanmoins possible de toutes les rapporter à un principe très simple » selon lequel celui qui a donné un bien ou une somme d'argent pouvait en obtenir la restitution lorsqu'il était établi qu'il avait procédé à la dation par erreur : « error [ist] die wahre Bedingung der Condictio » – *l'erreur est la véritable raison de la condictio*⁷⁹³. Ainsi que le rappellent Jacques du Plessis et Reinhard Zimmermann, les *condictiones* avaient des fonctions très diverses en droit romain :

« The *condictio indebiti* was used to reclaim a transfer aimed at fulfilling an obligation which did not exist, but was mistakenly believed to exist, the *condictio ob turpem vel injustam causam* was available to reclaim a transfer whose acceptance offended the traditional standards of honest and moral behaviour, and the *condictio causa data causa non secuta* (or *condictio ob rem*) lay to reclaim a transfer aimed at eliciting a counterperformance which did not in fact take place. [T]here was also the *condictio sine causa*, which in the form of the *condictio sine causa specialis* covered a few residuary cases where a person retained what he had received without legal ground. One of these was where a valid legal ground first supported a transfer but fell away subsequently; this came to be known as *condictio ob causam finitam*. A *condictio sine causa generalis* was also acknowledged, but this was merely an alternative name for the other enrichment remedies and did not result in any extension of liability »⁷⁹⁴.

Extrapolant, Savigny soutint que d'aucun pouvait se prévaloir d'une *condictio* lorsque son patrimoine avait diminué au profit de celui d'un autre, sans justification juridique – « das

⁷⁹⁰ MEIER S., « Unjust Factors and Legal Grounds » in JOHNSTON D. et ZIMMERMANN R. (dir.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, CUP, 2002, pp. 37-75. – Comp. KREBS T., « In Defence of Unjust Factors », *ibid.*, pp. 76-101, et HÄCKER H., « Unjust Factors versus Absence of Juristic Reason (*Causa*) » in BANT, BARKER et DEGELING (dir.), *op. cit.*, pp. 290-313.

⁷⁹¹ §812 I 1 Alt. 1 BGB.

⁷⁹² §812 I 1 Alt. 2 BGB.

⁷⁹³ VON SAVIGNY F.-C., *System des heutigen römischen Rechts*. Tome V, Veit, 1841, p. 452, trad. PICHONNAZ, « Clause générale et *condictio indebiti* », art. préc., pp. 120-124. – *Adde id.*, « Some Diachronic Reflections on the Scope of Error in Unjustified Enrichment » in JANSEN N. et MEIER S. (dir.), *Iurium itinera*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 601-626.

⁷⁹⁴ « Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment », *RLR* 1994, n°2, pp. 14-43, p. 16. – *Adde* ZIMMERMANN, *op. cit.*, pp. 834-851.

Vermögen zum Vortheil eines Anderen ohne Rechtsgrund vermindert seyn würde »⁷⁹⁵ –, une *condictio sine causa generalis* devant être disponible lorsqu'aucune autre *condictio* ne l'était, formule qui inspira les rédacteurs du BGB⁷⁹⁶. Windscheid, qui fut quant à lui le premier à avoir recours au concept d'*ungerechtfertigte Bereicherung* à des fins techniques et non descriptives⁷⁹⁷, raffina le *Kondiktionensystem* de Savigny en soutenant que d'aucun pouvait se prévaloir d'une *condictio* lorsqu'il avait procédé à la dation en commettant une erreur sur les motifs, ou lorsqu'il y avait consenti sous l'empire d'une « condition préalable » (*Voraussetzung*) qui, bien que connue de l'autre partie, ne s'était pas réalisée⁷⁹⁸. Il admit également que d'aucun pouvait se prévaloir d'une *condictio* lorsque l'enrichissement avait été acquis « à ses dépens » (*auf seine Kosten*), indépendamment de savoir si celui-ci s'inscrivait dans le cadre d'un transfert direct de valeur⁷⁹⁹. Les juristes allemands distinguent par conséquent, à la suite des travaux de Savigny et de Windscheid, et de Wilburg et von Cæmmerer, deux types de *Kondiktionen*, la *Leistungskondiktion*, action en restitution de l'enrichissement acquis du fait de l'exécution d'une prestation, et les *Nichtleistungskondiktionen*, actions en restitution de l'enrichissement acquis d'une autre manière (que par une *Leistung*), ces dernières se développant en *Eingriffskondiktion* si l'enrichissement résulte de la violation d'un droit exclusif d'autrui, *Verwendungskondiktion* s'il dérive de dépenses faites sur le bien d'autrui et *Rückgriffskondiktion* s'il procède de l'exécution de la dette d'autrui, les deux dernières étant d'application subsidiaire.

S'il est indéniable que la restitution des prestations n'est pas appréhendée en droit français à l'aune du principe général de prohibition de l'enrichissement injuste, et *a fortiori* qu'il n'existe pas de distinction entre l'enrichissement acquis du fait de l'exécution d'une prestation et l'enrichissement acquis d'une autre manière, nous disposons toutefois, depuis l'introduction de l'Ordonnance du 10 février 2016, de tous les éléments pour implémenter ce modèle sans porter atteinte aux fondamentaux de notre droit des obligations.

⁷⁹⁵ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, op. cit., p. 110.

⁷⁹⁶ DU PLESSIS et ZIMMERMANN, art. préc., pp. 17-18.

⁷⁹⁷ *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Tome II, Partie 2, Buddeus, 1866, II, n°421.

⁷⁹⁸ *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, Buddeus, 1850, p. 7.

⁷⁹⁹ *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Tome II, Partie 2, Buddeus, 1875, n°421.

**1. – *Leistungskondition*, paiement indu, faillite du contrat et restitution :
la responsabilité du fait d'un enrichissement acquis à la suite de
l'exécution d'une prestation indu**

89. – Les apports de l'Ordonnance du 10 février 2016 en matière de paiements indus *lato sensu*. Ainsi que je l'ai expliqué à la fin du Chapitre III⁸⁰⁰, les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 n'ont pas fondamentalement altéré le principe de la responsabilité du fait de la réception d'une chose non due, requalifiée de « paiement de l'indu »⁸⁰¹. Tout au plus ont-ils reformulé l'anc. art. 1376 C. civ. en disposant à l'art. 1302-1 C. civ. que « [c]elui 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 », et précisé l'anc. art. 1377 C. civ. en disposant à l'art. 1302-2 al. 1 C. civ. que « [c]elui qui par erreur ou *sous la contrainte* a acquitté la dette *d'autrui peut agir en restitution* contre le créancier », et à l'art. 1302-2 al. 2 C. civ. que « [l]a restitution peut aussi être demandée à celui dont la dette a été acquittée par erreur »⁸⁰².

Toutefois, ils ont procédé à quelques changements d'ordre structurel.

Tout d'abord, ils ont formellement dissocié le droit des paiements du droit du paiement de l'indu en intégrant l'anc. art. 1235 C. civ., énonçant la règle *tout paiement suppose une dette*, en introduction du second et non du premier⁸⁰³, et en le reformulant, remplaçant dans la clause « ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition » le verbe *payer* par celui de *recevoir*, et le terme *répétition* par celui de *restitution* : « Ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution »⁸⁰⁴. Ces ajustements sont cohérents. Il est en effet à présent énoncé à l'art. 1342 al. 1 C. civ. que « [l]e paiement est l'exécution volontaire de la prestation due ». Par conséquent, l'exécution volontaire d'une prestation indu ne peut constituer un paiement. On ne peut techniquement *payer* ce que l'on ne doit pas, mais on peut être tenu de restituer ce que l'on a reçu alors que cela ne nous était pas dû. Cette subtilité, qui aurait d'ailleurs dû amener les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 à ne pas consacrer le concept de *paiement de l'indu* et lui préférer celui de *réception* ou

⁸⁰⁰ Voy. *supra*, n°64.

⁸⁰¹ Chap. II, Sous-Tit. III, Tit. III, Liv. III, C. civ.

⁸⁰² Cette situation relevait avant de l'enrichissement sans cause, e.g. CASS. CIV. 1, 4 avril 2001, 98-13.285 ; CASS. SOC., 20 décembre 2001, 99-21.671.

⁸⁰³ Art. 1342 à 1346-5, Sect. 1, Chap. IV, Tit. IV, Liv. III, C. civ.

⁸⁰⁴ Art. 1302 al. 1 C. civ. *in fine*.

bénéfice d'une *prestation indue*⁸⁰⁵, était déjà présente dans la version originale du Code civil. Ainsi qu'Isabelle Defrénois-Souleau l'avait relevé dans son étude sur la question publiée en 1989 à la *Revue trimestrielle de droit civil*, les rédacteurs du Code civil avaient formulé les anc. art. 1376 et 1377 C. civ. de manière à restituer précisément la différence entre les cas d'indu absolu et ceux d'indu relatif. Là où le *solvens* n'était (absolument) pas tenu de procéder à la dation et que l'*accipiens* n'était (absolument) pas en droit de recevoir la chose donnée, ils avaient clairement placé la source de l'obligation de restitution dans le fait de la *réception* de la chose et non dans celui de l'exécution d'un *paiement*, fût-il *indu* :

Anc. art. 1376 C. civ. – « 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'a *indûment reçu* »⁸⁰⁶.

A contrario, lorsque l'une des parties à la dation était débitrice ou créditrice de la chose donnée, ils avaient été plus subtils. En effet, si relativement aux parties à la dation il était impossible de dire qu'il y avait eu paiement, celles-ci n'étant ni débitrice ni créditrice l'une de l'autre, on pouvait dire qu'il y avait eu, d'une certaine manière, un paiement dans la mesure où l'une d'elle s'était acquittée ou avait reçu ce qui était dû : il y avait bien un *créancier*, un *véritable débiteur*, une *dette*, un *acquiescement*, et donc un *paiement*, termes qui apparaissaient tous à l'anc. art. 1377 C. civ.⁸⁰⁷ :

« Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait *débitrice*, a *acquitté* une *dette*, elle a le droit de répétition contre le *créancier*.

Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le *créancier* a supprimé son titre par suite du *paiement*, sauf le recours de *celui qui a payé* contre le *véritable débiteur* ».

Par ailleurs, ne pouvant placer la source de l'obligation de restitution dans le fait (purement volontaire) de la réception d'une chose non due, le créancier ayant pu recevoir ce qui lui était dû, ils avaient été contraints de la placer dans le fait d'avoir donné une chose qui n'était pas due. C'était ainsi au *solvens* d'établir qu'il disposait d'un « droit de répétition » en prouvant qu'il avait, par erreur, procédé à une dation indue.

Ensuite, et ce afin de rester cohérent avec l'idée que « le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due » et que tout « ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution », les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 ont structuré les art. 1352

⁸⁰⁵ CATALA, *op. cit.*, n°202.

⁸⁰⁶ DEFRENOIS-SOULEAU, art. préc., p. 267.

⁸⁰⁷ *Ibid.*

à 1352-9 C. civ., régissant à présent la restitution, en distinguant trois types de restitutions : deux déjà réglementées dans le Code, à savoir la restitution d'un bien et la restitution d'une somme d'argent – elles sont à présent régies respectivement aux art. 1352 à 1352-3, 1352-5 et 1352-7 C. civ. et aux art. 1352-6 et 1352-7 C. civ. –, et une qui n'avait pas été anticipée en 1800–1804, le paiement ayant été essentiellement envisagé sous l'angle du transfert de propriété⁸⁰⁸, et qui avait dû être appréhendée par les juges au travers des règles de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause⁸⁰⁹ : la restitution d'un service, désormais régie par l'art. 1352-8 C. civ. Il est ainsi acquis que « [l]a restitution d'une prestation de service a lieu en valeur, [valeur qui] est appréciée à la date à laquelle [le service] a été fourni »⁸¹⁰.

Enfin, les rédacteurs de l'Ordonnance de 2016 ont développé et déplacé les règles relatives à la restitution dans le cinquième et dernier chapitre du nouveau Tit. IV, Liv. III, C. civ., instituant un *régime général des obligations*, l'art. 1302-3 C. civ. disposant que « la restitution [de ce qui a été reçu sans être dû] est soumise aux règles fixées aux art. 1352 à 1352-9 C. civ. ». La restitution n'est par conséquent plus envisagée comme le remède exclusif au « paiement de l'indu ». Ce dernier point est d'ailleurs indiscutable dans la mesure où les rédacteurs de l'Ordonnance ont décidé, à l'aide d'un système de renvoi intégré aux art. 1178 al. 3, 1187 al. 2 et 1229 al. 4 C. civ., de soumettre la restitution des prestations effectuées en exécution d'un contrat déclaré nul, caduc, ou résolu aux règles des art. 1352 à 1352-9 C. civ. Ainsi que l'expliquent les auteurs du rapport remis au président de la République :

« Le Code civil ne consacre actuellement aucune disposition propre aux restitutions après anéantissement du contrat, et ne contient que quelques règles éparses sur la mise en œuvre de ce mécanisme, telles que les dispositions relatives à la répétition de l'indu, dont la jurisprudence s'est inspirée pour régler le sort des restitutions en matière contractuelle. Il est donc consacré un chapitre propre aux restitutions, destiné à unifier la matière et à

⁸⁰⁸ Voy. *supra*, n°54.

⁸⁰⁹ CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations*, *op. cit.*, n°215-231.

⁸¹⁰ Voy. CASS. CIV. 1, 16 mars 1999, 97-12.930, et CASS. CIV. 3, 21 janvier 2016, 14-26.085.

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 »⁸¹¹.

L'incorporation des art. 1352 à 1352-9 C. civ. au sein du régime général des obligations indique clairement que la restitution n'est plus liée à une source précise d'obligation, mais à toutes les obligations, obligations dont elle serait, à s'en tenir à la lettre du rapport remis au président de la République, la conséquence de « leur anéantissement » :

« L'article 3 de l'Ordonnance introduit dans le Code civil un titre consacré au régime général des obligations. En effet, actuellement, le Code ne lui consacre aucune partie. Il ne contient que des dispositions disséminées, de surcroît lacunaires, sur cette question d'une importance pratique considérable. L'Ordonnance crée donc un titre IV qui traite en cinq chapitres des modalités de l'obligation, des opérations sur obligations, des actions ouvertes au créancier, de l'extinction des obligations, et des restitutions. Selon la même logique que celle retenue dans le titre II consacré aux contrats, le plan retenu permet ainsi de traduire au mieux les différentes phases de la vie des obligations : les aménagements dont elles peuvent faire l'objet depuis leur naissance ; la circulation ou les modifications auxquelles elles peuvent donner lieu ; leur protection qui en assurent l'effectivité au créancier ; l'extinction des obligations, et enfin les restitutions qu'entraîne leur anéantissement »⁸¹².

90. – Réformer la réforme : les enseignements du *Projet Terré*. S'il convient de saluer la consécration d'un régime commun de la restitution des prestations en ce qu'elle met fin aux hésitations jurisprudentielles et doctrinales qui entouraient la question des conséquences matérielles de l'exécution d'un contrat failli par suite de nullité, de caducité

⁸¹¹ « Restitutions » in Rapport au président de la République, préc.– Voy. sur l'Avant-projet d'Ordonnance du 25 février 2015, KLEIN J., « Les restitutions », *JCP* 2015, n°21 (Supplément), pp. 74-77, et sur l'Ordonnance, HERVÁS HERMIDA C., « Le régime des restitutions dans la réforme du droit des obligations », *JCP N* 2016, n°13, pp. 50-53 ; KLEIN J., « Les restitutions », *Droit et patrimoine* 2016, n°258, pp. 90-92 ; MERCOLI S., « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », *LPA* 2016, n°175-176, pp. 7-12 ; 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* 2016, n° 96, pp. 6-19, spéc. pp. 13-19 ; PELLET S., « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP* 2016, n°24, pp. 1170-1173 ; PENIN O., « Restitutions, nullité, vices cachés et défaut de conformité : et si la Cour de cassation avait raison ? », *CCC* 2016, Étude 9 ; et SEUBE J.-B., « Le juge et les restitutions », *RDC* 2016, n°2, pp. 411-415.

⁸¹² « Régime général des obligations » in Rapport au président de la République, préc.

ou de résolution⁸¹³, il est regrettable que les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 aient décidé de traiter la question des restitutions dans le régime général des obligations. En effet, si l'on admet que « les obligations obéissent à un régime général, c'est-à-dire [un régime] applicable aussi bien [aux obligations] qui sont créées par un acte juridique que par un fait juridique [ou l'autorité seule de la loi] »⁸¹⁴, et que ces obligations « sont sujettes à des causes d'extinction comme le paiement, la compensation ou la prescription, et à des modalités, comme la solidarité, qui leur sont communes ; [qu']elles sont dotées du même caractère contraignant et confèrent donc des prérogatives identiques au créancier ; [et qu']elles sont susceptibles de transmission ou de circulation selon des modes uniformes, comme la cession de créances, la subrogation personnelle ou la délégation »⁸¹⁵, il est difficile de voir en quoi la restitution s'inscrit dans cette logique. Si certes d'aucun peut exécuter volontairement une prestation afin d'éteindre une obligation née d'un acte ou d'un fait juridique, ou de l'autorité seule de la loi⁸¹⁶, et par conséquent être amené à exécuter une prestation indue lorsqu'il apparaît que cette obligation n'existait pas, ou qu'elle avait cessé d'exister, la restitution n'est, à y regarder de plus près, pas commune à toutes les obligations, mais spécifique à un fait juridique précis, le *bénéfice d'une prestation indue*, fait dont elle est le remède. Aussi il aurait été plus rigoureux et cohérent, ainsi que Philippe Remy l'avait proposé dans sa contribution au *Projet Terré*, d'énoncer l'évidence et de caractériser le bénéfice d'une prestation effectuée en exécution d'un contrat failli par effet de nullité, de caducité ou de résolution comme un cas d'indu absolu⁸¹⁷, en disposant, après la règle en vertu de laquelle « 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'a indûment reçu », qu'« [i]l y a pareillement lieu à restitution lorsque la dette justifiant [l'exécution]

⁸¹³ Voy. BOUSIGES A., *Les restitutions après annulation ou d'un contrat*, Thèse Poitiers, 1982 ; SCHMIDT-SWALEWSKI J., « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989, n°25, pp. 3397-3402 ; GUELFUCCI-THIBIERGE, *op. cit.*, spéc. Tit. II, Seconde partie ; CHAABAN R., *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006, n°404-426 ; GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, Tit. II, Troisième partie ; BÉNABENT A., « La révision du passé entre les parties », *RDC* 2008, n°1, pp. 15-24 ; SERINET Y.-M., « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation » in *Mélanges Viney*, LGDJ, 2008, pp. 867-890 ; ROUVIÈRE F., « L'évaluation des restitutions après annulation et résolution de la vente », *RTD Civ.* 2009, pp. 617-638 ; LAGARDE X., « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP* 2012, n°16, pp. 808-813 ; et BOUCARD H., « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », *RDC* 2013, n°4, pp. 1669-1683.

⁸¹⁴ FRANÇOIS J., *Les obligations – Régime général*, Economica, 2022, 6^{ème} éd., p. 2.

⁸¹⁵ *Ibid.*

⁸¹⁶ Art. 1100 al. 1 C. civ.

⁸¹⁷ REMY, contrib. préc., pp. 37-40.

disparaît par suite d'une annulation, d'une résolution ou d'une autre cause »⁸¹⁸. Cette approche, qui avait été condamnée le 24 septembre 2002 par les membres de la Première chambre civile de la Cour de cassation dans *Banque populaire de l'Ouest c. Rabine* afin d'éviter que les parties n'usent du paiement de l'indu pour contourner les effets de la prescription de leur action en nullité⁸¹⁹, ne remettra pas en cause la manière dont est appréhendée la faillite du contrat : il sera toujours nécessaire de demander que le contrat soit déclaré nul, caduc ou résolu pour obtenir restitution ; la théorie de la prestation indue ne sera qu'une courroie de transmission entre la faillite du contrat et la restitution, ou plus exactement une manière d'implémenter la *restitutio in integrum*, *restitutio in integrum* dont le cadre juridique est, pour des raisons historiques, notoirement flou. En effet, le particularisme procédural des actions en nullité et en rescision dans l'Ancien droit eut un profond impact sur la manière dont les juristes français appréhendèrent la question⁸²⁰. À l'instar du remède éponyme en droit romain classique⁸²¹, la *restitutio in integrum* était un remède d'exception dont la mise en œuvre était laissée à la discrétion du juge. S'il était acquis que le juge devait s'assurer que les parties à l'acte nul ou rescindé soient remises en l'état, à savoir comme si l'acte n'avait pas produit d'effet, *quod nullum est nullum producit effectum*, les détails ne furent jamais adressés de façon systématique. Domat put ainsi écrire dans ses *Loix civiles*, laconique, que « [s]i une convention, quoyque nulle, a eu quelque suite, & quelque effet, & quelle soit annulée ; les contractans sont remis dans l'état où ils auroient été, s'il n'y avoit pas eu de convention, autant que les circonstances peuvent le permettre, & avec les restitutions qui peuvent être à faire, contre celui qui en sera tenu »⁸²². Les rédacteurs du Projet du 21 thermidor an I (8 août 1793) purent quant à eux introduire une disposition où il était convenu que « [l]a personne qui a reçu quelque chose, en vertu du contrat annulé, est obligée à en faire la restitution », et préciser que c'était « tout ce qui reste des suites d'un pareil acte »⁸²³, laconisme perpétué par les rédacteurs du Code civil, le contentieux de la nullité et de la rescision, ou de la

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 39. – Adde HOUTCIEFF D., « Les sanctions des règles de formation des contrats » in TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, pp. 233-242, n°19. – Comp. SERINET Y.-M., « Restitutions après anéantissement du contrat, art. 1161 à 1164-7 » in CATALA (dir.), avant-projet préc., pp. 43-49, p. 45.

⁸¹⁹ *Bull. civ.* I, n°218. – Voy. AUBERT J.-L., « Les restitutions ne relèvent pas de la répétition de l'indu », *D.* 2003, pp. 369-372.

⁸²⁰ CUMYN M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité*, LGDJ, 2002, n°32-38 ; DE MALAFOSSÉ J. et OURLIAC P., *Histoire du droit privé*. Tome I. *Les obligations*, PUF, 1969, 2^{ème} éd., n°97-99.

⁸²¹ LONG G., « *Restitutio in Integrum* » in SMITH W. (dir.), *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Murray, 1875, pp. 987-988.

⁸²² DOMAT, *op. cit.*, Tome I, p. 103.

⁸²³ Projet préc., p. 67.

« restitution du mineur ou du majeur », ayant été entièrement appréhendé sous l'angle de ses causes et non de ses effets⁸²⁴. Tout au plus ces derniers mentionnèrent-ils à l'anc. art. 1183 C. civ., à propos de la condition résolutoire, qui était selon les termes de l'anc. art. 1184 C. civ. « toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera[it] point à son engagement », que celle-ci, « lorsqu'elle s'accompli[ssai]t, opér[ait] la révocation de l'obligation, et remet[tait] les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé », et qu'« elle ne suspend[ait] point l'exécution de l'obligation [et] oblig[ait] seulement le créancier à restituer ce qu'il [avait] reçu ».

De surcroît, la théorie de la prestation indue, telle que je l'envisage, n'altérera pas le régime spécial de chaque restitution, les règles des art. 1352 à 1352-9 C. civ., qu'il faudra réintégrer dans le droit du « paiement de l'indu », étant, de l'avis de tous⁸²⁵, d'application générale : elles peuvent s'appliquer par exemple aux restitutions consécutives à la faillite d'une vente, que ce soit par suite de l'exercice d'une faculté de rachat, d'une rescision pour lésion, ou de la mise en œuvre de la garantie d'éviction ou de la garantie des vices cachés. Il faudra ainsi composer, en ce qui concerne la faculté de rachat, avec l'art. 1673 al. 1 C. civ., qui dispose que « [l]e vendeur qui use du pacte de rachat doit rembourser non seulement le prix principal, mais encore les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de cette augmentation », ou en ce qui concerne la lésion, avec l'art. 1681 al. 1 C. civ., où il est convenu que « [d]ans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total ». Il faudra également composer, en ce qui concerne la garantie d'éviction, avec les art. 1629 à 1635 C. civ., inchangés depuis 1804, et déjà très complets, où il est prévu que « [l]orsque la garantie a été promise, ou qu'il n'a rien été stipulé à ce sujet, si l'acquéreur est évincé, il a droit de demander contre le vendeur : La restitution du prix ; Celle des fruits, lorsqu'il est obligé de les rendre au propriétaire qui l'évincé ; Les frais faits sur la demande en garantie de l'acheteur, et ceux faits par le demandeur originaire ; Enfin les dommages et intérêts, ainsi que les frais et loyaux coûts du contrat »⁸²⁶. Si, « [l]orsqu'à l'époque de l'éviction, la chose vendue se trouve diminuée de valeur, ou considérablement détériorée, soit par la

⁸²⁴ Anc. Sec. VII, Chap. V, Tit. III, C. civ.

⁸²⁵ DESHAYES, GENICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 918 ; CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n°215-05.

⁸²⁶ Art. 1630 C. civ.

négligence de l'acheteur, soit par des accidents de force majeure, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix »⁸²⁷, « [m]ais si l'acquéreur a tiré profit des dégradations par lui faites, le vendeur a droit de retenir sur le prix une somme égale à ce profit »⁸²⁸. « Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente »⁸²⁹. « Le vendeur est tenu de rembourser ou de faire rembourser à l'acquéreur, par celui qui l'évince, toutes les réparations et améliorations utiles qu'il aura faites au fonds »⁸³⁰. « Si le vendeur avait vendu de mauvaise foi le fonds d'autrui, il sera obligé de rembourser à l'acquéreur toutes les dépenses, même voluptuaires ou d'agrément, que celui-ci aura faites au fonds »⁸³¹. Pareillement, en ce qui concerne la garantie des vices cachés, il faudra composer avec les art. 1644 à 1647 C. civ., où il est convenu qu'en activant la garantie « l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix »⁸³², et que « si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur »⁸³³, ou, s'il les ignorait, « il ne sera tenu qu'à la restitution du prix, et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente »⁸³⁴. Par ailleurs, « [s]i la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur »⁸³⁵. Par conséquent, les juges qui seront amenés à appliquer les art. 1352 à 1352-9 C. civ. devront les adapter aux circonstances propres à chaque faillite d'un contrat, notamment lorsqu'il sera question d'apprécier la bonne ou mauvaise foi de l'*accipiens*⁸³⁶. La théorie de la prestation indue, telle que je l'envisage, n'aura *in fine* qu'une incidence procédurale, dans la mesure où elle contraindra les parties à joindre à leur demande en nullité, caducité ou

⁸²⁷ Art. 1631 C. civ.

⁸²⁸ Art. 1632 C. civ.

⁸²⁹ Art. 1633 C. civ.

⁸³⁰ Art. 1634 C. civ.

⁸³¹ Art. 1634 C. civ.

⁸³² Art. 1644 C. civ.

⁸³³ Art. 1645 C. civ.

⁸³⁴ Art. 1646 C. civ.

⁸³⁵ Art. 1647 C. civ.

⁸³⁶ DESHAYES, GENICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 918 ; CHÉNÉDÉ, *Le nouveau droit des obligations, op. cit.*, n°215-05.

résiliation du contrat une demande en restitution – le juge ne pourra pas la prononcer d’office⁸³⁷.

2. – *Nichtleistungskondiktion* et enrichissement injustifié : la responsabilité (subsidaire) du fait d’un enrichissement acquis d’une autre manière que du fait de l’exécution d’une prestation indue

91. – Repenser la question de l’enrichissement injuste, plus simplement : les bases.

À l’évidence, au-delà de l’argument technique, si toute prestation fournie en exécution d’une obligation qui n’existait pas ou avait cessé d’exister doit être considérée comme étant *indue et restituable*, qu’elle ait été fournie en exécution d’un contrat failli ou non, ce qui justifie *in fine* la restitution est le fait que celui qui l’a fournie ne soit pas parvenu à réaliser un paiement – il n’y a eu ni libération, ni satisfaction –, et se soit, de ce fait, appauvri, sans que cela ne soit justifié, et ait enrichi celui qui en a bénéficié⁸³⁸. Ainsi que Lon Fuller (1902–1978) et William Perdue (1913–19..) l’avaient relevé dans un article publié en 1936 au *Yale Law Journal* :

« The *restitution interest*, involving a combination of unjust impoverishment with unjust gain, presents the strongest case for relief. If, following Aristotle, we regard the purpose of justice as the maintenance of an equilibrium of goods among members of society, the restitution interest presents twice as strong a claim to judicial intervention as the reliance interest, since if A not only causes B to lose one unit but appropriates that unit to himself, the resulting discrepancy between A and B is not one unit but two »⁸³⁹.

Il me semble par conséquent adéquat d’envisager le *bénéfice d’une prestation indue* comme une forme spéciale de responsabilité du fait d’un enrichissement injuste⁸⁴⁰, l’*enrichissement acquis du fait de l’exécution d’une prestation indue*, et de l’intégrer dans un ensemble nommé *Enrichissement injustement acquis d’autrui* en le contrastant à l’enrichissement injustifié, l’*enrichissement acquis d’une autre manière*, qui doit, lui,

⁸³⁷ REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle*, Dalloz, 2017, n°35-58.

⁸³⁸ « Leistung wird als bewusste zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens verstanden » – *La Leistung est comprise comme l’accroissement conscient du patrimoine d’autrui, effectué à cette fin*, STADLER A., §812 in STÜRNER R. (dir), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2021, 18^{ème} éd., n°3.

⁸³⁹ « The Reliance Interest in Contract Damages », *YLJ* 1936–1937, pp. 52-96, p. 56, en référence à l’*Éthique à Nicomaque*, 1132a-b. – Comp. WEINRIB E., *Corrective Justice*, OUP, 2012, Chap. 6.

⁸⁴⁰ DEROUSSIN D., « Répétition de l’indu et enrichissement en France (1804–1950) », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 94-114.

rester d'application subsidiaire, la transition de l'un à l'autre pouvant s'énoncer en amendement simplement l'amorce de l'art. 1303 C. civ. :

« En dehors des cas où *l'enrichissement a été acquis du fait de l'exécution d'une prestation indue*, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit à celui qui s'en trouve appauvri une indemnité *d'un montant égal à la moindre des deux valeurs entre l'enrichissement et l'appauvrissement* »⁸⁴¹.

Cette approche fut défendue par Philippe Remy dans sa contribution au *Projet Terré*, encore que sous une formulation différente. Ce dernier nota à ce sujet :

« Bien que [la dualité des mécanismes de restitution (répétition de l'indu/action *de in rem verso*)] soit le fruit d'un hasard historique, la combinaison d'une action spécifique – la répétition de ce qui a été indûment payé – et d'une action non spécifique – l'action *de in rem verso*, qui couvre tous les autres cas de restitutions – paraît conceptuellement fondée. Elle repose en effet sur une distinction (qu'on perçoit dans d'autres systèmes juridiques) entre les hypothèses où l'enrichissement procède d'un transfert direct opéré (à tort) *solvendi causa* entre l'appauvri et l'enrichi, et les autres hypothèses d'enrichissement – notamment l'enrichissement par transfert indirect (c'était le cas de l'arrêt *Boudier*). Dans les premières hypothèses, l'illégitimité de l'enrichissement et sa corrélation avec l'appauvrissement ne soulèvent aucune difficulté (l'appauvri a payé ce qui n'était pas dû), non plus que l'objet de la restitution (l'enrichi restitue ce qu'il a indûment reçu). Dans les secondes hypothèses, l'illégitimité de l'enrichissement fait l'objet d'un contrôle dont les instruments sont la vérification de l'absence de cause et le principe dit de "subsidiarité" de l'action *de in rem verso*, et la restitution obéit à la règle du double maximum »⁸⁴².

Une telle approche a le mérite de la cohérence. Au-delà du fait qu'elle permet de mettre un terme aux incertitudes qui entourent la question de la source de l'obligation de restitution des prestations indues, et d'éviter de recourir à l'idée, certes amplement suffisante en pratique⁸⁴³, mais un peu courte sur le plan théorique⁸⁴⁴, qu'elle ne serait, ainsi que l'ont soutenu les auteurs du rapport remis au président de la République, qu'un « effet de la

⁸⁴¹ Comp. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, projet préc., p. 2.

⁸⁴² REMY, contrib. préc., p. 37.

⁸⁴³ DESHAYES, GENICON et LAITHIER, *op. cit.*, p. 919.

⁸⁴⁴ PELLET, art. préc., pp. 1171-1172 ; KLEIN, art. préc., *Droit et patrimoine* 2016, p. 90.

loi »⁸⁴⁵, elle permet de souligner en quoi la restitution et l'indemnisation de l'enrichissement injustifié sont des *remèdes* spéciaux dans un système de remèdes civils dominé par le principe de *réparation*⁸⁴⁶.

92. – Repenser la question de l'enrichissement injuste, plus simplement (suite) : repenser la question de la restitution. Ainsi que je l'ai expliqué plus avant⁸⁴⁷, à la différence de la *réparation*, qui avait été envisagée par les rédacteurs du Code civil comme un remède générique à toutes les formes de pertes que d'aucun pouvait être amené à subir au cours de sa vie civile et commerciale, la restitution fut appréhendée comme un procédé spécial permettant de parer aux conséquences matérielles d'une dation effectuée *en vue de s'acquitter d'une dette (solvendi causa)* dans la mesure où elle offrait au *solvens* un substitut *in personam* à la remise en possession, remède qui était censé être disponible par suite de revendication – le transfert de la propriété étant en principe consensuel et causal en droit français⁸⁴⁸, tout transfert non causé, ou dont l'accord de volonté qui le sous-tendait était vicié, ne pouvait valablement emporter transfert du titre, ce qui permettait au *solvens* de demander restitution sur le fondement de son *dominium* –, mais qui était difficile, voire impossible, à obtenir au-delà du contentieux immobilier, l'accès à la revendication étant limité en matière mobilière par effet de la règle de l'anc. art. 2279 al. 1 (art. 2276 al. 1) C. civ., « en fait de meuble, la possession vaut titre »⁸⁴⁹, et est

⁸⁴⁵ « Résolution » in Rapport au président de la République, préc., à propos de l'art. 1229 C. civ. : « L'ordonnance abandonne la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions. [...] La question des restitutions est désormais détachée, formellement, de la rétroactivité, les restitutions devenant un effet de la loi ». – Comp. art. 1699 Code civil du Québec :

« La restitution des prestations a lieu chaque fois qu'une personne est, en vertu de la loi, tenue de rendre à une autre des biens qu'elle a reçus sans droit ou par erreur, ou encore en vertu d'un acte juridique qui est subséquemment anéanti de façon rétroactive ou dont les obligations deviennent impossibles à exécuter en raison d'une force majeure. Le Tribunal peut, exceptionnellement, refuser la restitution lorsqu'elle aurait pour effet d'accorder à l'une des parties, débiteur ou créancier, un avantage indu, à moins qu'il ne juge suffisant, dans ce cas, de modifier plutôt l'étendue ou les modalités de la restitution ».

Adde FRÉCHETTE P., *La restitution des prestations*, Blais, 2018.

⁸⁴⁶ SEFTON-GREEN R., « Why Are Remedies not a Legal Subject in Civilian Law » in POPOVICI A., SMITH L. et TREMBLAY R. (dir.), *Les intraduisibles en droit civil*, Thémis, 2014, pp. 255-286, et *id.*, « Remedies », *McGill Law Journal* 2020, pp. 153-157.

⁸⁴⁷ Voy. *supra*, n°63.

⁸⁴⁸ HÄCKER B., « Contract and Conveyance: The Further Repercussions of Different Transfer Systems » in CARTWRIGHT J. et LÓPEZ Y LÓPEZ A. (dir.), *Property and Contract: Comparative Reflections on English and Spanish Law*, Hart Publishing, 2021, pp. 89-136, pp. 93-95.

⁸⁴⁹ Voy. DJOUDI J., « Revendication » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021, n°95-115. – Voy. HÄCKER, « Contract and Conveyance », contrib. préc., pp. 125-126, et COSTA M. et FABER W., « Past, Present, and Future of the French “possession vaut titre”-Rule », *EPLJ* 2014, n°3, pp. 147-210.

irréaliste, ou du moins éminemment controversée, en matière monétaire, l'argent ne pouvant, techniquement, être possédé, et *a fortiori*, approprié⁸⁵⁰.

L'idée de la restitution comme substitut de la remise en possession est à ce titre intéressante lorsqu'on la met en perspective avec le *Konditionensystem* de Savigny et le droit allemand contemporain. En effet, Savigny avait envisagé le transfert de propriété à l'aune d'un « principe de séparation » (*Trennungsprinzip*), en vertu duquel « le transfert de propriété [était] conceptuellement séparé de l'obligation qui le sous-tend[ait] », et d'« abstraction » (*Abstraktionsprinzip*), où « la validité de ce transfert [était] évaluée indépendamment, et ne dépend[ait] en aucun cas de la validité, de l'obligation sous-jacente »⁸⁵¹. Ainsi que le résume Pascal Pichonnaaz :

« [P]our Savigny, le transfert de propriété est fondé sur la volonté commune des parties [...]. [P]our Savigny, le titre de transfert (la *iusta causa*) existe avant tout pour indiquer les divers buts du transfert de propriété. Partant, l'absence ou la disparition d'une telle *iusta causa* ne fait pas tomber le transfert de propriété en tant que tel, qui reste ainsi valable »⁸⁵².

La conséquence de ce modèle, repris dans le BGB, était que celui qui avait procédé, par erreur, à une dation ne pouvait en principe revendiquer ce qu'il avait donné. Cependant, « la disparition de la *iusta causa* permet[tait] de supprimer les effets du transfert par le recours aux *condictiones* »⁸⁵³. « [E]n ce sens, pour Savigny, les *condictiones* (actions personnelles) [étaient] un succédané de la *rei vindicatio* (action réelle). Elles permett[ait]ent en quelque sorte d'*indemniser* l'aliénateur pour la *perte de sa propriété*, en lui permettant d'obtenir la contre-valeur de la propriété dont il [était] privé »⁸⁵⁴. Considérant cela, on peut d'ailleurs douter de la pertinence d'une hypothèse avancée par Barry Nicholas (1919–2002) dans un article publié en 1962 à la *Tulane Law Review*.

⁸⁵⁰ e.g. CASS. CIV. 1, 6 mai 1997, *Bull. civ.* I, n°144 ; 10 février 1998, 96-12711 ; et CASS. COM., 4 février 2003, 00-13.356. – Voy. LIBCHABER, *op. cit.*, n°123-145 et 172-211 ; DROSS W., *Les choses*, LGDJ, 2012, n°26 ; et LE GUEUT T., *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, 2016, n°121-267. – Adde MARTIN D., « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002, pp. 3279-3283 ; LIBCHABER R., « L'impossible revendication des sommes d'argent », *Defrénois* 2003, art. 37810 ; FRANÇOIS J., « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012, pp. 1493-1501 ; et DANOS F., « L'impossible revendication des sommes d'argent dues à titre de restitution », *D.* 2013, pp. 1594-1599. – *Comp. supra*, n. 484.

⁸⁵¹ HÄCKER B., « Enrichissement injustifié – *unjust enrichment* – *ungerechtfertigte Bereicherung* : ce qu'il y a derrière ce nom », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 172-181, pp. 174-175.

⁸⁵² PICHONNAZ, « Clause générale et *condictio indebiti* », art. préc., pp. 120-121, en référence à VON SAVIGNY F.-C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Tome II, Veit, 1853, p. 257. – Adde HÄCKER, « Contract and Conveyance », *contrib. préc.*, pp. 95-97.

⁸⁵³ PICHONNAZ, « Clause générale et *condictio indebiti* », art. préc., p. 121, en référence à SAVIGNY, *Das Obligationenrecht, op. cit.*, p. 261.

⁸⁵⁴ PICHONNAZ, « Clause générale et *condictio indebiti* », art. préc., p. 121.

Nicholas avait en effet avancé que « plus un système [était] disposé à donner effet de manière abstraite à un acte translatif de propriété, c'est-à-dire à le rendre efficace bien que sa cause initiale soit viciée par une erreur ou autre chose, plus la nécessité d'un remède fondé sur l'enrichissement [devait se faire] sentir »⁸⁵⁵. Pour Nicholas, « si [x] vers[ait] une somme d'argent à [y], ou lui livr[ait] un bien, en croyant à tort qu'il en avait l'obligation, tous les systèmes, qu'ils soient de *civil* ou *common law*, admett[ai]ent le principe d'une action en restitution »⁸⁵⁶. Cependant, « la nécessité d'une telle action ne se [faisait] réellement sentir que lorsque [...] le versement ou la livraison [avait] emporté le transfert de la propriété à [y]. Si tel [n'était] pas le cas, et que la chose exist[ait] toujours, [x] [était] toujours propriétaire, et dispos[ait] d'un recours *in rem* contre [y], qui ne [pouvait] être considéré [comme étant] enrichi »⁸⁵⁷ :

« In such a case the action for restitution is only needed when, and because, [y] has been enriched by a transfer of title [...]. The law gives one answer in terms of rights *in rem*—[y] is owner—and corrects it in terms of rights in personam—[x] has a right to restitution from [y] ».

– « Dans ce cas, l'action en restitution n'est nécessaire que lorsque, et parce que, [y] s'est enrichi par effet d'un transfert de titre [...]. Le droit donne une réponse fondée sur des droits réels – [y] est propriétaire – et la corrige par droits personnels – [x] a un droit à restitution contre [y] »⁸⁵⁸.

Si l'analyse est intéressante en droit comparé, notamment en ce qu'elle permet de saisir en quoi la théorie de l'*ungerechtfertigte Bereicherung* est indispensable en droit allemand⁸⁵⁹, elle n'est pas sans soulever quelques difficultés. Au-delà du fait que l'argument *si [x] est propriétaire, [y] n'est de iure pas enrichi* est discutable dans la mesure où il omet que, *si [x] est propriétaire, [y] est lui en possession* de la somme d'argent ou de la chose litigieuse, et peut donc en faire ce qu'il veut – il en est *de facto* enrichi⁸⁶⁰ –, l'idée que la nécessité de remèdes fondés sur l'enrichissement injuste se ferait plus sentir dans les systèmes de transfert abstrait que dans les autres n'est pertinente que si les recours *in rem* sont largement disponibles dans ces derniers. Or, pour ne considérer que le droit français, où les transferts s'opèrent en principe de façon causale et consensuelle, et où par

⁸⁵⁵ NICHOLAS B., « Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law », *Tulane Law Review* 1962, n°36, pp. 605-646, p. 608.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

⁸⁵⁷ *Ibid.*

⁸⁵⁸ *Ibid.*

⁸⁵⁹ HÄCKER, « Contract and Conveyance », contrib. préc., p. 119.

⁸⁶⁰ Je remercie Reinhard Zimmermann d'avoir attiré mon attention sur ce point.

conséquent le remède naturel à l'exécution de transferts indus devrait être *in rem*, le recours à la revendication étant limité, voire impossible, en matière mobilière et monétaire, il est tout aussi essentiel de disposer de substituts *in personam* à cette action lorsqu'une personne a versé une somme d'argent ou livré un bien en croyant à tort qu'elle en avait l'obligation⁸⁶¹, peu important d'ailleurs si ces substituts (répétition ; *restitutio in integrum*) sont, ou peuvent être, envisagés à l'aune du principe général de prohibition de l'enrichissement injuste. Structurellement, *quære*, ce ne seraient pas tant les modes de transfert qui impacteraient la nécessité de recours fondé sur l'enrichissement injuste, mais plutôt la disponibilité ou l'indisponibilité de substituts *in personam* à une action *in rem*, et la manière dont ceux-ci sont conceptualisés, intuition que l'on retrouve chez Savigny.

92 bis. – Repenser la question de l'enrichissement injuste, plus simplement (suite) : repenser la question de la restitution (suite). Le paradigme de la restitution comme substitut *in personam* à la remise en possession, qui explique que la restitution en nature prime sur la restitution en valeur, et que le régime de la remise en possession, avec la théorie des fruits, des moins-values, de la jouissance et des impenses, soit similaire à celui du compte de restitution au point que les deux soient presque interchangeables⁸⁶², ceux-ci ayant après tout pour fonction de corriger les effets d'une indue possession, a évolué depuis l'introduction de l'Ordonnance du 10 février 2016 et l'admission de la restitution des prestations de service. En effet, s'il était parfaitement envisageable sous l'empire des anc. art. 1376 à 1381 C. civ. d'analyser la restitution comme une technique à mi-chemin entre le droit de la propriété (*in rem*) et le droit des obligations (*in personam*)⁸⁶³, en ce que dans l'absolu on pouvait affirmer qu'elle permettait à celui qui s'était indûment départi d'un bien de le répéter contre le possesseur (action *in personam*) et éventuellement obtenir d'en être remis en possession (effet *in rem*) – restituer, c'est « rendre ce qui est pris ou est possédé indûment »⁸⁶⁴ –, ou de se voir octroyer un équivalent monétaire (effet *in personam*)⁸⁶⁵, cette analyse est désormais difficile à tenir à l'aune des art. 1302-3, 1178, 1187, 1229 et 1352 à 1352-9 C. civ. Certes, elle reste sensée lorsqu'il est question de la restitution d'une chose – les anc. art. 1376 à 1381 C. civ. ont

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 120.

⁸⁶² SIMLER C., « L'action en revendication et le régime des restitutions issu de l'ordonnance du 10 février 2016 », *D.* 2018, pp. 1923-1929. – Adde DJOUDI, art. préc., n°73-86.

⁸⁶³ BIRKS P., *Unjust Enrichment*, OUP, 2005, 2^{ème} éd., pp. 28-30.

⁸⁶⁴ « Restituer » *in* REY, *op. cit.*

⁸⁶⁵ Comp. *supra*, pp. 172-174.

seulement été raffinés ; leur principe demeure inchangé⁸⁶⁶ –, mais la restitution ayant été pensée, et s’inscrivant à présent clairement, dans le cadre de l’exécution et du bénéfice d’une prestation indue, il est plus approprié de soutenir que sa source et son objet tiennent à la *valeur indûment dégagée* par l’*accipiens*, que ce soit du fait de la livraison d’un bien, du versement d’une somme d’argent ou de la fourniture d’un service, et que sa fonction consiste, pour emprunter une expression de Frederick Wilmot-Smith à propos de la *restitution for failure of condition* en droit anglais, *défaire*, « undo »⁸⁶⁷, l’exécution de la prestation indue, qui a conduit au « transfert » de cette valeur⁸⁶⁸, de sorte que cette valeur soit intégralement réintégrée dans son patrimoine d’origine – tout ce qui a été reçu doit être restitué –, et que l’exécution se résorbe sans pertes ni profits pour l’une ou l’autre des parties, sous réserve des cas où il est établi que l’*accipiens* était de mauvaise foi⁸⁶⁹. Ainsi que put le déclarer Justice Bastarache dans *Kingstreet Investments v. New Brunswick (Department of Finance)* au nom de la Cour suprême du Canada, inspiré par les travaux d’Ernest Weinrib :

« La restitution est un outil de la justice corrective. Lorsqu’un transfert de valeur entre deux parties est défectueux sur le plan normatif, la restitution permet de corriger ce transfert en replaçant les parties dans la situation où elles étaient auparavant »⁸⁷⁰.

Pareillement, Lord Reed put déclarer dans *Investment Trust Companies*, au nom de la Supreme Court of the United Kingdom :

« As was recognised in *Menelaou*, [the law of unjust enrichment] is designed to correct normatively defective transfers of value, usually by restoring the parties to their pre-transfer positions. It reflects an Aristotelian conception of justice as the restoration of a balance or equilibrium which has been disrupted. That is why restitution is usually the appropriate remedy ».

– « Comme cela a été reconnu dans *Menelaou*, [le droit de l’*unjust enrichment*] est conçu pour corriger les transferts de valeur normativement défectueux, généralement en

⁸⁶⁶ MIGNOT, art. préc., p. 15 ; DESCHEEMAER, « The New French Law of Unjustified Enrichment », art. préc., p. 100.

⁸⁶⁷ WILMOT-SMITH F., « Reconsidering Total Failure », *CLJ* 2013, n°72, pp. 414-436, pp. 429-430 : « When there is a deficiency in a transfer, the law will often try to undo or repair the deficiency. For instance, when there is a breach of contract the claimant can seek damages to be put “in the same situation [...] as if the contract had been performed”[, *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex. 850, p. 855, per BARON PARKE]. These damages aim to repair the harm done by the breach. Failure of condition is different. It awards the claimant restitution. This remedy does not try to make good the deficiency in the transfer; instead, it reverses the transfer ». – Voy. *infra*, p. 281.

⁸⁶⁸ *Ibid.*

⁸⁶⁹ Voy. *supra*, n°65.

⁸⁷⁰ [2007] 1 SCR 3, §32. – Voy. WEINRIB, *op. cit.*, Chap. 6.

rétablissant les parties dans la position où elles se trouvaient avant le transfert. Il reflète une conception aristotélicienne de la justice, à savoir le rétablissement d'un équilibre qui a été rompu. C'est pourquoi la restitution est généralement le remède adéquat »⁸⁷¹.

En somme, la restitution permet de réaliser, pour reprendre une formule de Marie Malaurie-Vignal, inspirée des conclusions de l'avocat-général Matter (1865–1938) dans *Pélissier du Besset*, un mouvement (presque) parfait de *reflux* d'un *flux* de valeur initial entre deux patrimoines⁸⁷² ; elle permet de replacer les parties dans l'état qui aurait dû être le leur si la prestation indue n'avait pas été exécutée⁸⁷³ – restituer, c'est aussi, et surtout, « remettre les choses en l'état »⁸⁷⁴.

93. – Repenser la question de l'enrichissement injuste, plus simplement (suite) : repenser la question de la restitution (suite et fin). Cette propriété de la restitution d'« inverser »⁸⁷⁵ des transferts de valeur indus entre deux patrimoines – le *solvens* a perdu 50 et recouvrera 50 ; l'*accipiens* a acquis 50 et sera tenu à 50 – est singulière en ce qu'elle contraste dans un système de remèdes dominé par la logique de la *réparation*⁸⁷⁶, ou plus exactement de l'*indemnisation*⁸⁷⁷, qui vise, elle, uniquement à compenser une *perte injustifiée*⁸⁷⁸ – la partie lésée a perdu 50 et recouvrera 50 ; celle qui a causé cette perte devra 50, peu important si cela l'appauvrit –, et permet de saisir dans toutes leurs nuances d'autres remèdes qui, bien que s'inscrivant dans une logique *indemnitaire*, permettent *in fine* de réaliser une telle inversion, encore que souvent d'une manière moins tranchée qu'en matière purement restitutoire. Il en va ainsi de l'*indemnité* que les juges peuvent octroyer afin de remédier à un enrichissement injustifié. En effet, quelle que soit la configuration, c'est bien une perte qui est compensée lorsque l'art. 1303 C. civ. est appliqué⁸⁷⁹. Toutefois, cette perte n'est pas censée être compensée par une valeur équivalente amputée du patrimoine de l'enrichi, mais par l'enrichissement qu'il a

⁸⁷¹ [2017] UKSC 29, §42, en référence à *Menelaou v. Bank of Cyprus UK Ltd.* [2015] UKSC 66.

⁸⁷² MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, pp. 52-79, en référence à CASS. CIV., 17 mai 1927, *Pélissier du Besset c. The Algiers Land and Warehouse Cie Ltd.*, Bull. civ. I, n°77, DP 1928.1.25, concl. MATTER.

⁸⁷³ MALAURIE, cours préc., pp. 39-58.

⁸⁷⁴ « Restituer » in REY, *op. cit.*

⁸⁷⁵ WEINRIB, *op. cit.*, Chap. 6. – Comp. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, op. cit.*, n°22-38.

⁸⁷⁶ ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974.

⁸⁷⁷ LE GALLOU C., *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, 2007, n°6.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, n°754. – Adde SEFTON-GREEN, contrib. préc.

⁸⁷⁹ COMBOT M., « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC* 2019, n°4, pp. 306-316, spéc. 308-311.

injustement acquis⁸⁸⁰ ; les parties sont censées, après jugement, être laissées *indemnes*⁸⁸¹. À considérer par exemple qu'un enfant ait, pour reprendre les faits de *Fouret c. Courtois*, « recueilli et soigné [ses parents] avec un dévouement exemplaire alors qu'ils étaient âgés et infirmes dans les dernières années de [leurs existences, et ait subi un sacrifice personnel excédant] la mesure commune de la piété filiale »⁸⁸², celui-ci peut, s'il parvient à démontrer qu'aucune autre action ne lui est ouverte afin d'obtenir un remède⁸⁸³, et à établir que son dévouement ne relevait pas de « l'exécution volontaire d'un devoir moral personnel »⁸⁸⁴, demander sur la succession de ses parents une indemnité d'un montant égal à la moindre des deux valeurs entre l'enrichissement que ces derniers ont acquis du fait des soins apportés et les pertes que son dévouement a causées. Si l'enrichissement de ses parents, tel qu'il subsiste au jour de la demande⁸⁸⁵, est évalué à 50 et que ses pertes, telles que constatées au jour où elles ont été subies⁸⁸⁶, sont estimées, au jour du jugement⁸⁸⁷, à 50, le montant de l'indemnité doit être de 50 et opère comme une restitution ; lui et ses parents sont laissés intégralement indemnes⁸⁸⁸. Si l'enrichissement est de 50 et que les pertes sont de 25, l'indemnité doit être de 25 : elle le laisse indemne et diminue l'enrichissement de ses parents de moitié ; s'il est de 25 et que les pertes sont de 50, l'indemnité est de 25 également : elle ne l'indemnise pas entièrement ; elle permet

⁸⁸⁰ ROUBIER P., « La position française en matière d'enrichissement sans cause » in *Travaux de l'Association Henri Capitant IV*, Dalloz, 1949, pp. 38-56, pp. 42-47.

⁸⁸¹ CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé*, *op. cit.*, n°499-509, n°506.

⁸⁸² CASS. CIV. 1, 12 juillet 1994, *Fouret c. Courtois*, *Bull. civ. I*, n°250. – *Adde id.*, 5 janvier 1999, 96-20.151 ; 6 juillet 1999, 97-20.398 ; 23 janvier 2001, 98-22.937 ; 3 novembre 2004, 01-15.176. – *Comp. id.*, 16 décembre 1997, 96-10.246.

⁸⁸³ Art. 1303-3 C. civ.

⁸⁸⁴ CASS. CIV. 1, 12 juillet 1994, *Fouret c. Courtois*, *Bull. civ. I*, n°250, rappelant les motifs du rejet de la demande par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence. – *Adde art. 1303-1 C. civ.*

⁸⁸⁵ Art. 1303-4 C. civ.

⁸⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸⁸ « Enrichissement injustifié » in Rapport au président de la République, préc. : « L'art. 1303-4 pose les modalités d'évaluation de l'indemnisation de l'appauvri : l'existence de l'appauvrissement est constatée au jour de la dépense, celle de l'enrichissement au jour de la demande, et leur évaluation est en revanche faite au jour le plus proche du versement de l'indemnité, soit au jour du jugement. Cette solution, qui fait de l'indemnité de restitution une dette de valeur, prend le contrepied d'une jurisprudence critiquée en doctrine. Elle est en outre conforme à celle retenue par le Code civil dans les cas d'enrichissement injustifiés qu'il régit spécialement aux articles 549, 555, 566, 570, 571, 572, 574 et 576 ».

seulement d'atténuer ses pertes tout en laissant ses parents indemnes ; le dévouement de leur enfant ne leur est ni profitable, ni préjudiciable⁸⁸⁹ :

Pertes de l'appauvri	Profits de l'enrichi	Montant de l'indemnité	Situation de l'appauvri après indemnisation	Situation de l'enrichi après indemnisation
-50	50	50	0 [indemnes]	
-25	50	25	0 [indemne]	25 [enrichi]
-50	25	25	-25 [appauvri]	0 [indemne]

Il en va de même, *mutatis mutandis*, de certains remèdes que les juges peuvent octroyer afin de compenser des pertes en propriété (indemnité d'accession ; restitution des fruits), ou de corriger certains types de plus-values (remboursement des impenses)⁸⁹⁰.

94. – Repenser la question de l'enrichissement injuste, plus simplement (suite et fin) : une mise en garde face à une théorie qui promet beaucoup mais déçoit d'autant. À l'évidence, ainsi que le note Mélodie Combot⁸⁹¹, il est difficile, compte tenu de l'équivoque entre l'analyse *in rem* et l'analyse *in personam*, de l'importance pratique de la responsabilité extracontractuelle, et avec elle de la logique de la réparation⁸⁹², de définir précisément, sans une approche entièrement renouvelée du principe général de prohibition de l'enrichissement injuste comme source d'obligations, ce qui relève, ou peut être analysé à l'aune de ce principe⁸⁹³. Il y a en effet un monde entre l'enrichissement acquis du fait de l'exécution d'une prestation indue, le « cœur »⁸⁹⁴, ou « core case »⁸⁹⁵, du phénomène d'« enrichissement injuste », et l'enrichissement acquis d'une autre manière, son *extrémité* (subsidiarité oblige). Un nombre incalculable d'actions peut être appréhendé, tant en ce qui concerne la caractérisation du droit actionnable que du remède

⁸⁸⁹ S'il est établi que l'enrichi a acquis l'enrichissement de mauvaise foi, à savoir en sachant qu'il était injustifié, il sera tenu de verser, « à titre de sanction », Rapport au président de la République, préc., une indemnité dont le montant est équivalent « à la plus forte des deux valeurs » entre celle de l'enrichissement et celle de l'appauvrissement, art. 1303-4 C. civ. Ainsi, si les pertes de l'appauvri sont de 25, et les profits de l'enrichi de 50, l'enrichi est laissé indemne, et l'appauvri acquiert un surplus de 25 ; si les pertes de l'appauvri sont de 50 et les profits de l'enrichi de 25, ce dernier voit son patrimoine amputé de 25, l'indemnité étant, dans un cas comme dans l'autre, de 50. L'équivalence entre la valeur de l'appauvrissement et celle de l'enrichissement n'a elle aucune incidence sur la situation des parties.

⁸⁹⁰ Voy. *supra*, n°67-68.

⁸⁹¹ COMBOT, *op. cit.*

⁸⁹² *Ibid.*, pp. 259-329.

⁸⁹³ *Ibid.*, Deuxième partie.

⁸⁹⁴ HACKER, « Enrichissement injustifié », art. préc., p. 174. – Adde DESCHEEMAER E., « The Reform of 10 February 2016 in a Historical and Comparative Perspective », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 56-92, p. 58.

⁸⁹⁵ BIRKS, *Unjust enrichment*, *op. cit.*, Chap. 1.

qui peut être apporté à la violation de ce droit⁸⁹⁶, au travers de la théorie générale de l'enrichissement injuste. L'application d'une approche renouvelée de cette théorie ne serait d'ailleurs pas nécessairement adéquate pour apporter, comme le prétend Mélodie Combot, plus de nuances à la résolution de contentieux ardu, tels ceux des profits acquis conséquemment à la commission d'un fait illicite, contentieux qui relèvent du *Bereicherungsrecht* et de l'*Eingriffskondiktion* d'un côté du Rhin⁸⁹⁷, et de la responsabilité extracontractuelle ou de dispositions légales isolées de l'autre⁸⁹⁸ ; ainsi que le note Birke Häcker :

« [A]ussi longtemps que le droit français se focalisera sur l'indemnisation, une analyse comparatiste suggère que ce dernier n'aura guère besoin d'étendre le champ d'application [de l'enrichissement injustifié]. En droit allemand, l'importance pratique de l'*Eingriffskondiktion*, qui requiert du défendeur de rendre ses gains acquis illicitement en violation des droits et intérêts protégés du demandeur, s'explique par l'existence d'un principe de responsabilité délictuelle nettement plus étroit que celui du droit français. Alors que la notion de faute de l'article 1240 du Code civil est très large et englobe des situations dans lesquelles le défendeur n'a commis aucune action moralement ou personnellement blâmable, l'article fondamental du droit allemand des délits civils – le §823 du BGB – distingue l'illicéité du comportement du défendeur (*Widerrechtlichkeit* ou *Rechtswidrigkeit*) de sa culpabilité (*Verschulden*). La responsabilité délictuelle n'existe qu'à ces deux conditions. Sans l'*Eingriffskondiktion*, le défendeur qui a interféré illicitement (donc sans fondement juridique) avec les droits et intérêts protégés du demandeur, mais qui n'a pas agi intentionnellement ou par négligence (et n'est ainsi pas coupable), ne pourrait pas être tenu responsable. Le droit allemand doit donc s'assurer que le défendeur soit au minimum privé de l'enrichissement obtenu aux dépens du demandeur »⁸⁹⁹.

Sans verser dans le catastrophisme en voyant dans l'application rigoureuse de la maxime *neminem cum alterius una doomsday device*, un « grand courant d'équité qui traverserait le droit et abattrait comme un château de cartes les institutions qui abritent les intérêts »⁹⁰⁰, il convient toutefois d'être prudent vis-à-vis d'une source d'obligations qui promet beaucoup, mais déçoit d'autant. Certes, le *Bereicherungsrecht* n'est aujourd'hui

⁸⁹⁶ SMITH S., *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, OUP, 2019. – Adde STEEL S., « Remedies, Analysed », *OJLS* 202, pp. 539-564. – Comp. ZAKRZEWSKI R., *Remedies Reclassified*, OUP, 2005.

⁸⁹⁷ ELLGER R., *Bereicherung durch Eingriff*, Mohr Siebeck, 2002. – Adde LARENZ K. et CANARIS C.-L., *Lehrbuch des Schuldrechts*. Tome II, Vol. 2, Beck, 1994, 13^{ème} éd., n°69.

⁸⁹⁸ COMBOT, *op. cit.*, n°515-566.

⁸⁹⁹ HÄCKER, « Enrichissement injustifié », art. préc., p. 177.

⁹⁰⁰ RIPERT, *op. cit.*, p. 246. – Comp. ROUAST A., *Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute – Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé*, Les Cours de droit, 1933-1934, p. 78 : « L'enrichissement sans cause avec la formule de la Cour de cassation de 1892 aurait été une sorte de brûlot capable de faire sauter tout l'édifice juridique ».

plus un droit aussi confus et controversé qu'il ne l'était à la fin des années 1970, notamment sur le plan dogmatique ; ainsi que l'avait relevé Detlef König (1938–1981) en 1985 :

« Heute ist die [bereicherungsrechtliche] Literatur kaum noch zu überschauen. Ein Blick in die Urteile des Bundesgerichtshofs aus den letzten 15 Jahren zeigt, daß in der Vielfalt der Lehrmeinungen die Orientierung für die Praxis immer mühsamer und schwieriger wird. Die Terminologie ist verwirrend, kaum eine These steht unangefochten, die Lösung trivialer Einzelfragen wird immer komplizierter und der Überblick droht verloren zu gehen. Die Klage darüber gehört heute zur obligaten Einleitung der Kommentare und Lehrbücher. Diese deutsche Entwicklung findet in der ausländischen Rechtsliteratur keine Parallele. Wie ist es zu diesen Schwierigkeiten gekommen? Überzeugen die tradierten Wertungen nicht mehr? Stehen die Gerichte vor neuen Lebensproblemen? In aller Nüchternheit muß man auch fragen, inwieweit die Kompliziertheit aus dem Drang der Wissenschaft nach einem perfekten, alle nur denkbaren Fälle umfassenden System entstanden ist ».

– « Il est difficile aujourd'hui d'avoir une vue d'ensemble de la littérature [relative au *Bereicherungsrecht*]. Un coup d'œil sur les arrêts de la Cour fédérale des 15 dernières années montre que, dans la diversité des opinions doctrinales, l'orientation pour la pratique devient de plus en plus pénible et difficile. La terminologie est confuse, presque aucune thèse n'est incontestée, la résolution de questions individuelles triviales devient de plus en plus compliquée et la vue d'ensemble risque d'être perdue. S'en plaindre fait aujourd'hui partie de l'introduction obligée des commentaires et des manuels. Cette évolution allemande ne trouve pas de parallèle dans la littérature juridique étrangère. Comment en est-on arrivé à ces difficultés ? Les valeurs traditionnelles ne sont-elles plus convaincantes ? Les tribunaux sont-ils confrontés à de nouveaux problèmes vitaux ? En toute objectivité, il faut également se demander dans quelle mesure la complexité est née de la volonté de la science d'élaborer un système parfait, englobant tous les cas imaginables »⁹⁰¹.

Toutefois, il demeure un droit complexe, dont les subtilités techniques tendent à en obscurcir la lisibilité, et dont le raffinement de l'appareil théorique et pratique contraste avec la simplicité de la clause énoncée au §812 du BGB. Ainsi que le note Niels Jansen dans un article publié en 2016 à la *Edinburgh Law Review* :

« [T]oday there is a huge gap between the wording of the [German and Swiss] codes' general clauses on unjustified enrichment and the law as it is actually applied. It is not surprising that doctrinal progress was only made where jurists began to develop arguments independently of the conceptual substance of the provisions on unjustified enrichment ».

⁹⁰¹ *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Winter, 1985, p. 15.

– « Il y a aujourd’hui un fossé énorme entre la formulation des clauses générales des codes [allemand et suisse] sur l’enrichissement injuste et le droit tel qu’il est réellement appliqué. Il n’est pas surprenant que la doctrine n’ait progressé que lorsque les juristes ont commencé à développer des arguments indépendamment du cadre conceptuel de ces dispositions »⁹⁰².

Il en va en de même en droit anglais. S’il est acquis depuis les années 1990 qu’il existe une *cause of action* en *unjust enrichment*, que j’étudie en détails dans l’Appendice, *cause of action* qui est caractérisée lorsque le demandeur parvient à établir que « le défendeur s’est enrichi ; que cet enrichissement l’a été [à ses] dépens, et que [...] cela était injuste »⁹⁰³, il reste toutefois essentiel de s’inscrire dans la méthode des *precedents* et d’étayer ses prétentions à l’aide de décisions passées pour obtenir gain de cause : Les juges ont-ils déjà admis que tel ou tel *enrichment* doit être restitué ? Ont-ils reconnu que telle ou telle manière d’acquérir cet *enrichment* l’est *at the expense of the claimant* ? Et surtout, sur quel motif – l’*unjust factor* – ont-ils admis la restitution ? Toutes ces questions, pour paraphraser Lord Reed dans *Investment Trust Companies*, « are not themselves legal tests, but signposts towards areas of inquiry involving a number of distinct legal requirements »⁹⁰⁴ – *elles ne sont pas en soi des critères juridiques, mais des indicateurs vers des domaines de recherche impliquant un certain nombre d’exigences distinctes*. Si elles ne remettent pas fondamentalement en cause la cohérence d’ensemble de la matière, elles obligent à constater que « the law of unjust enrichment more closely resembles the law of torts (recognising a variety of reasons why a defendant must compensate a claimant for harm) than it does the law of contract (embodying a single

⁹⁰² JANSEN, « Farewell to Unjustified Enrichment? », art. préc., pp. 135-136. – Comp. HEDLEY S., « Farewell to Unjustified Enrichment: A Common Law Response », *ELR* 2016, n°20, pp. 326-337.

⁹⁰³ *Samboondar v. Capital Insurance Co. Ltd.* [2020] UKPC 30, §18, *per* LORD BURROWS : « It has now become conventional to recognise [...] that a claim in the law of unjust enrichment has three central elements which the claimant must prove: that the defendant has been enriched, that the enrichment was at the claimant’s expense, and that the enrichment at the claimant’s expense was unjust », en référence à *Benedetti v. Sawiris* [2013] UKSC 50, §10, *per* LORD CLARKE, et *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, pp. 39-42, *per* LORD REED. – Voy. *infra*, n°101.

⁹⁰⁴ [2017] UKSC 29, §41.

principle that expectations engendered by binding promises must be fulfilled) »⁹⁰⁵ – *le droit de l'unjust enrichment ressemble davantage au droit des torts, où est reconnue une variété de raisons pour lesquelles une personne peut être condamnée à dédommager le préjudice qu'elle a causé à autrui, qu'au droit des contrats, qui s'articule autour d'un principe unique selon lequel les attentes engendrées par des promesses contraignantes doivent être satisfaites*. Cette hétérogénéité du *law of unjust enrichment* pousse d'ailleurs certains auteurs, à l'image de Lionel Smith⁹⁰⁶ et Robert Stevens⁹⁰⁷, à pointer la dimension quelque peu artificielle de la matière et à prôner une approche plus subtile du contentieux, quitte à se débarrasser du concept-même d'*unjust enrichment* et lui préférer des *causes of action* en *restitution* plus précises, épousant plus fidèlement les réalités du *case law*⁹⁰⁸. Force est en effet de constater que le cœur contentieux de l'*unjust enrichment* se stabilise aujourd'hui autour de l'idée d'un enrichissement acquis à raison d'un transfert direct de valeur⁹⁰⁹, transfert qui pourrait être mieux appréhendé au travers des concepts d'*unjustified* et *conditional performance*⁹¹⁰, et que son contentieux de marge devient de plus en plus difficile à saisir à mesure que les juges anglais imposent une taxinomie plus

⁹⁰⁵ MITCHELL C., MITCHELL P. et WATTERSON S., *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, Sweet & Maxwell, 2016, 9^{ème} éd., n°1-08. – *Adde id.*, Sweet & Maxwell, 2022, 10^{ème} éd., n°1-10 :

« Contract law is often thought to merit [to be described as a “category” of the law of obligations] and to be underpinned by a single normative idea (that expectations engendered by legally binding agreements must be fulfilled). If that is the measure against which the law of unjust enrichment is judged, then it will fail on a view of the subject that takes it to include all the reasons for restitution discussed in this book. However, most people consider that the law of torts is also a “category” of the law of obligations, the point of which is to protect a variety of interests by requiring defendants who interfere with these interests in legally proscribed ways to compensate claimants for resulting harm, to disgorge the profits of their wrongdoing and/or desist from their wrongful conduct ».

Voy. SMITH S., « Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract » in CHAMBERS R., MITCHELL C. et PENNER J. (dir.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2009, pp. 181-208. – Comp. BURROWS A., « In Defence of Unjust Enrichment », *CLJ* 2019, pp. 521-544.

⁹⁰⁶ SMITH L., « Restitution: A New Start? » in DEVONSHIRE P. et HAVELOCK R. (dir.), *The Impact of Equity and Restitution in Commerce*, Hart Publishing, 2018, pp. 91-118.

⁹⁰⁷ STEVENS R., « The Unjust Enrichment Disaster », *LQR* 2018, pp. 574-601 ; *id.*, *The Laws of Restitution*, OUP, 2023. – Comp. LETELIER P., « A Wrong Turn? Reconsidering the Unified Approach to Unjust Enrichment Claim », *LQR* 2020, pp. 121-138. – *Adde* PRIEL D., « In Defence of Quasi-Contract », *MLR* 2012, pp. 54-77 ; WATTS P., « Restitution – A Property Principle and a Services Principle », *RLR* 1995, pp. 49-82 ; *id.*, « Property and “Unjust Enrichment”: Cognate Conservators », *NZLR* 1998, pp. 151-162 ; *id.*, « Taxonomy in Private Law – Furor in Text and Subtext », *NZLR* 2014, pp. 107-144.

⁹⁰⁸ Voy. HEDLEY S., « Unjust Enrichment as the Basis of Restitution – an Overworked Concept », *LS* 1985, n°5, pp. 56-66 ; *id.*, « Unjust Enrichment », *CLJ* 1995, pp. 578-599 ; *id.*, « Restitution: Contract's Twin? » in ROSE F. (dir.), *Failure of Contract*, Bloomsbury, 1997, pp. 247-274 ; *id.*, *Restitution: Its Division and Ordering* Sweet & Maxwell, 2001 ; *id.*, *A Critical Introduction to Restitution*, Butterworths, 2001 ; *id.*, « Unjust Enrichment - a Middle Course? », *OUCLJ* 2002, n°2, pp. 181-196 ; *id.*, « Implied Contract and Restitution », *CLJ* 2004, pp. 435-455. – *Adde* JAFFEY P., *The Nature and Scope of Restitution*, Hart Publishing, 2000 ; *id.*, *Private Law and Property Claims*, Hart Publishing, 2007. – Comp. WEBB C., « What is Unjust Enrichment? », *OJLS* 2009, pp. 215-244 ; et *id.*, *Reason and Restitution: A Theory of Unjust Enrichment*, OUP, 2016.

⁹⁰⁹ *Investment Trust Companies v. HMCR* [2017] UKSC 29 ; [2017] 2 WLR 1200 ; *Prudential Assurance v. HMRC* [2018] UKSC 39 ; [2018] 2 WLR 652.

⁹¹⁰ STEVENS, *op. cit.*, Chap. II et III.

rigoureuse des *causes of action* et des *remedies*, en témoigne l'épilogue judiciaire de la *restitution for wrongs* dans *Morris-Garner v. One Step (Support) Ltd.*, où la décision des membres de la Supreme Court rappelle (1) qu'une *cause of action* fondée sur un *unjust enrichment* n'est pas une *cause of action* fondée sur un *wrong* (un fait dommageable et répréhensible⁹¹¹) – un *wrongful enrichment*, même si on peut le concevoir dans l'abstrait, ne donne pas lieu à une *cause of action* en *unjust enrichment*, mais en *wrong* – ; (2) que la *restitution*, articulée sur les profits, « gain-based remedy », doit être distinguée de la *compensation*, fondée sur les pertes, « loss-based remedy »⁹¹² ; et (3) que l'action en « *restitution for wrong* » est une action qui vise à compenser la perte subie par le demandeur au regard de la valeur économique du droit qui a été violé, droit alors considéré comme un avoir (en l'espèce, un droit acquis au titre d'un contrat) – « [t]he defendant has taken something for nothing, for which the claimant was entitled to require payment » ; *le défendeur a pris une chose contre rien, alors que le demandeur était en droit d'exiger un paiement*⁹¹³ –, ce qui fait, qui plus est, douter de l'opportunité de penser la question des profits acquis en violation des droits d'autrui à l'aune de la théorie générale de l'enrichissement injuste, là où une approche renouvelée de la responsabilité du fait d'un *wrong* semble amplement suffisante ; ainsi que le résume Birke Häcker :

« Le droit anglais, comme le droit français, n'a pas autant besoin que le droit allemand d'un principe général d'enrichissement injuste ou injustifié en dehors du contexte de *transfer* (ou *performance* ≈ *Leistung*) [...]. Le droit anglais des délits civils ou *torts* comprend en effet différents régimes de responsabilité de plein droit lorsqu'une personne viole les droits (absolus) d'une autre. La responsabilité pour les délits tels que *trespass*, *nuisance* ou *conversion* ne dépend pas de l'existence d'une faute. Pour un certain nombre de ces délits civils, le droit anglais offre au demandeur un choix (appelé *waiver of tort*) entre une action en indemnisation des pertes subies (*compensation*) et une action où la mesure des dommages et intérêts est l'enrichissement du défendeur (*restitution*, parfois désignée sous le vocable de *disgorgement*). La doctrine favorable à l'adoption en droit anglais d'une action similaire à l'*Eingriffskondiktion* allemande (parfois justifiée sur la base d'un *unjust factor* nommé *ignorance* ou *powerlessness*) doit par conséquent choisir entre deux voies : soit reconnaître que cette action existerait parallèlement au régime traditionnel de responsabilité délictuelle, soit réinterpréter la notion de *restitution for wrongs* comme étant basée sur l'enrichissement injuste et non pas la responsabilité délictuelle. Les opposants à l'élargissement du droit de l'enrichissement injuste au-delà du

⁹¹¹ [2018] UKSC 20. – Voy. DESCHEEMAER E., « Fusionner droit strict et équité : aperçus sur le droit anglais de la responsabilité civile », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2010, pp. 89-109.

⁹¹² BIRKS, *Unjust enrichment*, *op. cit.*, pp. 3-4.

⁹¹³ [2018] UKSC 20, §92, *per* LORD REED. – Voy. PINEL LE DRET V., « *Da Svidania Blake* », *ZEUP* 2022, pp. 232-234. – Adde ROTHERHAM C., « *Restitution for wrongs* » *in* BANT, BARKER et DEGELING (dir.), *op. cit.*, pp. 78-100, et BARNETT K., « *Restitution, compensation and disgorgement* » *ibid.*, pp. 456-475.

contexte des transferts de droits se fondent précisément sur le fait que la *restitution for wrongs* fournit déjà un fondement suffisant à une action en restitution »⁹¹⁴.

Si la suspicion d'artificialité du *law of unjust enrichment* est latente depuis l'émergence de la discipline dans les années 1960–1970, sous l'influence des travaux de Robert Goff (1926–2016) et Gareth Jones (1930–2016)⁹¹⁵, puis ceux de Peter Birks (1941–2004) dans les années 1980–1990⁹¹⁶, elle ne peut être ignorée aujourd'hui à l'heure où l'*unjust enrichment* est arrivé à la fin d'un cycle de maturation⁹¹⁷. Goff et Jones avaient en effet réussi à extraire de ce qu'il était d'usage d'appeler jusque dans les années 1950–1960 le *law of quasi-contracts* la matrice d'un droit empiriquement cohérent de la *restitution* ; Birks était lui parvenu à compléter ce travail par une analyse institutionnelle, au sens gâien ou justinien du terme, en développant le cadre théorique des causes de *restitution* en raffinant l'appareil théorique du concept d'*unjust enrichment* ; et les juges se sont chargés, ces trente dernières années, d'intégrer ce concept dans le *case law*, en l'enchâssant « dans une armature technique, rigoureusement contenue et contrôlée »⁹¹⁸, et en en délimitant le domaine. Il est à présent temps de voir dans quelle mesure le concept d'*unjust enrichment* est utile à la compréhension du contentieux auquel on l'applique et à la résolution des litiges qui lui sont présentés, et si, *in fine*, pour reprendre une remarque agacée de Lord Justice Scrutton (1856–1934), au sujet des tentatives de Lord Mansfield (1705–1793) de mobiliser le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste dans ses analyses du *count de money had and received*, l'un des ancêtres de l'*unjust enrichment* – « the gist of this kind of action is, that the defendant, up on the circumstance of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money »⁹¹⁹ ; *l'essence de ce type d'action est que le défendeur, selon les faits de l'espèce, est obligé par les liens de la justice naturelle et de l'équité de rembourser l'argent* –, tout cela n'est pas le symptôme d'une « well-meaning sloppiness of thought »⁹²⁰.

Quoi qu'il en soit, il faut garder à l'esprit que le principe d'une responsabilité générale du fait d'un enrichissement injuste doit nécessairement être raffinée pour être pleinement

⁹¹⁴ HÄCKER, « Enrichissement injustifié », art. préc., pp. 177-178. – Voy. FOURNIER DE CROUY N., *La faute lucrative*, Economica, 2018.

⁹¹⁵ GOFF R. et JONES G., *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 1966, 1^{ère} éd..

⁹¹⁶ BIRKS P., *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon, 1985 et 1989.

⁹¹⁷ BURROWS, « In Defence of Unjust Enrichment », art. préc., p. 525, n. 20.

⁹¹⁸ LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », art. préc., n°60.

⁹¹⁹ *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005, p. 1012.

⁹²⁰ *Holt v. Markham* [1923] 1 KB 504, p. 513. – Adde WATTS P., « “Unjust Enrichment” – the Potion that Induces Well-meaning Sloppiness of Thought », *CLP* 2016, pp. 289-325.

utile. Au-delà de la *Rechtsdogmatik*, la taxonomie de Wilburg et von Cæmmerer est aussi un moyen de saisir dans toutes leurs complexités les conditions et l'étendue de la responsabilité du défendeur lorsqu'il bénéficie d'un enrichissement injuste⁹²¹. En somme, si la théorie générale de l'enrichissement injuste peut offrir un expédient théorique et technique à certains contentieux, elle n'est pas une panacée⁹²². Sur le temps long, il sera nécessaire de la raffiner et de la spécialiser, voire de la restreindre, ou de revenir à des modèles plus traditionnels. Aussi, je me contenterai de plaider pour une réforme *a minima* en faisant mienne la position défendue dans le *Projet Terré*. Celle-ci a l'avantage de la continuité⁹²³, et surtout de dégager la théorie de l'enrichissement injuste du droit des quasi-contrats.

II. – En finir (ou presque) avec la gestion d'affaires : repenser la question l'immixtion non-sollicitée dans les affaires d'autrui à l'aune de la théorie de la *Geschäftsführung ohne Auftrag*

95. – **Réflexion sur un caméléon juridique.** La gestion d'affaires pose problème lorsqu'il est question de l'intégrer dans une *summa divisio obligationum* un tantinet soit peu rigoureuse. Celle-ci n'ayant pour source un accord de volonté, elle ne peut être intégrée dans le droit des contrats, et ne prenant pas racine dans un fait illicite ou dommageable, sauf à prendre l'adage *culpa est immiscere* au pied de la lettre, elle ne peut pertinemment relever de la responsabilité extracontractuelle. À l'évidence, sa proximité avec le mandat, dont elle n'est *in fine* qu'une forme bâtarde, et l'idée que le quasi-contrat est un *fait purement volontaire*, invitent à tirer parti du *quasi* et d'y voir littéralement « quasi un contrat »⁹²⁴. Cependant, une telle approche est-elle véritablement convaincante ? Ainsi que l'avait écrit Birks dans son *Introduction to the Law of Restitution*, réfléchissant sur les *implied contracts in law*, ou *quasi-contracts*, ancêtres de l'*unjust enrichment*⁹²⁵, les variations sur le thème du *quasi* ne se prêtent guère à une analyse rigoureuse :

⁹²¹ JANSEN, « Farewell to Unjustified Enrichment? », art. préc., pp. 130-142.

⁹²² ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Journées de droit civil de La Haye et de Leyde, 11 et 12 mai 1948, in *Travaux de l'Association Henri Capitant IV*, préc., pp. 87-88, en référence à DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome III. *Les obligations* (deuxième partie), Bruylant, 1967, p. 32.

⁹²³ REMY, contrib. préc., pp. 36-37.

⁹²⁴ DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 50.

⁹²⁵ JACKSON R., *The History of Quasi-contract in English Law*, CUP, 1936. – Voy. *infra*, n°104-106.

« Among the sillier Oxford stories is that of the Dean's dog. The college's rules forbid the keeping of dogs. The Dean keeps a dog. Reflecting on the action to be taken, the governing body of the college decides that the labrador is a cat and moves to next business. That dog is a constructive cat. Deemed, quasi- or fictitious, it is not what it seems. When the law behaves like this you know it is in trouble, its intellect either genuinely defeated or deliberately indulging in some benevolent dishonesty »⁹²⁶.

La solution la plus simple serait bien évidemment d'incorporer la gestion d'affaires dans une catégorie à soi, après le droit des contrats, de la responsabilité extracontractuelle et de l'enrichissement injustement acquis d'autrui (bénéfice d'une prestation indue et enrichissement injustifié). Cependant, la proximité avec le mandat, qui intrigue les auteurs depuis le Haut Moyen-Âge, pour ne pas dire les juristes de l'Antiquité tardive – les règles relatives à la *negotiorum gestio* suivent après tout celles sur le *mandatum* dans les *Institutiones*⁹²⁷ –, appelle à une approche un peu plus radicale, encore qu'elle put être adoptée par Planiol dans son *Traité élémentaire de droit civil*⁹²⁸ : l'inscrire dans, ou en marge du droit du mandat – approche qui fut également celle d'Ambroise Colin (1863–1929) et Henri Capitant (1865–1937), et après eux Léon Julliot de La Morandière (1885–1968), dans leur *Cours élémentaire de droit civil français*, encore que sous une forme plus subtile. Ces derniers avaient en effet noté que « [l]a gestion d'affaires ressembl[ait] au mandat en ce qu'elle consiste à faire quelque-chose dans l'intérêt d'autrui, mais [qu']elle en [différait] en ce que le gérant agit de son proprement mouvement, sans en avoir reçu l'ordre. La *gestion d'affaires* n'[était] donc pas, selon eux, un contrat, car il n'y a[vait] pas accord de volontés. Suivant l'opinion traditionnelle, dont [ils s'écartaient], elle [était] un *quasi-contrat*, [dit] par là que, bien qu'étant l'œuvre d'une seule volonté, l'acte accompli

⁹²⁶ BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, op. cit., éd. 1989, p. 22.

⁹²⁷ JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.26 et 3.27.

⁹²⁸ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*. Tome II. *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, et les privilèges et hypothèques*, LGDJ, 1923, 9^{ème} éd., p. 732 : « Ordinairement on s'occupe de la gestion d'affaires à propos des sources des obligations, parce que c'est là que le Code en a parlé (art. 1372-1375). Il y a avantage à rapprocher la gestion d'affaires du mandat, avec lequel elle a une affinité évidente ». – *Adde ibid.*, p. 262, n. 1 : « La doctrine s'est fourvoyée quand elle a érigé les quasi-contrats et les quasi-délits en sources distinctes d'obligations : [Adolphe] Ducaurroy [1788–1850] avait bien montré que les juristes anciens avaient simplement voulu déterminer le régime applicable à certaines obligations plutôt que qualifier les faits d'où elles dérivent », en référence DU CAURROY A., *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*. Tome III, Alex-Gobelet, 1836, 5^{ème} éd., n°1086. – Comp. RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*. Tome II. *Obligations, contrats et sûretés réelles*, LGDJ, 1947, 2^{ème} éd., p. 411, où Ripert et Jean Boulanger (1900–1966) dégagent la gestion d'affaires du droit du mandat et l'intègrent dans un ensemble nommé « sources extra-contractuelles diverses », ensemble qui ne remet pas frontalement en cause la qualification quasi-contractuelle, *ibid.*, pp. 404-406.

par le gérant engendr[ait] des obligations réciproques à la charge des deux intéressés »⁹²⁹.

Et d'ajouter :

« D'après [la] définition [en vertu de laquelle le quasi-contrat est un fait purement volontaire de l'homme, dont il résulte un engagement], on pourrait croire que la classe des quasi-contrats comprend tous les actes unilatéraux faits avec l'intention de créer des obligations. [La gestion d'affaires] correspond bien à la notion énoncée, car le gérant d'affaires agit avec mention de faire naître des rapports d'obligation, d'abord entre les tiers avec qui il traite et le maître pour lequel il agit, et ensuite entre lui-même et le maître. Mais une telle volonté ne se rencontre pas dans [...] le *paiement de l'indu* »⁹³⁰.

Et de conclure, en condamnant le concept de quasi-contrat, et en proposant une *summa divisio* « rationnelle » opposant les contrats, les déclarations unilatérales de volonté, les délits et quasi-délits et la loi, d'intégrer la gestion d'affaires dans la deuxième catégorie⁹³¹.

On objectera, à raison, qu'une analyse rigoureuse des *sources* d'obligations oblige à ne pas incorporer la gestion d'affaires dans le droit du mandat, une communauté d'*effets* n'impliquant nécessairement pas une communauté de *sources*. Ainsi que l'avait déjà relevé Berlier dans son exposé des motifs de la future loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) *sur le mandat*, devant le Corps législatif, le 12 ventôse an XII (3 mars 1804) :

« [L]e seul pouvoir donné ne constitue point le contrat [de mandat] s'il n'a été accepté expressément ou tacitement, et réciproquement ; sans ce pouvoir, la simple gestion d'un tiers ne le constitue point mandataire. Dans ce dernier cas, le maître de la chose peut bien poursuivre le gérant à raison de sa gestion, de même que celui-ci peut réclamer ses avances, et même des indemnités, s'il a géré utilement pour le propriétaire ; mais ces actions n'appartiennent point au contrat [de mandat] »⁹³².

Cependant, si l'absence d'une communauté de *sources* requiert de ne pas conceptualiser ensemble ce qui n'est lié que par une communauté d'*effets*, faut-il pour autant négliger cette communauté d'effets, qui est aussi caractérisée par une communauté d'*objet* ? Après tout, la gestion d'affaires a cela de commun avec le mandat qu'elle a pour objet... une gestion d'affaires ! Pour reprendre Planiol : « La gestion d'affaires diffère du mandat en ce qu'elle est entreprise *spontanément* par celui qui s'en charge, tandis que le mandat est une

⁹²⁹ COLIN A. et CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*. Tome II, Dalloz, 1924, 4^{ème} éd., p. 718. – Comp. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., *Cours élémentaire de droit civil français*. Tome II, Dalloz, 1942, 9^{ème} éd., n°1372.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 254.

⁹³¹ *ibid.*, p. 255.

⁹³² Exp. préc., p. 584.

gestion d'affaires entreprise en vertu d'une convention ou en vertu de la loi »⁹³³. Ne serait-il pas par conséquent plus pertinent de créer un ensemble taxinomique nommé *gestion d'affaires* et de distinguer en son sein, à la manière du droit allemand, et du droit suisse, le mandat, contrat de gestion d'affaires gratuite (*Auftrag*)⁹³⁴, ou onéreuse (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)⁹³⁵, de la gestion d'affaires sans mandat (*Geschäftsführung ohne Auftrag*)⁹³⁶ ? Les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 n'ont-ils pas après tout décidé d'assumer pleinement le nature *quasi ex mandato* des obligations naissant de la gestion d'affaires en énonçant à l'art. 1301 C. civ., que « [c]elui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire » ? Cette disposition ne diverge pas fondamentalement du §677 du BGB, qui énonce que « [w]er ein Geschäft für einen anderen besorgt, ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein, hat das Geschäft so zu führen, wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert » – *celui qui gère une affaire pour un tiers sans être mandaté par lui, ou sans y avoir été autorisé, doit la conduire dans l'intérêt du maître, et eu égard à la volonté réelle ou présumée de ce dernier*, ou de l'art. 419 du Livre V, dit *Code des obligations*, du Code civil suisse, qui reprend en substance ce qui précède :

« Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht »

– « Celui qui, sans mandat, gère l'affaire d'autrui, est tenu de la gérer conformément aux intérêts et aux intentions présumables du maître ».

Une telle réforme aurait le double avantage de ne pas remettre en cause les acquis de la matière, tout en permettant de l'inscrire dans un cadre conceptuel plus stable, ou, du moins, moins équivoque. En effet, force est de constater que la gestion d'affaires, comme

⁹³³ PLANIOL, *op. cit.*, 9^{ème} éd., p. 759.

⁹³⁴ §§662-674 BGB.

⁹³⁵ §§675-676c BGB.

⁹³⁶ §§677-687 BGB. – *n.b.* Le droit suisse distingue seulement le mandat (*Auftrag*), Tit. XIII, de la gestion d'affaires (*Geschäftsführung ohne Auftrag*), Tit. IV, Deuxième partie. *Des diverses espèces de contrats*, Livre V. *Droit des obligations*, C. civ. suisse.

la *Geschäftsführung ohne Auftrag*, est un *caméléon conceptuel*⁹³⁷ ; « “a quite original genuinely Roman creation” », dont la formulation hautement abstraite de ses conditions a permis aux juristes modernes de l’instrumentaliser pour les tâches les plus diverses et de la soumettre à des interprétations fondamentalement divergentes »⁹³⁸. Cependant, sa nature littéralement *quasi contractuelle* – elle oblige bel et bien les parties *quasi ex contractu* – invite à ne pas s’embarrasser des subtilités taxinomiques entourant le concept de *quasi-contrat*, au sujet duquel ne se dessine pas le moindre consensus, et à prendre le problème à rebours en l’ancrant là où dans la nomenclature du Code civil elle trouve tout son sens : le droit du mandat.

III. – En finir (ou presque) avec les quasi-contrats : une conclusion

96. – Que faire du quasi-contrat ? À supposer que l’on intègre le bénéfice d’une prestation indue (*lato sensu*) et l’enrichissement injustifié dans un ensemble nommé *enrichissement injustement acquis d’autrui*, et que l’on incorpore la gestion d’affaires dans le droit du mandat, il ne reste plus rien des quasi-contrats en tant que *genus*. Ne subsiste que le *quasi-contrat, species*, porté par le seul nom de *quasi-contrat*, et avec lui, la clause du *fait purement volontaire* de l’art. 1300 al. 1 C. civ.

Or, qu’en faire ?

Doit-on conclure, à l’instar de Vizioz, que ce concept est *faux, inutile et dangereux*, et l’abandonner, une fois pour toute ?

« [La notion de quasi-contrat] est *inutile*, puisqu’elle n’est d’aucun secours pour fixer la substance des obligations qu’on veut lui rattacher. Elle est *dangereuse*, en tant que, par sa qualification, elle provoque une assimilation trompeuse avec le contrat dont elle diffère

⁹³⁷ JANSEN N., « Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse », *Archiv für die civilistische Praxis* 2016, pp. 166-233 : « Die *negotiorum gestio* bildet kein notwendiges Element einer entwickelten Rechtsordnung. Ursprünglich vielmehr ein juristischer Spiegel einer spezifisch römischen Sozialmoral, wurde sie später zum Chamäleon unserer Dogmengeschichte » – « La *negotiorum gestio* n’est pas un élément nécessaire d’un ordre juridique développé. À l’origine miroir juridique de valeurs sociales spécifiquement romaines, elle est devenu un caméléon de notre histoire dogmatique », en référence notamment à ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 435, et WAGNER G., « Gesetzliche Schuldverhältnisse » in WILLOWEIT D. (dir.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, Beck, 2007, pp. 181-252.

⁹³⁸ JANSEN, « Gesetzliche Schuldverhältnisse », p. 166 : « „A quite original genuinely Roman creation“ war sie nämlich auch in ihrer hochabstrakten Tatbestandsbildung, die es späteren Juristen immer wieder ermöglicht hat, das Institut für unterschiedlichste Aufgaben zu instrumentalisieren und fundamental divergierenden Deutungen zu unterwerfen », en référence à SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Clarendon, 1951, p. 624, et JANSEN N., §§677-687 I in SCHMÖCKEL M., RÜCKERT J. et ZIMMERMANN R. (dir.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Tome III. Schuldrecht : Besonderer Teil, §433-853. Vol. 2. §657-853*, Mohr Siebeck, 2013, et *id.*, « Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another’s Affairs: Principles of European Law? », *ZEuP* 2007, pp. 958-991.

essentiellement, et qu'elle laisse croire, soit que la volonté joue un rôle déterminant dans la formation de l'obligation, soit même que la loi tient toujours compte, pour appliquer un traitement spécial à l'obligation, du fait matériel volontaire, qui peut s'y rencontrer, soit enfin que, dans l'insuffisance de dispositions expresses, il faille se référer aux règles contractuelles. Elle est *fausse*, parce qu'elle groupe un certain nombre d'obligations très différentes par leur nature et par leur origine, les empêchant ainsi de trouver leur place naturelle dans une classification scientifique. Elle n'est donc pas même bonne à servir de guide à des étudiants, qui est, aux yeux de M. Jitta, son unique valeur. Son seul mérite découle en réalité de ses vices mêmes. Son caractère vague, indéterminé, l'absence complète de tout critérium susceptible d'en préciser le contenu, ont permis de loger sous son manteau des choses très diverses qu'on éprouvait de la peine à classer ; c'était le bassin douteux et mal connu dans lequel on jetait autrefois tout ce qui ne rentrait pas dans les autres catégories. Le quasi-contrat a d'ailleurs perdu peu à peu de son importance à cet égard, à mesure que s'est dégagé le rôle de la loi comme source d'obligations »⁹³⁹.

Ou doit-on, en considération de la jurisprudence qui s'est récemment, et timidement⁹⁴⁰, construite autour de lui, fermer les yeux sur les griefs qui lui sont adressés depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, et admettre que, s'il est loin, très loin, d'être clair, il est, d'une certaine manière, utile ?

97. – Combattre le quasi-contrat, en vain ? En soi, la clause du *fait purement volontaire* ne peut à elle seule justifier une cause de responsabilité. Si l'on s'accorde sur le fait que les « contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »⁹⁴¹, et que les faits dommageables ou profitables peuvent pareillement obliger s'ils s'inscrivent dans des conditions précises énoncées par le législateur, il n'en va pas de même des *faits purement volontaires*, qui, à ne s'en tenir qu'à ces mots, peuvent concerner tous les faits contentieux, licites ou non, qui rythment la vie civile et commerciale, pourvu qu'ils ne soient pas *involontaires* (quoi que l'on puisse entendre par cela). Malheureusement, les rares décisions où les juges se fondent sur la clause du *fait purement volontaire*, ou le concept de *quasi-contrat*, ne permettent pas de se faire une idée, même grossière, des développements possibles ou souhaitables de cette ligne jurisprudentielle ô combien discutable sur le plan juridique, fût-elle opportune sur le plan politique (certains ont pu toutefois évoquer le jeu de l'*apparence*⁹⁴², ou l'idée de *quasi-engagement*, une sorte

⁹³⁹ VIZIOZ, *op. cit.*, pp. 314-315, en référence à Jitta J., *La substance des obligations dans le droit international privé*, Belinfante, 1907, p. 445.

⁹⁴⁰ BÉNABENT, *op. cit.*, 17^{ème} éd., n°504-506.

⁹⁴¹ Anc. art. 1134 al. 1 ; art. 1103 C. civ.

⁹⁴² BÉNABENT, *op. cit.*, 17^{ème} éd., n°492-503. – *Contra* DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°605-615 et n°787-788.

d'*estoppel*⁹⁴³, comme dénominateur commun). Or, si l'on admet, et c'est là la prétention de cette thèse, que le droit des quasi-contrats se trouve à présent *hors-le-code* – ni la gestion d'affaires, ni le paiement de l'indu, ni l'enrichissement injustifié, ne nécessitent d'être présentés comme des quasi-contrats pour avoir du sens dans notre droit –, force est de reconnaître avec Nooman Gomaï (1934–2014) que rien n'est « plus mauvais, de plus faux, au sein de la théorie des sources de l'obligation, et peut-être au sein de la science du Droit tout entière » que le concept de quasi-contrat⁹⁴⁴.

Toutefois, ainsi que Bout put le noter dans les années 1970, il semble vain de vouloir « lui livrer bataille, tant ce combat rappellerait celui que l'ingénieur Hidalgo menait, dit-on, en terre d'Espagne contre des moulins à vent »⁹⁴⁵. En effet, si le concept de *quasi-contrat* est une aberration juridique en ce qu'il permet de tenir côte à côte deux catégories d'obligations qui peuvent être raisonnées indépendamment l'une de l'autre, mais pas ensembles, il reste une figure qui jouit, pour une raison que l'on ignore – inertie, excès de conservatisme ou de sentimentalisme ? –, d'une certaine forme d'immunité, à tel point que les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 n'y touchèrent, et ce alors même que tout les y invitait et qu'ils n'éprouvèrent aucune difficulté à abolir les innocents concepts de *délit* et de *quasi-délit* et même la sacrosainte *cause* !

Alors que faire ?

98. – Une synthèse des chapitres précédents. Ainsi que je l'ai expliqué dans le Chapitre I, le concept de *quasi-contrat*, tel qu'il fut intégré dans le Code de 1804, fut le fruit d'une réinvention d'une figure antique, l'*obligatio quasi ex contractu*, dont tout indiquait qu'elle ne survivrait pas au XIX^{ème} siècle. Alors qu'il aurait été plus simple d'énoncer toutes les obligations non-contractuelles, ou *légalés*⁹⁴⁶, les unes après les autres, comme l'avaient fait les rédacteurs des projets révolutionnaires de Code civil, on préféra restaurer le modèle byzantin, au sens propre comme au figuré, de la quadripartition *contrats, quasi-contrats, délits et quasi-délits*, et tirer des travaux d'un auteur qui s'était justement épargné d'avoir à le mentionner et de dissenter à son sujet, préférant les exposés clairs aux ornements savants, une source commune : le *fait purement volontaire de l'homme*.

⁹⁴³ GRIMALDI, *op. cit.*, n°152-182. – Comp. *infra*, n°130-131.

⁹⁴⁴ GOMAA N., *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968, pp. 156.

⁹⁴⁵ BOUT, *op. cit.*, p. 6.

⁹⁴⁶ BÉNABENT, *op. cit.*, 17^{ème} éd., Deuxième partie.

À l'évidence, cette fioriture législative n'était pas censée avoir le moindre impact sur la manière dont les institutions qui lui furent assignées pouvaient être appliquées en pratique et être analysées en doctrine. Ni la gestion d'affaires ni la réception d'une chose non due ne gagnèrent, ni ne souffrirent, d'être des quasi-contrats. Ainsi que je l'ai exposé dans les Chapitres II et III, ces institutions se développèrent indépendamment l'une de l'autre, la première s'établissant comme un moyen de concilier l'autonomie des individus dans la conduite de leurs affaires civiles et commerciales avec l'exercice volontaire d'un devoir moral d'entraide, et l'autre comme la matrice d'un droit technique : la restitution. Même la résurgence d'une action du fond des âges, l'*actio de in rem verso*, action dont j'ai retracé l'histoire dans le Chapitre IV, n'eut pas de réelles incidences sur la matière. Comment en aurait-il pu être autrement ?

99. – Les quasi-contrats et l'équité. Certains auteurs ont affirmé que le droit des quasi-contrats est malgré tout doué d'une logique d'ensemble en le mettant (plus ou moins franchement) en équation avec le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste. Cependant, cette équation, qui est soudainement passée de la contemplation doctrinale au registre législatif avec l'Ordonnance du 10 février 2016, ne tient qu'à une pétition de principe, un acte de foi⁹⁴⁷. Elle aurait été pertinente si le droit des quasi-contrats avait été limité au droit du paiement de l'indu (*lato* ou *stricto sensu*) et à celui de l'enrichissement injustifié ; si la gestion d'affaires n'avait pas existé, ou avait été reléguée aux marges du droit du mandat⁹⁴⁸ ; et que les juges n'avaient pas eu l'audace, ou l'imprudence – c'est selon –, de créer des obligations sur le seul fondement de la clause du *fait purement volontaire*.

D'autres auteurs, à l'image de Philippe le Tourneau ou Frédéric Pollaud-Dulian, ont proposé de voir au fondement du droit des quasi-contrats l'œuvre de l'équité⁹⁴⁹. Ainsi que le note le premier à l'entrée « Quasi-contrat » du *Répertoire de droit civil Dalloz*, discutant l'équation du quasi-contrat à la théorie de l'enrichissement injuste :

« Si le critère est de restituer un avantage immérité, il apparaît assez évident que le fondement [du quasi-contrat] est l'équité, une équité non point *contra legem*, telle qu'elle

⁹⁴⁷ e.g. PLANIOL, art. préc., p. 229 : « Quand on cherche en la personne du débiteur quelle est la cause de son obligation, et qu'on envisage dans ce but toutes les hypothèses de quasi-contrats, on découvre aisément que leur trait commun est l'existence d'un enrichissement sans cause aux dépens d'autrui, enrichissement dont il s'agit de restituer la valeur ».

⁹⁴⁸ REMY, art. préc., p. 76.

⁹⁴⁹ Comp. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé*, op. cit., n°340-393.

est souvent perçue, mais une *equitas scripta*, voulue par le législateur. Il serait injuste, inéquitable, que quelqu'un bénéficiât d'un avantage injustifié, qu'il pût le conserver ou ne pas dédommager celui qui en a fait les frais. Ce fondement avait été retenu dans l'Ancien Droit par Domat et, concurremment avec d'autres explications, par Pothier. L'arrêt *Patureau-Miran c. Boudier*, fondateur de l'admission de l'action *de in rem verso*, retrouva cette intuition en affirmant fortement que cette action dérive "du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui". Encore faut-il ne pas se méprendre sur l'acception de l'équité, si souvent mièvrément galvaudée. Elle n'est pas quelque vague sentiment de pitié ou de cœur, forcément arbitraire mais, comme le notait Aristote, "une certaine raison de justice qui supplée au défaut de la loi écrite", l'équité (*epieikeia*) "servant comme de supplément et de dernière perfection aux lois". Elle est de l'ordre de la raison ; l'équité est en effet proche de celle-ci »⁹⁵⁰.

Le second, prenant en considération la question des quasi-contrats prétoriens, remarque quant à lui, en conclusion d'une contribution d'un ouvrage publié à l'occasion du Bicentenaire du Code civil :

« Certes, le quasi-contrat trouve son fondement dans l'équité, ce que disent très nettement les travaux préparatoires du Code civil, comme d'ailleurs l'arrêt *Boudier* et, avant eux, Azon [de Bologne (1190–123.)], Heineccius ou Pothier, et ce fondement est bien tempéré par le souci de sécurité juridique qu'exprime, pour l'action *de in rem verso*, la subsidiarité ; mais cette équité ne se borne pas à la seule hypothèse de l'enrichissement sans cause, qui n'est, après tout, qu'une expression du principe plus général *suum cuique tribuere*, ou au déplacement indu de valeurs d'un patrimoine à un autre, qui décrit le fait, plus qu'il n'explique la règle de droit. Nous pensons que le quasi-contrat a une vocation plus large, pour plusieurs raisons.

D'abord, cette catégorie est destinée, en fin de compte, à appréhender toutes les situations qui ne relèvent pas des trois autres sources d'obligations, lorsque l'équité, voire la sécurité juridique imposent d'en déduire des obligations. Pour M^{me} Chanteloup, "la notion de quasi-contrat participe assurément à la cohérence de la classification structurelle des obligations". Ensuite, il faut bien voir que la définition du Code civil est essentiellement fonctionnelle et que l'art. 1371 ne contient aucune référence directe ou indirecte à l'enrichissement sans cause, ce qui donne à penser que ce texte est accueillant à des obligations qui ne trouveraient pas leur fondement dans cette notion. Enfin, ce ne peut pas être seulement le profit ou l'enrichissement procuré sans cause à autrui qui fonde le quasi-contrat, il doit aussi s'agir parfois de la frustration du profit légitimement attendu, c'est-à-dire que le fait spontané peut soit procurer un profit, soit consister en une croyance légitime ou susciter une erreur légitime, une attente légitime de profit, comme c'est le cas dans l'apparence (peu important d'ailleurs l'origine de cette apparence) ou dans les loteries publicitaires... Comme le relève M^{me} Chanteloup, le débiteur est lui-aussi, passivement, à la source de sa propre obligation. Nous ne croyons pas que cette acception compromette en quoi que ce soit l'unité conceptuelle du quasi-contrat. Au contraire, elle nous paraît en plein accord avec son fondement d'équité pondérée mais aussi parfois

⁹⁵⁰ LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », art. préc., n°26, en référence notamment à PERRUCHOT-TRIBOULET V., « L'indu a trois », *RTD Civ.* 2003, pp. 427-446, p. 430, et ARISTOTE, *Rhétorique*, 50.1.13. – Comp. MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ P., *Les obligations*. Tome II. *Le régime*, Sirey, 1989, 2^{ème} éd., n°226.

confortée par le souci de la sécurité juridique [...], et les deux aspects (peut-être y en aurait-il d'autres à découvrir), participant de la même idée, nous semblent très complémentaires »⁹⁵¹.

Malheureusement, aussi élégantes soient-elles, ces *reductiones ad æquitatem* peinent à convaincre. En effet, si elles sont pertinentes pour saisir la dimension politique des obligations non-contractuelles – dans un système où la volonté a été pensée comme l'alpha et l'omega du droit des obligations, et où la loi s'est vue confiée le soin de régir ce que la volonté ne pouvait, ou ne devait, pas régir, le juste et l'équitable sont fondamentaux pour légitimer les dispositions du législateur⁹⁵² –, elles tendent à occulter, sous l'opposition binaire *loi et équité* (ou ternaire *contrat, loi et équité*), ce fait, plus prosaïque, en vertu duquel, aux marges de la loi, ou plutôt sous couvert de ses ambiguïtés, c'est le juge qui est source d'obligations.

En effet (et ce nonobstant le fait qu'il n'y a pas de consensus sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, le juge est aujourd'hui, en qualité de « ministre d'équité », au sens où Portalis l'entendait⁹⁵³, ou d'« autorité » constitutionnelle⁹⁵⁴, une source formelle du droit), il est indéniable que le juge est le premier administrateur du droit des quasi-contrats, tant dans l'application des dispositions qui le régissent – la chose est entendue

⁹⁵¹ POLLAUD-DULIAN, contrib. préc., 430, en référence notamment à CHANTELOUP, *op. cit.*, n°51, 62 et 97.

⁹⁵² TREILHARD, exp. préc., p. 464 : « Une société politique serait bien imparfaite si les membres qui la composent n'avaient entre eux d'autres engagements que ceux qu'ils auraient prévus et réglés par une convention. Quel est celui qui pourrait se flatter de lire dans les profondeurs de l'avenir tous les rapports que les événemens établiraient entre lui et ses concitoyens ? Et quelle opinion devrait-on se former de la sagesse d'un législateur qui laisserait les hommes errans sans guide et sans boussole dans cette vaste mer dont personne ne sonde jamais les abîmes ? Que le philosophe recherche si l'homme est sorti bon des mains de la nature ; le législateur ne saurait ignorer que les passions ont trop souvent étouffé la raison et fait taire la bonté. La loi doit donc vouloir pour nous ce que nous voudrions nous-mêmes si nous étions justes, et elle suppose entre les hommes, dans les cas imprévus, les obligations nécessaires pour le maintien de l'ordre social ».

⁹⁵³ Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801), préc., p. 7 : « Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages reçus dans le silence de la loi positive ». – *Adde* PORTALIS, disc. préc., p. 475 : « Les parties qui traitent entre elles sur une matière que la loi positive n'a pas définie, se soumettent aux usages reçus, ou à l'équité universelle, à défaut de tout usage. Or, constater un point d'usage et l'appliquer à une contestation privée, c'est faire un acte judiciaire, et non un acte législatif. L'application même de cette équité ou de cette justice distributive, qui suit et qui doit suivre, dans chaque cas particulier, tous les petits fils par lesquels une des parties litigantes tient à l'autre, ne peut jamais appartenir au législateur, uniquement ministre de cette justice ou de cette équité générale, qui, sans égard à aucune circonstance particulière, embrasse l'universalité des choses et des personnes. Des lois intervenues sur des affaires privées, seraient donc souvent suspectes de partialités, et toujours elles seraient donc souvent rétroactives et injustes pour ceux dont le litige aurait précédé l'intervention de ces lois ». – Voy. ALBIGES C., « Équité » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017.

⁹⁵⁴ Constitution du 4 octobre 1958, Tit. VIII.

depuis 1804⁹⁵⁵ – que dans son extension au travers des interprétations libres de ces dernières. Et c'est en cette qualité de libre interprète des règles quasi-contractuelles, et non de simple applicateur, que le juge peut être considéré, et disons-le, *est*, source d'obligations ; la jurisprudence relative aux gestions d'affaires anormales et aux loteries publicitaires en sont des illustrations marquantes⁹⁵⁶.

100. – Les quasi-contrats et le juge. L'histoire nous dira si le juge, en prenant dans le droit de quasi-contrats ce qu'il y a de plus obscur et de controversé, à savoir le concept même de *quasi-contrat*, et avec lui la clause du *fait purement volontaire*, a eu raison de se faire source d'obligations, et si ces « fantasies »⁹⁵⁷ – de simples « passades de jurisprudence »⁹⁵⁸ ? – méritaient que l'on s'y attarde. S'il est peu probable que les quasi-contrats prétoriens finissent un jour par se structurer en quelque chose de robuste juridiquement, que ce soit au travers de la théorie de l'apparence ou du quasi-engagement, ou tout autre chose – accordons leur toutefois le bénéfice du doute⁹⁵⁹ –, force est d'admettre que le fait-même de leur existence acte l'effondrement du *genus* des quasi-contrats. Là où en effet les obligations qui appartiennent à la catégorie des quasi-contrats nommés ne nécessitent pas le concept de *quasi-contrat*, ni la clause de l'art. 1300 al. 1 C. civ., pour se justifier et se définir, et qu'elles peuvent aisément se penser comme des obligations « d'origine légale »⁹⁶⁰ – « qui naissent de la loi »⁹⁶¹ –, à la manière des *Gesetzliche Schuldverhältnisse* allemandes⁹⁶², celles qui relèvent de la catégorie des quasi-contrats innomés sont dépendantes du concept qui leur donne leur nom, et avec lui, de la clause qui lui est associée dans le Code civil, et ne peuvent être envisagées comme étant

⁹⁵⁵ BERTRAND DE GREUILLE, rapp. préc., p. 470, reproduit in n°21. – TARRIBLE, disc. préc., p. 482 : « Les engagements sans convention qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé exigeaient de plus grands développemens [que ceux donnés aux engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi] : ils ont reçu dans le projet [les développemens] qui étaient nécessaires pour éclairer les citoyens et diriger les juges dans l'application de la loi ».

⁹⁵⁶ Notons que le juge fut, avec les gestions d'affaires anormales, créateur d'obligations quasi-contractuelles, et qu'il redevint simple applicateur des règles de ce quasi-contrat avec l'institution de l'enrichissement sans cause et la juridiction d'équité qui la sous-tendait, juridiction qui fera de lui à nouveau un créateur d'obligations quasi-contractuelles, jusqu'à ce que l'enrichissement sans cause soit « enchâssé dans une armature technique, rigoureusement contenue et contrôlée », LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », art. préc., n°60, soit codifié. – Voy. ALBIGES, art. préc., n°19.

⁹⁵⁷ BÉNABENT A., « Rapport de synthèse » in PIGNARRE G. (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, pp. 165-169, p. 166.

⁹⁵⁸ GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif*. Tome II, LGDJ, 1954, 2^{ème} éd., p. 287.

⁹⁵⁹ BÉNABENT A., « Pour une prestation compensatoire hors mariage : la piste du quasi-contrat ? » in *Mélanges Aynès*, pp. 15-20.

⁹⁶⁰ *Id.*, *op. cit.*, 19^{ème} éd., p. 357.

⁹⁶¹ Voy. *supra*, n°14.

⁹⁶² Voy. JANSEN, « Gesetzliche Schuldverhältnisse », art. préc. ; Wagner, art. préc.

d'origine purement légale, tant elles sont indissociables de la figure du juge. Douce ironie ! À l'heure où l'antique quadripartition *ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto* et *quasi ex delicto*, que les rédacteurs du Code civil avaient transformé en un pentacle *contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit* et *autorité seule de la loi*, s'étiole, et que la *summa divisio obligationum* française revient, avec l'Ordonnance du 16 février 2016, aux enseignements de la Révolution en se rapprochant de la distinction, toute simple, entre le *contrat* et la *loi* – le *contractuel* et l'*extracontractuel* –, c'est avec ce que le *mos gallicus* a fait de plus étrange que le juge, herméneute, s'affirme en autorité prescriptive et impose discrètement une touche d'équité byzantine dans ce droit que l'on dit pourtant, partout en Europe, cartésien.

APPENDICE

L'unjust enrichment en droit anglais

Histoire et anatomie d'un tertium quid

101. – Une introduction. Le *law of unjust enrichment* anglais est une illustration parlante d'un droit de l'enrichissement injuste pleinement unifié. Il est en effet acquis depuis 1991 et la décision des membres de la House of Lords dans *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*⁹⁶³, et surtout 2017 et 2018, avec les décisions des membres de la Supreme Court dans *Investment Trust Companies v. HMCR*⁹⁶⁴ et *Prudential Assurance v. HMRC*⁹⁶⁵, que d'aucun peut obtenir l'octroi d'un *remedy* s'il parvient à démontrer que le défendeur s'est enrichi, à ses dépens et ce dans des circonstances injustes, ce sans distinguer, *a minima*, si l'enrichissement litigieux a été obtenu du fait de l'exécution d'une prestation (*performance*) ou d'une autre manière.

Cette unité, qui contraste avec la cohésion précaire du *Bereicherungsrecht* allemand et l'évanescence du contentieux de l'« enrichissement injuste » *lato sensu* en droit français⁹⁶⁶, est toutefois trompeuse. En effet, pour reprendre l'analyse de Lord Reed dans *Investment Trust Companies*, si l'on peut, ainsi que l'avait fait Lord Steyn (1932–2017) dans *Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea) Ltd.*⁹⁶⁷, présenter les conditions d'admissibilité de l'action en *unjust enrichment* en quatre questions – (1) le défendeur s'est-il enrichi ? (2) cet enrichissement s'est-il fait aux dépens du demandeur ? (3) était-ce

⁹⁶³ [1988] UKHL 12.

⁹⁶⁴ [2017] UKSC 29 ; [2017] 2 WLR 1200.

⁹⁶⁵ [2018] UKSC 39 ; [2018] 2 WLR 652.

⁹⁶⁶ HÄCKER, « Enrichissement injustifié », art. préc.

⁹⁶⁷ [1999] 1 AC 221, p. 227.

injuste ? et (4) existe-t-il des exceptions (*defences*) ? –, ces questions « ne sont que des énoncés généraux destinés à faciliter l'exposé »⁹⁶⁸ :

« They are intended to ensure a structured approach to the analysis of unjust enrichment, by identifying the essential elements in broad terms. If they are not separately considered and answered, there is a risk that courts will resort to an unstructured approach driven by perceptions of fairness, with consequent uncertainty and unpredictability. At the same time, the questions are not themselves legal tests, but are signposts towards areas of inquiry involving a number of distinct legal requirements »⁹⁶⁹.

Ainsi les *barristers* et juges anglais sont-ils tenus, lorsqu'ils plaident ou examinent ce qu'ils estiment être un *unjust enrichment case*, de respecter la méthode des *precedents* et d'étayer leurs prétentions à l'aide de décisions passées : A-t-il été déjà admis que tel ou tel *enrichment* doit être restitué ? A-t-il été reconnu que telle ou telle manière d'acquérir cet *enrichment* l'est *at the expense of the claimant* ? Et sur quel motif (*unjust factor*) la restitution a-t-il été octroyée ? Or, s'il est toujours possible d'inscrire chaque ligne de *precedents* dans un cadre contentieux cohérent, et par là même voir se profiler le *tertium quid* que Goff, Jones et Birks avaient théorisé⁹⁷⁰, force est de constater que les différentes manières dont les juges ont pu arrêter ce qu'est un *enrichment*, définir ce qu'*at the expense of* signifie, et décider ce qui était *unjust* ou non, donnent l'impression que la matière ne jouit pas d'une réelle unité⁹⁷¹, impression qui est renforcée par les influences croisées du *common law* et de l'*Equity*⁹⁷², et le dualisme, souvent subtil, du registre de l'*in rem* et de l'*in personam*⁹⁷³.

Pour autant, s'il est indéniable que le *law of unjust enrichment* est une matière encore jeune, marquée par son lot d'hésitations et d'incohérences, il serait désinvolte de soutenir qu'il n'est, aux marges des monumentaux *laws of contracts* et *torts*, qu'un amas informe de *cases* dont l'équilibre précaire, porté par un obscur dispositif théorique⁹⁷⁴, menace à tout instant de s'effondrer. Ainsi que le montre le *case law*, il n'en est rien. L'*unjust enrichment* est bel et bien une *cause of action in its own right*, qui a aujourd'hui atteint

⁹⁶⁸ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §41.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ BIRKS, *Unjust enrichment*, *op. cit.*, pp. 5-9.

⁹⁷¹ STEVENS, art. préc. et *op.cit.*

⁹⁷² HO L., « Unjust enrichment and Equity » in BANT, BARKER et DEGELING (dir.), *op. cit.*, pp. 123-144.

⁹⁷³ LEOW R. et LIAU T., « Proprietary Restitution », *ibid.*, pp. 476-497.

⁹⁷⁴ PRIEL D., « The Law and Politics of Unjust Enrichment », *Comparative Research in Law & Political Economy* 2013, Research Paper 15/2013.

une certaine forme de maturité⁹⁷⁵, enserrée⁹⁷⁶, à l’instar de l’*ungerechtfertigte Bereicherung* allemand, ou de l’enrichissement injustifié français, « dans une armature technique, rigoureusement contenue et contrôlée »⁹⁷⁷.

I. – Du *law of assumpsits* et les *quasi-contracts* au *law of unjust enrichment*, histoire d’un *tertium quid*

102. – Une introduction aux *forms of action*. On situe les origines du *common law* au milieu du XII^{ème} siècle, lorsque la justice royale s’ouvrit aux hommes libres et se superposa aux coutumes locales, imposant partout et à tous en Angleterre un droit *commun*. Cette justice, qui fut d’abord itinérante⁹⁷⁸, et dont les Superior Courts se sédentarisèrent à Westminster aux dernières heures de l’ère Plantagenet (1154–1485), fut organisée par les juges autour d’un système d’actions, en nombre limité et aux formes standardisées : les *writs* ou *forms of action*. Ce qui importait avec ce système, qui fut (formellement) aboli sous l’ère Victorienne (1837–1901), n’était pas tant le mérite de la demande du plaignant, mais sa forme procédurale, forme qui revêtait souvent, pour reprendre une expression de Frederic Maitland (1850–1905), des noms barbares, mêlant latin, vieil anglais et ancien français, à l’image du « *writ of right*, l’*assize of novel disseisin* ou *of mort d’ancestor*, le *writ of entry sur disseisin in the per and cui*, le *writ of besaiel*, ou *of quare impedit*, l’*action of covenant*, *debt*, *detinue*, *replevin*, *trespass*, *assumpsit*, ou encore *ejectment* »⁹⁷⁹. Ce n’était seulement qu’après avoir choisi la forme qu’il jugeait adéquate à sa cause que le plaignant pouvait espérer un examen au fond et obtenir l’octroi d’un *remedy*, à supposer toutefois qu’il ait fait le bon choix ou qu’il ait pu même choisir :

« Each procedural pigeon-hole contains its own rules of substantive law, and it is with great caution that we may argue from what is found in one to what will probably be found in another; each has its own precedents. It is quite possible that a litigant will find that his case will fit some two or three of these pigeon-holes. If that be so he will have a choice, which will often be a choice between the old, cumbrous, costly, on the one hand, the modern, rapid, cheap, on the other. Or again he may make a bad choice, fail in his action, and take such comfort as he can from the hints of the judges that another form of action might have been more successful. The plaintiff’s choice is irrevocable; he must play the

⁹⁷⁵ BURROWS, « In Defence of Unjust Enrichment », art. préc.

⁹⁷⁶ BARKER K., « Unjust Enrichment: Containing the Beast », *OJLS* 1995, pp. 457-475.

⁹⁷⁷ LE TOURNEAU, « Quasi-contrats », art. préc., n°60

⁹⁷⁸ BAKER J., *An Introduction to English Legal History*, OUP, 2019, 5^{ème} éd., Chap. 2.

⁹⁷⁹ MAITLAND F., *Equity, also the Forms of Action at Common Law*, CUP, 1920, p. 296.

rules of the game that he has chosen. Lastly he may find that, plausible as his case may seem, it just will not fit any one of the receptacles provided by the courts and he may take to himself the lesson that where there is no remedy there is no wrong »⁹⁸⁰.

De ce capharnaüm procédural, il fut difficile dans un premier temps de deviner la substance du droit, à tel point que Sir Henry Sumner Maine (1822–1888) nota dans ses *Dissertations on Early Law and Custom*, que « l’ascendant du Law of Actions fut si grand [...] que le droit substantiel semblait avoir été secrété dans les interstices de la procédure »⁹⁸¹. Pour autant, on vit lentement émerger, tout au long du Moyen Âge tardif, des figures délimitant confusément les domaines de l’avoir (*owning*) et du devoir (*owing*) – la distinction entre *right of property* et *right to property* n’avait rien de naturelle avec les *forms of action*⁹⁸² –, et ceux des *contracts* et des *torts*⁹⁸³, sans que toutefois n’apparaisse une figure évoquant spontanément les contours du concept d’*unjust enrichment*. Ce ne fut qu’à la fin du XIX^{ème} siècle que celui-ci se matérialisa dans les travaux d’universitaires américains, et à la fin du siècle suivant qu’il fut reconnu formellement *at common law* par les juges anglais.

1. – La restitution avant le *Restatement of the Law of Restitution* : le *law of assumpsits* et les *quasi-contracts*

103. – Une introduction au *trespass on the case*. Malgré l’admission tardive d’une *cause of action* en *unjust enrichment* en droit anglais, il n’était pas impossible pour les justiciables d’obtenir la restitution ou la reddition de ce qu’ils estimaient leur être dû ou avoir été acquis à leurs dépens. Ainsi, en *common law* médiéval, certaines actions, comme les *actions of debt* et *account*, purent être utilisées à cette fin en en détournant les conditions d’origine, sans toutefois parvenir sur le long terme à des solutions satisfaisantes⁹⁸⁴. Ce ne fut que sous l’ère Tudor (1485–1603) qu’une action se distingua des autres : l’*assumpsit*⁹⁸⁵. Cette action était une variété d’*action* (ou *trespass*) *on the case*, une excroissance, comme son nom l’indiquait, du *trespass*⁹⁸⁶. Contrairement aux *actions*

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 298.

⁹⁸¹ MAINE H., *Dissertations on Early Law and Custom*, Murray, 1883, p. 389.

⁹⁸² IBBETSON D., « Unjust Enrichment in England before 1600 » in SCHRAGE (dir.), *op. cit.*, pp. 121-148, p. 123.

⁹⁸³ *Id.*, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, OUP, 1999, pp. 13-23.

⁹⁸⁴ BAKER, *op. cit.*, pp. 386-390.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 386.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 69-71.

of covenant ou *of debt*, où le demandeur pouvait demander l'exécution d'une prestation qui lui était due, l'*action of trespass* ne permettait que l'octroi d'une compensation des pertes qu'il avait subi du fait d'un *wrongdoing*.

À l'origine, le plaignant ne pouvait agir en *trespass* que s'il parvenait à établir que ce *wrongdoing* avait été commis par la force et les armes (*vi et armis*) et contre la paix du roi (*contra pacem regis*)⁹⁸⁷. Cependant, ces clauses furent graduellement interprétées par les juges et les praticiens avec une certaine liberté, l'idée de *forcible wrong* étant en elle-même assez floue⁹⁸⁸, celle d'*arme* pouvant être appliquée à des objets autres que les épées, les bâtons, les arcs et les flèches⁹⁸⁹, et l'atteinte à la paix du roi pouvant être caractérisée à l'aune d'intérêts autres que ceux relevant du domaine royal⁹⁹⁰, tant fut si bien qu'au milieu du XIV^{ème} siècle les greffiers de la Chancery commencèrent à délivrer des *writs* où la clause *vi et armis* n'apparaissait plus⁹⁹¹, permettant ainsi aux plaignants d'accéder aux cours royales en énonçant simplement leur *special case*⁹⁹². Au fur et à mesure, ces actions se cristallisèrent autours de *special writs*, tels que l'*action of deceit*, *negligence*, *words*, *nuisance*, le *writ of conversion* ou *of assumpsit*. Ce dernier reposait en substance sur l'allégation que le défendeur avait entrepris, ou pris sur lui (*assumpsit super se*), et fidèlement promis (*fideliter promisit*), d'accomplir quelque chose et échoué en exécutant négligemment cette promesse, infligeant par là même un dommage au plaignant⁹⁹³. Justice Bakewell put par exemple accorder en 1348, dans le *Humber Ferry's Case*⁹⁹⁴, première occurrence, semble-t-il, de la formule en *assumpsit* au niveau des Senior Courts of England⁹⁹⁵, une compensation de 40 shillings à Burkton, qui avait confié une jument à un passeur, Tounesende, afin de lui faire traverser l'Humber, jument qui avait péri lors du voyage en tombant par-dessus bord, Tounesende ayant inconsidérément surchargé l'embarcation avec d'autres chevaux. De même, le Serjeant Belknap admit en 1349, dans

⁹⁸⁷ SIMPSON A., *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon, 1975, p. 202.

⁹⁸⁸ BAKER, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁹⁰ IBBETSON, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁹⁹¹ Il est possible ce que changement ait été en lien avec les bouleversements de la société après la Peste Noire (1346–1353), PALMER R., *English Law in the Age of the Black Death*, UNCP, 1993, Part. 3.

⁹⁹² BAKER, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁹³ *Ibid.*, pp. 350-351.

⁹⁹⁴ *Bukton v. Tounesende* (1348) B. & M. 358.

⁹⁹⁵ BAKER, *op. cit.*, p. 351.

*Waldon v. Mareschal*⁹⁹⁶, l'action de Waldon contre un *horse doctor*, Mareschal, qui avait « si négligemment appliqué [un] traitement » à son cheval que l'animal mourut⁹⁹⁷.

α. – For he undertook and faithfully promised to pay his debt, le principe de l'*indebitatus assumpsit*

104. – Une introduction aux *assumpsits*. Comme tous les *writs*, l'*action of assumpsit* vint à se ramifier en toute une série d'arcanes et sous-arcanes, dont certaines virent à s'affirmer en actions de premier ordre. Ainsi, si l'*assumpsit* supposait à l'origine que l'entreprise inconsiderée du défendeur ait porté atteinte à la personne ou à la propriété du demandeur, celui-ci vint à s'étendre à des situations plus abstraites, comme le non-paiement d'une dette, extension qui concerna principalement le *quantum meruit*, le *quantum valebant* et l'*indebitatus assumpsit*, les deux premières formes d'*assumpsit* ayant été incorporées à cette dernière au cours du XIX^{ème} siècle afin de faciliter les plaidoiries⁹⁹⁸.

Les *assumpsits* en *quantum meruit* ou *quantum valebant* concernaient les situations où des biens avaient été vendus, ou un service avait été fourni, sans qu'un prix ou une rémunération n'ait été convenu, ou qui avaient été vendus ou fournis sur le fondement d'un contrat qui ne s'était finalement pas matérialisé. Le plaignant alléguait alors que le défendeur avait entrepris, et fidèlement promis, de le payer à hauteur de la valeur des biens vendus ou du service fourni. L'*indebitatus assumpsit* était quant à lui utilisé en alternative à l'*action of debt*⁹⁹⁹, et reposait sur l'allégation que, le défendeur étant tenu d'une dette à l'égard du plaignant (*indebted*)¹⁰⁰⁰, il avait entrepris et fidèlement promis de s'en acquitter¹⁰⁰¹, cette *form* se subdivisant en une série d'actions, ou *counts*¹⁰⁰², dont la formule variait en fonction de la nature de l'*indebtedness*, telle que l'avancement d'une

⁹⁹⁶ (1349) B. & M. 400.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, p. 400.

⁹⁹⁸ BAKER J., « The History of Quasi-Contract in English Law » in CORNISH W. ET AL. (dir.), *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998, pp. 37-56, pp. 40-41.

⁹⁹⁹ *Slade's Case* (1598) 4 Co. Rep. 92b, p. 94a ; (1602) 76 ER 1074, p. 1077. – Adde STOLJAR S., *A History of Contract at Common Law*, ANUP, 1975, p. 76.

¹⁰⁰⁰ D'où le *indebitatus*.

¹⁰⁰¹ BAKER J., « The Use of Assumpsit for Restitutionary Monetary Claims » in SCHRAGE (dir.), *op. cit.*, pp. 31-58, pp. 33-34.

¹⁰⁰² Le *count* consistait pour le plaignant à énoncer, à *conter*, ce qui l'amenait devant la cour.

somme d'argent (*money laid out*), un prêt d'argent (*money lent*), ou encore de l'argent reçu à l'usage du plaignant (*money had and received*)¹⁰⁰³.

105. – Une introduction au *count en money had and received* (*Moses v. Macferlan*).

De tous ces *money counts*, le *count en money had and received* avait la formule la plus abstraite, ce qui en permettait les applications les plus larges :

« Whereas the defendant was indebted to the plaintiff in the sum of £10 as so much money before that time had and received to the use of the plaintiff, and, being so indebted, he, in consideration thereof, afterwards undertook and faithfully promised to pay, yet, he, contriving craftily and subtilly to deceive and defraud the plaintiff, hath not paid »¹⁰⁰⁴.

Lord Mansfield put ainsi déclarer en 1760 dans son jugement dans *Moses v. Macferlan* :

« 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) »¹⁰⁰⁵.

En l'espèce, Moses avait cédé à Macferlan quatre billets à ordre signés par Jacob. Alors que Macferlan s'était engagé à ne s'adresser qu'à Jacob pour le paiement de ces billets, il poursuivit Moses devant un juge de la Middlesex Court of Conscience, qui lui donna gain de cause au titre d'un jugement insusceptible d'appel. Moses paya et poursuivit Macferlan devant le King's Bench, alors présidé par Lord Mansfield, non en invoquant la violation de son engagement, mais sur le fondement du *count en money had and received* – Lord Mansfield admit l'action¹⁰⁰⁶.

β. – Des *fictional promises aux contracts implied in law*, le principe du *quasi-contract*

106. – Le *count en money had and received* après *Moses v. Macferlan*. Malgré sa formule simplifiée – « the gist of this kind of action is, that the defendant, up on the

¹⁰⁰³ AMES J., « The History of Assumpsit. Express Assumpsit », *HLR* 1888, pp. 1-19 ; *id.*, « The History of Assumpsit. Implied Assumpsit », *HLR* 1888, pp. 53-69.

¹⁰⁰⁴ BIRKS, *Unjust enrichment, op. cit.*, p. 287.

¹⁰⁰⁵ *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005, p. 1008.

¹⁰⁰⁶ Voy., sur les possibles influences de Lord Mansfield, IBBETSON D., « Unjust Enrichment and Lord Mansfield » in DONDORP H., SCHERMAIER M. et SIRKS B. (dir.), *De Rebus Divinis et Humanis*, V&R Unipress, 2019, pp. 193-202.

circumstance of the case, is obliged by the ties of natural justice and equity to refund the money »¹⁰⁰⁷ – la doctrine de Lord Mansfield, « grand ami » de l'action en *money had and received*¹⁰⁰⁸, ne s'imposa pas dans le *case law* des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles, celle-ci reposant sur des concepts trop vagues¹⁰⁰⁹. Le *law of indebitatus assumpsit* continua par conséquent à se développer selon les modalités qui l'avaient vu grandir, encore qu'à la fiction procédurale d'une promesse induite en droit (*a promise implied in law*) les praticiens vinrent substituer celle d'un contrat induit en droit (*contract implied in law*) ou *quasi-contract*, une subtilité qui n'eut pas en soi de réelle incidence sur la matière – il ne s'agissait que d'un abus de langage –, jusqu'à ce que les juges se mirent en tête de jouer de l'analogie, « qui n'était pas du tout une analogie »¹⁰¹⁰, entre les *contracts* et les *quasi-contracts*, et commencèrent à appliquer les règles régissant les premiers aux seconds¹⁰¹¹, pratique qui trouva son épilogue aux débuts des années 1940 dans *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.*, où Lord Atkin (1867–1944) déclara, pour la postérité :

« These fantastic resemblances of contracts invented in order to meet requirements of the law as to forms of action which have now disappeared should not in these days be allowed to affect actual rights. When these ghosts of the past stand in the path of justice clanking their medieval chains the proper course for the judge is to pass through them undeterred »¹⁰¹².

2. – Du *Restatement of the Law of Restitution* à *Lipkin Gorman* : l'affirmation d'un *tertium quid*

107. – Les *assumpsits* et l'*unjust enrichment* : l'influence américaine. Commentant sur la décision de Lord Mansfield dans *Moses v. Macferlan*, qui avait déclaré que l'action en *money had and received* pouvait être admise « 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 »¹⁰¹³, Sir William Evans (1767–1821) nota que la maxime « de droit civil

¹⁰⁰⁷ *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005, p. 1012.

¹⁰⁰⁸ *Weston v. Downes* (1778) 1 Doug 23, p. 24.

¹⁰⁰⁹ IBBETSON D., « Development at common law » in BANT, BARKER et DEGELING (dir.), *op. cit.*, pp. 28-40, p. 35.

¹⁰¹⁰ WINFIELD P., *The Province of the Law of Tort*, CUP, 1931, p. 119.

¹⁰¹¹ *Sinclair v. Brougham* [1914] AC 398.

¹⁰¹² [1941] AC 1, spéc. p. 29.

¹⁰¹³ *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005, p. 1012.

neminem cum alterius s'appliquait particulièrement » à cette action¹⁰¹⁴. L'équation entre les *assumpsits*, ou plutôt les *quasi-contracts*, et le principe selon lequel *nul ne doit s'enrichir aux dépens et au préjudice d'autrui* ne fut toutefois pleinement exploitée qu'à la fin du XIX^{ème} siècle aux États-Unis, sous l'influence des travaux de James Ames (1846–1910)¹⁰¹⁵, William Keener (1856–1913)¹⁰¹⁶ et de Frederic Woodward (1874–1956)¹⁰¹⁷, encore qu'il fallut attendre 1937 et le *Restatement of the Law of Restitution : Quasi-Contracts and Constructive Trusts*, rédigé par Warren Seavey (1880–1966) et Austin Scott (1884–1981) pour le compte de l'American Law Institute, pour que l'équation soit clairement formulée :

« A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to the other »¹⁰¹⁸.

108. – La réception des doctrines américaines par la littérature anglaise. La littérature américaine en matière de *restitution*, ainsi que la matière fut nommée, souleva l'intérêt de certains auteurs anglais, notamment Sir Percy Winfield (1878–1953) qui nota dans son essai de 1931 *The Province of the Law of Tort*, s'inspirant des travaux d'Ames, qu'« [i]l doit toujours y avoir des circonstances qui nous rendent civilement responsable envers un autre sur des fondements qui ne sont réductibles ni au *contract* ni au *tort* ; [l]e principe selon lequel “nul ne doit injustement s'enrichir aux dépens d'autrui” doit pénétrer tout système de droit ; [c]e principe est à la racine de toute relation authentiquement quasi-contractuelle »¹⁰¹⁹. Lord Wright (1869–1964), qui n'avait pas caché son enthousiasme pour le *Restatement*¹⁰²⁰, put même déclarer en 1943 dans son jugement dans *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* :

¹⁰¹⁴ EVANS W., *Essays on the Action for Money Had and Received*, Merritt & Wright, 1802, p. 5.

¹⁰¹⁵ AMES, art. préc. – Adde KULL A., « James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment », *OJLS* 2005, pp. 297-319.

¹⁰¹⁶ KEENER W., *A Selection of Cases on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis & Co., 1888–1889 ; et *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis & Co., 1893.

¹⁰¹⁷ WOODWARD F., *The Law of Quasi Contracts*, Little, Brown & Co., 1913.

¹⁰¹⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trusts*, ALI Publishers, 1937, p. 12. – Comp. SEAVEY W. et SCOTT A., « Restitution », *LQR* 1938, pp. 29-45, p. 32 : « A person has a right to have restored to him a benefit gained at his expense by another, if the retention of the benefit by the other would be unjust. The law protects this right by granting restitution of the benefit which otherwise would, in most cases, unjustly enrich the recipient ».

¹⁰¹⁹ WINFIELD, *op. cit.*, p. 122 : « There must always be circumstances which make one man civilly liable to another on grounds reducible neither to contract nor tort. The principle that “one person shall not unjustly enrich [preferably ‘benefit’] himself at the expense of another” must penetrate any system of law. That principle is at the root of all genuinely quasi-contractual relations ».

¹⁰²⁰ WRIGHT R., « Restatement of the Law of Restitution », *HLR* 1937, pp. 369-383. – Comp. *id.*, « *Sinclair v. Brougham* », *CLJ* 1938, pp. 305-326, p. 322-326. – Adde WINFIELD P., « The American Restatement of the Law of Restitution », *LQR* 1938, pp. 529-542.

« It is clear that any civilised system of law is bound to provide remedies for cases of what has been called unjust enrichment or unjust benefit, that is to prevent a man from retaining the money of or some benefit derive from another which it is against conscience that he should keep. Such remedies in English law are generically different from remedies in contract or in tort, and are now recognised to fall within a third category of the common law which has been called quasi-contract or restitution »¹⁰²¹.

Cependant, cette *restitution scholarship* n'eut pas de réelle influence sur le *case law*. Ce ne fut que dans les années 1960, décennie où, ironiquement, les auteurs américains se désintéressèrent de la question à la faveur d'approches nouvelles des *remedies*¹⁰²², qu'il y eut un regain d'intérêt chez les juristes anglais, avec la publication chez Sweet & Maxwell du *Law of Restitution* de Goff et Jones¹⁰²³, qui deviendra, en 1993, lors de sa quatrième édition, le *Goff & Jones*¹⁰²⁴, ouvrage où il fut démontré empiriquement que nombre de *cases*, relevant du *law of quasi-contracts* ou non, pouvaient être analysés à l'aune d'un concept organisateur, l'*unjust enrichment* (concept en vertu duquel on pouvait dire que d'aucun pouvait être tenu à *restitution* lorsqu'il était établi qu'il s'était enrichi [*enrichment*], aux dépens d'autrui [*at the expense of*], et ce dans des circonstances où il serait injuste qu'il conserve le profit ainsi acquis [*unjust factor*])¹⁰²⁵. Ainsi que le résuma Lord Rodger (1944–2011) :

« Goff and Jones [were] the Romulus and Remus of the English Law of Restitution. [...] Out of a few weak and scattered settlements they founded a powerful city whose hegemony now extends far and wide »¹⁰²⁶.

109. – De la consécration oxonienne et cantabrigienne à la consécration parlementaire et judiciaire. Le *Goff & Jones* eut le mérite, ainsi que le rappelle Francis

¹⁰²¹ *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] AC 32, p. 61.

¹⁰²² LAYCOCK D., « Restoring Restitution to the Canon », *Michigan Law Review* 2012, n°110, pp. 929-952, p. 930. – Adde LANGBEIN J., « The Later History of Restitution » in CORNISH ET AL. (dir.), *op. cit.*, pp. 57-62 ; SAIMAN C., « Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party », *OJLS* 2008, pp. 99-126 ; et PARTLETT D. et WEAVER R., « Restitution: Ancient Wisdom », *Loyola Los Angeles Law Review* 2003, pp. 975-990. – Comp. BURROWS A., « Unjust Enrichment and Restitution » in GOLD A. ET AL. (dir.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, OUP, 2020, pp. 293-308, et COLL., « Developments in the Law – Unjust enrichment », *HLR* 2020, pp. 2062-2076.

¹⁰²³ Voy. GOFF R., « Reform of the Law of Restitution », *MLR* 1961, pp. 85-100 ; JONES G., « Change of Circumstances in Quasi-Contract », *LQR* 1957, pp. 48-64.

¹⁰²⁴ JONES G., *Goff & Jones: The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 1993, 4^{ème} éd.

¹⁰²⁵ GOFF et JONES, *The Law of Restitution*, *op. cit.*, 1^{ère} éd.. – Comp. STOLJAR S., *The Law of Quasi-Contracts*, Law Book, 1964, dernier ouvrage sur le sujet à avoir recours au concept de *quasi-contract*.

¹⁰²⁶ RODGER A., « Recovering Payments under Void Contracts in Scots Law » in JONES G. et SWADLING W. (dir.), *The Search for Principle. Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, OUP, 1999, pp. 1-21. – Adde IBBETSON, *op. cit.*, pp. 288-289.

Rose, de « rendre plus accessibles les cours sur la *restitution* »¹⁰²⁷, matière réputée technique et complexe, et par là même de faciliter son introduction dans le programme des universités, celle-ci ayant fait son entrée en 1970 à Cambridge, « passée en contrebande par Jones » dans un cours sur les *remedies*¹⁰²⁸, et à Oxford, dans le *syllabus* du Bachelor of Civil Law, sous l'influence de Sir Guenter Treitel (1928–2019) et de Paul Davies¹⁰²⁹, et d'imposer l'*unjust enrichment* comme un concept incontournable du droit anglais, celui-ci ayant été, pour reprendre l'expression de Patrick Atiyah (1931–2018)¹⁰³⁰, « canonisé » par les membres du Parlement à la Sec. 7(4) du Torts (Interference with Goods) Act 1977 :

« Where, as the result of enforcement of a double liability, any claimant is unjustly enriched to any extent, he shall be liable to reimburse the wrongdoer to that extent. For example, if a converter of goods pays damages first to a finder of the goods, and then to the true owner, the finder is unjustly enriched unless he accounts over to the true owner under subsection (3); and then the true owner is unjustly enriched and becomes liable to reimburse the converter of the goods ».

Il fut intégré, vingt ans plus tard, dans une réflexion plus *théorique*, ou *institutionnelle*, au sens gaïen (ou justinien) du terme¹⁰³¹, engagée par Birks, avec la publication de son *Introduction to the Law of Restitution*¹⁰³², de sorte qu'il put être reconnu formellement, « béni »¹⁰³³, comme une *cause of action* par les membres de la House of Lords, sous le leadership de Goff, devenu Lord Goff, qui s'était gardé, à l'exception notable de son jugement rendu dans *BP Exploration Co (Libya) Ltd. v. Hunt (No 2)*¹⁰³⁴, de faire preuve de prosélytisme en la matière, dans *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.*¹⁰³⁵, en 1991¹⁰³⁶.

¹⁰²⁷ ROSE F., « The Evolution of the Species » in BURROWS A. et RODGER A. (dir.), *Mapping the Law*, OUP, 2006, pp. 13-29, p. 19.

¹⁰²⁸ *Ibid.*

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ ATIYAH P., « The Law of Restitution », *MLR* 1979, pp. 727-729, p. 728.

¹⁰³¹ BIRKS, « Rights, Wrongs, and Remedies », art. préc. – Comp. SAMUEL G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, 2014, pp. 96-99.

¹⁰³² BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution, op. cit.*, éd. 1985.

¹⁰³³ BURROWS, « In Defence of Unjust Enrichment », art. préc., p. 521.

¹⁰³⁴ [1979] 1 WLR 783, p. 799A.

¹⁰³⁵ [1988] UKHL 12.

¹⁰³⁶ GOYMOUR A., « Reflections on the Restitution Revolution – England and Wales » in ROBERTSON A., VIRGO G. et WORTHINGTON S. (dir.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Hart Publishing, 2018, pp. 177-192, spéc. pp. 181-187.

II. – *A cause of action in its own right : anatomie d'un tertium quid*

110. – *Samboondar v. Capital Insurance Co. Ltd.* Ainsi que Lord Burrows, figure de proue de l'école birksienne¹⁰³⁷ et premier universitaire à avoir été nommé directement Justice à la Supreme Court¹⁰³⁸, l'a déclaré dans *Samboondar v. Capital Insurance Co. Ltd.*, « il est désormais admis [qu'une] demande fondée sur l'enrichissement injuste s'articule autour de trois éléments dont le demandeur doit apporter la preuve : [il doit prouver] que le défendeur s'est enrichi ; que cet enrichissement l'a été [à ses] dépens, et que [...] cela était injuste. Une fois ces éléments établis, c'est au défendeur d'établir s'il peut se prévaloir d'une exception »¹⁰³⁹. Toutefois, ces éléments ne sont pas, pour reprendre l'expression de Lord Reed dans *Investment Trust Companies*, « des critères juridiques, mais des points de repère vers des champs d'investigation comportant un certain nombre d'exigences distinctes »¹⁰⁴⁰ :

« The structured approach provided by the four questions does not, therefore, dispense with the necessity for a careful legal analysis of individual cases. In carrying out that

¹⁰³⁷ S'il est toujours délicat d'isoler les différents mouvements intellectuels dans lesquels s'inscrivent les juges et les auteurs anglais, notamment lorsqu'il est question d'un contentieux de niche aussi récent que l'*unjust enrichment*, il semble que ceux-ci soient au nombre de trois : un mouvement classique, ou cantabrigien, attaché au développement incrémental et pragmatique du *common law*, e.g. VIRGO G., *The principles of the law of restitution*, OUP, 2015, 3^{ème} éd. ; *id.*, « Restitution » in BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*. Tome I, Sweet & Maxwell, 2022, 34^{ème} éd., Chap. 32 ; MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., spéc. §§1-06-1-13 ; REED R., « Theory and Practice » in DYSON A., GOUDKAMP J. et WILMOT-SMITH F. (dir.), *Defences in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016, pp. 309-316 ; un mouvement birksien, ou oxonien, qui, dans la lignée des travaux de Birks, s'appuie davantage sur une analyse abstraite, institutionnelle ou structurelle, réminiscente des doctrines civilistes – on note d'ailleurs chez les juges et les auteurs s'inscrivant dans ce mouvement un goût plus prononcé pour la comparaison avec le droit romain et les traditions juridiques d'Europe continentale, notamment le droit allemand, voy. HÄCKER B., *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*, Hart Publishing, 2013 – ; et un mouvement sceptique, qui s'oppose, plus ou moins frontalement, à la manière dont s'est développée la question de l'*unjust enrichment* en droit anglais, que ce soit dans la littérature ou le *case law*, mouvement qui fut longtemps porté par Steve Hedley, voy. n. 908, et trouve aujourd'hui écho dans les travaux de Lionel Smith, « Restitution: A New Start? », art. préc., et de Robert Stevens, art. préc. et *op.cit.* Il convient toutefois de noter que si Andrew Burrows est intimement lié à la figure de Birks, dont il fut l'élève et le collègue à Oxford, « Address given at the Memorial Service for Peter Birks on 20 November 2004 in the University Church of St Mary the Virgin, Oxford » in BURROWS et RODGER (dir.), *op. cit.*, pp. VII-XVI, et que ses travaux ont eu, et ont toujours, une influence notable chez les juristes birksiens, il reste un *modéré* dans la mesure où il ne souscrit pas à toutes les analyses ou conclusions (parfois radicales) de ce dernier, e.g. « Absence of Basis: The New Birksian Scheme », *ibid.*, pp. 33-48.

¹⁰³⁸ La nomination à la Supreme Court d'Andrew Burrows, auteur et éditeur d'ouvrages de référence sur l'*unjust enrichment*, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2012, les *contracts*, *Anson's Law of Contract*, OUP, 2020, 31^{ème} éd., avec Sir Jack Beatson et John Cartwright, et le droit privé anglais en général, *English Private Law*, OUP, 2013, est loin d'être anecdotique et témoigne de l'influence grandissante de la littérature sur la manière dont le droit est appréhendé par les juges anglais, NEUBERGER D., « Judges and Professors – Ships Passing in the Night? », *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 2013, n°2, pp. 233-250, et plus particulièrement sur l'importance que celle-ci a joué, et joue, dans le développement du *law of unjust enrichment* ; je remercie Ruth Sefton-Green d'avoir attiré mon attention sur ce point.

¹⁰³⁹ *Samboondar v. Capital Insurance Co. Ltd.* [2020] UKPC 30, §18, reproduit in n. 903.

¹⁰⁴⁰ [2017] UKSC 29, §41.

analysis, it is important to have at the forefront of one's mind the purpose of the law of unjust enrichment. As was recognised in *Menelaou*, it is designed to correct normatively defective transfers of value, usually by restoring the parties to their pre-transfer positions. It reflects an Aristotelian conception of justice as the restoration of a balance or equilibrium which has been disrupted. That is why restitution is usually the appropriate remedy »¹⁰⁴¹.

Ainsi, s'il est acquis depuis *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* que d'aucun peut agir sur le fondement de l'*unjust enrichment*, et peut établir *prima facie* qu'il jouit d'une action contre le défendeur lorsque ce dernier s'est enrichi, à ses dépens, et ce de façon injuste, il lui appartient de démontrer qu'il mérite que la cour intervienne et lui octroie un remède en prouvant que par le passé les juges ont admis que ce type de « transfert de valeur » (l'*enrichment*) doit être « inversé », car « normativement défectueux » (l'*unjust*), ou au moins en démontrant que la similarité des faits invite à des décisions semblables.

1. – L'enrichissement, aux dépens de : déterminer l'objet de la responsabilité en *unjust enrichment*

111. – S'enrichir, *to be better off*. L'enrichissement s'entend classiquement comme le fait d'améliorer sa situation financière et suppose que le défendeur ait reçu quelque chose d'appréciable en argent ; il doit être économiquement parlant « mieux loti » (*better off*)¹⁰⁴². Malgré son aspect intuitif, cette approche matérielle, factuelle, n'est pas sans soulever quelques contrariétés¹⁰⁴³. Au-delà du fait qu'elle s'adapte mal à la réception de choses consommables et à la fourniture de service – certains services ne laissent pas de résidu matériel (*pure service*)¹⁰⁴⁴ –, elle peine à s'adapter à la rigueur de certains avantages (*benefits*), tels que les profits réalisables mais non réalisés, et contrarie le principe d'autonomie du défendeur en mettant l'accent sur la valeur objective de l'enrichissement,

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, §42, en référence à *Bank of Cyprus UK Ltd. v. Menelaou* [2015] UKSC 66, §23, *per* LORD CLARKE : « According to *Goff & Jones on The Law of Unjust Enrichment*, 8th ed (2011), para 6-01, the requirement that the unjust enrichment of the defendant must have been at the expense of the claimant “reflects the principle that the law of unjust enrichment is not concerned with the disgorgement of gains made by defendants, nor with the compensation of losses sustained by claimants, but with the reversal of transfers of value between claimants and defendants”. I agree ».

¹⁰⁴² BEATSON J., *The Use and Abuse of Unjust Enrichment*, OUP, 1991, pp. 21-44.

¹⁰⁴³ VIRGO, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 62-64.

¹⁰⁴⁴ *e.g.* *Yeoman's Row Management v. Cobbe* [2008] UKHL 55 ; [2008] 1 WLR 1752, spéc. §§40-41, *per* LORD SCOTT, discutant de la nature d'un service ayant mené à la valorisation d'un terrain, sans constructions.

alors que ce dernier aurait pu lui en attribuer une moindre¹⁰⁴⁵. Les juges anglais veillent en conséquence à ne pas circonscrire l'enrichissement à une approche strictement économique, mais se refusent à l'étendre à des avantages purement conceptuels, en témoigne les récentes décisions des membres de la Supreme Court dans *Investment Trust Companies*¹⁰⁴⁶ et *Prudential Assurance v. HMRC*¹⁰⁴⁷. En outre, ils prennent en considération les vues du défendeur quant à la valeur de l'enrichissement, encore qu'elles ne se limitent qu'aux hypothèses de dépréciation (*subjective devaluation*).

α. – L'identification de l'enrichissement : l'apport d'*Investment Trust Companies*

112. – *Exchange et use value (Sempra Metals v. IRC)*. L'enrichissement doit avoir une valeur pécuniaire, ce qui exclut d'office les « apports culturels, religieux, intellectuels ou émotionnels »¹⁰⁴⁸. En principe, cette valeur est celle que confère le marché ; elle est relationnelle, abstraite, et s'apprécie argent (*money*)¹⁰⁴⁹. Ainsi, lorsque le défendeur reçoit une somme d'argent – qui incarne à la fois une valeur et une unité de mesure appréciée en monnaie¹⁰⁵⁰ –, il s'enrichit immédiatement de l'exact montant qu'elle représente. Il ne saurait être en conséquence tenu à plus que sa valeur nominale : 10£ équivaut toujours à 10£¹⁰⁵¹. Toutefois, qu'advient-il lorsque le défendeur retient l'argent du demandeur pendant un certain laps de temps ? N'acquiert-il pas, en plus de la valeur d'échange (*exchange value*), la valeur d'usage de cette somme (*use value*) ?

La question a été adressée par les membres de la House of Lords dans *Sempra Metals v. IRC*¹⁰⁵² et *Prudential*. Les faits de ces espèces étaient similaires et concernaient une différence de régime fiscal en matière de groupes de sociétés ayant été jugée contraire au droit européen par la Cour de justice de l'Union européenne. Lorsque les sociétés anglaises versaient des dividendes à leur société mère, ceux-ci étaient assujettis à un système d'anticipation et de crédits d'impôt particulièrement favorable qui n'était pas

¹⁰⁴⁵ *Sempra Metals v. IRC* [2007] UKHL 34 ; [2008] AC 561, §119, per LORD NICHOLLS. – *Adde Peel (Regional Municipality of) v. Canada* [1992] 3 SCR 762, §25, per JUSTICE MCLACHLIN.

¹⁰⁴⁶ [2017] UKSC 29 ; [2017] 2 WLR 1200.

¹⁰⁴⁷ [2018] UKSC 39 ; [2018] 2 WLR 652.

¹⁰⁴⁸ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 88-89.

¹⁰⁴⁹ LODDER A., *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, 2012, pp. 16-19.

¹⁰⁵⁰ *BP Exploration (Libya) v. Hunt (No 2)* [1979] 1 WLR 783, p. 789, per JUSTICE GOFF.

¹⁰⁵¹ Exception faite des cas l'inflation, *ibid.*, p. 799, per JUSTICE GOFF.

¹⁰⁵² [2007] UKHL 34 ; [2008] AC 561.

applicable aux sociétés résidant à l'étranger. La société Sempra Metals, une société anglaise dont la société mère était immatriculée en Allemagne, avait fait valoir en Chancery que cette disparité de traitement constituait à son égard un préjudice de trésorerie, celle-ci étant contrainte de verser au Her Majesty's Revenue and Customs (HMRC) son impôt anticipé sur les sociétés, ou Advance Corporation Tax (ACT), et de le voir immobilisé jusqu'à son exigibilité (Mainstream Corporation Tax, MCT), alors que les sociétés appartenant à des groupes intra-britanniques étaient à même de s'en exonérer. Les membres de la Cour de justice des Communautés européennes, saisis d'une question préjudicielle formée par la High Court, s'étaient prononcés en faveur de Sempra Metals et avaient enjoint les cours britanniques de lui octroyer un remède effectif en rappelant que le contentieux ne portait pas sur les sommes versées au titre de l'impôt sur les dividendes intra-groupes – celles-ci étant dues quoi qu'il arrive –, mais sur les conséquences de leur immobilisation par le HMRC en raison du régime fiscal défavorable¹⁰⁵³.

En l'état du *common law*, l'action après renvoi de Sempra Metals soulevait quelques contrariétés, d'autant que les membres de la Cour de justice en avaient orienté la qualification en indiquant que le HMRC devait *restituer* « le montant des intérêts qu'aurait généré la somme devenue indisponible à la suite » de l'exécution des dispositions jugées contraires au droit européen¹⁰⁵⁴. Alors qu'il était aisé de conceptualiser le contentieux en l'intégrant à une logique de réparation (*compensation*) – Sempra Metals avait souffert d'un préjudice de trésorerie équivalant au coût de l'immobilisation des sommes versées au titre de l'ACT dont le HMRC était responsable du fait de la mise en œuvre d'un régime fiscal contraire à la liberté d'établissement¹⁰⁵⁵ –, il était difficile de renverser cette approche en affirmant que le fisc britannique avait acquis un quelconque avantage en recevant les sommes litigieuses de sorte qu'il en soit tenu à restitution par application du *law of unjust enrichment*, sauf à accepter qu'il en ait tiré profit du simple fait qu'il les ait eu en sa possession.

Il avait été défendu devant la High Court¹⁰⁵⁶ et la Court of Appeal¹⁰⁵⁷ qu'il importait peu de s'appesantir sur la qualification adéquate du remède, *compensation* – *restitution*, dans la mesure où l'enjeu était d'assurer, pour reprendre les termes de la décision de la

¹⁰⁵³ CJCE, *Metallgesellschaft and Others*, 8 mars 2001, C-397/98 ; EU:C:2001:134.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, §88.

¹⁰⁵⁵ *Sempra Metals v. IRC* [2005] EWCA Civ. 389 ; [2006] QB 37, §50, *per* LORD JUSTICE CHADWICK.

¹⁰⁵⁶ *Sempra Metals v. IRC* [2004] STC 1178.

¹⁰⁵⁷ *Sempra Metals* [2005] EWCA Civ. 389.

Cour de justice, « le “remboursement” de ce qui a[vait] été indûment versé » au HMRC par Sempra Metals, à savoir les « intérêts couvrant le coût de l’immobilisation des sommes » litigieuses¹⁰⁵⁸.

« [A] restitutionary remedy and a compensatory remedy would both produce the same result, since both of them look to the same thing: what the taxpaying company has lost by reason of having to pay tax early, not what the government has gained »¹⁰⁵⁹.

Cependant, ce postulat avait été rejeté par les membres de la House of Lords par souci de cohérence, l’action en restitution de l’enrichissement injuste étant fondée sur les profits acquis par le défendeur et non les pertes éprouvées par la partie lésée¹⁰⁶⁰.

La majorité de la House of Lords, menée par Lord Hope et Lord Nicholls (1933–2019), et avec l’approbation de Lord Walker, avait estimé que Sempra Metals était à même de tenir le HMRC responsable en *unjust enrichment*, et ce à hauteur des intérêts auxquels il aurait été astreint s’il avait été amené à les emprunter sur le marché, ces intérêts étant composés (*compound interests*) et non simples (*simple interests*)¹⁰⁶¹. Il fut retenu que le HMRC s’était nécessairement enrichi de l’« opportunité de pouvoir utiliser » ces sommes le temps de leur immobilisation et qu’il importait peu de prouver s’il les avait *effectivement* utilisées, sauf à arguer que, compte tenu de sa position financière, il ne les aurait pas emprunté au taux du marché afin de déprécier, voire réduire à zéro, le montant de son enrichissement¹⁰⁶².

La décision de la majorité avait profondément divisé la House of Lords, d’autant qu’elle ne parvenait pas à se justifier au-delà d’une faveur procédurale. Sempra Metals n’avait en effet aucun intérêt à agir en *unjust enrichment*, si ce n’est que pour faire valoir une erreur de droit (*mistake of law*), moyen admis par les membres de la House of Lords dans *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council*¹⁰⁶³, et ainsi retarder le commencement de la prescription à la découverte de celle-ci¹⁰⁶⁴. Lord Nicholls et Lord Mance n’avaient pas caché leur inquiétude quant à cette facilité et ses répercussions sur les finances publiques, encore qu’une récente réforme de la prescription en matière fiscale, inapplicable *ratione*

¹⁰⁵⁸ *Metallgesellschaft*, C-397/98 ; EU:C:2001:134, §§87-88.

¹⁰⁵⁹ *Sempra Metals* [2004] STC 1178, §16(iii), *per* JUSTICE PARK.

¹⁰⁶⁰ *Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §§20-1 et 27-36, *per* LORD HOPE.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, §33, *per* LORD HOPE, et §102 et 117, *per* LORD NICHOLLS.

¹⁰⁶² *Ibid.*, §§117-119.

¹⁰⁶³ [1999] 2 AC 349.

¹⁰⁶⁴ Sec. 32(1)(c), Limitation Act 1980.

temporis, était venue relativiser leur crainte¹⁰⁶⁵. Lord Mance s'était de surcroît agacé du recours à des intérêts composés et non simples alors qu'un Act of Parliament ne le permettait pas *at common law*¹⁰⁶⁶. Cependant, nonobstant le fait que l'application d'un anatocisme augmente exponentiellement et non linéairement le *quantum* de la responsabilité du défendeur, il s'était interrogé, à l'instar de Lord Walker, sur l'opportunité d'y avoir recours en étendant la compétence *in equity* de la cour – les intérêts composés sont monnaie courante en matière bancaire et satisfont donc un plus grand réalisme économique –, quitte à ce qu'elle reconsidère son opposition dans *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*¹⁰⁶⁷. Lord Scott s'était quant à lui résolument opposé aux conclusions de la majorité jugeant que « la simple possession d'une somme d'argent payée par erreur, et par conséquent la possibilité de l'utiliser si on le souhaite », ne saurait être suffisante pour fonder une action en *unjust enrichment*, sauf à admettre le principe d'une responsabilité en restitution d'un « avantage purement conceptuel »¹⁰⁶⁸. Ainsi que l'avait noté Lord Mance, il était quelque peu audacieux de postuler que la simple réception des sommes litigieuses avait été utile :

« A recipient may not in fact use the money received at all, or borrow any less money as a result of having its use. We are not here concerned with a wrongdoer or with compensation, but with recoument by an innocent (albeit, as it transpires, unjustly enriched) recipient. There is no reason why such a person should use or account for the use of the money received in any particular way. Why should he or she not put it in a non-interest bearing current account or even under the bed? »¹⁰⁶⁹.

Malgré ces réserves, les membres de la High Court et la Court of Appeal avaient appliqué les conclusions de la majorité de la House dans *Littlewoods v. HMRC*¹⁰⁷⁰ – le contentieux portait sur la restitution des intérêts produits par l'immobilisation d'un excédent de taxe sur la valeur ajoutée (*value-added tax*)¹⁰⁷¹ –, et *Prudential*¹⁰⁷². Cependant, cette solution

¹⁰⁶⁵ Sec. 320, Finance Act 2004. – *Adde Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §200, *per* LORD MANCE. – *Comp. ibid.*, §125, *per* LORD NICHOLLS, et *Kleinwort Benson* [1999] 2 AC 349, p. 401, *per* LORD HOFFMANN.

¹⁰⁶⁶ Sec. 35a, Senior Court Act 1981. – *Adde Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §§221-224.

¹⁰⁶⁷ [1996] UKHL 12 ; [1996] AC 669, spéc. pp. 695-697, *per* LORD GOFF ; et pp. 721-723, *per* LORD WOOLF. – *Adde Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §§184-187, *per* LORD WALKER, en référence aux opinions dissidentes de Lord Goff et de Lord Woolf.

¹⁰⁶⁸ *Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §145.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, §233.

¹⁰⁷⁰ [2014] EWHC 868 ; [2014] STC 1761 et [2015] EWCA Civ. 515 ; [2016] Ch. 373.

¹⁰⁷¹ Le contentieux avait fait l'objet d'une question préjudicielle à l'occasion de laquelle la Cour de justice de l'Union européenne avait donné raison au *solvens*, CJUE, *Littlewoods*, 19 juillet 2012, C-591/10 ; EU:C:2012:478.

¹⁰⁷² [2013] EWHC 3249 ; [2014] STC 1236 et [2016] EWCA Civ. 376 ; [2016] STC 1798.

demeurait controversée au regard des récents développements du droit anglais. La Supreme Court devait donc reconsidérer sa position.

113. – *Prudential v. HMRC*. À l’instar de *Sempra Metals*, *Prudential* concernait une action de groupe (*group litigation*) dirigée contre le HMRC au sujet du régime des ACT instauré par le droit britannique, dont l’incompatibilité au droit européen avait été réaffirmée par la Cour de justice¹⁰⁷³, et sur les conséquences de leur immobilisation. L’action de la société Prudential Assurance avait été choisie en qualité d’affaire de référence (*test case*) et les *senior courts* d’Angleterre et du Pays de Galles avaient fait droit à la demanderesse en appliquant les solutions de la House of Lords dans *Sempra Metals*¹⁰⁷⁴.

Les membres de la Supreme Court étaient invités à se prononcer, *inter alia*, sur l’admissibilité d’une action en *unjust enrichment* fondée sur la valeur d’usage des sommes immobilisées et non sur la quantification de celle-ci – ils avaient d’ailleurs renoncé au principe des intérêts composés dans *Littlewoods*¹⁰⁷⁵, à tout le moins en matière de droit européen¹⁰⁷⁶. Ils s’étaient prononcés à l’unanimité et rejeté les conclusions de la majorité dans *Sempra Metals*. Ils avaient défendu leur choix en arguant que la décision de la House of Lords ne répondait plus aux évolutions du droit européen en la matière ; qu’elle était inopportune quant à l’application des règles de prescription – « *Sempra* faisait valoir une demande d’indemnisation pour sa perte de l’usage de l’argent, déguisée en demande de restitution afin de profiter du délai de prescription plus généreux autorisé par la section 32(1)(c) du Limitation Act 1980 »¹⁰⁷⁷ – ; qu’elle était regrettable quant à ses incidences sur les finances publiques¹⁰⁷⁸ ; et plus que tout, qu’elle n’était plus en ligne avec les derniers développements du *law of unjust enrichment*, la cour ayant adopté une approche restrictive de la condition du « aux dépens de » (*at the expense of*) dans *Investment Trust Companies*¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷³ CJCE, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, 12 décembre 2006, C-446/04; EU:C:2006:774 et CJCE, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, 23 avril 2008, C-201/05 ; EU:C:2008:239.

¹⁰⁷⁴ *Prudential* [2013] EWHC 3249, spéc. §§242-246, per JUSTICE HENDERSON.

¹⁰⁷⁵ [2017] UKSC 70.

¹⁰⁷⁶ *Prudential* [2018] UKSC 39, §41.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, §51.

¹⁰⁷⁸ *Ibid.*, §§56-67.

¹⁰⁷⁹ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29.

114. – *Investment Trust Companies v. HMRC, une introduction.* *Investment Trust Companies* concernait une action en *unjust enrichment* intentée par des fonds d'investissement contre le HMRC en vertu de sommes payées au titre d'une TVA déclarée contraire au droit européen. Lorsque les fonds d'investissement s'étaient acquittés de ces sommes, il était acquis qu'elles étaient exigibles, ce tant à l'égard de leurs prestataires – il s'agissait en l'espèce de gestionnaires de portefeuilles – que du HMRC, qui mettait en œuvre la politique fiscale du gouvernement britannique. En conséquence, les gestionnaires qui avaient reçu la TVA des fonds d'investissement s'en étaient à leur tour acquittés auprès du HMRC, croyant qu'ils étaient en droit de déduire de la TVA exigible sur les prestations fournies (taxe en aval, *output tax*) la taxe qu'ils avaient eux-mêmes payée sur les prestations reçues pour les besoins de leur entreprise (taxe en amont, *input tax*). Ils avaient alors versé au HMRC, sur un montant théorique de 100£ reçus des fonds d'investissement au titre de l'*output tax*, 75£ et conservé les 25£ restant par application de la déduction de l'*input tax*.

Les membres de la Cour de justice des Communautés européennes avaient déclaré que les prestations concernées n'étaient pas assujetties à la TVA au regard de la directive du 17 mai 1977 (77/388/EEC) instituant un système commun de taxe sur la valeur ajoutée¹⁰⁸⁰. Les gestionnaires avaient dans ces conditions exigé et obtenu du HMRC la restitution des sommes indues, qu'ils avaient par la suite rendu aux fonds d'investissement¹⁰⁸¹. Cependant, sur les 100£ théoriques qu'ils avaient versés aux gestionnaires, les fonds d'investissement n'avaient recouvré que 75£, les premiers arguant ne s'être acquittés que de cette quote-part auprès du HMRC.

Les fonds d'investissement avaient poursuivi le HMRC devant la High Court en soutenant que celui-ci était responsable en *unjust enrichment* de la restitution des 25£ restant, une prétention qui avait convaincu Justice Henderson – il avait estimé que le HMRC avait acquis l'« usage » de ces sommes afin de mettre en œuvre la déduction de l'*input tax* aux dépens des demandeurs, la TVA reposant *in fine* sur leurs épaules –, mais qui s'était malgré tout refusé à leur faire droit au motif que leur demande était prescrite au regard de la Sec. 80 du Value-Added Tax Act 1994¹⁰⁸². Les membres de la Court of Appeal n'avaient pas jugé l'action prescrite et s'étaient prononcés favorablement sur le

¹⁰⁸⁰ CJCE, *JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust and The Association of Investment Trust Companies*, 28 juin 2007, C-363/05 ; EU:C:2007:391.

¹⁰⁸¹ Sec. 80, Value-Added Tax Act 1994.

¹⁰⁸² [2012] EWHC 458.

fondement de l'*unjust enrichment*, encore qu'ils s'étaient opposés à la restitution des 25£ au motif que les gestionnaires n'avaient pas versé au HMRC 100£ mais 75£. Il incombait donc aux fonds d'investissement d'agir contre les premiers et non le second afin d'obtenir ce qu'ils prétendaient¹⁰⁸³.

Les membres de la Supreme Court statuèrent à l'unanimité et rejetèrent la demande des fonds d'investissement au motif que leur action était prescrite en vertu du Value-Added Tax Act 1994¹⁰⁸⁴. Ils s'étaient néanmoins prononcés sur le sort de l'action en *unjust enrichment*¹⁰⁸⁵. Le décision fut rendue par Lord Reed, qui avait considéré, à titre liminaire, si le HMRC s'était enrichi des 25£, question qu'il balaya d'un revers de main : le défendeur n'ayant reçu que 75£ sur les 100£ exigibles, il ne pouvait être tenu qu'à hauteur des profits qu'il avait effectivement acquis, d'autant qu'une solution contraire l'aurait nécessairement laissé *moins bien loti* (« worse off »)¹⁰⁸⁶. Il restait alors à déterminer si les fonds d'investissement étaient à même de le tenir responsable en restitution, ne serait-ce qu'en principe – les 75£ avaient été restituées par les gestionnaires –, et par conséquent, s'ils pouvaient soutenir que le HMRC s'était enrichi *à leur dépens*.

115. – *Investment Trust Companies v. HMRC et la direct transfer theory (conferral and reversal of a benefit)*. Il était aisé de se représenter le contentieux : les fonds d'investissement avaient commis une erreur de droit qui les avait contraints à verser, au titre d'une *output tax* indue, 100£ à leurs prestataires, les laissant ainsi moins bien loti. Le HMRC avait lui, du fait de cette erreur, ou plus exactement du fait du paiement subséquent de l'*input tax* par les prestataires des fonds d'investissement, amélioré sa situation financière de 75£. Il y avait eu, non pas un, mais deux mouvements de valeurs : l'un liant les fonds d'investissement à ses prestataires et impliquant le paiement de 100£, l'autre liant ces derniers au HMRC, avec le versement de 75£. Or, ces deux mouvements de valeur répondaient de deux phénomènes juridiques distincts, l'un étant l'exécution d'un contrat liant les fonds d'investissement à ses prestataires – les 100£ de TVA étaient intégrés au prix –, l'autre l'accomplissement d'une obligation fiscale liant les prestataires au HMRC. Il apparaissait donc que les fonds d'investissement n'étaient pas liés

¹⁰⁸³ [2015] EWCA Civ. 82.

¹⁰⁸⁴ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §§75-88.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, §§23-74.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*, §§25-31.

juridiquement au HMRC, mais qu'ils étaient indirectement à l'origine de son enrichissement.

La plupart des auteurs anglais soutenait que le défendeur était enrichi aux dépens du demandeur lorsque ce qui était exigé en restitution avait été acquis par transfert direct (*direct transfer theory*)¹⁰⁸⁷. Au-delà du fait qu'il fallait s'accorder sur ce que l'on entendait par « transfert » – le *law of unjust enrichment* n'a pas vocation à contraindre le défendeur à rendre les profits qu'il a acquis aux dépens du demandeur (*disgorgement*), ni à indemniser ce dernier des pertes qu'il a éprouvées (*compensation*), mais à inverser (*to reverse*) un mouvement de valeur qui a eu lieu à son avantage (*conferral* ou *receipt of a benefit*)¹⁰⁸⁸ –, il était nécessaire de définir la signification exacte de son caractère *direct*¹⁰⁸⁹. Le sujet était notoirement vague et se résumait souvent à l'idée d'un lien (*nexus – link*) entre les profits acquis par défendeur et les pertes subies par le demandeur¹⁰⁹⁰.

Lord Reed avait rappelé que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité en enrichissement injuste (*an enrichment, at the expense of*) ne devaient pas être interprétées avec une trop grande rigueur exégétique et quelles nécessitaient d'être considérées pour ce qu'elles étaient, à savoir, ainsi que je l'ai mentionné plus avant, « non des critères juridiques, mais des points de repère vers des champs d'investigation comportant un certain nombre d'exigences distinctes »¹⁰⁹¹. Il invitait, de surcroît, à ne pas omettre les fins du *law of unjust enrichment* :

« [I]t is designed to correct normatively defective transfers of value, usually by restoring the parties to their pre-transfer positions. It reflects an Aristotelian conception of justice as the restoration of a balance or equilibrium which has been disrupted. That is why restitution is usually the appropriate remedy.

The nature of the various legal requirements indicated by the “at the expense of” question follows from that principle of corrective justice. They are designed to ensure that there has been a transfer of value, of a kind which may have been normatively defective: that is to

¹⁰⁸⁷ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 149-151. – Comp. l'évolution sémantique d'Andrew Burrows opérant une distinction plus nette entre *transfer* et *conferral*, BURROWS, « In Defence of Unjust Enrichment », art. préc., et « “At the Expense of the Claimant”: A Fresh Look », *RLR* 2018, pp. 167-182. – Adde LODDER, *op. cit.*, pp. 19-21, et BALL E., *Enrichment at the Claimant's Expense*, Hart Publishing, 2019

¹⁰⁸⁸ *Menelaou v. Bank of Cyprus* [2015] UKSC 66, §23, *per* LORD CLARKE.

¹⁰⁸⁹ WATTERSON S., « Direct Transfers in the Law of Unjust Enrichment », *CLP* 2013, pp. 435-470.

¹⁰⁹⁰ *e.g.* *Menelaou* [2015] UKSC 66, §27, *per* LORD CLARKE, évoquant l'idée d'un *lien suffisant* (« sufficient link »). – Adde *Relfo v. Varsani* [2014] EWCA Civ. 360, §95, *per* LADY JUSTICE ARDEN. – Comp. le recours à l'idée de *proximité* (« proximity »), *ibid.*, §110, *per* LORD JUSTICE FLOYD.

¹⁰⁹¹ [2017] UKSC 29, §41.

say, defective in a way which is recognised by the law of unjust enrichment (for example, because of a failure of the basis on which the benefit was conferred) »¹⁰⁹².

De là, Lord Reed conclut que les avantages acquis par le défendeur devaient correspondre à une « perte » (*loss*) pour le demandeur, qu'il ne pouvait pas y avoir de transfert à inverser entre les parties sans que l'une n'en ait éprouvé une conséquence pécuniaire¹⁰⁹³.

116. – *Investment Trust Companies v. HMRC* et l'idée de *conferral of a benefit* (*Costello v. MacDonald Dickens & Macklin ; Edinburg and District Tramways v. Courtney ; Ruabon Steamship v. The London Assurance*). À l'évidence, il ne fallait pas appliquer les critères de la perte qui avaient couru en matière de *damages* à ceux régissant la restitution : certes le demandeur devait voir sa fortune (*wealth*) s'amoinrir, mais cela pouvait parfaitement se conceptualiser par le fait de manquer, contre son gré, une opportunité de s'enrichir¹⁰⁹⁴. La nuance restait malgré tout subtile et mettait à jour le sujet qui cristallisait l'embarras des juges : le transfert entre les parties devait-il être direct, comme s'il avait lieu de la main à la main, ou pouvait-il s'entendre avec plus de souplesse ?

Il était incontestable que lorsque le demandeur remettait en personne une chose entre les mains du défendeur, ou qu'il lui fournissait lui-même un service, que le transfert était *direct*, mais en allait-il de même lorsqu'un intermédiaire était impliqué ? La question n'était pas controversée lorsque le tiers agissait en qualité de mandataire (*agent*) – le *law of agency* répute le mandant (*principal*) comme étant lié légalement par les actes de son représentant¹⁰⁹⁵ –, ou plus généralement, lorsque le tiers n'était que l'instrument du rapport juridique, licite ou illicite, liant le demandeur au défendeur¹⁰⁹⁶. Il en allait de même lorsque le demandeur s'était acquitté de la dette du défendeur alors qu'il n'y était pas tenu – l'un s'appauvrit du montant nominal de la dette, l'autre s'enrichit de ne pas avoir à l'exécuter¹⁰⁹⁷ – ou lorsque la situation pouvait se résoudre par effet de subrogation

¹⁰⁹² *Ibid.*

¹⁰⁹³ *Ibid.* – *Adde Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea)* [1999] 1 AC 221, p. 237, *per* LORD CLYDE, citant l'adage *nemo debet locupletari aliena jactura*, traduit par « no-one should be enriched by another's loss », adage couramment employé en droit écossais, notamment à la suite des travaux de Lord Kames (1696–1782), *Principles of Equity*, Bell & Bradfute, [1760] 1825.

¹⁰⁹⁴ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §45.

¹⁰⁹⁵ *e.g. Jones v. Churcher* [2009] EWHC 722 ; Lloyd's Rep. 94. – *Comp. Shanghai Tongji Science & Technology Industrial v. Casil Cleaning* [2004] HKCFA 21, spéc. pp. 69-73, *per* JUSTICE RIBEIRO.

¹⁰⁹⁶ *Equuscorp v. Haxton* [2012] HCA 7 ; CLR 498, où il était question d'une cession (*assignment*). – *Comp. Relfo* [2014] EWCA Civ. 360, où le tiers n'était qu'un faire-valoir, et *Skandinaviska Enskilda Banken v. Conway* [2019] UKPC 36 ; [2019] 3 WLR 493, spéc. pp. 521-524, où il était question d'un *trustee*.

¹⁰⁹⁷ *e.g. Richards v. Worcestershire County Council* [2017] EWCA Civ. 1998.

(*subrogation*)¹⁰⁹⁸. Toutefois, qu’advenait-il lorsqu’il était impossible de réduire l’intermédiation en une seule relation juridique ? La situation s’était présentée dans *Costello v. MacDonald Dickens & Macklin*¹⁰⁹⁹.

Les époux Costello avaient engagé la société de construction MacDonald Dickens afin de réaliser un projet immobilier, mais ils n’en avaient pas pris la charge financière directe, laissant cet aspect entre les mains d’une société entièrement sous leur contrôle, Oakwood. Les époux Costello s’étaient refusés à payer les dernières factures envoyées par MacDonald Dickens en ergotant sur le degré d’achèvement et la qualité des travaux. Un juge de la cour de comté de Bournemouth les avait condamnés, conjointement et solidairement (*jointly and severally*) avec la société Oakwood, au paiement des factures en souffrance, en disposant qu’ils s’étaient injustement enrichis aux dépens des constructeurs. Les membres de la Court of Appeal étaient toutefois revenus sur le principe de cette responsabilité, Lord Justice Etherton, avec l’approbation de Lord Justice Pill et Lord Justice Patten, estimant qu’il était clair que :

« [T]he unjust enrichment claim against Mr and Mrs Costello must fail because it would undermine the contractual arrangements between the parties, that is to say the contract between the respondents and Oakwood and the absence of any contract between the respondents and Mr and Mrs Costello. The general rule should be to uphold contractual arrangements by which parties have defined and allocated and, to that extent, restricted their mutual obligations, and, in so doing, have similarly allocated and circumscribed the consequences of non-performance. That general rule reflects a sound legal policy, which acknowledges the parties’ autonomy to configure the legal relations between them and provides certainty, and so limits disputes and litigation »¹¹⁰⁰.

La configuration de *Costello* n’était pas sans rappeler l’espèce dans *Prudential*, l’intermédiaire étant lié au demandeur et au défendeur par deux relations juridiques distinctes. Cependant, là où le transfert de l’avantage litigieux avait été absorbé par le contrat de construction dans *Costello* (Oakwood et MacDonald Dickens) – les époux Costello ne s’étaient pas enrichis aux dépens du constructeur car les risques financiers avaient été alloués à leur société –, il n’en allait pas de même dans *Prudential* dans la mesure où le HMRC avait incontestablement acquis par incidence la TVA indûment

¹⁰⁹⁸ *Menelaou* [2015] UKSC 66. – *Adde Burston Finance v. Speirway* [1974] 1 WLR 1648.

¹⁰⁹⁹ [2011] EWCA Civ. 930 ; [2012] QB 244.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, §23. – *Adde Relfo* [2014] EWCA Civ. 360, §78, *per* LADY JUSTICE ARDEN ; et §114, *per* LORD JUSTICE FLOYD. – *Comp. Barton v. Jones* [2018] EWHC 2426.

versée par les fonds d'investissement, les gestionnaires ayant cru qu'ils devaient s'en acquitter au titre de l'*input tax*.

Était-ce cependant suffisant pour l'en tenir responsable ?

Lord Reed ne le pensait pas et mettait en garde contre ces avantages *incidents* (« incidental »), ou *collatéraux* (« collateral »), que l'application d'un critère de causalité déterminante (*but for test*) rendait aisé à caractériser¹¹⁰¹. Il citait en ce sens un exemple célèbre donné par le Lord President Dunedin (1849–1942) dans *Edinburg and District Tramways v. Courtney* :

« One man heats his house, and his neighbour gets a great deal of benefit. It is absurd to suppose that the person who has heated his house can go to his neighbour and say, – “Give me so much for my coal bill, because you have been warmed by what I have done, and I did not intend to give you a present of it” »¹¹⁰².

À l'évidence, la préoccupation de Lord Reed concernait la stabilité des affaires et la sécurité juridique. Il était parfaitement au fait que nombre de situations impliquait la réception d'avantages indirects et qu'en toute justice ceux-ci devraient recevoir paiements. Toutefois, était-ce un argument suffisant en vue d'obtenir restitution ? La question avait été adressée indirectement par les membres de la House of Lords dans *Ruabon Steamship v. The London Assurance*¹¹⁰³. En l'espèce, un navire avait été endommagé lors d'un voyage couvert par une police d'assurance maritime. Il avait été mis en cale sèche pour réparation aux frais des assureurs et les propriétaires en avait profité pour le faire inspecter en vue du renouvellement de sa classification au Lloyd's Register. La société d'assurance avait poursuivi les propriétaires afin que ceux-ci contribuent (*contribution*) aux frais d'immobilisation alors même que l'inspection par le Lloyd's Register n'avait pas affecté le montant de ces frais. Les membres de la High Court et de la Court of Appeal avaient fait droit aux assureurs au motif que l'immobilisation avait été nécessaire tant pour les réparations que pour l'inspection et donc que les frais devaient être partagés, mais les membres House of Lords, sous le leadership d'Hardinge Giffard, Earl of Halsbury (1823–1921), avaient renversé ces décisions :

¹¹⁰¹ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §52. – Comp. *Ruabon Steamship v. The London Assurance* [1900] AC 61, spéc. p. 12, *per* l'EARL OF HALSBURY.

¹¹⁰² (1908) 16 SLT 548 ; [1909] SC 99, p. 105.

¹¹⁰³ [1898] 1 QB 722 ; [1900] AC 61.

« [T]his is the first time in which it has been sought to advance that principle [of contribution] where there is nothing in common between the two persons, except that one person has taken advantage of something that another person has done, there being no contract between them, there being no obligation by which each of them is bound, and the duty to contribute is alleged to arise only on some general principle of justice, that a man ought not to get an advantage unless he pays for it. So that if a man were to cut down a wood which obscured his neighbour's prospect and gave him a better view, he ought upon this principle to be compelled to contribute to cutting down the wood »¹¹⁰⁴.

Lord Reed avait fait sien ce raisonnement et l'avait raffiné en estimant que rien n'obligeait le défendeur à *contribuer à*, et à plus forte raison, *restituer* un avantage acquis aux dépens du demandeur lorsqu'il apparaissait que ce dernier l'avait fourni afin de satisfaire ses propres intérêts. Il était, à ce titre, fermement opposé aux conclusions de la majorité de la Court of Appeal dans *TFL Management Services v. Lloyds TSB Bank*¹¹⁰⁵, qui avait estimé plausible, à l'aune d'une demande en jugement sommaire (*summary judgment*¹¹⁰⁶), la responsabilité en *unjust enrichment* d'une banque envers une société qui l'avait aidée, par erreur et au prix d'un contentieux coûteux, à obtenir le paiement d'une dette en souffrance, au motif que, peu important la nature de l'avantage conférée, la première avait nécessairement profité de l'action de la seconde et, par conséquent, qu'elle s'en était enrichie à ses dépens, alors que manifestement la société avait agi dans son seul et unique intérêt, certes par erreur, et qu'elle avait, incidemment, conféré à la banque un avantage que cette dernière ne lui avait pas sollicité¹¹⁰⁷. Il concluait d'ailleurs son propos en évoquant la question rhétorique de Sir Frederick Pollock (1845–1937), alors Chief Baron of the Exchequer, dans *Taylor v. Laird*, « l'un nettoie les chaussures de l'autre ; que peut faire l'autre sinon les mettre ? »¹¹⁰⁸.

117. – *Investment Trust Companies v. HMRC* et l'idée de *conferral of a benefit* (*Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea)*). Malgré cette méfiance légitime quant à l'application d'un critère de causalité déterminante, il demeurerait difficile de dessiner les

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 12. – Comp. *ibid.*, p. 15, per LORD MACNAGHTEN.

¹¹⁰⁵ [2013] EWCA Civ. 1415 ; [2014] 1 WLR 2006.

¹¹⁰⁶ Les cours peuvent statuer en *summary judgment* lorsqu'elles estiment que le demandeur n'a « aucune perspective réelle d'obtenir gain de cause » ou lorsque le défendeur n'a « aucune perspective réelle de réussir à défendre sa position », ou lorsqu'elles estiment qu'aucune « raison impérieuse » ne commande l'examen de l'affaire par application de la procédure ordinaire, The Civil Procedure Rules 1998, part 24, spéc. Rule 24.2.

¹¹⁰⁷ [2013] EWCA Civ. 1415, spéc. §50, 64 et 67.

¹¹⁰⁸ (1856) 25 LJ Ex. 329, p. 332.

contours d'une méthode qui permettait de saisir sans trahir – sans trop inclure, ni trop exclure – les phénomènes par lesquels une partie s'enrichit *aux dépens* d'une autre.

À l'évidence, la clef ne tenait pas à une analyse intuitive des intérêts en présence, mais à un souci de réalisme, encore qu'il n'était « pas nécessaire d'invoquer le concept quelque peu flou de la réalité économique qui, comme le recours au bon sens, suggère parfois que l'auteur connai[ssait] le résultat qu'il cherch[ait] à obtenir sans en être capable d'en articuler les raisons »¹¹⁰⁹. Les analyses économiques avaient, en effet, la fâcheuse tendance à réduire les contentieux en *unjust enrichment* à des figures d'allocation de risque difficiles à manier, quand elles n'étaient pas inapplicables, lorsqu'il était question de transferts de valeur qui s'inscrivaient le long d'opérations économiques complexes, telles les opérations dont la charge finale n'était pas supportée par les parties, mais les consommateurs ou les contribuables (*passing on*)¹¹¹⁰. Il était donc préférable de s'en tenir à une approche plus modeste de la réalité et considérer, à l'aune de sa structure intrinsèque, s'il était réaliste de décomposer l'opération litigieuse en des mouvements de valeurs distincts et indépendants¹¹¹¹.

Les membres de la House of Lords avaient été particulièrement sensibles à cette approche dans *Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea)*¹¹¹². En l'espèce, la Banque Financière de la Cité, une banque suisse, avait refinancé un prêt que la Royal Trust Bank avait accordé à la société Parc (Battersea), une société anglaise, en vue d'une acquisition immobilière à Londres. Les parties au refinancement avaient convenu, afin de s'extraire des régulations bancaires suisses, que le dirigeant de la société de portefeuilles qui possédait Parc (Battersea), Omni Group, contracterait en personne le prêt, mais que la prêteuse verserait directement les sommes à l'intéressée, cette dernière s'étant engagée à la rembourser *via* la souscription d'un billet à ordre (*promissory note*). La Banque Financière de la Cité s'était exécutée et avait libéré Parc (Battersea) d'une partie du prêt la liant à la Royal Trust Bank, celle-ci étant garantie par une sûreté réelle de premier rang (*first-ranking security*). L'Omni Group avait par la suite fait faillite et Parc (Battersea) s'était révélée insolvable, une situation des plus délicates, d'autant que la Banque

¹¹⁰⁹ *Menelaou* [2013] EWCA Civ. 1960 ; [2014] 1 WLR 854, §62, *per* LORD JUSTICE MOSES, citant LORD HOFFMAN, « Common Sense and Causing Loss », Lecture to the Chancery Bar Association, 15 juin 1999.

¹¹¹⁰ *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery* (1968) US 451, p. 493, *per* JUSTICE WHITE ; et *British Columbia v. Canadian Forest Products* [2004] 2 SCR 74, §205, *per* JUSTICE LEBEL. – *Adde* CJCE, *San Giorgio*, 9 novembre 1983, C-199/82 ; EU:C:1983:247, concl. MANCINI.

¹¹¹¹ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §61. – *Comp. ibid.*, §72.

¹¹¹² *Banque Financière* [1999] 1 AC 221.

Financière de la Cité ne disposait d'aucune sûreté sur son prêt. La société Omnicorp Overseas, une filiale d'Omni Group, disposait d'une sûreté de second rang sur les propriétés acquises par Parc (Battersea) et entendait la faire valoir contre la Banque Financière de la Cité, une prétention à laquelle cette dernière comptait faire échec en arguant être subrogée, par application des principes du *law of unjust enrichment*, dans les droits de la Royal Trust Bank. Les Law Lords avaient admis qu'Omnicorp Overseas s'était enrichie en ayant acquis une sûreté de premier rang suite au dégrèvement des charges pesant sur la créance de la Royal Trust Bank, mais était-ce pour autant *aux dépens* de la Banque Financière de la Cité ? Lord Hoffman estimait que tel était le cas et qu'il était aisé, pour s'en convaincre, de tracer, ou suivre (*to trace*), l'argent mobilisé par la Banque Financière de la Cité entre les mains de Parc (Battersea) jusqu'au dégrèvement litigieux¹¹¹³. Lord Clyde (1932–2009) était quant à lui plus terre-à-terre et considérait que la réalité de l'opération était que, nonobstant l'intermédiation du dirigeant d'Omni Group, la Banque Financière de la Cité avait directement transféré les fonds à la Royal Trust Bank afin qu'elle libère la société Parc (Battersea) des charges pesant sur ses biens et qu'elle avait, par conséquent, amélioré le rang de la sûreté constituée au profit d'Omnicorp Overseas¹¹¹⁴. Quelle que soit l'analyse adoptée, les membres House of Lords avaient jugé que la société Omnicorp Overseas s'était enrichie *aux dépens* de la Banque Financière de la Cité et que cette dernière était en droit de faire valoir contre Parc (Battersea) la sûreté de premier rang acquise par la Royal Trust Bank¹¹¹⁵.

Fort de cela, Lord Reed avait rejeté l'idée que le paiement de la TVA par les fonds d'investissement au HMRC, *via* l'intermédiation des gestionnaires, était constitutif d'une seule et unique opération :

« There was a transfer of value, comprising the notional £100, from the Lead Claimants [the Investment Trusts] to the Managers, under the contract between them. It was defective, because it was made in performance of a contractual obligation which was mistakenly believed to be owed. There was a subsequent transfer of value, comprising the notional £75, from the Managers to the Commissioners [the HMRC]. It was also defective, because it was made in compliance with a statutory obligation which was inapplicable because it was incompatible with EU law. These two transfers cannot be

¹¹¹³ *Ibid.*, p. 235.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 238, *per* LORD CLYDE. – *Adde ibid.*, p. 227, *per* LORD STEYN, évoquant l'idée que le dirigeant n'était qu'un faire-valoir et que l'on ne pouvait s'en tenir à cet aspect formel.

¹¹¹⁵ *Adde Menelaou*, §33, *per* LORD CLARKE ; et §73, *per* LORD NEUBERGER.

collapsed into a single transfer of value from the Lead Claimants to the Commissioners »¹¹¹⁶.

En conséquence, il était inconcevable d'affirmer, comme l'avait fait Lord Hoffman dans *Banque Financière*, que l'on pouvait tracer les sommes litigieuses entre les mains du HMRC afin de l'en tenir responsable. À l'instant où celles-ci avaient été remises aux gestionnaires, elles s'étaient incorporées à leurs avoirs (*assets*) et ne pouvaient pas être considérées comme étant tenues en *constructive trust*, sauf à prouver qu'ils aient eu à les manipuler en *conscience*, ce qui n'était pas le cas¹¹¹⁷.

De là, malgré le lien de causalité entre l'appauvrissement des fonds d'investissement et l'enrichissement du HMRC – sans (*but for*) le paiement des 100£, ce dernier n'aurait jamais acquis les 75£ des gestionnaires – il ne pouvait être soutenu qu'il s'en était enrichi *à leurs dépens*.

β. – L'identification de l'enrichissement : l'apport de *BP Exploration (Libya) v. Hunt (No 2)*

118. – *Investment Trust Companies v. Sempra Metals*. La décision des membres de la Supreme Court dans *Investment Trust Companies* a précipité la fin du *precedent* instauré par la majorité de la House of Lords dans *Sempra Metals* :

« There is no right to interest on the basis of unjust enrichment: failure to pay a sum which is legally due is not a transfer of value, and does not give rise to an additional cause of action based on unjust enrichment. If there was no distinct cause of action for restitution of the opportunity to use the money on the date of the mistaken payment, a cause of action based on unjust enrichment cannot have subsequently accrued, since no further defective transfer of value has taken place »¹¹¹⁸.

Il est désormais acquis *at common law* qu'une somme d'argent ne peut être restituée qu'à hauteur de sa valeur nominale et non sa valeur d'usage, celle-ci pouvant éventuellement produire des intérêts, mais uniquement à titre accessoire :

« [T]he essence of interest is that it is a payment which becomes due because the creditor has not had his money at the due date. It may be regarded either as representing the profit

¹¹¹⁶ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §71.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, §§72-73.

¹¹¹⁸ *Prudential* [2018] UKSC 39, §73.

he might have made if he had had the use of the money, or conversely the loss he suffered because he had not that use. The general idea is that he is entitled to compensation for the deprivation »¹¹¹⁹.

119. – La question des *non-monetary benefits*. Malgré l'importance d'*Investment Trust Companies* et de *Prudential* – les actions en restitution de sommes d'argent constituent la quasi-totalité du contentieux en *unjust enrichment*¹¹²⁰ –, il demeure que l'équation entre l'enrichissement et le transfert direct de valeur est difficile à saisir lorsqu'elle s'étend à des avantages non-monétaires (*non-monetary benefits*), notamment les services. Et pour cause, s'il est indiscutable que l'on s'enrichit lorsque l'on reçoit un service, il est plus difficile de préciser avec exactitude les contours de cet enrichissement.

La question s'était présentée à Justice Goff, siégeant alors à la High Court, dans *BP Exploration (Libya) v. Hunt (No 2)*¹¹²¹. En l'espèce, Hunt, un magnat américain, avait acquis une concession pétrolière en Libye qu'il avait confiée à une filiale locale de la British Petroleum (BP). Il était convenu que cette dernière se charge de l'exploration et de l'exploitation de la concession et qu'elle en recevrait la moitié des parts. La concession s'était révélée particulièrement profitable, mais le coup d'État de Mouammar Kadhafi (1942–2011) intenté contre Idris I^{er} (1890–1983) avait changé la donne, le gouvernement de la Jamahiriya ayant décidé de nationaliser les ressources du pays. En conséquence, BP et Hunt s'étaient vus expropriés contre une maigre compensation et le contrat qui les liait s'était révélé être inexécutable (*frustrated*), conduisant ainsi la première à exiger du second qu'il lui restitue les avantages qu'il avait acquis lors de l'exécution de la convention. Le contentieux avait été porté à l'attention du Queen's Bench et s'articulait sur l'interprétation du Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943, celui-ci disposant à sa Sec. 1(3) que :

« Where any party to the contract has, by reason of anything done by any other party thereto in, or for the purpose of, the performance of the contract, obtained a valuable benefit (other than a payment of money to which the last foregoing subsection applies) before the time of discharge, there shall be recoverable from him by the said other party such sum (if any), not exceeding the value of the said benefit to the party obtaining it, as the court considers just, having regard to all the circumstances of the case and, in particular,—

¹¹¹⁹ *Riches v. Westminster Bank* [1947] AC 390, p. 400, per LORD WRIGHT, cité in *Prudential* [2018] UKSC 39, §76.

¹¹²⁰ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 126-127.

¹¹²¹ [1979] 1 WLR 783.

- (a) the amount of any expenses incurred before the time of discharge by the benefited party in, or for the purpose of, the performance of the contract, including any sums paid or payable by him to any other party in pursuance of the contract and retained or recoverable by that party under the last foregoing subsection, and
- (b) the effect, in relation to the said benefit, of the circumstances giving rise to the frustration of the contract ».

Il importait alors d'identifier et d'évaluer les « avantages (autres que les paiements de sommes d'argent) » que BP avait pu conférer à Hunt. La question était particulièrement délicate, d'autant que Justice Goff n'avait pas caché son scepticisme quant au principe de la restitution de tels avantages :

« Money has the peculiar character of a universal medium of exchange. By its receipt, the recipient is inevitably benefited; and (subject to problems arising from such matters as inflation, change of position and the time value of money) the loss suffered by the plaintiff is generally equal to the defendant's gain, so that no difficulty arises concerning the amount to be repaid. The same cannot be said of other benefits, such as goods or services. By their nature, services cannot be restored; nor in many cases can goods be restored, for example where they have been consumed or transferred to another. Furthermore the identity and value of the resulting benefit to the recipient may be debatable »¹¹²².

Ces réserves faisaient écho au contexte particulier dans lequel s'inscrivait l'action de BP : il n'était pas ici question de restituer un enrichissement injuste – le principe même de cette responsabilité n'était pas formellement reconnu à l'époque –, mais de corriger les effets de l'inexécution du contrat eu égard aux avantages qu'avait pu acquérir le défendeur avant que celle-ci ne soit constatée, ceux-ci constituant par ailleurs le plafond de son *remedy*. Cependant, Justice Goff avait estimé que la section 1(3) du Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943 était sous-tendue par le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste, cette interprétation lui permettant de statuer avec plus de latitude sans pour autant porter atteinte aux dispositions de l'Act¹¹²³. Toutefois, malgré cette précision, qui annonçait plus sur les développements à venir du *common law* que sur l'essence du droit applicable en l'espèce, il restait à déterminer en quoi Hunt s'était enrichi aux dépens de BP, et dans quelle mesure.

Il était indiscutable que BP avait fourni à Hunt un service, celui d'explorer et d'exploiter la concession ; qu'elle avait procédé à d'importants investissements, ceux-ci s'étant révélés particulièrement profitables ; et que, sans son intervention, la valeur du

¹¹²² *BP Exploration* [1979] 1 WLR 783, p. 799.

¹¹²³ *Ibid.*, pp. 799-800.

champs de pétrole n'aurait jamais atteint celle qu'elle avait au jour du coup d'État. Néanmoins, déduction faite des prestations qui avaient été dûment acquittées, il était difficile de saisir quels aspects du service fourni par BP s'étaient révélés profitables pour Hunt : était-ce le service en lui-même – l'exploration et l'exploitation – ou son produit final (*end product*), la plus-value réalisée sur la concession ? Justice Goff avait estimé qu'il ne pouvait s'agir que du produit final, cet aspect étant, selon lui, le seul à avoir été anticipé dans le Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943. Il était en effet clair que la Sec. 1(3) distinguait l'exécution de la prestation (*performance*), qui relevait du champs du contrat devenu inexécutable, des avantages que le défendeur avait acquis grâce à elle, et que le point (b) de ladite section précisait que ces avantages devaient être appréciés au regard des *conséquences* « de l'événement [qui avait donné] lieu à l'inexécution », ce qui excluait le service rendu dans la mesure où celui-ci ne pouvait pas être affecté par cet événement¹¹²⁴. En l'espèce, cette solution était parfaitement acceptable pour BP dans la mesure où les travaux d'exploration et d'exploitation de la concession avaient une valeur inférieure à la plus-value qu'ils avaient permis de dégager, mais elle s'adaptait mal aux hypothèses où la valeur du produit final était inférieure à la valeur du service qui avait été fourni¹¹²⁵.

120. – La question des *non-monetary benefits* (suite et fin). L'analyse de Justice Goff dans *BP Exploration*, confirmée par deux fois en appel¹¹²⁶, reste circonscrite à l'application du Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943 et ne saurait pleinement servir de *precedent* à toutes les actions en restitution de service fondée sur le principe de l'*unjust enrichment*¹¹²⁷. Cependant, elle montre ô combien ces actions sont délicates à mettre en œuvre. Non seulement il est rare qu'un contrat ne réside pas à l'origine de la fourniture d'un service, la responsabilité en *unjust enrichment* cède alors le pas à la responsabilité contractuelle¹¹²⁸, mais il est difficile de s'entendre, à supposer que l'on

¹¹²⁴ *BP Exploration* [1979] 1 WLR 783, pp. 801-802.

¹¹²⁵ *Ibid.*, p. 803.

¹¹²⁶ [1981] 1 WLR 232 et [1983] 2 AC 352.

¹¹²⁷ *Brenner v. First Artists' Management Pty Ltd.* [1993] 2 VR 221, p. 258.

¹¹²⁸ *Planché v. Colburn* (1831) 8 Bing. 14 ; 131 ER 305, où un écrivain avait obtenu la restitution de ses heures d'écritures par son éditeur, celui-ci ayant refusé le manuscrit qu'il lui avait commandé.

puisse s'entendre¹¹²⁹, sur la valeur objective d'un service au-delà de ses « résidus matériels »¹¹³⁰.

121. – Parenthèse sur le Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943 et l'*unjust enrichment*. Le Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943 est souvent décrit comme étant un épiphénomène du *law of unjust enrichment*, notamment à la suite du jugement de Justice Goff dans *BP Exploration*¹¹³¹. Cependant, s'il est indéniable qu'il régit les rapports des cocontractants au regard des enrichissements acquis lors de l'exécution du contrat devenu inexécutable et non des pertes subies, une singularité dont il lui a été fait grief¹¹³², il est plus exact de considérer ce *statute* comme étant un instrument par lequel les juges « ajustent les relations financières des parties » conséquemment à la *frustration*.

La fonction d'ajustement est saillante à la Sec. 1(2) de l'Act, section qui concerne le sort des sommes d'argent. Il est ainsi prévu que « toutes les sommes qui ont été payées ou qui sont exigibles à l'instant où les parties sont libérées du contrat sont, dans le cas des sommes qui ont été payées, recouvrables auprès de la partie qui les a reçues et, dans le cas des sommes en souffrance, inexigibles ». Il est précisé, à titre de tempérament, que si le défendeur « a encouru des dépenses avant le moment de la libération lors, ou aux fins, de l'exécution du contrat, la cour peut, si elle l'estime juste compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, lui permettre de conserver ou, selon le cas, de recouvrer tout ou partie des sommes ainsi payées ou dues, sans que cette somme puisse excéder les dépenses encourues »¹¹³³. La notion de « dépenses encourues » n'est pas définie et doit s'entendre avec une certaine souplesse, l'Act disposant à la Sec. 1(4) que le juge peut y inclure ce qui lui « paraît raisonnable au titre des frais généraux et de tout travail ou service effectué personnellement par la partie » tenue à restitution. Toutefois, celles-ci

¹¹²⁹ *Greenwood v. Bennett* [1973] QB 195, où le réparateur d'une Jaguar, qui ignorait qu'elle avait été volée, n'avait pu se faire restituer que le coût des travaux qu'il avait mis en œuvre, alors même qu'ils avaient substantiellement augmenté la valeur de la voiture.

¹¹³⁰ *R. (Rowe) v. Vale of White Horse DC* [2003] EWHC 388 ; [2003] 1 Lloyd's Rep. 418, où il était question d'un service pur, en l'espèce de gestion des eaux usées.

¹¹³¹ [1979] 1 WLR 783.

¹¹³² MCKENDRICK E., « Frustration, Restitution and Loss Apportionment » in BURROWS A. (dir.), *Essays on the Law of Restitution*, Clarendon, 1991, pp. 147-170. – Comp. POSNER R. et ROSENFELD A., « Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis », *JLS* 1977, pp. 83-118.

¹¹³³ Il est intéressant de noter que ce tempérament ne s'apparente pas à une *defence of change of position* dans la mesure où il n'est pas exigé que les dépenses encourues aient été la résultante de la réception de la somme d'argent, STEWART A. et CARTER J., « Frustrated Contract and Statutory Adjustment », *CLJ* 1992, pp. 66-112, p. 78. – Comp. *BP Exploration (Libya)* [1979] 1 WLR 783, pp. 799-800, *per* JUSTICE GOFF.

doivent être considérées à l'aune des gains qu'elles ont produits ; seules les « pertes nettes » (*net loss*) doivent y être intégrées¹¹³⁴. À l'évidence, il appartient aux cours de décider, en discrétion, ce qu'elles estiment relever pertinemment ou non du champs de ce tempérament. Ainsi que l'a analysé Justice Garland dans *Gamerco v. ICM/Fair Warning* :

« I see no indication in the Act, the authorities or the relevant literature that the court is obliged to incline towards either total retention or equal division [of the expenses incurred]. Its task is to do justice in a situation which the parties had neither contemplated nor provided for, and to mitigate the possible harshness of allowing all loss to lie where it has fallen »¹¹³⁵.

En l'espèce, la société Gamerco avait organisé un concert du groupe Gun N'Roses au stade Vicente Calderón de Madrid, mais les autorités espagnoles avaient interdit la tenue de l'événement en raison d'un doute quant à la stabilité de l'édifice. Le contrat avait été résolu et le groupe, *via* son agent, avait entendu atténuer le *quantum* de la restitution, alors évaluée à 412.500\$ au titre de la Sec. 1(2), en arguant avoir souffert de 50.000\$ de pertes. Justice Garland, statuant au nom du Queen's Bench, n'avait cependant pas pris en compte cette somme dans la mesure où les pertes invoquées n'étaient en rien comparables à celles éprouvées par la société Gamerco, en l'occurrence 450.000\$¹¹³⁶.

γ. – La quantification de l'enrichissement : l'apport de *Benedetti v. Sawiris*

122. – Valeur objective et subjective de l'enrichissement. L'équivoque quant à la valeur des services, qui s'étend naturellement à celle des choses corporelles, encore qu'elle ne se présente que rarement¹¹³⁷, se traduit en droit par une question des plus délicates : la quantification de l'enrichissement. Et pour cause, deux approches s'opposent quant à cet aspect, l'une objective, où c'est le marché qui fixe la valeur de l'avantage

¹¹³⁴ WILLIAMS G., *The Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943*, Stevens & Sons, 1944, p. 44. – *Adde Lobb v. Vasey Housing Auxiliary* [1963] VR 239.

¹¹³⁵ [1995] 1 WLR 1226, p. 1237.

¹¹³⁶ HAYCROFT A. et WAKSMAN D., « Frustration and Restitution », *Journal of Business Law* 1984, pp. 207-225, p. 216.

¹¹³⁷ *Huyton v. Peter Cremer* [1999] 1 Lloyd's Rep. 620, spéc. p. 634, *per* JUSTICE MANCE. – *Comp. PPG Wrightson v. Wai Shing* [2006] NZHC 124.

conféré au défendeur, l'autre subjective, où c'est ce dernier qui impose ses vues quant à la valeur de ce qu'il a reçu.

Il est essentiel de garder à l'esprit que l'une de ces conceptions n'est pas supérieure à l'autre et qu'il n'est pas question de raisonner sur une alternative. Ainsi que l'expliquent les éditeurs du *Goff & Jones* :

« People have different means and spending priorities, and they value benefits differently according to their personal tastes. Consequently, as Lord Nicholls said in *Sempra*, “a benefit is not always worth its market value to a particular defendant”, and “when it is not it may be unjust to treat the defendant as having received a benefit possessing the value it has to others”. The common law “places a premium on the right to choose how to spend one’s money”, and this right could be unfairly compromised if a defendant were forced to make restitution of the objective value of a benefit which he would only have bought himself at a lower price, or which he would not have bought at all, if he had had a free choice »¹¹³⁸.

En conséquence, les cours sont contraintes de concilier les deux et ont recours à une méthode difficile à mettre en œuvre : la dépréciation subjective (*subjective devaluation*)¹¹³⁹.

La décision qui fait autorité en la matière a été rendue par la Supreme Court en 2013 dans *Benedetti v. Sawiris*¹¹⁴⁰. En l'espèce, Benedetti, avait négocié pour le compte de Sawiris le rachat d'une filiale du géant de l'énergie Enel, Wind Telecomunicazioni. Les deux hommes avaient conclu un contrat stipulant que les parties se répartiraient à raison d'un ratio de 2 :1 les actions de la société acquérante, Rain Investment, et que Benedetti serait rémunéré pour son intermédiation. Malgré d'importantes tractations, ce dernier n'était pas parvenu à constituer un *pool* d'investisseurs susceptible de soutenir l'opération et il avait été décidé qu'une autre société, dont il était le directeur, Weather Investment SpA (Weather I), se substituerait à Rain lors du rachat, cette société étant entièrement détenue par Sawiris et sa famille. À l'insu de ces derniers, et en qualité de dirigeant de Weather I, Benedetti avait négocié avec la société International Technologies Management (ITM), qu'il dirigeait également, un accord de courtage de 87.000.000€, soit 0,7% du prix de rachat de Wind, et cette dernière avait pu finalement être rachetée pour 3.000.000.000€ par la société Weather Investment Slt (Weather II), qui s'était substituée dans les droits et

¹¹³⁸ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 93-94, en référence à *Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §119, *per* LORD NICHOLLS, et *Peel* [1992] 3 SCR 762, §25, *per* JUSTICE MCLACHLIN.

¹¹³⁹ L'expression est de Birks, *Introduction to the Law of Restitution*, *op. cit.*, éd. 1985, pp. 109-114.

¹¹⁴⁰ [2013] UKSC 50 ; [2014] AC 938.

obligations de Weather I. Sawiris n'avait pas souhaité s'acquitter d'une pareille somme et avait proposé qu'elle soit réduite à 75.100.000€. Après un premier refus, il était parvenu à négocier avec ITM le paiement d'une somme de 67.000.000€, soit 0,55% du prix de rachat de Wind. Toutefois Benedetti s'était estimé lésé et avait exigé, devant la High Court, qu'on lui octroie une somme plus importante.

Justice Patten, statuant en Chancery, avait fait droit à Benedetti par application des principes du *law of unjust enrichment* et lui avait octroyé 75.100.000€¹¹⁴¹. Malgré cela, Benedetti avait fait appel et exigé que son *remedy* soit revalorisé, une prétention à laquelle Sawiris entendait faire échec par voie incidente (*cross-appeal*). Les membres de la Court of Appeal avaient fait droit à Sawiris en réduisant sa responsabilité à 14.520.000€¹¹⁴². Ils étaient parvenus à un tel résultat en estimant que la valeur de référence devait être comprise comme étant la valeur marchande du service rendu par Benedetti, soit 36.300.000€, mais que, compte tenu du fait qu'il avait déjà reçu 67.000.000€ à titre de paiement, ce qui représentait 60% des 75.100.000€ proposés par Sawiris, il devait recevoir les 40% restant par application du prix du marché, soit 14.520.000€.

Les membres Supreme Court devaient décider si au regard du paiement déjà effectué Benedetti était en droit de réclamer en *unjust enrichment* la restitution de ses services et, si tel était le cas, dans quelle mesure. Les membres de la cour statuèrent unanimement à la faveur de Sawiris et retinrent que Benedetti ne devait pas se voir octroyer plus qu'il n'avait déjà reçu. Toutefois, ils n'étaient pas d'accord sur la méthode à employer.

La question de la valeur de référence, le point de départ, n'était pas contentieuse, la cour étant unanime sur le fait qu'il devait s'agir de la valeur objective du service, à savoir sa valeur sur le marché¹¹⁴³. Cependant, cette idée restait quelque peu vague. Et pour cause, à supposer que l'on considère la valeur marchande d'un service, deux approches étaient concevables : l'une où le défendeur était considéré comme un client quelconque – la valeur était alors le prix raisonnable auquel il aurait été astreint sur un marché ouvert¹¹⁴⁴ –,

¹¹⁴¹ [2009] EWHC 1330.

¹¹⁴² [2010] EWCA Civ. 1427.

¹¹⁴³ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §§15-16, *per* LORD CLARKE ; et §§182-183, *per* LORD REED, citant la décision de Justice Goff dans *BP Exploration* [1979] 1 WLR 783, spéc. p. 822 et pp. 839-841. – Voy. la remarque de Lord Neuberger *in Benedetti* [2013] UKSC 50, §181, qui note que la valeur d'une chose ne peut être, « du moins dans un système capitaliste », que sa valeur « marchande », et de faire référence, sans la nommer, à *Lady Windemere's Fan*, où, en réponse à la question « qu'est-ce qu'un cynique ? », Lord Darlington répond : « A man who knows the price of everything and the value of nothing » – *Un homme qui connaît le prix de tout et la valeur de rien*.

¹¹⁴⁴ Virgo G., *The Principles of the Law of Restitution*, OUP, 2006, 2^{ème} éd., p. 64. – Comp. *Way v. Latilla* [1973] 3 All ER 759, où il était discuté de l'ouverture du marché de référence.

l'autre où il était apprécié pour ce qu'il était, ce qui impliquait de se demander s'il était à même d'obtenir un prix moindre, ou, *a contrario*, d'être tenu au prix fort, compte tenu de sa position sur ce marché¹¹⁴⁵. Lord Clarke, dont l'opinion avait été entièrement adoptée par Lord Kerr (1949–2020), Lord Wilson, Lord Reed et Lord Neuberger, avait adopté la seconde approche, celle-ci étant plus réaliste¹¹⁴⁶. Lord Reed, plus loquace que les autres, avait énoncé quelques éléments permettant de comprendre ce qu'était « la position [sur le marché] du défendeur » : il pouvait s'agir de sa position financière – il invoqua en ce sens *Sempra Metals* où la position du défendeur, le gouvernement britannique, avait été appréciée compte tenu de sa plus grande solvabilité sur le marché de l'emprunt¹¹⁴⁷ –, mais aussi ses qualités intrinsèques, telles que son « âge, son genre, sa profession ou son état de santé »¹¹⁴⁸. Il précisa que tout cela devait être mis en perspective avec les données de temps et de lieu propre à l'espèce :

« That point can be illustrated by the episode in *Vanity Fair* in which Becky Sharp sells her horses during the panic which grips the British community in Brussels after the battle of Waterloo, when rumours reach the city that Napoleon has defeated Wellington and that his army is approaching. The circumstances create a market in which horses are exceptionally valuable, and Becky obtains a price which is far in excess of the ordinary value. It is, nevertheless, the value of the horses in the market in which they are sold »¹¹⁴⁹.

Cette approche, quoiqu'intuitive, restait difficile à mettre œuvre. Ainsi que l'avait noté Lord Neuberger : qu'advenait-il de la valeur marchande lorsque les parties s'étaient entendues sur un prix ?

« At any rate, in the absence of any other evidence or any good reason to the contrary, where two parties agree, at arm's length, that one of them will pay a certain sum, or at a certain rate, for a type of benefit to be provided by the other, there must be a prima facie presumption that that amount is, or at least is good evidence of, the market value of that type of benefit »¹¹⁵⁰.

La question était loin d'être anodine, d'autant qu'elle se posait en l'espèce. En effet, Sawiris avait fait une proposition à Benedetti de 75.100.000€. Lord Clarke et Lord

¹¹⁴⁵ *Voy. Benedetti* [2010] EWCA Civ. 1427, §§140-145, *per* LORD JUSTICE ETHERTON.

¹¹⁴⁶ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §17, *per* LORD CLARKE ; §100, *per* LORD REED ; et §184, *per* LORD NEUBERGER.

¹¹⁴⁷ *Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §45, *per* LORD HOPE ; et §103, *per* LORD NICHOLLS.

¹¹⁴⁸ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §101. – *Adde Benedetti* [2010] EWCA Civ. 1427, §140, *per* LORD JUSTICE ETHERTON, appelant à la prudence, de sorte que la « générosité ou la parcimonie » du défendeur n'entre pas en compte lors de l'appréciation de sa position sur le marché.

¹¹⁴⁹ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §105.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, §168.

Neuberger ne s'étaient pas attardés sur ce point dans la mesure où ils ne considéraient pas la proposition comme étant contraignante, notamment car Benedetti ne s'était pas particulièrement attaché à celle-ci – il avait évoqué une myriade de sommes durant toute la procédure¹¹⁵¹ –, et il apparaissait qu'elle n'avait été formulée par Sawiris que de guerre lasse, qu'elle ne reflétait en aucun cas ses vues quant à la valeur du service¹¹⁵². Lord Reed avait quant à lui estimé que, dans l'hypothèse où les parties s'étaient entendues sur un prix, cet accord devait s'imposer comme étant la valeur marchande du service, celui-ci représentant leur aptitude à négocier et protéger leurs propres intérêts sur le marché, à charge cependant de démontrer « les circonstances particulières qui pourraient expliquer la divergence » entre la valeur à proprement parler objective du service et celle convenue entre les parties¹¹⁵³. En l'espèce, Lord Reed estimait que cette configuration ne s'était pas présentée :

« The object of the remedy in a case of the present kind is to correct the injustice arising from the defendant's receipt of the claimant's services on a basis which was not fulfilled. That injustice cannot be corrected by requiring the defendant to provide the claimant with the reward which either party might have been willing to agree. That is because, in the absence of a contract, neither party's intentions or expectations can be determinative of their mutual rights and obligations. Nor can the court make the parties' contract for them: a contract which might have included many other terms and conditions besides a price. In such circumstances, the unjust enrichment arising from the defendant's receipt of the claimant's services can only be corrected by requiring the defendant to pay the claimant the monetary value of those services, thereby restoring both parties, so far as a monetary award can do so, to their previous positions »¹¹⁵⁴.

En d'autres termes, il n'était pas ici question d'octroyer à Benedetti ce qu'il était en droit d'attendre de la proposition de 75.100.000€ (*expectation interest*) dans la mesure où Sawiris n'avait pas entendu se lier irrévocablement à cette somme¹¹⁵⁵.

123. – La *subjective devaluation*. Cette précision faite, il restait à déterminer si Sawiris était à même de faire valoir ses vues quant à la valeur du service qu'il avait reçu, à savoir s'il pouvait en déprécier le montant. Lord Clarke avait estimé que ce processus avait été entamé lorsqu'il s'était interrogé sur la valeur objective du service compte tenu de la

¹¹⁵¹ *Ibid.*, §§169-174, *per* LORD NEUBERGER.

¹¹⁵² *Ibid.*, §§43-67, *per* LORD CLARKE.

¹¹⁵³ *Ibid.*, §139.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, §99.

¹¹⁵⁵ *Comp. Benedetti* [2010] EWCA Civ. 1427, §§147-148, *per* LADY JUSTICE ARDEN.

position du défendeur sur le marché¹¹⁵⁶. Cette conclusion était en partie due au fait qu'il ne considérait pas l'identification de l'enrichissement et son évaluation comme relevant de deux procédés distincts :

« The question of whether the defendant has been benefited/has received value is not straightforward because of the need to respect freedom of choice and individuality of value. Even if the defendant has been objectively benefited (*i.e.* a reasonable man could regard himself as benefited by what has occurred or, put another way, the claimant's "performance" has a market value) he or she may validly argue that benefit has been of no value to him or her »¹¹⁵⁷.

Cependant, après avoir lu l'opinion de Lord Reed, il avait admis que l'identité de ces procédés n'allait pas de soi et qu'il était essentiel de garder à l'esprit, comme l'avait fait Lord Nicholls dans *Sempra Metals*, que « ce qui [était] finalement important dans le droit de la restitution [c'était] de savoir si, et dans quelle mesure, le défendeur s'était enrichi », cet enrichissement étant, « susceptible d'être subjectivement déprécié »¹¹⁵⁸. Il restait toutefois à s'accorder sur un point de méthode – la preuve :

« 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. In principle, this can occur before or after a transaction, although conduct after the transaction is likely to carry little weight »¹¹⁵⁹.

Lord Reed ne s'était pas attardé sur l'aspect probatoire de la dépréciation subjective et avait préféré adresser l'intérêt qu'elle défendait au fond :

« When the argument from the subjectivity of value (subjective devaluation) is available, it does not consist in an appeal to and proof of the tastes and priorities of the particular recipient but, on the contrary, only requires the recipient to show he made no choice to receive the benefit »¹¹⁶⁰.

En d'autres termes, il estimait qu'il fallait se demander si le défendeur avait été en mesure de refuser l'octroi de l'avantage litigieux – si tel était le cas, il ne pouvait pas affirmer

¹¹⁵⁶ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §§19-20.

¹¹⁵⁷ BURROWS A., *The Law of Restitution*, Butterworths, 2004, 2^{ème} éd., p. 44. – *Contra* EDELMAN J., « The Meaning of Loss and Enrichment » in CHAMBERS, MITCHELL et PENNER (dir.), *op. cit.*, pp. 211-241.

¹¹⁵⁸ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §22, citant *Sempra Metals* [2007] UKHL 34, §22

¹¹⁵⁹ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §23.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, §114, citant BIRKS P., « In Defence of Free Acceptance » in Burrows (dir.), *op. cit.*, pp. 105-146, p. 129. – Adde MCINNES M., « Enrichment Revisited » in MCINNES M., NEYERS J. et PITEL S. (dir.), *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, pp. 165-220, p. 175.

qu'il n'était pas tenu à sa valeur objective car il l'avait librement accepté (*free acceptance*) – ou s'il s'était retrouvé devant le fait accompli, ce qui lui donnait le droit de prétendre qu'il ne l'aurait jamais acquis à sa valeur marchande¹¹⁶¹.

124. – La subjective devaluation et la free acceptance : Chief Constable of Greater Manchester Police v. Wigan Athletic AFC. La nuance entre la *subjective devaluation* et la *free acceptance* était assez subtile, d'autant que cette dernière soulevait quelques difficultés de compréhension. L'idée de libre acceptation supposait en effet un comportement actif du défendeur, celui-ci ne pouvant s'émanciper de la valeur objective d'un service, ou d'un avantage quelconque, qu'à l'instant où il était démontré qu'il n'avait pas eu d'autre choix que de le recevoir¹¹⁶². Cependant, les cours anglaises, dans la lignée de décisions australiennes, néo-zélandaises et canadiennes¹¹⁶³, avaient adopté une approche plus flexible et estimé que le défendeur était réputé avoir librement accepté un avantage lorsqu'il n'avait pas pris les mesures nécessaires pour le refuser. Tel avait été le cas dans *Chief Constable of Greater Manchester Police v. Wigan Athletic AFC*¹¹⁶⁴.

Le Wigan Athletic, un club de football qui était passé en Premier League, avait conclu avec la police du Greater Manchester un contrat relatif à la sécurité de son stade lors de ses matchs à domicile. Il était convenu qu'un certain nombre de policiers serait mobilisé, mais le Chief Constable avait estimé que celui-ci n'était pas assez élevé compte tenu de la mission qui lui était impartie. Il avait par conséquent envoyé plus de policiers que prévu et facturé ce service additionnel au Wigan Athletic, qui s'était refusé à le payer. Justice Mann, statuant en Chancery, avait fait droit en *unjust enrichment* à la police du Greater Manchester au motif que le Wigan Athletic avait librement accepté l'addition de policiers, et ce quand bien même le refus du contingent supplémentaire aurait entraîné la révocation immédiate de son certificat de sécurité, et par là même son droit de pouvoir organiser des matchs à domicile¹¹⁶⁵. Il justifiait sa décision en se fondant sur un commentaire de Goff et Jones :

¹¹⁶¹ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §§110-119.

¹¹⁶² BURROWS A., « Free Acceptance and the Law of Restitution », *LQR* 1988, pp. 576-599. – Comp. GARNER M., « The Role of Subjective Benefit in the Law of Unjust Enrichment », *OJLS* 1990, pp. 42-65.

¹¹⁶³ e.g. *Angelopoulos v. Sabatino* [1995] SASC 5536 ; (1995) 65 SASR 1. – *Adde Van den Berg v. Giles* [1979] 2 NZLR 111. – Comp. *Pettkus v. Becker* [1980] 2 SCR 834.

¹¹⁶⁴ [2008] EWCA Civ. 1449 ; [2009] 1 WLR 1590.

¹¹⁶⁵ [2007] EWHC 3095.

« [T]he common law originally concluded that a defendant could be said to have benefited from the receipt of services only if he had requested them. A true request will normally lead to the conclusion that the defendant who requested the services has contractually bound himself to pay for them. But a defendant who is not contractually bound may have benefited from services rendered in circumstances in which the court holds him liable to pay for them. Such will be the case if he freely accepts the services. In our view he will be held to have benefited from the services rendered if he, as a reasonable man, should have known that the [claimant] who rendered the services expected to be paid for them and yet he did not take a reasonable opportunity open to him to reject the proffered services. Moreover in such a case he cannot deny that he has been unjustly enriched »¹¹⁶⁶.

Le Chancellor of the High Court, Sir Andrew Morritt, siégeant *ex officio* lors du recours devant la Court of Appeal, ne s'était pas opposé à cette analyse, mais il était parvenu à une conclusion différente en arguant que le Wigan Athletic n'avait pas été mis en position de pouvoir refuser le contingent supplémentaire. Il estimait que le club avait été placé dans une situation de tout ou rien et donc qu'il s'était retrouvé en face d'un choix qui n'en était pas un : un *Hobson's choice*¹¹⁶⁷. Lady Justice Smith avait souscrit à cette approche et précisé qu'elle ne voyait pas ce qui pouvait contraindre le Wigan Athletic à payer des services qu'il n'avait pas sollicité¹¹⁶⁸. Lord Justice Kay (1943–2004) s'était lui désolidarisé de la majorité en estimant que, nonobstant le fait que le club de football n'avait pas requis le contingent supplémentaire, il ne pouvait pas être conclu qu'il aurait accepté d'annuler ses matchs à domicile s'il en avait eu le choix, qu'il était ici question non d'une alternative à prendre ou à laisser (*take it or leave it*), mais plutôt d'arguties quant à la valeur exacte d'un service nécessaire au bon fonctionnement de son entreprise¹¹⁶⁹.

125. – Les *incontrovertible, realised et realisable benefits* : *McDonald v. Coys of Kensington*. La remarque de Lord Justice Kay faisait écho à un argument similaire à la *free acceptance*, l'avantage incontestable (*incontrovertible benefit*)¹¹⁷⁰. À la différence de la *free acceptance*, où la focale était placée sur les circonstances qui avaient présidé à l'acquisition de l'avantage litigieux, l'*incontrovertible benefit* se concentrait sur la détention de cet avantage et nécessitait de considérer s'il était raisonnable (incontestable)

¹¹⁶⁶ GOFF R. et JONES J., *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 2007, 7^{ème} éd., n°1-1019. – *Adde MacInnes v. Gross* [2017] EWHC 46, §162, §§167-173 et 180-187, *per* JUSTICE COULSON.

¹¹⁶⁷ *Wigan Athletic* [2008] EWCA Civ. 1449, §§47-50.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, §59.

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, §§65-69. – *Comp. ibid.*, §46, *per* SIR ANDREW MORRITT ; et §58, *per* LADY JUSTICE SMITH.

¹¹⁷⁰ JONES G., « Restitutionary Claims for Services Rendered », *LQR* 1977, pp. 273-295. – *Adde* MATTHEWS P., « Freedom, Unrequested Improvements, and Lord Denning », *CLJ* 1981, pp. 340-358.

de conclure que le défendeur s'en était enrichi¹¹⁷¹. Lord Justice Kay, qui reprenait le raisonnement de Justice Mann en première instance, avait ainsi estimé qu'il était incontestable que le Wigan Athletic s'était enrichi aux dépens de la police du Greater Manchester dans la mesure où il aurait dû nécessairement payer le contingent supplémentaire s'il avait souhaité organiser ses matchs à domicile¹¹⁷². Cette configuration était une illustration relativement intuitive d'un avantage incontestable :

« Where the plaintiff has conferred a benefit on the defendant which was necessary to the defendant in the sense that he would have had to seek it himself, or would have sought it if he had not been deprived of the opportunity (as by absence of disability), no reasonable man would deny that the defendant had been enriched by the amount which he himself would have had to lay out. The necessity making the expenditure incumbent on the defendant may have been legal (he was bound by law to make it) or factual (his circumstances called for it). Recourse to subjective devaluation is impossible in respect of a benefit which the defendant must necessarily have chosen »¹¹⁷³.

Toutefois, il n'en allait pas de même lorsqu'il était question d'une autre hypothèse, les profits réalisés ou réalisables (*realised* ou *realisable benefit*), en témoigne l'affaire *McDonald v. Coys of Kensington*¹¹⁷⁴.

En l'espèce, la maison de vente Coys of Kensington avait vendu une Mercedes 280 SL à McDonald, mais elle avait inclu par erreur une plaque d'immatriculation personnalisée dont la valeur équivalait à plus de la moitié du prix de la voiture. Coys of Kensington avait été tenue responsable de la perte de la plaque et avait été contrainte d'indemniser les vendeurs à hauteur de 13.608£. Elle s'était par la suite retournée contre McDonald afin que celui-ci contribue intégralement à sa mise en responsabilité en arguant qu'il était lui aussi responsable à leur égard par application des principes du *law of unjust enrichment*, l'acquisition de la plaque lui ayant été nécessairement profitable. McDonald contestait cette allégation en soutenant qu'il n'avait réalisé aucun profit en acquérant la plaque, même s'il était parfaitement au fait qu'il n'y avait pas droit. En l'état du *common law*, il n'était pas clair s'il fallait considérer le défendeur comme étant incontestablement enrichi lorsqu'il avait réalisé un profit, ou s'il fallait se contenter de constater qu'il avait acquis un

¹¹⁷¹ BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, op. cit., éd. 1985, pp. 116-128.

¹¹⁷² *Wigan Athletic* [2008] EWCA Civ. 1449, §66.

¹¹⁷³ BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, op. cit., éd. 1985, p. 117. – Comp. *id.*, op. cit., pp. 59-61. – *Adde Craven-Ellis v. Canons* [1936] 2 KB 403 ; [1936] 2 All ER 1066.

¹¹⁷⁴ [2004] EWCA Civ. 47 ; [2004] 1 WLR 2775.

profit réalisable¹¹⁷⁵. Les auteurs n'étaient pas non plus d'accord. Birks avait ainsi estimé dans son *Introduction to the Law of Restitution* que seuls les profits réalisés pouvaient caractériser des avantages incontestables :

« I come back to find that you have built me a new kitchen. I refuse to pay because I did not choose to have it. You say that your input of £3000 has raised the value of the house by £5000. I reply that I have not the least intention of selling. But then I do sell. I take the added value in money, £3000 of it at your expense »¹¹⁷⁶.

L'argument avait le mérite de la simplicité et du réalisme. Toutefois, il s'adaptait mal aux hypothèses de manœuvres dilatoires. Et pour cause, il était aisé pour le défendeur d'attendre que l'instance se termine afin de réaliser un avantage litigieux et ainsi s'épargner une mise en responsabilité sur le fondement de l'*unjust enrichment*. En conséquence, Goff et Jones avaient proposé de considérer le défendeur comme étant incontestablement enrichi dès lors qu'il avait acquis un profit réalisable, une analyse qu'avait suivie la Court of Appeal en l'espèce, d'autant qu'il ressortait des faits que McDonald avait eu l'opportunité de rendre la plaque à ses propriétaires¹¹⁷⁷. Ainsi que l'avait conclu Lord Justice Mance :

« I have no doubt that justice requires that a person, who (as a result of some mistake [...]) has a benefit or the right to a benefit for which he knows that he has not bargained or paid, should reimburse the value of that benefit to the other party if it is readily returnable without substantial difficulty or detriment and he chooses to retain it [...] rather than to retransfer it on request. Even if realisable benefit alone is not generally sufficient, the law should recognise, as a distinct category of enrichment, cases where a benefit is readily returnable. A person who receives another's chattel must either return it or pay damages, commonly measured by reference to its value. [...] Mr McDonald's insistence on keeping the mark and the absence of any obvious means of compelling its retransfer are reasons for analysing this case in terms of unjust enrichment. Mr McDonald knew that he had not bargained or paid for the mark. The mark or its benefit was in practice easily returnable. If Mr McDonald chose to keep it, then I see every reason for treating him as benefited »¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁵ *Procter & Gamble Philippine Manufacturing v. Peter Cremer (The Manila)* [1988] 3 All ER 843, p. 855, per JUSTICE HIRST. – Comp. *BP Exploration* [1979] 1 WLR 783, p. 805, per JUSTICE GOFF.

¹¹⁷⁶ BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, op. cit., éd. 1985, p. 121.

¹¹⁷⁷ GOFF R. et JONES J., *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 2002, 6^{ème} éd., n°1.023. – Comp. BURROWS, *The Law of Restitution*, op. cit., 2^{ème} éd., p. 19, qui suit la position de Birks, mais ajoute que les cours peuvent considérer le défendeur comme étant « incontestablement » enrichi lorsqu'il est « raisonnablement certain qu'il va réaliser un profit », analyse rejetée par Lord Justice Mance lors de l'examen en appel de *McDonald v. Coys of Kensington* compte tenu de sa difficulté de mise en œuvre, [2004] EWCA Civ. 47, §36.

¹¹⁷⁸ [2004] EWCA Civ. 47, §37.

126. – Retour à *Benedetti* : le rejet de la *subjective devaluation* par Lord Reed. Les hypothèses de *free acceptance* et d'*incontrovertible benefit* avaient été discutées dans *Benedetti* en première instance et en appel, mais elles s'étaient révélées peu pertinentes aux yeux des membres la Supreme Court, à l'exception de Lord Reed qui entendait rejeter le principe de la *subjective devaluation* en considération de celles-ci :

« Interesting and important as these issues as to the conceptual framework of unjust enrichment may be, they do not need to be decided in the present case, where there is no doubt that Mr Sawiris freely accepted Mr Benedetti's services on the basis that a reward would be provided. All that need be said is that, at whatever stage in the analysis the defendant's freedom of choice is best taken into account, I am inclined to think that it is preferable that it should be done explicitly rather than on the basis of so-called "subjective devaluation" »¹¹⁷⁹.

Lord Reed estimait, en effet, qu'il était fallacieux de lier l'appréciation économique d'une valeur, telle qu'un service, à des attributions individuelles, que ce n'était pas les vues particulières d'un individu sur telle ou telle chose qui dictaient sa valeur, mais son échange sur un marché :

« It is the cumulative preferences of consumers which are important to the interaction of supply and demand that determines economic value, rather than the preferences of an individual party to a specific transaction. Even in situations where goods or services are tailored to the preferences of an individual party, their value is likely to depend on the supply and demand for the materials and services required, as is illustrated by the examples of the folly and the pop artist's costume. If on the other hand a person declares, for example, that coal is more valuable than diamonds, and intends to be understood as describing the relative monetary value of the two commodities, then one would be inclined to suppose that he has taken leave of his senses. He cannot make the monetary value of coal greater than that of diamonds by personal fiat. If a character in a science fiction film says that, on her planet, coal is more valuable than diamonds, one imagines a society where that might be true: where diamonds are plentiful and coal is scarce, where jewellery is made out of coal, and so forth: in other words a society in which market forces and consumer preferences could establish the relative value of coal and diamonds in the opposite sense to that operating in our own society. That is not to say that everyone has the same preferences. A woman who had no interest in fashion might not attach any more importance to a handbag from a fashion house than to one from a chain store, and might be unwilling to spend any more on the one than the other. But she would acknowledge that the former handbag was more valuable than the latter (and would doubtless claim its market value under her insurance policy if it were stolen), unless she was using the word "valuable" in a sense other than its economic one »¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁹ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §119.

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, §122. – *Adde Ipswich Town Football Club v. Chief Constable of Suffolk* [2017] EWHC 375.

En conséquence, il concluait qu'il ne fallait pas confondre le *choix* d'un individu donné sur un marché, celui-ci étant libre d'acheter ou de ne pas acheter, une aptitude qu'il fallait protéger, et la *valeur*, nécessairement objective, des choses¹¹⁸¹.

127. – Retour à *Benedetti* (suite) : le rejet de la *subjective devaluation* par Lord Reed, une analyse. Le rejet radical de la *subjective devaluation* par Lord Reed s'inscrivait dans un souci de cohérence et non un positionnement dogmatique. Ainsi qu'il l'avait admis, il était nécessaire de protéger l'autonomie du défendeur en ne le tenant pas responsable d'un avantage qu'il n'aurait jamais acquis à hauteur de sa valeur marchande. Cependant, il était quelque peu malaisé, voire étrange, de considérer que le meilleur moyen de protéger cette autonomie était d'atténuer la valeur objective de cet avantage en considération de sa valeur subjective. Il était plus simple de se demander si, compte tenu des circonstances (*free acceptance*) ou de la nature de l'avantage (*incontrovertible benefit*), il était injuste de le contraindre à rendre ce qu'il avait acquis¹¹⁸². En l'état du *common law*, où la question de l'*unjust enrichment* n'en était qu'« à ses débuts » et où il restait « à voir si l'on avait trouvé l'analyse la plus appropriée »¹¹⁸³, cette approche était indubitablement la plus prudente et la plus logique, d'autant que la cour avait unanimement refusé l'argument de sur-évaluation (*overvaluation*) avancé par Benedetti au motif, justement, que celle-ci était sans rapport avec la nécessité de préserver son autonomie¹¹⁸⁴.

128. – Retour à *Benedetti* (suite et fin) : le rejet de la *subjective devaluation* par Lord Reed, une analyse (suite et fin) – *Harrison v. Madejski and Coys of Kensington*. La critique de Lord Reed allait au-delà de considérations de fond et s'étendait à des questions de preuve. En effet, il était plus aisé de plaider l'argument de *free acceptance* ou de l'*incontrovertible benefit* que celui de la *subjective devaluation*, ce qui laissait penser que la valeur marchande était, de fait, incontournable. Lord Clarke avait lui-même reconnu que les cours ne seraient que très peu enclines à donner droit aux vues (subjectives) du défendeur, à moins qu'elles n'aient été l'objet d'une « manifestation

¹¹⁸¹ *Benedetti* [2013] UKSC 50, §117.

¹¹⁸² *Ibid.*

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, §29, *per* LORD CLARKE. – *Comp. ibid.*, §§120-121, *per* LORD REED ; et §§193-200, *per* LORD NEUBERGER. – Adde BURROWS, *The Law of Restitution, op. cit.*, 2^{ème} éd., p. 158.

objective », une gageure, en témoigne la décision de la Court of Appeal dans *Harrison v. Madejski and Coys of Kensington*¹¹⁸⁵.

En l'espèce, Harrison avait acheté aux enchères, par l'entremise de son fils, une Jaguar XJ220, immatriculée JM2, appartenant à Sir John Madejski, un homme d'affaires anglais, propriétaire du Reading Football Club. La vente avait été organisée par Coys of Kensington et il ressortait que l'inclusion de la plaque personnalisée résultait d'une erreur. La voiture avait été acquise pour 100.000£, mais Sir John Madejski entendait recouvrer la valeur marchande de la plaque, soit 50.000£. Harrison s'était refusé à la restituer en arguant que, s'il avait su que la plaque était incluse, il n'aurait acquis la Jaguar qu'à hauteur de 130.000£, et qu'en conséquence la restitution ne pouvait excéder 30.000£. L'argument d'Harrison n'avait que peu de chance de convaincre les juges dans la mesure où un *precedent* avait été parfaitement établi par la Court of Appeal dans *McDonald v. Coys of Kensington*¹¹⁸⁶. À l'instar de McDonald, Harrison avait acquis un avantage incontestable évalué à 50.000£ dont il ne pouvait s'émanciper en soutenant qu'il ne lui prêtait pas une telle valeur, d'autant qu'il apparaissait que des tiers avaient exprimé leur intérêt pour la plaque au prix de sa valeur marchande¹¹⁸⁷. Les juges de la cour de comté de Reading et la Court of Appeal ne s'étaient par conséquent pas attardés sur l'éventualité d'une dépréciation subjective au motif que « rien n'indiquait, à l'exception de considérations personnelles à M. Harrison, que la plaque avait une valeur moindre que sa valeur marchande »¹¹⁸⁸. Harrison était pourtant parvenu à faire valoir qu'il avait donné des instructions claires à son fils en lui interdisant d'enchérir à plus de 130.000£ si la Jaguar était vendue avec la plaque personnalisée et 100.000£ si elle ne l'était pas. Il apparaissait donc qu'il avait objectivement fait valoir ses vues quant à la valeur de la plaque, en vain.

δ. – La quantification de l'enrichissement : la question du *disenrichment*

129. – Le désenrichissement comme exception à une action en *unjust enrichment*.

Il ressort de la décision des membres de la Supreme Court dans *Benedetti* que l'enrichissement est toujours évalué à sa valeur marchande et qu'il est difficile, voire

¹¹⁸⁵ [2014] EWCA Civ. 361.

¹¹⁸⁶ [2004] EWCA Civ. 47.

¹¹⁸⁷ *Harrison* [2014] EWCA Civ. 361, §48, *per* SIR TERENCE ETHERTON.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, §57.

impossible lorsqu'il est incontestable ou librement accepté, de s'en émanciper, sauf à arguer d'une dépréciation subjective. Il reste cependant que, passé ce processus de quantification, le défendeur n'est tenu que *prima facie* ; il est donc toujours à même de faire valoir une *defence*, à savoir « un argument qui, lorsqu'il est mis en branle, aboutit à un verdict [en sa faveur] alors même que tous les ingrédients [de l'action] par laquelle le demandeur le poursuit sont réunis »¹¹⁸⁹.

Les *defences* en matière d'enrichissement consistent assez prosaïquement à soutenir que le défendeur n'est plus en possession de ce qu'il a acquis, qu'il s'est, en quelque sorte, désenrichi, et qu'il serait injuste de le contraindre à procéder à une restitution, sauf à nuire substantiellement à sa situation financière. Ainsi que Birks l'avait analysé :

« [The defences of disenrichment] draw a necessary line around the typically strict liability in unjust enrichment. That strict liability, triggered by relatively weak facts, is at first sight counter-intuitive, even repulsive. But [...] no other regime can be satisfactory in the business of relocating extant gains. The defence[s] ensure that the defendant, unless disqualified [from relying on it], will be strictly liable only to the extent that his assets remain swollen. Only a recipient who is disqualified will remain liable despite disenrichment, but for him the liability will not be strict, since on all views disqualification supposes fault on the part of the recipient. [I]n the same breath the defence[s] reconcile the interest in obtaining restitution of unjust enrichment with the competing interest in the security of receipts. There is a general interest in our being free to dispose of wealth which appears to be at our disposition. The defence[s] avoid the need to sterilise funds against the danger of unsuspected unjust enrichment claims »¹¹⁹⁰.

À l'évidence, le défendeur ne saurait réduire le montant de sa responsabilité en *unjust enrichment* en arguant candidement qu'il n'a plus ce qu'on exige en restitution ; il est nécessaire qu'il établisse des circonstances qui justifient qu'il ait disposé, comme il l'a fait, de ce qu'il a reçu. Il doit alors prouver que, sans (*but for*) la réception de l'enrichissement litigieux, il n'aurait pas sensiblement « changé sa situation financière » (*change of position*), à savoir qu'il n'aurait pas engagé les « dépenses exceptionnelles » (*extraordinary expenditures*) qui « expliquent son désenrichissement », mais plus que tout, qu'il se « croyait légitimement » en droit d'agir comme il l'a fait (*reliance*), en l'occurrence qu'à ses yeux le transfert de valeur lui était destiné et qu'il se sentait libre d'en disposer comme il l'entendait ; assez spontanément, cela n'est pas sans

¹¹⁸⁹ GOUDKAMP J., *Tort Law Defences*, Hart Publishing, 2013, p. 2. – Adde GOUDKAMP J. et MITCHELL C., « Denials and Defences in the Law of Unjust Enrichment » in MITCHELL C. et SWADLING W. (dir.), *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2013, pp. 133-164.

¹¹⁹⁰ BIRKS, *Unjust enrichment*, *op. cit.*, p. 209.

évoquer les contours de l'une des *doctrines* « les plus souples et utiles de l'arsenal du droit » anglais, l'*estoppel*¹¹⁹¹.

130. – L'estoppel, une introduction (*Grunt v. Great Boulder Gold Mines*). La *doctrine of estoppel* est une règle de preuve (*evidential rule*) dont les ramifications s'étendent à la substance même des droits invoqués par les parties (*substantive law rule*)¹¹⁹², par laquelle le demandeur est empêché, ou plus exactement, et le néologisme est ici assumé, « estoppé »¹¹⁹³, de se prévaloir de faits qui contredisent les apparences (*representation*) qu'il a créé et sur lesquelles le défendeur s'est fondé¹¹⁹⁴. Elle est disponible tant *at common law* qu'*in equity* et repose essentiellement sur un souci de justice et d'équité, d'où sa réputation d'« arme » à la fois « flexible et efficace »¹¹⁹⁵. Toutefois, elle n'est pas un instrument de pure discrétion et nécessité, afin d'être invoquée avec succès, que le défendeur prouve qu'il se croyait légitimement en droit de se fonder sur les apparences créées par le demandeur et qu'il a, en conséquence, changé sa position à son détriment, une gageure. Ainsi que l'a analysé Justice Dixon (1886–1972) dans *Grunt v. Great Boulder Gold Mines* :

« The justice of an estoppel is not established by the fact in itself that a state of affairs has been assumed as the basis of action or inaction and that a departure from the assumption would turn the action or inaction into a detrimental change of position. It depends also on the manner in which the assumption has been occasioned or induced. Before anyone can be estopped, he must have played such a part in the adoption of the assumption that it would be unfair or unjust if he were left free to ignore it. But the law does not leave such a question of fairness or justice at large. It defines with more or less completeness the kinds

¹¹⁹¹ *Amalgamated Investment and Property v. TCI Bank* [1981] 3 WLR 565, p. 575, *per* LORD DENNING.

¹¹⁹² Il a été défendu avec vigueur que l'*estoppel* n'était que de nature procédurale, *London Joint Stock Bank v. MacMillan* [1918] AC 777, spéc. p. 818, *per* le VISCOUNT HALDANE, mais il semble aujourd'hui que les juges lui accordent une nature plus complexe, *Canada & Dominion Sugar Company v. Canadian National (West Indies) Steamships* [1946] AC 46, p. 56, *per* LORD WRIGHT, dans la mesure où elle affecte *in fine* le droit des parties, le demandeur étant dans l'incapacité de faire valoir des éléments matériels au succès de son action, voy. *Berridge and Others v. Benjies Business Centre* [1996] UKPC 38, §13, *per* LORD HOFFMAN.

¹¹⁹³ Ainsi que le rappelle Sir Edward Coke (1552–1634) : « “*Estoppe*”, commeth of the French word *estoupe*, from whence the English word stopped: and it is called an estoppel or conclusion, because a man's owne act or acceptance stoppeth or closeth up his mouth to alleage or plead the truth », *in Co. Litt.* 352a. – *Adde Hunter v. Chief Constable of West Midlands* [1980] QB 283, pp. 316-317, *per* LORD DENNING.

¹¹⁹⁴ Il est ici fait mention d'une famille d'*estoppels* communément décrite comme étant *reliance-based*, COOKE E., *The Modern Law of Estoppel*, OUP, 2000, pp. 6-15. Elle se distingue des *formal estoppels*, tels que les *contractual estoppels* ou les *statutory estoppels*, des *estoppels* qui se fondent sur l'autorité d'un contrat ou d'un *statute* ; l'*estoppels by election*, qui se fonde sur un choix entre des alternatives mutuellement exclusives ; et l'*estoppel per rem judicatam*, qui se fonde sur l'autorité de la chose jugée, ce dernier n'ayant que peu en commun avec les autres, *Watt v. Ahsan* [2007] UKHL 51, §30, *per* LORD HOFFMANN.

¹¹⁹⁵ *Moorgate Mercantile v. Twitchings* [1976] 1 QB 225, p. 241, *per* LORD DENNING. – Adde POLLOCK F., « The Expansion of the Common Law. IV. The Law of Reason », *Columbia Law Review* 1904, pp. 171-194, p. 172, cité par Lord Wright *in Canada & Dominion Sugar Company* [1946] AC 46, p. 55.

of participation in the making or acceptance of the assumption that will suffice to preclude the party if the other requirements for an estoppel are satisfied. [...] “Whether a departure by a party from the assumption should be considered unjust and inadmissible depends on the part taken by him in occasioning its adoption by the other party. He may be required to abide by the assumption because it formed the conventional basis upon which the parties entered into contractual or other mutual relations, such as bailment; or because he has exercised against the other party rights which would exist only if the assumption were correct [...]; or because knowing the mistake the other laboured under, he refrained from correcting him when it was his duty to do so; or because his imprudence, where care was required of him, was a proximate cause of the other party’s adopting and acting upon the faith of the assumption; or because he directly made representations upon which the other party founded the assumption” »¹¹⁹⁶.

Ces circonstances, qui justifient que le défendeur ait nourri une confiance légitime à l’égard des apparences créées par le demandeur, sont douées de logiques propres qui, sans fusionner, convergent en une même structure analytique. Elles supposent toutes, en effet, que le demandeur ait, sans la moindre équivoque, créé l’apparence d’un état de fait sur lequel le défendeur s’est fondé, et qu’il est raisonnable de conclure que ce dernier y ait cru de telle sorte qu’il serait injuste de le contraindre à la réalité.

131. – Estoppel et unjust enrichment : National Westminster Bank v. Somer International. L’estoppel trouve naturellement des applications en matière de *defences* en désenrichissement, mais il est particulièrement difficile à invoquer et à mettre en œuvre, en témoigne la décision de la Court of Appeal dans *National Westminster Bank v. Somer International*¹¹⁹⁷. En l’espèce, la National Westminster Bank (NatWest) avait crédité, par erreur, le compte de la Somer International, une société anglaise spécialisée dans l’export de matériels informatiques, d’une somme de 76.708\$, et elle l’avait amené à croire qu’il s’agissait d’un paiement fait par l’un de ses clients, Mentor. Somer avait par conséquent expédié à ce dernier une série de marchandises d’une valeur de 13,180£, soit 21,616\$, avant de réaliser que le solde de son compte commercial n’avait pas été réduit. Parallèlement, NatWest, qui s’était rendue compte de son erreur, avait exigé la restitution des 76.798\$ et avait obtenu gain cause devant la cour de comté de Bristol. Cependant, le juge Neligan avait réduit la responsabilité de Somer à 36.688£, par application d’un *estoppel*, afin de refléter les dépenses qu’elle avait engagé sur la foi du paiement litigieux.

¹¹⁹⁶ (1938) 59 CLR 641, pp. 674-675, citant son propre jugement dans *Thompson v. Palmer* (1933) 49 CLR 547. – *Adde ING Bank v. Ross Roca* [2012] 1 WLR 472, §61, *per* LORD JUSTICE CARNWATH.

¹¹⁹⁷ [2001] EWCA 970 ; [2002] 3 WLR 64.

La Court of Appeal avait été saisie par Somer, qui exigeait que l'action en *unjust enrichment* de NatWest soit entièrement rejetée (*complete bar*) ; elle se fondait sur le *precedent* établi par cette même cour dans *Avon County Council v. Howlett*¹¹⁹⁸. En l'espèce, un employé du comté d'Avon, Howlett, avait reçu, au titre d'un congé maladie, un paiement à taux plein sur une période où il aurait dû ne recevoir qu'un demi-taux et s'était par conséquent enrichi de 1.007£. Il était acquis qu'il était de bonne foi et qu'il avait entrepris les démarches nécessaires afin de vérifier que le paiement ne procédait pas d'une erreur. Le service comptable d'Avon lui avait alors répondu que tout était en ordre. Ce dernier s'était par la suite rendu compte de son erreur et avait exigé la restitution des trop-perçus, mais Howlett s'y était opposé en arguant qu'il avait disposé de plus de la moitié des sommes réclamées (546,61£) sur la croyance légitime qu'il y avait droit et qu'il était, de ce fait, impossible de les rendre sans nuire substantiellement à sa situation financière. En somme, en raison des apparences créées par le service des paies, celui-ci devait être estoppé. Justice Sheldon (1913–2004), statuant en première instance, avait donné droit au comté d'Avon et exigé qu'Howlett restitue les trop-perçus, mais ce uniquement à hauteur des sommes qu'il n'avait pas utilisées (460,39£), celui-ci ayant été à même de réduire, par application d'un *estoppel*, sa responsabilité au regard des dépenses qu'il avait engagées à la suite de son enrichissement :

« [T]he payer will be estopped from claiming restitution only if *and to the extent* that the payee [...] has so changed his position that it would be inequitable to require him to repay the sum of money in question »¹¹⁹⁹.

Les membres de la Court of Appeal réformèrent cependant le jugement, estimant que l'*estoppel* ne pouvait opérer au *pro tanto*, justifiant le rejet de l'action du comté d'Avon :

« So far as they go, the authorities suggest that in cases where estoppel by representation is available as a defence to a claim for money had and received, the courts similarly do not treat the operation of the estoppel as being restricted to the precise amount of the detriment which the representee proves he has suffered in reliance on the representation »¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁸ [1983] 1 WLR 605 ; [1983] 1 All ER 1073.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 615-617.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 620-625, *per* LORD JUSTICE SLADE, se fondant, *inter alia*, sur *Skyring v. Greenwood* (1825) 4 B. & C. 281, et *Holt v. Markham* [1923] 1 KB 504.

L'approche *all-or-nothing* de l'*estoppel* dans *Howlett* avait été critiquée pour sa radicalité, encore qu'elle se justifiait sur le plan pratique. À l'évidence, le jugement de Justice Sheldon avait le mérite de l'équilibre dans la mesure où il limitait l'effet de l'*estoppel* aux conséquences dommageables des apparences créées par le demandeur, mais il supposait, en contrepartie, que le défendeur prouve avec précision la nature et la hauteur du préjudice qu'il avait subi. Or, il était quelque peu malaisé d'exiger d'une personne qui se croyait en droit de jouir librement de ce qu'elle avait reçu de la contraindre à rendre compte, avec exactitude, de chacune de ses dépenses. Ainsi que l'avait analysé le Chief Justice Abbott (1762–1832) dans *Skyring v. Greenwood* :

« It is of great importance to any man [...] that [he] should not be led to suppose that [his] income is greater than it really is. Every prudent man accommodates his mode of living to what he supposes to be his income; it therefore works a great prejudice to any man, if after having had credit given him in account for certain sums, and having been allowed to draw on his agent on the faith that those sums belonged to him he may be called upon to pay them back »¹²⁰¹.

Toutefois, était-ce suffisant pour justifier le refus catégorique d'une approche au *pro tanto* de l'*estoppel*, d'autant qu'en l'espèce chacune des dépenses avaient été prouvées et mises en contexte ? De surcroît, n'était-il pas injuste de permettre au défendeur de retenir la part non-préjudiciable de son enrichissement en faisant échec à l'intégralité des prétentions du demandeur alors que le recours à un *estoppel* était supposé prévenir l'émergence d'une situation inéquitable ? N'y avait-il pas là une contradiction ?

Les membres de la Court of Appeal dans *Howlett* n'avaient pas caché leur embarras face à la solution obtenue ; ainsi que l'avait admis Lord Justice Cumming-Bruce (1912–2000) :

« [I]t is not easy to determine whether and when the court will restrict the effect of an estoppel if to apply it with the full rigour will clearly produce injustice. Viscount Cave [1856–1928] in *R.E. Jones v. Waring & Gillow* evidently thought that the court should find a way of preventing a party so using estoppel as to make a profit, and Lord Denning [1899–1999] thought that estoppel was a flexible doctrine. [...] I do not consider that the decision of this court in the instant appeal is authority for the proposition that where, on the facts, it would be clearly inequitable to allow a party to make a profit by pleading estoppel, the court will necessarily be powerless to prevent it »¹²⁰².

¹²⁰¹ *Skyring* (1825) 4 B. & C. 281, p. 289.

¹²⁰² *Howlett* [1983] 1 WLR 605, p. 608, en référence à *R.E. Jones v. Waring & Gillow* [1926] AC 670, p. 685, et *Amalgamated Investment and Property* [1981] 3 WLR 565. – Comp. *Howlett* [1983] 1 WLR 605, pp. 611-612, *per* LORD JUSTICE EVELEIGH, et pp. 624-625, *per* LORD JUSTICE SLADE.

Cependant, ils s'étaient sentis contraints par les autorités établies par les juges de la Court of King's Bench et de la Court of Appeal dans *Skyring* et *Holt v. Markham*¹²⁰³, encore qu'elles n'étaient pas aussi claires qu'ils entendaient le faire valoir. En effet, les juges ne s'étaient pas prononcés sur la portée de l'*estoppel* en l'espèce. Ils n'avaient juste pas cherché à savoir dans quelle mesure les apparences avaient été préjudiciables pour les défendeurs¹²⁰⁴. En conséquence, les membres de la Court of Appeal, dans *Somer*, revirent sur ce *precedent* et rejetèrent l'appel. Ils estimèrent que, bien que l'*estoppel* soit régi par des considérations de justice et d'équité, et qu'il requérait, afin de faire pleinement échec à l'action du demandeur, de faire état d'un préjudice allant au-delà du *de minimis*, il était nécessaire d'éviter que le défendeur ne conserve l'intégralité d'un paiement fait par erreur lorsqu'il ressortait que, au regard des apparences qui avaient été induites et de leurs répercussions, il serait inéquitable de procéder ainsi. En somme, le défendeur ne pouvait faire valoir un *estoppel* que « si, et dans la mesure où », les apparences s'étaient révélées préjudiciables¹²⁰⁵. Dès lors, *Somer* n'ayant pas fait preuve d'un préjudice couvrant l'intégralité des sommes demandées par NatWest, il ne pouvait pas se prévaloir d'un *estoppel* avec un plein effet¹²⁰⁶.

132. – *Defence of disenrichment et unjust enrichment : Lipkin Gorman v. Karpnale.*

L'âpre débat quant à la portée de l'*estoppel* dans *Somer* faisait écho à un important changement de paradigme en matière de *defences* en désenrichissement. En effet, la nature de l'*estoppel* se prêtait mal aux contours encore flous de l'action en *unjust enrichment* (reconnue dix ans plus tôt) et nécessitait de tordre avec une certaine désinvolture de cette *doctrine* qui n'avait pas été pensée le long de ce chef de responsabilité¹²⁰⁷. Il était donc apparu impérieux de concevoir une véritable *defence* en désenrichissement qui pouvait se mettre en œuvre au *pro tanto*, ce qu'avait fait la House of Lords dans *Lipkin Gorman v. Karpnale*¹²⁰⁸.

En l'espèce, Cass, un associé de la société de *solicitors* Lipkin Gorman, souffrait d'une addiction aux jeux et avait détourné 323.222£ du compte de sa société afin de les miser sur

¹²⁰³ [1923] 1 KB 504.

¹²⁰⁴ Les affaires avaient trait à des versements excédentaires de soldes et de gratifications au profit de militaires.

¹²⁰⁵ *Somer* [2002] 3 WLR 64, p. 81, *per* LORD JUSTICE POTTER.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 83, *per* LORD JUSTICE POTTER ; p. 85-86, *per* LORD JUSTICE CLARKE ; et pp. 87-88, *per* LORD JUSTICE GIBSON. – Comp. *United Overseas Bank v. Jiwani* [1976] 1 WLR 964.

¹²⁰⁷ BARNES M., *The Law of Estoppel*, Hart Publishing, 2020, pp. 259-278.

¹²⁰⁸ [1988] UKHL 12 ; [1991] 2 AC 548 ; [1991] 3 WLR 10.

les tables du Playboy Club de Londres, propriété de Karpnale, qui ignorait tout de la provenance des fonds. Il avait joué 561.015£ sur une période de dix mois, gagné 378.294£ et perdu au moins 174.745£, dont *in fine* 154.695£ pouvaient être liés aux sommes diverties¹²⁰⁹. Découvert, il avait été condamné à trois ans de prison et, les circonstances faisant, Lipkin Gorman s'était retournée contre Karpnale afin d'exiger le recouvrement des sommes détournées.

Justice Alliot (1932–2016), statuant au nom du Queen's Bench, et les membres de la Cour of Appeal n'avaient pas fait droit à la demande de Lipkin Gorman au motif qu'il n'existait pas de *precedent* en droit anglais qui permettait au propriétaire de fonds volés de les récupérer lorsque le voleur les avait perdus au jeu¹²¹⁰. Les membres de la House of Lords, sous le leadership de Lord Templeman (1920–2014) et de Lord Goff, avaient cependant admis le principe de la responsabilité en *unjust enrichment* de Karpnale en retenant que celle-ci avait acquis les sommes détournées aux dépens des *solicitors*, les paris de Cass leur étant inopposables (*unenforceable*) par application de la Sec. 18 du Gaming Act 1845. Toutefois, Karpnale avait fait valoir qu'il serait injuste de la tenir à la restitution des 154.695£ dans la mesure où elle avait été de bonne foi lors de la réception et de la manipulation de ses sommes, et que sa situation financière avait évolué depuis l'encaissement des mises de Cass, celle-ci étant contrainte d'honorer les paris gagnants d'autres clients, une prétention à laquelle Lord Goff ne s'était pas opposé sur le principe :

« [W]here an innocent defendant's position is so changed that he will suffer an injustice if called upon to repay or to repay in full, the injustice of requiring him so to repay outweighs the injustice of denying the plaintiff restitution. If the plaintiff pays money to the defendant under a mistake of fact, and the defendant then, acting in good faith, pays the money or part of it to charity, it is unjust to require the defendant to make restitution to the extent that he has so changed his position. Likewise, on facts such as those in the present case, if a thief steals my money and pays it to a third party who gives it away to charity, that third party should have a good defence. In other words, bona fide change of position should of itself be a good defence in such cases as these »¹²¹¹.

Toutefois, il avait estimé que cette *defence* était en l'espèce inapplicable¹²¹². En effet, il considérait que même si le club avait changé sa situation financière à chaque fois qu'un joueur avait parié, à savoir qu'il s'était exposé au risque de devoir payer aux gagnants une

¹²⁰⁹ Cass avait joué 20.050£ de fonds propres, d'où la différence quant aux pertes.

¹²¹⁰ [1987] 1 WLR 987 ; [1989] 1 WLR 1340 ; [1992] 4 All ER 331 & 409.

¹²¹¹ *Lipkin Gorman* [1991] 2 AC 548, pp. 578-580. – Comp. *Durrant v. Ecclesiastical Commissioners for England and Wales* (1880) 6 QBD 2234, et *Baylis v. Bishop of London* [1913] 1 Ch. 123.

¹²¹² BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, *op. cit.*, éd. 1985, pp. 410-415.

somme nettement supérieure au montant de leurs paris, seul l'ensemble des paris (gagnants et perdants) était pertinent :

« [T]he point is that there has been a series of transactions under which all the bets have been placed by paying the plaintiff's money to the casino, and on each occasion the casino has incurred the risk that the gambler will win. It is the totality of the bets which yields, by the laws of chance, the occasional winning bet; and the occasional winning bet is therefore, in practical terms, the result of the casino changing its position by incurring the risk of losing on each occasion when a bet is placed with it by the gambler. So, when in such circumstances the plaintiff seeks to recover from the casino the amount of several bets placed with it by a gambler with his money, it would be inequitable to require the casino to repay in full without bringing into account winnings paid by it to the gambler on any one or more of the bets so placed with it. The result may not be entirely logical; but it is surely just »¹²¹³.

133. – Change of position, une analyse : *Scottish Equitable v. Derby*. Le *change of position* est parfois décrit comme un *estoppel* sans les apparences (*estoppel minus representation*), et il est vrai qu'il est difficile d'ignorer les liens entre ces deux *doctrines*, que ce soit tant sur le plan historique que pratique¹²¹⁴. Toutefois, il est aujourd'hui acquis que le *change of position* n'est pas une variété d'*estoppel*, et réciproquement¹²¹⁵. En effet, nonobstant des champs d'application qui se chevauchent, leurs conditions de mise en œuvre et leurs effets ne sont pas les mêmes, encore que cette différence relève plus d'une variation de degré que de l'incommensurable¹²¹⁶.

Le *change of position*, contrairement à l'*estoppel*, n'est pas focalisé sur l'aspect préjudiciable (*detrimental effect*) des apparences créées par le demandeur, mais seulement sur les conséquences de la réception de l'avantage litigieux et de sa restitution au regard de la situation financière du défendeur ; il s'articule autour de deux principes fondamentaux :

« The defendant has a defence to the extent that –
(a) the defendant's position has changed as a consequence of, or in anticipatory reliance on, obtaining the benefit, and

¹²¹³ *Lipkin Gorman* [1991] 2 AC 548, pp. 582-583.

¹²¹⁴ BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, op. cit., éd. 1985, p. 410. – *Adde id.*, *Restitution – The Future*, Federation Press, 1992, pp. 141-143. – *Contra id.*, « Change of Position and Surviving Enrichment » in SWADLING W. (dir.), *The Limits of Restitutionary Claims: A Comparative Analysis*, UKNCCL, 1997, pp. 36-63, pp. 50-51.

¹²¹⁵ KEY P., « Excising Estoppel by Representation as a Defence to Restitution », *CLJ* 1995, pp. 525-535. – *Adde id.*, « Estoppel by Representation as a Defence to Restitution: The Exception Proves the Rule? », *CLJ* 2001, pp. 465-468. – Comp. KLIMCHUK D., « What Kind of Defence is Change of Position » in DYSON, GOUDKAMP et WILMOT-SMITH (dir.), op. cit., pp. 69-86.

¹²¹⁶ BANT E., *The Change of Position Defence*, Hart Publishing, 2009, pp. 25-64.

(b) the change is such that the defendant would be worse off by making restitution than if the defendant had not obtained, or relied in anticipation on obtaining, the benefit »¹²¹⁷.

Le *change of position* n'est disponible que lorsque le défendeur a subi une diminution de ses actifs et qu'il parvient à démontrer avec précisions que, sans (*but for*) l'enrichissement, cela ne serait pas arrivé¹²¹⁸. Il est de surcroît tenu de prouver que les dépenses qui fondent son changement de situation financière sont extraordinaires, en ce sens qu'elles n'auraient jamais eu lieu « en suivant le cours normal des choses »¹²¹⁹. Cette approche stricte vise non seulement à limiter le recours à cette *defence* à des circonstances exceptionnelles, mais surtout à éviter que les juges ne statuent en s'appuyant sur des considérations de pure sympathie¹²²⁰. Il est vrai que les actions en *unjust enrichment* se révèlent parfois sévères à l'égard de défendeurs souvent irréprochables ou en état de faiblesse, et il est tentant de se montrer indulgent. Toutefois, ce n'est pas la vocation des cours de « modifier la dure réalité de la vie », en témoigne la décision de la Court of Appeal dans *Scottish Equitable v. Derby*¹²²¹.

En l'espèce, la compagnie d'assurance Scottish Equitable avait versé à l'un de ses clients, Derby, une prime dont le montant avait été surévalué et avait exigé la restitution de l'excédent. Cependant, son assuré s'y était opposé, arguant, *inter alia*, qu'il avait engagé une série de dépenses qui avait substantiellement changé sa situation financière, encore qu'il n'avait été à même de faire valoir que de « modestes améliorations de son style de vie » d'une valeur de 9.622£, alors que sa responsabilité était évaluée *prima facie* à 172.451£, la cour s'étant refusée à y inclure l'acquittement d'un prêt hypothécaire d'environ 30.000£ au motif qu'il « n'était pas préjudiciable de payer une dette qui devait

¹²¹⁷ BURROWS, *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, *op. cit.*, sec. 23(1), repris par Justice Henderson in *Test Claimants in the FII Group Litigation v. HMRC (No 2)* [2014] EWHC 4302 ; [2015] STI 49, §343. – *n.b.* Cette approche, dite large, s'oppose à l'approche étroite, qui suppose que le *change of position* ait été, à proprement parler, préjudiciable, BURROWS A., « Change of Position: The View from England », *Loyola Los Angeles Law Review* 2003, pp. 803-830, p. 805.

¹²¹⁸ *Commerzbank v. Gareth Price-Jones* [2003] EWCA Civ. 1663, §39, *per* LORD JUSTICE MUMMERY. – *Comp. ibid.*, §59, *per* LORD JUSTICE MUNBY.

¹²¹⁹ *Lipkin Gorman* [1991] 2 AC 548, p. 580, *per* LORD GOFF. – *Comp. South Tyneside Metropolitan Borough Council v. Svenska International* [1995] 1 All ER 545 ; *Philip Collins v. Davis* [2000] 3 All ER 808, spéc. p. 827, *per* JUSTICE PARKER ; et *MGN v. Horton* [2009] EWHC 1680 ; [2009] All ER 99, spéc. §33, *per* JUSTICE TUGENDHAT. – *Adde* HO L. et FUNG E., « Establishing Estoppel after the Recognition of Change of Position », *RLR* 2001, pp. 52-66.

¹²²⁰ GRANTHAM R., « The Equitable Basis of the Law of Restitution » in DEGELING, S. et EDELMAN, J. (dir.), *Equity in Commercial Law*, Federation Press, 2005, pp. 349-379.

¹²²¹ [2001] EWCA Civ. 369 ; [2001] 3 All ER 818. – *Adde Filby v. Mortgage Express (No.2)* [2004] EWCA Civ. 759, §67, *per* LORD JUSTICE MAY.

être remboursée tôt ou tard »¹²²². Le conseil de Derby avait néanmoins invité les juges à faire preuve d'une certaine mansuétude au regard des récentes difficultés de son client – il avait perdu son travail, sa santé, sa femme et sa maison –, et il était indéniable que l'action de Scottish Equitable « avait constitué une amère déception ». En vain. Ainsi que l'avait conclu Lord Justice Walker :

« [I]t is impossible not to feel sympathy for [Derby], beset as he now is by financial problems, matrimonial problems and health problems. But the court must proceed on the basis of principle, not sympathy, in order that the defence of change of position should not “disintegrate into a case by case discretionary analysis of the justice of individual facts, far removed from principle” »¹²²³.

Les membres de la Court of Appeal avaient alors ordonné la restitution de l'excédent, moins les quelques milliers de livres sterling qu'avait engagé le défendeur afin d'améliorer son style de vie, et ce quand bien même Scottish Equitable était la seule à blâmer pour son erreur.

134. – *Change of position, une analyse (suite) : Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica.* À l'instar de l'*estoppel*, le *change of position* suppose que le défendeur ait entretenu « une certaine forme de confiance légitime » à l'égard de l'enrichissement qu'il a reçu¹²²⁴. Cependant, le critère est entendu avec latitude (quand il n'est pas entièrement occulté) et se résume, dans la plupart des cas, à des questions de bonne foi ou de comportement fautif¹²²⁵. Ainsi, le défendeur ne peut se prévaloir d'un *change of position* lorsqu'il est de mauvaise foi, à savoir lorsqu'il savait qu'il n'avait pas le droit de recevoir l'enrichissement, ou lorsqu'il avait manqué à un devoir de diligence compte tenu de sa position commerciale¹²²⁶. Il en va de même lorsqu'il a pris le risque de voir sa situation financière changer¹²²⁷. Néanmoins, il peut valablement s'en prévaloir lorsqu'il a encouru, de bonne foi, des dépenses avant même d'avoir reçu l'enrichissement litigieux, à charge

¹²²² *Scottish Equitable* [2001] EWCA Civ. 369, §35, per LORD JUSTICE WALKER, citant *RBC Dominion Securities v. Dawson* (1994) 111 DLR 230.

¹²²³ *Scottish Equitable* [2001] EWCA Civ. 369, §34, citant BURROWS A., *The Law of Restitution*, Butterworths, 1993, 1^{ère} éd., p. 426.

¹²²⁴ *Crédit Suisse (Monaco) v. Attar* [2004] EWHC 374.

¹²²⁵ *Comp. Hua Rong Finance v. Mega Capital Enterprises* [2000] HKCFI 1310 ; et *National Bank of New Zealand v. Waitaki International Processing* [1999] 2 NZLR 211.

¹²²⁶ *Rahmah v. Abacha* [2006] EWCA Civ. 1492, §52, per LORD JUSTICE RIX. – *Adde Niru Battery Manufacturing v. Milestone Trading (No 1)* [2002] EWHC 1425 ; [2002] All ER 705, spéc. §§122-135, per JUSTICE MOORE-BICK, confirmée *ibid.* [2003] EWCA Civ. 1446 ; [2004] QB 985.

¹²²⁷ *Haugesund Kommune v. Depfa ACS Bank* [2010] EWCA Civ. 579.

cependant de démontrer qu'il a agi en se fondant sur cette réception à venir. Tel avait été le cas dans *Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica*¹²²⁸.

En l'espèce, la banque Dextra, un établissement incorporé aux Îles Caïmans, avait été victime d'une escroquerie qui l'avait amené à consentir un prêt de 2.999.000 de dollars des États-Unis à la banque de Jamaïque, cette dernière ayant été conduite à croire qu'elle allait recevoir les sommes au titre d'une opération de change en dollars jamaïcains, dont le produit devait être versé à des tiers (qui n'étaient autres que les escrocs). La banque de Jamaïque avait procédé au paiement en dollars jamaïcains avant de recevoir les fonds de Dextra – une configuration qui, *a priori*, n'aurait pas permis d'invoquer un lien pertinent de causalité –, mais les membres du Privy Council avaient estimé que cela n'était pas à même de l'empêcher de se prévaloir d'un *change of position* :

« The defence should be regarded as founded on a principle of justice designed to protect the defendant from a claim to restitution in respect of a benefit received by him in circumstances in which it would be inequitable to pursue that claim, or to pursue it in full. In any event, since the context of a restitutionary action requires that the expected payment has in any event been received by the defendant, giving effect to “anticipatory reliance” in that context will indeed operate to protect the security of an actual receipt »¹²²⁹.

135. – *Change of position, une analyse (suite et fin)*. L'accent sur le concept de confiance légitime (*reliance*), et sa conjugaison avec celui d'équité, n'est pas sans soulever quelques doutes quant à la nature du *change of position*, et à plus forte raison, sa fonction au sein du *law of unjust enrichment*.

Il est incontestable que lorsque le défendeur excipe le fait qu'il a encouru un certain nombre de dépenses à la suite de son enrichissement, de sorte qu'il serait injuste de le contraindre à restitution, il nie, ou nuance, un élément matériel à sa responsabilité¹²³⁰. Cependant, voit-il celle-ci se réduire, ou disparaître, parce qu'il n'est plus enrichi, ou parce qu'il est injuste (inéquitable) qu'il soit tenu de répondre de quelque chose dont il se croyait en droit de disposer comme il l'entendait ? La question est aujourd'hui débattue par les auteurs, et il n'y a pas de conclusion définitive, encore que la controverse n'en est,

¹²²⁸ [2001] UKPC 50 ; [2002] 1 All ER 193.

¹²²⁹ *Ibid.*, §38. – *n.b.* L'analyse du *change of position* n'était qu'*obiter dicta*, l'action de Dextra ayant été rejetée au motif qu'elle n'était pas fondée au regard de la condition de l'injuste, AKKOUH T. et WEBB C., « Mistake, Misprediction and Change of Position », *RLR* 2002, pp. 107-111. – Adde JEWEL M., « Change of Position » in BIRKS P. et ROSE F. (dir.), *Lessons of the Swaps Litigation*, Mansfield Press, 2000, pp. 273-290.

¹²³⁰ NOLAN R., « Change of Position » in BIRKS, P. (dir.), *Laundering and Tracing*, Clarendon Press, 1995, pp. 135-190, p. 136. – Comp. BIRKS, *Unjust enrichment, op. cit.*, pp. 208-219 et 258-261.

semble-t-il, pas une. Ainsi que l'analyse Graham Virgo, le *change of position* permet au défendeur de « contrebalancer » la rigueur du principe de responsabilité sans faute inhérent au *law of unjust enrichment* en faisant valoir, par effet de déduction, les dépenses exceptionnelles qui ont été induites à la suite de la réception de l'enrichissement. Il corrige donc la « proportion *arithmétique* de la forme $a = b$ en laquelle les termes sont interchangeables » qui caractérise la nature commutative de ce droit¹²³¹, tout en lui donnant licence de se réfugier derrière la confiance légitime qu'il a nourri à l'égard de l'avantage reçu, de sorte que son autonomie soit « protégée » lorsque le demandeur entend la remettre (injustement) en cause¹²³².

2. – L'injuste : déterminer la cause de la responsabilité en *unjust enrichment*

136. – Une introduction aux *unjust factors*. Le demandeur ne peut tenir le défendeur responsable en *unjust enrichment* sur le simple constat que celui-ci s'est enrichi à ses dépens¹²³³. Il est nécessaire qu'il établisse des circonstances qui justifient que le transfert de valeur dont il exige l'inversion est normativement défectueux¹²³⁴. Cependant, il ne peut faire appel à la discrétion des cours et exiger que celles-ci se prononcent sur des considérations de « justice et d'équité »¹²³⁵. Il doit se fonder sur une ligne prétorienne qui reconnaît que telles ou telles circonstances, parce qu'elles sont considérées injustes, encore qu'il ne s'agit là que d'une « généralisation »¹²³⁶, suffisent à imposer une restitution.

« The reasons why the courts have held a defendant's enrichment to be unjust vary from one set of cases to another, and for this reason the law of unjust enrichment more closely resembles the law of torts (recognising a variety of reasons why a defendant must compensate a claimant for harm) than it does the law of contract (embodying a single

¹²³¹ GOYARD-FABRE, art. préc., p. 7.

¹²³² VIRGO, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 681-682. – Comp. EDELMAN J., « Change of Position: A Defence of Unjust Disenrichment », *Boston University Law Review* 2012, pp. 1009-1034, p. 1021.

¹²³³ *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners* [1992] 3 WLR 366 ; [1992] 3 All ER 737 ; [1993] AC 70, pp. 196-197, *per* LORD BROWNE-WILKINSON.

¹²³⁴ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §§42-43, *per* LORD REED.

¹²³⁵ *Kleinwort Benson* [1996] 3 WLR 1139 ; [1997] QB 380, p. 386, *per* LORD JUSTICE EVANS. – Comp. *Uren v. First National Home Finance* [2005] EWHC 2529, §§16-18, *per* JUSTICE MANN.

¹²³⁶ *Pavey & Matthews v. Paul* (1987) 162 CLR 221, pp. 256-257, *per* JUSTICE DEANE.

principle that expectations engendered by binding promises must be fulfilled). In this respect, “English law does not have a unified theory of restitution” »¹²³⁷.

En l'état du *common law*, de nombreuses circonstances peuvent justifier l'octroi d'une restitution. Afin de rester concis, je me focaliserai sur deux séries de circonstances : lorsque le consentement du demandeur a été altéré (*impaired consent*), que ce soit par effet d'une erreur, de la contrainte ou d'une influence indue, ou lorsque ce consentement a été donné en considération d'une condition précise qui ne s'est pas matérialisée (*qualified consent*). Je terminerai en discutant de l'épineuse question de l'illégalité.

α. – L'erreur (*mistake*) : la cause par excellence de restitution

137. – Une introduction à l'erreur. L'erreur (*mistake*) consiste pour le demandeur à croire en, ou à supposer, un état de fait ou de droit contraire à la réalité et à agir en conséquence alors qu'il n'en aurait pas été ainsi s'il avait été mis en possession des données pertinentes ; elle est en quelque sorte l'hypothèse fondamentale d'une cause de restitution. Cependant, ses conditions d'application restent assez difficiles à saisir, encore qu'un vaste mouvement de libéralisation, initié ces quarante dernières années, l'ait rendu plus accessible¹²³⁸.

138. – L'erreur dans *Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica* et *Kelly v. Solari*. L'erreur suppose que le jugement du demandeur ait été altéré, et donc que les données sur lesquelles il s'est fondé aient une certaine consistance lorsqu'elles ont été sollicitées¹²³⁹. Il est en conséquence peu probable que les cours lui donnent droit lorsqu'il apparaît que son jugement s'est exercé sur une simple spéculation ou qu'il ait été grevé d'un doute sérieux. Toutefois la nuance reste assez subtile, en témoigne la décision des membres du Privy Council dans *Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica*¹²⁴⁰.

En l'espèce, la banque Dextra avait été amené à croire qu'elle consentait à la Bank of Jamaica un prêt de 2.999.000 dollars des États-Unis alors que cette dernière s'attendait à

¹²³⁷ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., p. 8, citant *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42 ; [2016] 3 WLR 399, §246, *per* LORD SUMPTION. – Voy. *supra*, pp. 181-184.

¹²³⁸ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 307-309, en référence (implicite) à *Barclays Bank v. WJ Simms Son & Cook* [1979] 3 All ER 522 ; [1980] 1 QB 677 ; [1980] 2 WLR 218, et *Kleinwort Benson v. Birmingham City Council* [1996] 3 WLR 1139 ; [1996] 4 All ER 733 ; [1997] QB 380.

¹²³⁹ SMITH L., « Restitution for Mistake of Law », *RLR* 1990, pp. 148-158, p. 149. – Comp. SHEEHAN D., « What is a Mistake? », *LS* 2000, pp. 538-565.

¹²⁴⁰ [2001] UKPC 50 ; [2002] 1 All ER 193.

une opération de change en dollars jamaïcains, la confusion étant le produit d'un quiproquo savamment organisé par des escrocs. Dextra avait exigé que la Bank of Jamaica soit tenue responsable en *unjust enrichment* à hauteur des sommes qu'elle avait reçues et ce en considération d'une erreur (de fait) quant à la nature de la transaction. Elle entendait ainsi bénéficier du *precedent* établi par Justice Goff dans *Barclays Bank v. WJ Simms Son & Cook*¹²⁴¹ qui avait permis à la Barclays de recouvrer des sommes payées au titre d'un chèque dont l'émetteur avait ordonné qu'il ne soit pas tiré au profit du bénéficiaire dans la mesure où il ressortait que la banque n'aurait jamais honoré le chèque si elle n'avait pas omis les ordres de son client¹²⁴². Une solution similaire avait d'ailleurs été défendue par le Baron Parke (1782–1868) dans *Kelly v. Solari*¹²⁴³, où il était question d'un versement, par erreur, d'un capital d'assurance-vie alors frappée de caducité pour défaut de paiement des primes (*premium*), l'assureur n'ayant pas vu la mention marginale « caduque » (*lapsed*) lorsqu'il lui avait demandé d'exécuter le contrat :

« [W]here money is paid to another under the influence of a mistake, that is, upon the supposition that a specific fact is true, which would entitle the other to the money, but which fact is untrue, and the money would not have been paid if it had been known to the payer that the fact was untrue, an action will lie to recover it back, and it is against conscience to retain it, [...] however careless the party paying may have been, in omitting to use due diligence to inquire into the fact »¹²⁴⁴.

Toutefois, les membres du Privy Council ne s'étaient pas sentis contraints par ces autorités car ils estimaient que Dextra n'avait pas commis « une erreur sur un fait précis », comme la validité d'un chèque ou l'exigibilité d'une assurance-vie, « mais plutôt une erreur de prévision [*misprediction*] quant à la nature de la transaction qui aurait dû avoir lieu lorsque » les sommes avaient été versées à la Bank of Jamaica¹²⁴⁵. En quelque sorte, Dextra avait « accepté le risque » que sa « prévision » soit contredite, le futur étant nécessairement incertain¹²⁴⁶, ce qui l'empêchait de s'en prévaloir lorsqu'il ressortait que tel avait été le cas¹²⁴⁷.

¹²⁴¹ [1979] 3 All ER 522 ; [1980] 1 QB 677 ; [1980] 2 WLR 218.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 232.

¹²⁴³ (1841) 9 M. & W. 54 ; 152 ER 24.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹²⁴⁵ *Dextra* [2001] UKPC 50, §29.

¹²⁴⁶ MCINNES M., « Enrichments, Expenses and Restitutionary Defences », *LQR* 2002, pp. 209-214, p. 210.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, citant BIRKS, *Introduction to the Law of Restitution*, op. cit., éd. 1985, p. 147. – *Adde Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §104 et 109, per LORD WALKER, reconnaissant que la distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de prédiction « tend à être floue dans certains cas ». – Comp. *ibid.*, §§110-113, per LORD WALKER, commentant l'analyse de Justice Lewison dans *Re Griffiths* [2008] EWHC 118 ; [2008] STC 776 ; [2008] 2 All ER 654, et FARNSWORTH E., *Alleviating Mistakes*, OUP, 2004, pp. 47-60.

139. – L’erreur, une analyse : *risk-taking*, *waiver of inquiry* et *doubt*. À l’évidence, le critère de prise de risque (*risk-taking*) est l’un des piliers du concept d’erreur¹²⁴⁸. En effet, si les cours permettent au demandeur de tenir le défendeur responsable en *unjust enrichment* en arguant d’une croyance incorrecte quant à l’état de fait ou de droit régissant le transfert de valeur litigieux c’est avant tout afin de protéger son « autonomie de décider [de lui-même] des conditions dans lesquelles il enrichit autrui ou, de manière équivalente, de décider des conditions dans lesquelles [ses] ressources sont transmises »¹²⁴⁹. Or, cette autonomie ne nécessite aucune protection lorsqu’il ressort de l’espèce qu’il a librement exercé son choix, soit qu’il a pris le risque de procéder au transfert sur la base d’une prévision, soit qu’il ait accepté le risque que sa croyance soit démentie en n’exerçant pas les diligences nécessaires (*waiver of inquiry*) ou qu’il ait agi en marquant son indifférence quant à l’exactitude des faits (*pay in any event*)¹²⁵⁰. Il en va de même en matière de doute (*doubt*)¹²⁵¹. Et pour cause, « l’état de doute est, par principe, étranger à l’erreur »¹²⁵². Celui qui a enrichi autrui alors qu’il était en proie à l’incertitude a accepté le risque d’avoir tort, encore qu’il faille distinguer l’incertitude passagère inhérente à toute transaction – qui n’est pas censée empêcher la survenance d’une erreur¹²⁵³ – du doute persistant, qui rend *probable* l’acceptation du risque¹²⁵⁴.

140. – *Mistake* et *ignorance* dans *Pitt v. Holt (Re Hastings-Bass ; Ogilvie ; Lady Hood of Avalon v. Mackinnon ; Gibbon v. Mitchell)*. La différence entre toutes ces formes d’erreur est assez difficile à saisir, mais cela n’est rien comparé à l’ignorance (*ignorance*). En effet, l’erreur s’apparente instinctivement à une croyance *consciente* en un état de fait ou de droit contraire à la réalité, ce qui implique qu’elle ne peut être actionnée

¹²⁴⁸ SEAH W., « Misprediction, Mistakes and the Law of Unjust Enrichment », *RLR* 2007, pp. 93-122, pp. 104-105. – *Adde Deutsche Morgan Grenfell v. IRC* [2007] 1 AC 558, §§24-30, *per* LORD HOFFMANN.

¹²⁴⁹ SEAH W., *Mistake as an Unjust Factor: Autonomy and Unjust Enrichment*, Thèse Oxford, 2015, p. 18. – *Adde* SMITH S., « The Restatement of Liabilities in Restitution » in MITCHELL et SWADLING (dir.), *op. cit.*, pp. 227-250, p. 247. – *Comp.* WEBB C., « Property, Unjust Enrichment, and Defective Transfers » in CHAMBERS, MITCHELL et PENNER (dir.), *op. cit.*, pp. 335-370.

¹²⁵⁰ *WJ Simms Son & Cook* [1980] 2 WLR 218, p. 232, *per* JUSTICE GOFF. – *Adde* SEAH, art. préc., pp. 102-103.

¹²⁵¹ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 314-323.

¹²⁵² *Kleinwort Benson v. Birmingham City Council* [1996] 3 WLR 1139, p. 1147, *per* LORD HOPE. – *Adde Nurdin & Peacock v. DB Ramadan* [1999] 1 WLR 1249, p. 1270, *per* JUSTICE NEUBERGER.

¹²⁵³ *BP Oil International v. Target Shipping* [2012] EWHC 1590 ; [2012] 2 Lloyd’s Rep. 245, §§233-244, *per* JUSTICE SMITH.

¹²⁵⁴ *Marine Trade v. Pioneer Freight Futures* [2009] EWHC 2656 ; [2010] 1 Lloyd’s Rep. 631, §§67-77, *per* JUSTICE FLAUX. – *Adde Haugesund Kommune* [2010] EWCA Civ. 579.

en *unjust enrichment* lorsqu'elle s'avère être ignorée par le demandeur. Toutefois, la question est plus complexe, en témoigne le jugement de Lord Walker dans *Pitt v. Holt*¹²⁵⁵.

En l'espèce, Derek Pitt avait été victime d'un accident de la route qui l'avait rendu inapte à gérer ses biens, laissant sa femme, Patricia, en charge de ceux-ci (*receivership*), par application du Mental Health Act 1983. Il avait reçu, à titre de dommages-intérêts, 1.200.000£ qui avait été placés sur les recommandations d'un conseiller financier et avec l'approbation de la cour en charge de la protection de ses intérêts au sein d'un *discretionary trust* dont l'administration (*trusteeship*) avait été confiée à sa femme. Cependant, en raison d'une ignorance commune des parties quant au régime fiscal applicable, le *trust* n'avait pas été déclaré conforme à la Sec. 89 du Inheritance Tax Act 1984, entraînant ainsi, au jour de son décès, une exposition à l'impôt sur les successions de l'ordre de 20 à 30% du capital. Par conséquent, Patricia Pitt, sa seule héritière, avait exigé, en qualité de *trustee*, que l'acte constitutif du *trust* (*settlement*) soit écarté (*set aside*) par application du principe établi par Lord Justice Buckley (1906–1998) dans *Re Hastings-Bass*¹²⁵⁶ en matière de contrôle de l'exercice d'un *fiduciary power*, ou anéanti (*rescinded*) *in equity* en raison d'une erreur quant à la teneur exacte de sa responsabilité fiscale.

La *Hastings-Bass rule* permet aux juges d'interférer avec l'exercice d'un *fiduciary power* lorsqu'il apparaît que l'action du *trustee* ne relève pas des pouvoirs qui lui ont été confiés (*excessive execution*) ou qu'il est évident qu'il n'aurait pas agi comme il l'a fait « s'il n'avait pas omis de prendre en compte des considérations dont il aurait dû tenir compte » (*inadequate deliberation*). Afin d'éviter qu'elle ne soit invoquée à tort et à travers, elle doit s'inscrire dans le cadre d'un *breach of fiduciary duty* :

« If the trustee has in accordance with his duty identified the relevant considerations and used all proper care and diligence in obtaining the relevant information and advice relating to those considerations, the trustee can be in no breach of duty and its decision cannot be impugned merely because in fact that information turns out to be partial or incorrect »¹²⁵⁷.

Cette solution est d'ailleurs conforme à l'essence du *fiduciary duty* telle que décrite par Lord Justice Walker dans *Scott v. National Trust* :

¹²⁵⁵ [2013] UKSC 26 ; [2013] 2 AC 108 ; [2013] 2 WLR 1200 ; [2013] 3 All ER 42.

¹²⁵⁶ [1974] EWCA Civ. 13 ; [1974] 2 All ER 193 ; [1975] Ch. 25.

¹²⁵⁷ *Abacus Trust (Isle of Man) v. Barr* [2003] EWHC 114 ; [2003] 2 WLR 1362 ; [2003] 1 All ER 763 ; [2003] Ch. 409, §13, *per* JUSTICE LIGHTMAN.

« Trustees must act in good faith, responsibly and reasonably. They must inform themselves, before making a decision, of matters which are relevant to the decision. These matters may not be limited to simple matters of fact but will, on occasion (indeed, quite often) include taking advice from appropriate experts, whether the experts are lawyers, accountants, actuaries, surveyors, scientists or whomsoever. It is, however for advisers to advise and for trustees to decide: trustees may not (except in so far as they are authorised to do so) delegate the exercise of their discretions, even to experts »¹²⁵⁸.

Lord Justice Lloyd avait estimé dans *Sieff v. Fox*¹²⁵⁹ – il siégeait alors à la High Court, puis lors de l'examen en appel de *Pitt v. Holt*¹²⁶⁰ – que les conséquences fiscales de la déclaration d'un *trust* relevaient des « considérations pertinentes » que devrait prendre en compte le *trustee* afin d'exercer son *fiduciary power*, justifiant ainsi l'interférence des cours lorsqu'il était avéré que tel n'avait pas été le cas, une analyse reprise par Lord Walker lors du recours devant la Supreme Court :

« In the private client world trusts are mostly established by and for wealthy families for whom taxes (whether on capital, capital gains or income) are a constant preoccupation. It might be said, especially by those who still regard family trusts as potentially beneficial to society as a whole, that the greater danger is not of trustees thinking too little about tax, but of tax and tax avoidance driving out consideration of other relevant matters »¹²⁶¹.

Toutefois, à l'instar de ce premier, il avait estimé que Patricia Pitt n'avait pas manqué à son *fiduciary duty* de prendre en compte les considérations pertinentes, à savoir s'informer correctement sur le régime fiscal applicable au *trust*, quant à sa prise de décision, même si elle avait agi sur les (mauvaises) recommandations de son conseiller financier et sous l'autorité de la cour en charge de la protection des intérêts de son mari. En conséquence, la déclaration du *trust* était insusceptible d'être écartée¹²⁶². Il restait alors à examiner ses prétentions en *rescission* sur le fondement d'une erreur.

La compétence des cours en matière de *rescission* avait fait l'objet d'un certain nombre de décisions, dont les plus notables avaient été données par les juges de la High Cour et de la Court of Appeal dans *Ogilvie*. En l'espèce, *Ogilvie* avait décidé d'établir des œuvres de charité à Londres et dans le Suffolk, mais elle s'était rendu compte que le cadre juridique qui avait été choisi ne lui permettait pas de les contrôler comme elle l'entendait. Elle avait

¹²⁵⁸ [1998] 2 All ER 705, p. 717, rappelé in *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §10.

¹²⁵⁹ [2005] EWHC 1312 ; [2005] 1 WLR 3811.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, §86. – *Pitt v. Holt* [2011] EWCA Civ. 197 ; [2012] Ch. 132 ; [2011] 3 WLR 19, §115.

¹²⁶¹ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §65.

¹²⁶² *Pitt v. Holt* [2011] EWCA Civ. 197, §127, per LORD JUSTICE LLOYD, cité *ibid.* [2013] UKSC 26, §70 et 97. – *Adde* NOLAN R., « Controlling Fiduciary Power », *CLJ* 2009, pp. 293-323, spéc. pp. 294-295 et 306-309.

alors exigé que les actes constitutifs (*deeds*) de ses œuvres soient *set aside* en arguant que ses conseillers, en l'occurrence son *solicitor*, un associé de son défunt mari et un membre respecté des Quakers, ne lui avaient pas donné toutes les informations nécessaires à la réalisation de son entreprise, une prétention à laquelle avait refusé de faire droit Justice Byrne (1844–1904) en première instance et Sir Nathaniel Lindley (1828–1921), alors Master of the Rolls, en appel :

« Gifts cannot be revoked, nor can deeds of gift be set aside, simply because the donors wish that they had not made them and would like to have back the property given. Where there is no fraud, no undue influence, no fiduciary relation between donor and donee, no mistake induced by those who derive any benefit by it, a gift, whether by mere delivery or by deed, is binding on the donor. [...] In the absence of all circumstances of suspicion a donor can only obtain back property which he has given away by showing that he was under some mistake of so serious a character as to render it unjust on the part of the donee to retain the property given to him »¹²⁶³.

Or, il avait été retenu que rien en l'espèce ne permettait de soutenir que le jugement de Ogilvie avait été altéré par effet d'une erreur de nature grave (*mistake of so serious a character*) et ce quand bien même il avait été reconnu, devant la House of Lords, qu'elle avait été trompée (*misled*) quant aux caractéristiques essentielles des œuvres qu'elle créait¹²⁶⁴. Cependant, le contentieux ne portait pas sur le fait que « ses intentions n'avaient pas été mises à exécution, mais qu'une contrariété, connue de ses conseillers, ne lui avait pas été signalée »¹²⁶⁵. En conséquence, rien ne justifiait d'écarter les actes dont elle exigeait l'anéantissement.

Les cours n'avaient pas adressé plus en détails la nature de l'erreur pouvant justifier le recours à une *rescission*. Lord Justice Lloyd, lors de l'examen en appel de *Pitt v. Holt*¹²⁶⁶, avait estimé, au regard des décisions de Justice Millett (1932–2021) dans *Gibbon v. Mitchell*¹²⁶⁷ et de Justice Lewison dans *Re Griffiths*¹²⁶⁸, que l'erreur devait être suffisamment sérieuse et pertinente quant à l'acte qu'elle était supposée vicier¹²⁶⁹. Lord Walker, lors de l'examen devant la Supreme Court, avait repris l'analyse, tout en la précisant¹²⁷⁰.

¹²⁶³ *Ogilvie v. Littleboy* (1897) 13 TLR 399, p. 400.

¹²⁶⁴ *Ogilvie v. Allen* (1899) 15 TLR 294, spéc. p. 295, *per* l'EARL OF HALSBURY.

¹²⁶⁵ *Ogilvie v. Littleboy* (1897) 13 TLR 399, p. 401, *per* LORD JUSTICE LINDLEY.

¹²⁶⁶ *Pitt v. Holt* [2011] EWCA Civ. 197, §§186-193 et 204-205.

¹²⁶⁷ [1990] 1 WLR 1304.

¹²⁶⁸ [2008] EWHC 118 ; [2008] STC 776 ; [2008] 2 All ER 654.

¹²⁶⁹ *Pitt v. Holt* [2011] EWCA Civ. 197, §211.

¹²⁷⁰ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §103-128.

Tout d'abord, il avait estimé que « l'oubli [*forgetfulness*], l'inadvertance [*inadvertence*] ou l'ignorance n'étaient pas en soi constitutifs d'une erreur », mais que, si elles conduisaient à une croyance ou supposition contraire à la réalité, elles pouvaient être considérées comme telle¹²⁷¹. En quelque sorte, même si elles ne suffisaient pas à qualifier une erreur (*qualifier*), elles ne la disqualifiaient pas (*disqualifier*) pour autant¹²⁷². Il en avait été ainsi dans *Lady Hood of Avalon v. Mackinnon*¹²⁷³. En l'espèce, Lady Hood avait attribué (*appointed*) 8.600£ à sa fille aînée à l'aube de son mariage et elle en avait fait de même, quelques années après, avec sa fille cadette. Toutefois, elle avait oublié qu'elle avait procédé à une première attribution au profit de son aînée et s'était résolue à ne pas laisser courir un déséquilibre entre ses filles. En conséquence, elle avait procédé à une troisième attribution au profit de la première, qui ne s'y était pas opposée, avant de se rendre compte de son erreur. Elle avait alors demandé en Chancery d'anéantir la troisième attribution, ce à quoi Justice Eve (1856–1940) avait fait droit en considérant qu'elle avait effectivement commis erreur dans la mesure où elle n'aurait pas agi ainsi si elle n'avait pas oublié la première attribution¹²⁷⁴. La solution de Justice Eve dans *Lady Hood* était relativement intuitive, mais elle ne permettait pas de saisir pleinement ce qui distinguait l'oubli, l'inadvertance ou l'ignorance de l'erreur. De là, les éditeurs du *Goff & Jones* avaient proposé une autre approche en distinguant la « croyance consciente incorrecte » (*incorrect conscious belief*), où le demandeur croit en quelque chose de faux en raison de l'ignorance d'un fait précis¹²⁷⁵, la « supposition tacite incorrecte » (*incorrect tacit assumption*), où il croit en un fait précis qui se révèle être faux au regard d'un autre fait qu'il ignorait¹²⁷⁶, et l'« ignorance déterminante » (*mere causative ignorance*), où il ignore purement et simplement un fait qui, s'il l'avait connu, l'aurait contraint à ne pas agir comme il l'a fait¹²⁷⁷. Lord Walker avait fait sien cette tripartition, sans toutefois suivre la recommandation des auteurs en jugeant qu'une ignorance déterminante était

¹²⁷¹ *Ibid.*, §104. – *Addie Barrow v. Isaacs & Son* [1891] 1 QB 417, spéc. pp. 420-421, per SIR WILLIAM BRETT. – Comp. *Hookway v. Racing Victoria* (2005) 13 VR 444, spéc. p. 450, per JUSTICE OF APPEAL ORMISTON.

¹²⁷² SEAH, art. préc. et *op. cit.*

¹²⁷³ [1909] 1 Ch. 476.

¹²⁷⁴ *Ibid.*, pp. 483-484.

¹²⁷⁵ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 324-325.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, pp. 325-326.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, pp. 326-329.

susceptible, en tant que telle, de qualifier une erreur¹²⁷⁸. À son sens, seules les deux premières hypothèses l'étaient¹²⁷⁹.

Ensuite, il avait reconsidéré le jugement de Justice Millett dans *Gibbon* qui avait estimé que l'erreur devait être entendue à l'aune des effets qui étaient attendus de l'acte dont on exigeait la *rescission*, et non de ses conséquences *lato sensu*. En l'espèce, Gibbon entendait anticiper sa succession en disposant d'un *trust* déclaré par ses parents au profit de ses enfants, mais l'opération ne s'était pas déroulée comme il le souhaitait et les effets escomptés ne s'étaient pas produits, l'obligeant ainsi à exiger que les actes litigieux soient écartés. Justice Millett lui avait alors fait droit en estimant que :

« [W]herever there is a voluntary transaction by which one party intends to confer a bounty on another, the deed will be set aside if the court is satisfied that the disposer did not intend the transaction to have the effect which it did. It will be set aside for mistake whether the mistake is a mistake of law or a fact, so long as the mistake is as to the effect of the transaction itself and not merely as to its consequences or the advantages to be gained by entering into it »¹²⁸⁰.

Si cette distinction permettait de « tenir dans la limite du raisonnable » le recours à la *rescission*, et ainsi éviter que les parties ne l'invoquent lorsqu'elles avaient fait une mauvaise affaire ou lorsqu'elles avaient des regrets¹²⁸¹, elle restait malaisée à mettre en œuvre, lorsqu'elle ne créait pas tout simplement une profonde incertitude¹²⁸². En conséquence, Lord Walker était revenu sur cette approche et avait décidé de l'inscrire dans un cadre plus souple, conforme à l'esprit de l'*equity* et sa « réticence à insister sur des classifications rigides exprimées en termes abstraits » :

« Equity, unlike many continental systems, has not adopted Roman law's classification of mistakes: *error in negotio* (the nature of the intended transaction), *error in corpore* (the subject-matter of the transaction), *error in persona* (the identity of the other party to the transaction) and *error in substantia* (the quality of the subject-matter). The *Gibbon v. Mitchell* test, at any rate if applied narrowly, would cover only the first of these categories. But in some situations errors in other categories may be just as basic and just as serious in their consequences »¹²⁸³.

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §108.

¹²⁸⁰ [1990] 1 WLR 1304, p. 1309.

¹²⁸¹ *AMP v. Barker* [2001] WTLR 1237, §70, *per* JUSTICE COLLINS.

¹²⁸² *Anker-Petersen v. Christensen* [2002] WTLR 313, p. 330, *per* JUSTICE DAVIS. – *Adde Wolff v. Wolff* [2004] STC 1633, §23, *per* JUSTICE MANN. – *Comp. Dent v. Dent* [1996] 1 WLR 683, p. 693, *per* DAVID YOUNG QC.

¹²⁸³ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §123.

Il avait par conséquent abandonné la distinction proposée par Justice Millett, qui avait rencontré un certain succès chez les auteurs, encore qu'elle n'avait pas été exempte de critiques¹²⁸⁴, et avait décidé de raffiner l'exigence de gravité (*seriousness*) de l'erreur proposé par Sir Nathaniel Lindley dans *Ogilvie*¹²⁸⁵. Il avait ainsi estimé que l'erreur devait être d'une « gravité suffisante » de sorte qu'il serait « contraire à la conscience [ou simplement injuste] de ne pas la corriger »¹²⁸⁶. Il avait toutefois précisé que le principe d'*unconscionableness* devait être considéré de façon objective et non subjective, encore qu'il était nécessaire de respecter scrupuleusement la singularité des faits¹²⁸⁷. À l'évidence, se prononcer *objectivement en conscience* n'était pas sans difficulté – cela n'était pas sans risque de manipulation –, mais c'était un exercice de souplesse qui n'était pas étranger aux juges :

« “[T]he fundamental principle that equity is concerned to prevent unconscionable conduct permeates all the elements of the doctrine. In the end the court must look at the matter in the round”. [Therefore, when it comes to the] equitable doctrine of mistake, the court cannot decide the issue of what is unconscionable by an elaborate set of rules. It must consider in the round the existence of a distinct mistake (as compared with total ignorance or disappointed expectations), its degree of centrality to the transaction in question and the seriousness of its consequences, and make an evaluative judgment whether it would be unconscionable, or unjust, to leave the mistake uncorrected. The court may and must form a judgment about the justice of the case »¹²⁸⁸.

Enfin, il avait considéré si une erreur fondée sur l'ignorance d'un régime fiscal pouvait se qualifier pour une *rescission*. Lord Justice Lloyd avait admis que Patricia Pitt avait agi soit sur croyance consciente incorrecte – elle croyait que le régime du *trust* n'était pas sujet à une exposition fiscale particulièrement étendue car elle ignorait les détails du Inheritance Tax Act 1984 –, soit sur une supposition tacite incorrecte – elle croyait qu'elle éviterait de payer le prix fort lors de la succession alors qu'elle ignorait que le régime fiscal du *trust* proposé par son conseiller ne le lui permettrait pas –, mais il s'était refusé à lui faire droit en estimant que les conséquences fiscales de la déclaration du *trust* devaient

¹²⁸⁴ *Ibid.*, § 118.

¹²⁸⁵ *Ogilvie v. Littleboy* (1897) 13 TLR 399, p. 400.

¹²⁸⁶ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §§122-124. – Adde HÄCKER B., « Mistaken Gifts after *Pitt v. Holt* », *CLP* 2014, pp. 333-372.

¹²⁸⁷ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §§125-126. – Adde *Re S (A Child)* [2005] 1 AC 593, §17, *per* LORD STEYN. –Comp. FINN P., « Equitable Doctrine and Discretion in Remedies » *in* CORNISH *ET AL.* (dir.), *op. cit.*, pp. 251-274, pp. 259-260.

¹²⁸⁸ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §128, en référence à *Gillett v. Holt* [2001] Ch. 210, p. 225, *per* LORD JUSTICE WALKER, approuvé par Lord Neuberger *in Fisher v. Brooker* [2009] 1 WLR 1764, §63. – Adde SAMET I., *Equity : Conscience Goes to Market*, OUP, 2018.

être distinguées de ses effets. En somme, le *trust* avait été créé afin de recueillir les dommages-intérêts versés à Derek Pitt et il importait peu qu'il ait été mal conçu et qu'il se soit révélé peu attrayant en lors de sa succession, d'autant plus que les soucis relatifs à une (mauvaise) optimisation fiscale n'étaient pas véritablement du ressort des cours :

« In some cases of artificial tax avoidance the court might think it right to refuse relief, either on the ground that such claimants, acting on supposedly expert advice, must be taken to have accepted the risk that the scheme would prove ineffective, or on the ground that discretionary relief should be refused on grounds of public policy. Since the seminal decision of the House of Lords in *WT Ramsay v. IRC* there has been an increasingly strong and general recognition that artificial tax avoidance is a social evil which puts an unfair burden on the shoulders of those who do not adopt such measures »¹²⁸⁹.

Toutefois, Lord Walker avait considéré que le *trust* en question ne relevait pas d'une simple tentative d'optimisation fiscale, mais constituait un véritable instrument de gestion des biens d'une personne frappée d'incapacité dont le Parlement avait entendu protéger les intérêts, et ceux de ses proches, avec attention¹²⁹⁰. Fort de cela, il décida d'écarter le *settlement* par effet de *rescission* en se fondant sur une erreur. Patricia Pitt avait agi en ignorant les conséquences fiscales de ce qu'elle faisait et il était avéré qu'il n'en n'aurait pas été ainsi si elle les avait connues : elle avait donc commis une erreur qualifiée qui l'autorisait à revenir dessus, sauf à laisser prospérer une situation contraire à la conscience.

141. – *Causative, fundamental, induced ou spontaneous mistake.* La décision de la Supreme Court dans *Pitt v. Holt* et l'exigence de gravité (*seriousness*) de l'erreur n'est limitée qu'à l'hypothèse de la *rescission*, et à plus forte raison au domaine de l'*equity* ; elle n'établit pas un nouvel ordre au sein du *law of mistake*, encore qu'elle lui apporte une (relative) clarté.

Il est vrai que la qualité de l'erreur actionnable en *unjust enrichment* reste floue et qu'il n'est pas aisé de déterminer si un simple rapport de cause à effet suffit (*causative mistake*) ou s'il est nécessaire de lui adjoindre des circonstances qui justifient le recours à une restitution (*fundamental mistake*)¹²⁹¹. En l'état du *common law*, il apparaît qu'aucun

¹²⁸⁹ *Pitt v. Holt* [2013] UKSC 26, §135, en référence à *WT Ramsay v. IRC* [1982] AC 300. – *Adde Pitt v. Holt* [2011] EWCA Civ. 197, §§215-217.

¹²⁹⁰ [2013] UKSC 26, §134. – *Adde ibid.*, §§136-141, où Lord Walker rejette l'argument de l'*equity does not act in vain* avancé par la défense.

¹²⁹¹ FARNSWORTH, *op. cit.*, pp. 85-103. – *Adde VIRGO G.*, « Causation and Remoteness in the Law of Unjust Enrichment » in EDELMAN J. et DEGELING S. (dir.), *Unjust Enrichment in Commercial Law*, Thomson Reuters, 2008, pp. 147-176. – Comp. BANT E., « Causation and Scope of Liability in Unjust Enrichment », *RLR* 2009, pp. 60-78.

critère commun ne soit appliqué et que tout dépend des circonstances qui président au transfert. Ainsi, si l'erreur a été induite par des apparences construites par le défendeur (*induced mistake*), il est plausible que les cours ne se fondent que sur une cause contributive (*contributory cause*) en ce sens qu'elles n'exigeront pas que l'erreur du demandeur l'ait nécessairement induit à agir comme il l'a fait ; le simple fait qu'elle y ait contribué suffit¹²⁹². *A contrario*, si l'erreur s'inscrit dans le cadre d'un transfert purement volontaire (*spontaneous mistake*), elles exigeront que cette erreur soit fondamentale ou sérieuse, de sorte que le demandeur ne puisse s'en prévaloir que si, et seulement si, il est avéré qu'il n'aurait pas agi comme il l'a fait s'il en avait eu connaissance et que des circonstances particulières justifient le recours à une restitution¹²⁹³. En ce sens, on retrouve un régime juridique similaire à celui de la *rescission*¹²⁹⁴.

142. – *Mistake of fact et mistake of law dans Kleinwort Benson v. Lincoln City Council (Bilbie v. Lumley ; Lowry v. Bourdieu)*. La qualité de l'erreur dépend essentiellement du contexte dans lequel a lieu le transfert de valeur dont le demandeur exige la restitution ; elle est donc intimement liée aux circonstances factuelles qui ont conduit à l'enrichissement du défendeur, mais aussi à son cadre légal. Or, s'il est assez intuitif de concevoir qu'une méconnaissance factuelle de la réalité soit susceptible de constituer une erreur qualifiable en *unjust enrichment (mistake of fact)*, il est plus difficile d'en dire de même lorsqu'il est question d'une mauvaise représentation quant à l'état du droit (*mistake of law*), en témoigne la décision des membres de la House of Lords dans *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council*¹²⁹⁵.

En l'espèce, la ville de Lincoln avait conclu avec la banque d'investissement Kleinwort Benson un contrat d'échange de taux d'intérêts (*interest rate swap*) par lequel elle s'engageait à lui payer des intérêts à taux variables (*floating rate*) à raison d'un capital donné, à charge pour la banque de s'acquitter d'intérêts à taux fixe (*fixed rate*). Les parties avaient convenu un certain nombre d'échéances à la survenance desquelles les paiements

¹²⁹² *Edgington v. Fitzmaurice* (1885) 25 Ch. D 459. – *Adde Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping (No. 2)* [2003] 1 AC 959, et *Hayward v. Zurich Insurance* [2016] USKC 48. – Comp. ELLIOTT S., O'SULLIVAN D. et ZAKRZEWSKI R., *The Law of Rescission*, OUP, 2014, 2^{ème} éd., §§4.105-4.109.

¹²⁹³ *Bell v. Lever Bros* [1932] AC 161. – *Adde Great Peace Shipping v. Tsavlis Salvage* [2002] EWCA Civ. 1407. – Comp. *Hartog v. Colin & Shields* [1939] 3 All ER 566, et *Smithson v. Hamilton* [2007] EWHC 2900 ; [2008] 1 WLR 1453.

¹²⁹⁴ WATTERSON S., « Reversing Mistaken Voluntary Dispositions », *CLJ* 2013, pp. 501-504. – Comp. *Deutsche Morgan Grenfell v. IRC* [2006] UKHL 49 ; [2007] 1 AC 558, §§84-87, *per* LORD SCOTT. – *Adde Fairfield Sentry v. Migani* [2014] UKPC 9 ; [2014] 1 CLC 611.

¹²⁹⁵ [1999] 2 AC 349 ; [1998] 4 All ER 513 ; [1998] 3 WLR 1095.

devaient avoir lieu et il était précisé que seule la partie qui devait la somme la plus élevée était tenue de verser la différence à l'autre. Les contrats de *swap* s'inscrivaient dans le cadre d'une régulation stricte de l'accès aux marchés financiers des villes d'Angleterre et du Pays de Galles, mais leur statut était indéterminé¹²⁹⁶. Un contentieux avait été initié sur la validité des *swaps* et il avait été décidé, dans *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council*¹²⁹⁷, que ceux-ci avaient été conclus *ultra vires*, ce qui entraînait leur nullité. La décision finale avait été prononcée par la House of Lords, entraînant une myriade de conséquences en matière de restitution, l'une d'entre elles étant l'action en *unjust enrichment* initiée par Kleinwort Benson contre la ville de Lincoln, celle-ci ayant été mis en possession du capital sur lequel était calculés les taux d'intérêts du *swap*¹²⁹⁸. L'affaire avait été portée à l'attention du Queen's Bench, mais Justice Langley avait préféré, au vue des enjeux financiers, l'ensemble du contentieux dépassait les 811.000.000£, et de la sensibilité des questions de droit¹²⁹⁹, autoriser un appel direct (*leapfrog appeal*) devant la House of Lords¹³⁰⁰.

Il était incontestable, en l'état du *common law*, que l'erreur de droit n'était pas actionnable en *unjust enrichment (mistake of law bar)*, mais les raisons de cette règle étaient obscures¹³⁰¹. À l'origine, les cours de *common law* n'étaient pas opposées aux actions fondées sur une erreur de droit. Il apparaissait même qu'elles y étaient indifférentes¹³⁰². Cependant, elles s'y étaient progressivement refusées à la suite de la décision de Lord Ellenborough (1750–1818), siégeant au King's Bench, dans *Bilbie v. Lumley*¹³⁰³.

En l'espèce, une compagnie d'assurance avait versé à l'un de ses assurés une indemnité substantielle qui était surestimée en raison de la non-divulgation par l'intéressé des éléments essentiels au calcul de ses facteurs-risques. Malgré une parfaite connaissance de cette fraude, l'assureur s'était acquitté de l'indemnité, croyant qu'il y était obligé. Il s'était par la suite rendu compte de son erreur quant à l'état du droit – il pouvait refuser de verser

¹²⁹⁶ *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council* [1990] 2 QB 697, pp. 739-741.

¹²⁹⁷ [1992] 2 AC 1 ; [1991] 2 WLR 372 ; [1991] 1 All ER 545.

¹²⁹⁸ BURROWS A., « Swaps and the Friction between Common Law and Equity », *RLR* 1995, pp. 15-29, p. 15. – Adde CAMPBELL-SMITH D., *Follow the Money: The Audit Commission, Public Money and the Management of Public Services, 1983-2008*, Allen Lane, 2008, pp. 188-205.

¹²⁹⁹ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, p. 1107, *per* LORD GOFF ; et p. 1129, *per* LORD HOPE.

¹³⁰⁰ Sec. 12, Administration of Justice Act 1969.

¹³⁰¹ HALBERDA J., « Mistake of Law and Mistake of Fact in English Law of Restitution », *TLHR* 2004, pp. 261-283.

¹³⁰² JACKSON, *op. cit.*, pp. 58-61. – Comp. MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., p. 348.

¹³⁰³ (1802) 2 East 469.

l'indemnité – et en avait exigé la restitution devant la cour de comté d'York, une prétention à laquelle avait fait droit Justice Rooke (1743–1808). Lors de l'examen de l'appel, Lord Ellenborough avait demandé au conseil de l'assureur « s'il pouvait lui citer la moindre autorité ayant admis, lorsqu'il était avéré qu'une partie avait versé une somme d'argent à une autre, volontairement et en toute connaissance de cause, qu'elle était à même de la recouvrer en arguant d'une ignorance quant au droit applicable »¹³⁰⁴. L'intéressé était resté coi. Agacé, Lord Ellenborough avait estimé que rien ne le justifiait et il avait conclu, en termes lapidaires :

« Every man must be taken to be cognisant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried. It would be urged in almost every case »¹³⁰⁵.

La conclusion de Lord Ellenborough était surprenante, d'autant qu'elle ne se fondait sur aucune autorité, à l'exception d'une remarque *obiter dictum* de Justice Buller (1746–1800) dans *Lowry v. Bourdieu*¹³⁰⁶, qui avait estimé que l'adage *ignorantia juris non excusat* empêchait les actions en recouvrement fondées sur les erreurs de droit¹³⁰⁷. Malgré cela, l'exclusion de l'erreur de droit s'était imposée au fur et à mesure des affaires et était parvenue à s'établir durablement *at common law*¹³⁰⁸.

143. – Mistake of fact et mistake of law dans *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council*, l'analyse de Lord Goff. Lord Wright avait décrit la solution de Lord Ellenborough comme étant « hâtive et inconsidérée », et il était apparu que nombre d'auteurs du XX^{ème} siècle ne comprenaient plus la raison d'être de l'exclusion de l'erreur de droit¹³⁰⁹. De surcroît, les cours avaient apporté un nombre substantiel d'exceptions à la règle¹³¹⁰. Elle ne faisait dès lors plus sens et nécessitait d'être réformée, ce qui avait été décidé, à l'unanimité, par la House of Lords dans *Kleinwort*. Lord Goff rendit le jugement le plus détaillé quant à la question de l'exclusion de l'erreur de droit *at common law*.

¹³⁰⁴ *Ibid.*, p. 469.

¹³⁰⁵ *Ibid.*, p. 470.

¹³⁰⁶ (1780) 2 Doug. 468.

¹³⁰⁷ *Ibid.*, p. 471. – Voy. SHEEHAN D., « Tracing the Modern Criticism of the Mistake of Law Bar », *Norwich Law School Working Paper Series* 2009. – *Adde id.*, *Mistake of Law*, Thèse Oxford, 2002.

¹³⁰⁸ *Brisbane v. Dacres* (1813) 5 Taunt. 143. – *Adde Henderson v. Folkestone Waterworks* (1885) 1 TLR 329, et *Holt v. Markham* [1923] 1 KB 504. – Comp. EVANS W., *Pothier on Obligations*. Tome II, Strahan, 1806, pp. 394-395, et *Dixon v. Monkland Canal* (1831) 5 W. & S. 445, p. 452, *per* LORD BROUGHAM.

¹³⁰⁹ WRIGHT R., *Legal Essays and Addresses*, CUP, 1939, p. XIX.

¹³¹⁰ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., p. 348.

Après avoir proposé une synthèse historique et montré que rien, à l'exception du jugement de Lord Ellenborough, ne soutenait l'exclusion, il avait estimé, tout d'abord, que l'exclusion de l'erreur de droit était injuste puisqu'elle permettait au défendeur de retenir un enrichissement acquis aux dépens du demandeur alors qu'il n'en aurait pas été ainsi si ce dernier avait su qu'il se trompait. Ensuite, qu'elle était capricieuse dans la mesure où, à des faits similaires, elle ne menait pas à des solutions semblables – il contrastait en ce sens les jugements des juges de l'Exchequer dans *Kelly v. Solari*¹³¹¹ et du King's Bench dans *Bilbie v. Lumley*¹³¹². Et enfin qu'elle était incertaine compte tenu du fait qu'elle laissait aux juges la liberté de manipuler la qualification des erreurs actionnables au hasard des affaires qui se présentaient à eux¹³¹³.

Malgré ce rejet unanime de l'exclusion de l'erreur de droit, les membres de House of Lords s'étaient opposés quant à la portée de celle-ci. En effet, la décision de la House of Lords dans *Hazell* avait caractérisé l'illégalité des *swaps*, mais il était indéniable qu'au jour de leur conclusion ceux-ci étaient valables, du moins tout le portait à croire. Lord Browne-Wilkinson (1930–2018) et Lord Lloyd avaient défendu, conformément à l'analyse de la Law Commission¹³¹⁴, une approche relativement simple par laquelle il était affirmé que les parties avaient agi en considération d'une « compréhension établie du droit » (*settled understanding of the law*) et qu'elles ne pouvaient pas, *ex post facto*, revenir dessus, même si elles n'auraient pas agi comme elles l'avaient fait si elles l'avaient su. *A contrario*, Lord Goff, Lord Hoffman et Lord Hope avaient estimé que les parties pouvaient se prévaloir du changement de droit opéré par la House of Lords.

Le nœud de la controverse tenait à la nature du processus de création du droit par les juges. Sir Matthew Hale (1609–1676) et Sir William Blackstone (1723–1780) avaient défendu l'idée que les juges découvraient et déclaraient le droit (*declaratory theory*), et non le créaient. En somme, le *common law* existait sous une forme intemporelle et immuable dont les composantes étaient mises en lumière au fur et à mesure des décisions de justice, ce qui impliquait qu'à chaque revirement quant à sa substance le droit ne changeait pas mais était redécouvert sous une autre forme, celle-ci étant déclarée avoir

¹³¹¹ (1841) 9 M. & W. 54 ; 152 ER 24.

¹³¹² (1802) 2 East 469.

¹³¹³ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, pp. 1112-1113.

¹³¹⁴ LAW COMMISSION, *Restitution: Mistakes of Law and Ultra Vires Public Authority Receipts and Payments*, Report 227, 1994, §§5.2-5.13.

toujours existé¹³¹⁵. Cette approche, qualifiée de « conte de fée » par Lord Reid¹³¹⁶, avait, au sortir du XIX^{ème} siècle, perdu l'adhésion des juges et des auteurs tant elle était absurde. Toutefois, elle avait conservé l'une de ses propriétés : l'effet rétroactif (*retrospective effect*) des changements de droit provoqués par les cours¹³¹⁷. Lord Browne-Wilkinson et Lord Lloyd avaient estimé inconcevable qu'une décision de justice puisse avoir des effets rétroactifs. D'une part, de tels effets n'étaient pas envisageables lorsqu'il était question du Parlement, sauf disposition en ce sens, tout Act of Parliament n'a d'effet que pour l'avenir¹³¹⁸, il était donc délicat d'affirmer le contraire lorsqu'il était question des cours¹³¹⁹. D'autre part, ils n'étaient pas souhaitables, tant à l'égard des exigences de sécurité juridique (*certainty*) que du caractère définitif des décisions passées (*finality*)¹³²⁰. En conséquence, il fallait distinguer deux périodes lorsqu'une décision venait modifier l'état du droit, celle qui le précédait et où les parties étaient réputées s'être fondées sur la compréhension établie du droit, et celle qui la suivait, actant l'empire du droit nouveau¹³²¹.

Cette approche réaliste avait le mérite de la simplicité et de la logique, mais le postulat d'une compréhension établie du droit n'était pas sans soulever quelques questions. Tout d'abord, qu'advenait-il lorsque le droit était silencieux ? En l'espèce, le statut des *swaps* était inconnu : les parties devaient-elles présumer qu'ils étaient légaux ? Après tout, « pour les citoyens, tout ce qui n'est pas interdit est permis »¹³²². Ou devaient-elles les présumer illégaux, dans la mesure où, « pour les entités publiques, et notamment le gouvernement, tout ce qui n'est pas autorisé est interdit »¹³²³ ? Ensuite, qu'en était-il lorsqu'un doute persistait quant à l'état du droit ? Ainsi que le relevait Lord Hoffman, les parties étaient confrontés à une hypothèse digne du chat de Schrödinger dans la mesure où ce qui était

¹³¹⁵ RUNNINGTON C. (dir.), *Hale's Common Law of England*, Butterworth, 1820, 6^{ème} éd., p. 90, et BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England*, Clarendon, 1774, pp. 88-89. – *Adde Willis v. Baddeley* [1892] 2 QB 324, p. 326, *per* LORD ESHER.

¹³¹⁶ REID J., « The Judge as Law Maker », *JCULR* 1972, pp. 22-29, p. 22. – *Adde Southern Pacific v. Jensen* (1917) 244 US 205, p. 222, *per* JUSTICE HOLMES, et AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Law*, Murray, 1895, p. 321. – Comp. ATIYAH P., « Judges and Policy », *Israeli Law Review* 1980, pp. 346-371, et BEEVER A., « The Declaratory Theory of Law », *OJLS* 2013, pp. 421-444.

¹³¹⁷ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, p. 1100, *per* LORD BROWNE-WILKINSON.

¹³¹⁸ *Wainwright v. Home Office* [2001] EWCA Civ. 2081 ; [2002] QB 1334, p. 1345, *per* LORD JUSTICE WOOLF. – *Adde Wilson v. Secretary of State for Trade and Industry* [2003] UKHL 40, §§186-187. – Comp. LANGAN P., *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, Sweet & Maxwell, 1969, 12^{ème} éd., p. 215 *et seq.*

¹³¹⁹ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, pp. 1100-1101, *per* LORD BROWNE-WILKINSON, citant *University of Wollongong v. Metwally* (1984) 158 CLR 447, p. 478, *per* JUSTICE DEANE.

¹³²⁰ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, p. 1101, *per* LORD BROWNE-WILKINSON ; et p. 1133, *per* LORD LLOYD.

¹³²¹ LAW COMMISSION, *Restitution*, consult. préc., §§2.57-2.58.

¹³²² LAWS J., « The Rule of Law: The Presumption of Liberty and Justice », *Judicial Review* 2017, pp. 365-373, p. 368.

¹³²³ *Ibid.* – *Adde* BINGHAM T., *The Rule of Law*, Penguin, 2011, pp. 66-67.

légal ou non était conditionné à la survenance d'un examen judiciaire¹³²⁴. En l'espèce, il était plausible d'affirmer qu'il était probable que les *swaps* soient illégaux au regard des règles strictes entourant l'accès aux marchés financiers par des entités publiques, mais rien n'avait été prévu pour ce type de contrats dérivés. Fallait-il admettre, comme l'avait considéré Lord Browne-Wilkinson¹³²⁵, qu'un doute sérieux quant à l'état du droit emportait l'acceptation du risque que celui-ci se trouve confirmé ? Enfin, comment prouver ce qui constituait telle ou telle compréhension du droit ? Fallait-il se fonder sur des *statutes*, des décisions de justice, des codes de conduite propres à certaines professions, la *lex mercatoria*, etc. ? Lord Browne-Wilkinson et Lord Lloyd n'avaient apporté que des fragments de solution¹³²⁶.

Lord Goff avait quant à lui proposé une approche réinterprétée de la *declaratory theory* et estimé qu'il était inévitable que les changements de droit apportés par les cours soient rétroactifs, mais la logique d'ensemble de son jugement s'était perdue dans les détails¹³²⁷. Lord Mance, se prononçant extrajudiciairement sur la question de la *legal certainty*, en offrit par chance une remarquable synthèse :

« As Lord Goff also said, judicial development of the common law is inevitable, or, otherwise, “the common law would be the same now as it was in the reign of King Henry II”. This was a double rejection, one might say, of the Saxon myth. He went on : “it is because of this that the common law is a living system of law, reacting to new events and new ideas, and so capable of providing the citizens of this country with a system of practical justice relevant to the times in which they live”. In *Kleinwort Benson* itself, this recognition of the inevitability of change led to philosophical discussion about whether there could be said to have been any “mistake”, if a person paid on a well-established legal basis, which everyone including the courts believed to be correct at the time, but which the highest court subsequently decided to overrule. Schrödinger’s cat aside, as Lord Hoffmann said, facts either exist or not at any particular moment. But the law is rather different. Schrödinger’s cat was the cat contained in a box, whose survival or death was conditioned by whether or not an atomic particle survived or decayed – an apparently unknowable event unless and until the box was opened. Just as this extension of quantum physics into the daily world might suggest that you could only say retrospectively that Schrödinger’s cat was either alive or dead during the period before the box was opened, so Lord Goff’s more pragmatic insight was that the law as it is retrospectively declared must be taken always to have existed in relation to particular facts, so that a payer of money may be said to have made a legal mistake in failing at point A in time to know the law as it would subsequently be declared (quite possibly by being changed) at point B. The

¹³²⁴ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, p. 1138.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 1103.

¹³²⁶ *Ibid.*, pp. 1103-1104 et p. 1133. – *Adde Marquess of Downshire v. Royal Bank of Scotland* [1953] 2 WLR 94 ; [1953] 1 All ER 103 ; [1953] Ch. 218, p. 279, *per* LORD DENNING.

¹³²⁷ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, pp. 1116-1124.

declaratory theory of law is here being used not to conceal the law's changes and development, but as a tool of practical justice »¹³²⁸.

Ainsi que l'avait analysé Lord Hope, la question essentielle en l'espèce n'était pas de savoir si tel ou tel modèle théorique était le plus approprié, mais si le demandeur avait bel et bien commis une erreur, à savoir s'il avait versé les sommes qu'il exigeait en restitution, s'il avait su ce qu'allait décider la House of Lords dans *Hazell*¹³²⁹. De la même manière qu'une erreur quant aux faits entraînait une altération de son consentement, et avec elle la défectuosité du transfert de valeur qu'il avait opéré au profit du défendeur, il importait peu que l'élément révélateur ait été contemporain à son choix, pourvu qu'il ait été déterminant ; dès lors, pourquoi pas l'erreur de droit ?

**β. – La contrainte (*duress*) et l'influence indue (*undue influence*) :
des causes de restitution délicates à faire valoir et à mettre en œuvre**

144. – *Mistake, duress et undue influence, une distinction.* À la différence de l'erreur, où le consentement du demandeur est présumé avoir été altéré de lui-même, encore qu'il soit toujours concevable que le comportement du défendeur y ait joué un rôle déterminant, la contrainte (*duress*) et l'influence indue (*undue influence*) nécessitent qu'une force extérieure ait été à l'origine du transfert de valeur dont on exige la restitution.

Assez spontanément, la distinction entre la contrainte et l'influence indue joue sur le degré de conscience du demandeur, la première supposant qu'il ait été *forcé* par des moyens illégitimes, la seconde qu'il ait été *amené* à consentir alors que tel n'aurait pas été le cas s'il avait su, ou avait pu s'émanciper, de l'emprise du défendeur¹³³⁰.

145. – *Economic duress dans Universe Sentinel et Evia Luck.* La contrainte évoque une force qui s'exerce sur les personnes (*duress of the person*) – elle peut concerner tant l'intégrité physique du demandeur que la sécurité de ceux qui lui sont chers¹³³¹ – ou sur

¹³²⁸ MANCE J., « Should the Law be Certain? », *Oxford Shrieval Lecture*, 11 octobre 2011, §31, en référence à *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, p. 1118, *per* LORD GOFF. – *Adde Deutsche Morgan Grenfell v. IRC* [2006] UKHL 49 ; [2007] 1 AC 558, §23, *per* LORD HOFFMANN. – Comp. FINNIS J., « The Fairy Tale's Moral », *LQR* 1999, pp. 170-175, pp. 174-175

¹³²⁹ *Kleinwort* [1998] 3 WLR 1095, pp. 1148-1149.

¹³³⁰ ENONCHONG N., *Duress, Undue Influence, and Unconscionable Dealing*, Sweet & Maxwell, 2019, 3^{ème} éd. – *Adde* CARTWRIGHT J., *Unequal Bargaining*, Clarendon, 1991.

¹³³¹ *Scott v. Sebright* (1886) 12 P. 21. – *Adde Hussein v. Hussein* [1938] P. 159, et *Attorney-General v. R.* [2003] UKPC 22. – Comp. *Williams v. Bayley* (1866) LR 1 HL 200, et *Burton v. Armstrong* [1976] AC 104.

les biens (*duress of goods*), mais elle trouve aujourd'hui son expression paradigmatique autour de la contrainte économique (*economic duress*)¹³³².

La contrainte économique est un concept assez vague dont il est *a priori* difficile de tirer une cause de restitution. Les parties engagées dans des relations commerciales sont constamment sujets à des pressions – elles doivent anticiper au mieux leurs besoins et s'adapter au plus vite aux changements du marché –, ce qui rend peu probable le fait qu'elles puissent avoir été contraintes d'agir en contrariété de leurs intérêts¹³³³. Toutefois, il est apparu aux États-Unis une ligne jurisprudentielle reconnaissant de telles configurations, ce qui a amené les cours anglaises à admettre qu'elle puisse constituer un *unjust factor*¹³³⁴. Il en a notamment été ainsi dans *Universe Sentinel*¹³³⁵ et *Evia Luck*¹³³⁶. En l'espèce, deux navires, l'*Universe Sentinel* et l'*Evia Luck*, avaient été menacés à leur entrée des ports de Milford Haven (Angleterre) et d'Uddevalla (Suède) d'être placés sur liste noire (*blacking*) par les membres de l'International Transport Workers' Federation (ITWF) s'ils ne contribuaient pas à un fonds d'aide sociale (*Universe Sentinel*) ou s'ils ne s'acquittaient pas de certaines sommes afin d'améliorer les conditions de travail de leurs marins (*Evia Luck*). Il était clair que s'ils n'obtempéraient pas, les dockers des ports concernés ne leur prêteraient pas main forte¹³³⁷. Les capitaines des vaisseaux s'étaient alors exécutés, mais avaient entendu obtenir la restitution des sommes qu'ils avaient versé en arguant d'une contrainte économique. Ainsi que l'avait rappelé Lord Goff dans *Evia Luck*, il avait été reconnu par les cours anglaises que la pression économique (*economic pressure*) pouvait se qualifier en contrainte, « à la condition, au moins, qu'elle ait un caractère illégitime et qu'elle ait constitué une cause significative [*significant cause*] de la conclusion du contrat », celle-ci n'ayant pas nécessairement besoin de prendre la forme d'une coercition (*coercion*)¹³³⁸. En l'espèce, il n'était pas question de savoir s'il y avait eu pression – la menace d'un *blacking* rendait ce point indiscutable –, mais si celle-ci était

¹³³² *Astley v. Reynolds* (1731) 93 ER 939. – *Adde Valpy v. Manley* (1845) 135 ER 673. – Comp. *Vantage Navigation v. Suhail & Saud Bahwan Building Materails (The Alev)* [1989] 1 Lloyd's Rep. 138.

¹³³³ *Universe Tankships of Monrovia v. International Transport Workers Federation (The Universe Sentinel)* [1982] 2 WLR 803 ; [1982] 2 All ER 67 ; [1983] 1 AC 366, p. 384, *per* LORD DIPLOCK.

¹³³⁴ DALZELL J., « Duress by Economic Pressure », *NCLR* 1942, pp. 237-277.

¹³³⁵ *The Universe Sentinel* [1983] 1 AC 366.

¹³³⁶ *Dimskal Shipping v. International Transport Workers Federation (No 2) (The Evia Luck)* [1992] 2 AC 152 ; [1991] 4 All ER 871 ; [1991] 3 WLR 875.

¹³³⁷ Les actions de ITWF visaient à empêcher l'emploi de main-d'œuvre bon marché sur des navires battant pavillon de complaisance (tel était le cas de l'*Universe Sentinel* et de l'*Evia Luck*).

¹³³⁸ *Evia Luck* [1991] 3 WLR 875, p. 883, en référence à *Occidental Worldwide Investment Corporation v. Skibs A/S Avanti (The Siboen and The Sibotre)* [1976] 1 Lloyd's Rep. 293, et *Pao On v. Lau Yiu Long* [1980] AC 614, [1979] 3 WLR 435 ; [1979] 3 All ER 65. – *Contra Skeate v. Beale* (1841) 11 Ad. & El. 983.

illégitime. Or la solution était loin d'être évidente dans la mesure où, tant à l'égard du droit anglais (*Universe Sentinel*) que du droit suédois (*Evia Luck*), les marins étaient en droit d'exercer une telle entrave. Lord Diplock (1907–1985), dans *Universe Sentinel*, avait estimé qu'il fallait distinguer l'immunité délictuelle qui était offerte aux marins par les Sec. 13 et 14 du Trade Union and Labour Relations Act 1974, en matière de contrainte, de ses conséquences en restitution :

« The use of economic duress to induce another person to part with property or money is not a tort per se; the form that the duress takes may, or may not, be tortious. The remedy to which economic duress gives rise is not an action for damages but an action for restitution of property or money exacted under such duress and the avoidance of any contract that had been induced by it; but where the particular form taken by the economic duress used is itself a tort, the restitutional remedy for [unjust enrichment] by the defendant to the plaintiff's use is one which the plaintiff is entitled to pursue as an alternative remedy to an action for damages in tort »¹³³⁹.

De là, il avait conclu que le contrat passé par le capitaine de l'*Universe Sentinel* pouvait être déclaré nul et qu'il était possible de procéder à une restitution des sommes qui avaient été versées sous la contrainte, sans nuire aux dispositions du Trade Union and Labour Relations Act 1974. De même dans *Evia Luck*, Lord Goff avait estimé que, la loi applicable à la question de la validité du contrat étant, par application du principe de proximité (*proper law*), le droit anglais, celui-ci pouvait être déclaré nul et mener à une restitution – sans la contrainte, le capitaine n'aurait jamais payé¹³⁴⁰.

146. – Economic duress dans *Atlantic Baron*. Il ressort des affaires *Universe Sentinel* et *Evia Luck* que la contrainte économique est susceptible de fonder une action en *unjust enrichment* lorsqu'il est avéré que le défendeur a exercé une pression illégitime (*illegitimate pressure*) qui a constitué une cause significative du transfert de valeur, soit qu'il n'aurait jamais eu lieu, soit qu'il aurait pris une forme différente, s'il elle ne s'était pas produite¹³⁴¹, et que le demandeur n'avait pas eu d'autre choix que d'agir comme il l'a fait, l'obtempérance étant un moindre mal (*lesser of two evils*)¹³⁴². Toutefois, la teneur

¹³³⁹ *Universe Sentinel* [1983] 1 AC 366, pp. 384-385.

¹³⁴⁰ *Evia Luck* [1991] 3 WLR 875, pp. 884-887.

¹³⁴¹ *Huyton v. Peter Cremer* [1999] 1 Lloyd's Rep. 620, p. 636, per JUSTICE MANCE.

¹³⁴² *Huyton* [1999] 1 Lloyd's Rep. 620, pp. 636-638, per JUSTICE MANCE. – Adde CHANDLER P., « Economic Duress: Clarity or Confusion? », *LMCLQ* 1989, pp. 270-277, pp. 275-277, et NOLAN D., « Economic Duress and the Availability of a Reasonable Alternative », *RLR* 2000, pp. 105-114, pp. 110-114. – Comp. HALSON R., « Opportunism, Economic Duress and Contractual Modifications », *LQR* 1991, pp. 649-678, pp. 668-673.

exacte de ces principes reste floue¹³⁴³. Ainsi, il est reconnu qu'une menace de violer les termes d'un contrat (*breach of contract*) est constitutive d'une contrainte si elle a été déterminante. Néanmoins, elle doit être replacée dans le contexte du *law of contract*, en témoigne la décision du Queen's Bench dans *Atlantic Baron*¹³⁴⁴.

En l'espèce, la société North Ocean Shipping avait commandé au chantier naval Hyundai la construction d'un pétrolier dont le prix serait versé en dollars des États-Unis. Or, cette monnaie avait été dévaluée peu de temps après et Hyundai avait demandé que le prix du contrat soit revalorisé en proportion. En vain. Par conséquent, il avait menacé sa cliente de résilier le contrat, un luxe que cette dernière ne pouvait pas se permettre compte tenu de la conclusion d'un contrat particulièrement lucratif avec la société Shell. Elle avait donc obtempéré, mais s'était retournée, si tôt l'opération terminée, contre son prestataire et exigé la restitution des sommes qu'elle avait versé proportionnellement à la dévaluation. Justice Mocatta (1907–1990) avait reconnu qu'il était indéniable que North Ocean avait subi une contrainte – Hyundai l'avait placé dans une situation où elle ne pouvait pas faire autrement que d'accepter l'augmentation du prix, et ce quand bien même elle avait proposé, à titre d'alternative, un arbitrage sur la question – et qu'il était clair qu'elle n'aurait jamais consenti à pareille chose si elle en avait eu le choix. Cependant, compte tenu du fait que North Ocean n'avait pas exprimé la moindre protestation entre les paiements litigieux et la livraison, il avait conclu qu'elle avait accepté (*affirmed*) les modifications apportées au contrat, ce qui l'empêchait de recourir à son annulation¹³⁴⁵.

147. – L'undue influence dans *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2)*. La contrainte, telle qu'elle est conçue *at common law*, couvre des hypothèses assez restreintes qu'il est difficile de synthétiser et d'élever au-delà des faits au sein desquels elle prend racine¹³⁴⁶. En conséquence, il a été développé *in equity* une doctrine plus flexible, l'*undue influence*¹³⁴⁷. La décision de référence en la matière a été rendue par la House of Lords dans *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2)*¹³⁴⁸. En l'espèce, Susan Etridge avait accepté de grever sa maison d'une sûreté à la faveur de la Bank of Scotland afin de

¹³⁴³ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 400-412.

¹³⁴⁴ *North Ocean Shipping v. Hyundai Construction (The Atlantic Baron)* [1979] 3 WLR 419 ; [1978] 3 All ER 1170 ; [1979] QB 705.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, p. 720.

¹³⁴⁶ MITCHELL, MITCHELL et WATTERSON, *op. cit.*, 9^{ème} éd., pp. 379-380.

¹³⁴⁷ *Blunden & Hester v. Barker* (1720) 1 PWms 634. – *Adde Morris v. Burroughs* (1737) 1 Atk. 398 ; 26 ER 253.

¹³⁴⁸ [2001] UKHL 44 ; [2002] 2 AC 773.

garantir les dettes personnelles et professionnelles de son époux, Thomas Etridge. Les aléas des affaires faisant, ce dernier était devenu insolvable et la banque avait exigé la mise en possession de la maison, mais Susan Etridge s’y était opposée arguant *inter alia* qu’elle avait consenti à la sûreté par effet d’une influence indue, ce qui entraînait sa nullité. Judge Behrens, siégeant au Queen’s Bench, ainsi que les membres de la Court of Appeal n’avaient pas fait droit à sa demande. L’affaire fut portée à l’attention de la House of Lords¹³⁴⁹.

Susan Etridge se fondait sur un principe établi par Lord Browne-Wilkinson dans *Barclays Bank v. O’Brien*, dont les faits étaient similaires à son cas¹³⁵⁰. En l’espèce Lord Browne-Wilkinson avait décidé, au regard de la situation particulière de certaines femmes dans les rapports qu’entretiennent leurs époux avec la gestion des finances du ménage¹³⁵¹, qu’il était possible, *in equity*, lorsqu’elles avaient été induites, par une influence indue, à croire dans une représentation trompeuse (*misrepresentation*) de la réalité, à consentir à une sûreté garantissant les dettes de leurs conjoints, de les écarter tant à l’égard des premiers intéressés que des établissements de crédit qui en avaient profité, à la condition, pour ces derniers, qu’ils aient eu une connaissance réelle (*actual notice*) ou présumée (*constructive notice*) de la position de la partie lésée¹³⁵². En l’occurrence, il avait été jugé que l’époux d’O’Brien ne lui avait pas donné tous les éléments nécessaires à la compréhension des risques inhérents à la sûreté qu’elle promettait et que la Barclays n’avait pas pris les mesures raisonnables afin de s’assurer de l’intégrité de son consentement ; la sûreté avait alors été écartée pour *misrepresentation*¹³⁵³.

Il était incontestable que le cadre contentieux d’*Etridge* appelait à une application du principe d’*O’Brien*¹³⁵⁴. Toutefois, il restait à savoir s’il était plausible d’affirmer que Susan Etridge avait été victime d’*undue influence*. Ainsi que l’avait rappelé Lord Nicholls, les hypothèses d’influence indue supposaient que l’une des parties ait été placée sous l’influence ou l’ascendance d’une autre et que cette dernière en ait abusé¹³⁵⁵. Il était dès

¹³⁴⁹ [1998] 4 All ER 705 ; [1998] 2 FLR 843.

¹³⁵⁰ [1993] 3 WLR 786 ; [1993] 4 All ER 417 ; [1994] 1 AC 180.

¹³⁵¹ *Ibid.*, p. 188.

¹³⁵² *Ibid.*, pp. 195-199.

¹³⁵³ BIRKS P., « The Burden on the Bank » in ROSE F. (dir.), *Restitution and Banking Law*, Mansfield Press, 1998, pp. 189-232, p. 195. – Comp. *Credit Lyonnais Bank Nederland v. Burch* [1997] 1 All ER 144.

¹³⁵⁴ Ce principe fut loin de faire l’unanimité parmi les juges, les praticiens et les auteurs. Les membres de la House of Lords, dans *Etridge*, furent alors contraints d’en proposer une relecture, [2002] 2 AC 773, pp. 800-809, *per* LORD NICHOLLS ; pp. 822-829, *per* LORD HOBHOUSE ; et pp. 834-839, *per* LORD SCOTT.

¹³⁵⁵ *Ibid.*, p. 794, *per* LORD NICHOLLS. – Comp. *Huguenin v. Baseley* (1807) 14 Ves. 273, p. 300, *per* LORD ELDON.

lors nécessaire qu'elle prouve qu'une relation d'influence existait et qu'un abus avait eu lieu¹³⁵⁶. Cependant, compte tenu de la nature de certaines relations où les parties se fondaient sur un rapport de profonde confiance (*trust and confidence*), de vulnérabilité (*vulnerability*), de domination ou de contrôle, *etc.*, il avait été établi un système de présomption qui dispensait la partie lésée de prouver qu'elle était assujettie à l'influence du défendeur. Tel était le cas lorsqu'il était question d'un transfert de valeur ayant eu lieu entre un médecin et son patient, ou un *solicitor* et son client¹³⁵⁷. Il était alors d'usage de distinguer les hypothèses d'influence présumée (*presumed influence*) des hypothèses d'influence réelle (*actual influence*), où il était exigé une pleine démonstration des faits allégués¹³⁵⁸. À l'évidence, le bénéfice de la présomption n'exemptait pas le demandeur de prouver que l'influence du défendeur s'était traduit par un désavantage manifeste (*manifeste disadvantage*), encore que le concept était plus qu'inapproprié dans la mesure où il suffisait de démontrer que l'avantage acquis par le défendeur ne s'expliquait que par l'influence qu'il avait exercé¹³⁵⁹ ; une analyse contraire aurait été regrettable :

« It would be absurd for the law to presume that every gift by a child to a parent, or every transaction between a client and his solicitor or between a patient and his doctor, was brought about by undue influence unless the contrary is affirmatively proved. Such a presumption would be too far-reaching. The law would be out of touch with everyday life if the presumption were to apply to every Christmas or birthday gift by a child to a parent, or to an agreement whereby a client or patient agrees to be responsible for the reasonable fees of his legal or medical adviser. The law would be rightly open to ridicule, for transactions such as these are unexceptionable. They do not suggest that something may be amiss. So something more is needed before the law reverses the burden of proof, something which calls for an explanation. When that something more is present, the greater the disadvantage to the vulnerable person, the more cogent must be the explanation before the presumption will be regarded as rebutted »¹³⁶⁰.

Il était acquis, par principe, qu'une relation de couple ne sous-tendait pas un rapport d'influence entre les intéressés, ceux-ci étant supposés entretenir une confiance mutuelle et supporter le choix financiers de l'autre¹³⁶¹. S'il y avait, comme toujours, des exceptions,

¹³⁵⁶ *Etridge* [2002] 2 AC 773, p. 796, *per* LORD NICHOLLS.

¹³⁵⁷ *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch. D. 145.

¹³⁵⁸ *Bank of Credit and Commerce International v. Aboody* [1990] 1 QB 923, p. 953, *per* LORD JUSTICE SLADE.

¹³⁵⁹ *National Westminster Bank v. Morgan* [1985] AC 686, pp. 703-707, *per* LORD SCARMAN, citant *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch. D. 145, p. 185, *per* LORD JUSTICE LINDLEY. – *Adde Etridge* [2002] 2 AC 773, pp. 799-800, *per* LORD NICHOLLS. – *Comp. CIBC Mortgages v. Pitt* [1994] 1 AC 200.

¹³⁶⁰ *Etridge* [2002] 2 AC 773, pp. 794-796, *per* LORD NICHOLLS, en référence notamment à *Bank of Montreal v. Stuart* [1911] AC 120, p. 137, *per* LORD MACNAGHTEN.

¹³⁶¹ *Etridge* [2002] 2 AC 773, p. 797, *per* LORD NICHOLLS, citant *Yerkey v. Jones* (1939) 63 CLR 649, p. 675, *per* JUSTICE DIXON ; et pp. 842-843, *per* LORD SCOTT.

tel n'était pas le cas dans *Etridge*. Susan Etridge n'avait pas été à même d'apporter aux juges des éléments tangibles démontrant qu'elle avait agi sous l'influence de son mari et que celui-ci en avait abusé ; elle devait, par conséquent, succomber en appel.

148. – L'undue influence dans *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2)* (suite et fin). Lord Nicholls reconnut dans *Etridge* la relative imprécision de la *doctrine of undue influence*¹³⁶² ; c'est là l'intérêt des *equitable doctrines*. Elle permet ainsi d'établir une séparation entre les transferts qui ont été induits par effet d'une influence raisonnable – « dans la vie quotidienne, les gens cherchent constamment à influencer les décisions des autres ; ils cherchent à persuader ceux avec qui ils traitent de conclure des transactions, qu'elles soient grandes ou petites »¹³⁶³ – et qui ne nécessitent pas d'être reconsidérés judiciairement, des transferts obtenus à l'aide de « moyens inacceptables » dont il est impératif qu'ils soient corrigés, sans se tenir à la rigueur de principes catégoriques :

« However great the influence which one person may be able to wield over another equity does not intervene unless that influence has been abused. Equity does not save people from the consequences of their own folly; it acts to save them from being victimised by other people. [I]t must be shown that the ascendant party has unfairly exploited the influence he is shown or presumed to possess over the vulnerable party. [...] Unless the ascendant party has exploited his influence to obtain some unfair advantage from the vulnerable party there is no ground for equity to intervene »¹³⁶⁴.

Il reste, cependant, qu'une « vaste pénombre » entoure cette *doctrine* et qu'il est difficile d'en saisir pleinement les tenants et aboutissants, notamment en matière d'*unjust enrichment*¹³⁶⁵.

γ. – La disqualification du consentement (*qualified consent*) : la question controversée de la *failure of condition*

149. – Une introduction à la *failure of condition* : *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour*. Au-delà des hypothèses où le demandeur a conféré

¹³⁶² *Etridge* [2002] 2 AC 773, p. 795. – Comp. *ibid.*, p. 816, *per* LORD CLYDE.

¹³⁶³ *Ibid.*, pp. 794-795.

¹³⁶⁴ *National Commercial Bank (Jamaica) v. Hew's* [2003] UKPC 51, §§28-33. – *Adde* LEWISON K., « Under the Influence », *RLR* 2011, pp. 1-14, p. 3. – Comp. WINDER W., « Undue Influence and Coercion », *MLR* 1939, pp. 97-120. – *Adde* CARTWRIGHT, *op. cit.*, pp. 195-196.

¹³⁶⁵ *Drew v. Daniel* [2005] EWCA Civ. 507, §32.

un avantage au défendeur en s'appuyant sur une représentation erronée de la réalité ou en ayant été victime d'une contrainte ou d'une influence induite, il est concevable qu'il ait sciemment entendu procéder à un transfert de valeur, mais que son consentement ait été conditionné à la survenance d'un événement précis qui ne s'est pas réalisé (*qualified consent*). Il en va par exemple ainsi lors de la non-survenance d'une condition (*failure of condition*)¹³⁶⁶.

L'autorité en la matière est la décision de la House of Lords dans *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour*¹³⁶⁷. L'affaire opposait une société polonaise, Fibrosa, à une société anglaise, Fairbairn, au sujet d'un achat d'une machine à sérancer le lin dont la livraison avait été rendue impossible à la suite de la déclaration de guerre du Royaume-Uni au Troisième Reich. Fibrosa avait payé une avance de 1.000£ avant que le contrat ne soit déclaré inexécutable (*frustrated*) et elle avait entendu obtenir restitution. En vain. Les juges de la High Court et de la Court of Appeal s'y étaient opposées en arguant être liés au *precedent* établi par cette dernière dans *Chandler v. Webster*¹³⁶⁸, où il avait décidé que lorsque survenait un événement qui empêchait l'exécution du contrat les sommes d'argent qui avaient été versées ou les droits qui avaient été acquis antérieurement à celui-ci étaient irrécupérables : *the loss lies where it falls*. Sir Richard Collins (1842–1911), alors Master of the Rolls, avait justifié sa décision en estimant qu'un contrat qui était frappé par un événement qui le rendait inexécutable restait « un contrat parfaitement valable jusqu'à ce point, et tout ce qui avait été fait précédemment en application de celui-ci [devait] être considéré comme ayant été fait à juste titre, mais que les parties [devaient être] libérées de toute exécution ultérieure »¹³⁶⁹ ; il avait ajouté :

« If the effect were that the contract were wiped out altogether, no doubt the result would be that money paid under it would have to be repaid as on a failure of consideration [*i.e.* failure of condition]. But that is not the effect of the doctrine: it only releases the parties from further performance of the contract. Therefore the doctrine of failure of consideration does not apply »¹³⁷⁰.

¹³⁶⁶ WILMOT-SMITH, « Reconsidering Total Failure », p. 416, citant *Anderson v. McPherson (No 2)* [2012] WASC 19, §235, *per* JUSTICE EDELMAN.

¹³⁶⁷ [1943] AC 32.

¹³⁶⁸ [1904] 1 KB 493.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, p. 499, citant *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826.

¹³⁷⁰ *Chandler* [1904] 1 KB 493, p. 499.

Toutefois, l'analyse était incorrecte¹³⁷¹. Ainsi que l'avait remarqué dans *Fibrosa* le Viscount Simon (1873–1954), alors Lord Chancellor, le raisonnement de Sir Richard Collins souffrait d'une double incohérence. D'une part, il confondait les actions fondées sur le contrat et les actions disponibles en matière de restitution, qui elles étaient fondées, comme l'avait rappelé Lord Wright, sur le principe de l'*unjust enrichment* (ou plutôt des *quasi-contracts*)¹³⁷². D'autre part, il semblait distinguer deux modes d'exercice du *failure of condition* en distinguant les contrats qui étaient réduits à néant et dont toutes les prestations étaient réputées avoir été faites sans contrepartie, justifiant qu'elles soient intégralement restituées, des contrats qui n'avaient été résolus que pour l'avenir et dont seules les prestations effectuées après la résolution étaient sujets à restitution. Cependant, la distinction n'était pas convaincante :

« The party that has paid the money has had the advantage, whatever it may be worth, of the promise of the other party. That is true, but it is necessary to draw a distinction. In English law, an enforceable contract may be formed by an exchange of a promise for a promise, or by the exchange of a promise for an act – I am excluding contracts under seal – and thus, in the law relating to the formation of contract, the promise to do a thing may often be the consideration, but when one is considering the law of failure of consideration and of the quasi-contractual right to recover money on that ground [*i.e.* the law of unjust enrichment], it is, generally speaking, not the promise which is referred to as the consideration, but the performance of the promise. The money was paid to secure performance and, if performance fails the inducement which brought about the payment is not fulfilled »¹³⁷³.

En conséquence, compte tenu du fait que Fibrosa avait versé les 1.000£ en vue de l'obtention de la machine à sérancer promise par Fairbairn (*performance of the promise*), elle était en droit d'en exiger la restitution dès lors qu'il était établi que cette dernière n'avait pas exécuté sa promesse.

150. – Total ou partial failure : *Stocznia Gdanska v. Latvian Shipping*. Les cours anglaises admettent de longue date la restitution des avantages conférés sous l'empire d'une condition – on en trace les premières manifestations au XVII^{ème} siècle¹³⁷⁴ –, mais elles imposent que la non-survenance de celle-ci ait été totale (*total failure*) et non partielle

¹³⁷¹ *Cantiare San Rocco v. Clyde Shipbuilding & Engineering* [1924] AC 226, p. 257, *per* LORD SHAW.

¹³⁷² *Fibrosa* [1943] AC 32, pp. 46-47, *per* VISCOUNT SIMON ; et pp. 61-64, *per* LORD WRIGHT.

¹³⁷³ *Ibid.*, pp. 47-48, *per* LORD SIMON.

¹³⁷⁴ STOLJAR S., « The Doctrine of Failure of Consideration », *LQR* 1959, pp. 53-76, pp. 54-56. – *Adde* IBBETSON, *op. cit.*, pp. 267-268.

(*partial failure*), en témoigne la décision de la House of Lords dans *Stocznia Gdanska v. Latvian Shipping*¹³⁷⁵.

En l'espèce, le chantier naval Stocznia Gdanska avait conclu avec la société Latvian Shipping des contrats par lesquels il s'engageait à concevoir, construire, achever et livrer six navires frigorifiques. Il était convenu que le paiement aurait lieu en acomptes (*instalments*), le premier ayant été versé à la conclusion du contrat et le second étant dû à la pose des quilles des deux premiers navires, mais il était apparu que Latvian Shipping ne parviendrait pas à satisfaire ses obligations. Stocznia Gdanska avait alors activé la clause des contrats qui lui permettait de les anéantir tout en conservant l'acompte déjà versé et il avait exigé, *at common law*, le paiement du second acompte, sans convaincre les membres de la Court of Appeal, qui estimaient que ses droits étaient gouvernés par la clause qu'il avait activé¹³⁷⁶. L'affaire avait été portée à la connaissance de la House of Lords. Latvian Shipping soutint qu'il était impossible de procéder au versement du second acompte dans la mesure où, les contrats ayant été anéantis, il ne répondrait à aucune obligation et serait aisément recouvrable par effet d'une *total failure of condition*. Toutefois, Lord Goff, avec l'approbation de Lord Hoffman, Lord Hope et Lord Hutton (1931–2020), avait estimé que, même si les navires n'avaient pas été livrés, les contrats avaient été partiellement exécutés, Stocznia Gdanska ayant réalisé la conception et initié la construction de la commande :

« [T]he test [of failure of condition] is not whether the promisee has received a specific benefit, but rather whether the promisor has performed any part of the contractual duties in respect of which the payment is due »¹³⁷⁷.

En conséquence, Latvian Shipping pouvait verser le second acompte sans que celui-ci ne puisse être sujet à une action en *unjust enrichment*.

151. – Total ou partial failure (suite) : *Hunt v. Silk (Morgan v. Richardson et Tye v. Gwynne)*. L'origine de l'exigence de *total failure* est obscure, encore qu'il soit d'usage de la tracer à la décision du King's Bench dans *Hunt v. Silk*¹³⁷⁸. En l'espèce, il avait été convenu que le propriétaire d'un bien laissé à la location réaliserait certains travaux sous

¹³⁷⁵ [1998] 1 WLR 574.

¹³⁷⁶ [1996] 2 Lloyd's Rep. 132.

¹³⁷⁷ [1998] 1 WLR 574, p. 588.

¹³⁷⁸ (1804) 5 East 449.

dix jours après l'entrée en possession de son locataire, propriétaire qui ne s'était pas exécuté. Le locataire avait alors quitté les lieux en exigeant que le contrat soit anéanti et que les sommes qu'il avait versées lors de sa conclusion lui soient restituées. Lord Ellenborough s'y était refusé :

« Now where a contract is to be rescinded at all, it must be rescinded *in toto*, and the parties put *in statu quo*. But here was an intermediate occupation, a part execution of the agreement, which was incapable of being rescinded. If the plaintiff might occupy the premises two days beyond the time when the repairs were to have been done and the lease executed, and yet rescind the contract, why might he not rescind it after a twelve month on the same account. This objection cannot be gotten rid of: the parties cannot be put *in statu quo* »¹³⁷⁹.

En conséquence, il avait été décidé que le locataire ne pouvait exiger que des *damages* en se fondant sur un *breach of contract* et non une restitution par effet de *rescission*.

Il est indéniable que la décision de Lord Ellenborough dans *Hunt v. Silk* ait constitué un apport essentiel au *law of rescission*, mais il n'explique pas la genèse de l'exigence d'une *total failure*, d'autant qu'il apparaît que les cours du XIX^{ème} siècle ne se formalisaient pas sur la survenance d'une *rescission ab initio* afin d'octroyer restitution par effet d'une *failure of condition*¹³⁸⁰. Toutefois, une autre ligne de *cases*, elle aussi initiée par Lord Ellenborough, permet de la comprendre : *Morgan v. Richardson*¹³⁸¹ et *Tye v. Gwynne*¹³⁸². Ces affaires concernaient des livraisons de marchandises non-conformes dont le paiement avait été assuré par des lettres de change (*bills of exchange*). Les acheteurs avaient demandé au King's Bench de les libérer des titres qu'ils avaient acceptés en arguant d'une *failure of condition*. Toutefois, Lord Ellenborough n'avait pas fait droit à leurs demandes au motif que, même s'ils avaient violé les termes du contrat en ne livrant pas la qualité attendue, les vendeurs s'étaient exécutés. Les acheteurs ne pouvaient donc agir qu'en *damages* à raison du préjudice subi¹³⁸³. De là, les cours avaient été amenées à distinguer les cas où le défendeur n'était pas parvenu à fournir ce qui constituait l'essence du contrat et qui nécessitait une restitution, des cas où la performance n'avait pas été à la

¹³⁷⁹ *Ibid.*, p. 453. – Comp. BIRKS P., « Failure of Consideration » in ROSE F. (dir.), *Consensus Ad Idem: Essays in the Law of Contract in Honour of Günter Treitel*, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 179-202, pp. 180-181.

¹³⁸⁰ MITCHELL P., « Artificially in Failure of Consideration », *UQLJ* 2010, pp. 191-210, pp. 193-196. – ADDE BALOCH T., *Unjust Enrichment and Contract*, Hart Publishing, 2009, pp. 124-128.

¹³⁸¹ (1806) 7 East 482n.

¹³⁸² (1810) 2 Camp. 346. – ADDE WILMOT-SMITH, « Reconsidering Total Failure », pp. 424-426.

¹³⁸³ *Obbard v. Bentham* (1830) M. & M. 483, p. 486, per LORD TENTERDEN.

hauteur des exigences du demandeur, sans en nuire à la substance, justifiant ainsi le recours à des *damages*¹³⁸⁴.

152. – Total ou partial failure (suite) : l'analyse de Frederic Wilmot-Smith ; Rover International v. Cannon Film Sales ; apportionment et incidental benefits (Stevenson v. Snow ; Goss v. Chilcott ; Giedo van der Garde v. Force India). L'analyse opposant l'aspect *essentiel* de la prestation à ses aspects *adventices* en matière de *total failure* est intéressante à de nombreux égards. Tout d'abord, elle permet d'éclairer la logique supposément irrationnelle de cette *doctrine* en la replaçant dans un contexte clair et intuitif¹³⁸⁵. En effet, pour reprendre les mots de Frederick Wilmot-Smith, il y a deux manières de réagir à un transfert défectueux de valeur : soit on le « répare » (*repair*) via l'octroi de *damages*, soit on le « défait » (*undo*) par une restitution¹³⁸⁶. Cependant, les deux procédés ne sont pas interchangeables dans la mesure où ils ne s'activent pas selon le même degré de « dissonance » entre la situation anticipée par la partie lésée et la situation dans laquelle elle se trouve réellement :

« The closer the claimant's position is to the one that she anticipated, the weaker the reasons 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 »¹³⁸⁷.

En somme, dès qu'il ressort que la volonté du demandeur n'est plus qualifiée à la hauteur du transfert qu'il a consenti, il faut procéder à une restitution.

Ensuite, elle permet de comprendre pourquoi les cours analysent la *total failure* au regard de ce que le demandeur *a négocié* et non de *ce qu'il a reçu*, une approche qui avait notamment été défendue par Lord Justice Kerr dans *Rover International v. Cannon Film Sales*¹³⁸⁸. En l'espèce, EMI avait conclu avec Rover un contrat portant sur le doublage et la distribution de films en Italie, les recettes devant être partagées entre les parties à due proportion de leur contribution. Rover s'était acquitté d'une avance substantielle et avait

¹³⁸⁴ WILMOT-SMITH, « Reconsidering Total Failure », pp. 426-429.

¹³⁸⁵ BARKER K., « Restitution of Passenger Fare », *LMCLQ* 1993, pp. 291-296, pp. 293. – Adde MAHER F., « A New Conception of Failure of Basis », *RLR* 2004, pp. 96-109, pp. 105-106. – Comp. BEATSON J., « Discharge for Breach: The Position of Instalments, Deposits and Other Payments Due before Completion », *LQR* 1981, pp. 389-419, p. 406.

¹³⁸⁶ WILMOT-SMITH, « Reconsidering Total Failure », pp. 429-431.

¹³⁸⁷ *Ibid.*, citant BIRKS P., « Restitution and the Freedom of Contract », *CLP* 1983, pp. 141-162, p. 158. – Adde FRIEDMANN D., « The Performance Interest in Contract Damages », *LQR* 1995, pp. 628-654, p. 632.

¹³⁸⁸ [1989] 3 All ER 423 ; [1989] 1 WLR 912.

commencé le travail immédiatement après la réception des originaux. Cependant, la prise de contrôle d'EMI par Cannon avait compliqué la relation entre les parties et après d'interminables ergotages sur les modalités d'exécution du contrat, celui-ci avait été résilié. Rover avait alors exigé en Chancery la restitution des sommes versées par effet d'une *failure of condition*, sans y parvenir, Justice Harman (1930–2021) ayant estimé qu'elle avait eu en sa possession les films et qu'elle avait pu procéder à la distribution de certains d'entre eux¹³⁸⁹. Toutefois, Lord Justice Kerr, avec l'approbation de ses collègues de la Court of Appeal, avait considéré qu'il était nécessaire d'apprécier avec précision la teneur des stipulations contractuelles :

« The role of the contractual specification means that it is not true to say that there can be a total failure of consideration only where the payer received no benefit at all in return for the payment. The concept of total failure of consideration can ignore real benefits received by the payer if they are not the benefit bargained for »¹³⁹⁰.

Cette approche était d'ailleurs consistante avec la solution du King's Bench dans *Rowland v. Dival*¹³⁹¹, où il avait été décidé que l'acheteur d'une voiture pouvait en recouvrer le prix lorsqu'il apparaissait que le vendeur n'en avait pas eu la pleine propriété, et ce quand bien même il l'avait utilisé pendant un certain temps, dans la mesure où son consentement avait été conditionné à son acquisition et non à son utilisation¹³⁹². En conséquence, le consentement de Rover ayant été conditionné à la « possibilité de gagner une part substantielle des recettes brutes » inhérente à la distribution intégrale du catalogue d'EMI, elle pouvait exiger la restitution des avances dans la mesure où « elle n'avait pas obtenu ce qu'elle avait négocié »¹³⁹³.

Enfin, elle permet d'en saisir les tempéraments : l'*apportionment* et les *incidental benefits*¹³⁹⁴. L'*apportionment* est un procédé par lequel le juge scinde les éléments d'une opération en parties distinctes et applique le critère de *total failure* à seulement l'une d'elles. Il en avait été ainsi dans *Stevenson v. Snow*¹³⁹⁵. En l'espèce, une opération de transport maritime allant de Londres à Portsmouth et de Portsmouth à Halifax avait fait l'objet d'une assurance dont il était apparu, au départ de Portsmouth, qu'elle ne satisfaisait

¹³⁸⁹ [1987] BCLC 540, p. 546.

¹³⁹⁰ [1989] 1 WLR 912, pp. 923-924.

¹³⁹¹ [1923] 2 KB 500.

¹³⁹² [1989] 1 WLR 912, p. 924.

¹³⁹³ *Ibid.*, pp. 924-925.

¹³⁹⁴ *Giedo van der Garde v. Force India* [2010] EWHC 2373, §262, per JUSTICE STADLEN.

¹³⁹⁵ (1761) 3 Burr. 1237.

plus les conditions requises à l'origine. Les primes avaient alors été ventilées et il avait été décidé que celles qui couvraient le voyage de Londres à Portsmouth ne pouvaient pas être restituées par effet d'une *failure of condition*, contrairement à celles qui avaient été versées pour le voyage transatlantique. Il en avait été de même dans *Goss v. Chilcott*¹³⁹⁶. En l'espèce, la société Central Acceptance avait prêté 30.000\$ à Murray et Jennifer Goss au titre d'un *mortgage* dont l'acte instrumental (*instrument*) avait été modifié de sorte qu'il était devenu inopérant. La société, alors placée en liquidation, avait exigé la restitution des sommes en se fondant sur le *mortgage* sans obtenir gain de cause. Toutefois, les membres de la Court of Appeal of New Zealand lui avaient fait droit en requalifiant le *mortgage* en prêt assorti d'une promesse de remboursement¹³⁹⁷. Monsieur et Madame Goss avaient fait appel et l'affaire avait été portée à l'attention du Privy Council. Lord Goff avait confirmé la solution de la Court of Appeal, mais il y avait substitué un raisonnement fondé en *unjust enrichment*. Il avait estimé que Monsieur et Madame Goss s'étaient enrichis aux dépens de la société-prêteuse et qu'ils étaient tenus à restitution en raison d'une *total failure of condition*, même s'ils avaient déjà commencé à rebrousser les sommes, les remboursements pouvant être imputés sur les intérêts et non le capital¹³⁹⁸.

Les *incidental benefits* sont un peu plus controversés et consistent à ne pas tenir compte de certains avantages reçus lors de l'exécution afin de caractériser une *total failure*¹³⁹⁹. L'une des autorités en la matière est la décision de Justice Stadlen, siégeant au Queen's Bench, dans *Giedo van der Garde v. Force India*¹⁴⁰⁰. En l'espèce, van der Garde, impétrant pilote de Formule 1, avait conclu un contrat avec une écurie anglaise, Spyker (devenue Force India), en vue de la 2007 World Championship. En échange de 3.000.000\$, il était convenu qu'il ait accès à une voiture et qu'il puisse s'entraîner sur 6.000km, mais il n'en avait rien été. En conséquence, il avait exigé la restitution des sommes payées à l'écurie. La difficulté était qu'il avait reçu, en plus des prestations principales, un certain nombre d'avantages de la part de Skyper, allant de la prise en charge de ses déplacements à des accès privilégiés au paddock. Il était donc nécessaire de déterminer si ces avantages, qui étaient intégrés au contrat, pouvaient nuire à son action. Justice Stadlen avait estimé qu'il fallait distinguer les avantages reçus selon leur nature,

¹³⁹⁶ [1996] UKPC 17 ; [1996] 3 WLR 180 ; [1996] AC 788.

¹³⁹⁷ [1995] 1 NZLR 263, pp. 274-275.

¹³⁹⁸ [1996] AC 788, pp. 796-799.

¹³⁹⁹ VIRGO, *op. cit.*, 3^{ème} éd., p. 320. – Comp. BURROWS A., « The English Law of Restitution: A Ten-Year Review » in MCINNES, NEYERS et PITEL (dir.), *op. cit.*, pp. 11-33, p. 29.

¹⁴⁰⁰ [2010] EWHC 2373.

certaines étant essentiels aux yeux du demandeur – tel était le cas de la mise à disposition d’une voiture et de l’accès à 6.000km d’entraînement –, alors que d’autres n’étaient qu’accessoires (*incidental benefits*)¹⁴⁰¹. Dès lors, les divers privilèges qui avaient été accordés au titre du contrat n’avaient pas à être pris en compte afin d’établir une *failure of condition*. Toutefois, l’action de van der Garde avait échoué dans la mesure où il avait bénéficié d’au moins un tiers de la promesse kilométrique d’entraînement et qu’il était impossible de procéder à un *apportionment* de celle-ci¹⁴⁰².

153. – Total ou partial failure (suite et fin) : *DO Ferguson & Associates v. Sohl*. Il est indéniable que l’*apportionment* peine à s’inscrire dans la logique de recherche des caractéristiques essentielles du contrat et qu’il incline plus vers une approche pragmatique de l’interprétation des faits soumis aux juges, ce qu’a reconnu Lord Justice Nourse (1932–2017) dans *DO Ferguson & Associates v. Sohl*¹⁴⁰³. En l’espèce, un constructeur avait effectué des travaux pour le demandeur pour 32.194£, mais avait décidé de mettre fin au contrat en laissant 22.065£ de travail fini alors qu’il avait été payé à hauteur de 26.738£. La partie lésée avait exigé la restitution des 4.673£ de différence par application d’une *failure of condition* et avait obtenu gain de cause devant la Court of Appeal, Lord Justice Nourse ayant estimé que « ces sommes avaient été payées pour un travail qui n’avait jamais été fait »¹⁴⁰⁴. Le raisonnement était quelque peu extrême et se fondait sur le bon sens (*common sense*)¹⁴⁰⁵. Toutefois, il traduisait un tiraillement entre la nécessité de composer avec une *doctrine* assez rigoureuse – la reconnaissance d’une *partial failure* reste incertaine, même si les récents développements du *common law* plaident en ce sens¹⁴⁰⁶ – et les impératifs d’équilibres inhérents au *law of unjust enrichment*. L’*apportionment* permet ainsi, tout comme les *incidental benefits*, de distinguer les apports substantiels d’un contrat à ses aspects négligeables et de proposer une analyse plus fine des intérêts du demandeur qui agit en arguant d’une *failure of condition*¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, pp. 271-273 et p. 337.

¹⁴⁰² *Ibid.*, pp. 366-267.

¹⁴⁰³ (1992) 62 BLR 96, p. 106. – Adde WILMOT-SMITH, « Reconsidering Total Failure », pp. 434-436.

¹⁴⁰⁴ (1992) 62 BLR 96, p. 105.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*

¹⁴⁰⁶ VIRGO, *op. cit.*, 3^{ème} éd., pp. 325-329.

¹⁴⁰⁷ WILMOT-SMITH, « Reconsidering Total Failure », p. 436. – Comp. *id.*, « Replacing Risk-Taking Reasoning », *LQR* 2011, pp. 610-630.

**δ. – L'illégalité (*illegality*) comme cause de restitution : l'apport de
*Patel v. Mirza***

154. – *Patel v. Mirza* : les données du problème. Les faits de *Patel v. Mirza* étaient simples¹⁴⁰⁸. En l'espèce, Patel avait versé à Mirza, un trader de la City, 620.000£ en vertu d'un accord par lequel il était convenu que ce dernier les investirait dans des actions de la Royal Bank of Scotland, dont il savait, ou du moins croyait, que la valeur partirait à la hausse à la suite d'une annonce prochaine du gouvernement britannique, qui finalement n'avait pas eu lieu. L'opération était constitutive d'un délit d'initié au sens de la Sec. 52 du Criminal Justice Act 1993. L'investissement n'avait pas été mené à bien et Patel avait exigé la restitution des 620.000£ en s'appuyant sur une *failure of condition*, mais Mirza s'y était refusé arguant que le transfert était illégal et donc insusceptible de fonder une action en *unjust enrichment*. La *defence of illegality* avait été retenue en Chancery¹⁴⁰⁹. Toutefois, les membres de la Court of Appeal avaient accepté le principe de la restitution en retenant, tout d'abord, que la demande de Patel n'avait pas pour objet d'obtenir l'exécution du contrat litigieux, ni d'en profiter – il était ici question de rendre les sommes qui avaient été versées en contemplation d'un investissement qui n'avait pas eu lieu –, et qu'elle ne se fondait pas *stricto sensu* sur le caractère illégal du contrat, d'autant qu'il s'en était dégagé en temps voulu, ce qui lui permettait de bénéficier de la *doctrine of locus paenitentiae* (faculté de se retirer d'un acte illégal) ; ensuite, que les parties n'étaient pas sur un pied d'égalité, Mirza étant, contrairement à Patel, un professionnel de la finance, ce qui excluait le bénéfice de l'adage *in pari delicto* ; et enfin, que la Sec. 63(2) du Criminal Justice Act 1993 ne prévoyait pas que le contrat soit nul ou inexécutable du seul fait de la Sec. 52¹⁴¹⁰. Mirza avait fait appel et l'affaire avait été portée à l'attention de la Supreme Court.

La cour avait statué à neuf juges et une majorité de six s'était dégagée à la faveur du jugement de Lord Toulson (1946–2017). Toutefois, Lord Sumption, avec l'approbation de Lord Clarke et de Lord Mance, n'avait pas caché son hostilité vis-à-vis du raisonnement de la majorité, encore qu'il était parvenu à la même solution. Les raisons de cette division tenaient à un « schisme » quant à la nature et aux conséquences de l'illégalité et opposait les

¹⁴⁰⁸ [2016] UKSC 42 ; [2017] AC 467 ; [2016] 3 WLR 399 ; [2017] 1 All ER 191.

¹⁴⁰⁹ [2013] EWHC 1892.

¹⁴¹⁰ [2014] EWCA Civ. 1047, spéc. §§19-22, *per* LORD JUSTICE RIMER ; et §§45-46, 96-100 et 113-9, *per* LADY JUSTICE GLOSTER.

tenants d'une approche fondée sur des « principes clairs et précis » à ceux qui souhaitaient « traiter les équités de chaque cas au fur et à mesure qu'il se présentait »¹⁴¹¹. La question était « notoirement complexe, capricieuse et injuste »¹⁴¹², et la cour était confrontée à un nœud gordien, qui, finalement, avait été tranché à la faveur de la seconde approche. Toutefois, la solution était des plus discutables, notamment à l'égard des impératifs de sécurité et de prévisibilité juridique. Ainsi que l'avait résumé Lord Sumption :

« The common law is not an uninhabited island on which judges are at liberty to plant whatever suits their personal tastes. It is a body of instincts and principles which, barring some radical change in the values of our society, is developed organically, building on what was there before. It has a greater inherent flexibility and capacity to develop independently of legislation than codified systems do. But there is a price to be paid for this advantage in terms of certainty and accessibility to those who are not professional lawyers. The equities of a particular case are important. But there are pragmatic limits to what law can achieve without becoming arbitrary, incoherent and unpredictable even to the best advised citizen, and without inviting unforeseen and undesirable collateral consequences »¹⁴¹³.

155. – La doctrine of illegality et sa complexité. Les causes du caractère incertain et capricieux du *law of illegality* tenait à la fugacité du concept qui siégeait en son cœur, l'impératif d'ordre public ou de politique générale (*public policy*) ; son principe avait été énoncé par Lord Mansfield dans *Holman v. Johnson* :

« The objection, that a contract is immoral or illegal as between plaintiff and defendant, sounds at all times very ill in the mouth of the defendant. It is not for his sake, however, that the objection is ever allowed; but it is founded in general principles of policy, which the defendant has the advantage of, contrary to the real justice, as between him and the plaintiff, by accident if I may so say. The principle of public policy is this; *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi causa*, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted »¹⁴¹⁴.

L'équation entre l'illégalité et l'impératif de *public policy* était intuitive, mais reposait essentiellement sur des considérations conventionnelles qui peinaient à dépasser le stade des « apartés judiciaires » à l'occasion desquels les juges civils feignaient l'indignation

¹⁴¹¹ [2016] UKSC 42, §226, *per* LORD SUMPTION.

¹⁴¹² SUMPTION J., « Reflections on the Law of Illegality », *RLR* 2012, pp. 1-12, p. 3.

¹⁴¹³ [2016] UKSC 42, §226.

¹⁴¹⁴ (1775) 1 Cowp. 341, p. 343. – *Adde* WINFIELD P., « Public Policy in the English Common Law », *HLR* 1928, pp. 76-102. – Comp. WILLIAMS G., « The Legal Effect of Illegal Contracts », *CLJ* 1942, pp. 51-69.

d'avoir à « se salir les mains » en se prononçant sur les actes illicites des parties¹⁴¹⁵. Toutefois, les récents développements du droit et les propositions de réformes, notamment *via* deux consultations de la Law Commission à la fin des années 1990 et 2000¹⁴¹⁶, avaient abouti à une approche plus sensée de la question, les cours ne pouvant décemment s'offusquer et refuser d'apporter leurs aides à l'instant où pointait un soupçon d'illégalité¹⁴¹⁷. Il était par conséquent convenu que six raisons de *public policy* pouvaient justifier le recours à la *doctrine of illegality* : (1) la nécessité de poursuivre l'objectif de la norme qui avait été violée ; (2) agir en cohérence (*consistency*) – « le droit ne doit pas donner de sa main droite ce qu'il reprend de sa main gauche »¹⁴¹⁸ – ; (3) prévenir tout enrichissement du demandeur du fait de son comportement illégal ; (4) de dissuader ; (5) maintenir l'intégrité du système juridique, à savoir d'empêcher que les cours ne soient pas « appelées à intervenir dans des litiges où les parties ont été impliquées dans des actes répréhensibles particulièrement graves »¹⁴¹⁹ ; et (6) punir, encore que ce dernier point ait été unanimement rejeté en matière civile et laissé, à quelques exceptions près, aux cours pénales¹⁴²⁰. Lord Sumption avait subsumé toutes ces raisons en une : la cohérence¹⁴²¹.

156. – L'illegality à la croisé des chemins. Le souci de cohérence en matière d'illégalité avait été adressé en détail par Justice McLachlin, statuant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, dans *Hall v. Hebert*¹⁴²². En l'espèce, le propriétaire d'une voiture avait laissé son passager, ivre, conduire et un accident était arrivé. Le conducteur avait alors agi en *negligence* contre le propriétaire et il avait été question de savoir si sa demande de dommages-intérêts était irrecevable (*barred*) par application de la *doctrine of illegality*. Justice McLachlin avait estimé que le demandeur était en droit d'obtenir réparation dans la mesure où son action ne portait pas sur l'illégalité de son acte, mais sur le dommage qu'il avait subi. Elle considérait que la *defence of illegality* ne devait « empêcher l'indemnisation [...] que dans des circonstances

¹⁴¹⁵ [2016] UKSC 42, §228, citant *Everet v. Williams* (1893) LQR 197, et *Parkinson v. College of Ambulance* [1925] 2 KB 1, p. 13, *per* JUSTICE LUSH.

¹⁴¹⁶ LAW COMMISSION, *Illegal Transactions: the Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, Consultation Paper 154 1999, et *id.*, *The Illegality Defence*, Report 320 et Consultation Paper 189, 2009-2010. – *Adde id.*, *The Illegality Defence in Tort*, Consultation Paper 160, 2001.

¹⁴¹⁷ *Saunders v. Edwards* [1987] 1 WLR 1116, p. 1134, *per* LORD JUSTICE BINGHAM.

¹⁴¹⁸ *Hall v. Hebert* [1993] 2 SCR 159, p. 169, *per* JUSTICE MCLACHLIN.

¹⁴¹⁹ LAW COMMISSION, *Illegal Transactions*, consult. préc., §2.24.

¹⁴²⁰ *Ibid.*, §2.5. – *Adde Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §22, *per* LORD TOULSON.

¹⁴²¹ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §230.

¹⁴²² [1993] 2 SCR 159.

très limitées », en l'occurrence lorsqu'elle « aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu'elle échappe à une sanction pénale ou qu'elle bénéficie d'une réduction de cette sanction »¹⁴²³. En quelque sorte, elle voulait éviter que les cours ne concluent que telle « conduite est à la fois légale, c'est-à-dire susceptible d'être corrigée par un Tribunal, et illégale »¹⁴²⁴.

« En somme, cela introduirait une incohérence dans le droit. Il est particulièrement important dans ce contexte de se rappeler que le droit doit viser à constituer un tout unifié, dont les parties – les domaines contractuel, délictuel et pénal – doivent se combiner dans une indispensable harmonie. Si les tribunaux devaient, d'une main, punir la conduite qu'ils approuvent de l'autre, cela équivaldrait à “créer une faille intolérable dans l'unité conceptuelle du droit”. Nous voyons donc que, dans son aspect le plus fondamental, le souci des tribunaux est de protéger l'intégrité du système juridique »¹⁴²⁵.

Le jugement de Justice McLachlin avait reçu un vibrant accueil en droit anglais et n'avait pas été remis en cause par les membres de la Supreme Court lors de l'examen de *Patel v. Mirza*¹⁴²⁶. Toutefois, il ne résolvait pas le point de divergence : la méthode – comment statuer en matière d'illégalité afin d'assurer l'unité conceptuelle du droit ?

Traditionnellement, les juges refusaient de donner droit au demandeur lorsque ce dernier était contraint de se fonder sur l'illégalité de son comportement afin de soutenir son action (*reliance principle*). L'idée avait été défendue par les membres de la Court of Appeal dans *Bowmakers v. Barnet Instruments* au sujet d'un contentieux qui concernait un contrat de location-vente contraire à la réglementation en vigueur en temps de guerre et qui avait abouti à un jugement à la faveur du vendeur, même s'il était au fait de l'illégalité, dans la mesure où son action s'était fondée, non sur le contrat illégal, mais sur la propriété qu'il avait engagée¹⁴²⁷. Elle avait ensuite été adoptée par les membres du Privy Council, dans *Singh v. Ali*¹⁴²⁸ et *Chettiar v. Chettiar*¹⁴²⁹, et les membres de la House of Lords dans

¹⁴²³ *Ibid.*, p. 169.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, p. 176.

¹⁴²⁵ *Hall v. Hebert* [1993] 2 SCR 159, p. 176, où les services de la Cour suprême traduisent une phrase de WEINRIB E., « Illegality as a Tort Defence », *UTLJ* 1976, pp. 28-54, p. 42 : « create an intolerable fissure in the law's conceptually seamless web » (une référence à MAITLAND F., « A Prologue to a History of English Law », *LQR* 1898, pp. 13-33, p. 13 : « Such is the unity of all history that any one who endeavours to tell a piece of it must feel that his first sentence tears a seamless web »).

¹⁴²⁶ [2016] UKSC 42, §§55-61 et §101, *per* LORD TOULSON, §§190-193 et §207, *per* LORD MANCE ; §§213-214, *per* LORD CLARKE ; et §230, *per* LORD SUMPTION. – *Adde Hounga v. Allen* [2014] UKSC 47, §§43-45, *per* LORD WILSON. – *Comp. Gray v. Thames Trains* [2009] UKHL 33, §82, *per* LORD RODGER.

¹⁴²⁷ [1945] KB 65.

¹⁴²⁸ [1960] AC 167.

¹⁴²⁹ [1962] AC 294.

*Tinsley v. Milligan*¹⁴³⁰. En l'espèce Tinsley et Milligan avaient acheté une maison au Pays de Galles et avaient décidé, afin que la seconde puisse frauder le Department of Social Security, de ne déclarer que la première en qualité de propriétaire. L'intéressée avait par la suite avoué son méfait et le couple s'était séparé. Elle avait alors demandé que ses droits sur le bien soient reconnus *in equity*, une prétention à laquelle ne s'étaient pas opposés les juges de la cour de comté de Caerphilly et de la Court of Appeal¹⁴³¹. Les membres de la House of Lords avaient repris la solution, sans donner suite à l'idée d'affront à la conscience publique (*affront to the public conscience*) avancée en appel, et avaient décidé qu'il fallait distinguer le passage du titre de propriété, qui n'était pas affecté par l'illégalité du comportement des parties, de la preuve de ce passage, qui, elle, était impossible lorsque tel était le cas. En l'occurrence, Milligan n'avait pas été forcée de plaider ou d'invoquer l'illégalité de son acte afin de faire valoir ses droits ; elle avait indéniablement participé à l'acquisition de la moitié de la maison ; elle pouvait donc obtenir gain de cause *in equity*¹⁴³².

La décision de la House of Lords, sous le leadership de Lord Browne-Wilkinson, avait fait l'objet d'âpres critiques, notamment vis-à-vis de ses inconsistances en matière de *trust*¹⁴³³. En effet, il apparaissait qu'une solution radicalement différente aurait été obtenue, par application de la présomption d'avancement (*presumption of advancement*) – l'*equity* présume que certains transferts de valeur sont faits à titre de présents (*gift*) et non dans l'attente d'une contrepartie lorsqu'ils ont lieu entre certaines personnes¹⁴³⁴ – si les parties avaient été liées par une parenté directe ou si elles avaient été mariées¹⁴³⁵. De surcroît, l'approche proposée par Lord Browne-Wilkinson laissait une place trop importante à l'arbitraire, l'incertitude et à l'injustice. Ainsi que l'avait remarqué les membres de la Law Commission, qui avaient été saisis à la suite de l'affaire, cette décision faisait la part belle aux considérations procédurales, ce qui ne permettait pas d'apprécier les mérites respectifs des parties et omettait purement et simplement les impératifs de *public policy* inhérents à la question de l'illégalité¹⁴³⁶. Il avait alors été demandé au Gouvernement de procéder à une réforme en ce qui concerne les *trusts* et les juges avaient

¹⁴³⁰ [1993] UKHL 3 ; [1994] 1 AC 340.

¹⁴³¹ [1992] Ch. 310 ; [1992] 2 WLR 508 ; [1992] 2 All ER 391.

¹⁴³² [1994] 1 AC 340, pp. 375-376, *per* LORD BROWNE-WILKINSON.

¹⁴³³ *Ibid.*, p. 356, *per* LORD GOFF. – *Adde Nelson v. Nelson* (1995) 184 CLR 538, pp. 579-580, *per* JUSTICE DAWSON ; pp. 592-593, *per* JUSTICE TOOHEY ; et pp. 609-610, pp. JUSTICE MCHUGH.

¹⁴³⁴ *Dyer v. Dyer* (1788) 2 Cox Eq. Cas. 92. – *Adde Grey v. Grey* (1677) 2 Swans. 594.

¹⁴³⁵ *Collier v. Collier* [2002] EWCA 1095.

¹⁴³⁶ Rapp. préc., §§2.13-2.15.

été invités à en faire de même en matière de contrats, de *torts* et d'*unjust enrichment* ; le gouvernement Cameron (2010–2016) n'y répondit pas favorablement.

Les membres de la Law Commission défendaient une approche souple de l'illégalité et recommandait aux juges de s'intéresser à plusieurs facteurs avant de rejeter l'action du demandeur sur ce fondement. Tout d'abord, ils devaient considérer si, en donnant suite à la demande, ils compromettraient l'objectif de la règle qui rendait le comportement en question illégal, ce qui impliquait de considérer s'il y avait un lien de causalité entre l'illégalité et l'action présentée devant eux, notamment eu égard à la centralité de l'illicite au sein du contrat. Ensuite, ils devaient apprécier si les comportements respectifs des parties étaient particulièrement graves au regard de la norme qu'elles avaient violé. Enfin, ils ne devaient se refuser à faire droit au demandeur que si cela était proportionné¹⁴³⁷. Les membres de la Court of Appeal dans *Les Laboratoires Servier v. Apotex*¹⁴³⁸ et *ParkingEye v. Somerfield Stores*¹⁴³⁹ avaient été sensibles à cette approche, mais ils n'étaient pas parvenus à convaincre les membres de la Supreme Court lors de l'examen en appel des affaires *Laboratoires Servier*¹⁴⁴⁰ et *Jetivia v. Bilta (No 2)*¹⁴⁴¹, la plupart étant soucieux de statuer sur des principes clairs et précis, encore qu'ils aient fait preuve d'une certaine ouverture dans *Hounga v. Allen*¹⁴⁴², qui concernait un cas d'esclavage moderne (la victime était entrée illégalement sur le territoire britannique et la cour avait accepté de donner droit à sa demande de réparation pour discrimination fondée sur le Race Relations Act 1976 suite à son licenciement¹⁴⁴³). Le droit était « à la croisée des chemins »¹⁴⁴⁴. Ainsi que l'avait résumé Andrew Burrows :

« [I]llegality in the law of contract [and, *mutatis mutandis*, the law of unjust enrichment] – as developed from [the] Latin maxims [*ex turpi causa* and *in pari delicto*] – was governed by a series of rules which tended to distinguish, for example, between illegality in formation and illegality in performance. Unfortunately, commentators and courts have found it very difficult to state those rules with confidence and precision. Hence the textbook treatments not only differ from each other but are characterised by long-winded

¹⁴³⁷ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §41, *per* LORD TOULSON, en référence LAW COMMISSION, *Illegal Transactions*, consult. préc., §§3.124-3.145. – *Adde Bakewell Management v. Brandwood* [2004] UKHL 14, §60, *per* LORD WALKER. – Comp. BIRKS P., « Recovering Value Transferred under an Illegal Contract », *TIL* 2000, pp. 155-204, p. 160.

¹⁴³⁸ [2012] EWCA Civ. 593.

¹⁴³⁹ [2013] QB 840.

¹⁴⁴⁰ [2014] UKSC 55, §21, *per* LORD SUMPTION.

¹⁴⁴¹ [2015] UKSC 23.

¹⁴⁴² [2014] UKSC 47.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, §42, *per* LORD WILSON. – Comp. *Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret* (1977) 399 NYS 2d 854. – *Adde Mohamed v. Alaga* [2000] 1 WLR 1815.

¹⁴⁴⁴ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §§82-94, *per* LORD TOULSON.

attempts to explain the law. Sharp propositions when offered by the courts or the books have to be qualified by reference to cases or hypothetical examples that do not fit those rules; and convincing justifications of those rules have proved elusive. More recently, therefore, and in line with a similar trend in respect of illegality as a defence in tort, some courts have favoured greater flexibility culminating in a “range of factors” approach aimed at achieving a proportionate response to contractual illegality in preference to the traditional rule-based approach »¹⁴⁴⁵.

Le choix entre une approche souple et une approche traditionnelle fondée sur des principes était loin d’être évident, d’autant qu’il nécessitait de composer avec des adages aux contours vagues et aisément manipulables. Sir William Brett (1815–1899), alors Master of the Rolls, en avait fait l’amère expérience dans *Heaven v. Pender*¹⁴⁴⁶ en s’essayant à une analyse conceptuelle unifiée du *duty of care* qui, malgré quelques adhésions, s’était révélée trop ambitieuse¹⁴⁴⁷. Il avait en conséquent été contraint de revoir ses prétentions dans *Yarmouth v. France*¹⁴⁴⁸, sans cacher son agacement :

« I detest the attempt to fetter the law by maxims. They are almost invariably misleading: they are for the most part so large and general in their language that they always include something which really is not intended to be included in them »¹⁴⁴⁹.

Cependant, il était tout aussi impérieux d’éviter que le recours aux adages, et par là même leur potentiel, ne se rigidifie à l’excès¹⁴⁵⁰.

Andrew Burrows avait analysé en détails les avantages et inconvénients des deux approches et avait préféré la souplesse d’une méthode fondée sur une prise en compte méticuleuse d’une série de facteurs (*range of factors approach*) – il identifiait une dizaine de raisons qui pouvait justifier le recours ou le non-recours à la *defence of illegality*¹⁴⁵¹ – à la rigueur d’un dispositif articulé sur des principes, ceux-ci ayant tendance à manquer de nuance¹⁴⁵². Une solution similaire avait été défendue par les membres de la Law Commission et Lord Toulson dans *Patel v. Mirza* :

« [Illegality] is not a matter which can be determined mechanistically. So how is the court to determine the matter if not by some mechanistic process? In answer to that question I

¹⁴⁴⁵ BURROWS A., *Restatement of the English Law of Contract*, OUP, 2016, pp. 221-222.

¹⁴⁴⁶ (1883) 11 QBD 503, pp. 507-511.

¹⁴⁴⁷ PLUNKETT J., *The Duty of Care in Negligence*, Hart Publishing, 2018, pp. 7-34.

¹⁴⁴⁸ (1887) 19 QBD 647.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 653. – Comp. *Lissenden v. Bosch* [1940] AC 412, p. 435, *per* LORD WRIGHT.

¹⁴⁵⁰ GRODECKI J., « In Pari Delicto Potior Est Condicio Defendentis », *LQR* 1955, pp. 254-274, p. 258.

¹⁴⁵¹ BURROWS, *The Law of Restitution*, *op. cit.*, 2^{ème} éd., pp. 229-230.

¹⁴⁵² *Ibid.*, p. 225. – *Adde Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §§87-92, *per* LORD TOULSON.

would say that one cannot judge whether allowing a claim which is in some way tainted by illegality would be contrary to the public interest, because it would be harmful to the integrity of the legal system, without a) considering the underlying purpose of the prohibition which has been transgressed, b) considering conversely any other relevant public policies which may be rendered ineffective or less effective by denial of the claim, and c) keeping in mind the possibility of overkill unless the law is applied with a due sense of proportionality. We are, after all, in the area of public policy »¹⁴⁵³.

Lord Toulson était parfaitement au fait que cette approche était susceptible de créer un état d'incertitude inacceptable auquel il serait aisé de faire grief. Toutefois, il estimait, d'une part, que le *law of illegality* était déjà dans un état profond d'incertitude, c'était là son principal défaut¹⁴⁵⁴, et que toute entreprise visant à obtenir un résultat juste et raisonnable était nécessairement incertaine ; d'autre part, il jugeait que les exigences de certitude devaient certes être respectées dans la plupart des cas, mais qu'elles n'avaient pas lieu de s'appliquer lorsque les parties étaient engagées dans des activités illégales¹⁴⁵⁵. Cependant, ce dernier point n'était pas sans contredire la mise en garde de Justice Devlin (1905–1992) dans *St John Shipping v. Joseph Rank*¹⁴⁵⁶, qui avait remarqué que, compte tenu de l'augmentation constante des réglementations du commerce, les parties pouvaient aisément se retrouver dans une situation d'illégalité sans qu'elles n'aient eu de mauvaise intention¹⁴⁵⁷. Partant, Lord Toulson avait conclu que Patel était à même d'exiger la restitution des sommes qu'il avait versé à Mirza en vue de réaliser des investissements spéculatifs (illégaux) dans les actions de la Royal Bank of Scotland. À l'instar de Lady Justice Gloster, il avait estimé que l'action du demandeur n'avait pas pour objet de remettre en cause la politique générale qui sous-tendait la question des délits d'initié. En conséquence, il était proportionné que ses prétentions ne soient pas rejetées par effet d'illégalité¹⁴⁵⁸.

157. – Patel v. Mirza, une critique de Lord Sumption. La décision de la majorité dans *Patel v. Mirza* n'est pas sans laisser dubitatif, même si l'effort de clarification est à saluer¹⁴⁵⁹. En effet, le recours à une approche (quoi qu'on en dise) discrétionnaire ne

¹⁴⁵³ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §101, per LORD TOULSON.

¹⁴⁵⁴ *Ibid.*, §§4-8, per LORD TOULSON.

¹⁴⁵⁵ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §113, citant *Vallejo v. Wheeler* (1774) 1 Cowp. 143, p. 153, per LORD MANSFIELD.

¹⁴⁵⁶ [1957] 1 QB 267, p. 288.

¹⁴⁵⁷ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §5, per LORD TOULSON.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, §§115-116. – Comp. *Les Laboratoires Servier* [2012] EWCA Civ. 593, §73, per LORD JUSTICE ETHERTON. – *Adde XX v. Whittington Hospital NHS Trust* [2018] EWCA Civ. 2832 ; *Shagang Shipping v. HNA Group* [2018] EWCA Civ. 1732 ; et *Gujra v. Roath* [2018] EWHC 854.

¹⁴⁵⁹ LIM E., « *Ex Turpi Causa: Reformation not Revolution* », *MLR* 2017, pp. 927-941.

semble pas résoudre les griefs qui, pendant longtemps, ont discrédité cette *doctrine*. En un sens, la Supreme Court a fait « un pas en avant et deux en arrière »¹⁴⁶⁰. Malgré la conviction que « [I]’intérêt public est mieux servi par une évaluation transparente et raisonnée des données [politiques, juridiques et factuelles de chaque espèce], plutôt que par l’application d’une approche formelle capable de produire des résultats qui peuvent sembler arbitraires, injustes ou disproportionnés », les cours ayant, peu important les circonstances, l’injonction de travailler de façon disciplinée, Lord Toulson n’est pas parvenu à convaincre de l’adéquation de sa méthode¹⁴⁶¹. Ainsi que l’a remarqué Lord Sumption, la *range of factors method* est non seulement confuse, mais contradictoire. Tout d’abord, elle omet que le principe d’illégalité, qui peut être soulevé d’office, est conçu afin de « faire valoir l’intérêt public sur les intérêts et les droits des parties. [II] ne peut donc pas dépendre d’une évaluation de l’équité entre celles-ci ou de la proportionnalité de son impact sur le demandeur »¹⁴⁶². Ensuite, elle « dévalorise largement le principe de cohérence en le reléguant au rang de l’un des nombreux facteurs d’évaluation, n’ayant pas droit à plus de poids que ce que le juge choisit de lui accorder en raison des particularités de chaque espèce »¹⁴⁶³. Enfin, et surtout, elle invite les cours à se prononcer sur le degré de gravité de l’illégalité du comportement des parties et à déterminer ce qui constitue ou non une illégalité dirimante. Or, « si l’application du principe d’illégalité doit dépendre de l’opinion des cours quant au caractère illégal de l’illégalité ou sur son importance, il apparaît qu’il n’y ait aucun autre principe pour guider pareille évaluation que l’instinct du juge »¹⁴⁶⁴. La conclusion s’impose alors d’elle-même :

« An evaluative test dependent on the perceived relevance and relative weight to be accorded in each individual case to a large number of incommensurate factors leaves a great deal to a judge’s visceral reaction to particular facts. Questions such as how illegal is illegality would admit of no predictable answer, even if the responses of different judges were entirely uniform. In fact, it is an inescapable truth that some judges are more censorious than others. Far from resolving the uncertainties created by recent differences of judicial opinion, the range of factors test would open a new era in this part of the law. A new body of jurisprudence would be gradually built up to identify which of a large range

¹⁴⁶⁰ VIRGO G., « *Patel v. Mirza*: One Step Forward and Two Steps Back », *T&T* 2016, pp. 1090-1097. – Adde GOUDKAMP J., « The end of an era? Illegality in private law in the Supreme Court », *LQR* 2017, pp. 14-20.

¹⁴⁶¹ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §120.

¹⁴⁶² *Ibid.*, §262.

¹⁴⁶³ *Ibid.*

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*, citant notamment *Euro-Diam v. Bathurst* [1990] 1 QB 1, où avait été élaborée l’idée d’affront à la conscience publique, rejetée dans *Tinsley*, et *Gray v. Thames Trains* [2009] UKHL 33, §83, où Lord Rodger avait considéré la possibilité que certains cas d’illégalité soient trop triviaux pour qu’on y prête attention.

of factors should be regarded as relevant and what considerations should determine the weight that they should receive. No one factor would ever be decisive as a matter of law, only in some cases on their particular facts »¹⁴⁶⁵.

En conséquence, seule une approche fondée sur des principes est appropriée, encore qu'il reste à s'accorder sur ceux qui sont pertinents.

158. – *Patel v. Mirza*, une critique de Lord Sumption (suite et fin). Lord Sumption avait considéré en détails les alternatives à la méthode de Lord Toulson et avait opté pour une approche révisée du *reliance principle*, dont il estimait qu'il était le seul à pouvoir donner effet à l'essence de la *doctrine of illegality*, à savoir empêcher que le demandeur ne revendique un droit issu d'un acte illégal, et qu'il était à même d'« établir un lien de causalité direct entre l'illégalité et la demande, en distinguant les actes illégaux qui ne sont que collatéraux ou d'arrière-plan, et ceux dont résulte le droit revendiqué », ce qui « garantissait » qu'elle ne soit pas « appliquée à plus que nécessaire »¹⁴⁶⁶. Cependant, il admettait que ce principe rencontre quelques exceptions, toutes fondées sur les prémisses de l'adage *in pari delicto*¹⁴⁶⁷. Le demandeur pourrait en conséquence obtenir gain de cause, même s'il avait agi en illégalité, lorsqu'il était avéré qu'il avait été placé juridiquement dans une position d'influence ou de faiblesse vis-à-vis du défendeur – il en allait ainsi lorsque son implication à l'acte illégal était involontaire ou lorsqu'il appartenait à des catégories de personnes protégées par le droit – ou lorsqu'il ressortait de l'interprétation d'un *statute* que la restitution demeurerait possible malgré tout¹⁴⁶⁸.

159. – *Patel v. Mirza*, une critique de la critique. L'analyse de Lord Sumption est séduisante à de nombreux égards, mais elle soulève une difficulté vis-à-vis de l'espèce. En effet, l'action de Patel est fondée sur une *failure of condition* relative à un contrat illégal en matière de délit d'initié ; il lui est donc *a priori* impossible d'exiger une restitution sans s'appuyer sur l'illégalité de son acte, sauf à invoquer un *locus pœnitentiæ*, une opportunité de se repentir, ou plutôt, de se retirer utilement du contrat¹⁴⁶⁹.

¹⁴⁶⁵ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §262, per LORD SUMPTION.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*, §239.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, §241. – *Adde Browning v. Morris* (1778) 2 Cowp. 790, p. 792, per LORD MANSFIELD.

¹⁴⁶⁸ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §§242-244, citant *Burrows v. Rhodes* [1899] 1 QB 816, où un mercenaire s'était engagé pour le Jameson Raid en croyant à tort agir au nom de la Couronne, *Kiriri Cotton v. Dewani* [1960] AC 192, où un locataire avait été contraint de verser des sommes illégales à son propriétaire, et *Hounga v. Allen* [2014] UKSC 47.

¹⁴⁶⁹ *Hastelov v. Jackson* (1828) 8 B. & C. 221, p. 227, per JUSTICE LITTLEDALE.

De prime abord, cette aptitude contredit l'essence-même de la *doctrine of illegality*, mais ce serait omettre les singularités du *law of unjust enrichment* :

« [T]he courts will not give effect to an illegal transaction or to a right derived from it. But restitution does not do that. It merely recognises the ineffectiveness of the transaction and gives effect to the ordinary legal consequences of that state of affairs. The effect is to put the parties in the position in which they would have been if they had never entered into the illegal transaction, which in the eyes of the law is the position which they should always have been in »¹⁴⁷⁰.

Ainsi que l'avaient reconnu Lord Neuberger, Lord Mance et Lord Sumption, les juges du XVIII^{ème} siècle ne s'étaient jamais opposés à cette approche, en témoigne l'approbation du Baron Thurlow (1731–1805), alors Lord Chancellor, dans *Neville v. Wilkinson*¹⁴⁷¹, du jugement de Lord Mansfield dans *Smith v. Bromley*¹⁴⁷², où la demanderesse avait obtenu la restitution d'une somme payée au titre d'une *illegal consideration* :

« [I]n all cases where money was paid for an unlawful purpose, the party, though *particeps criminis*, might recover at law; and that the reason was, that if courts of justice mean to prevent the perpetration of crimes, it must be not by allowing a man who has got possession to remain in possession, but by putting the parties back to the state in which they were before »¹⁴⁷³.

Cette approche mécanique de la restitution était parvenue à s'imposer tout le long du XIX^{ème} siècle, notamment dans *Taylor v. Bowers*¹⁴⁷⁴, mais elle s'était dénaturée au sortir de la Première Guerre mondiale en intégrant une dimension morale. Le *locus pœnitentiæ* évoquait en effet un acte spontané de refus de l'illégalité, une pénitence. Or, « si l'objet de la restitution était d'encourager le retrait d'une entreprise illégale, elle devait être refusée si le demandeur s'était retiré involontairement, par exemple parce que l'autre partie s'était retirée la première ou que l'entreprise était devenue impossible ou avait échoué pour une raison autre que son véritable regret »¹⁴⁷⁵. Malgré un retour à des considérations plus terre-à-terre dans *Tribe v. Tribe* – « [I]a justice n'est pas une faveur au mérite ; la restitution ne

¹⁴⁷⁰ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §250, per LORD SUMPTION. – *Adde ibid.*, §§202-203, per LORD MANCE. – *Comp. Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §§42-43, per LORD REED.

¹⁴⁷¹ (1782) 1 Bro. CC 543.

¹⁴⁷² (1760) 2 Doug. 696n. – *Adde Walker v. Chapman* (1773) Lofft 342.

¹⁴⁷³ (1782) 1 Bro. CC 543, p. 547. – *Adde Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §§146-150, per LORD NEUBERGER ; §§193-196, per LORD MANCE ; et §§250-254, per LORD SUMPTION.

¹⁴⁷⁴ (1876) 1 QBD 291, spéc. p. 295 et 300. – *Adde Petherpermal Chetty v. Muniandi Servai* (1908) LR 35 Ind. App. 98, p. 103, per LORD ATKINSON.

¹⁴⁷⁵ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §252, per LORD SUMPTION, en référence notamment à *Parkinson v. College of Ambulance* [1925] 2 KB 1, p. 13, per JUSTICE LUSH. – *Adde Alexander v. Rayson* [1936] 1 KB 169 ; *Berg v. Sadler & Moore* [1937] 2 KB 158 ; et *Bigos v. Boustead* [1951] 1 All ER 92.

doit pas se limiter aux pénitents »¹⁴⁷⁶ – le *locus pœnitentiæ* n’était pas revenu à son état originel et restait focalisé sur cette « glose morale spécieuse » où le demandeur devait se retirer volontairement alors que rien ne le commandait¹⁴⁷⁷. Il était certes toujours possible de trouver des configurations où l’illégalité était tellement odieuse qu’il était nécessaire de confronter le demandeur à ses turpitudes et ainsi l’empêcher de bénéficier de toute restitution – qu’advierait-il du paiement d’un tueur à gages qui n’avait pas mené à bien sa mission ? – ; toutefois cela revenait à créer des difficultés là où il n’y en avait pas :

« In a case involving heinous crimes, both parties would be exposed to confiscation orders under the Proceeds of Crime Act 2002. St Thomas Aquinas thought the ideal solution to such a conundrum was that neither party should have the money, which should be paid to charity. The courts have no power to order that, but statute has now intervened to produce something like the same result »¹⁴⁷⁸.

Quoi qu’il en soit, Patel s’était retiré volontairement du contrat, même s’il avait été mis devant un fait accompli, et pouvait se prévaloir utilement d’un *locus pœnitentiæ*. Une solution contraire aurait été une aberration au regard des derniers développements du *law of unjust enrichment*¹⁴⁷⁹. Il en aurait été de même si le contrat avait été exécuté en tout ou partie¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁶ [1996] Ch. 107, p. 135, *per* LORD JUSTICE MILLETT.

¹⁴⁷⁷ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §§252-253, *per* LORD SUMPTION, en référence à *Tribe v Tribe* [1996] Ch. 107, p. 135, *per* LORD JUSTICE MILLETT.

¹⁴⁷⁸ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §254, *per* LORD SUMPTION.

¹⁴⁷⁹ *Investment Trust Companies* [2017] UKSC 29, §§42-43, *per* LORD REED. – *Comp. Patel v. Mirza* [2014] EWCA Civ. 1047, §45, *per* LORD JUSTICE RIMER ; §97, *per* LADY JUSTICE GLOSTER ; et §113, *per* LORD JUSTICE VOS.

¹⁴⁸⁰ *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42, §253, *per* LORD SUMPTION. – *Adde ibid.*, pp. 167-172, *per* LORD NEUBERGER.

SOMMAIRE

Introduction	1
<i>n°1. – Les quasi-contrats, un droit mineur et mal-aimé</i>	(1)
<i>n°2. – Le quasi-contrat, monstre légendaire</i>	(2)
<i>n°3. – Les quasi-contrats et le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste</i>	(3)
I. – Quasi-contrats et enrichissement injuste, une équation séduisante mais discutable	5
<i>n°4. – L'apport de l'Ordonnance du 10 février 2016 sur le droit des quasi-contrats</i>	(5)
<i>n°5. – Distinguer responsabilité contractuelle, extracontractuelle et quasi-contractuelle</i>	(6)
II. – Enrichissement injuste et quasi-contrats prétoriens, une étrange combinaison	7
<i>n°6. – Les incohérences de l'Ordonnance du 10 février 2016</i>	(7)
III. – En finir (ou presque) avec les quasi-contrats, repenser la question des obligations non-contractuelles et non-délictuelles à l'aune de l'histoire du droit et du droit comparé	9
<i>n°7. – Le droit des quasi-contrats à la croisée des chemins ?</i>	(9)
<i>n°8. – Une proposition</i>	(10)
Chapitre I. – Le concept de quasi-contrat. Histoire d'un monstre légendaire	12
<i>n°9. – Le concept de quasi-contrat en droit romain</i>	(12)
<i>n°10. – Le concept de quasi-contrat dans la littérature médiévale et primo-moderne</i>	(13)
I. – L'influence des projets de Code civil révolutionnaires dans l'émergence du concept de quasi-contrat comme source d'obligations en droit napoléonien : l'affirmation d'une approche iusnaturaliste des obligations non-contractuelles	16
<i>n°11. – La réception du modèle institutionnel justinien par l'élite révolutionnaire</i>	(16)
1. – L'influence du premier projet de Code civil : l'adoption d'une approche iusnaturaliste des obligations non-contractuelles	16
<i>n°12. – Un projet structuré le long de principes individualistes et volontaristes</i>	(16)
<i>n°13. – Une analyse des choix taxinomiques des rédacteurs du premier projet de Code civil</i>	(17)
2. – L'influence des deuxième et troisième projets de Code civil : la délimitation des obligations non-contractuelles à la gestion d'affaires, la réception d'une chose non due et le dommage causé à autrui	19
<i>n°14. – L'idée du contrat et la loi comme sources d'obligations</i>	(19)
II. – Le quasi-contrat comme source d'obligations dans le Code civil : l'apparence antiquisante d'une idée nouvelle	20
<i>n°15. – Un bon code civil ne pouvait naître au milieu des crises politiques qui agitaient la France</i>	(20)

<i>n°16. – Des disciples, et non des prophètes</i>	(21)
<i>n°17. – Le nom quasi-contrat</i>	(22)
1. – Le concept de quasi-contrat dans la <i>summa divisio</i> napoléonienne : la restauration de façade de la quadripartition justinienne des obligations	23
<i>n°18. – Nécessité, vanité et innovation : les raisons de la restauration de la quadripartition justinienne des obligations dans le Code civil de 1804</i>	(23)
2. – L'idée du quasi-contrat comme <i>fait purement volontaire</i> : un critère vague, créé pour la forme, inspiré des travaux de Domat	28
<i>n°19. – Le fait purement volontaire : l'étonnante influence des travaux de Domat</i>	(28)
<i>n°20. – Les observations des corps constitués sur le projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801)</i>	(30)
III. – Le concept de quasi-contrat dans la jurisprudence contemporaine : la réappropriation par les juges de l'idée du quasi-contrat comme <i>fait purement volontaire</i>	32
<i>n°21. – L'anc. art. 1371 C. civ. : simple amorce ou énoncé d'un concept ?</i>	(32)
<i>n°22. – Parenthèse sur la formule « à titre quasi contractuel » dans la jurisprudence du Conseil d'État</i>	(34)
<i>n°23. – Parenthèse sur la formule « à titre quasi contractuel » dans la jurisprudence du Conseil d'État (suite et fin) : les fantaisies de l'équité prétorienne</i>	(35)
<i>n°24. – Coulomb c. Daumont : le quasi-contrat d'entretien et d'éducation</i>	(36)
<i>n°25. – La mise en œuvre des principes de la responsabilité quasi-contractuelle dans Autocampus et ETE</i>	(37)
<i>n°26. – Les loteries publicitaires : Bossa et UFC c. Maison française de distribution</i>	(38)
<i>n°27. – Le traitement des quasi-contrats prétoriens par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016</i>	(40)
<i>n°28. – Quasi-contrats nommés et innomés dans l'Ordonnance du 10 février 2016</i>	(40)
<i>n°29. – Réflexions sur les quasi-contrats prétoriens</i>	(42)
<i>n°30. – Critique de l'approche adoptée par les rédacteurs de l'Ordonnance du 10 février 2016 en matière quasi-contractuelle</i>	(43)
 Chapitre II. – La gestion d'affaires. <i>Les fondements historiques et politiques de la responsabilité du fait de s'être immiscé dans les affaires d'autrui</i>	45
<i>n°31. – La gestion d'affaires, quasi-contrat par excellence</i>	(45)
I. – La méfiance des rédacteurs du Code civil vis-à-vis des comportements altruistes : les fondements politiques de la responsabilité du fait d'une gestion d'affaires	46
<i>n°32. – Le refus des interprétations libres de la gestion d'affaires lors de la codification de 1800–1804</i>	(46)
<i>n°33. – Parenthèse sur le voisinage et son influence sur la législation napoléonienne</i>	(47)
1. – La crainte d'un altruisme éphémère et intéressé : les raisons politiques de l'obligation de persévérance et le principe de gratuité de la gestion d'affaires	48
<i>n°34. – La crainte des rédacteurs du Code civil que le gérant n'achève pas ce qu'il a commencé</i>	(48)

<i>n°35. – La crainte des rédacteurs du Code civil que le gérant intervienne dans les affaires du maître de façon intéressée (le principe de la stricte indemnisation du gérant)</i>	(51)
<i>n°36. – La question de la rémunération du gérant</i>	(55)
<i>n°37. – Les évolutions apportées par l’Ordonnance du 10 février 2016 sur la question des gestions d’affaires dites intéressées</i>	(57)
2. – La crainte d’un altruisme dommageable : les raisons politiques de l’obligation de diligence et le principe d’indemnisation du gérant	58
<i>n°38. – La protection des intérêts du maître au travers de la primauté du principe de gestion diligente</i>	(58)
<i>n°39. – Le principe de la gestion en bon père de famille (ou en personne raisonnable)</i>	(60)
<i>n°40. – L’obligation de reddition de compte</i>	(61)
<i>n°41. – Les tempéraments à la sévérité des obligations du gérant</i>	(63)
II. – L’évolution de la responsabilité du fait d’une gestion d’affaires en jurisprudence : l’incidence de la pratique des gestions d’affaires anormales sur une institution originellement conçue pour protéger l’autonomie des parties dans la gestion de leurs affaires civiles et commerciales	65
<i>n°42. – Deux approches politique de la gestion d’affaires</i>	(65)
1. – La pratique des gestions d’affaires anormales : l’assouplissement du principe de la responsabilité du fait d’une gestion d’affaires de la restauration impériale à la fin de la Première Guerre mondiale	67
<i>n°43. – L’émergence des interprétations libres de la gestion d’affaires (Mectoux c. Lefebvre et Gerente c. Primard)</i>	(67)
<i>n°44. – Commentaire sur Mectoux c. Lefebvre et Gerente c. Primard</i>	(71)
<i>n°45. – L’affirmation des interprétations libres de la gestion d’affaires (Letellier c. Derode, Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus, et Lemaire c. Chambon, Synd. Lamoureux)</i>	(72)
<i>n°46. – Le sort des interprétations libres de la gestion d’affaires après Patureau-Miran c. Boudier</i>	(75)
<i>n°47. – Le sort des interprétations libres de la gestion d’affaires après Patureau c. Boudier (suite) : Office des rentiers et Benoit c. Biollay</i>	(77)
2. – Le déclin des gestions d’affaires anormales : les conséquences des interprétations libres de la gestions d’affaires anormales sur la compréhension contemporaine de cette cause de responsabilité	79
<i>n°48. – Le sort des interprétations libres de la gestion d’affaires après Patureau c. Boudier (suite et fin) : l’analyse de Picard</i>	(79)
α. – La gestion d’affaires en droit strict : le retour à l’équilibre entre le principe de non-immixtion dans les affaires d’autrui et le souci de ne pas sanctionner les actions mues par un devoir moral d’entraide	81
<i>n°49. – Gestion d’affaires et exécution d’un devoir moral d’entraide</i>	(81)
<i>n°50. – La gestion d’affaires au-delà des considérations matérielles, une illustration (Fournier c. Héritiers Mistral)</i>	(85)
β. – La gestion d’affaires en équité ou quasi-gestion d’affaires : brève remarque sur une figure insaisissable du droit des obligations	86

<i>n°51. – La gestion d'affaires en équité, entre l'acte de simple complaisance ou de pure courtoisie, le devoir de conscience et le devoir moral d'entraide</i>	(86)
Chapitre III. – Le paiement de l'indu et la restitution. <i>Les fondements historiques et politiques d'une institution technique</i>	88
<i>n°52. – C'est le premier devoir de la probité et de la justice de restituer sur-le-champ ce qui est reconnu appartenir à un autre</i>	(88)
I. – Le principe de la responsabilité du fait de la réception d'une chose non due : une technique pensée dans le cadre du droit des paiements	89
<i>n°53. – Le concept de paiement réel</i>	(89)
<i>n°54. – Le paiement comme procédé d'acquisition de la propriété par l'effet des obligations</i>	(91)
<i>n°55. – Les conditions de validité du paiement (et du transfert de la propriété par l'effet des obligations)</i>	(92)
1. – Le principe de la répétition : une action permettant de demander une chose ou une somme d'argent qui a été donnée sans être due	94
<i>n°56. – Un paiement indu n'est pas un paiement</i>	(94)
2. – La répétition et la nécessité d'un transfert de propriété effectué <i>sine causa</i> : la présomption de l'absence de dette et ses exceptions	95
<i>n°57. – L'absence de cause et les irrépétibilités</i>	(95)
α. – Première cause d'irrépétibilité d'une chose transférée à titre d'un paiement qui n'était pas dû par celui qui l'a exécuté : l'exécution volontaire d'une obligation naturelle	96
<i>n°58. – Une renonciation de fait aux exceptions sans lesquelles l'action eût été admise</i>	(96)
β. – Seconde cause d'irrépétibilité d'une chose transférée à titre d'un paiement qui n'était pas dû par celui qui l'a exécuté : le paiement volontaire d'une dette de jeu ou d'un pari	98
<i>n°59. – Un de ces inconvénients inséparables d'une grande société, une de ces maladies incurables contre lesquelles il n'y a que des palliatifs</i>	(98)
<i>n°60. – Les lois pourraient-elles protéger de telles obligations ?</i>	(99)
3. – La répétition et la nécessité d'un transfert de propriété effectué par erreur : les évolutions jurisprudentielles en matière d'indu absolu	103
<i>n°61. – L'erreur, au cœur de la logique volontariste de la législation napoléonienne</i>	(103)
<i>n°62. – L'abandon jurisprudentiel de l'erreur en matière d'indu absolu</i>	(106)
II. – La restitution : le remède aux transferts de propriété effectués <i>sine causa</i>	111
<i>n°63. – Restitution et réparation, les deux piliers du système de remèdes civils du droit français</i>	(111)
1. – La restitution du principal : restituer, c'est rendre	112
<i>n°64. – Bref aperçu d'un subtil exercice comptable</i>	(112)
2. – Le compte de restitution : restitution, c'est remettre en l'état	114
<i>n°65. – Bref aperçu d'un subtil exercice comptable (suite et fin)</i>	(114)

<i>n°66. – L’apport de l’Ordonnance du 10 février 2016 sur le compte de restitution</i>	(115)
Chapitre IV. – L’enrichissement injustifié. Les fondements historiques et politiques d’une source subsidiaire d’obligations	117
<i>n°67. – Les mentions au principe selon lequel on ne saurait injustement s’enrichir aux dépens d’autrui dans les travaux préparatoires du Code civil</i>	(117)
<i>n°68. – Pourquoi le principe <i>neminem cum alterius</i> ne s’est-il pas affirmé comme une source d’obligation dans la législation napoléonienne ?</i>	(118)
I. – Les origines de l’enrichissement injuste comme source d’obligations : une brève histoire de l’action <i>de in rem verso</i> de l’Ancien Droit au droit napoléonien	120
<i>n°69. – Les contours du contentieux de l’in rem verso dans l’Ancien Droit</i>	(120)
1. – L’action <i>de in rem verso</i> comme moyen pour les tiers de tenir responsable le père de famille vis-à-vis des engagements pris par sa femme et ses enfants : une technique bien établie sous l’Ancien Régime	121
<i>n°70. – Quelques arrêts sur l’in rem verso en rapport à l’application du <i>Senatus consultum Macedonianum</i></i>	(121)
<i>n°71. – La jurisprudence sur l’in rem verso en matière d’autorisation de la femme mariée</i>	(125)
2. – Omise par les rédacteurs du Code civil, mais préservée par les juges : le passage de l’action <i>de in rem verso</i> de l’Ancien Droit au droit contemporain	127
<i>n°72. – La formule <i>in negotium mariti</i> dans l’œuvre de Le Brun</i>	(127)
<i>n°73. – La formule <i>in negotium mariti</i> dans de Lauzanne c. Hay des Nétumières</i>	(128)
3. – La relation de l’action <i>de in rem verso</i> à l’<i>actio contraria</i> : la transformation de l’action <i>de in rem verso</i> dans la jurisprudence du XIX^{ème} siècle	130
<i>n°74. – De l’<i>actio de in rem verso</i> au principe d’une action directe : <i>Coulomb c. Daumont et Crouillebois c. Galand de Lisle</i></i>	(130)
<i>n°75. – Retour sur les interprétations libres de la gestion d’affaires</i>	(133)
II. – Le processus d’autonomisation de l’enrichissement injuste comme source d’obligations : influences doctrinales et résistances jurisprudentielles	134
<i>n°76. – L’action <i>de in rem verso</i> dans les travaux d’Aubry et Rau (et de Zachariä von Lingenthal)</i>	(134)
<i>n°77. – L’action <i>de in rem verso</i> dans <i>Crédit foncier c. Azzarat</i></i>	(136)
<i>n°78. – L’action <i>de in rem verso</i> dans <i>Crédit foncier c. Azzarat</i> : la méthode Pétiton</i>	(139)
III. – La reconnaissance de l’enrichissement injuste comme source autonome d’obligations : de <i>Patureau-Miran c. Boudier</i> à l’Ordonnance du 10 février 2016	142
<i>n°79. – <i>Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée c. Belland</i></i>	(142)
1. – Une évolution jurisprudentielle discutable : les motivations de l’arrêt <i>Patureau-Miran c. Boudier</i>	145
<i>n°80. – <i>Patureau-Miran c. Boudier</i> : les faits et la décision</i>	(145)

<i>n°81. – Un simple changement de méthode ou une déclaration politique ?</i>	(146)
2. – Une consécration dans l’indifférence : l’incorporation de l’enrichissement injustifié dans le Code civil par l’Ordonnance du 10 février 2016	149
<i>n°82. – Déjà la technique perçait sous l’équité</i>	(149)
IV. – Les quasi-contrats et la théorie de l’enrichissement injuste, histoire d’une construction doctrinale douteuse	150
<i>n°83. – Une révolution silencieuse ou dans l’indifférence ?</i>	(150)
1. – La théorie de Toullier : subsumer les quasi-contrats sous le principe général de prohibition de l’enrichissement injuste	151
<i>n°84. – Tout fait quelconque de l’homme qui enrichit une personne au détriment d’une autre, sans qu’il y ait eu intention de la gratifier, oblige celle qui se trouve enrichie de rendre la chose ou la somme tournée à son profit</i>	(151)
2. – La théorie de Carbonnier : présenter les quasi-contrats et l’enrichissement sans cause comme des faits naissant d’un avantage acquis aux dépens d’autrui	152
<i>n°85. – On distingue les quasi-contrats, spéciaux, et l’enrichissement sans cause, théorie générale</i>	(152)
3. – La théorie de Cornu : qualifier l’enrichissement sans cause de quasi-contrat et l’ériger en alpha et omega du droit des quasi-contrats	154
<i>n°86. – Ce n’est pas un fourre-tout. C’est un concept</i>	(154)
 Chapitre V. – Repenser les quasi-contrats. <i>Les enseignements du droit allemand et anglais</i>	156
<i>n°87. – Il faut choisir</i>	(156)
I. – En finir (ou presque) avec la théorie de l’enrichissement injuste : repenser la question de l’avantage indûment acquis d’autrui à l’aune de la dichotomie <i>enrichissement acquis du fait l’exécution d’une prestation</i> et <i>enrichissement acquis d’une autre manière</i> de Wilburg et von Cæmmerer	158
<i>n°88. – Une introduction au Kondiktionensystem</i>	(158)
1. – <i>Leistungskondiktion</i> , paiement indu, faillite du contrat et restitution : la responsabilité du fait d’un enrichissement acquis à la suite de l’exécution d’une prestation indu	161
<i>n°89. – Les apports de l’Ordonnance du 10 février 2016 en matière de paiements indus lato sensu</i>	(161)
<i>n°90. – Réformer la réforme : les enseignements du Projet Terré</i>	(164)
2. – <i>Nichtleistungskondiktion</i> et enrichissement injustifié : la responsabilité (subsidaire) du fait d’un enrichissement acquis d’une autre manière que du fait de l’exécution d’une prestation indu	169
<i>n°91. – Repenser la question de l’enrichissement injuste, plus simplement : les bases</i>	(169)
<i>n°92. – Repenser la question de l’enrichissement injuste, plus simplement (suite) : repenser la question de la restitution</i>	(171)
<i>n°92 bis. – Repenser la question de l’enrichissement injuste, plus simplement (suite) : repenser la question de la restitution (suite)</i>	(174)
<i>n°93. – Repenser la question de l’enrichissement injuste, plus simplement (suite) : repenser la question de la restitution (suite et fin)</i>	(176)

n°94. – <i>Repenser la question de l'enrichissement injuste, plus simplement (suite et fin) : une mise en garde face à une théorie qui promet beaucoup mais déçoit d'autant</i>	(178)
II. – En finir (ou presque) avec la gestion d'affaires : repenser la question l'immixtion non-sollicitée dans les affaires d'autrui à l'aune de la théorie de la <i>Geschäftsführung ohne Auftrag</i>	185
n°95. – <i>Réflexion sur un caméléon juridique</i>	(185)
III. – En finir (ou presque) avec les quasi-contrats : une conclusion	189
n°96. – <i>Que faire du quasi-contrat ?</i>	(189)
n°97. – <i>Combattre le quasi-contrat, en vain ?</i>	(190)
n°98. – <i>Une synthèse des chapitres précédents</i>	(191)
n°99. – <i>Les quasi-contrats et l'équité</i>	(192)
n°100. – <i>Les quasi-contrats et le juge</i>	(195)
Appendice. – <i>L'unjust enrichment en droit anglais. Histoire et anatomie d'un tertium quid</i>	197
n°101. – <i>Une introduction</i>	(197)
I. – <i>Du law of assumpsits et les quasi-contracts au law of unjust enrichment, histoire d'un tertium quid</i>	199
n°102. – <i>Une introduction aux forms of action</i>	(199)
1. – <i>La restitution avant le Restatement of the Law of Restitution : le law of assumpsits et les quasi-contracts</i>	200
n°103. – <i>Une introduction au trespass on the case</i>	(200)
α. – <i>For he undertook and faithfully promised to pay his debt, le principe de l'indebitatus assumpsit</i>	202
n°104. – <i>Une introduction aux assumpsits</i>	(202)
n°105. – <i>Une introduction au count en money had and received (Moses v. Macferlan)</i>	(203)
β. – <i>Des fictitious promises aux contracts implied in law, le principe du quasi-contract</i>	203
n°106. – <i>Le count en money had and received après Moses v. Macferlan</i>	(203)
2. – <i>Du Restatement of the Law of Restitution à Lipkin Gorman : l'affirmation d'un tertium quid</i>	204
n°107. – <i>Les assumpsits et l'unjust enrichment : l'influence américaine</i>	(204)
n°108. – <i>La réception des doctrines américaines par la littérature anglaise</i>	(205)
n°109. – <i>De la consécration oxonienne et cantabrigienne à la consécration parlementaire et judiciaire</i>	(206)
II. – <i>A cause of action in its own right : anatomie d'un tertium quid</i>	208
n°110. – <i>Samsoondar v. Capital Insurance Co. Ltd.</i>	(208)
1. – <i>L'enrichissement, aux dépens de : déterminer l'objet de la responsabilité en unjust enrichment</i>	209
n°111. – <i>S'enrichir, to be better off</i>	(209)

α. – L'identification de l'enrichissement : l'apport d' <i>Investment Trust Companies</i>	210
<i>n°112.</i> – <i>Exchange et use value (Sempra Metals v. IRC)</i>	(210)
<i>n°113.</i> – <i>Prudential v. HMRC</i>	(214)
<i>n°114.</i> – <i>Investment Trust Companies v. HMRC, une introduction</i>	(215)
<i>n°115.</i> – <i>Investment Trust Companies v. HMRC et la direct transfer theory (conferral and reversal of a benefit)</i>	(216)
<i>n°116.</i> – <i>Investment Trust Companies v. HMRC et l'idée de conferral of a benefit (Costello v. MacDonald Dickens & Macklin ; Edinburg and District Tramways v. Courtney ; Ruabon Steamship v. The London Assurance)</i>	(218)
<i>n°117.</i> – <i>Investment Trust Companies v. HMRC et l'idée de conferral of a benefit (Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea))</i>	(221)
β. – L'identification de l'enrichissement : l'apport de <i>BP Exploration (Libya) v. Hunt (No 2)</i>	224
<i>n°118.</i> – <i>Investment Trust Companies v. Sempra Metals</i>	(224)
<i>n°119.</i> – <i>La question des non-monetary benefits</i>	(225)
<i>n°120.</i> – <i>La question des non-monetary benefits (suite et fin)</i>	(227)
<i>n°121.</i> – <i>Parenthèse sur le Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943 et l'unjust enrichment</i>	(228)
γ. – La quantification de l'enrichissement : l'apport de <i>Benedetti v. Sawiris</i>	229
<i>n°122.</i> – <i>Valeur objective et subjective de l'enrichissement</i>	(229)
<i>n°123.</i> – <i>La subjective devaluation</i>	(233)
<i>n°124.</i> – <i>La subjective devaluation et la free acceptance : Chief Constable of Greater Manchester Police v. Wigan Athletic AFC</i>	(235)
<i>n°125.</i> – <i>Les incontrovertible, realised et realisable benefits : McDonald v. Coys of Kensington</i>	(236)
<i>n°126.</i> – <i>Retour à Benedetti : le rejet de la subjective devaluation par Lord Reed</i>	(239)
<i>n°127.</i> – <i>Retour à Benedetti (suite) : le rejet de la subjective devaluation par Lord Reed, une analyse</i>	(240)
<i>n°128.</i> – <i>Retour à Benedetti (suite et fin) : le rejet de la subjective devaluation par Lord Reed, une analyse (suite et fin) – Harrison v. Madejski and Coys of Kensington</i>	(240)
δ. – La quantification de l'enrichissement : la question du <i>disenrichment</i>	241
<i>n°129.</i> – <i>Le désenrichissement comme exception à une action en unjust enrichment</i>	(241)
<i>n°130.</i> – <i>L'estoppel, une introduction (Grunt v. Great Boulder Gold Mines)</i>	(243)
<i>n°131.</i> – <i>Estoppel et unjust enrichment : National Westminster Bank v. Somer International</i>	(244)
<i>n°132.</i> – <i>Defence of disenrichment et unjust enrichment : Lipkin Gorman v. Karpnale</i>	(247)
<i>n°133.</i> – <i>Change of position, une analyse : Scottish Equitable v. Derby</i>	(249)

<i>n°134. – Change of position, une analyse (suite) : Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica</i>	(251)
<i>n°135. – Change of position, une analyse (suite et fin)</i>	(252)
2. – L’injuste : déterminer la cause de la responsabilité en unjust enrichment	253
<i>n°136. – Une introduction aux unjust factors</i>	(253)
α. – L’erreur (mistake) : la cause par excellence de restitution	254
<i>n°137. – Une introduction à l’erreur</i>	(254)
<i>n°138. – L’erreur dans Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica et Kelly v. Solari</i>	(254)
<i>n°139. – L’erreur, une analyse : risk-taking, waiver of inquiry et doubt</i>	(256)
<i>n°140. – Mistake et ignorance dans Pitt v. Holt (Re Hastings-Bass ; Ogilvie ; Lady Hood of Avalon v. Mackinnon ; Gibbon v. Mitchell)</i>	(256)
<i>n°141. – Causative, fundamental, induced ou spontaneous mistake</i>	(263)
<i>n°142. – Mistake of fact et mistake of law dans Kleinwort Benson v. Lincoln City Council (Bilbie v. Lumley ; Lowry v. Bourdieu)</i>	(264)
<i>n°143. – Mistake of fact et mistake of law dans Kleinwort Benson v. Lincoln City Council, l’analyse de Lord Goff</i>	(266)
β. – La contrainte (duress) et l’influence indue (undue influence) : des causes de restitution délicates à faire valoir et à mettre en œuvre	270
<i>n°144. – Mistake, duress et undue influence, une distinction</i>	(270)
<i>n°145. – Economic duress dans Universe Sentinel et Evia Luck</i>	(270)
<i>n°146. – Economic duress dans Atlantic Baron</i>	(272)
<i>n°147. – L’undue influence dans Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2)</i>	(273)
<i>n°148. – L’undue influence dans Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2) (suite et fin)</i>	(276)
γ. – La disqualification du consentement (qualified consent) : la question controversée de la failure of condition	276
<i>n°149. – Une introduction à la failure of condition : Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour</i>	(276)
<i>n°150. – Total ou partial failure : Stocznia Gdanska v. Latvian Shipping</i>	(278)
<i>n°151. – Total ou partial failure (suite) : Hunt v. Silk (Morgan v. Richardson et Tye v. Gwynne)</i>	(279)
<i>n°152. – Total ou partial failure (suite) : l’analyse de Frederic Wilmot-Smith ; Rover International v. Cannon Film Sales ; apportionment et incidental benefits (Stevenson v. Snow ; Goss v. Chilcott ; Giedo van der Garde v. Force India)</i>	(281)
<i>n°153. – Total ou partial failure (suite et fin) : DO Ferguson & Associates v. Sohl</i>	(284)
δ. – L’illégalité (illegality) comme cause de restitution : l’apport de Patel v. Mirza	285
<i>n°154. – Patel v. Mirza : les données du problème</i>	(285)
<i>n°155. – La doctrine of illegality et sa complexité</i>	(286)

<i>n°156. – L'illegality à la croisé des chemins</i>	(287)
<i>n°157. – Patel v. Mirza, une critique de Lord Sumption</i>	(292)
<i>n°158. – Patel v. Mirza, une critique de Lord Sumption (suite et fin)</i>	(294)
<i>n°159. – Patel v. Mirza, une critique de la critique</i>	(294)

INDEX

- Abrial, André-Joseph (1750–1828)** – pp. 51-52
- Abstraktionsprinzip**
voy. **Transfert de la propriété**
- Actio contraria**
voy. **Gestion d'affaires**
- Actio de in rem verso**
Ancien Droit – n°69-72
autorisation et incapacité de la femme mariée – n°71-73
Sénatus-consulte Macédonien – n°70
Aubry et Rau – voy. **Aubry et Rau**
droit français moderne – n°73-74
droit romain – p. 120
paiement – p. 93
- Albisson, Jean (1732–1810)** – pp. 47-48
- Albrecht c. Bethmont** – p. 56
- Altruisme** – n°32
- Ames, James (1846–1910)** – p. 205
- Apportionment** – pp. 282-284
- Assumpsit** – n°103
- At the expense of** – n°115-117
- Atlantic Baron** – n°146
- Aubry, Charles (1803–1883)**
voy. **Aubry et Rau**
- Aubry et Rau** – n°76
- Autocampus c. IFR** – n°25
- Avant-projet Catala** – n°86
- Avon County Council v. Howlett** – pp. 245-246
- Ayrault, Pierre (1536–1601)** – p. 122
- Banque Financière de la Cité** – n°117
- Banque Populaire de l'Ouest c. Rabine** – p. 166
- Barbeyrac, Jean (1674–1744)** – p. 18
- Barclays Bank v. O'Brien** – p. 274
- Barclays Bank v. WJ Simms Son & Cook** – p. 255
- Basset, Jean-Guy (1598–1686)** – p. 123
- Benedetti v. Saviris** – n°122-128
- Benoit c. Biollay** – pp. 78-79
- Berlier, Théophile (1761–1844)**
sur la gestion d'affaires – p. 52 ; p. 187
sur le mandat – p. 52 ; p. 55 ; p. 63 ; p. 187
- Berton-Demangeau c. Francheville** – p. 57
- Bertrand de Greuille, Joseph (1758–1833)**
sur la gestion d'affaires – p. 51 ; p. 52 ; pp. 53-54 ; p. 59 ; pp. 63-64
sur la réception d'une chose non due – p. 88 ; p. 105 ; p. 113 ; p. 115
sur le mandat – p. 61 ; pp. 63-64
sur le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste – p. 118
sur le quasi-contrat – pp. 26-27 ; pp. 33-34
- Bigot de Préameneu, Félix-Julien-Jean (1747–1825)**
sur l'obligation naturelle – pp. 96-97
sur le paiement – p. 89 ; p. 92 ; p. 93
- Bilbie v. Lumley** – pp. 265-266 ; p. 267
- Birks, Peter (1941–2004)** – n. 107 ; p. 184 ; pp. 185-186 ; p. 198 ; p. 207 ; n. 1037 ; p. 238 ; p. 242
- Boniface, Hyacinthe de (1612–1699)** – pp. 123-124
- Boudet c. Ramboz** – pp. 102-103
- Bourgeois, Léon (1832–1898)** – n. 21
- Bossa et UFC c. Maison français de distribution** – n°26-27
- Bout, Roger (1939–2016)** – p. 75 ; p. 81 ; p. 85 ; p. 86 ; p. 191
- Bowmakers v. Barnet Instruments** – p. 288
- BP Exploration (Libya) v. Hunt (No 2)** – n°119
- Brillon, Pierre-Jacques (1671–1736)** – p. 126
- Burrows, Andrew** – p. 208 ; pp. 291-292
- Cæmmerer, Ernst von (1908–1985)**
voy. **Wilburg et von Cæmmerer**
- Caisse d'épargne de Paris c. Dufil** – p. 109
- Cambacérés, Jean-Jacques-Régis (1753–1824)**
sur la gestion d'affaires – p. 58 ; p. 65

- sur le Deuxième (1794) et Troisième (1796) projets de Code civil – n°14
sur le Premier projet (1793) de Code civil – n°12
- Capitant, Henri (1865–1937)**
voy. **Colin et Capitant**
- Carbonnier, Jean (1908–2003)** – p. 4 ; p. 46 ; p. 87 ; n°85 ; pp. 154-155
- Catella c. Puthod* – p. 64
- Chandler v. Webster* – pp. 277-278
- Change of position** – n°133-135
- Charondas le Caron, Louis le Caron, dit (1534–1613)** – p. 22 ; pp. 125-126
- Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée c. Belland* – n°79
- Code civil**
Deuxième (1794) et Troisième (1796) projets – n°14
Premier projet (1793) – n°12-13
- Colin, Ambroise (1863–1929)**
voy. **Colin et Capitant**
- Colin c. Boulain et Dréan* – pp. 133-134
- Colin et Capitant** – n. 404 ; pp. 186-187
- Combot, Mélodie** – n°94
- Conditiones*
voy. **Du Plessis et Zimmermann**
- Contard c. Bouchard* – pp. 124-125
- Contract implied in law** – n°106
- Contribution** – pp. 220-221
- Cormis, François de (1639–1734)** – pp. 124-125 ; pp. 126-127
- Cornu, Gérard (1926–2007)** – p. 4 ; p. 5 ; n°86
- Costello v. MacDonald Dickens & Macklin* – pp. 219-220
- Coulomb c. Daumont* – n°24 ; pp. 130-131
- Crédit foncier c. Azzarat* – n°77-78
- Crépeau, Paul-André (1926–2011)** – p. 5
- Crouillebois c. Galand de Lisle* – pp. 131-132
- Culpa est immiscere*
voy. **Pomponius**
- de Lauzanne c. Hay des Nétumières* – n°73
- de Longis c. Carneval* – pp. 123-124
- De Mahis c. de Poigny* – pp. 122-123
- Defrénois-Souleau, Isabelle** – pp. 107-109 ; p. 162
- Demolombe, Charles (1804–1887)** – p. 22 ; pp. 28-29 ; pp. 139-140 ; p. 144 ; p. 185
- Dettes de jeu et pari** – n°59-60
- Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica* – n°134 ; n°138
- Disenrichment, defence of** – n°129-135
- Divisio obligationum*
Deuxième (1794) et Troisième (1796) de Code civil – n°14
Ordonnance du 10 février 2016 – n°28
Premier projet (1793) de Code civil – n°12-13
Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) – n°16 ; n°18
- DO Ferguson* – n°153
- Domat, Jean (1625–1696)** – p. 15 ; p. 21 ; n. 147 ; n°19 ; p. 90 ; p. 166
- Du Plessis, Jacques**
voy. **Du Plessis et Zimmermann**
- Du Plessis et Zimmermann** – p. 159
- Dubourg, affaire* – pp. 75-76
- Dunedin, Lord, Dunedin, Andrew (1849–1942)** – p. 220
- Durand de Maillane, Pierre-Toussaint (1729–1814)** – n. 118
- Duress** – n°144-146
- Duveyrier, Honoré (1753–1839)** – pp. 98-99 ; pp. 100-101 ; p. 103
- Edinburg and District Tramways* – p. 220
- Eingriffskondiktion** – p. 160 ; p. 179 ; pp. 183-184
- Enrichissement injuste, principe général de prohibition de l'** – n°67-68
- Enrichissement injustifié**
autonomisation – n°76-79
droit contemporain – n°82 ; n°93
émergence en droit moderne – n°75

- Enrichissement sans cause**
voy. **Enrichissement injustifié**
- Enrichment** – n°111-135
- Estoppel** – n°130-131
- ETE c. SFR** – n°25
- Etridge** – n°147-148
- Evans, William (1767–1821)** – pp. 204-205
- Evia Luck** – n°145
- Eyfulene c. Moussier** – pp. 126-127
- Faillite du contrat** – n°90
- Failure of condition** – n°149-153
- Fait, théorie du** – n°12 ; n°18
- Faure, Louis-Joseph (1760–1837)** – pp. 117-118 ; p. 148
- Ferrière, Claude-Joseph de (16..–1748)** – p. 120
- Fibrosa Spolka Akcyjna** – pp. 205-206 ; n°149
- Forms of action** – n°102
- Fouret c. Courtois** – pp. 177-178
- Fournier c. Héritiers Mistral** – n°50
- Free acceptance** – n°124 ; n°126-128
- Fuller, Lon (1902–1978)**
voy. **Fuller et Perdue**
- Fuller et Perdue** – p. 169
- Furgole, Jean-Baptiste (1690–1761)** – n. 660
- Gaius (c. 130–180)** – p. 12
- Gamerco v. ICM/Fair Warning** – p. 229
- Garran de Coulon, Jean-Philippe (1748–1816)**
– p. 48
- Gaudemet, Eugène (1872–1933)** – n. 763
- Gerente c. Primard** – n°43-44
- Geschäftsführung ohne Auftrag** – pp. 188-189
- Gesetzliche Schuldverhältnisse** – p. 195
- Gestion d'affaires**
acte de bienfaisance – n°35
- actio contraria* – p. 53 ; p. 65 ; pp. 130-134
devoir moral d'entraide – n°49
enrichissement sans cause – n°45
équitable – n°43-44 ; n°48 ; n°51
gratuité – n°35 ; n°37
indemnisation du gérant – n°35-37
intéressée – n°35 ; n°37
obligation de diligence, – n°38-41
obligation de persévérance – n°34
quasi-contrat par excellence – n°31
quasi-mandat – n°31
ratification – n. 325
rémunération du gérant – voy. **Albrecht c. Bethmont** ; **Berton-Demangeau c. Francheville** ; et **Rupalley c. Lumière**
substitution du maître – pp. 54-55
utilité – n. 289
voisinage – voy. **Voisinage**
- Gibbon v. Mitchell** – p. 259 ; pp. 261-262
- Giedo van der Garde** – pp. 283-284
- Goff & Jones** – n. 905 ; p. 184 ; n°108-109 ; p. 230 ; pp. 235-236 ; p. 238 ; p. 260
- Goff, Robert, Lord Goff (1926–2016)**
voy. **Goff & Jones**
- Gomaa, Nooman (1934–2014)** – p. 191
- Goré, François** – p. 81 ; p. 149
- Goss v. Chilcott** – p. 283
- Great Boulder Gold Mines** – pp. 243-244
- Grotius, Hugo de Groot (1583–1645) dit** – p. 15
- Häcker, Birke** – p. 179 ; pp. 183-184
- Hall v. Hebert** – pp. 287-288
- Halsbury, Earl of, Giffard, Hardinge (1823–1921)** – pp. 220-221
- Harrison v. Madejski and Coys of Kensington** – n°128
- Hastings-Bass rule** – pp. 257-258
- Heineccius, Johann-Gottlieb (1681–1741)** – p. 14
- Holman v. Johnson** – p. 286
- Holt v. Markham** – p. 184 ; p. 247
- Honorat, Jean** – p. 34
- Hounga v. Allen** – p. 290
- Humber Ferry's Case** – p. 201

- Hunt v. Silk* – pp. 279-280
- Ignorance** – n°140
- Illegality** – n°154-159
- In pari causa*
voy. **Dette de jeu et pari**
- Incidental benefit** – pp. 282-284
- Incontrovertible benefit** – n°125-126
- Indebitatus assumpsit** – n°104
- Investment Trust Companies* – pp. 181-182 ; pp. 197-198 ; pp. 208-209 ; n°114-117
- Jansen, Niels** – pp. 180-181
- Jaubert, François (1758–1822)**
sur l'obligation naturelle – p. 96 ; p. 97
sur le paiement – p. 89 ; p. 93
sur le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste – n. 496 ; p. 118
- Jetivia v. Bilta (No 2)* – p. 290
- Jones, Gareth (1930–2016)**
voy. *Goff & Jones*
- Josserand, Louis (1868–1941)** – p. 3
- Julliot de La Morandière, Léon (1885–1968)**
voy. **Colin et Capitant**
- Keener, William (1856–1913)** – p. 205
- Kelly v. Solari* – p. 255 ; p. 267
- Kleinwort Benson v. Lincoln City Council* – n°142-143
- Kondiktionensystem**
voy. **Savigny et Windscheid**
- König, Detlef (1938–1981)** – p. 180
- Labbé, Joseph-Émile (1823–1894)** – p. 141 ; p. 149
- Labrador** – p. 186
- Lady Hood of Avalon* – p. 260
- Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943** – n°119-121
- Le Brun, Denis (1640–1708)** – p. 128
- Le Fer Blanc, affaire* – pp. 82-83
- le Tourneau, Philippe** – n. 417 ; pp. 83-84 ; n. 432 ; pp. 192-193 ; n. 132
- Lemaire c. Chambon* – pp. 74-75 ; p. 142
- Les Laboratoires Servier* – p. 290
- Letellier c. Derode* – pp. 72-73
- Lipkin Gorman* – p. 197 ; p. 207 ; n°132
- Locus pœnitentiæ, doctrine of* – n°159
- Loisel, Antoine (1536–1617)** – p. 50 ; p. 94
- Loteries publicitaires**
voy. **Quasi-contrat**
- Maaf c. Biquet* – pp. 109-110
- Macédonien, Sénatus-consulte**
voy. *Actio de in rem verso*
- Maine, Henry (1822–1888)** – p. 200
- Maitland, Frederic (1850–1905)** – pp. 199-200 ; n. 1425
- Malaurie-Vignal, Marie** – p. 176
- Mansfield, Lord, Murray William (1705–1793)**
voy. **Money had and received**
- Marcadé, Victor-Napoléon (1810–1854)** – p. 29
- Martin, Xavier** – p. 47 ; p. 49 ; p. 60
- Matter, Paul (1865–1938)** – p. 176
- Mazeaud, Henri (1900–1993), Léon (1900–1970) et Jean (1904–1995)** – p. 5
- McDonald v. Coys of Kensington* – pp. 237-238 ; p. 241
- Mectoux c. Lefebvre* – n°43-44
- Mestre, Achille (1874–1960)** – p. 35
- Mistake** – n°137-143
- Money counts**
voy. **Indebitatus assumpsit**
- Money had and received** – n°105-106
- Morgan v. Richardson* – pp. 280-281
- Morris-Garner v. One Step (Support) Ltd.* – pp. 183-184

Moses v. Macferlan – n°105

Naquet, Éliacin (1843–1921) – pp. 85-86

Neminem cum alterius
voy. **Pomponius**

Neville v. Wilkinson – p. 295

Nicholas, Barry (1919–2002) – pp. 172-174

Obligations

naturelles – n°58
qui naissent de l'autorité seule de la loi –
pp. 29-30 ; pp. 31-32

*Office des rentiers c. Société général pour le
développement du commerce et de l'industrie* –
pp. 77-78

Ogilvie – pp. 258-259 ; p. 262

Ordonnance du 10 février 2016 – n°4-7 ;
n°27-28 ; n°89

Oudart c. de Préaulx – pp. 62-63

Païement

a non domino – pp. 92-93
définition – n°53
dette de jeu et pari – voy. **Dette de jeu et pari**
obligation naturelle – voy. **Obligation
naturelle**
transfert de la propriété – n°54-55 ; n°92-92 *bis*
validité – n°55

Païement de l'indu

erreur – n°61-62
caractérisation – n°56
indu absolu et relatif – n°61 ; p. 162
irrépétibilité – voy. **Obligations naturelles et
dette jeu et pari**
restitution – voy. **Restitution**
suppression du titre – pp. 105-106

ParkingEye – p. 290

Patel v. Mirza – n°154-159

Patureau-Miran c. Boudier – n°80-81

Pélissier du Besset – p. 176

Perdue, William (1913–19..) –
voy. **Fuller et Perdue**

Pétiton, méthode – n°78

Philippe et Bonniol, arrêts – n°22-23

Picard, Maurice – p. 65 ; n°48

Pichonnaz, Pascal – p. 172

Pierrefeu et autres c. Couchet – p. 110

Pitt v. Holt – n°140

Planiol, Marcel (1853–1931) – p. 152 ; n. 928 ;
pp. 187-188

Pollock, Frederick (1845–1937) – p. 221

Pollaud-Dulian, Frédéric – pp. 193-194

Pomponius (sæc II)

culpa est immiscere – p. 66 ; p. 70 ; p. 185
neminem cum alterius – p. 72 ; n°68 ; p. 140 ;
pp. 179-180 ; pp. 204-205

Portalis, Jean-Étienne-Marie (1746–1807)

sur la loi et le contrat – p. 50
sur le jeu – pp. 98-102
sur les plantations et constructions sur le fond
d'autrui – pp. 117

Pothier, Robert-Joseph (1699–1772) – p. 22 ;
n. 147 ; n. 195 ; p. 46 ; p. 48 ; p. 52 ; n. 465

Prat c. David – p. 64

Prestation – n°54 ; pp. 161-163

Projet Terré – pp. 164-166

Prost de Royer, Antoine-François (1729–1784)
– p. 123

Prudential Assurance – n°113

Pufendorf, Samuel von (1632–1694) – p. 18

Quantum meruit

voy. **Indebitatus assumpsit**

Quantum valebant

voy. **Indebitatus assumpsit**

Quasi-cat

voy. **Labrador**

Quasi-contract

voy. **Contract implied in law**

Quasi-contrat

Avant-projet Catala – voy. *Avant-projet
Catala*
chinois – p. 157
concept de – n°17 ; n°21
chez Carbonnier – n°85
chez Cornu – n°86
chez Toullier – voy. **Toullier**
chez Vizioz, Henri (1886–1948) –
pp. 189-190

- d'entretien et d'éducation – voy. *Coulomb c. Daumont*
définition – n°2 ; n°17 ; n°21
du plan – n. 21
équité – n°99
espagnol – p. 157
fait purement volontaire – n°19
loteries publicitaires – n°26-27 ; n°29
nom – n°17
nommés et innommés, distinction – n°28-30
prétorien – n°22-30 ; n°99-100
solidarisme – n. 21
- Quasi ex contractu, obligationes**
dans l'Ancien Droit – n°10
dans le Code civil – n°18
dans le Premier projet de Code (1793) – n°13
dans les *Institutiones* – n°9
dans *Moses v. Macferlan* – voy. *Moses v. Macferlan*
- Rau, Frédéric-Charles (1803–1877)**
voy. *Aubry et Rau*
- Re Griffiths* – p. 259
- Réception d'une chose non due**
voy. **Paiement de l'indu**
- Remy, Phillipe** – pp. 156-157 ; pp. 165-166 ; p. 170
- Restatement of the Law of Restitution**
voy. *Seavey et Scott*
- Restitutio in integrum* – pp. 166-167
- Restitution**
compte de – n°65-66
du principal – n°64
principe – n°63 ; n°92
- Rosset, affaire* – p. 123
- Rover International* – pp. 281-282
- Rowland v. Divall* – p. 282
- Ruabon Steamship* – pp. 220-221
- Rupalley c. Lumière* – pp. 56-57
- Samsoondar* – n. 903 ; p. 208
- Savigny, Friedrich Carl von (1779–1861)** – pp. 159-160 ; pp. 172-174
- Scott, Austin (1884–1981)**
voy. *Seavey et Scott*
- Scott v. National Trust* – pp. 257-258
- Scottish Equitable v. Derby* – pp. 250-251
- Seavey et Scott* – p. 205
- Seavey, Warren (1880–1966)**
voy. *Seavey et Scott*
- Secret des familles** – pp. 46-47
- Seigneur de la Tour c. Gabriel de Bouvery, Évêque d'Angers* – p. 122
- Sempra Metals* – n°112
- Siméon, Joseph-Jérôme (1749–1842)** – p. 99 ; p. 101 ; p. 102
- Skyring v. Greenwood* – p. 246 ; p. 247
- Smith v. Bromley* – p. 295
- Solidarisme, quasi-contrat et**
voy. **Bourgeois, Léon**
- Somer International (NatWest)* – n°131
- Stevenson v. Snow* – pp. 282-283
- Stocznia Gdanska v. Latvian Shipping* – n°150
- Subjective devaluation** – n°122-128
- Tarrible, Jean-Dominique-Léonard (1752–1821)**
sur la gestion d'affaires – p. 49 ; pp. 52-53 ; p. 60
sur la réception d'une chose non due – p. 95 ; p. 104 ; p. 106 ; pp. 114-115
sur le mandat – p. 53
sur le principe général de prohibition de l'enrichissement injuste – p. 118
sur le quasi-contrat – pp. 24-25 ; p. 29
- Taylor v. Bowers* – p. 295
- Taylor v. Laird* – p. 221
- TFL Management Services* – p. 221
- Thaumas de La Thaumassière, Gaspard (1631–1702)** – pp. 122-123
- Theophilus (sæc VI)** – p. 22
- Tinsley v. Milligan* – pp. 288-289
- Toullier, Charles (1752–1835)**
sur l'*actio de in rem verso* – p. 130
sur le concept de quasi-contrat – n°84
- Transfert de la propriété**
abstraction et de séparation, principe – p. 172
paiement – voy. **Paiement**
solo consensu – pp. 91-92 ; p. 95 ; n°92

Treilhard, Jean-Baptiste (1742–1810)
sur la gestion d'affaires – pp. 48-49 ; pp. 58-59
sur la réception d'une chose non due – p. 88
sur le quasi-contrat – pp. 23-24

Trennungsprinzip
voy. **Transfert de la propriété**

Tribe v. Tribe – pp. 295-296

Tunc, André (1917–1999) – p. 87

Tye v. Gwynne – p. 280

Undue influence – n°147-148

ungerechtfertigte Bereicherung – n°88

United Australia – p. 204

Universe Sentinel – n°145

Unjust enrichment scholarships – n. 1037

Unjust factors – n°136

Urssaf de Valenciennes c. Jeumont-Schneider –
pp. 110-111

Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant – p. 8 ;
p. 154

Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus – pp. 73-74

Virgo, Graham – p. 253

Voisinage – n°33

Wagrez c. de Glay – n. 657

Waldon v. Mareschal – pp. 201-202

Wigan Athletic AFC – pp. 235-236

Wilburg et von Cæmmerer, dichotomie de –
n°88

Wilburg, Walter (1905–1991)
voy. **Wilburg et von Cæmmerer**

Wilmot-Smith, Frederick – p. 175 ; p. 281

Windscheid, Bernhard (1817–1892) – p. 160

Winfield, Percy (1878–1953) – p. 205

Woodward, Frederic (1874–1956) – p. 205

Wright, Lord, Wright, Robert (1869–1964) –
pp. 205-206

Writs
voy. **Forms of action**

Zachariä von Lingenthal, Karl Salomo (1769–1843) – n°76

Zimmermann, Reinhard
voy. **Du Plessis et Zimmermann**

SOURCES

Code civil

Anc. art. 214 (p. 129), 711 (p. 91), 861 (p. 119), 862 (p. 119), 1105 (p. 52), 1119 (p. 79), 1121 (pp. 143-145), 1124 (p. 120), 1126 (p. 90), 1131 (p. 102), 1134 (p. 190), 1136 (p. 95), 1138 (pp. 91-92), 1165 (p. 146 ; p. 79 ; p. 145), 1166 (p. 75), 1183 (p. 167), 1184 (p. 73 ; p. 167), 1214 (p. 119), 1216 (p. 119), 1234 (pp. 62-63 ; p. 90), 1235 (pp. 94-95 ; p. 96 ; p. 106 ; p. 109 ; p. 110 ; p. 111 ; p. 161), 1236 (p. 92), 1237 (p. 91), 1238 (p. 91 ; pp. 92-93), 1239 (p. 93), 1240 (p. 93), 1241 (pp. 137-138), 1242 (p. 93), 1243 à 1246 (p. 94), 1244 (p. 91), 1247 (p. 94), 1248 (p. 91), 1251 (p. 119), 1312 (pp. 137-138), 1341 (p. 147), 1348 (p. 147), 1351 (p. 73 ; p. 79), 1370 (p. 32), 1371 (p. 3 ; pp. 37-39 ; p. 11 ; n°21 ; p. 150 ; pp. 151-152 ; p. 193), 1372 (p. 45 ; p. 50 ; p. 51 ; p. 59 ; pp. 62-63 ; p. 65 ; p. 67 ; p. 70 ; p. 73 ; p. 78 ; p. 132), 1373 (p. 50), 1374 (p. 60 ; p. 63 ; p. 66), 1375 (p. 37 ; p. 54 ; p. 55 ; pp. 58-59 ; pp. 65-67 ; p. 66 ; p. 69 ; p. 70 ; p. 75 ; p. 78 ; p. 80 ; p. 119 ; p. 132), 1376 (pp. 104-106 ; p. 109 ; p. 111 ; pp. 143-145 ; p. 161 ; p. 162), 1377 (pp. 104-106 ; pp. 143-145 ; p. 161 ; p. 162), 1378 (p. 114), 1379 (p. 112), 1380 (p. 112 ; p. 114), 1381 (p. 115 ; p. 119), 1382 (p. 7 ; p. 21 ; p. 33), 1383 (p. 7 ; p. 21), 1384 (p. 7 ; p. 21), 1385 (p. 21), 1386 (p. 21), 1421 (p. 129), 1428 (p. 129), 1610 (p. 73), 1635 (p. 119), 1657 (p. 73), 1859 (p. 119), 2080 (p. 119), 2086 (p. 119), 2102 (p. 145 ; pp. 146-147), 2148 (p. 78) et 2279 (p. 171).

Art. 4 (p. 119), 203 (p. 129), 547 (p. 114), 548 (p. 117 ; p. 148), 549 (p. 177), 554 (p. 117), 555 (pp. 74-75 ; p. 177), 566 (p. 177), 570 (p. 177), 571 (p. 177), 572 (p. 177), 574 (p. 177), 576 (p. 177), 1100 (p. 40 ; pp. 96-97 ; p. 165), 1100-1 (p. 40), 1100-2 (pp. 41-42), 1103 (p. 190), 1156 (p. 84), 1158 (p. 84), 1178 (p. 163 ; p. 174), 1187 (p. 163 ; p. 174), 1229 (p. 171 ; p. 163 ; p. 174), 1238 (p. 92), 1240 (p. 7 ; p. 179), 1241 (p. 7), 1242 (p. 7) 1300 (p. 3 ; p. 5 ; pp. 40-41 ; p. 42 ; pp. 43-44 ; p. 189 ; p.195), 1301 (p. 59), 1301-1 (p. 51 ; p. 61 ; p. 64), 1301-2 (p. 57), 1301-3, 1301-4 (p. 58), 1301-5 (p. 6), 1302 (p. 161), 1302-1 (p. 161), 1302-2 (p. 161), 1302-3 (p. 163 ; p. 174), 1303 (p. 6 ; p. 40 ; p. 150 ; p. 176), 1303-1 (p. 150 ; p. 177), 1303-2 (p. 150), 1303-3 (p. 150 ; p. 177), 1303-4 (p. 150 ; p. 177 ; p. 178), 1342 (p. 161), 1342 à 1346-5 (p. 161), 1352 (p. 113), 1352-1 (p. 115), 1352-2 (p. 113), 1352-3 (p. 115), 1352-5 (p. 115), 1352-6 (p. 115), 1352-7 (p. 115), 1352-8 (p. 163), 1417 (p. 6), 1583 (pp. 91-92), 1626 à 1640 (p. 113), 1630 (p. 167), 1631 (p. 167), 1632 (p. 167), 1633 (p. 167), 1634 (p. 167), 1644 (p. 167), 1645 (p. 167), 1646 (p. 167), 1647 (p. 167), 1673 (p. 119), 1681 (p. 119), 1794 (p. 119), 1947 (p. 119), 1964 (p. 101), 1965 (p. 98), 1966 (p. 98 ; p. 101), 1967 (p. 98 ; p. 102), 1986 (p. 55), 1991 (p. 50), 1992 (pp. 60-61 ; p. 63), 1993 (p. 61 ; pp. 62-63), 1996 (p. 61), 1998 (p. 54 ; p. 69), 1999 (pp. 54-55), 2000 (p. 55), 2001 (p. 57), 2007 (p. 51) et 2276 (p. 171).

Autres codes

Code de la consommation : art. L. 121-1 et L. 121-20 (p. 42)

Bürgerliches Gesetzbuch

§812 (n°88) ; §§662-674 ; §§675-676c (p. 188) ; §§677-687 (p. 188) ; §823 (p. 179)

Code suisse des obligations

Art. 62 (p. 158) ; art. 419 (p. 188)

Corpus Iuris Civilis

- ALEXANDER SEVERUS, *Cod.* 4.28.5 (pp. 121-122)
- DIOCLETIANUS et MAXIMIANUS, *Cod.* 4.26.7.3 (p. 120)
- GAIUS, *Instit.*, 3.88 (p. 12), 3.91 (p. 12)
- GAIUS, *Dig.* 44.7.1 (p. 12)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 1.1.3 (p. 5)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.13.2 (p. 13)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.26.13 (p. 55)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27 (p. 13)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27.1 (p. 13)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27.2 (p. 13)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27.3 (p. 13) (THEOPHILUS, *Paraphrases*, 3.27.3) (p. 22)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27.4-5 (p. 13)
- JUSTINIANUS, *Instit.*, 3.27.6-7 (p. 13)
- PAPIANUS, *Dig.* 1.1.7.1 (p. 87)

- PAULUS, *Dig.* 17.1.40 (p. 127)
- PAULUS, *Dig.* 17.1.45 (p. 127)
- PAULUS, *Dig.* 46.3.54 (p. 90)
- POMPONIUS, *Dig.* 12.6.14 (p. 72)
- POMPONIUS, *Dig.* 50.17.11 (p. 150)
- POMPONIUS, *Dig.* 50.17.36 (p. 66)
- POMPONIUS, *Dig.* 50.17.206 (p. 72)
- ULPIANUS, *Dig.* 12.6.5 (p. 144)
- ULPIANUS, *Dig.* 14.6.1 (p. 121)
- ULPIANUS, *Dig.* 36.23.4 (p. 127)
- ULPIANUS, *Dig.* 50.16.176 (pp. 89-90)

Travaux préparatoires du Code civil – FENET P.-A. (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome I à XV, Videcoq, 1836

Premier projet de Code civil

- DURAND DE MAILLANE, *Plan de Code civil et uniforme*, 20 messidor an I (8 juillet 1793), Imprimerie nationale, 1793 (p. 19)
- Premier projet de Code civil, 21 thermidor an I (8 août 1793) in FENET. I, pp. 17-98 (pp. 16-19 ; p. 92)
- CAMBACÉRÈS J.-J.-R., Rapport à la Convention nationale, 22 thermidor an I (9 août 1793) in FENET. I, pp. 3-17 (pp. 16-17)

Deuxième projet de Code civil

- Deuxième projet de Code civil, 8 fructidor an II (25 août 1794) in FENET. I, 110 (pp. 19-20 ; p. 92)
- CAMBACÉRÈS J.-J.-R., Rapport à la Convention nationale, 23 fructidor an II (9 septembre 1794) in FENET. I, pp. 99-109 (pp. 19-20)

Troisième projet de Code civil

- Troisième projet de Code civil, 16 prairial an IV (4 juin 1796) in FENET. I, 178 (pp. 19-20 ; p. 92)
- CAMBACÉRÈS J.-J.-R., Discours préliminaire devant le Conseil des Cinq-Cents, messidor an IV (juin 1796) in FENET. I, pp. 140-178 (pp. 19-20)

Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801)

- Projet du 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) in FENET. II, pp. 2-415 (p. 25 ; p. 26 ; pp. 29-30 ; p. 89 ; p. 94 ; p. 194)
- *Discours préliminaire et observations des juridictions d'appel et de cassation*
 - PORTALIS J.-E.-M., Discours préliminaire, 1^{er} pluviôse an IX (21 janvier 1801) in FENET. I, pp. 463-523 (p. 20 ; p. 194)
 - TRIBUNAL DE CASSATION, Observations, non datées, in FENET. II, pp. 415-755 (pp. 30-31)
 - TRIBUNAL D'APPEL DE PARIS, Observations, non datées, in FENET. V, pp. 91-292 (p. 30)
 - TRIBUNAL D'APPEL D'AMIENS, Observations, 10 prairial an IX (30 mai 1801) in FENET. III, pp. 124-142 (p. 30)
 - TRIBUNAL D'APPEL D'AGEN, Observations, 14 prairial an IX (3 juin 1801) in FENET. III, pp. 3-26 (p. 50)
 - TRIBUNAL D'APPEL D'AJACCIO, Observations, 18 prairial an IX (7 juin 1801) in FENET. III, pp. 118-124 (p. 30)

Loi du 30 ventôse an XI (21 mars 1803) sur le divorce

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 14 vendémiaire an X (6 octobre 1801) in FENET. IX, pp. 248-278 (pp. 51-52)
- DE CARION-NISAS H., Rapport au Tribunat, 28 ventôse an XI (19 mars 1803) in FENET. IX, pp. 510-541 (p. 119)

Loi du 3 germinal an XI (24 mars 1803) sur la puissance paternelle

- VÉSIN J.-F., Rapport au Tribunat, 1^{er} germinal an XI (22 mars 1803) in FENET. X, pp. 523-533 (p. 47)

Loi du 5 germinal an XI (26 mars 1803) sur la minorité, la tutelle et l'émancipation

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 22 vendémiaire an XI (14 octobre 1802) in FENET. X, pp. 566-581 (p. 47)

Loi du 6 pluviôse an XII (27 janvier 1804) sur la propriété

- PORTALIS J.-E.-M., Exposé des motifs devant le Corps législatif, 26 nivôse an XII (17 janvier 1804) in FENET. XI, pp. 112-134 (p. 117)

- FAURE L.-J., Rapport au Tribunal, 30 nivôse an XII (21 janvier 1804) in FENET. XI, pp. 134-153 (pp. 117-118 ; p. 148)

Loi du 10 pluviôse an XII (31 janvier 1804) sur les servitudes ou services fonciers

- ALBISSON J., Rapport au Tribunal, 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) in FENET. XI, pp. 315-331 (pp. 47-48)

Loi du 17 pluviôse an XII (7 février 1804) sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 11 brumaire an XII (3 novembre 1803) in FENET. XIII, pp. 1-67 (p. 89)
- BIGOT DE PRÉAMENEU F.-J.-J., Exposé des motifs devant le Corps législatif, 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804) in FENET. XIII, pp. 215-311 (p. 89 ; p. 92 ; p. 93 ; p. 96 ; p. 97)
- JAUBERT F., Rapport au Tribunal, 13 pluviôse an XII (3 février 1804) in FENET. XIII, pp. 338-376 (p. 89 ; p. 93 ; p. 95 ; p. 96 ; p. 97 ; p. 118)
- FAVARD DE LANGLADE G.-J., Rapport au Tribunal, 13 pluviôse an XII (3 février 1804) in FENET. XIII, pp. 312-338 (p. 23)
- MOURICAULT T.-L., Discours devant le Corps législatif, 17 pluviôse an XII (7 février 1804) in FENET. XIII, pp. 413-449 (p. 23)

Loi du 19 pluviôse an XII (9 février 1804) sur les engagements qui se forment sans convention

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 2 frimaire an XII (24 novembre 1803) in FENET. XIII, pp. 450-455 (p. 31 ; pp. 48-49 ; p. 58 ; p. 59 ; p. 65)
- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 16 frimaire an XII (8 décembre 1803) in FENET. XIII, pp. 456-457 (p. 31)
- SECTION DE LÉGISLATION DU TRIBUNAT, Rapport, 16 nivôse an XII (7 janvier 1804) in FENET. XIII, pp. 457-460 (pp. 31-32 ; p. 64)
- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) in FENET. XIII, pp. 460-463 (p. 32)
- TREILHARD J.-B., Exposé des motifs devant le Corps législatif, 9 pluviôse an XII (30 janvier 1804) in FENET. XIII, pp. 464-468 (pp. 23-24 ; p. 32 ; pp. 48-49 ; p. 54 ; pp. 58-59 ; p. 88 ; p. 194)
- BERTRAND DE GREUILLE J., Rapport au Tribunal, 16 pluviôse an XII (6 février 1804) in FENET. XIII, pp. 468-479 (p. 25 ; p. 26 ; pp. 26-27 ; p. 32 ; pp. 33-34 ; pp. 50-51 ; p. 52 ; pp. 53-54 ; p. 59 ; pp. 63-64 ; p. 88 ; p. 105 ; p. 106 ; p. 113 ; p. 114 ; p. 115 ; p. 118 ; p. 195)
- TARRIBLE J.-D.-L., Discours devant le Corps législatif, 19 pluviôse an XII (9 février 1804) in FENET. XIII, pp. 478-491 (pp. 24-25 ; p. 29 ; p. 32 ; p. 43 ; p. 49 ; pp. 52-53 ; p. 60 ; p. 64 ; p. 95 ; p. 104 ; p. 106 ; p. 112 ; p. 113 ; p. 114 ; p. 115 ; p. 118 ; p. 195)

Loi du 15 ventôse an XII (6 mars 1804) sur la vente

- PORTALIS J.-E.-M., Exposé des motifs devant le Corps législatif, 7 ventôse an XII (27 février 1804) in FENET. XIV, pp. 108-150 (p. 50)
- FAURE L.-J., Rapport au Tribunal, 12 ventôse an XII (3 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 150-180 (p. 91 ; p. 118)
- GRENIER J., Discours devant le Corps législatif, 15 ventôse an XII (6 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 180-206 (p. 91)

Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) sur le mandat

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) in FENET. XIV, pp. 568-574 (p. 63)
- BERLIER T., Exposé des motifs devant le Corps législatif, 12 ventôse an XII (3 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 584-590 (p. 52 ; p. 55 ; p. 63 ; p. 187)
- TARRIBLE J.-D.-L., Rapport au Tribunal, 16 ventôse an XII (7 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 590-604 (p. 53 ; p. 55)
- BERTRAND DE GREUILLE J., Discours devant le Corps législatif, 19 ventôse an XII (10 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 605-614 (p. 55 ; p. 60 ; p. 61 ; p. 63)

Loi du 19 ventôse an XII (10 mars 1804) sur les contrats aléatoires

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 5 pluviôse an XII (26 janvier 1804) in FENET. XIV, pp. 522-526 (p. 98)
- PORTALIS J.-E.-M., Exposé des motifs devant le Corps législatif, 14 ventôse an XII (5 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 535-548 (pp. 98-99 ; p. 100 ; p. 101 ; pp. 101-102)
- SIMÉON J.-J., Rapport au Tribunal, 17 ventôse an XII (8 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 548-556 (p. 99 ; p. 101 ; p. 102)
- DUVEYRIER H., Discours devant le Corps législatif, 19 ventôse an XII (10 mars 1804) in FENET. XIV, pp. 556-567 (p. 98 ; p. 99 ; pp. 100-101 ; p. 103)

Loi du 23 ventôse an XII (14 mars 1804) sur le dépôt et le séquestre

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 28 nivôse an XII (19 janvier 1804) in FENET. XIV, pp. 477-493 (p. 60)

Loi du 28 ventôse an XII (19 mars 1804) sur les privilèges et hypothèques

- CONSEIL D'ÉTAT, Discussions, 12 pluviôse an XII (2 février 1804) in FENET. XV, pp. 223-304 (pp. 46-47)
- GRENIER J., Rapport au Tribunat, 26 pluviôse an XII (16 février 1804) in FENET. XV, pp. 476-510 (p. 47)

Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (trad. en langue anglaise de CARTWRIGHT J., FAUVARQUE-COSSON B. et WHITTAKER S.)

- Loi 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (p. 7 ; p. 149)
- MINISTÈRE DE LA JUSTICE (dir.), Rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF 11 février 2016 (p. 8 ; p. 9 ; p. 10 ; p. 40 ; p. 41 ; p. 45 ; p. 51 ; p. 60 ; p. 64 ; p. 111 ; p. 149 ; p. 163 ; p. 164 ; p. 171 ; p. 177 ; p. 178)

Arrêts rendus sous l'Ancien Droit

- ANGERS, PRÉSIDENTIAL D', 16 juillet 1560, *Seigneur de la Tour c. Gabriel de Bouvery, Évêque d'Angers*, in AYRAULT P., *Plaidoyers et arrêts*, Sonnius, 1615, Plaid. V, pp. 24-25 (p. 122)
- BOURGES, PRÉSIDENTIAL DE, 27 juin 1641, *De Mahis c. de Poigny*, in THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE G., *Maximes du droit coutumier*, Toubeau, 1691, Questions et réponses sur les coutumes de Berry, Centurie Première, Chap. V, pp. 21-24 (pp. 122-123)
- CLERMONT, AUDITOIRE DU BAILLIAGE DE, anon., in CHARONDAS LE CARON L., *Responses du droit françois*, Soubron, 1596, Resp. LXVI, p. 432 (pp. 125-126)
- DIJON, PARLEMENT DE, 12 juillet 1619, anon., in BRILLON P.-J., *Dictionnaire des arrêts, ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France*. Tome I, Cavelier, 1711, p. 207, ss. « Autorisation » (p. 126)
- FLANDRES, PARLEMENT DE, 19 février 1691, *Wagrez c. de Glay*, in DUBOIS D'HERMAVILLE A.-G. (dir.), *Recueil d'arrêts du Parlement de Flandres*. Tome I, Henry, 1773, Arrêt XLIII (p. 126)
- GRENOBLE, PARLEMENT DE, 1^{er} juillet 1644, *Rosset*, PROST DE ROYER A.-F., *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*. Tome IV, De la Roche, 1784, p. 160 (p. 123)
- PROVENCE, PARLEMENT DE, 28 mars 1667, *de Longis c. Carneval*, in BONIFACE H., *Arrêts notables de la cour du Parlement de Provence*. Tome I, Molin, 1708, p. 71 (pp. 123-124)
- PROVENCE, PARLEMENT DE, 9 juin 1681, *Contard c. Bouchard*, in DE CORMIS F., *Recueil de consultations*. Tome II, Montalant, 1735, Centurie quatrième, Chap. XXXIX, pp. 1446-1452 (pp. 124-125)
- PROVENCE, PARLEMENT DE, 30 juin 1702, *Eyfalene c. Moussier*, in DE CORMIS F., *Recueil de consultations*. Tome II, Montalant, 1735, Centurie troisième, Chap. LXIX, pp. 1146-1157 (pp. 126-127)

Arrêts de la Cour de cassation

Tribunal de cassation

- 3 brumaire an XI, 25 octobre 1802, *Degumin c. Egloff*, *Journal du Palais* 3.27 (pp. 60-61)

Chambre des requêtes

- 21 novembre 1832, *Mectoux c. Lefebvre*, S. 1833.1.13 (p. 69)
- 11 février 1834, *Préfet de la Côte-d'or c. Dargaud*, S. 1834.1.713 (p. 60)
- 6 novembre 1838, *Primard c. Gerente*, S. 1839.1.160 (p. 71)
- 27 juillet 1852, S. 1852.1.829 (p. 53)
- 5 novembre 1856, D. 1858.1.397 (p. 114)
- 9 novembre 1857, S. 1858.1.49 (p. 147)
- 10 novembre 1858, *Hélix c. Caisse et comptoir d'escompte du Mans*, S. 1859.1.174 (p. 93)
- 2 août 1859, D. 1859.1.292 (p. 102)
- 22 mai 1867, *Daynes c. Delbert*, S. 1867.1.280 (p. 68)
- 1^{er} février 1870, *Albrecht c. Bethmont*, S. 1870.1.152 ; DP 1870.1.307 (p. 56)
- 22 juin 1870, *Rupalley c. Lumière*, S. 1870.1.358 (pp. 56-57)
- 18 juin 1872, *Letellier c. Derode*, S. 1890.2.25 ; D. 1872.1.471 (pp. 72-73)
- 13 mai 1873, *Commune de Vendresse c. Briat-Day*, D. 1874.1.269 (p. 136)
- 29 février 1876, *Deslandes c. Prion*, S. 1876.1.215 (p. 74)
- 19 décembre 1877, *Ville de Bordeaux c. Deluc et Declus*, S. 1878.1.57 (pp. 73-74)
- 22 décembre 1884, *Dorion c. Collet*, S. 1887.1.306 (p. 93)

- 11 mars 1885, S. 1886.1.48 (p. 107)
- 21 décembre 1885, S. 1887.1.375 (p. 60)
- 27 décembre 1886, S. 1887.1.112 (p. 62)
- 11 juillet 1889, *Crédit foncier c. Azzarat*, S. 1890.1.97, rapp. RIVIÈRE ; D. 1889.1.393, concl. PÉTITON (n°77-78)
- 11 juillet 1889, S. 1890.1.97 ; D. 1871.1.348-349 (p. 75)
- 16 juillet 1890, *Lemaire c. Chambon, Synd. Lamoureux*, S. 1894.1.19 (pp. 74-75 ; p. 142)
- 2 décembre 1891, *Chemins de fer Paris-Lyon-Méditerranée c. Belland*, D. 1892.1.161, concl. DESJARDINS (n°79)
- 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, DP 1892.1.596 ; S. 1893.1.281 ; GAJC, n°241 (p. 75 ; n°80-81)
- 4 janvier 1897, D. 1897.1.126 (p. 106)
- 13 avril 1899, DP 1901.1.233 ; S. 1902.1.185 (p. 61)
- 27 janvier 1908, S. 1908.1.223 (p. 55)
- 9 mars 1909, DP 1910.1.103 (p. 107)
- 28 février 1910, *Foucault c. Scheuplein*, D. 1911.1.137 ; S. 1916.1.52 ; GAJC, n°238 (p. 55)
- 8 mai 1911, D. 1913.1.460 (p. 77)
- 8 juillet 1918, S. 1921.1.5 (p. 77)
- 7 janvier 1925, DP 1926.1.224 (p. 107)
- 20 décembre 1926, S. 1927.1.191 (p. 61)
- 9 juin 1931, S. 1931.1.312 (p. 60)
- 17 janvier 1938, DP 1940.1.57 (p. 96)

Chambre civile

- 18 août 1813, *Journal du Palais* 1813.11.650 (p. 127)
- 14 juin 1820, *Crouillebois et autres c. Galand de Lisle*, Bull. civ., n°50 (pp. 131-132)
- 24 janvier 1827, S. 1825-1827.1.506 (p. 107)
- 27 août 1829, D. 1829.1.348 (p. 106)
- 6 avril 1841, *Oudart c. de Préaulx*, Bull. civ., n°55 (pp. 62-63)
- 12 mars 1850, *Roques c. Roques*, S. 1850.1.257 (p. 69)
- 16 février 1853, S. 1853.1.209 (p. 69)
- 9 mai 1853, S. 1853.1.699 (p. 146)
- 11 mai 1858, D. 1858.1.219 (p. 114)
- 1^{er} août 1859, D. 1859.1.289 (p. 102)
- 2 juillet 1879, D. 1879.1.372 (p. 114)
- 22 février 1888, S. 1890.1.535 (p. 75)
- 12 mars 1889, S. 1889.1.249 (p. 60)
- 23 février 1891, S. 1895.1.781 (p. 142)
- 20 octobre 1897, *Office des rentiers c. Société générale pour le développement du commerce et de l'industrie*, S. 1897.1.489 (pp. 77-78)
- 20 mars 1900, S. 1902.1.323 ; D. 1901.1.477 (p. 51)
- 18 juillet 1900, S. 1900.1.460 (p. 107)
- 1^{er} juillet 1901, S. 1912.1.305 (p. 77)
- 11 juin 1902, S. 1903.1.32 (p. 107)
- 24 octobre 1910, S. 1912.1.209 (p. 77)
- 2 mars 1915, *Ville de Bagnères-de-Bigorre c. Briauhant*, D. 1920.1.102 ; GAJC, n°242 (p. 8 ; p. 154)
- 25 juin 1920, *Benoit c. Biollay*, S. 1921.1.12 (pp. 78-79)
- 17 mai 1927, *Pélissier du Besset c. The Algiers Land and Warehouse Cie Ltd.*, Bull. civ. I, n°77, DP 1928.1.25, concl. MATTER (p. 176)
- 30 décembre 1935, DH 1936.81 (p. 60)
- 28 octobre 1942, DC 1943.29 (p. 82)

Première chambre civile

- 12 mai 1953, Bull. civ. I, n°367 (p. 82)
- 14 février 1955, Bull. civ. I, n°69 (p. 107)
- 10 octobre 1961, Bull. civ. I, n°443 (p. 82)
- 16 juin 1966, Bull. civ. I, n°369 (p. 107)
- 7 février 1967, Bull. civ. I, n°50 (p. 82)
- 22 décembre 1969, Bull. civ. I, n°403 (p. 81)
- 15 mai 1974, Bull. civ. I, n°147 (p. 84)
- 8 octobre 1974, Bull. civ. I, n°338 (p. 81)
- 22 décembre 1981, Bull. civ. I, n°395 (p. 53)
- 10 février 1982, Bull. civ. I, n°67 (p. 54)
- 17 juillet 1984, *Caisse d'épargne de Paris c. Dufil*, Bull. civ. I, n°235 (p. 109)
- 3 janvier 1985, *Catella c. Puthod*, RTD Civ. 1985.575 (p. 64)
- 15 janvier 1985, Bull. civ. I, n°20 (p. 108)

- 13 février 1985, 83-15.427 (p. 82)
- 5 mars 1985, *Bull. civ. I*, n°86 (p. 53)
- 11 février 1986, 84-10.756 (p. 84)
- 16 juillet 1987, *Bull. civ. I*, n°224 (p. 97)
- 5 juillet 1988, 86-18.218 (p. 84)
- 29 mars 1989, *Maaf c. Biquet*, *Bull. civ. I*, n°149 (pp. 109-110)
- 24 mai 1989, 87-17.931 (p. 82)
- 29 mai 1990, 88-17.753 (p. 81)
- 28 mai 1991, 89-20.258 (p. 58)
- 12 juillet 1994, 92-13.375 (p. 96)
- 12 juillet 1994, *Fouret c. Courtois*, *Bull. civ. I*, n°250 (p. 177)
- 11 avril 1995, *JCP* 1995.2.22485 (p. 111)
- 17 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n°323 (p. 83)
- 6 mai 1997, *Bull. civ. I*, n°144 (p. 172)
- 16 décembre 1997, 96-10.246 (p. 177)
- 20 janvier 1998, 96-11.176 (p. 111)
- 10 février 1998, 96-12.711 (p. 172)
- 5 janvier 1999, 96-20.151 (p. 177)
- 16 mars 1999, 97-12.930 (p. 163)
- 6 juillet 1999, 97-20.398 (p. 177)
- 18 avril 2000, *Berton-Demangeau c. Francheville*, *Bull. civ. I*, n°113 (p. 57 ; p. 82)
- 23 janvier 2001, 98-22.937 (p. 177)
- 4 avril 2001, 98-13.285 (p. 161)
- 11 juin 2002, 99-16.147 (p. 81)
- 25 juin 2002, 00-14.332 (p. 55)
- 24 septembre 2002, *Banque populaire de l'Ouest c. Rabine*, *Bull. civ. I*, n°218 (p. 166)
- 18 mars 2003, 00-19.934 (p. 40)
- 3 novembre 2004, 01-15.176 (p. 177)
- 13 juin 2006, 05-18.469 (p. 40)
- 22 octobre 2009, 08-18.331 (p. 83)
- 14 janvier 2010, 08-16.159 (p. 40)
- 25 février 2010, 09-12.129 (p. 40)
- 12 janvier 2012, *Bull. civ. I*, n°4 (p. 84)
- 22 mars 2012, 11-10.616 (p. 83)
- 17 octobre 2012, 11-15.075 (p. 83)
- 20 mars 2014, 12-15.067 (p. 84)
- 19 mars 2015, 13-27.414 (p. 40)
- 15 mai 2019, 18-15.379 (p. 83)
- 29 mai 2019, *D.* 2019.1979 (p. 57)
- 2 février. 2022, 20-19.728 (p. 54)

Deuxième chambre civile

- 16 juillet 1965, *Bull. civ. II*, n°661 (p. 108)
- 10 juin 1966, *Bull. civ. II*, n°673 (p. 108)
- 20 décembre 1966, *D.* 1967.169 (p. 6)
- 24 novembre 1971, *JCP* 1973.2.17343 (p. 109)
- 3 novembre 1972, *JCP* 1974.2.17692 (p. 109)

Troisième chambre civile

- 1^{er} avril 1971, *Bull. civ. III*, n°239 (p. 150)
- 15 juillet 1971, *Bull. civ. III*, n°452 (p. 84)
- 5 janvier 1972, *Bull. civ. III*, n°1 (p. 150)
- 12 avril 1972, *Bull. civ. III*, n°219 (p. 81)
- 13 décembre 1978, *Bull. civ. III*, n°372 (p. 82)
- 19 mars 1986, *Pierrefeu et autres c. Couchet*, *Bull. civ. III*, n°36. (p. 110)
- 8 janvier 1992, 89-21.297 (p. 82)
- 13 janvier 1999, *RTD civ.* 2001.838 (p. 82)
- 13 janvier 1999, 97-14.017 (p. 82)
- 20 janvier 1999, *Bull. civ. III*, n°17 (p. 83)
- 19 février 2002, 00-19.976 (p. 58 ; p. 84)
- 19 mars 2008, *Bull. civ. III*, n°55 (p. 83)
- 16 octobre 2013, *Bull. civ. III*, n°131 (p. 83)
- 21 janvier 2016, 14-26.085 (p. 163)

Chambre commerciale

- 14 février 1968, *Bull. civ. IV*, n°71 (p. 107 ; p. 108)

- 23 avril 1976, *D.* 1977.562 (p. 108)
- 16 novembre 1976, *Bull. civ. IV*, n°291 (p. 58 ; p. 84)
- 22 novembre 1977, *D.* 1978.I.R.306 (p. 108)
- 21 novembre 1978, *Bull. civ. I*, n°271 (p. 81)
- 7 juin 1979, *Bull. civ. IV*, n°183 (p. 150)
- 26 janvier 1988, 86-10.742 et 86-12.447 (p. 81)
- 27 novembre 1991, *Bull. civ. IV*, n°357 (p. 82)
- 15 décembre 1992, *Bull. civ. IV*, n°415 (p. 57)
- 14 octobre 1997, *Bull. civ. IV*, n°258 (p. 83)
- 12 janvier 1999, 96-11.026 (p. 84)
- 26 octobre 1999, *Autocampus c. IFR*, *Bull. civ. IV*, n°193 (n°25)
- 4 février 2003, 00-13.356 (p. 172)
- 9 octobre 2007, *ETE c. SFR*, 05-14.118 (n°25)
- 1^{er} juin 2010, 09-14.535 (p. 96)
- 23 octobre 2012, *ETE c. SFR*, *Bull. civ. IV*, n°192 (n°25)
- 12 février 2013, 11.-27-754 (p. 84)
- 13 janvier 2015, *Bull. civ. IV*, n°3 (p. 83)

Chambre sociale

- 20 juin 1966, *D.* 1967.264 (p. 108)
- 6 octobre 1971, *Bull. civ. V*, n°545 (p. 107)
- 24 novembre 1971, *JCP* 1973.2.17343 (p. 108)
- 3 novembre 1972, *JCP* 1974.2.17692 (p. 108)
- 24 mai 1973, *D.* 1974.365 (p. 108)
- 12 décembre 1973, *Bull. civ.*, I, n°657 (p. 150)
- 4 décembre 1975, *Bull. civ. V*, n°595 (p. 108)
- 8 novembre 1977, *Bull. civ. V*, n°603 (p. 108)
- 28 juin 1979, *Bull. civ. V*, n°592 (p. 111)
- 18 octobre 1979, *Bull. civ. V*, n°757 (p. 108)
- 4 juillet 1984, *Bull. civ. V*, n°290 (p. 108)
- 11 octobre 1984, *Le Fer Blanc*, *Bull. civ. IV*, n°369 (pp. 82-83)
- 27 novembre 1895, *Bull. civ. V*, n°563 (p. 111)
- 9 décembre 1987, *Bull. civ. V*, n°716 (p. 108)
- 11 avril 1991, 89-13.068 (p. 96)
- 14 octobre 1993, 91-12.892 et 91-12.974 (p. 111)
- 20 décembre 2001, 99-21.671 (p. 161)
- 29 janvier 2013, *Bull. civ. V*, n°20 (p. 84)
- 14 décembre 2014, 03-46.836 (p. 111)

Chambre mixte

- 6 septembre 2002, *Bossa et UFC c. Maison française de distribution*, 98-22.981, *Bull. mix.*, n°4 ; *GAJC*, n°244 (p. 9 ; n°26)
- 6 septembre 2002, *Marchewka c. Maison française de distribution*, 98-14.397 (p. 9)

Assemblée plénière

- 2 avril 1992, *Urssaf de Valenciennes c. Jeumont-Schneider*, *D.* 1993.373, *GAJC*, n°240, concl. JÉOL (pp. 110-111)

Arrêts du Conseil d'État

- 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*, *S.* 1916.3.17 (p. 36)
- 27 juin 1930, *Philippe*, *S.* 1931.3.57 (n°22-23)
- 16 janvier 1931, *Bonniol*, *S.* 1931.3.60 (n°22-23)
- 22 février 1967, *Société de gaz de Nogent c. commune de Nogent*, *Recueil du Conseil d'État* 87 (p. 34)

Arrêts de Cours d'appel

- AIX, 11 août 1812, *Coulomb c. Daumont*, *S.* 1812-1814.2.176 (n°24 ; pp. 130-131)
- AIX, 20 décembre 1888, *Fournier c. Héritiers Mistral*, *S.* 1890.2.25 (p. 55 ; n°50)
- AIX-EN-PROVENCE, 5 février 2008, *JCP E* 2008, n°39 (p. 40)
- AIX-EN-PROVENCE, 24 janvier 2018, 16/13501 (p. 107)
- ALGER, 26 décembre 1881, *DP* 1882.2.213 ; *S.* 1883.24 (p. 61)
- ALGER, 26 mai 1894, *S.* 1896.2.267 (p. 75)
- ALGER, 5 mai 1896, *D.* 1899.2.409 (p. 61)
- ALGER, 19 novembre 1908, *La Loi*, 18 février 1909 (p. 55)
- AMIENS, 20 août 1836, *Journal du Palais* 1837.199 (p. 134)

- AMIENS, 2 mars 1863, S. 1863.2.122 (p. 147)
- ANGERS, 9 avril 2013, 15.02-872 (p. 81)
- BORDEAUX, 29 mars 1838, S. 1838.2.389 (p. 133)
- BORDEAUX, 13 décembre 1912, S. 1915.2.38 (p. 77)
- BORDEAUX, 10 janvier 2006, *Dr. fam.* 2006, étude 41 (p. 57)
- BOURGES, 30 juillet 1859, 1860.2.48 (p. 57)
- CAEN, 28 juin 1837, S. 1837.2.395 (p. 147)
- CAEN, 20 mars 1891, D. 1892.2.177 (p. 114)
- COLMAR, 18 janvier 1859, S. 1859.2.382 (p. 107)
- COLMAR, 20 décembre 1960, D. 1961.207 (p. 97)
- COLMAR, 31 mars 2008, *JCP E* 2008, n°39 (p. 40)
- DIJON, 26 juin 1816, *Sarrode c. Vincenot et Vinatier*, S. 1815–1818.2.164 (p. 132)
- DIJON, 17 juillet 1905, S. 1907.2.172 (p. 75)
- DOUAI, 31 décembre 1834, *Florissoone c. Obéin*, S. 1835.2.215 (p. 68)
- DOUAI, 13 mai 1846, S. 1847.2.24 (p. 133)
- DOUAI, 22 août 1849, S. 1850.2.386 (p. 133)
- DOUAI, 12 novembre 1864, S. 1865.2.76 (p. 55)
- GRENOBLE, 12 août 1836, *Gerente c. Primard*, S. 1837.2.330 (pp. 70-71)
- GRENOBLE, 4 juin 1860, S. 1861.2.152 (p. 97)
- LIMOGES, 8 janvier 1824, *Boudet c. Ramboz*, S. 1824.2.286 (pp. 102-103)
- LYON, 21 décembre 1822, S. 1823.2.103 (p. 102)
- LYON, 25 août 1831, S. 1832.2.429 (p. 133)
- METZ, 22 août 1806, S. 1804–1808.2.168 (p. 107)
- MONTPELLIER, 18 octobre 2005, *CCC* 2006, n°58 (p. 40)
- NANCY, 16 novembre 1874, S. 1875.2.232 (p. 57)
- ORLÉANS, 23 avril 1842, S. 1843.2.383 (p. 97)
- ORLÉANS, 11 janvier 1849, *Journal du Palais* 1849.140 (p. 113)
- PARIS, 1^{er} mai 1823, *Tilly c. Hamelin*, S. 1822–1824. 2.205 ; *Journal du Palais* 1822–1823.1079 (p. 130)
- PARIS, 3 août 1825, S. 1825-1827.2.123 (p. 96)
- PARIS, 25 février 1826, *Journal du Palais* 1826.215 (p. 130)
- PARIS, 11 novembre 1837, *Metman c. Curq et Périer*, S. 1838.252 (p. 93)
- PARIS, 16 avril 1872, D. 1873.2.223 (p. 114)
- PARIS, 10 mars 1892, S. 1892.2.255 (p. 55)
- PARIS, 5 juin 1901, S. 1902.2.275 (p. 102)
- PARIS, 19 mars 2008, *JCP E* 2008, n°28-29 (p. 40)
- PARIS, 30 novembre 2017, 16/23590 (p. 107)
- PARIS, 15 mai 2018, 16.25-199 (p. 82)
- PAU, 11 juin 1894, S. 1895.2.127 (p. 53)
- POITIERS, 4 mars 1810, S. 1810.2.367 (p. 102)
- POITIERS, 2 décembre 1907, *Affaire Dubourg*, S. 1909.2.41 (pp. 75-76)
- RENNES, 26 août 1820, *de Lauzanne c. Hay des Nétumières*, *Journal du Palais* 1820–1821.141 (pp. 128-130)
- RENNES, 18 novembre 1859, *Journal du Palais* 1861.697 (pp. 133-134)
- ROUEN, 1^{er} mai 1829, *Dubourg c. Daniel*, *Journal du Palais* 1828–1829.960 (p. 68)
- ROUEN, 6 août 1829, *Lefebvre c. Maubert*, *Journal du Palais* 1828–1829.1333 (p. 68)
- TOULOUSE, 10 janvier 1930, *Prat c. David*, *DH* 1930.237 (p. 64)

Jugements de première instance

- TI PARIS, 21 octobre 1970, *Gaz. Pal.* 1971.1.28 (p. 82)
- TRIB. CORR. LOCHES, 19 février 1910, D. 1913.2.319 (p. 62 ; pp. 76-77)
- TRIB. CIV. SEINE, 3 mai 1915, *Gaz. Trib.* 1915.2.299 (p. 77)
- TRIB. COM. SEINE, 22 février 1916, S. 1917.2.125 (p. 51)

Cases de droit anglais et d'autres droits de common law

- *Abacus Trust (Isle of Man) v. Barr* [2003] EWHC 114 ; [2003] 2 WLR 1362 ; [2003] 1 All ER 763 (p. 257)
- *Alexander v. Rayson* [1936] 1 KB 169 (p. 295)
- *Allcard v. Skinner* (1887) 36 Ch. D. 145 (p. 275)
- *Amalgamated Investment and Property v. Texas Commerce International Bank* [1981] 3 WLR 565 ; [1982] QB 84, 122 (p. 243 ; p. 246)
- *AMP v. Barker* [2001] WTLR 1237 (p. 261)
- *Anderson v. McPherson (No 2)* [2012] WASC 19 (p. 277)
- *Angelopoulos v. Sabatino* [1995] SASC 5536 ; (1995) 65 SASR 1 (p. 235)
- *Anker-Petersen v. Christensen* [2002] WTLR 313 (p. 261)

- *Astley v. Reynolds* (1731) 93 ER 939 (p. 271)
- *Attorney-General v. R.* [2003] UKPC 22 (p. 270)
- *Avon County Council v. Howlett* [1983] 1 WLR 605 ; [1983] 1 All ER 1073 (pp. 245-246)
- *Bakewell Management v. Brandwood* [2004] UKHL 14 (p. 290)
- *Bank of Credit and Commerce International v. Aboody* [1990] 1 QB 923 (p. 275)
- *Bank of Montreal v. Stuart* [1911] AC 120 (p. 275)
- *Banque Financière de la Cité v. Parc (Battersea)* [1999] 1 AC 221 (p. 197 ; p. 218 ; pp. 222-223)
- *Barclays Bank v. O'Brien* [1993] 3 WLR 786 ; [1993] 4 All ER 417 ; [1994] 1 AC 180 (p. 274)
- *Barclays Bank v. WJ Simms Son & Cook* [1979] 3 All ER 522 ; [1980] 1 QB 677 ; [1980] 2 WLR 218 (p. 254 ; p. 255 ; p. 256)
- *Barrow v. Isaacs & Son* [1891] 1 QB 417 (p. 260)
- *Barton v. Jones* [2018] EWHC 2426 (p. 219)
- *Baylis v. Bishop of London* [1913] 1 Ch. 123 (p. 248)
- *Bell v. Lever Bros* [1932] AC 161 (p. 264)
- *Benedetti v. Sawiris* [2009] EWHC 1330 ; [2010] EWCA Civ. 1427 ; [2013] UKSC 50 ; [2014] AC 938 (p. 181 ; n°122-128)
- *Berg v. Sadler & Moore* [1937] 2 KB 158 (p. 295)
- *Berridge and Others v. Benjies Business Centre* [1996] UKPC 38 (p. 243)
- *Bigos v. Bousted* [1951] 1 All ER 92 (p. 295)
- *Bilbie v. Lumley* (1802) 2 East 469 (pp. 265-266 ; p. 267)
- *Blunden & Hester v. Barker* (1720) 1 PWms 634 (p. 273)
- *Bowmakers v. Barnet Instruments* [1945] KB 65 (p. 288)
- *BP Exploration Co (Libya) Ltd. v. Hunt (No 2)* [1979] 1 WLR 783 ; [1981] 1 WLR 232 ; [1983] 2 AC 352 (p. 207 ; p. 210 ; n°119 ; p. 228 ; p. 231 ; p. 238)
- *BP Oil International v. Target Shipping* [2012] EWHC 1590 ; [2012] 2 Lloyd's Rep. 245 (p. 256)
- *Brenner v. First Artists' Management Pty Ltd.* [1993] 2 VR 221 (p. 227)
- *Brisbane v. Dacres* (1813) 5 Taunt. 143 (p. 266)
- *British Columbia v. Canadian Forest Products* [2004] 2 SCR 74 (p. 2222)
- *Browning v. Morris* (1778) 2 Cowp. 790 (p. 294)
- *Bukton v. Tounesende* (1348) B. & M. 358 (p. 201)
- *Burrows v. Rhodes* [1899] 1 QB 816 (p. 294)
- *Burston Finance v. Speirway* [1974] 1 WLR 1648 (p. 219)
- *Burton v. Armstrong* [1976] AC 104 (p. 270)
- *Canada & Dominion Sugar Company v. Canadian National (West Indies) Steamships* [1946] AC 46 (p. 243)
- *Cantiare San Rocco v. Clyde Shipbuilding & Engineering* [1924] AC 226 (p. 279)
- *Chandler v. Webster* [1904] 1 KB 493 (p. 277)
- *Chettiar v. Chettiar* [1962] AC 294 (p. 287)
- *Chief Constable of Greater Manchester Police v. Wigan Athletic AFC* [2007] EWHC 3095 ; [2008] EWCA Civ. 1449 (n°124)
- *CIBC Mortgages v. Pitt* [1994] 1 AC 200 (p. 275)
- *Collier v. Collier* [2002] EWCA 1095 (p. 289)
- *Commerzbank v. Gareth Price-Jones* [2003] EWCA Civ. 1663 (p. 250)
- *Costello v. MacDonald Dickens & Macklin* [2011] EWCA Civ. 930 ; [2012] QB 244 (pp. 219-220)
- *Craven-Ellis v. Canons* [1936] 2 KB 403 ; [1936] 2 All ER 1066 (p. 237)
- *Credit Lyonnais Bank Nederland v. Burch* [1997] 1 All ER 144 (p. 274)
- *Crédit Suisse (Monaco) v. Attar* [2004] EWHC 374 (p. 251)
- *Dent v. Dent* [1996] 1 WLR 683 (p. 261)
- *Deutsche Morgan Grenfell v. IRC* [2007] 1 AC 558 ; [2006] UKHL 49 (p. 256 ; p. 264 ; p. 270)
- *Dextra Bank & Trust v. Bank of Jamaica* [2001] UKPC 50 ; [2002] 1 All ER 193 (n°134 ; pp. 254-255)
- *Dimskal Shipping v. International Transport Workers Federation (No 2) (The Evia Luck)* [1992] 2 AC 152 ; [1991] 4 All ER 871 ; [1991] 3 WLR 875 (pp. 271-272)
- *Dixon v. Monkland Canal* (1831) 5 W. & S. 445 (p. 266)
- *DO Ferguson & Associates v. Sohl* (1992) 62 BLR 96 (p. 284)
- *Drew v. Daniel* [2005] EWCA Civ. 507 (p. 276)
- *Durrant v. Ecclesiastical Commissioners for England and Wales* (1880) 6 QBD 2234 (p. 248)
- *Dyer v. Dyer* (1788) 2 Cox Eq. Cas. 92 (p. 289)
- *Edgington v. Fitzmaurice* (1885) 25 Ch. D 459 (p. 264)
- *Edinburg and District Tramways v. Courtney* (1908) 16 SLT 548 ; [1909] SC 99 (p. 220)
- *Equuscorp v. Haxton* [2012] HCA 7 ; CLR 498 ; 86 ALJR 296 (p. 218)
- *Euro-Diam v. Bathurst* [1990] 1 QB 1 (p. 293)
- *Everet v. Williams* (1893) LQR 197 (p. 287)
- *Fairfield Sentry v. Migani* [2014] UKPC 9 ; [2014] 1 CLC 611 (p. 264)
- *Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.* [1943] AC 32 (pp. 205-206 ; n°149)
- *Filby v. Mortgage Express (No.2)* [2004] EWCA Civ. 759 (p. 250)
- *Fisher v. Brooker* [2009] 1 WLR 1764 (p. 262)

- *Gamerco v. ICM/Fair Warning* [1995] 1 WLR 1226 (p. 229)
- *Gibbon v. Mitchell* [1990] 1 WLR 1304 (p. 259)
- *Giedo van der Garde v. Force India* [2010] EWHC 2373 (p. 282 ; pp. 283-284)
- *Gillett v. Holt* [2001] Ch. 210 (p. 262)
- *Goss v. Chilcott* [1995] 1 NZLR 263 ; [1996] UKPC 17 ; [1996] 3 WLR 180 ; [1996] AC 788 (p. 283)
- *Gray v. Thames Trains* [2009] UKHL 33 (p. 287 ; p. 293)
- *Great Peace Shipping v. Tsavlis Salvage* [2002] EWCA Civ. 1407 (p. 264)
- *Greenwood v. Bennett* [1973] QB 195 (p. 228)
- *Grey v. Grey* (1677) 2 Swans. 594 (p. 289)
- *Grunt v. Great Boulder Gold Mines* (1938) 59 CLR 641 (pp. 243-244)
- *Gujra v. Roath* [2018] EWHC 854 (p. 292)
- *Hall v. Hebert* [1993] 2 SCR 159 (pp. 287-288)
- *Hanover Shoe v. United Shoe Machinery* (1968) US 451 (p. 222)
- *Harrison v. Madejski and Coys of Kensington* [2014] EWCA Civ. 361 (p. 241)
- *Hartog v. Colin & Shields* [1939] 3 All ER 566 (p. 264)
- *Hastelow v. Jackson* (1828) 8 B. & C. 221 (p. 294)
- *Haugesund Kommune v. Depfa ACS Bank* [2010] EWCA Civ. 579 (p. 251 ; p. 256)
- *Hayward v. Zurich Insurance* [2016] USKC 48 (p. 264)
- *Hazell v. Hammersmith and Fulham London Borough Council* [1990] 2 QB 697 ; [1992] 2 AC 1 ; [1991] 2 WLR 372 ; [1991] 1 All ER 545 (p. 265)
- *Heaven v. Pender* (1883) 11 QB 503 (p. 291)
- *Henderson v. Folkestone Waterworks* (1885) 1 TLR 329 (p. 266)
- *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341 (p. 286)
- *Holt v. Markham* [1923] 1 KB 504 (p. 184 ; p. 245 ; p. 247 ; p. 266)
- *Hookway v. Racing Victoria* (2005) 13 VR 444 (p. 260)
- *Hounga v. Allen* [2014] UKSC 47 (p. 288 ; p. 290 ; p. 294)
- *Hua Rong Finance v. Mega Capital Enterprises* [2000] HKCFI 1310 (p. 251)
- *Huguenin v. Baseley* (1807) 14 Ves. 273 (p. 274)
- *Hunt v. Silk* (1804) 5 East 449 (n°151)
- *Hunter v. Chief Constable of West Midlands* [1980] QB 283 (p. 243)
- *Hussein v. Hussein* [1938] P. 159 (p. 270)
- *Huyton v. Peter Cremer* [1999] 1 Lloyd's Rep. 620 (p. 229 ; p. 272)
- *ING Bank v. Ross Roca* [2012] 1 WLR 472 (p. 244)
- *Investment Trust Companies v. HMRC* [2012] EWHC 458 ; [2015] EWCA Civ. 82 ; [2017] UKSC 29 (pp. 175-176 ; p. 181 ; p. 182 ; pp. 197-198 ; pp. 208-209 ; p. 210 ; p. 214 ; n°114-117 ; p. 253 ; p. 295 ; p. 296)
- *Ipswich Town Football Club v. Chief Constable of Suffolk* [2017] EWHC 375 (p. 239)
- *Jetivia v. Bilt (No 2)* [2015] UKSC 23 (p. 290)
- *Jones v. Churher* [2009] EWHC 722 ; Lloyd's Rep. 94 (p. 218)
- *Kelly v. Solari* (1841) 9 M. & W. 54 ; 152 ER 24 (p. 255 ; p. 267)
- *Kingstreet Investments v. New Brunswick (Department of Finance)* [2007] 1 SCR 3 (p. 175)
- *Kiriri Cotton v. Dewani* [1960] AC 192 (p. 294)
- *Kleinwort Benson v. Birmingham City Council* [1996] 3 WLR 1139 ; [1996] 4 All ER 733 ; [1997] QB 380 (p. 253 ; p. 254 ; p. 256)
- *Kleinwort Benson v. Lincoln City Council* [1999] 2 AC 349 ; [1998] 4 All ER 513 ; [1998] 3 WLR 1095 (p. 212 ; p. 213 ; n°142-143)
- *Lady Hood of Avalon v. Mackinnon* [1909] 1 Ch. 476 (p. 260)
- *Les Laboratoires Servier v. Apotex* [2012] EWCA Civ. 593 ; [2014] UKSC 55 (p. 290 ; p. 292)
- *Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd.* [1988] UKHL 12 ; [1991] 2 AC 548, [1991] 3 WLR 10 (p. 197 ; p. 207 ; n°132 ; p. 250)
- *Lissenden v. Bosch* [1940] AC 412 (p. 291)
- *Littlewoods v. HMRC* [2014] EWHC 868 ; [2014] STC 1761 ; [2015] EWCA Civ. 515 ; [2016] Ch. 373 ; [2017] UKSC 70 (p. 213 ; p. 214)
- *Lobb v. Vasey Housing Auxiliary* [1963] VR 239 (p. 229)
- *London Joint Stock Bank v. MacMillan* [1918] AC 777 (p. 243)
- *Lowry v. Bourdieu* (1780) 2 Doug. 468 (p. 266)
- *MacInnes v. Gross* [2017] EWHC 46 (p. 236)
- *Marine Trade v. Pioneer Freight Futures* [2009] EWHC 2656 ; [2010] 1 Lloyd's Rep. 631 (p. 256)
- *Marquess of Downshire v. Royal Bank of Scotland* [1953] 2 WLR 94 ; [1953] 1 All ER 103 ; [1953] Ch. 218 (p. 269)
- *McDonald v. Coys of Kensington* [2004] EWCA Civ. 47 ; [2004] 1 WLR 2775 (pp. 237-238)
- *Menelaou v. Bank of Cyprus UK Ltd.* [2013] EWCA Civ. 1960 ; [2014] 1 WLR 854 ; [2015] UKSC 66 (p. 176 ; p. 209 ; p. 217 ; p. 222 ; p. 223)
- *MGN v. Horton* [2009] EWHC, 1680 ; [2009] All ER 99 (p. 250)
- *Mohamed v. Alaga* [2000] 1 WLR 1815 (p. 290)
- *Moorgate Mercantile v. Twitchings* [1976] 1 QB 225 (p. 243)

- *Morgan v. Richardson* (1806) 7 East 482n (p. 280)
- *Morris v. Burroughs* (1737) 1 Atk. 398 ; 26 ER 253 (p. 273)
- *Morris-Garner v. One Step (Support) Ltd.* [2018] UKSC 20 (p. 183)
- *Moses v. Macferlan* (1760) 2 Burr. 1005 (p. 184 ; p. 203 ; p. 204)
- *National Bank of New Zealand v. Waitaki International Processing* [1999] 2 NZLR 211 (p. 251)
- *National Commercial Bank (Jamaica) v. Hew's* [2003] UKPC 51 (p. 276)
- *National Westminster Bank v. Morgan* [1985] AC 686 (p. 275)
- *National Westminster Bank v. Somer International* [2001] EWCA 970 ; [2002] 3 WLR 64 (n°131)
- *Nelson v. Nelson* (1995) 184 CLR 538 (p. 289)
- *Neville v. Wilkinson* (1782) 1 Bro. CC 543 (p. 295)
- *Niru Battery Manufacturing v. Milestone Trading (No 1)* [2002] EWHC 1425 ; [2002] All ER 705 ; [2003] EWCA Civ. 1446 ; [2004] QB 98 (p. 251)
- *Nizamuddowlah v. Bengal Cabaret* (1977) 399 NYS 2d 854 (p. 290)
- *North Ocean Shipping v. Hyundai Construction (The Atlantic Baron)* [1979] 3 WLR 419 ; [1978] 3 All ER 1170 ; [1979] QB 705 (n°146)
- *Nurdin & Peacock v. DB Ramadan* [1999] 1 WLR 1249 (p. 256)
- *Obbard v. Bentham* (1830) M. & M. 483 (p. 280)
- *Occidental Worldwide Investment Corporation v. Skibs A/S Avanti (The Siboen and The Sibotre)* [1976] 1 Lloyd's Rep. 293 (p. 271)
- *Ogilvie v. Allen* (1899) 15 TLR 294 (pp. 258-259)
- *Ogilvie v. Littleboy* (1897) 13 TLR 399 (pp. 258-259 ; p. 262)
- *Pao On v. Lau Yiu Long* [1980] AC 614, [1979] 3 WLR 435 ; [1979] 3 All ER 65 (p. 271)
- *ParkingEye v. Somerfield Stores* [2013] QB 840 (p. 290)
- *Parkinson v. College of Ambulance* [1925] 2 KB 1 (p. 287 ; p. 295)
- *Patel v. Mirza* [2014] EWCA Civ. 1047 ; [2016] UKSC 42 ; [2017] AC 467 ; [2016] 3 WLR 399 ; [2017] 1 All ER 191 (p. 254 ; n°154-159)
- *Pavey & Matthews v. Paul* (1987) 162 CLR 221 (p. 253)
- *Peel (Regional Municipality of) v. Canada* [1992] 3 SCR 762 (p. 210)
- *Petherpermal Chetty v. Muniandi Servai* (1908) LR 35 Ind. App. 98 (p. 295)
- *Pettkus v. Becker* [1980] 2 SCR 834 (p. 235)
- *Philip Collins v. Davis* [2000] 3 All ER 808 (p. 250)
- *Pitt v. Holt* [2011] EWCA Civ. 197 ; [2012] Ch. 132 ; [2011] 3 WLR 19 ; [2011] 2 All ER 450 ; [2013] UKSC 26 ; [2013] 2 AC 108 ; [2013] 2 WLR 1200 ; [2013] 3 All ER 42 (p. 255 ; n°140)
- *Planché v. Colburn* (1831) 8 Bing. 14 ; 131 ER 305 (p. 227)
- *PPG Wrightson v. Wai Shing* [2006] NZHC 124 (p. 229)
- *Procter & Gamble Philippine Manufacturing v. Peter Cremer (The Manila)* [1988] 3 All ER 843 (p. 238)
- *Prudential Assurance v. HMRC* [2013] EWHC 3249 ; [2014] STC 1236 ; [2016] EWCA Civ. 376 ; [2016] STC 1798 ; [2018] UKSC 39 ; [2018] 2 WLR 652 (p. 182 ; p. 197 ; p. 210 ; p. 213 ; p. 214 ; p. 224 ; p. 225)
- *R. (Rowe) v. Vale of White Horse DC* [2003] EWHC 388 ; [2003] 1 Lloyd's Rep. 418 (p. 228)
- *R.E. Jones v. Waring & Gillow* [1926] AC 670 (p. 246)
- *Rahmah v. Abacha* [2006] EWCA Civ. 1492 (p. 251)
- *RBC Dominion Securities v. Dawson* (1994) 111 DLR 230
- *Re Griffiths* [2008] EWHC 118 ; [2008] STC 776 ; [2008] 2 All ER 654 (p. 255 ; p. 259)
- *Re Hastings-Bass* [1974] EWCA Civ. 13 ; [1974] 2 All ER 193 ; [1975] Ch. 25 (p. 257)
- *Re S (A Child)* [2005] 1 AC 593 (p. 262)
- *Relfo v. Varsani* [2014] EWCA Civ. 360 (p. 217 ; p. 218 ; p. 219)
- *Richards v. Worcestershire County Council* [2017] EWCA Civ. 1998 (p. 218)
- *Riches v. Westminster Bank* [1947] AC 390 (pp. 224-225)
- *Robinson v. Harman* (1848) 1 Ex. 850 (p. 175)
- *Rover International v. Cannon Film Sales* [1987] BCLC 540 ; [1989] 3 All ER 423 ; [1989] 1 WLR 912 (pp. 281-282)
- *Rowland v. Divall* [1923] 2 KB 500 (p. 282)
- *Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2)* [1998] 4 All ER 705 ; [1998] 2 FLR 843 ; [2001] UKHL 44 ; [2002] 2 AC 773 (n°147-148)
- *Ruabon Steamship v. The London Assurance* [1900] AC 61 ; [1898] 1 QB 722 (pp. 220-221)
- *Samsouandar v. Capital Insurance Co. Ltd.* [2020] UKPC 30 (p. 181 ; p. 208)
- *Saunders v. Edwards* [1987] 1 WLR 1116 (p. 287)
- *Scott v. National Trust* [1998] 2 All ER 705 (pp. 257-258)
- *Scott v. Sebright* (1886) 12 P. 21 (p. 270)
- *Scottish Equitable v. Derby* [2001] EWCA Civ. 369 ; [2001] 3 All ER 818 (n°133)
- *Sempra Metals v. IRC* [2004] STC 1178 ; [2005] EWCA Civ. 389 ; [2006] QB 37 ; [2007] UKHL 34 ; [2008] AC 561 (n°112 ; p. 230 ; p. 232)
- *Shagang Shipping v. HNA Group* [2018] EWCA Civ. 1732 (p. 292)
- *Shanghai Tongji Science & Technology Industrial v. Casil Cleaning* [2004] HKCFA 21 (p. 218)
- *Sieff v. Fox* [2005] EWHC 1312 ; [2005] 1 WLR 3811 (p. 258)

- *Sinclair v. Brougham* [1914] AC 398 (p. 204)
- *Singh v. Ali* [1960] AC 167 (p. 287)
- *Skandinaviska Enskilda Banken v. Conway* [2019] UKPC 36 ; [2019] 3 WLR 493 (p. 218)
- *Skeate v. Beale* (1841) 11 Ad. & El. 983 (p. 271)
- *Skyring v. Greenwood* (1825) 4 B. & C. 281 (p. 245 ; p. 246)
- *Slade's Case* (1598) 4 Co. Rep. 92b, 94a ; (1602) 76 ER 1074 (p. 202)
- *Smith v. Bromley* (1760) 2 Doug. 696n (p. 295)
- *Smithson v. Hamilton* [2007] EWHC 2900 ; [2008] 1 WLR 1453 (p. 264)
- *South Tyneside Metropolitan Borough Council v. Svenska International* [1995] 1 All ER 545 (p. 250)
- *Southern Pacific v. Jensen* (1917) 244 US 205 (p. 268)
- *St John Shipping v. Joseph Rank* [1957] 1 QB 267 (p. 292)
- *Standard Chartered Bank v. Pakistan National Shipping (No. 2)* [2003] 1 AC 959 (p. 264)
- *Stevenson v. Snow* (1761) 3 Burr. 1237 (pp. 282-283)
- *Stocznia Gdanska v. Latvian Shipping* [1996] 2 Lloyd's Rep. 132 ; [1998] 1 WLR 574 (n°150)
- *Taylor v. Bowers* (1876) 1 QBD 291 (p. 295)
- *Taylor v. Caldwell* (1863) 3 B. & S. 826 (p. 277)
- *Taylor v. Laird* (1856) 25 LJ Ex. 329 (p. 221)
- *Test Claimants in the FII Group Litigation v. HMRC (No 2)* [2014] EWHC 4302 ; [2015] STI 49 (p. 250)
- *TFL Management Services v. Lloyds TSB Bank* [2013] EWCA Civ. 1415 ; [2014] 1 WLR 2006 (p. 221)
- *Thompson v. Palmer* (1933) 49 CLR 547 (p. 244)
- *Tinsley v. Milligan* [1992] Ch. 310 ; [1992] 2 WLR 508 ; [1992] 2 All ER 391 ; [1993] UKHL 3 ; [1994] 1 AC 340 (pp. 288-289 ; p. 293)
- *Tribe v Tribe* [1996] Ch. 107 (pp. 295-296)
- *Tye v. Gwynne* (1810) 2 Camp. 346 (p. 280)
- *United Australia Ltd. v. Barclays Bank Ltd.* [1941] AC 1 (p. 204)
- *United Overseas Bank v. Jiwani* [1976] 1 WLR 964 (p. 247)
- *Universe Tankships of Monrovia v. International Transport Workers Federation (The Universe Sentinel)* [1982] 2 WLR 803 ; [1982] 2 All ER 67 ; [1983] 1 AC 366, 384 (pp. 271-272)
- *University of Wollongong v. Metwally* (1984) 158 CLR 447 (p. 268)
- *Uren v. First National Home Finance* [2005] EWHC 2529 (p. 253)
- *Vallejo v. Wheeler* (1774) 1 Cowp. 143 (p. 292)
- *Valpy v. Manley* (1845) 135 ER 673 (p. 271)
- *Van den Berg v. Giles* [1979] 2 NZLR 111 (p. 235)
- *Vantage Navigation v. Suhail & Saud Bahwan Building Materails (The Alev)* [1989] 1 Lloyd's Rep. 138 (p. 271)
- *Wainwright v. Home Office* [2001] EWCA Civ. 2081 ; [2002] QB 1334 (p. 268)
- *Waldon v. Mareschal* (1349) B. & M. 400 (pp. 201-202)
- *Walker v. Chapman* (1773) Lofft 342 (p. 295)
- *Watt v. Ahsan* [2007] UKHL 51 (p. 243)
- *Way v. Latilla* [1973] 3 All ER 759 (p. 231)
- *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* [1996] UKHL 12 ; [1996] AC 669 (p. 213)
- *Weston v. Downes* (1778) 1 Doug 23 (p. 204)
- *Williams v. Bayley* (1866) LR 1 HL 200 (p. 270)
- *Willis v. Baddeley* [1892] 2 QB 324 (p. 268)
- *Wilson v. Secretary of State for Trade and Industry* [2003] UKHL 40 (p. 268)
- *Wolff v. Wolff* [2004] STC 1633 (p. 261)
- *Woolwich Equitable Building Society v. Inland Revenue Commissioners* [1992] 3 WLR 366 ; [1992] 3 All ER 737 ; [1993] AC 70 (p. 253)
- *WT Ramsay v. IRC* [1982] AC 300 (p. 263)
- *XX v. Whittington Hospital NHS Trust* [2018] EWCA Civ. 2832 (p. 292)
- *Yarmouth v. France* (1887) 19 QBD 647 (p. 291)
- *Yeoman's Row Management v. Cobbe* [2008] UKHL 55 ; [2008] 1 WLR 1752 (p. 209)
- *Yerkey v. Jones* (1939) 63 CLR 649 (p. 275)

BIBLIOGRAPHIE

Droit français

Traité, manuels, commentaires et recueils de consultations, de plaidoiries et d'arrêts

- ANON., *Coutumes générales de la ville de Metz et du pays messin*, Antoine, 1730
- ANON., *Questions notables et maximes du droit*, Giroud, 1702
- AUBRY C. et RAU C.-F., *Cours de droit civil français de M. K. S. Zachariæ, traduit de l'allemand*. Tome IV, Lagier, 1844, 1^{ère} éd. ; Tome VI, Lagier, 1873, 4^{ème} éd.
- AYRAULT P., *Plaidoyers et arrests*, Sonnius, 1615
- BASSET J.-G., *Notables arrests de la cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*. Tome II, Gilibert, 1676
- BÉNABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, 2018, 17^{ème} éd. ; LGDJ, 2021, 19^{ème} éd.
- BERRIAT SAINT-PRIX F., *Notes élémentaires sur le Code civil*. Tome II, Videcoq, 1845
- BONIFACE H., *Arrests notables de la cour du Parlement de Provence*. Tome I, Molin, 1708
- BOURJON F., *Le droit commun de la France*. Tome I et II, Grangé & Cellot, 1770
- BOYER L. et ROLAND H., *Adages du droit français*, Litec, 1999, 4^{ème} éd.
- BOYER L., ROLAND H. et STARK B., *Les obligations*. Tome II. *Contrat*, Litec, 1998, 6^{ème} éd.
- BRILLON P.-J., *Dictionnaire des arrests, ou Jurisprudence universelle des Parlemens de France*. Tome I, Cavelier, 1711
- BROSSETTE C., *Les titres du droit civil et du droit canonique*, Boudet, 1705
- BRUNEAU A., *Nouveau Traité des criées*, Le Febvre, 1704, 3^{ème} éd.
- CARBONNIER J., *Droit civil*. Tome I. *Introduction, les personnes, la famille, l'enfant et le couple*, PUF, 2004, éd. « Quadrige »
- CARBONNIER J., *Droit civil*. Tome II. *Les biens et les obligations*, PUF, 1957, 1^{ère} éd. ; PUF, 1962, 3^{ème} éd. ; PUF, 2004, éd. « Quadrige »
- CHANTEPIE G. et LATINA M., *La réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2016
- CHARONDAS LE CARON L., *Pandectes du droit français*, Richer, 1637
- CHARONDAS LE CARON L., *Responses du droict françois*, Soubron, 1596
- CHÉNÉDÉ F. ET AL., *Les obligations*, Dalloz, 2018, 12^{ème} éd.
- CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2016
- COLIN A. ET CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*. Tome II, Dalloz, 1919–1920, 2^{ème} éd. ; Dalloz, 1924, 4^{ème} éd.
- CUJAS J., *Tolosatis opera*. Tome IV, Prati, 1837
- DE CORMIS F., *Recueil de consultations*. Tome II, Montalant, 1735
- DE MALAFOSSE J. et OURLIAC P., *Histoire du droit privé*. Tome I. *Les obligations*, PUF, 1969, 2^{ème} éd.
- DE MALEVILLE J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*. Tome III, Laporte et Lanery, 1807, 2^{ème} éd.
- DELVOLVÉ P., DE LAUBADÈRE A. et MODERNE F., *Traité des contrats administratifs*. Tome I, LGDJ, 1983
- DEMANTE A. et COLMET DE SANTERRE E., *Cours analytique du Code civil*. Tome V, Plon, 1865
- DEMOLOMBE C., *Cours de Code Napoléon*. Tome XXXI, Lahure, 1882
- DESHAYES O., GENICON T. et LAITHIER Y.-M., *Commentaire article par article de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2018, 2^{ème} éd.
- DOMAT J., *Les Loix civiles*. Tome I, Coignard, 1695, 2^{ème} éd. ; Tome II, Coignard, 1696, 2^{ème} éd.
- DROSS W., *Les choses*, LGDJ, 2012
- DU MOULIN C., dit MOLINÆUS, *Opera omnia*. Tome II, Cramoisy, 1624
- DUBOIS D'HERMAVILLE A.-G. (dir.), *Recueil d'arrêts du Parlement de Flandres*. Tome I, Henry, 1773
- ÉMÉRIGON B.-M., *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, Mossy, 1783
- ESTIENNE O., *Nouveau traité des hypothèques*, Besongne, 1705
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*. Tome II. *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2019, 4^{ème} éd.
- FABROT C.-A. (dir.), *Cujacii opera omnia*. Tome VIII, Neapoli, 1722
- FOURNEL J.-F., *Traité du voisinage*. Tome I, Rondonneau, 1799
- FRANÇOIS J., *Les obligations – Régime général*, Economica, 2022, 6^{ème} éd.
- FURGOLE J.-B., *Commentaire de l'ordonnance de Louis XV sur les substitutions d'août 1747*, Herissant, 1767
- GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1936
- HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, 2012, 2^{ème} éd.
- JOSSERAND L., *Cours de droit civil*. Tome II. *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1939, 3^{ème} éd.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., *Cours élémentaire de droit civil français*. Tome II, Dalloz, 1942, 9^{ème} éd.
- LARDEUX G. et SÉRIAUX A., *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2023, 5^{ème} éd.
- LE BRUN D., *Traité de la communauté entre mari et femme*, Nyon, 1754

- LOISEL A., *Institutes coutumières*, Angelier, 1607
- MALAURIE P., *Cours de droit civil approfondi*, Les cours de droit, 1971–1973
- MARCADÉ V.-N., *Explication théorique et pratique du Code civil*. Tome V, Delamotte, 1873
- MARTY G. et RAYNAUD P., *Les obligations*. Tome I. *Les sources*, Sirey, 1988, 2^{ème} éd.
- MARTY G., RAYNAUD P. et JESTAZ P., *Les obligations*. Tome II. *Le régime*, Sirey, 1989, 2^{ème} éd.
- MAZEAUD H. et al., *Leçons de droit civil*, Tome II. Vol. I. *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 1983, 7^{ème} éd. ; Montchrestien, 1998, 9^{ème} éd.
- PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*. Tome II. *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, et les privilèges et hypothèques*, LGDJ, 1909, 5^{ème} éd. ; LGDJ, 1923, 9^{ème} éd.
- POTHIER R.-J., *Traité des obligations*. Tome I et II, Debure, 1761
- POTHIER R.-J., *Traité du contrat de société*, Debure, 1764
- POTHIER R.-J., *Traité des contrats de bienfaisance*. Tome I et II, Debure, 1766–1767
- PROST DE ROYER A.-F., *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*. Tome IV, De la Roche, 1784
- REVET T. et ZENATI-CASTAING F., *Cours de droit civil. Contrats, théorie générale et quasi-contrats*, PUF, 2014
- RIPERT G. et BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*. Tome II. *Obligations, contrats et sûretés réelles*, LGDJ, 1947, 2^{ème} éd.
- THAUMAS DE LA THAUMASSIÈRE G., *Maximes du droit coutumier*, Toubeau, 1691
- TOULLIER C.-M.-B., *Le droit civil français*. Tome II, XI et XII, Stapleaux/Warée, 1820, 1823 et 1826
- TROPLONG R.-T., *Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale*, Meline, 1843
- ZACHARIÄ VON LINGENTHAL K., *Handbuch des französischen Civilrechts*. Tome III, Mohr, 1827, 3^{ème} éd.

Thèses et monographies

- ALBIGES C., *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000
- BALAT N., *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016
- BARENDOT P.-N., *Les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française*, LGDJ, 2022
- BATTEUR A., *Le mandat apparent*, Thèse Caen, 1989
- BÉGUET J.-P., *L'enrichissement sans cause*, Thèse Alger, 1945
- BOUSIGES A., *Les restitutions après annulation ou d'un contrat*, Thèse Poitiers, 1982
- BOUT R., *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, LGDJ, 1972
- BUFNOIR C., *Propriété et contrat*, LGDJ, 1900
- CARBONNIER J., *Flexible droit*, LGDJ, 2013
- CATALA N., *La nature juridique du paiement*, LGDJ, 1961
- CHAABAN R., *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006
- CHANTELOUP H., *Les quasi-contrats en droit international privé*, LGDJ, 1998
- CHÉNÉDÉ F., *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, *Economica*, 2008
- COMBOT M., *Quasi-contrat et enrichissement injustifié*, LGDJ, 2023
- DANIS-FATÔME A., *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004
- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911
- DINH M.-L., *L'enrichissement injustifié en droit privé*, PUAM, 2022
- DOUCHY-ODUDOT M., *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, *Economica*, 1997
- DROSS W., *Le mécanisme de l'accession*, Thèse Nancy II, 2000
- FAYARD M.-C., *Les impenses*, LGDJ, 1969
- FOURNIER DE CROUY N., *La faute lucrative*, *Economica*, 2018
- GALBOIS D., *La notion de contrat : esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020
- GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007
- GÉNY F., *Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif*. Tome II, LGDJ, 1954, 2^{ème} éd.
- GOMAA N., *Théorie des sources de l'obligation*, LGDJ, 1968
- GORÉ F., *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, 1949
- GOUBLET G., *La notion du quasi-contrat : classification rationnelle des sources d'obligations*, Thèse Paris, 1904
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse Dijon, 1912
- GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, 2007
- GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992
- HALPÉRIN J.-L., *L'impossible Code civil*, PUF, 1992
- JACQUEMIN Z., *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, LGDJ, 2021
- JAOL M., *La notion de fruits*, Defrénois, 2018
- JITTA J., *La substance des obligations dans le droit international privé*, Belinfante, 1907
- JÜEN E., *La remise en cause de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016
- LE GALLOU C., *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, 2007
- LE GUEUT T., *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, 2016

- LIBCHABER R., *Recherche sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992
- LIITNER P., *Le quasi-contrat aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles*, Mémoire Assas, 1999
- LOCRÉ J.-G., *Esprit du Code Napoléon*, Imprimerie impériale, 1805
- MALAURIE-VIGNAL M., *Les restitutions en droit civil*, Éditions Cujas, 1991
- MARTIN X., *Mythologie du Code Napoléon*, Morin, 2003
- MARTIN X., *Nature humaine et Révolution française. Du Siècle des Lumières au Code Napoléon*, Morin, 2002, 2^{ème} éd.
- MARTY G., *La distinction du fait et du droit*, Thèse Toulouse, 1929
- MASSON F., *La propriété commune*, LGDJ, 2021
- MAURY J., *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence. Tome II. La notion d'équivalence en matière extra-contractuelle*, Jouve, 1920
- MONNERVILLE C.-F.-G., *Labbé et la théorie de l'enrichissement sans cause*, Thèse Toulouse, 1921
- MONTAS A., *Le quasi-contrat d'assistance*, LGDJ, 2007
- MONTEILLET-GEFFROY M., *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, La Baule : la Mouette, 2001
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Éditions Assas, 1999
- NIORT J.-F., *Homo civilis*, PUAM, 2004
- OBELLIANNE S., *Les sources des obligations*, PUAM, 2009
- PERREAU E.-H., *Technique de la jurisprudence en droit privé. Tome I*, Librairie des Sciences Politiques et Sociales, 1923
- PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse Paris, 1947
- PETIT C.-A., *De la répétition de l'indu*, Thèse Paris, 1855
- POSSA M., *L'enrichissement sans cause*, Giard & Brière, 1916
- REVERCHON-BILLOT M., *La question litigieuse en matière contractuelle*, Dalloz, 2017
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949
- ROUAST A., *Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute – Répétitions écrites de droit civil approfondi et comparé*, Les Cours de droit, 1933-1934
- ROUJOU DE BOUBÉE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974
- TEISSEIRE R., *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*, Rousseau, 1901
- TERRÉ F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956
- VIZIOZ H., *La notion de quasi-contrat*, Thèse Bordeaux, 1912
- VONWILL M., *L'indemnité légale de rupture des contrats d'intermédiation commerciale. Essai d'une analyse quasi-contractuelle*, Thèse Nantes, 2021
- ZIEGEL G., *L'indemnité de plus-value dans les rapports entre contractants*, Dalloz, 1939

Œuvres collectives et rapports

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT, Journées de droit civil de La Haye et de Leyde, 11 et 12 mai 1948, *in Travaux de l'Association Henri Capitant IV*, Dalloz, 1949
- CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006

Articles et contributions

- ALBIGES C., « Équité » *in Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017
- ARRIGHI DE CASANOVA E., « Les quasi-contrats du plan », *Droit social* 1965, pp. 341-355
- 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* 2002, n°104, n°1709
- AUBERT J.-L., « Les restitutions ne relèvent pas de la répétition de l'indu », *D.* 2003, pp. 369-372
- AUGUSTIN J.-M., « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français » *in* MANNINO V. et OPHÈLE C. (dir.), *L'enrichissement sans cause – La classification des sources des obligations*, LGDJ, 2007, pp. 31-42
- AUZARY-SCHMALTZ B., « La responsabilité délictuelle dans l'ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du code civil », *RHDFE* 1999, n°2, pp. 163-190
- BATAILLER F., « Une nouvelle technique de l'économie concertée, les quasi-contrats pour l'exécution du plan », *Revue des sciences financières* 1964, n°2, pp. 365-386
- BELLIS K., « Système de l'obligation naturelle », *Droits* 2019, n°1, pp. 191-218
- BÉNABENT A., « La révision du passé entre les parties », *RDC* 2008, n°1, pp. 15-24
- BÉNABENT A., « Pour une prestation compensatoire hors mariage : la piste du quasi-contrat ? » *in Mélanges Aynès*, pp. 15-20
- BÉNABENT A., « Rapport de synthèse » *in* PIGNARRE G. (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, pp. 165-169
- BLAEVOET C., n. ss. CONS. D'ÉTAT, 27 juin 1930, *Philippe*, et 16 janvier 1931, *Bonniol*, *D.* 1931.3.5

- BOUCARD H., « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause (droit français) », *RDC* 2013, n°4, pp. 1669-1683
- BOUT R., « La convention dite d'assistance » in *Mélanges Kayser*. Tome I, PUAM, 1971, pp. 157-211
- BRUN P., « Loteries publicitaires trompeuses. La foire aux qualifications pour une introuvable sanction » in *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 191-206
- BURGARD M., « Les loteries publicitaires : le nouveau visage du quasi-contrat ? », *LPA* 2010, n°221, pp. 6-8
- CARBONNIER J., « En l'année 1817 » in *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, pp. 81-96
- CARBONNIER J., « Le Code civil » in NORA P. (dir.), *Les lieux de mémoire*. Tome II. *La Nation*, Gallimard, 1986, pp. 293-315
- CHÉNÉDÉ F., « Charles Toullier, le quasi-contrat », *RDC* 2011, n°1, pp. 305-320
- CHÉNÉDÉ F., « Charles Toullier, les sources de l'obligation », *RDC* 2010, n°3, pp. 1015-1031
- CHÉNÉDÉ F., « Gestion d'affaires et enrichissement injuste. Quel(s) lien(s) ? Quelle(s) filiation(s) ? », *Tribonien* 2019, n°2, pp. 138-152
- CHÉNÉDÉ F., « Joseph-Émile Labbé, l'enrichissement sans cause », *RDC* 2011, n°3, pp. 1005-1023
- COMBOT M., « Enrichissement injustifié et responsabilité civile », *RDC* 2019, n°4, pp. 306-316
- COSTA M. et FABER W., « Past, Present, and Future of the French "possession vaut titre"-Rule », *EPLJ* 2014, n°3, pp. 147-210
- CRÉPEAU P.-A., « La fonction du droit des obligations », *McGill Law Journal* 1998, n°42, pp. 729-780
- CORNU G., « Art. 1327 à 1339 – Quasi-contrats » in CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, pp. 62-64
- DANOS F., « L'impossible revendication des sommes d'argent dues à titre de restitution », *D.* 2013, pp. 1594-1599
- DAVID J., « Les solidarités juridiques de voisinage, de l'ancien droit à la codification », *RHDFE* 1994, n°3, pp. 333-366
- DEFRÉNOIS-SOULEAU I., « La répétition de l'indu objectif. Pour une application sans erreur de l'article 1376 du Code civil », *RTD Civ.* 1989, pp. 243-267
- DEMOGUE R., « Jurisprudence en matière de droit civil : Obligations et contrats spéciaux », *RTD Civ.* 1920, pp. 347-379
- DEROUSSIN D., « Répétition de l'indu et enrichissement en France (1804–1950) », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 94-114
- DESCAMPS O., « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice* 2009, n°1, pp. 291-310
- DESCHEEMAEKER E., « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD Civ.* 2013, pp. 1-26
- DESCHEEMAEKER E., « The New French Law of Unjustified Enrichment », *RLR* 2017, n°25, pp. 77-103
- DESCHEEMAEKER E., « The Reform of 10 February 2016 in a Historical and Comparative Perspective », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 56-92
- DJOUDI J., « Revendication » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021
- DOUCHY-LOUDOT M., « Paiement de l'indu » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2020
- ESMÉIN A., « L'originalité du Code civil » in SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES (dir.), *Le Code civil 1804–1904 : Livre du centenaire*. Tome I. *Généralité et études spéciales*, Rousseau, 1904, pp. 4-21
- FABRE-MAGNAN M., « Les fausses promesses des entreprises : RSE et droit commun des contrats » in *Mélanges Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, pp. 451-458
- FAGES B., « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 ! », *RLDA* 2002, n°54, n°3427
- FRANÇOIS J., « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012, pp. 1493-1501
- GARRAN DE COULON J.-P., « Voisinage » in GUYOT J.-N. (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*. Tome LXIV, Panckoucke et Visse, 1783
- GAUTIER P.-Y., « Passions et raison du droit en matière de jeux d'argent », *Pouvoirs* 2011, n°4, pp. 91-101
- GORÉ F., « Le fondement de la gestion d'affaires, source autonome et générale d'obligations », *D.* 1953, Chron. 38
- HALPÉRIN J.-L., « L'histoire de la fabrication du code. Le code : Napoléon ? », *Pouvoirs* 2003, n°4, pp. 11-21
- HALPÉRIN J.-L., « Le droit privé de la Révolution : héritage législatif et héritage idéologique », *Annales historiques de la Révolution française* 2002, n°328, pp. 135-151
- HALPÉRIN J.-L., « Le regard de l'historien » in *Le Code civil 1804–2004 : Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2004, pp. 43-58
- HAROUEL J.-L., « De François I^{er} au pari en ligne, histoire du jeu en France », *Pouvoirs* 2011, n°4, pp. 5-14
- HERVÁS HERMIDA C., « Le régime des restitutions dans la réforme du droit des obligations », *JCP N* 2016, n°13, pp. 50-53
- HOCQUET-BERG S., « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.* 1996, n°1, Doctr. 34
- HONORAT J., « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD Civ.* 1969, pp. 653-691

- HOUTCIEFF D., « Les sanctions des règles de formation des contrats » in TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009, pp. 233-242
- JACQUOT H., « Les interventions économiques de l'État par voie contractuelle en France » in COMMISSION DROIT ET VIE DES AFFAIRES, FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE (dir.), *Renaissance du phénomène contractuel*, Nijhoff, 1971, pp. 79-114
- KACZMAREK L., « La preuve de l'engagement unilatéral ou le fait saisi par le droit », *LPA* 2010, n°225-226, pp. 10-14
- KLEIN J., « Les restitutions », *JCP* 2015, n°21 (Supplément), pp. 74-77
- KLEIN J., « Les restitutions », *Droit et patrimoine* 2016, n°258, pp. 90-92
- LABBÉ J.-E., note ss. CASS. REQ., 11 juillet 1889, *Crédit foncier c. Azzarat*, S. 1890.1.97
- LABBÉ J.-E., note ss. CASS. REQ., 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, S. 1893.1.281
- LAGARDE X., « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP* 2012, n°16, pp. 808-813
- LAITHIER Y.-M., « The Relationship between Contractual and Extra-Contractual Liability as between Parties to a Contract » in BORGHETTI J.-S. et WHITTAKER S. (dir.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2019, pp. 37-54
- LE TOURNEAU P. et ZABALA A., « Le réveil des quasi-contrats », *CCC* 2002, n°12, Chron. 22
- LE TOURNEAU P., « Gestion d'affaires » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2022
- LE TOURNEAU P., « Quasi-contrats » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021
- LÉVY-BRUHL H., « Sur les sources sociales de l'obligation juridique », *Cahiers internationaux de sociologie* 1946, pp. 67-81
- LIBCHABER R., « L'impossible revendication des sommes d'argent », *Deffrénois* 2003, art. 37810
- LIBCHABER R., « La recodification du droit des biens » in *Le Code civil 1804–2004*, Dalloz, 2004, pp. 297-372
- LIBCHABER R., « Le malheur des quasi-contrats », *Droit et patrimoine* 2016, n°258, pp. 73-75
- MARTIN D., « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002, pp. 3279-3283
- MARTIN X., « Aux sources thermidoriennes du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé », *Droits* 1987, n°6, pp. 107-116
- MARTIN X., « Dimension politique du Code civil naissant : l'exemple de la "gestion d'affaires" », *RHDFE* 2009, n°2, pp. 211-235
- MARTIN X., « Images négatives de la Rome antique et du droit romain (1789–1814) » in KRYNEN J. (dir.), *Droit romain, ius civile et droit français*, PUTC, 1999, pp. 49-66
- MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique* 1987, n°4, pp. 87-144
- MARTIN X., « L'insensibilité des rédacteurs du Code civil à l'altruisme », *RHDFE* 1982, n°4, pp. 589-618
- MARTIN X., « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985, n°2, pp. 117-128
- MAZEAUD D., « D'une source, l'autre... », comm. CASS. MIX., 6 septembre 2002, 98-22.981, *Bull. mix.*, n°4, *D.* 2002, n°39, pp. 2963-2967
- MERCOLI S., « Les accessoires de la restitution ou la recherche d'un improbable retour à l'équilibre », *LPA* 2016, n°175-176, pp. 7-12
- MERLIN DE DOUAI P.-A., « Puissance Paternelle » in MERLIN DE DOUAI P.-A., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*. Tome X, Garnery, 1809, 3^{ème} éd.
- MESTRE A., « Gestion d'affaires et enrichissement sans cause en droit administratif », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* 1913, pp. 177-279
- MESTRE A., n. ss. CONS. D'ÉTAT, 27 juin 1930, *Philippe*, et 16 janvier 1931, *Bonniol*, S. 1931.3.57
- MICHOU D., « De la Gestion d'affaires appliquée aux services publics », *Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble* 1893, pp. 69-106
- 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* 2016, n° 96, pp. 6-19
- MORANÇAIS-DEMEESTER M.-L., « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD Civ.* 1993, pp. 757-787
- NAQUET E., n. ss. AIX, 20 décembre 1888, *Fournier c. Héritiers Mistral*, S. 1890.2.25
- PEIS-HITIER M.-P., « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA* 2006, n°18, pp. 8-14
- PELLET S., « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP* 2016, n°24, pp. 1170-1173
- PENIN O., « Restitutions, nullité, vices cachés et défaut de conformité : et si la Cour de cassation avait raison ? », *CCC* 2016, Étude 9
- PERREAU E.-H., « Courtoisie, complaisance et usages non-obligatoires devant la jurisprudence », *RTD Civ.* 1914, pp. 481-522
- PERREAU E.-H., « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *RTD Civ.* 1913, pp. 503-561
- PERREAU E.-H., « Quasi-contrats en Droit civil et en Droit administratif », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* 1913, pp. 148-176
- PERREAU E.-H., « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *RTD Civ.* 1912, pp. 609-665
- PERRUCHOT-TRIBOULET V., « L'indu a trois », *RTD Civ.* 2003, pp. 427-446

- PICARD M., « La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine », *RTD Civ.* 1921, pp. 419-467 et *RTD Civ.* 1922, pp. 5-34
- PINEL LE DRET V., « Freedom of Testation in the Revolutionary and Napoleonic Legislation », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte : Germanistische Abteilung* 2023, pp. 278-306
- PLANIOL M., « Classification des sources des obligations », *RCLJ* 1904, pp. 224-237
- PLANIOL M., note ss. CASS. REQ., 16 juillet 1890, *Lemaire c. Chambon, Synd. Lamoureux*, *D.* 1890.1.49
- POLLAUD-DULIAN F., « Le modèle du quasi-contrat » in REVET T. (dir.), *Code civil et modèles*, LGDJ, 2005, pp. 413-431
- POSEY A., « La subsidiarité de l'enrichissement sans cause », *RDIDC* 2014, n°2, pp. 182-246
- REMY P., « Des autres sources d'obligations » in TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013, pp. 31-50
- REMY P., « La part faite au juge », *Pouvoirs* 2003, n°4, pp. 22-36
- REMY P., « Les restitutions dans un système de quasi-contrats » in VACCA L. (dir.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Giappichelli, 2005, pp. 73-96
- RENARD J., « Étude sur les conditions d'application de l'action d'enrichissement sans cause dans le droit français moderne », *RTD Civ.* 1920, pp. 243-294
- RICHARD G., « Actualisation des ouvrages juridiques et conception dynamique du droit au XIX^{ème} siècle » in CARVAIS R. et HALPÉRIN J.-L. (dir.), *L'Histoire de l'édition juridique*, LGDJ, 2021, pp. 297-312
- RIPERT G. et TEISSEIRE R., « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD Civ.* 1904, pp. 727-796
- ROMANI A.-M., « Enrichissement injustifié » in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2021
- RONTCHEVSKY N., « De la Faculté au Palais : brèves observations sur la réception de la doctrine d'Aubry et Rau par la Cour de cassation », in POUGHON J.-M. (dir.), *Aubry et Rau, leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses universitaires de Strasbourg, 2006, pp. 53-67
- ROUAST A., « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD Civ.* 1922, pp. 35-109
- ROUBIER P., « La position française en matière d'enrichissement sans cause » in *Travaux de l'Association Henri Capitant IV*, Dalloz, 1949, pp. 38-56
- ROUVIÈRE F., « L'évaluation des restitutions après annulation et résolution de la vente », *RTD Civ.* 2009, pp. 617-638
- SCHMIDT-SWALEWSKI J., « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989, n°25, pp. 3397-3402
- SÉRIAUX A., « Beaucoup de bruit pour rien », *D.* 1993, Chron. LX
- SÉRIAUX A., « Conception juridique d'une opération économique : le paiement », *RTD Civ.* 2004, pp. 225-238
- SÉRIAUX A., « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance » in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 299-311
- SÉRIAUX A., comm. CASS. CIV. 1, 11 avril 1995, *JCP* 1995.2.22485
- SERINET Y.-M., « Les domaines respectifs de la remise en état par voie de restitution et de réparation » in *Mélanges Viney*, LGDJ, 2008, pp. 867-890
- SERINET Y.-M., « Restitutions après anéantissement du contrat, art. 1161 à 1164-7 » in CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, pp. 43-49
- SEUBE J.-B., « Le juge et les restitutions », *RDC* 2016, n°2, pp. 411-415
- SGARD J., « Les *Comptes Généraux de la Justice* : une description des institutions judiciaires de la France au XIX^{ème} siècle », Rapport de recherche, *Institut CDC pour la Recherche* 2010
- SIMLER C., « L'action en revendication et le régime des restitutions issu de l'ordonnance du 10 février 2016 », *D.* 2018, pp. 1923-1929
- STASIAK F., « Le fondement de la réparation du dommage résultant d'une assistance bénévole au regard des tendances actuelles de la jurisprudence civile », *LPA* 1996, n°87, pp. 9-15
- TERRIER E., « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *D.* 2004, pp. 1179-1185
- TUNC A., « Équité » in *Encyclopædia Universalis*
- VAUCHEZ A., « *Quand les juristes faisaient la loi... Le moment Carbonnier (1963–1977), son histoire et son mythe* », *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 2009, n°1, pp. 105-116
- WEBER J.-F., « Aubry et Rau, conseillers à la Cour de cassation » in POUGHON J.-M. (dir.), *Aubry et Rau, leurs œuvres, leurs enseignements*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2006, pp. 25-52
- WHITTAKER S., « A Common Framework for Civil Liability? » in BORGHETTI J.-S. et WHITTAKER S. (dir.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, Hart Publishing, 2019, pp. 15-36
- WHITTAKER S., « The Role of *la Prestation* in the New French Law of Contract » in MATTEI U. *ET AL.* (dir.), *Studi in onore di Antonio Gambaro*. Tome II, Giuffrè, 2017, pp. 1319-1334

Droit anglais et autres systèmes de *common law*

Traité, commentaires et manuels

- BAKER J., *An Introduction to English Legal History*, OUP, 2019, 5^{ème} éd.
- BARNES M., *The Law of Estoppel*, Hart Publishing, 2020
- BEATSON J., BURROWS A. et CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, OUP, 2020, 31^{ème} éd.
- BIRKS P., *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon, 1985 et 1989
- BIRKS P., *Unjust Enrichment*, OUP, 2005, 2^{ème} éd.
- BLACKSTONE W., *Commentaries on the Law of England*, Clarendon, 1774
- BURROWS A., *English Private Law*, OUP, 2013
- BURROWS A., *The Law of Restitution*, Butterworths, 1993, 1^{ère} éd. ; Butterworths, 2004, 2^{ème} éd.
- COOKE E., *The Modern Law of Estoppel*, OUP, 2000
- ELLIOTT S., O'SULLIVAN D. et ZAKRZEWSKI R., *The Law of Rescission*, OUP, 2014, 2^{ème} éd.
- ENONCHONG N., *Duress, Undue Influence, and Unconscionable Dealing*, Sweet & Maxwell, 2019, 3^{ème} éd.
- GOFF R. et JONES G., *The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 1966, 1^{ère} éd. ; Sweet & Maxwell, 2002, 6^{ème} éd. ; Sweet & Maxwell, 2007, 7^{ème} éd.
- GOFF R., *Goff & Jones: The Law of Restitution*, Sweet & Maxwell, 1993, 4^{ème} éd.
- HOME H., LORD KAMES, *Principles of Equity*, Bell & Bradfute, [1760] 1825
- IBBETSON D., *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, OUP, 1999
- KEENER W., *A Selection of Cases on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis & Co., 1888–1889
- KEENER W., *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker, Voorhis & Co., 1893
- LANGAN P., *Maxwell on The Interpretation of Statutes*, Sweet & Maxwell, 1969, 12^{ème} éd.
- MAINE H., *Dissertations on Early Law and Custom*, Murray, 1883
- MAITLAND F., *Equity, also the Forms of Action at Common Law*, CUP, 1920
- MITCHELL C., MITCHELL P. et WATTERSON S., *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, Sweet & Maxwell, 2016, 9^{ème} éd. ; Sweet & Maxwell, 2022, 10^{ème} éd.
- RUNNINGTON C. (dir.), *Hale's Common Law of England*, Butterworth, 1820, 6^{ème} éd.
- STOLJAR S., *The Law of Quasi-Contracts*, Law Book, 1964
- VIRGO G., *The Principles of the Law of Restitution*, OUP, 2006, 2^{ème} éd. ; OUP, 2015, 3^{ème} éd.
- WILLIAMS G., *The Law Reform (Frustrated Contract) Act 1943*, Stevens & Sons, 1944
- WOODWARD F., *The Law of Quasi Contracts*, Little, Brown & Co., 1913

Thèses, monographies, rapports et restatements

- AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the Law of Restitution: Quasi-Contracts and Constructive Trusts*, ALI Publishers, 1937
- AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Law*, Murray, 1895
- BALL E., *Enrichment at the Claimant's Expense*, Hart Publishing, 2019
- BALOCH T., *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*, OUP, 1991
- BIRKS P., *Restitution – The Future*, Federation Press, 1992
- BURROWS A., *Restatement of the English Law of Contract*, OUP, 2016
- BURROWS A., *A Restatement of the English Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2012
- CARTWRIGHT J., *Unequal Bargaining*, Clarendon, 1991
- DAWSON J., *Unjust Enrichment. A Comparative Analysis*, Little, Brown & Co., 1951
- EVANS W., *Essays on the Action for Money Had and Received*, Merritt & Wright, 1802
- FARNSWORTH E., *Alleviating Mistakes*, OUP, 2004
- GOUDKAMP J., *Tort Law Defences*, Hart Publishing, 2013
- HEDLEY S., *A Critical Introduction to Restitution*, Butterworths, 2001
- HEDLEY S., *Restitution : Its Division and Ordering* Sweet & Maxwell, 2001
- JACKSON R., *The History of Quasi-contract in English Law*, CUP, 1936
- JAFFEY P., *Private Law and Property Claims*, Hart Publishing, 2007
- JAFFEY P., *The Nature and Scope of Restitution*, Hart Publishing, 2000
- LAW COMMISSION, *Illegal Transactions: the Effect of Illegality on Contracts and Trusts*, Consultation Paper 154 1999
- LAW COMMISSION, *Restitution: Mistakes of Law and Ultra Vires Public Authority Receipts and Payments*, Report 227, 1994
- LAW COMMISSION, *The Illegality Defence*, Report 320 et Consultation Paper 189, 2009-2010
- LAW COMMISSION, *The Illegality Defence in Tort*, Consultation Paper 160, 2001
- LODDER A., *Enrichment in the Law of Unjust Enrichment and Restitution*, Hart Publishing, 2012
- PALMER R., *English Law in the Age of the Black Death*, UNCP, 1993

- PLUNKETT J., *The Duty of Care in Negligence*, Hart Publishing, 2018
- SAMET I., *Equity : Conscience Goes to Market*, OUP, 2018
- SEAH W., *Mistake as an Unjust Factor: Autonomy and Unjust Enrichment*, Thèse Oxford, 2015
- SHEEHAN D., *Mistake of Law*, Thèse Oxford, 2002
- SIMPSON A., *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon, 1975
- SMITH S., *Rights, Wrongs, and Injustices: The Structure of Remedial Law*, OUP, 2019
- STEVENS R., *The Laws of Restitution*, OUP, 2023
- STOLJAR S., *A History of Contract at Common Law*, ANUP, 1975
- WEBB C., *Reason and Restitution: A Theory of Unjust Enrichment*, OUP, 2016
- WINFIELD P., *The Province of the Law of Tort*, CUP, 1931
- WRIGHT R., *Legal Essays and Addresses*, CUP, 1939
- ZAKRZEWSKI R., *Remedies Reclassified*, OUP, 2005

Articles et contributions

- AKKOUH T. et WEBB C., « Mistake, Misprediction and Change of Position », *RLR* 2002, pp. 107-111
- AMES J., « The History of Assumpsit. Express Assumpsit », *HLR* 1888, pp. 1-19
- AMES J., « The History of Assumpsit. Implied Assumpsit », *HLR* 1888, pp. 53-69
- ATIYAH P., « The Law of Restitution », *MLR* 1979, pp. 727-729
- BAKER J., « The History of Quasi-Contract in English Law » in CORNISH W. ET AL. (dir.), *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998, pp. 37-56
- BAKER J., « The Use of Assumpsit for Restitutionary Monetary Claims » in SCHRAGE E. (dir.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, 1995, pp. 31-58
- BANT E., « Causation and Scope of Liability in Unjust Enrichment », *RLR* 2009, pp. 60-78
- BARKER K., « Restitution of Passenger Fare », *LMCLQ* 1993, pp. 291-296
- BARKER K., « Unjust Enrichment: Containing the Beast », *OJLS* 1995, pp. 457-475
- BARNETT K., « Restitution, Compensation and Disgorgement » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 456-475
- BEATSON J., « Discharge for Breach: The Position of Instalments, Deposits and Other Payments Due before Completion », *LQR* 1981, pp. 389-419
- BEEVER A., « The Declaratory Theory of Law », *OJLS* 2013, pp. 421-444
- BIRKS P., « Change of Position and Surviving Enrichment » in SWADLING W. (dir.), *The Limits of Restitutionary Claims: A Comparative Analysis*, UKNCCL, 1997, pp. 36-63
- BIRKS P., « Failure of Consideration » in ROSE F. (dir.), *Consensus Ad Idem: Essays in the Law of Contract in Honour of Günter Treitel*, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 179-202
- BIRKS P., « In Defence of Free Acceptance » in BURROWS A. (dir.), *Essays on the Law of Restitution*, Clarendon, 1991, pp. 105-146
- BIRKS P., « Recovering Value Transferred under an Illegal Contract », *TIL* 2000, pp. 155-204
- BIRKS P., « Restitution and the Freedom of Contract », *CLP* 1983, pp. 141-162
- BIRKS P., « Rights, Wrongs, and Remedies », *OJLS* 2000, n°20, pp. 1-37
- BIRKS P., « The Burden on the Bank » in ROSE F. (dir.), *Restitution and Banking Law*, Mansfield Press, 1998, pp. 189-232
- BURROWS A., « “At the Expense of the Claimant”: A Fresh Look », *RLR* 2018, pp. 167-182
- BURROWS A., « Absence of Basis: The New Birksian Scheme » in BURROWS A. et RODGER A. (dir.), *Mapping the Law*, OUP, 2006, pp. 33-48
- BURROWS A., « Address given at the Memorial Service for Peter Birks on 20 November 2004 in the University Church of St Mary the Virgin, Oxford » in BURROWS A. et RODGER A. (dir.), *Mapping the Law*, OUP, 2006, pp. VII-XVI
- BURROWS A., « Change of Position: The View from England », *Loyola Los Angeles Law Review* 2003, pp. 803-830
- BURROWS A., « Free Acceptance and the Law of Restitution », *LQR* 1988, pp. 576-599
- BURROWS A., « In Defence of Unjust Enrichment », *CLJ* 2019, pp. 521-544
- BURROWS A., « Swaps and the Friction between Common Law and Equity », *RLR* 1995, pp. 15-29
- BURROWS A., « The English Law of Restitution: A Ten-Year Review » in MCINNES M., NEYERS J. et PITEL S. (dir.), *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, pp. 11-33
- BURROWS A., « Unjust Enrichment and Restitution » in GOLD A. ET AL. (dir.), *The Oxford Handbook of the New Private Law*, OUP, 2020, pp. 293-308
- CARTWRIGHT J., « Freedom of Contract, Judicial Control, and Remedies for Non-Performance: Comparative Reflections from English Law » in *Mélanges Aynès*, LGDJ, 2019, pp. 85-96
- CHANDLER P., « Economic Duress: Clarity or Confusion? », *LMCLQ* 1989, pp. 270-277
- COLL., « Developments in the Law – Unjust enrichment », *HLR* 2020, pp. 2062-2076
- DALZELL J., « Duress by Economic Pressure », *NCLR* 1942, pp. 237-277

- DESCHEEMAER E., « Fusionner droit strict et équité : aperçus sur le droit anglais de la responsabilité civile », *Annuaire de l'Institut Michel Villey* 2010, pp. 89-109
- EDELMAN J., « Change of Position: A Defence of Unjust Enrichment », *Boston University Law Review* 2012, pp. 1009-1034
- EDELMAN J., « The Meaning of Loss and Enrichment » in CHAMBERS R., MITCHELL C. et PENNER J. (dir.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2009, pp. 211-241
- FINN P., « Equitable Doctrine and Discretion in Remedies » in CORNISH W. ET AL. (dir.), *Restitution: Past, Present and Future*, Hart Publishing, 1998, pp. 251-274
- FINNIS J., « The Fairy Tale's Moral », *LQR* 1999, pp. 170-175
- FRIEDMANN D., « The Performance Interest in Contract Damages », *LQR* 1995, pp. 628-654
- GARNER M., « The Role of Subjective Benefit in the Law of Unjust Enrichment », *OJLS* 1990, pp. 42-65
- GOFF R., « Reform of the Law of Restitution », *MLR* 1961, pp. 85-100
- GOUDKAMP J. et MITCHELL C., « Denials and Defences in the Law of Unjust Enrichment » in MITCHELL C. et SWADLING W. (dir.), *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2013, pp. 133-164
- GOUDKAMP J., « The end of an era? Illegality in private law in the Supreme Court », *LQR* 2017, pp. 14-20
- GOYMOUR A., « Reflections on the Restitution Revolution – England and Wales » in ROBERTSON A., VIRGO G. et WORTHINGTON S. (dir.), *Revolution and Evolution in Private Law*, Hart Publishing, 2018, pp. 177-192
- GRANTHAM R., « The Equitable Basis of the Law of Restitution » in DEGELING, S. et EDELMAN, J. (dir.), *Equity in Commercial Law*, Federation Press, 2005, pp. 349-379
- GRODECKI J., « In Pari Delicto Potior Est Conditio Defendentis », *LQR* 1955, pp. 254-274
- HALBERDA J., « Mistake of Law and Mistake of Fact in English Law of Restitution », *TLHR* 2004, pp. 261-283
- HALSON R., « Opportunism, Economic Duress and Contractual Modifications », *LQR* 1991, pp. 649-678
- HAYCROFT A. et WAKSMAN D., « Frustration and Restitution », *Journal of Business Law* 1984, pp. 207-225
- HEDLEY S., « Farewell to Unjustified Enrichment: A Common Law Response », *ELR* 2016, n°20, pp. 326-337
- HEDLEY S., « Implied Contract and Restitution », *CLJ* 2004, pp. 435-455
- HEDLEY S., « Restitution: Contract's Twin? » in ROSE F. (dir.), *Failure of Contract*, Bloomsbury, 1997, pp. 247-274
- HEDLEY S., « Unjust Enrichment - a Middle Course? », *OUCLJ* 2002, n°2, pp. 181-196
- HEDLEY S., « Unjust Enrichment as the Basis of Restitution – an Overworked Concept », *LS* 1985, n°5, pp. 56-66
- HEDLEY S., « Unjust Enrichment », *CLJ* 1995, pp. 578-599
- HO L. et FUNG E., « Establishing Estoppel after the Recognition of Change of Position », *RLR* 2001, pp. 52-66
- HO L., « Unjust enrichment and Equity » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 123-144
- HOFFMAN L., « Common Sense and Causing Loss », Lecture to the Chancery Bar Association, 15 juin 1999
- IBBETSON D., « Development at common law » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 28-40
- IBBETSON D., « Unjust Enrichment and Lord Mansfield » in DONDORP H., SCHERMAIER M. et SIRKS B. (dir.), *De Rebus Divinis et Humanis*, V&R Unipress, 2019, pp. 193-202
- IBBETSON D., « Unjust Enrichment in England before 1600 » in SCHRAGE E. (dir.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, 1995, pp. 121-148
- JEWEL M., « Change of Position » in BIRKS P. et ROSE F. (dir.), *Lessons of the Swaps Litigation*, Mansfield Press, 2000, pp. 273-290
- JONES G., « Change of Circumstances in Quasi-Contract », *LQR* 1957, pp. 48-64
- JONES G., « Restitutionary Claims for Services Rendered », *LQR* 1977, pp. 273-295
- KEY P., « Estoppel by Representation as a Defence to Restitution: The Exception Proves the Rule? », *CLJ* 2001, pp. 465-468
- KEY P., « Excising Estoppel by Representation as a Defence to Restitution », *CLJ* 1995, pp. 525-535
- KLIMCHUK D., « What Kind of Defence is Change of Position » in DYSON A., GOUDKAMP J. et WILMOT-SMITH F. (dir.), *Defences in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016, pp. 69-86
- KULL A., « James Barr Ames and the Early Modern History of Unjust Enrichment », *OJLS* 2005, pp. 297-319
- LANGBEIN J., « The Later History of Restitution » in CORNISH W. ET AL. (dir.), *Restitution: Past, Present, and Future*, Bloomsbury, 1998, pp. 57-62
- LAWS J., « The Rule of Law: The Presumption of Liberty and Justice », *Judicial Review* 2017, pp. 365-373
- LAYCOCK D., « Restoring Restitution to the Canon », *Michigan Law Review* 2012, n°110, pp. 929-952
- LEOW R. et LIAU T., « Proprietary Restitution », in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 476-497

- LEWISON K., « Under the Influence », *RLR* 2011, pp. 1-14
- LIM E., « *Ex Turpi Causa*: Reformation not Revolution », *MLR* 2017, pp. 927-941
- MAHER F., « A New Conception of Failure of Basis », *RLR* 2004, pp. 96-109
- MAITLAND F., « A Prologue to a History of English Law », *LQR* 1898, pp. 13-33
- MANCE J., « Should the Law be Certain? », *Oxford Shrieval Lecture*, 11 octobre 2011
- MATTHEWS P., « Freedom, Unrequested Improvements, and Lord Denning », *CLJ* 1981, pp. 340-358
- MCINNES M., « Enrichment Revisited » in MCINNES M., NEYERS J. et PITEL S. (dir.), *Understanding Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2004, pp. 165-220
- MCINNES M., « Enrichments, Expenses and Restitutionary Defences », *LQR* 2002, pp. 209-214
- MCKENDRICK E., « Frustration, Restitution and Loss Apportionment » in BURROWS A. (dir.), *Essays on the Law of Restitution*, Clarendon, 1991, pp. 147-170
- MITCHELL P., « Artificially in Failure of Consideration », *UQLJ* 2010, pp. 191-210
- NEUBERGER D., « Judges and Professors – Ships Passing in the Night? », *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* 2013, n°2, pp. 233-250
- NOLAN D., « Economic Duress and the Availability of a Reasonable Alternative », *RLR* 2000, pp. 105-114
- NOLAN R., « Change of Position » in BIRKS, P. (dir.), *Laundering and Tracing*, Clarendon Press, 1995, pp. 135-190
- NOLAN R., « Controlling Fiduciary Power », *CLJ* 2009, pp. 293-323
- PARTLETT D. et WEAVER R., « Restitution: Ancient Wisdom », *Loyola Los Angeles Law Review* 2003, pp. 975-990
- PINEL LE DRET V., « *Da Svidania Blake* », *ZEuP* 2022, pp. 232-234
- POLLOCK F., « The Expansion of the Common Law. IV. The Law of Reason », *Columbia Law Review* 1904, pp. 171-194
- POSNER R. et ROSENFELD A., « Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis », *JLS* 1977, pp. 83-118
- PRIEL D., « In Defence of Quasi-Contract », *MLR* 2012, pp. 54-77
- PRIEL D., « The Law and Politics of Unjust Enrichment », *Comparative Research in Law & Political Economy* 2013, Research Paper 15/2013
- REED R., « Theory and Practice » in DYSON A., GOUDKAMP J. et WILMOT-SMITH F. (dir.), *Defences in Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2016, pp. 309-316
- REID J., « The Judge as Law Maker », *JCULR* 1972, pp. 22-29
- RODGER A., « Recovering Payments under Void Contracts in Scots Law » in JONES G. et SWADLING W. (dir.), *The Search for Principle. Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, OUP, 1999, pp. 1-21
- ROSE F., « The Evolution of the Species » in BURROWS A. et RODGER A. (dir.), *Mapping the Law*, OUP, 2006, pp. 13-29
- ROTHERHAM C., « Restitution for Wrongs » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 78-100
- SAIMAN C., « Restitution in America: Why the US Refuses to Join the Global Restitution Party », *OJLS* 2008, pp. 99-126
- SEAH W., « Misprediction, Mistakes and the Law of Unjust Enrichment », *RLR* 2007, pp. 93-122
- SEAVEY W. et SCOTT A., « Restitution », *LQR* 1938, pp. 29-45
- SHEEHAN D., « Tracing the Modern Criticism of the Mistake of Law Bar », *Norwich Law School Working Paper Series* 2009
- SHEEHAN D., « What is a Mistake? », *LS* 2000, pp. 538-565
- SMITH L., « Restitution for Mistake of Law », *RLR* 1990, pp. 148-158
- SMITH L., « Restitution: A New Start? » in DEVONSHIRE P. et HAVELOCK R. (dir.), *The Impact of Equity and Restitution in Commerce*, Hart Publishing, 2018, pp. 91-118
- SMITH S., « The Restatement of Liabilities in Restitution » in MITCHELL C. et SWADLING W. (dir.), *The Restatement Third: Restitution and Unjust Enrichment*, Hart Publishing, 2013, pp. 227-250
- SMITH S., « Unjust Enrichment: Nearer to Tort than Contract » in CHAMBERS R., MITCHELL C. et PENNER J. (dir.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2009, pp. 181-208
- STEEL S., « Remedies, Analysed », *OJLS* 202, pp. 539-564
- STEVENS R., « The Unjust Enrichment Disaster », *LQR* 2018, pp. 574-601
- STEWART A. et CARTER J., « Frustrated Contract and Statutory Adjustment », *CLJ* 1992, pp. 66-112
- STOLJAR S., « The Doctrine of Failure of Consideration », *LQR* 1959, pp. 53-76
- SUMPTION J., « Reflections on the Law of Illegality », *RLR* 2012, pp. 1-12
- VIRGO G., « Causation and Remoteness in the Law of Unjust Enrichment » in EDELMAN J. et DEGELING S. (dir.), *Unjust Enrichment in Commercial Law*, Thomson Reuters, 2008, pp. 147-176
- VIRGO G., « *Patel v. Mirza*: One Step Forward and Two Steps Back », *T&T* 2016, pp. 1090-1097
- VIRGO G., « Restitution » in BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*. Tome I, Sweet & Maxwell, 2022, 34^{ème} éd., Chap. 32
- WATTERSON S., « Direct Transfers in the Law of Unjust Enrichment », *CLP* 2013, pp. 435-470
- WATTERSON S., « Reversing Mistaken Voluntary Dispositions », *CLJ* 2013, pp. 501-504
- WATTS P., « Property and “Unjust Enrichment”: Cognate Conservators », *NZLR* 1998, pp. 151-162
- WATTS P., « Restitution – A Property Principle and a Services Principle », *RLR* 1995, pp. 49-82
- WATTS P., « Taxonomy in Private Law – Furor in Text and Subtext », *NZLR* 2014, pp. 107-144

- WATTS P., « “Unjust Enrichment” – the Potion that Induces Well-meaning Sloppiness of Thought », *CLP* 2016, pp. 289-325
- WEBB C., « Property, Unjust Enrichment, and Defective Transfers » in CHAMBERS R., MITCHELL C. et PENNER J. (dir.), *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment*, OUP, 2009, pp. 335-370
- WEBB C., « What is Unjust Enrichment? », *OJLS* 2009, pp. 215-244
- WEINRIB E., « Illegality as a Tort Defence », *UTLJ* 1976, pp. 28-54
- WILLIAMS G., « The Legal Effect of Illegal Contracts », *CLJ* 1942, pp. 51-69
- WILMOT-SMITH F., « Reconsidering Total Failure », *CLJ* 2013, n°72, pp. 414-436
- WILMOT-SMITH F., « Replacing Risk-Taking Reasoning », *LQR* 2011, pp. 610-630
- WINDER W., « Undue Influence and Coercion », *MLR* 1939, pp. 97-120
- WINFIELD P., « Public Policy in the English Common Law », *HLR* 1928, pp. 76-102
- WINFIELD P., « The American Restatement of the Law of Restitution », *LQR* 1938, pp. 529-542
- WRIGHT R., « Restatement of the Law of Restitution », *HLR* 1937, pp. 369-383
- WRIGHT R., « *Sinclair v. Brougham* », *CLJ* 1938, pp. 305-326

Droit allemand

Traité et manuels

- LARENZ K. et CANARIS C.-L., *Lehrbuch des Schuldrechts*. Tome II, Vol. 2, Beck, 1994, 13^{ème} éd.
- VON SAVIGNY F.-C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*. Tome II, Veit, 1853
- VON SAVIGNY F.-C., *System des heutigen römischen Rechts*. Tome V, Veit, 1841
- WINDSCHEID B., *Die Lehre des Römischen Rechts von der Voraussetzung*, Buddeus, 1850
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Tome II, Partie 2, Buddeus, 1866

Thèses et monographies

- ELLGER R., *Bereicherung durch Eingriff*, Mohr Siebeck, 2002
- KÖNIG D., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Winter, 1985
- WILBURG W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Leuschner & Lubensky, 1934

Articles et contributions

- BALDUS C., « Der Prophet im fremden Land? Zum 250. Geburtstag von Karl Salomo Zachariae », *ZEuP* 2019, pp. 724-741
- DU PLESSIS J. et ZIMMERMANN R., « Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment », *RLR* 1994, n°2, pp. 14-43, p. 16
- GAUTIER P.-Y., « Karl Salomon Zachariae », *RDC* 2011, n°2, pp. 631-638
- JANSEN N., « Gesetzliche Schuldverhältnisse. Eine historische Strukturanalyse », *Archiv für die civilistische Praxis* 2016, pp. 166-233
- JANSEN N., §§677-687 I in SCHMÖCKEL M., RÜCKERT J. et ZIMMERMANN R. (dir.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*. Tome III. *Schuldrecht : Besonderer Teil*, §433-853. Vol. 2. §657-853, Mohr Siebeck, 2013
- STADLER A., §812 in STÜRNER R. (dir.), *Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch*, Beck, 2021, 18^{ème} éd.
- VON CÄMMERER E., « Bereicherung und unerlaubte Handlung », in *Festschrift für Ernst Rabel*. Tome I, Mohr, 1954, pp. 334-401
- WAGNER G., « Gesetzliche Schuldverhältnisse » in WILLOWEIT D. (dir.), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert*, Beck, 2007, pp. 181-252

Droit comparé, théorie du droit et droits autres que le droit français, allemand et de common law

Traité et manuels

- BARBEYRAC J., *Le droit de la nature et des gens*. Tome I, Schelte, 1706
- DE FERRIÈRE C.-J., *Nouvelle traduction des Institutes de l'Empereur Justinien*. Tome VI, Saugrin, 1734
- DE GROOT H., dit GROTIUS, *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyd*, Weduwe van Hillebrant, 1631

- DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*. Tome III. *Les obligations* (deuxième partie), Bruylant, 1967
- DU CAURROY A., *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*. Tome III, Alex-Gobelet, 1836, 5^{ème} éd.
- DU FAVRIL G., *Le Digeste ou Pandectes de l'Empereur Justinien*. Tome VIII, Rousseau, 1807
- GIRARD F., *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 1929, 8^{ème} éd.
- HEINECCIUS J.-G., *Elementa Iuris Civilis*. Tome I, Varrentrapp, 1747, 5^{ème} éd.
- HULOT H., *Les cinquante livres du Digeste*, Rondonneau, 1805
- MOLITOR J.-P., *Les obligations en droit romain avec l'indication des rapports entre la législation romaine et le droit français*. Tome II, Hoste, 1862, 2^{ème} éd.
- SAMUEL G., *An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, 2014
- SCHULZ F., *Classical Roman Law*, Clarendon, 1951
- VON PUFENDORF S., *De iure naturæ et gentium*, Junghans, 1672
- WATSON A., *The Digest of Justinian*, UPP, 1985

Thèses et monographie

- BINGHAM T., *The Rule of Law*, Penguin, 2011
- CUMYN M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité*, LGDJ, 200
- DESCHEEMAER E., *The Division of Wrongs*, OUP, 2009
- EVANS W., *Pothier on Obligations*. Tome II, Strahan, 1806
- FRÉCHETTE P., *La restitution des prestations*, Blais, 2018
- GORDLEY J., *The Jurists*, OUP, 2013
- HÄCKER B., *Consequences of Impaired Consent Transfers: A Structural Comparison of English and German Law*, Hart Publishing, 2013
- HALLEBEEK J., *The Concept of Unjust Enrichment in Late Scholasticism*, GNI, 1996
- HARKE J., *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Duncker & Humblot, 2016
- ROWAN S., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Analysis of the Protection of Performance*, OUP, 2012
- WEINRIB E., *Corrective Justice*, OUP, 2012
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon, 1996

Articles et contributions

- ATIYAH P., « Judges and Policy », *Israeli Law Review* 1980, pp. 346-371
- BIRKS P., « Definition and Division: A Meditation on *Institutiones* 3.13 » in BIRKS P. (dir.), *The Classification of Obligations*, OUP, 1997, pp. 1-36
- FEENSTRA R., « Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law » in SCHRAGE E. (dir.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Duncker & Humblot, 1995, pp. 197-236
- FULLER L. et PERDUE W., « The Reliance Interest in Contract Damages », *YLJ* 1936–1937, pp. 52-96
- GORDLEY J., « Unjust Enrichment: a Comparative Perspective and a Critique » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 41-60
- HÄCKER B., « Contract and Conveyance: The Further Repercussions of Different Transfer Systems » in CARTWRIGHT J. et LÓPEZ Y LÓPEZ A. (dir.), *Property and Contract: Comparative Reflections on English and Spanish Law*, Hart Publishing, 2021, pp. 89-136
- HÄCKER B., « Enrichissement injustifié – unjust enrichment – ungerechtfertigte Bereicherung : ce qu'il y a derrière ce nom », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 172-181
- HÄCKER B., « Mistaken Gifts after *Pitt v. Holt* », *CLP* 2014, pp. 333-372
- HÄCKER H., « Unjust Factors versus Absence of Juristic Reason (*Causa*) » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 290-313
- HALLEBEEK J., « Unjust Enrichment as a Source of Obligation », *RLR* 2002, n°10, pp. 92-99
- JANSEN N., « Farewell to Unjustified Enrichment? », *ELR* 2016, pp. 123-148
- JANSEN N., « Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law? », *ZEuP* 2007, pp. 958-991
- JANSEN N., « Restitution » in ASTORRI P., BRAUN H. et DE BOM E. (dir.), *A Companion to the Spanish Scholastics*, Brill, 2021, pp. 448-471
- KREBS T., « In Defence of Unjust Factors » in JOHNSTON D. et ZIMMERMANN R. (dir.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, CUP, 2002, pp. 76-101
- LETELIER P., « A Wrong Turn? Reconsidering the Unified Approach to Unjust Enrichment Claim », *LQR* 2020, pp. 121-138
- LONG G., « Restitutio in Integrum » in SMITH W. (dir.), *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, Murray, 1875, pp. 987-988

- MACCORMACK G., « The Early History of the “Actio de in Rem Verso” (Alfenus to Labeo) » in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*. Tome II, La Goliardica, 1982, pp. 319-340
- MACCORMACK G., « The Later History of the *Actio de in Rem Verso* (Proculus - Ulpian) », *Studia et Documenta Historiæ et Iuris* 1982, pp. 318-367
- MEIER S., « Unjust Factors and Legal Grounds » in JOHNSTON D. et ZIMMERMANN R. (dir.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, CUP, 2002, pp. 37-75
- NICHOLAS B., « Unjustified Enrichment in the Civil Law and Louisiana Law », *Tulane Law Review* 1962, n°36, pp. 605-646
- PICHONNAZ P., « Clause générale et *condictio indebiti* : la relation délicate entre les articles 62 et 63 code des obligations suisse », *Tribonien* 2019, n°4, pp. 116-137
- PICHONNAZ P., « Some Diachronic Reflections on the Scope of Error in Unjustified Enrichment » in JANSEN N. et MEIER S. (dir.), *Iurium itinera*, Mohr Siebeck, 2022, pp. 601-626
- SCOTT H., « Comparative Taxonomy: an Introduction » in BANT E., BARKER K. et DEGELING S. (dir.), *Research Handbook on Unjust Enrichment and Restitution*, Elgar, 2020, pp. 145-166
- SEFTON-GREEN R., « Remedies », *McGill Law Journal* 2020, pp. 153-157
- SEFTON-GREEN R., « Why Are Remedies not a Legal Subject in Civilian Law » in POPOVICI A., SMITH L. et TREMBLAY R. (dir.), *Les intraduisibles en droit civil*, Thémis, 2014, pp. 255-286
- SENN F., « Les obligations naturelles, la leçon de la Rome antique », *RHDFE* 1958, n°4, pp. 151-189
- VON CÆMMERER E., « Problèmes fondamentaux de l'enrichissement sans cause », *RDIC* 1966, pp. 573-592
- ZIMMERMANN R., « Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach », *OJLS* 1995, pp. 403-429

Ecrits non-juridiques

- BOURGEOIS L., *Solidarités*, Colin, 1896
- CAMPBELL-SMITH D., *Follow the Money: The Audit Commission, Public Money and the Management of Public Services, 1983-2008*, Allen Lane, 2008
- DE LA ROCHEFOUCAULD F., *Sentences et maximes de la morale*, Steucker, 1664
- GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Grasset, 1935
- LEMARCHAND G., *L'économie en France de 1770 à 1830, De la crise de l'Ancien Régime à la révolution industrielle*, Colin, 2008
- BOURGEOIS L., « Solidarité, justice et liberté », Rapport au Congrès d'éducation sociale, 26-30 septembre 1900, Alcan, 1901, pp. 79-94
- BRUGUIÈRE M.-B., « Images de Rome dans la littérature française du XVII^{ème} siècle » in KRYNEN J. (dir.), *Droit romain, ius civile et droit français*, PUTC, 1999, pp. 17-47
- GOYARD-FABRE S., « La Justice. Une problématique embarrassée », *Philopsis* 2002, pp. 1-23
- GAFFIOT F., *Dictionnaire latin-français*, Hachette, 1934
- REY A., *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2019