

# Doctrine

---

## LA SUBSIDIARITÉ DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE : ÉTUDE DE DROIT FRANÇAIS À LA LUMIÈRE DU DROIT COMPARÉ

Alexis POSEZ

Docteur en droit

Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas

### RÉSUMÉ

*La condition de subsidiarité de l'action de in rem verso est de ces règles qui, semblant commandées autant par la raison que par l'opportunité, ne suscitent que rarement l'examen. Ainsi abandonnée à la seule prudence des juges, elle peut se présenter au justiciable comme une exception inexplicable au droit dont il se croyait rempli, et au juriste comme un tempérament non moins énigmatique aux principes qu'il se fait métier d'articuler. Joint aux préventions souvent exprimées à son encontre par les droits étrangers, la subsidiarité de l'enrichissement sans cause se heurte plus que jamais à la circonspection des auteurs qui s'interrogent sur son bien-fondé. Sans doute n'est-il pas inutile, dès lors, de remonter aux origines du problème, et de s'interroger, de là, sur le fondement de la règle. Revenu à la source, il apparaît que l'explication pourrait bien être double, selon que la subsidiarité est invoquée au cas d'existence d'une autre action ou qu'elle l'est, à l'inverse, au cas de disparition de cette action principale. Dans le premier cas, la subsidiarité se justifie par le principe de primauté de la règle spéciale sur la règle générale ; dans le second, c'est l'existence d'une juste cause qui fait obstacle à l'action. Cette dualité de fondement permettrait de résoudre finalement un problème dont la duplicité aura ainsi assuré la résistance.*

## ABSTRACT

*From a French perspective, the subsidiarity of the action de in rem verso appears to be required as much by reason as by opportuneness, and thus is seldom questioned. Left to the wisdom of the judges only, respondent may see it as an unexplainable exception to the right he thought to be entitled to, whereas lawyers would analyse it to be as a no less enigmatic rejection of the rules they are supposed to apply. Combined with the prejudices expressed in other legal systems, the subsidiarity of unjustified enrichment is more than ever challenged by authors who question its validity. It therefore seems useful to trace the origins of the problem. Going back to the source of the rule, the explanation appears twofold. Either subsidiarity is invoked in a case where another action still exists or, on the contrary, where the main cause of action disappeared. In the first case, subsidiarity is justified by the rule specialia generalibus derogant ; in the second, restitution is prevented by the existence of a legal basis for enrichment. This dual explanation could finally shed light on subsidiarity, whose duplicity so far hindered any attempt to give a clear statement of the law.*

## INTRODUCTION

1. Si le droit français des contrats a, depuis plusieurs années déjà, pris la mesure de la concurrence imposée entre les systèmes juridiques par le mouvement d'harmonisation des droits nationaux, la matière des quasi-contrats avait pour sa part été épargnée, jusqu'ici, par l'épreuve de la comparaison. Longtemps, la théorie de l'enrichissement sans cause, en particulier, est restée souverainement indifférente aux réflexions doctrinales qui, depuis plus d'un siècle, agitent les droits étrangers sur cette cause de répétition<sup>(1)</sup>. Cette parfaite autonomie a permis au droit français

(1) Voy. not., pour le droit allemand : E. JUNG, *Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des « rechtlichen Grundes »*, Hirschfeld, Leipzig, 1902 ; R. VON MAYR, *Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechtes*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1903 ; E. VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1954 ; D. REUTER et M. MARTINEK, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1983 ; D. KÖNIG, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Winter, Heidelberg, 1985 ; H. J. WIELING, *Bereicherungsrecht*, Springer, Vienne, 2006. Pour le droit anglais, parmi la multitude : P. WINFIELD, *The Law of Quasi-Contracts*, Sweet & Maxwell, London, 1952 ; R. GOFF et G. JONES, *The Law of Restitution, id. ed.*, 1966 ; P. BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford Univ. Press, 2005 ; G. VIRGO, *The Principles of the Law of Restitution*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford Univ. Press, 2006 ; A. BURROWS, *The Law of Restitution*,

de développer ses propres règles, et ses propres conditions, sans égard pour les évolutions, souvent antagonistes, suivies par les autres systèmes sur les mêmes questions. Parmi ces caractères de l'enrichissement sans cause *more gallico*, le principe de subsidiarité occuperait une place tout à fait prééminente : il n'est pas rare en effet de voir la règle présentée comme une singularité du droit français, tout juste partagée par les rares systèmes qui, influencés par celui-là, ne s'en seraient pas encore assez détachés. C'est dire que la subsidiarité de notre action *de in rem verso*, qui a toujours manqué à se trouver une justification convaincante, paraît appelée à subir une difficile épreuve, à présent que la matière semble s'ouvrir à son tour à la comparaison<sup>(2)</sup>. Dans cette perspective, il peut

3<sup>e</sup> éd., *id. ed.*, 2011. Depuis vingt ans, y paraît même chaque année une revue entièrement dédiée à la question : *The Restitution Law Review*. Et auparavant déjà, outre-Atlantique : W. KEENER, *A Treatise on the Law of Quasi-Contracts*, Baker Voorhis, New York, 1893 ; F. WOODWARD, *The Law of Quasi-Contracts*, Little, Brown & Co., Boston, 1913 ; jusqu'à ce la matière y fasse l'objet d'un *restatement* complet : *Restatement of the Law of Restitution - Quasi-Contracts and Constructive Trusts*, American Law Institute, 1937. Elle s'est si développée depuis qu'un nouveau *restatement* vient de voir le jour : *Restatement of the Law Third - Restitution and Unjust Enrichment*, American Law Institute, 2011. Dans l'intervalle, voy. not. G. PALMER, *The Law of Restitution*, Little, Brown & Co., Boston, 1978, 4 vol. Pour le droit italien : A. DE LUCA, *Teorica del quasi contratto*, Catania, 1929 ; R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Turin, 1959 ; F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milan, 1999 ; P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milan, 2003 ; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, CEDAM, Padoue, 2005, entre beaucoup d'autres. Ailleurs encore : E. TORINO, *Enriquecimiento sin causa*, Buenos Aires, 1929 ; et J. FABREGA PONCE, *El enriquecimiento sin causa*, Plaza & Janés, Bogota, 1996, 2 vol.

(2) Ces dernières années, les ouvrages de droit comparé consacrés à la question se multiplient partout en Europe : P. RUSSELL (dir.), *Unjustified Enrichment - A Comparative Study of the Law of Restitution*, VU Univ. Press, Amsterdam, 1996 ; E. SCHRAGE, *Unjust Enrichment - The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, 2<sup>e</sup> éd., Duncker & Humblot, Berlin, 1999 ; P. SCHLECHTRIEM, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, 2 vol. ; F. SCHÄFER, *Das Bereicherungsrecht in Europa*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001 ; D. JOHNSTON et R. ZIMMERMANN, *Unjustified Enrichment - Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge Univ. Press, 2002 ; J. BEATSON et E. SCHRAGE (dir.), *Casebook on the Common Law of Europe - Unjustified Enrichment*, Hart Publ., 2003 ; L. VACCA (dir.), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, colloque Aristec, Padoue et Vérone, 25-27 septembre 2003, G. Giappichelli, Turin, 2005 ; V. MANNINO (dir.), *L'arricchimento senza causa*, colloque Rome, 24 et 25 octobre 2003, G. Giappichelli, Turin, 2005, et Fac. dr. et sc. soc. Poitiers, LGDJ, 2007 ; G. DANNEMANN, *The German Law of Unjustified Enrichment and Restitution - A Comparative Introduction*, Oxford Univ. Press, 2009 ; Ch. VON BAR (dir.), *Principles of European Law*, vol. 8, *Unjustified Enrichment*, Sellier-Bruylant-Stämpfli, 2010. Voy. égal. le site de S. Hedley, qui compile sur ce thème des ressources du monde entier :

être utile de revenir un instant sur sa raison d'être et, ce faisant, sur la nécessité de cette condition.

2. Aucune des conditions de l'action *de in rem verso* n'est sans doute d'une absolue précision, mais celle tenant dans sa subsidiarité est peut-être la plus nébuleuse de toutes. On comprend bien ce que la condition d'appauvrissement et d'enrichissement corrélatif concède à l'incertitude de ce lien de corrélation, ou encore ce que l'absence de cause légitime postule d'indétermination au regard de ce critère de légitimité. Mais au moins ces deux autres conditions laissent-elles voir le degré de définition qu'elles abandonnent aux lumières des juges. La condition de subsidiarité, au contraire, sous le couvert d'un mot à la technicité rassurante, se donne tout entière à leur appréciation. Car nul ne sait au fond ce que cette condition désigne proprement, passé l'idée un peu vague que l'enrichissement sans cause ne pourrait jamais constituer qu'un ultime recours<sup>(3)</sup>.

<http://www.ucc.ie/law/restitution>. Sur ce thème déjà : J. DAWSON, *Unjust Enrichment - A Comparative Analysis*, Little, Brown & Co., Boston, 1951. Quant à la férocité de la confrontation, on en trouvera un aperçu spectaculaire dans un article récent : E. DESCHEEMAËKER, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.*, 2013, pp. 1 et s.

(3) La seule consultation des manuels de droit français suffit à donner la mesure de cette incertitude. Si certains exposent la question en distinguant entre obstacles de droit et obstacles de fait (J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd., PUF, 2000, n° 308 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6<sup>e</sup> éd., Litec, 1998, n° 2209 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2013, n° 1071), d'autres préfèrent distinguer selon que l'enrichissement est direct ou indirect (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 1073-1), tandis que d'autres encore adoptent une division tripartite et rarement identique (H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, 9<sup>e</sup> éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 710 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 14<sup>e</sup> éd., Sirey, 2011, n<sup>os</sup> 52 et s. ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 88). Si bien que l'on ne manque pas de relever qu'il est « délicat de prendre parti sur la valeur et la portée de cette condition » (G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 398), qu'il s'agit là d'« une expression bien ambiguë, qui engendre des flottements jurisprudentiels » (A. BÉNABENT, *Les obligations*, 13<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2012, n° 495), « La formule ayant soulevé bien des difficultés d'interprétation » (F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.*), et finalement qu'« Il en résulte une jurisprudence hésitante, obscure et difficile à analyser — et qui devrait conduire à reconsidérer le principe lui-même. » (Ph. RÉMY, « Le principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* en droit français », in *L'enrichissement sans cause*, colloque Rome, 24 et 25 octobre 2003, *Fac. dr. et sc. soc. Poitiers*, LGDJ, 2007, pp. 57 et s., n° 14), voire plus spéc. « que l'on peut se demander si elle ne s'en sert pas, de façon arbitraire, pour ouvrir ou fermer l'action sans autre critère que son sentiment du juste » (*id. auct.*, « Les restitutions dans un système

C'est pourtant par elle que l'on réalise la délicate opération qui consiste à suppléer, sans les méconnaître, l'insuffisance des autres règles de justice corrective. Aussi les auteurs des projets de réforme du droit des obligations n'ont-ils pas cru pouvoir en faire l'économie<sup>(4)</sup>.

3. L'idée n'est certes pas nouvelle, puisque la subsidiarité de l'action *de in rem verso* était déjà discutée au début de notre ère<sup>(5)</sup>. Mais elle ne fut jamais reçue en droit romain<sup>(6)</sup>, et il faudra semble-t-il attendre le Code prussien de 1794 pour que la règle s'inscrive dans la loi<sup>(7)</sup>. Rapidement exposée par Zachariä, puis traduite par Aubry et Rau<sup>(8)</sup>, la subsidiarité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause est de ces nombreuses innovations pandectistes passées par ce canal en droit français<sup>(9)</sup>, pour être finalement délaissée outre-Rhin<sup>(10)</sup>. Elle prendra son expression définitive avec la quatrième édition du traité des professeurs strasbourgeois<sup>(11)</sup>, avant que Planiol ne lui donne finalement son nom au début

de quasi-contrats : l'expérience française », in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, préc., *supra*, note 2, pp. 73 et s., n° 23). Rapp. égal. B. FAGES, *Droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, n° 453 : « N'ayant pas une force absolue, l'exigence de subsidiarité ne permet pas de conclure à l'irrecevabilité automatique de toute demande en enrichissement sans cause qui ne serait pas formée à titre principal ». Pour le détail de ces difficultés : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *loc. cit.*

(4) *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. P. Catala, 2005, Doc. fr., 2006, art. 1338 ; *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, Min. Justice, 2011, art. 214 ; *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz, 2013, art. 11.

(5) Voy. E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, t. II, 1908, p. 498, qui note que cette question était de celles, nombreuses par ailleurs, qui opposaient les Proculiens, tenants de la subsidiarité, à l'École sabinienne.

(6) Voy. par ex. *Inst. Justiniani*, IV, VII, 5, où l'action *de in rem verso* est admise en sus de l'action contractuelle, selon l'intérêt qu'y trouve le cocontractant.

(7) *Code général pour les États prussiens*, Impr. nat., 1802, partie I, titre XIII, § 277.

(8) K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, E. Mohr, Heidelberg, 1808, 4<sup>e</sup> éd., 1837, t. IV, § 576, 4<sup>o</sup>, trad. rev. et augm. par Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, F. Lagier, Strasbourg, 1844, p. 106.

(9) Voy. sur ce point J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 309, p. 547, qui note qu'il n'est pas sûr « que l'on se soit suffisamment interrogé sur les difficultés que recérait ce transfert d'institution d'un système juridique à un autre (ainsi, quant à la subsidiarité) ».

(10) En tant que telle au moins, le *Bürgerliches Gesetzbuch* ne contenant aucune disposition en ce sens. Mais on aura l'occasion de vérifier que, même autrement formulée, la subsidiarité trouve malgré tout à se manifester en quelque mesure (*infra*, note 84).

(11) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4<sup>e</sup> éd., Marchal & Billard, Paris, t. VI, 1873, § 578, 4<sup>o</sup>, p. 246 : « 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 sanction de la règle d'équité, qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui, dans

du siècle suivant<sup>(12)</sup>. Quant à la Cour de cassation française, après avoir initialement déclaré en 1892 que l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'était « soumise à aucune condition déterminée »<sup>(13)</sup>, elle a finalement fait sienne, vingt ans plus tard, la formule de ses anciens conseillers<sup>(14)</sup>, et attendu encore une autre guerre pour employer le mot à son tour<sup>(15)</sup>.

4. Un siècle après sa consécration jurisprudentielle, la condition de subsidiarité de l'action *de in rem verso*, utilisée tous les jours par les juges français pour refouler les actions fondées sur l'enrichissement sans cause, n'a sans doute jamais été plus vivace qu'aujourd'hui. Il n'est pas sûr en revanche qu'elle soit beaucoup plus intelligible qu'à son origine. Certaines analyses doctrinales, qui ont pour intérêt d'être à la fois appro-

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 délit, ou d'un quasi-délit ».

(12) M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> éd., F. Pichon, t. II, 1905, n° 935, dans le cas où l'action réelle en revendication « est devenue impossible parce que la chose réclamée a perdu son individualité, tout en figurant encore en valeur dans le patrimoine de son possesseur ». Voy. égal., à sa suite : Th. THÉODOROFF, *De l'enrichissement sans cause*, th. Toulouse, 1907, pp. 168 et s., qui en retient encore une acception restrictive ; G. BURCART, note sous Req., 8 février 1809, *S.*, 1911, I, p. 315, pour qui l'action ne peut être « la doublure des actions régulières », constituant en réalité « un moyen subsidiaire, à défaut de tout autre » ; E. BARTIN, in Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> éd., Marchal & Billard, t. IX, 1917, § 578, 4<sup>o</sup>, p. 361, note 10 ; ou encore A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD civ.*, 1922, pp. 35 et s., n°s 26 et s. Sur les origines de la notion : J.-M. AUGUSTIN, « Introduction historique à l'enrichissement sans cause en droit français », in *L'enrichissement sans cause*, colloque Rome, 24 et 25 octobre 2003, Fac. dr. et sc. soc. Poitiers, LGDJ, 2007, pp. 31 et s.

(13) Selon l'arrêt inaugural, dit du marchand d'engrais : Req., 15 juin 1892, *Patureau-Miran c. Boudier*, *S.*, 1893, I, p. 281, note J.-E. LABBÉ ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12<sup>e</sup> éd., par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, t. II, Dalloz, 2008, n° 239, ayant pour la première fois approuvé un tribunal d'avoir accueilli l'action *de in rem verso* de l'appauvri contre le tiers enrichi sans cause, dans un cas d'insolvabilité du débiteur principal. Il convient toutefois de rappeler pour mémoire que la Cour de cassation ne fit qu'emboîter le pas au Conseil d'État qui, le premier, venait de se fonder sur le « principe de droit commun que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » (CE, 15 février 1889, *Lemaire c. Fabrique de l'Église de Rincq*, *Rec.*, p. 226), bien avant de le consacrer finalement comme principe général du droit (CE, 14 avril 1961, *Min. Reconstruction c. Soc. Sud-Aviation*, *Rec.*, p. 236).

(14) Civ., 12 mai 1914, *S.*, 1918, I, p. 41, note E. NAQUET, au cas cette fois de carence dans la preuve du fondement contractuel excipé à titre principal. Quoique, là encore, le Conseil d'État avait déjà pris les devants : CE, 24 avril 1912, *Baudinaud et autres*, *Rec.*, p. 483.

(15) Req., 11 septembre 1940, *Clayette*, *D.H.*, 1940, p. 150 ; *S.*, 1941, I, p. 121, note P. ESMEIN, dans une hypothèse similaire à celle de l'arrêt *Boudier*.

fondées et convergentes, paraissent certes s'entendre pour considérer que la condition de subsidiarité n'autoriserait l'action fondée sur l'enrichissement sans cause que dans l'une des trois hypothèses suivantes : 1° l'action serait recevable si aucune autre action n'existe, même contre un autre que l'enrichi, permettant de désintéresser intégralement l'appauvri ; 2° elle le serait également si cette autre action, ayant existé, n'existe cependant plus, sauf à ce que cette disparition résulte de la faute de l'appauvri ; 3° l'action pourrait être encore admise, enfin, si l'action principale, qui subsiste en droit, trouve néanmoins un obstacle de fait dans l'insolvabilité du débiteur qui en est l'objet<sup>(16)</sup>. Toutefois, si ces cas de figure traduisent bien les solutions du droit positif, leur articulation ne se fait pas sans difficulté. D'emblée, la troisième hypothèse paraît devoir se subsumer sous la première, dont elle n'apparaît au fond que comme une illustration particulière. Quant à l'hypothèse intermédiaire, on remarque immédiatement qu'elle se présente sous la forme d'une alternative qui exige de rechercher la cause de la disparition, en sorte qu'elle ne se suffit pas à elle-même.

5. De surcroît, sous ce dernier aspect, la condition de subsidiarité empiète pour une large part sur une autre condition de l'action *de in rem verso*, tenant dans l'absence de juste cause au transfert de valeur. Dès lors en effet que l'on subordonne le respect de la condition de subsidiarité à la recherche de la cause de la disparition de l'action principale, il est facile de comprendre que ce n'est en réalité que cette autre condition que l'on sanctionne. C'est précisément cette confusion qui a, dès l'origine, convaincu nombre d'auteurs de dénoncer la condition de subsidiarité comme inutile voire dangereuse<sup>(17)</sup>. Joint aux incertitudes de la notion de

(16) Cette tripartition a été présentée par E. BARTIN, *loc. cit.* (*supra*, note 12), puis reprise par R. RODIÈRE, in Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2<sup>e</sup> éd., A. Rousseau, t. IXbis, 1952, n<sup>os</sup> 1756 et 1757, avant d'être développée à nouveau par J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>os</sup> 53 et s. Comp. les cinq propositions identifiées par Ph. DRAKIDIS, « La "subsidiarité", caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause », *RTD civ.*, 1961, pp. 577 et s., n<sup>o</sup> 44.

(17) M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 12), 9<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1923, n<sup>o</sup> 937bis ; V. MARAVENT, *L'enrichissement sans cause en droit égyptien*, th. Paris, 1947, pp. 129 et s. ; A. DE BERSAQUES, « Le caractère subsidiaire de l'*actio de in rem verso* », *R.C.J.B.*, 1957, pp. 120 et s. ; G. VINEY, note sous 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, *J.C.P.*, 1998, II, 10102, pour qui « il serait donc préférable d'évacuer purement et simplement cette notion fumeuse de "subsidiarité" qui n'a été inventée que pour réduire la portée de l'innovation réalisée en 1892 » ; Ph. RÉMY, « Le principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* en droit français », préc. (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 20, où l'auteur conclut que « le principe de subsidiarité est inutile lorsqu'il est justifié, et embarrassant lorsqu'il ne l'est pas ». D'autres auteurs

juste cause, c'en est même pour certain la théorie de l'enrichissement sans cause en son entier qu'il conviendrait d'abolir, pour lui préférer l'édiction de règles particulières dans toutes les situations qui le requièrent<sup>(18)</sup>.

6. La condition de subsidiarité est pourtant incontournable, considérant que c'est précisément par elle que l'on évite que l'enrichissement sans cause devienne cette machine à faire sauter le droit que l'on évoque souvent depuis les mots prononcés après-guerre par Paul Esmein devant l'Association Henri Capitant<sup>(19)</sup>. Au demeurant, les études de droit comparé révèlent, quoi qu'on en ait, que, si même la subsidiarité ne se comprend pas partout de la même manière et qu'elle s'exprime dans des mesures très variables, elle n'en est pas moins connue dans la plupart des pays, demeurerait-elle innommée<sup>(20)</sup>. Ne resterait plus alors sur ce constat qu'à se rendre, en dépit de cause, au flou nécessaire de la notion<sup>(21)</sup>, et à en appeler, pour s'en justifier, au voile qui recouvre en premier lieu le fondement pris de l'équité sur lequel s'appuierait l'enrichissement sans cause en son entier<sup>(22)</sup>.

7. Mais on peut aussi ne pas s'y résoudre, et continuer à œuvrer à paraître une source d'obligation qui ne doit probablement son imprécision qu'à sa relative jeunesse. Peut-être est-il temps d'admettre que, malgré tout inscrite dans les tables d'une jurisprudence déjà séculaire, aussi bien

en tirent argument pour limiter le domaine de la subsidiarité au seul cas d'insolvabilité du débiteur principal : J. CHEVALLIER, « Observations sur la répétition des enrichissements non causés », in *Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. II, p. 246 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit. (supra, note 3)*, nos 42 et 55.

(18) J.-P. BÉGUET, *L'enrichissement sans cause*, th. Alger, 1945, n° 172.

(19) Trav. Assoc. H. Capitant, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, p. 91 : « C'est qu'en effet à procéder ainsi, on apporterait à l'ordre juridique le même trouble qu'on apporte à une machine en mettant une pierre dans ses engrenages. On fait sauter la machine ». Rapp. déjà A. ROUAST, *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, Paris, 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 ».

(20) Voy. *infra*, nos 28 et 49. Sur ce constat : Ph. DRAKIDIS, art. préc. (*supra*, note 16), n° 45 ; F. WALLMANN, *Die Geltung des Subsidiaritätsgrundsatzes im Bereicherungsrecht*, P. Lang, Francfort, 1996 ; J. BEATSON et E. SCHRAGE, *op. cit. (supra, note 2)*, pp. 423 et s. ; *Principles of European Law*, préc. (*supra*, note 2), pp. 524 et s.

(21) Voy. par ex. R. LIBCHABER, obs. sur 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2008, *Deffrénois*, 2008, p. 1980, *in fine* : « Incarnant ce rôle d'appoint, la subsidiarité est condamnée à demeurer quelque peu dans le flou — comme tous les concepts fonctionnels ».

(22) Voy. ainsi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit. (supra, note 3)*, n° 56, *in fine* : « Quant aux incertitudes qui subsistent, on peut s'efforcer de les réduire. Mais elles sont, pour une large part, inévitables, dès lors que l'action d'enrichissement sans cause est un instrument d'équité, et que l'équité est affaire de cas particuliers ».



que dans la plupart des codes étrangers élaborés depuis lors, l'action *de in rem verso* s'est nécessairement affranchie de cette source métajuridique. Car on ne peut relever tout à la fois du droit et de l'équité, sauf à considérer en définitive que cette dernière justifierait au fond la plupart des règles juridiques, quel qu'en soit le degré de définition<sup>(23)</sup>.

8. Pour cette raison, on préférera rechercher une autre explication. Or, dans cette recherche, un constat retient l'attention : de façon réitérée, une partie de la doctrine a observé de longue date que la subsidiarité de l'action *de in rem verso* semble revêtir une double nature, dont le second aspect au moins se confondrait pour une large part à la condition d'absence de cause légitime<sup>(24)</sup>. Si l'on adopte cette observation pour point de départ de la présente étude, et que l'on en développe l'analyse, il se vérifie en effet que l'enrichissement sans cause apparaît subsidiaire à deux points de vue, parfaitement distincts l'un de l'autre. Dans un premier cas, l'action *de in rem verso* entre en concurrence avec une autre action, alors nécessairement principale (section I). Dans un second cas, cette autre action a disparu, mais c'est cette fois la cause de cette disparition qui fait encore obstacle à l'indemnisation de l'appauvri (section II). Ainsi divisée, c'est bien sous les traits d'une notion bifide que se présente la subsidiarité de l'enrichissement sans cause.

#### SECTION I. — LA SUBSIDIARITÉ FACE À L'EXISTENCE D'UNE AUTRE ACTION

9. La première hypothèse recouvre celle dans laquelle l'appauvri dispose déjà d'une ou de plusieurs autres actions pour obtenir l'indemnisation

(23) Voy. not. G. RIPERT et M. TEISSEIRE, « Essai d'une théorie de l'enrichissement sans cause en droit civil français », *RTD civ.*, 1904, p. 742 : « il ne saurait suffire d'invoquer l'équité comme fondement de l'action *de in rem verso*. C'est bien le fondement dernier de toutes les institutions juridiques, mais non leur motif immédiat. La gestion d'affaires est tout aussi bien fondée sur l'équité que l'enrichissement sans cause ».

(24) Voy. en ce sens A. ROUAST, art. préc. (*supra*, note 12), n° 26 ; J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Sirey, t. III, 1926, n° 147, p. 289 ; P. ROUBIER, « La position française en matière d'enrichissement sans cause », in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, p. 55 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *loc. cit.* (*supra*, note 3) ; D. J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *Les présupposés externes de l'action de in rem verso*, th. Paris II, 1978, p. 294 ; G. BONET, « Enrichissement sans cause », *J.-Cl. Civ.*, « Art. 1370 à 1381 », 1988, n° 217 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, note 3), 1° ; J. NGUEBOU TOUKAM, « Réflexions sur les applications contemporaines du principe de la subsidiarité dans l'enrichissement sans cause », *R.R.J.*, 1997, pp. 923 et s.

de son appauvrissement. On peut parler en ce cas de subsidiarité au sens le plus strict du terme, puisque l'enrichissement sans cause n'interviendra jamais qu'à titre résiduel, pour combler l'insuffisance éventuelle des droits déjà reconnus à l'appauvri. Pour comprendre la raison d'être de cette règle, il faut revenir ici au fondement même de l'action *de in rem verso* (§ 1), et en découvrir, de là, l'incidence sur le régime de l'action (§ 2).

### § 1. — *Le fondement de l'action de in rem verso*

**10.** Identifier le fondement de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause suppose de dérouler le fil de l'histoire ayant conduit jusqu'à la conception actuelle (A). Ceci fait, on mesurera à quel point cette évolution a fini par jeter un voile sur la véritable raison d'être de l'action et par empêcher, incidemment, d'en comprendre la nature subsidiaire (B).

#### A. *La genèse de la conception actuelle*

**11.** Il semble que l'on doive aux juriconsultes de la fin de la République romaine d'avoir définitivement consacré les actions en répétition que les prêteurs avaient peu à peu ouvertes, au cours des siècles précédents, dans un certain nombre de cas d'enrichissement sans cause. Ces cas de répétition, que l'on qualifiait de *condictiones*, avaient pour particularité commune de ne donner lieu qu'à une action personnelle, à l'opposé de l'action réelle en restitution que l'on nommait *vindicatio*<sup>(25)</sup>. C'est à la faveur de cette communauté de régime que les *condictiones* furent finalement regroupées, sauf le paiement indu, sous la catégorie justinienne de *condictiones sine causa*<sup>(26)</sup>. Il est toutefois peu probable que le droit romain, même byzantin, ait jamais consacré, sous cette qualification ou sous une autre, un principe général de répétition pour enrichissement sans cause : il se sera simplement agi de proposer par là un fondement commun à ces diverses actions particulières, sans en instituer une nouvelle qui les engloberait toutes<sup>(27)</sup>. Et lorsque Pomponius écrivait

(25) *Dig.*, XLIV, VII, 25. Voy. sur ce point F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* [Traité de droit romain], 2<sup>e</sup> éd., Veit, Berlin, t. V, 1841, trad. Ch. Guénoux, éd. F. Didot, 1855, appendice XIV, § V, p. 502.

(26) *Dig.*, XII, VII.

(27) Si la thèse contraire a pu être défendue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, elle ne l'est plus guère aujourd'hui. Voy. not. A.-P. LEYVAL, *De la notion d'enrichissement injuste en droit romain classique*, th. Alger, 1935 ; J.-L. GAY, « *Condictio* et actions prétorienne d'enrichissement »,

dès le II<sup>e</sup> siècle de notre ère qu'« il est équitable selon le droit naturel que nul ne s'enrichisse injustement aux dépens d'autrui »<sup>(28)</sup>, il ne signifiait sans doute pas autre chose.

12. Ce n'est qu'une fois redécouverts par les romanistes médiévaux que ces divers cas de répétition finirent, à force de systématisation, par se fondre chez les modernes en une seule et même action<sup>(29)</sup>. Les pandectistes allemands réduisirent par analogie les *condictiones* romaines une seule, qu'il s'agisse de la *condictio sine causa* ou, pour d'autres, de la *condictio ex mutuo*<sup>(30)</sup>, première d'entre elles, qui correspondait à l'action personnelle donnée au prêteur à consommation pour recouvrer son bien, ainsi que le faisait déjà Gaius en rattachant à cette action contractuelle le paiement indu<sup>(31)</sup>. Et c'est finalement ce principe général de répétition pour enrichissement sans cause que consacra la Suisse la première<sup>(32)</sup>, puis le Code civil allemand à son tour (*BGB*, § 812)<sup>(33)</sup>, si même les anciennes *conditiones* romaines servent toujours à traduire les solutions du *Bürgerliches Gesetzbuch*<sup>(34)</sup>.

*R.H.D.*, 1956, pp. 327 et s. ; A. E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1951, n° 169 ; R. MONIER, *Manuel de droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1954, n° 157 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2010, nos 548 et 550.

(28) *Voy. Dig.*, XII, VI, 14 ; et encore L, XVII, 206.

(29) *Voy. not. H. GROTIUS, De jure belli ac pacis [Le droit de la guerre et de la paix]*, Paris, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. Guillaumin, 1867, rééd. PUF, 1999, liv. II, chap. X, § II ; puis *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid*, Rotterdam, 1631, liv. III, tit. XXX, §§ 4 et s., qui inspira le droit néerlandais jusqu'à ce que, sous l'influence du modèle français, le Code civil des Pays-Bas adopté en 1838 renonce finalement à consacrer cette action générale pour enrichissement sans cause. *Voy. sur la question M. H. BREGSTEIN*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, pp. 56 et s.

(30) *Voy. par ex. F. K. VON SAVIGNY, op. cit. (supra, note 25)*, pp. 500 et s. Sur la question : R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford Univ. Press, 1996, pp. 872 et 885.

(31) *Inst. Gaius*, III, 91.

(32) Anc. C. civ. suisse de 1862 (*ZGB*), art. 467, puis anc. Code fédéral des obligations de 1881, art. 70, et enfin nouv. C.O. suisse 1911, art. 62. Encore que le Code prussien de 1794 en préfigurait déjà l'idée (1<sup>re</sup> part., tit. XIII, § 230). Le Code civil autrichien de 1811 (*ABGB*), très inspiré du code prussien, et toujours en vigueur, comportait bien lui aussi des dispositions obligeant à restitution dans des cas d'enrichissement sans cause, mais il n'a jamais reconnu, dans son texte au moins, l'existence d'un principe général.

(33) Tout juste précédé par le Code civil de l'Empire du Japon (art. 703), entré en vigueur en 1898, dont les dispositions empruntèrent beaucoup aux travaux préparatoires du Code allemand.

(34) *Voy. M. LEHMANN, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : les leçons du droit allemand », R.D.C.*, 2013, p. 1662.

13. En France, l'évolution fut différente. On sait que, sous la double influence des idées humanistes et jansénistes, Domat introduisit la *justa causa* romaine jusqu'au sein du contrat, comme cause de l'obligation elle-même, de sorte à permettre, non plus seulement d'obtenir la répétition d'une prestation déjà exécutée, mais de s'opposer même, en amont, à toute exécution<sup>(35)</sup>. Associée à une résolution pour inexécution que Dumoulin avait de longue date généralisée à tous contrats synallagmatiques, innommés ou non, cette solution parut suffire à remédier à la plupart des cas d'enrichissement injuste<sup>(36)</sup>. Si bien que le besoin ne se fit pas sentir, chez les codificateurs comme chez leurs contemporains, d'ajouter une autre action à la répétition de l'indu et à la gestion d'affaire consacrées par le Code<sup>(37)</sup>. C'est ainsi que, jusqu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'idée selon laquelle nul ne peut s'enrichir sans cause légitime aux dépens d'autrui ne fut guère invoquée par les auteurs que pour servir de fondement jusnaturaliste aux diverses actions en répétition déjà reconnues par la loi, en ce compris les deux actions quasi-contractuelles des articles 1371 et suivants<sup>(38)</sup>. Ce n'est qu'avec l'industrialisation du pays, et la reconnaissance devenue nécessaire de l'enrichissement sans cause comme source distincte d'indemnisation, que la notion de cause a finalement pris en France sa pleine dimension, intervenant tant comme condition de validité des engagements contractés que, en premier lieu

(35) J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, Paris, 1689-1697, nouv. éd., Le Clerc, Paris, 1777, 1<sup>re</sup> part., liv. 1<sup>er</sup>, tit. I, sect. I, § V.

(36) Bien que Domat n'avait pas éludé la question, paraissant admettre déjà, à la suite de Grotius, un principe général de répétition de l'enrichissement obtenu sans cause légitime (*op. cit.*, 1<sup>re</sup> part., liv. II, tit. VII, sect. I, § X).

(37) Voy. sur ce point R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1914, n<sup>os</sup> 340 et s., qui note que c'est parce que l'introduction de la notion de cause au sein du contrat n'a pas eu lieu en Allemagne que l'enrichissement sans cause a dû être utilisé pour tempérer le principe de validité des engagements abstraits. Voy. égal. en ce sens D. GEROTA, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code civil allemand*, th. Paris, 1925, pp. 28 et s. À quoi il convient d'ajouter que, le droit allemand ayant conservé cette solution du droit romain selon laquelle le transfert de propriété reste acquis en dépit de la nullité du contrat translatif, quelle qu'en soit la cause, les actions personnelles en restitution sont d'autant plus sollicitées outre-Rhin qu'elles recouvrent nombre d'hypothèses dans lesquelles le droit français accorde une action réelle en revendication.

(38) À l'exception notable de Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 4<sup>e</sup> éd., B. Warée, t. XI, 1824, n<sup>os</sup> 20 et 112, qui, vingt ans seulement après le Code, proposait déjà de sanctionner tout enrichissement sans cause par une action autonome, au-delà des quelques applications déjà reconnues par la loi. *Adde* quelques années plus tard, Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 8).

même, comme condition d'efficacité de tout déplacement de valeur, même involontaire, déjà réalisé<sup>(39)</sup>.

14. Au contraire de l'enrichissement sans cause, la notion de quasi-contrat n'a jamais eu pour objet de servir de fondement à la moindre obligation. En indiquant que, parmi les *varia causarum figurae* présentées par Gaius comme catégorie résiduelle d'obligation, il en était qui naissaient *quasi ex contractu*, le droit byzantin n'a fait que décrire le régime de ces actions, assimilées dans leurs effets à des actions contractuelles, sans prétendre en faire une source autonome d'obligation<sup>(40)</sup>. Au demeurant, le droit romain ne prenait pas la peine d'identifier le concept de quasi-contrat, qu'il ne nommait pas, et lorsque ce dernier apparut sous la plume des glossateurs, l'intention ne fut sans doute pas différente<sup>(41)</sup>. Le mal est né lorsque, par esprit de système, on a cherché à pousser plus loin la distinction en vue de détacher les obligations quasi-contractuelles de celles nées directement de la loi. Cette autre distinction est apparue au XVI<sup>e</sup> siècle chez Doneau, avant d'être développée deux siècles plus tard par Heineccius puis Pothier<sup>(42)</sup>. Mais ces auteurs ne lui trouvèrent pas d'autre justification que celle qui tenait dans l'opposition traditionnelle entre droit naturel et droit civil, celui-ci compris comme un droit positif, temporel et contingent. Or une telle explication ne pouvait plus

(39) Voy. A. ROUAST, art. préc. (*supra*, note 12), n° 25, qui relève « l'unité essentielle de la notion juridique de cause [...] qui est commune à la fois aux actes à titre onéreux et aux actes à titre gratuit, aux contrats et aux situations non contractuelles ». Et encore G. CORNU, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, exposé des motifs, « Quasi-contrats », p. 64 : « Ce fondement radical commun pourrait conduire à penser que, si l'on doutait de la légitimité de la cause en matière contractuelle, celle-ci pourrait trouver un appui dans les quasi-contrats, ce qui découvrirait un point de cohérence au cœur de la théorie générale des obligations. La présence de la cause dans le contrat répond à l'absence de cause dans le quasi-contrat ».

(40) *Inst. Justiniani*, III, xxvii, et *Dig.*, XLIV, vii, 5.

(41) On sait que tant Azon que Bartole ont cherché à expliquer la force obligatoire des quasi-contrats en leur découvrant une cause sous-jacente, qu'il s'agisse de l'équité pour l'un ou d'une fiction légale de consentement pour l'autre. Même encore chez Pothier, qui en traite parmi les « autres causes des obligations », le quasi-contrat n'est pas proprement la source même de l'obligation, puisqu'il est précisé que « 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 » (*Traité des obligations*, J. Debure, Paris, et V<sup>o</sup> Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n° 114, in *Œuvres de Pothier*, par J. BUGNET, t. II, Paris, 1848, p. 57). Sur l'histoire du quasi-contrat, voy. spéc. H. VIZIOZ, *La notion de quasi-contrat*, th. Bordeaux, 1912.

(42) J. G. HEINECCIUS, *Syntagma antiquarum romanarum...*, Halle, 1718, liv. III, tit. XXVIII ; R. J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 123.

valoir dans le cadre légicentriste du Code civil et de son époque. Si bien que c'en est une autre qui fut finalement avancée par les rédacteurs : puisqu'il était entendu depuis toujours que le quasi-contrat se séparait déjà du quasi-délit en fonction du caractère licite ou non du fait qui en est à l'origine, il ne restait plus, pour distinguer encore l'engagement quasi-contractuel des autres obligations légales, qu'à observer que, au contraire de la loi qui a pour trait d'imposer sa force à la volonté de ses sujets, le quasi-contrat résulterait pour sa part d'un fait volontaire du débiteur<sup>(43)</sup>. Au-delà des critiques bien connues auxquelles la définition retenue du quasi-contrat par les articles 1370 et 1371 du Code civil a donné lieu chez les commentateurs, un point demeure qui n'a sans doute pas été assez relevé : ce faisant, le Code civil des Français érigeait pour la première fois le quasi-contrat comme une source autonome d'obligation. Sur cette voie, il restera d'ailleurs le seul.

**15.** On comprend de ce qui précède que, lorsque l'enrichissement sans cause fut reçu en France comme cause propre de répétition et qu'il fallut lui trouver une place au sein des sources connues, on le rangea d'emblée parmi les quasi-contrats<sup>(44)</sup>. Sa proximité logique avec le paiement indu, d'une part, et avec la gestion d'affaires, d'autre part, à laquelle la jurisprudence l'assimilait jusqu'alors<sup>(45)</sup>, semblait condamner toute autre solution. Au fond, cette catégorisation opéra comme on le fit pour

(43) Voy. ainsi B. DE GREUILLE, rapp. Tribunal, 16 pluviôse an XII, in A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 469, qui, dénonçant la prétendue confusion du droit romain, explique que le Code « s'est garanti de cette erreur que nos plus célèbres jurisconsultes avaient partagée ».

(44) Dix ans avant l'arrêt *Boudier*, BUFNOIR enseignait déjà qu'« En dehors des cas prévus par la loi, nous dirons donc qu'il y a quasi-contrat chaque fois qu'il y a enrichissement sans cause » (publ. in *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, XXXI<sup>e</sup> leçon, p. 455). Et à sa suite : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3<sup>e</sup> éd., L. Larose et L. Tenin, t. XV, *Des obligations*, t. IV, 1908, n<sup>o</sup> 2849 II ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 17), n<sup>o</sup> 813, qui, tout en restant critique à l'égard de la catégorie de quasi-contrat, fait malgré tout des hypothèses d'enrichissements sans cause des cas de quasi-contrats innommés ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, publ. H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1937, p. 290.

(45) Sous les fards d'une gestion d'affaire qualifiée d'anormale ou d'imparfaite, parce qu'involontaire : Req., 13 mai 1873, *D.P.*, 1874, I, p. 269, rapp. Ch. RAU ; Req., 19 décembre 1877, *S.*, 1878, I, p. 57 ; Req., 16 juillet 1890, *D.P.*, 1891, I, p. 49, note M. PLANIOL. L'assimilation se trouvait déjà chez POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, J. Debure, Paris, et V<sup>o</sup> Rouzeau-Montaut, Orléans, 1775, t. II, n<sup>os</sup> 189 et 193, in *Œuvres de Pothier*, par J. BUGNET, t. V, Paris, 1848, pp. 248 et 251. Et elle continue à se manifester dans la jurisprudence administrative (G. BAYLE, *L'enrichissement sans cause en droit administratif*, th. Aix-Marseille, 1970, LGDJ, Bibl. dr. public, t. 111, 1973, n<sup>os</sup> 47 et 70 et s.).

la responsabilité sans faute apparue pour les mêmes raisons à la même époque : dans les deux cas, on força les concepts en y insérant des causes qui n'y avaient pas leur place. De sorte que, confrontés à ces imprécisions, peu d'auteurs se sont finalement contentés de la qualification quasi-contractuelle de l'enrichissement sans cause<sup>(46)</sup>. Pour la plupart, il a toujours été question, et ce aujourd'hui encore, de rechercher une justification plus profonde à cette action en répétition, quitte à perdre de vue que, historiquement, l'enrichissement sans cause était déjà *fons juris*, et que rechercher le fondement d'une source d'obligation n'aboutirait nulle part ailleurs que dans le vague des notions métajuridiques siégeant au fond de toute règle de droit<sup>(47)</sup>.

**16.** À quoi aboutit la situation actuelle du droit français : le quasi-contrat est devenu source d'obligation, et l'enrichissement sans cause constitue l'un des trois quasi-contrats reconnus<sup>(48)</sup>. En cet état, qui pourrait demeurer<sup>(49)</sup>, le droit positif n'a pas seulement rompu tout lien avec son passé : il

(46) Certains sont bien allés jusqu'à récuser cet enclavement de l'enrichissement sans cause dans le quasi-contrat, mais pour préférer le rattacher aux règles de la responsabilité civile, en tirant la faute objective vers le simple profit : M. PLANIOL, « Classification des sources d'obligations », *R.C.L.J.*, 1904, pp. 224 et s. ; H. LOUBERS, « L'action *de in rem verso* et les théories de la responsabilité civile », *R.C.L.J.*, 1912, pp. 396 et 462 ; E. VERGNIAUD, *L'enrichissement sans cause*, th. Paris, 1916, pp. 155 et s.

(47) C'est ainsi que l'on associe toujours à l'enrichissement sans cause les idées d'équité ou de droit naturel, comme le faisait déjà Pomponius au début de notre ère (*supra*, note 28), ou que l'on a proposé aussi bien d'y voir l'expression d'une obligation morale (G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, § 142, p. 260). En somme, l'action *de in rem verso* réalise l'idéal romain du *suum cuique tribuere* (F. POLLAUD-DULIAN, « Le modèle du quasi-contrat », in *Code civil et modèles*, dir. Th. Revet, LGDJ, 2005, p. 430).

(48) Ou quatre, si l'on y ajoute la création volontaire d'une promesse apparente : Com., 26 octobre 1999, *Bull.*, IV, n° 193 ; *D.* 2000, p. 383, note A. PÉLISSIER ; Ch. mixte, 6 septembre 2002, *Bull.*, CM, n° 4 ; C.C.C., 2002, n° 151, note G. RAYMOND ; *D.*, 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; *J.C.P.*, 2002, II, 10173, note S. REIFEGERSTE ; *L.P.A.*, 24 octobre 2002, n° 213, p. 16, note D. HOUTCIEFF.

(49) Ni l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* (dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1327 et s.), ni le projet de la Chancellerie (*Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, Min. Justice, mai 2011, art. 198 et s.), n'apportent sur ces points la moindre amélioration aux articles 1370 et suivants du Code civil, se bornant à consacrer l'enrichissement sans cause comme troisième espèce de quasi-contrat. L'explication s'trouve au seuil de l'exposé des motifs du premier de ces projets (p. 62) : « Les quasi-contrats demeurent dans le projet, comme ils le sont dans le Code civil, une source d'obligation ». *Contra* cependant : *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz, 2013, art. 1 et s., qui, sous la plume de Philippe Rémy, abolit la notion de quasi-contrat pour ne plus se référer qu'aux « autres sources d'obligations ».

s'est parallèlement isolé des autres systèmes juridiques, où partout l'enrichissement sans cause tend à s'affirmer comme un principe général transcendant les règles particulières, et où la notion de quasi-contrat ne joue plus aucun rôle<sup>(50)</sup>. Incidemment, il est impossible dans un tel système de concevoir, en droit, la raison pour laquelle l'action *de in rem verso* devrait être subsidiaire. Pour la comprendre, un retour aux sources s'impose.

### B. Pour un retour aux sources

17. Deux enseignements se dégagent de ce qui précède. D'abord, le quasi-contrat n'est pas un fondement juridique susceptible de justifier l'existence d'un lien de droit. Il a pour seul objet de regrouper sous une même catégorie les situations purement légales dans lesquelles le droit applique, par association, un régime contractuel en dépit de l'absence de contrat. À l'inverse, l'enrichissement sans cause constitue bien pour sa part une source d'obligation, servant de fondement juridique à une multitude de règles spéciales, le plus souvent étrangères à toute idée de contrat. De là une double conséquence : les quasi-contrats forment une catégorie ouverte, susceptible de s'étendre bien au-delà des seuls quasi-contrats nommés par la loi<sup>(51)</sup> ; en revanche, cette qualification demeure

(50) Voy. *infra*, note 61. Pour une critique de cette évolution du droit français : Ph. RÉMY, « Les restitutions dans un système de quasi-contrats », préc. (*supra*, note 3), n<sup>os</sup> 2 à 4 ; et encore in *Pour une réforme du régime général des obligations*, préc., pp. 32 et s. ; E. DESCHEEMAËKER, art. préc. (*supra*, note 2). Rapp. déjà G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *loc. cit.* (*supra*, note 3), qui rejetaient en son principe la qualification de quasi-contrat.

(51) L'affirmation n'a rien d'originale. Elle n'a cessé d'être formulée, avant comme après le Code. Voy. ainsi G. ARGOU, *Institution au droit françois*, 2<sup>e</sup> éd., P. Emery, Paris, 1699, t. II, liv. III, chap. XXXVI, qui dénombre, comme chez Heineccius, six quasi-contrats ; C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2<sup>e</sup> éd., M. Brunet, Paris, 1740, v<sup>o</sup> « Quasi-contrat », qui reprend les cinq exemples byzantins ; R.-J. POTHIER, *loc. cit.* (*supra*, note 41), qui en nomme trois « parmi beaucoup d'autres » ; Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 38), n<sup>os</sup> 17 et 112, en même sens ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5<sup>e</sup> éd., Cotillon, t. V, 1852, article 1371, II, p. 247 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, A. Lahure et al., 1882, n<sup>o</sup> 39 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. VII, article 1371, n<sup>o</sup> 6, p. 400 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 44), n<sup>o</sup> 2789 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. III, A. Rousseau, 1923, n<sup>os</sup> 69 et s. ; P. ESMEIN, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, t. VII, *Obligations*, 1952, n<sup>o</sup> 719 ; J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats », *RTD civ.*, 1969, pp. 653 et s. ; M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, th. Aix-Marseille III, 1996, *Economica*, 1997, pp. 226 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, in *Rép. civ.*,



inadaptée à l'enrichissement sans cause, faute pour celui-ci d'associer son régime à celui d'aucun contrat connu.

**18.** Le paiement indu a ceci de quasi-contractuel qu'il soumet la plus grande part de ses effets au régime du contrat de prêt<sup>(52)</sup>, de même que la gestion d'affaire est un quasi-contrat parce qu'elle est un quasi-mandat<sup>(53)</sup>. Simplement, à ce compte, on réalise assez vite que bien d'autres hypothèses répondent aussi bien à cette logique d'assimilation. En droit romain déjà, la tutelle du pupille et l'indivision successorale étaient qualifiées de quasi-contractuelles pour cette raison que le régime de droit commun était alors celui du contrat de mandat, pour l'une, ou de la convention d'indivision, pour l'autre<sup>(54)</sup>. Si ces exemples historiques ne se laissent plus immédiatement saisir désormais, c'est parce que la source ordinaire de ces deux figures est passée du contrat à la loi. Mais il suffirait de concevoir encore toute représentation ou toute indivision comme normalement contractuelle pour faire du régime légal, alors redevenu exceptionnel, un régime quasi-contractuel.

**19.** En réalité, la plupart des quasi-contrats contemporains ne disent pas leur nom, usurpant une qualification contractuelle qui masque mal l'absence de contrat véritable. C'est le cas de la société créée de fait lorsqu'elle est autre chose qu'une participation tacite : si dans ce dernier cas on peut effectivement parler de contrat de société, il n'en va pas de même dans l'hypothèse, pourtant tout aussi courante, dans laquelle les parties ont mis en commun leurs apports et se sont associées sur un pied d'égalité, certes dans le but plus ou moins avoué de partager le résultat de leur activité, mais sans avoir jamais eu l'intention, fût-ce tacite, de s'engager contractuellement<sup>(55)</sup>. Il en va de même pour la relation de tra-

Dalloz, v<sup>o</sup> « Quasi-contrat », 2008, n<sup>os</sup> 29 et 42 et s. ; A. BÉNABENT, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>os</sup> 451 et 501, qui y comprend la théorie de l'apparence.

(52) Plutôt que de dépôt, conformément à ses origines romaines : voy. *supra*, n<sup>o</sup> 12, note 31.

(53) Le droit romain comprenait dans la catégorie du mandat cette qualification contractuelle aujourd'hui disparue qu'était le contrat de gestion d'affaire, par lequel le maître autorisait son représentant à réaliser pour son compte, non des actes juridiques, mais des actes matériels. Voy. sur ce point P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd., par F. Senn, A. Rousseau, 1929, p. 619 ; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2000, p. 273.

(54) *Inst. Justiniani*, III, xxvii ; *Dig.*, XLIV, vii, 5.

(55) L'hypothèse vise en particulier les sociétés que les juges estiment parfois constituées de fait entre parents, époux ou concubins. Voy. par ex. Com., 16 juin 1998, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 203, et *Rapp.*, p. 247 ; 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, pourvoi n<sup>o</sup> 98-16490 ; 1<sup>re</sup> civ., 19 avril 2005, *Bull.*, I, n<sup>o</sup> 187.

vail : s'il est bien entendu que la situation ordinaire du salarié est d'être lié à son employeur par un contrat de travail, on sait que les dispositions protectrices du Code du travail ne sont pas moins applicables en l'absence de tout accord, au seul titre de l'existence d'une relation de travail subordonnée<sup>(56)</sup>, en sorte que forcer à tout prix à l'existence d'un contrat semble bien inutile<sup>(57)</sup>. En ce cas encore, il y aurait tout lieu de parler de quasi-contrat de travail, dont la créance de salaire différé n'est qu'une illustration particulière. Le dépôt nécessaire<sup>(58)</sup> fournit à son tour une illustration patente de cette situation quasi-contractuelle dans laquelle le régime d'un contrat s'applique en l'absence même de toute intention de l'une ou l'autre partie de s'engager en droit.

**20.** En somme, pour qu'il y ait quasi-contrat, il suffit que le législateur estime approprié d'appliquer à une relation de fait le régime d'un contrat duquel naît une situation en tout point comparable<sup>(59)</sup>. Pratiquement, cette assimilation intervient lorsque deux conditions sont réunies : la complétude du système contractuel auquel il est renvoyé, d'une part, et le caractère non déterminant de l'existence d'un consentement pour l'application de ces règles, d'autre part. Dans cette mesure, le quasi-contrat désigne plus volontiers une méthode législative qu'une véritable catégorie juridique d'où il pourrait se déduire l'application d'un régime propre. En quoi cette qualification apparaît à bien des égards transitoire : une fois les règles nouvelles suffisamment éprouvées, leur intégration dans la catégorie des quasi-contrats ne présente plus le moindre intérêt. Bien sûr, tant que l'on ne se paie pas de mots, l'appellation peut bien demeurer. Mais l'inconvénient est que, précisément, il est advenu que la qualification de quasi-contrat serve à l'occasion de caution théorique

(56) Voy. par ex. C. trav., art. L. 3243-1, qui oblige au paiement du salaire et à la délivrance du bulletin de paie malgré la nullité du contrat de travail ; ou encore article L. 8252-1 et 2, qui maintiennent pour le passé les obligations de l'employeur en dépit de l'annulation du contrat conclu avec un salarié en situation irrégulière.

(57) En ce sens pourtant : Soc., 3 juin 2009, *Bull.*, V, n° 141, qui, au motif que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », juge que la cour d'appel « a pu en déduire [...] que les participants [à une émission de télé-réalité] étaient liés par un contrat de travail à la société de production ».

(58) C. civ., art. 1949 et s.

(59) Voy. déjà sur ce point P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.*, 1944, pp. 73 et s., n° 24 ; P. ESMEIN, « Rapport sur l'intervention de l'État dans les contrats », in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. I, 1945, Dalloz, 1946, p. 125 ; J. HONORAT, art. préc. (*supra*, note 51), n°s 22 et s.

à l'introduction de règles dépourvues de tout fondement juridique véritable<sup>(60)</sup>. C'est ce genre d'incident qui fait douter de l'opportunité de conserver le quasi-contrat en droit français, à présent surtout que les droits étrangers l'ont tour à tour abandonné<sup>(61)</sup>, et qui finit par donner crédit aux critiques dont la notion a souvent été l'objet<sup>(62)</sup>.

21. C'est donc à double titre que la qualification de quasi-contrat ne peut dominer celle de l'enrichissement sans cause : non seulement parce que l'action *de in rem verso* ne répond au régime d'aucun contrat, mais parce que, de toute façon, l'idée de quasi-contrat ne suffirait pas à justifier l'existence de cette action<sup>(63)</sup>. Un renversement complet de perspective s'impose donc. En réalité, le fondement juridique réside dans

(60) Voy. spéc. le cas du pseudo-quasi-contrat que la jurisprudence a voulu tirer de la volonté de faire naître une promesse apparente (*supra*, note 48).

(61) Absent des codes allemand (1900) et suisse (1911), le quasi-contrat a peu à peu disparu à la faveur des recodifications libanaise (1932), polonaise (1933), italienne (1942), grecque (1946), québécoise (1991), néerlandaise (1992), et roumaine (2011). L'évolution des droits anglais et américain n'est pas moins symptomatique, où la notion de *quasi-contract* a été peu à peu remplacée par celle de *law of restitution* au cours du siècle dernier, jusqu'à ne plus être évoquée que pour mémoire dans les ouvrages contemporains. Sur cette histoire : R. M. JACKSON, *The History of Quasi-Contract in English Law*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge Univ. Press, 1936, p. 128 ; D. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford Univ. Press, 1999, pp. 263 et s. ; P. BIRKS, *op. cit. (supra, note 1)*, pp. 267 et s. ; *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. X, *Restitution : Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, 2007, dir. E. Von Caemmerer et P. Schlechtriem, chap. 3, par G. PALMER.

(62) Voy. not. Ch. TOULLIER, *op. cit. (supra, note 38)*, n° 14 ; M. PLANIOL, art. préc. (*supra*, note 46), pp. 227 et s., qui dénonce « l'inanité de la notion » ; H. VIZIOZ, *op. cit. (supra, note 41)*, n° 75, p. 314, qui y voit une notion « historiquement fautive, rationnellement inexacte et pratiquement inutile » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, t. II, 1935, n° 6, pour qui « dans notre droit actuel, cette notion d'actions quasi-contractuelles n'a plus aucun intérêt, aucune utilité » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, t. II, 1939, n° 10, qui en fait une « sorte de monstre légendaire qu'il faudrait se décider à bannir du vocabulaire juridique » ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit. (supra, note 3)*, n° 649, non moins lapidaires : « la notion de quasi-contrat n'existe pas » ; N. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, th. Paris, 1966, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 88, 1968, n°s 164 et s. ; E. DESCHEEMAËKER, art. préc. (*supra*, note 2), pp. 6 et s.

(63) Ce qui explique que, assez tôt, des auteurs ont pu se dresser contre l'assimilation de l'enrichissement sans cause à un quasi-contrat : G. RAYNAUD, *De l'action « de in rem verso » en droit civil français*, th. Paris, 1899, p. 75 ; C. STOÏCESCO, *De l'enrichissement sans cause*, th. Paris, 1904, p. 52 ; E. BOUCHÉ-LECLERQ, *De l'action « de in rem verso » en droit privé*, th. Paris, 1913, p. 103. Et aujourd'hui encore : J. CARBONNIER, *op. cit. (supra, note 3)*, n°s 297 et s. ; Ch. FILIOS, *L'enrichissement sans cause en droit privé français*, th. Lille II, 1999, Bruylant, 1999, n° 153.

l'enrichissement sans cause lui-même, et non dans le quasi-contrat, dont les différentes figures constituent autant de cas particuliers de répétition commandée par l'existence d'un enrichissement injustifié aux dépens d'autrui. Ainsi la répétition de l'indu correspond-elle à un enrichissement sans cause né de l'appropriation d'un bien par son détenteur. À l'opposé, la gestion d'affaire répond à l'idée d'un enrichissement né de la fourniture d'un service. La créance de salaire différé opère quant à elle, non plus précisément en cas de fourniture d'un service, mais de mise à disposition d'une force de travail. Etc.

22. Sous-jacent à tous les quasi-contrats nommés ou innommés<sup>(64)</sup>, l'enrichissement sans cause fonde au-delà nombre de ces règles qui imposent l'existence d'une obligation personnelle de restitution en valeur<sup>(65)</sup>. Cela vise, par exemple, les dispositions par lesquelles le Code civil organise la répétition des impenses réalisées sur le bien d'autrui (art. 861 et 862, 1673, 1947, 2343, 2470), l'indemnisation du propriétaire ayant perdu son bien par accession (art. 554, 555 et 570 et s.), la théorie des récompenses au sein de la communauté conjugale (art. 1433, 1437 et 1469)<sup>(66)</sup>, le recours subrogatoire de celui qui était tenu de désintéres-

(64) L'idée selon laquelle tous les quasi-contrats répondent de la logique d'enrichissement sans cause est formulée depuis le droit romain (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 11 et s.). Pour s'en tenir à l'époque moderne : Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 38), n<sup>o</sup> 20 ; L. LAROMBIÈRE, *loc. cit.* (*supra*, note 51), n<sup>o</sup> 3, p. 398 ; G. GOUBLET, *La notion du quasi-contrat*, th. Paris, 1904 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 17), n<sup>o</sup> 807 ; J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, th. Toulouse, 1920, t. II, pp. 5-8 et 132. Et de nos jours : J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 297, p. 525 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 15<sup>e</sup> éd., Sirey, 2012, n<sup>o</sup> 59 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 1028 ; G. CORNU, *loc. cit.* (*supra*, note 39).

(65) Voy. not. A. BERLINER, *De l'action de in rem verso*, th. Strasbourg, 1852, pp. 30 et s. ; E. VERGNAUD, *L'enrichissement sans cause*, th. Paris, 1916 ; A. ROUAST, *op. cit.* (*supra*, note 19), pp. 61 et s. Ce système est au demeurant celui qui prévaut au sein des droits étrangers, qu'il s'agisse notamment du droit allemand, où la jurisprudence a compris la clause générale posée au § 812 du *BGB* comme le principe justifiant les règles spéciales de répétition situées ailleurs dans le code, ou à plus forte raison encore des droits anglo-américain, pour lesquels la notion de *unjustified enrichment* tend à recouvrir l'ensemble des cas de restitution.

(66) Voy. sur ce point J. MASSIP, in *Jean Carbonnier (1908-2003) - Art et science de la législation*, colloque Sénat, 5 et 6 novembre 2008, publ. Sénat, p. 20, qui rappelle que, lors de la réforme des régimes matrimoniaux opérée en 1965, le doyen Carbonnier s'était précisément inspiré sur ce point des règles de l'enrichissement sans cause. Ce qui justifie que l'enrichissement sans cause, déjà contenu dans le fonctionnement de la communauté, soit sans autre application dans les régimes communautaires (M. MONTEILLET-GEFFROY, *Les conditions de l'enrichissement sans cause dans les relations de famille*, th. Orléans, 2000, impr. La Mouette, La Baule, coll. Doctorat & Notariat, 2001, n<sup>os</sup> 38 et s.).

ser le créancier pour le compte d'un autre débiteur (art. 1251), et donc aussi bien le recours en contribution entre coobligés solidaires (art. 1214 et 1216), ou encore l'action en répétition contre le cocontractant frappé d'une incapacité de recevoir (art. 1241 et 1312). Ailleurs, la théorie des avaries communes en droit maritime (C. transports, art. L. 5133-1 et s.), l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage (L. 75-1334 du 31 décembre 1975, art. 12 et 13), l'indemnité due à l'inventeur ou à l'exploitant d'une mine en cas de perte du droit d'exploitation (nouv. C. minier, art. L. 132-7 et L. 332-6), ou encore le recours des établissements publics de santé contre les débiteurs d'aliments dans la mesure des dépenses assumées pour le compte du patient (C. santé publ., art. L. 6145-11)<sup>(67)</sup>, répondent à leur tour de la même logique.

**23.** En quoi consiste en définitive l'enrichissement sans cause : un principe général qui trouve à s'exprimer, soit au travers de règles particulières lorsque celles-ci existent, soit immédiatement, en l'absence même de disposition spéciale<sup>(68)</sup>, depuis que cet effet direct lui a été reconnu tant par la Cour de cassation que par les droits étrangers. Ainsi redéfini, on comprend que le fondement de l'action *de in rem verso* va exercer une influence déterminante sur le régime de cette action.

## § 2. — *L'incidence du fondement sur le régime de l'action*

**24.** L'enrichissement sans cause rétabli en tant que principe général de répétition, les traits spécifiques du régime de l'action *de in rem verso* se découvrent d'eux-mêmes. Parce qu'il est un principe général, il concède partie de son domaine aux règles spéciales introduites aux mêmes fins, ne conservant pour sa part qu'une vocation résiduelle (A).

(67) Cette règle spéciale trouvant son exact équivalent, pour les établissements privés, dans l'article 1371 du Code civil : 1<sup>re</sup> civ., 30 janvier 2013, pourvoi n° 11-25488, *RTD civ.*, 2013, p. 364, obs. J. HAUSER.

(68) En sens déjà : M. PLANIOL, note sous Req., 16 juillet 1890, *D.P.*, 1891, p. 50, qui reproche aux juges de s'être fondés sur la gestion d'affaire plutôt que sur « le grand principe d'après lequel nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, principe qui n'est écrit nulle part en termes généraux, mais qui domine le droit tout entier » ; G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 47), § 133, p. 246, qui écrit du principe de l'enrichissement sans cause que « Comme un fleuve souterrain, il alimente des règles précises, qui en révèlent l'existence, mais il ne sort jamais au jour » ; P. ROUBIER, art. préc. (*supra*, note 24), p. 45, qui y voit « un principe général du droit qui s'appuie sur une longue tradition » ; ou encore H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 647, pour qui le principe selon lequel nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui « domine tout le droit des obligations ».

Et parce qu'il cède aux autres causes de répétition, le moyen pris de l'enrichissement sans cause doit être repoussé comme irrecevable s'il vient à être présenté à titre principal (B).

A. *Un principe général évincé par les règles spéciales*

25. Diverses explications ont été proposées pour justifier le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso*. C'est d'abord sa nature essentiellement équitable qui a été invoqué : la portée résiduelle de l'enrichissement sans cause serait à la mesure de celle reconnue à l'équité pour combler les interstices laissés par la loi<sup>(69)</sup>. La difficulté est toutefois que cette vocation interstitielle de l'équité n'existe que pour autant qu'elle est organisée ou à tout le moins prévue par la loi. À défaut de disposition spéciale, l'équité est sans qualité juridique pour venir ainsi remplir le prétendu vide laissé par le droit. En s'immiscant entre les règles spéciales, l'équité se donnerait sinon pour objet exorbitant de renverser les règles de droit commun, qui régissent déjà ces zones de creux juridique<sup>(70)</sup>. À ce premier fondement, d'autres auteurs ont pu associer l'idée d'une subsidiarité de la coutume — dont procéderait l'action *de in rem verso* — sur la loi<sup>(71)</sup>. Pourtant, à aucun moment l'arrêt *Boudier* ne s'est appuyé sur l'existence d'une tradition ininterrompue pour consacrer l'enrichissement sans cause : tout au contraire, il a rompu avec le passé en érigeant de toute pièce une action nouvelle<sup>(72)</sup>. Une troisième explication fut alors avancée : il existerait en droit, comme ailleurs, un principe d'économie de moyens, qui commanderait d'user des règles déjà existantes avant d'employer un nouveau principe général<sup>(73)</sup>. Mais, outre que l'explication n'est pas plus juridique que la première, cette règle d'économie ne s'imposant pas plus en droit que ne le faisait l'équité, elle se heurte à une objection supplémentaire. Car, à tout prendre, on serait tout

(69) Voy. par ex. Th. THÉODOROFF, *loc. cit. (supra, note 12)* ; J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, t. I, pp. 131 et s., n° 13. Rapp. G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *loc. cit. (supra, note 3)*, qui évoquent l'origine jurisprudentielle de cette action et le rôle nécessaire du juge dans le comblement des lacunes.

(70) R. SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, dir. Ch. Perelman, Bruylant, 1968, pp. 521 et s.

(71) A. ROUAST, art. préc. (*supra, note 12*), n°s 38 et 39 ; L. JOSSERAND, *op. cit. (supra, note 60)*, n° 566.

(72) Pour ce rappel : G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *op. cit. (supra, note 3)*, n° 390.

(73) R. DEMOGUE, *op. cit. (supra, note 50)*, n° 175.

aussi fondé à considérer que l'économie commande d'unifier les différentes actions en répétition, et de faire ainsi prévaloir le principe général sur les règles particulières, à l'exact opposé du principe de subsidiarité. Si bien que l'on a pu préférer se tourner vers une autre justification, selon laquelle il y aurait une sorte de fraude à la loi à s'appuyer sur un principe général de répétition pour s'affranchir des conditions prescrites par les actions spécialement ouvertes à même fin<sup>(74)</sup>. Cette nouvelle explication ne convainc toutefois pas beaucoup plus. C'est un bien curieux raisonnement en effet que celui qui consiste à se fonder sur l'existence d'une fraude pour édicter un principe de subsidiarité destiné à la prévenir, avant même donc qu'elle ne puisse apparaître. Au demeurant, on ne voit pas où serait la fraude à choisir l'action la plus favorable parmi celles que la loi met à notre disposition<sup>(75)</sup>. Au fond, une telle justification adopte pour présupposé ce qu'elle se donne pour but de démontrer : il ne pourrait y avoir fraude que si la loi interdisait le principe du choix ; or il s'agit précisément de savoir pourquoi le choix doit être interdit<sup>(76)</sup>.

26. Naturellement, on sent bien tout ce que la subsidiarité de l'action *de in rem verso* peut avoir d'opportune, en tant qu'elle permet de ne pas ouvrir le droit à répétition au-delà des conditions prescrites par les actions spécialement reconnues par la loi, et de protéger ainsi le domaine utile de ces actions spéciales qui, à défaut, en viendraient à être à peu près abrogées par l'admission du principe général. Mais aucune des justifications qui précèdent ne suffit à l'expliquer en droit. Il faut bien en revenir alors à la nature de l'enrichissement sans cause pour observer que, en accédant à une immédiate juridicité, cette source d'obligation, à

(74) En ce sens : J. RUTSAERT, « Du caractère non subsidiaire de l'action d'enrichissement sans cause », *Rev. dr. belge*, 1937, pp. 31 et s. ; A. ROUAST, *Les grands adages coutumiers dans le droit des obligations*, Cours de droit civil approfondi, Les Cours de droit, Paris, 1953-1954, p. 64, au cas d'obstacle de droit ; A. DE BERSAQUES, art. préc. (*supra*, note 17), n° 6. Voy. égal. B. NICHOLAS, « Unjust Enrichment and Subsidiarity », in *Scintillae iuris - Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, Milan, 1994, t. III, pp. 2037 et s.

(75) Rappr. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, th. Paris II, 2006, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 509, 2009, n° 373, à propos du même recours critiquable à l'idée de fraude à la loi pour articuler, plus généralement, le droit spécial au droit commun.

(76) Pour éviter l'objection, d'autres auteurs évoquent alors l'idée de « fraude objective » (P. ESMEIN, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, préc., *supra*, note 51, n° 761), ou encore de « fraude indirecte à la loi » (D. J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *op. cit.*, *supra*, note 24, p. 434), qu'il faudrait entendre comme la nécessité pour le droit de ne pas tourner ses propres règles. Mais à ce niveau, l'idée de fraude n'est plus ni objective ni indirecte : elle est devenue strictement inexistante !

l'origine de la plupart des règles gouvernant les répétitions, n'en a pas moins conservé le degré de généralité dans lequel toute source de droit puise sa force normative. Elle est le principe général sous-jacent à toutes les règles spéciales de restitution en valeur, et c'est en tant que telle qu'elle a vocation à suppléer les cas particuliers de répétition sans pouvoir jamais s'y substituer. Ainsi se justifie l'absence de choix de l'appauvri : l'action *de in rem verso* est subsidiaire à toute autre action comme la règle générale l'est à la règle spéciale. À cet endroit, la subsidiarité de l'enrichissement sans cause n'est qu'une manifestation de la règle de conflit que consigne l'adage *specialia generalibus derogant*<sup>(77)</sup>.

27. C'est ce qui explique que le fondement pris de l'enrichissement sans cause apparaisse comme subsidiaire par rapport aux autres quasi-contrats<sup>(78)</sup>, qui relèvent tous de la même logique, qu'ils soient nommés ou innommés<sup>(79)</sup>, et au-delà même, par rapport à toute règle de droit organisant le recours d'un appauvri contre un enrichi<sup>(80)</sup>. Au fond, la

(77) Pour cette justification : F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, th. Paris I, 1987, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 201, 1988, n° 696 ; et C. DAVID, « Le principe de subsidiarité », in *Droit et vie des affaires - Études à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 205, n° 8, incidemment. Rappr. Ph. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », *R.R.J.*, 2001, pp. 154-156, pour qui la jurisprudence, dont procéderait l'action *de in rem verso*, aurait elle-même une vocation subsidiaire. Voy. égal. N. ALMOSNINO, *Le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso*, th. Paris, 1931, n° 51 ; F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui*, th. Paris, 1949, nos 111 et 112, qui rattache néanmoins cette idée à la fraude à la loi ; puis J. NGUEBOU TOUKAM, art. préc. (*supra*, note 24), pp. 928 et 930, en même sens. *Contra* : A. GOUÉZEL, *La subsidiarité en droit privé*, th. Paris II, 2011, *Economica*, 2013, n° 134, pour cette raison justement que, pour l'auteur, l'enrichissement sans cause étant un quasi-contrat parmi d'autres, il doit être lui aussi de droit spécial.

(78) Voy. sur ce point X. PIN, in *J.-Cl. Civ.*, « Art. 1370 à 1381 », fasc. 30, 2007, n° 35 ; A. GOUÉZEL, *loc. cit.* (*supra*, note préc.). Et en jurisprudence : 1<sup>re</sup> civ., 5 juillet 1989, *Bull.*, I, n° 278, pour la subsidiarité de l'enrichissement sans cause au paiement de l'indu ; ou 1<sup>re</sup> civ., 16 mars 2004, pourvoi n° 01-00186, au regard de la gestion d'affaire. Voy. égal. 1<sup>re</sup> civ., 19 octobre 1983, *Bull.*, I, n° 242, qui énonce que, à l'inverse, l'action en répétition de l'indu n'a « aucun caractère subsidiaire ». *Contra* : M. DOUCHY, *op. cit.* (*supra*, note 51), n° 119 ; et Ph. LE TOURNEAU, v° « Quasi-contrat », in *Rép. civ.*, Dalloz, 2008, n° 28, qui estiment que la subsidiarité devrait concerner tous les quasi-contrats au même titre. Comp. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2013, p. 500, qui propose une subsidiarité par paliers, l'enrichissement sans cause étant subsidiaire par rapport aux autres quasi-contrats, tandis que ces derniers seraient eux-mêmes subsidiaires par rapport à toute autre source d'obligation.

(79) Voy. *supra*, nos 18 et s.

(80) Voy. par ex. A. GOUÉZEL, *loc. cit.* (*supra*, note 77), à propos de la créance de salaire différé, exclusive de toute action *de in rem verso*.



répétition pour enrichissement injustifié est évincée par la règle spéciale comme l'est, en présence d'un contrat, la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle : lorsque des dispositions particulières existent, qu'elles soient d'origine légale ou conventionnelle, ce sont ces règles spéciales qui ont vocation à régir la situation<sup>(81)</sup>.

28. À cet égard, l'observation comparée des autres systèmes juridiques est assez révélatrice. Là où, comme il en va en droit anglais, il n'est pas reconnu de principe général de répétition pour enrichissement injustifié, mais seulement des règles propres à chaque situation<sup>(82)</sup>, il n'existe conséquemment aucun principe de subsidiarité pour articuler ces règles particulières entre elles ou avec d'autres règles de droit éventuellement concurrentes. À l'inverse, là où l'action *de in rem verso* est reconnue comme principe général, elle s'accompagne systématiquement d'une règle de subsidiarité à l'égard d'autres actions plus spéciales. Sans doute la mesure de cette subsidiarité est-elle très inégale, variant selon les pays d'un principe universel applicable envers toute autre action<sup>(83)</sup> à une disposition ne régissant que les rapports de l'enrichissement sans cause avec certaines actions déterminées<sup>(84)</sup>. Mais quelle qu'en soit la

(81) Sur ce rapprochement : M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.* (*supra*, note 64), n° 31, p. 22.

(82) Si la notion de *unjustified enrichment* a été reconnue par la Chambre des Lords comme fondement sous-jacent à tous les cas de restitution (*Lipkin Gorman c. Karpnale Ltd.*, 1991), il ne s'est pas agi de consacrer par là l'existence d'une règle générale qui justifierait à elle seule la répétition hors des causes reconnues par ailleurs. De même, le *Restatement of Restitution* américain de 1937, qui fondait pourtant dans son article liminaire toutes ses dispositions sur l'idée d'*unjust enrichment*, ne consacrait aucun principe général de répétition pour enrichissement injustifié. Sur quoi le troisième *restatement* de 2011 opère discrètement une évolution remarquable (§ 1, comment. a), p. 4). Sur cette voie, il a d'ailleurs été devancé de quelques années par l'Écosse (*Court of Session*, 2 avril 1998, *Shilliday v. Smith*) et par le Canada (*Supreme Court of Canada*, 22 avril 2004, *Garland v. Consumers' Gas Co.*), qui ont tous deux fini par consacrer un principe de répétition pour enrichissement injuste. Au demeurant, l'État de Louisiane avait déjà intégré ce produit de sa propre jurisprudence (*Minyard v. Curtis Products*, 1967) à la faveur de la révision de son Code civil, intervenue en la matière en 1985 (art. 1757).

(83) Voy. ainsi, outre la Belgique et le Luxembourg, C. civ. italien, art. 2042 : « Une action pour enrichissement injustifié ne peut pas être introduite si celui qui s'en prévaut dispose d'une autre action pour obtenir la compensation de son appauvrissement » ; C. civ. portugais, art. 474, en même sens ; C. civ. libanais, art. 141, 4° : « L'enrichisseur ne doit pas avoir à sa disposition, pour obtenir satisfaction, d'autre action que celle qui est fondée sur l'enrichissement et qui a, par rapport à tous autres moyens de droit, un caractère subsidiaire » ; ou encore C. civ. roumain (2011), art. 1348.

(84) En Allemagne, le principe général de répétition pour enrichissement injustifié (*BGB*, § 812, al. 1) ne peut être invoqué lorsque l'appauvri dispose déjà d'une action

portée, son existence se fait partout sentir. Et n'est-il pas symptomatique que, lorsque les auteurs de *common law* pressent à leur tour à l'adoption d'une règle générale de répétition pour enrichissement injustifié, ils le fassent sous la réserve de lui reconnaître un caractère subsidiaire<sup>(85)</sup> ?

29. L'explication, cependant, ne suffit pas à lever toutes les difficultés. Car, ainsi justifiée, la subsidiarité de l'action *de in rem verso* a vocation à opérer de la même façon que la règle spéciale s'articule à la règle générale, dont la subsidiarité se comprend, selon les cas, soit comme une règle d'exclusion soit comme une règle de suppléance<sup>(86)</sup>. En sorte que le problème est précisément de savoir si, en organisant spécialement un recours visant à indemniser au moins pour partie le même appauvrissement, la loi n'exclut pas toute application supplétive du principe général fondé sur l'enrichissement sans cause. En pratique, la difficulté se pose

réelle en restitution ou d'une action contractuelle (*Principles of European Law*, préc., *supra*, note 2, p. 526). Les Pays-Bas (*NBW*, art. 6:212, § 1) adoptent une solution similaire (*ibid.*, p. 539). En Suisse encore (C.O., art. 62, al. 2), le système est très comparable (P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Staempfli, Berne, 1997, n° 153, p. 583 ; L. THÉVENOZ et F. WERRO (publ.), *Code des obligations - Commentaire romand*, t. I, Helbing & Lichtenhahn, 2003, article 62, nos 45 et 46, p. 435). En Autriche, la subsidiarité opère entre le principe général de répétition, reconnu en jurisprudence, et les règles spéciales consacrées dans le Code civil (*ABGB*, §§ 1041 et s., et 1431 et s.). Quant au Projet européen de cadre commun de référence dirigé par Ch. Von Bar, il se range peu ou prou au système germanique (*DCFR*, VII, art. 7:101).

(85) Voy. not. B. NICHOLAS, « Unjust Enrichment and Subsidiarity », préc. (*supra*, note 74), pour qui cette subsidiarité est commandée par le risque de fraude à la loi ; R. GRANTHAM et C. RICKETT, « On the Subsidiarity of Unjust Enrichment », *Law Quarterly Review*, n° 117, 2001, p. 273, qui développent l'idée d'une subsidiarité interstitielle par rapport aux *primary sources* des obligations, l'action *de in rem verso* étant ainsi qualifiée de *residual* ; L. SMITH, « Property, subsidiarity and unjust enrichment », in *Unjustified Enrichment*, dir. D. Johnston et R. Zimmermann, préc. (*supra*, note 2), pp. 588 et s., qui conclut même : « The common law does not know "subsidiarity" by that name, but elements of that relationship appear to be embedded in the law » ; ou encore, Ch. et P. MITCHELL et S. WATTERSON, in Goff & Jones, *The Law of Unjust Enrichment*, 8<sup>e</sup> éd., Sweet & Maxwell, Londres, 2011, § 2-04, p. 22, qui estiment que l'action pour *unjust enrichment* aurait, le plus souvent au moins, vocation à rester subsidiaire.

(86) Sur ce double aspect de la subsidiarité comme principe d'exclusion ou principe supplétif : C. DAVID, art. préc. (*supra*, note 77). La suppléativité de la norme s'entend ici dans son sens large, c'est-à-dire pour tous les cas dans lesquels une règle intervient à la place d'une autre reconnue non applicable, peu important que celle-ci dépende ou non de la volonté de ses sujets. Pour cette acception, voy. par ex. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, th. Toulouse, 2000, *Economica*, 2002, n° 412. Pour une acception plus restrictive au contraire : Ph. CASSON, art. préc. (*supra*, note 77) ; C. PÉRÈS, *La règle supplétive*, th. Paris I, 2003, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 421, 2004, n° 400, note 334, et n° 435, note 518.

dans deux cas de figure, selon que les conditions de l'action spéciale ne se trouvent pas réunies, ou que, ces conditions étant réunies, cette action ne permet cependant pas à l'appauvri d'obtenir autant que ce que lui offrirait l'action *de in rem verso*<sup>(87)</sup>.

**30.** La résolution de ce problème semble devoir passer par un principe et une exception. Le principe consiste en l'éviction du droit commun par le droit spécial là où règne ce dernier. Dès lors que les conditions d'application de la règle spéciale sont réunies, c'est que la situation litigieuse entre dans son champ, et il n'y a plus lieu d'appliquer un droit commun devenu étranger en ce domaine, quand bien même l'appauvri y trouverait un intérêt aux dépens de l'enrichi<sup>(88)</sup>. Au demeurant, la solution opposée, qui autoriserait à cumuler l'une et l'autre des deux actions, serait inutile, voire illogique, chaque fois au moins que la règle générale serait aussi facilement applicable : inutile parce que, si l'on permettait d'invoquer

(87) Sur les données du problème : J. CHEVALLIER, art. préc. (*supra*, note 17), p. 238 : « Chacun conviendra que l'enrichissement injuste doit être restitué. Mais qui décidera du juste et de l'injuste si le législateur ne l'a pas fait ? » ; A. CHOTEAU, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, p. 103 : « nous sommes ici devant un échantillon d'une difficulté beaucoup plus étendue, devant un conflit entre les principes généraux du droit, champions de l'équité, et les institutions particulières, conservatoires de la sécurité juridique » ; E. BOUCHÉ-LECLERQ, *op. cit.* (*supra*, note 63), p. 171 : « La difficulté sera en somme de savoir si, lorsque la loi pose une règle, elle pose implicitement la règle contraire pour les cas qui ne rentrent pas exactement dans l'hypothèse qu'elle a prévue ; si, lorsque la loi refuse un moyen de droit, elle entend refuser également tout moyen équivalent ; enfin si, lorsque la loi n'a pas statué sur un cas déterminé, il est possible de suppléer à son silence sans dénaturer son esprit. » Et au-delà de l'enrichissement sans cause : A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, th. Lyon, 1975 ; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, th. Bordeaux I, 1986 ; J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 279 et s. ; N. DELEGOVE, *Le droit commun et le droit spécial*, th. Paris II, 2011, n<sup>os</sup> 322 et s.

(88) Pour l'exclusion systématique de la règle générale dans le champ d'application de la règle spéciale : R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chr., p. 91, n<sup>o</sup> 2 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 193 ; A. GOUÉZEL, *op. cit.* (*supra*, note 77), n<sup>o</sup> 162. *Contra* : G. BONET, art. préc. (*supra*, note 24), n<sup>o</sup> 137, pour qui l'action *de in rem verso* a vocation à venir suppléer toutes les autres actions en répétition ; Ph. RÉMY, « Le principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* en droit français », préc. (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 20, qui prône le cumul avec toutes les actions tendant aux mêmes fins, à l'exclusion des seules actions contractuelles. Rappr. égal. F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial — et retour », in *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 949 ; et Ch. GOLDIE-GENICON, *op. cit.* (*supra*, note 75), n<sup>os</sup> 383 et s., qui bornent l'éviction du général par le spécial aux seuls cas d'antinomie radicale, c'est-à-dire au fond d'incompatibilité matérielle ou téléologique.

les deux fondements simultanément, alors la règle spéciale perdrait tout intérêt, et finalement toute raison d'être ; illogique parce que, si l'on imposait au contraire d'invoquer les deux règles l'une après l'autre, on prescrirait là une exigence dépourvue, au bout du compte, de toute portée. Plus fondamentalement, la subsidiarité se fait exclusion pour cette raison que le champ de la règle spéciale ne se superpose pas à celui du droit commun, mais pénètre au sein même d'un système juridique unique qui, en principe toujours, n'a vocation à mobiliser qu'une règle pertinente pour chaque situation. Une fois les effets de la règle spéciale épuisés, il n'en est, à cet endroit, aucune autre pour venir y suppléer.

**31.** Ce principe d'exclusion ne saurait toutefois devenir absolu sans risquer de méconnaître l'objet même des règles en conflit. Certaines d'entre elles peuvent en effet être édictées dans un but déterminé que ne poursuit pas la règle générale, auquel cas l'une et l'autre, d'un point de vue téléologique au moins, ne partageront pas le même domaine d'application<sup>(89)</sup>. Typiquement, là où les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ont vocation à rétablir un équilibre patrimonial en regardant les intérêts de l'une et l'autre partie, certaines règles spéciales peuvent ne concerner que les intérêts de l'une seule des parties, et de l'appauvri singulièrement, qu'elles se donneront alors pour unique objet de protéger. En une telle circonstance, l'exclusion n'est plus de mise : l'appauvri disposera bien des deux actions, et la subsidiarité de l'enrichissement sans cause ne se traduira plus que comme une suppléance de la règle de protection par la règle de commutation. Naturellement, pour que cette articulation se réalise correctement, la règle spéciale doit faciliter l'indemnisation d'une manière ou d'une autre : à défaut, elle ne répondrait pas à son objet, et la simplicité commanderait à l'appauvri de n'invoquer que le fondement général, au détriment d'une action particulière ainsi condamnée à la désuétude. C'est également cette idée de suppléance dans les recours qui s'impose à la raison lorsque la règle spéciale a pour seul objet de donner à l'appauvri un autre débiteur<sup>(90)</sup>. En ce cas, le principe de subsidiarité opère

(89) Pour la résolution du conflit au moyen d'une recherche de la volonté du législateur ou de la finalité de la règle : J.-P. BÉGUET, *op. cit.* (*supra*, note 18), n° 160 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 709 ; J. MESTRE, obs. sur 1<sup>re</sup> civ, 8 décembre 1987, *RTD civ.*, 1988, p. 747 ; B. DE CONINCK, « À titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause... », in *La théorie des obligations*, dir. P. Wéry, Bruylant, 2002, pp. 51 et s., n° 41. En même sens, au-delà de l'enrichissement sans cause : F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial », préc. (*supra*, note préc.), pp. 947 et s.

(90) Hors du cadre de l'action *de in rem verso*, c'est au demeurant la logique qui est à l'œuvre chaque fois que la loi établit une subsidiarité entre deux débiteurs. Voy. par ex.

à peu près comme un bénéfice de discussion<sup>(91)</sup>, sans empêcher donc l'appauvri de recouvrer le solde de sa créance contre l'enrichi si le débiteur principal désigné par la règle spéciale ne suffit pas à le désintéresser<sup>(92)</sup>.

32. L'examen de la jurisprudence conforte cette analyse. On observe en effet que lorsque la subsidiarité de l'enrichissement sans cause est invoquée en présence d'une autre action contre le même débiteur, il s'agit en général d'écarter l'action *de in rem verso* sans possibilité de cumul ou de suppléance<sup>(93)</sup>. C'est le cas, par exemple, pour la créance de salaire différé, dont le titulaire n'obtient le bénéfice que par exclusion de toute autre action, dont celle qui, fondée sur un enrichissement sans cause, lui aurait permis de compléter les sommes ainsi obtenues<sup>(94)</sup>. La raison d'être de la règle le justifie : intervenant au jour du règlement de la succession, la créance de salaire différé tend, non pas seulement à rétribuer le travail de l'aide familial, en protection de ses seuls intérêts, mais, dans une perspective plus globale, à rééquilibrer les droits nés de la dévolution successorale. Naturellement, si la situation de l'intéressé n'entraîne pas dans le champ de la créance de salaire différé, il recouvre son droit à exciper d'un enrichissement sans cause<sup>(95)</sup>. La solution est

dans l'articulation des obligations alimentaires entre elles, où celle des enfants est subsidiaire de celle de l'époux (1<sup>re</sup> civ., 4 novembre 2010, *Bull.*, I, n° 226), de même que celle des grands-parents par rapport à celle des parents (1<sup>re</sup> civ., 6 mars 1974, *Bull.*, I, n° 77), et l'obligation du père biologique devenant subsidiaire à son tour des aliments dus au premier chef par le père adoptif (1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2007, *Bull.*, I, n° 204).

(91) Pour cette analogie : P. ESMEIN, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, p. 95 ; G. BAYLE, *op. cit. (supra, note 45)*, n° 144, *in fine* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit. (supra, note 3)*, 2°. Sous cette réserve que la condition ne consiste pas ici en une vaine poursuite, ni en une vaine demande, mais en la preuve que l'action principale est vouée à l'échec, peu important que le débiteur ait été ou non actionné. En ce sens : Com., 10 octobre 2000, *Bull.*, IV, n° 150 ; *RTD civ.*, 2001, p. 591, obs. J. MESTRE ; 1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 2003, *Bull.*, I, n° 11 ; *Deffrénois*, 2003, p. 259, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 2003, p. 297, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; 3 mai 2007, pourvoi n° 05-19454 ; *RTD civ.* ; 2007, p. 765, obs. J. HAUSER. *Contra*, en matière administrative : C.E., 23 novembre 1994, *Caisse nationale de prévoyance du bâtiment*, *Rec.*, p. 507.

(92) Accordant l'action *de in rem verso* dans cette limite : 1<sup>re</sup> civ., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-15449.

(93) Sur ce constat : M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit. (supra, note 66)*, *passim*.

(94) 1<sup>re</sup> civ., 12 décembre 2000, pourvoi n° 99-11502 ; 26 septembre 2007, *Bull.*, I, n° 307 ; *Rev. dr. rur.* 2007, n° 353, note F. ROUSSEL. En ce sens déjà : M. BORYSEWICZ, « Travail et enrichissement dans cause dans les relations de famille », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Béguet*, PU Toulon, 1985, pp. 53 et s.

(95) 1<sup>re</sup> civ., 20 décembre 1993, *Bull.*, I, n° 383 ; *J.C.P.*, 1994, II, 22307, note F. ROUSSEL, pour le descendant ayant aidé, non à une exploitation agricole, mais à une

la même au jour de la rupture d'une relation d'affaires, lorsqu'il est question pour le commerçant délaissé, mais sans faute, d'obtenir une indemnité pour perte de clientèle. Là où des règles spéciales organisent le principe d'une indemnisation, comme il en va notamment pour les agents commerciaux (C. com., art. L. 134-12) ou pour les représentants de commerce salariés (C. trav., art. L. 7313-13), l'enrichissement sans cause ne semble pas appelé à suppléer. Plus encore, en l'absence même de dispositions spéciales, la Cour de cassation décide parfois que la simple nature contractuelle de la relation ferait obstacle à l'action *de in rem verso*, idée étant que l'appauvrissement né de la rupture trouverait alors sa cause première dans la convention initiale des parties, et donc dans l'acceptation de ce risque par l'appauvri<sup>(96)</sup>. La même exclusion prévaut dans le cadre de l'action en paiement du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, où l'action *de in rem verso* est évincée, non seulement par l'action directe du sous-traitant lorsqu'elle existe, mais même encore lorsqu'elle n'existe pas, dès lors que son application a été neutralisée par le refus d'agrément opposé par le maître de l'ouvrage<sup>(97)</sup>. Ici encore, la règle spéciale chasse l'enrichissement sans cause, tandis que ce dernier regagne son empire au-delà du champ de la *lex specialis*.

**33.** Plus rarement, il arrive que, face à une action particulière, l'enrichissement sans cause puisse malgré tout être invoqué pour y suppléer s'il apparaît que subsiste un appauvrissement infondé et non indemnisé par la règle spécialement édictée à cet effet. En présence de deux débiteurs, la solution s'impose d'elle-même : il n'a jamais été discuté que l'appauvri puisse agir contre le tiers enrichi au cas de solvabilité insuf-

activité artisanale. Rappr. 1<sup>er</sup> civ., 14 mars 1995, *Bull.*, I, n° 130 ; *J.C.P.*, 1995, II, 22516, note F. ROUSSEL ; *RTD civ.*, 1996, p. 160, obs. J. MESTRE.

(96) Com., 23 octobre 2012, deux arrêts, *Bull.*, IV, nos 192 et 193 ; *D.*, 2012, p. 2862, note N. DISSAUX ; *RTD civ.*, 2013, p. 114, obs. B. FAGES. Quoique ce qui pouvait se justifier en l'espèce pour un contrat de distribution, qui contient effectivement dans son objet l'idée d'un transfert temporaire de clientèle, ne vaudrait peut-être pas aussi bien pour toute espèce de contrat. Rappr. déjà Com., 29 mars 1994, *Bull.*, IV, n° 128.

(97) 3<sup>e</sup> civ., 9 décembre 1992, *Bull.*, III, n° 319 ; 13 juillet 1993, pourvoi n° 91-17634 ; 4 décembre 2002, *Bull.*, III, n° 247 ; *Defrénois*, 2003, p. 1271, obs. H. PÉRINET-MARQUET. Cette dernière solution n'est d'ailleurs pas incontestable, qui revient à conférer une portée tout à fait exorbitante à la volonté du maître d'ouvrage. Car c'est une chose que de refuser de se soumettre à une action directe en paiement pour la totalité des sommes dues au sous-traitant par l'entrepreneur principal ; c'en est une autre de s'exonérer ce faisant de l'obligation légale de compenser l'appauvrissement du sous-traitant au moyen de son propre enrichissement.

fisante de son débiteur principal<sup>(98)</sup>. Mais même à l'encontre d'un seul débiteur, il y aurait probablement lieu d'admettre ce principe de cumul chaque fois que les dispositions spéciales sont prescrites à l'unique fin de protéger la personne de l'appauvri. Ainsi, l'action en responsabilité, lorsqu'elle ne suffit pas à désintéresser entièrement la victime, ne saurait avoir raisonnablement pour effet d'empêcher cette dernière de se prévaloir d'un enrichissement sans cause pour l'appauvrissement qui subsisterait après réparation de son préjudice<sup>(99)</sup>.

34. Toutefois, l'exemple récurrent fourni par la jurisprudence n'est pas précisément celui-là. Il est désormais fermement établi en effet que la fixation d'une prestation compensatoire au cours de la procédure de divorce ne condamne pas absolument la voie subsidiaire de l'enrichissement sans cause s'il apparaît que l'appauvrissement invoqué n'a pas été pris en compte dans l'évaluation de la prestation<sup>(100)</sup>. Ainsi la Cour de cassation admet-elle que le conjoint créancier puisse encore invoquer un enrichissement sans cause après extinction de la procédure de divorce, pour autant du moins qu'il n'avait pas omis de demander l'attribution d'une prestation compensatoire lors du divorce<sup>(101)</sup> ni, à plus forte raison, volontairement renoncé au principe de cette prestation<sup>(102)</sup>.

(98) Depuis l'arrêt *Boudier*, la jurisprudence est restée constante : Req., 15 juin 1892, préc. (*supra*, note 13) ; Req., 11 septembre 1940, préc. (*supra*, note 15) ; 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> février 1984, *Bull.*, I, n° 45 ; *D.*, 1984, p. 388, note J. MASSIP ; *RTD civ.*, 1984, p. 712, obs. J. MESTRE ; Com., 10 octobre 2000, préc. (*supra*, note 91) ; 1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 2003, préc. (*ibid.*) ; 3 mai 2007, préc. (*ibid.*) ; 26 septembre 2007, préc. (*supra*, note 94) ; 5 novembre 2008, pourvoi n° 07-18123.

(99) En ce sens : D. J. PAREDES LEITE DE CAMPOS, *op. cit.* (*supra*, note 24), p. 248 ; Ch. FILIOS, *op. cit.* (*supra*, note 63), n° 540. À moins que cette insuffisance trouve sa cause dans une limitation spéciale du droit à réparation, auquel cas seulement l'appauvrissement résiduel de la victime pourrait être justifié : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 53, note 7.

(100) 1<sup>re</sup> civ., 5 avril 1993, *Bull.*, I, n° 139, qui pose le principe ; 2<sup>e</sup> civ., 11 juillet 2002, pourvoi n° 00-12874 ; 1<sup>re</sup> civ., 27 mai 2010, pourvoi n° 08-20681 ; *R.J.P.F.*, septembre 2010, p. 20, obs. Th. GARÉ. Sur les rapports de l'enrichissement sans cause avec la prestation compensatoire : P.-A. SIGALAS et J. DE POULPIQUET, « Demande en paiement de prestation compensatoire et action *de in rem verso* », *J.C.P.*, 1985, I, 3197 ; J. NGUEBOU TOUKAM, art. préc. (*supra*, note 24), pp. 940 et s. ; M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.* (*supra*, note 66), n°s 105 et s., qui défendent tous cette vocation subsidiaire.

(101) 1<sup>re</sup> civ., 23 juin 2010, *Bull.*, I, n° 142 ; *J.C.P.*, 2010, p. 1939, note V. BONNET et H. BOSSE-PLATIÈRE ; *RTD civ.*, 2010, p. 536, obs. J. HAUSER ; *R.D.C.*, 2010, p. 1370, obs. Ch. GOLDIE-GENICON, qui décide que l'action *de in rem verso* ne permet pas au conjoint appauvri de pallier sa négligence procédurale.

(102) 1<sup>re</sup> civ., 10 février 1998, pourvoi n° 96-11845.

Or, mieux que justifié par le caractère exclusivement protecteur de la prestation compensatoire, dont le mode de calcul prend manifestement en compte la situation et les intérêts des deux conjoints, ce cumul semble en réalité s'expliquer par le fait que l'une et l'autre indemnités ne répondent pas au même objet : celui de la prestation compensatoire est de compenser une disparité, née du fait de la rupture, entre l'époque de la vie commune et celle qui lui succède, tandis que l'action *de in rem verso* vise à compenser un appauvrissement déjà né au cours du mariage. Il en résulte que l'enrichissement sans cause, qui n'intervient pas sur le même terrain que la prestation compensatoire, ne devrait avoir ici aucune vocation subsidiaire à son égard. Si bien que c'est, non pas seulement une suppléance, ni même une option, mais un véritable cumul, fût-il simultané, qui devrait être reconnu entre l'une et l'autre de ces deux actions. Seule ferait exception l'hypothèse particulière dans laquelle un même élément interviendrait à la fois dans le calcul de la disparité et dans celui de l'enrichissement sans cause, en sorte que l'appauvrissement s'en trouverait déjà indemnisé par la prestation compensatoire.

35. Au bout du compte, la subsidiarité de l'action *de in rem verso* opère comme une règle d'éviction de l'enrichissement sans cause chaque fois que ce fondement général entre en concurrence avec une disposition particulière, que cette éviction soit temporaire ou plus souvent définitive, selon que le droit à répétition subsiste ou non après épuisement de la règle spéciale. Empêché de prospérer en présence d'une autre source de répétition, c'est bien alors à une véritable cause d'irrecevabilité que se trouve confronté le moyen pris de l'enrichissement sans cause.

#### B. Une cause d'irrecevabilité du moyen

36. Si la subsidiarité de l'action *de in rem verso* se justifie pour des raisons tenant au fond du droit, elle se traduit procéduralement comme une véritable cause d'irrecevabilité. L'action sera repoussée sans aucun examen de son bien-fondé au regard des conditions de l'enrichissement sans cause : qu'il y ait ou non un enrichissement injustifié, la répétition invoquée sur ce fondement sera écartée dès lors qu'une autre action pourrait y donner droit. En quoi, à proprement parler, la condition de subsidiarité n'est pas constitutive de l'enrichissement sans cause : elle n'intervient que comme une règle de procédure visant à hiérarchiser les moyens entre eux.



37. En dépit des hésitations doctrinales<sup>(103)</sup>, cette conception de la subsidiarité de l'enrichissement sans cause entendue comme condition de recevabilité de l'action *de in rem verso* est très largement consacrée par la Cour de cassation<sup>(104)</sup>. Elle est également celle qui prévaut dans les pays où la question a été tranchée<sup>(105)</sup>. Toutefois, elle suppose d'être bien comprise. En déclarant l'action *de in rem verso* irrecevable, il ne s'agit pas d'opposer une fin de non-recevoir à la demande, mais seulement de refuser d'examiner le moyen qui la soutient en se fondant sur l'enrichissement sans cause<sup>(106)</sup>. Ce n'est pas là qu'une nuance, car la demande qui soulève un moyen insusceptible d'examen n'est pas elle-même irrecevable : elle est simplement mal fondée, en tant que s'appuyant sur un moyen inopérant. C'est le cas si l'enrichissement sans cause formait le seul fondement de la demande d'indemnité ; mais ce le sera aussi si le moyen pertinent ne figurait pas parmi ceux concurremment présentés au soutien de la demande.

38. Lorsque le moyen tiré de l'enrichissement sans cause est le seul à venir au soutien de la demande, l'appauvri s'expose au risque que le

(103) Voyant dans la subsidiarité une condition de recevabilité de l'action : F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Sirey, 1995, n° 164 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 89. *Contra* : X. PIN, fasc. préc. (*supra*, note 78), n°s 55 et s. ; A. GOUËZEL, *op. cit.* (*supra*, note 77), n° 126. Mais cette autre opinion semble s'expliquer par le fait que ces auteurs assimilent entièrement la condition de subsidiarité de l'action *de in rem verso* à celle d'absence de cause, laquelle seule répond du fond du droit (*voy. infra*, n°s 44 et s.).

(104) Voy. ainsi, dès l'origine de la notion : Civ., 12 mai 1914, préc. (*supra*, note 14). Et depuis : 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 1973, *Bull.*, I, n° 280 ; 15 octobre 1996, *Bull.*, I, n° 357 ; *RTD civ.*, 1997, p. 657, obs. J. MESTRE ; *D.*, 1997, SC, p. 177, obs. R. LIBCHABER ; *Defrénois* 1997, p. 923, 1<sup>re</sup> esp., note O. MILHAC ; 2<sup>e</sup> civ., 11 juillet 2002, pourvoi n° 00-12874 ; 1<sup>re</sup> civ., 5 mars 2008, pourvoi n° 07-13902 ; *D.*, 2008, pan., p. 1794, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; 25 juin 2008, *Bull.*, I, n° 185 ; *Defrénois*, 2008, p. 1980, obs. R. LIBCHABER, et p. 2421, obs. J. MASSIP ; *R.D.C.*, 2008, p. 1138, obs. Y.-M. LAITHIER ; 6 mai 2009, n° 08-14469 ; *D.*, 2010, pan., p. 735, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU ; 27 mai 2010, préc. (*supra*, note 100). Rappr. en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, où la jurisprudence déclare irrecevable l'action introduite contre le fournisseur dès lors que la responsabilité de ce dernier est subsidiaire de celle du producteur : 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2007, *Bull.*, I, n° 185 ; Com., 26 mai 2010, *Bull.*, IV, n° 99 ; *C.C.C.*, 2010, n° 198, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.*, 2010, p. 790, obs. P. JOURDAIN ; *R.D.C.*, 2010, p. 1266, obs. S. CARVAL.

(105) V. spéc. C. civ. italien, art. 2042, et les développements y relatifs in *Principles of European Law*, préc. (*supra*, note 2), p. 106. Voy. égal. P. GALLO, *op. cit.* (*supra*, note 1), pp. 88 et s.

(106) 1<sup>re</sup> civ., 4 avril 2006, *Bull.*, I, n° 194. Sur cette distinction entre demande et moyen subsidiaires, voy. *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, dir. G. Cornu, 10<sup>e</sup> éd., PUF, 2014, v° « Subsidiaire ».

défendeur, une fois la preuve de l'enrichissement sans cause rapportée, établit de son côté que le demandeur disposait d'une autre action pour obtenir l'indemnité réclamée. Le plus souvent, cette autre action concerne un tiers, auquel cas la subsidiarité ne représente normalement pour l'appauvri qu'un contretemps : il devra simplement introduire une nouvelle action, sur cet autre fondement, contre le débiteur principal. Et s'il apparaît que ce dernier est insolvable, ou que l'action à son encontre est vouée à l'échec pour toute autre raison, il appartient à l'appauvri de le faire constater en réponse à l'exception de subsidiarité. Car une fois l'action *de in rem verso* repoussée, il est tout à craindre que l'autorité de la chose jugée fasse obstacle à ce que l'enrichi puisse être à nouveau actionné à même fin<sup>(107)</sup>. Il en résulte que le principe de subsidiarité fait obligation à l'appauvri, soit d'agir contre l'enrichi après s'être vainement tourné contre ses autres débiteurs, soit, à tout le moins, de l'attirer simultanément avec ceux-ci, l'erreur consistant à agir directement contre l'enrichi, et contre lui seul, sans s'être ménagé la preuve de l'inefficacité des autres recours. Exceptionnellement, le défendeur peut aussi avoir intérêt à établir que l'appauvri disposait d'une autre action, non contre un tiers, mais contre lui-même, s'il s'avère notamment que les conditions de cette autre action sont plus contraignantes, que l'indemnité qui en résulte est moins importante, ou encore que cette autre action se trouve éteinte du fait de l'appauvri.

**39.** L'hypothèse ordinaire est toutefois celle dans laquelle le demandeur en répétition articule le fondement pris de l'enrichissement sans cause en concurrence avec d'autres moyens. Ce choix est évidemment possible, et il est même rendu nécessaire par le principe de concentration des moyens<sup>(108)</sup>, mais il commande d'organiser proprement ses arguments. La cohérence de la démonstration impose en effet de n'exciper d'un enrichissement sans cause qu'à titre subsidiaire, voire infiniment subsidiaire si d'autres moyens répondent déjà à cette qualification<sup>(109)</sup>. C'est au demeurant une exigence

(107) La Cour de cassation n'admet pas en effet que l'on invoque pour faits nouveaux ceux que l'on aurait déjà pu établir lors d'un précédent procès : 2<sup>e</sup> civ., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-17053 ; 1<sup>re</sup> civ., 23 juin 2011, *Bull.*, I, n° 119.

(108) Ass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, *Bull.*, AP, n° 8 ; *B.I.C.C.*, n° 648, 15 octobre 2006, rapp. Ch. CHARRUAULT, avis A. BENMAKHOLOUF, et note R. KOERING-JOULIN, qui déclare irrecevable la nouvelle action en indemnité fondée sur le moyen pris d'un enrichissement sans cause non invoqué lors de la première procédure.

(109) Sur cette exigence : M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.* (*supra*, note 66), n° 33. Rapp. P. ESMEIN, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. IV, 1948, *L'enrichissement sans cause*, Dalloz, 1949, p. 94, qui notait déjà que, en qualifiant la condition de subsidiarité, la Cour de cassation lui avait donné le même sens que pour les écritures des parties.

qui s'impose chaque fois que l'on invoque à la fois une règle de droit spécial et une autre de droit commun, la seconde ne pouvant intervenir qu'à titre subsidiaire, pour le cas où la première ne trouverait pas à jouer<sup>(110)</sup>. Commandée par le raisonnement, cette hiérarchisation des moyens l'est aussi par la jurisprudence, qui n'hésite pas à reconnaître aux juges la faculté de laisser sans réponse des moyens jugés contradictoires<sup>(111)</sup>.

40. Sur cette base peuvent se présenter deux cas de figure pathologiques. Le premier concerne l'hypothèse dans laquelle les moyens seraient tous présentés au même niveau, sans hiérarchie. En ce cas, le risque est que les moyens soient jugés contradictoires en tant qu'invoquant tout à la fois le droit commun et une règle spéciale y dérogeant, en sorte qu'aucun d'eux ne soit finalement examiné par le juge. Théoriquement envisageable, la rigueur d'une telle sanction ne semble pas avoir jamais été opposée au demandeur à une action *de in rem verso*. Et on le comprend, dès lors qu'elle reviendrait à rejeter la demande d'indemnité en son ensemble, sans le moindre examen au fond, pour une question de présentation et un simple manque de précision. Reste que le risque se ferait probablement plus prégnant si, en présence de plus de deux moyens, la contradiction affectait ceux articulés à titre subsidiaire, faute de subdivision entre eux. En ce cas, le juge appelé à statuer aurait sans doute moins de scrupule à n'examiner que le moyen invoqué à titre principal.

41. Le second cas de figure vise celui dans lequel les moyens seraient hiérarchisés, mais dans le désordre, le moyen subsidiaire dans l'ordre des choses se trouvant soulevé à titre principal. En cette autre hypothèse, la sanction qui s'impose est tout à la fois moins sévère et plus certaine que précédemment : présenté à tort comme principal, le fondement pris de l'enrichissement sans cause devra nécessairement être écarté pour libérer l'examen des moyens subsidiaires. L'irrecevabilité est en ce cas inévitable, car l'existence d'un enrichissement sans cause ne peut être vérifiée qu'à la condition que les autres moyens, présentés à titre subsidiaire, ne soient pas fondés, ce qui impliquerait de les examiner en premier lieu, contrairement à ce qu'a voulu le demandeur. Pour résoudre ici la contradiction, il faut inévitablement passer outre, soit le moyen principal, soit les moyens subsidiaires. Or l'action *de in rem verso* ne

(110) Voy. sur ce point F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 77), n° 672.

(111) Voy. par ex. Com., 9 décembre 1997, pourvoi n° 95-14347 ; ou 3<sup>e</sup> civ., 17 décembre 2003, *Bull.*, III, n° 233. À l'inverse, la contradiction est résolue dès lors que les deux moyens ont été hiérarchisés : 3<sup>e</sup> civ., 28 avril 2011, pourvoi n° 10-13646.

pouvant être formée à titre principal, c'est bien elle qu'il conviendra d'ignorer, sans égard à ce stade pour le bien ou mal-fondé des autres arguments.

42. En toute hypothèse, les exigences procédurales du contradictoire limitent encore un peu plus le risque d'irrecevabilité. Si, en effet, le principe de subsidiarité est invoqué par le défendeur, l'appauvri disposera en général de la faculté de parer au grief en modifiant la présentation de ses moyens. Mais il ne le pourrait plus si la règle était relevée d'office par le juge : même si les parties doivent être à même de présenter leurs observations sur ce moyen, cette invitation du juge ne s'assimile pas à une réouverture des débats, laquelle seule permettrait aux parties de modifier les écritures qui ont été figées du jour de l'ordonnance de clôture de la mise en état. Cette obligation d'inviter les parties à présenter leurs observations sur la subsidiarité, relevée d'office, de l'action *de in rem verso* paraît même si peu utile à la Cour de cassation que celle-ci en exempte les juges du fond, estimant, non sans quelque licence prise avec le principe du contradictoire, que « les règles régissant cette action et, notamment, son caractère subsidiaire se trouv[ai]ent nécessairement dans le débat »<sup>(112)</sup>. À peu près indifférente dans la situation qui précède, une telle solution serait plus difficilement admissible dans le cas où la subsidiarité prévaudrait, non entre les moyens d'une même demande, mais entre cette demande et l'action que pouvait tenter l'appauvri contre un autre débiteur. On ne conçoit plus alors que le juge puisse relever d'office l'existence de cette autre action sans laisser à l'appauvri la possibilité de démontrer qu'elle serait de toute façon vouée à l'échec.

43. C'est donc bien, en définitive, à une véritable condition de recevabilité du moyen tiré de l'enrichissement sans cause, et donc de l'action *de in rem verso* elle-même, que confine le principe de subsidiarité en présence d'une autre action en répétition ou en indemnisation. Une fois cette autre action disparue, en revanche, la règle en vient à changer de nature.

## SECTION II. — LA SUBSIDIARITÉ FACE À LA PERTE D'UNE AUTRE ACTION

44. Lorsque l'appauvri a disposé d'une autre voie de droit pour obtenir répétition, la question se pose de savoir si l'irrecevabilité passée de l'action *de in rem verso* est appelée à survivre à la disparition de l'action

(112) 1<sup>re</sup> civ., 4 avril 2006, préc. (*supra*, note 106).

principale. La réponse à cette question passe par la combinaison d'une règle de procédure, d'une part, et d'une règle de fond, d'autre part. Par principe, la disparition de l'action principale libère le fondement pris de l'enrichissement sans cause, dont la subsidiarité n'est plus en ce cas un obstacle à la recevabilité. Mais cela ne signifie pas que, parvenu à ce stade, l'exigence de subsidiarité en vient à s'effacer entièrement. Simplement, elle se manifeste d'une autre façon, changeant de nature sans cesser tout à fait de s'imposer, dépendant à présent de la cause de la disparition de l'action concurrente. En somme, si la perte de l'action principale est une condition de recevabilité de l'action subsidiaire (§ 1), elle est parfois aussi une cause légitime de l'enrichissement (§ 2).

§ 1. — *La perte de l'action principale,  
condition de recevabilité de l'action subsidiaire*

45. En l'absence de toute autre action disponible, fût-elle disparue, l'action fondée sur l'enrichissement sans cause est sans concours, en sorte que plus rien ne fait obstacle à sa recevabilité. Si, malgré tout, la disparition de l'action principale est susceptible d'avoir une incidence sur l'action *de in rem verso*, ce ne peut plus être que sur le fond du droit, eu égard alors à la cause de cette disparition. La recevabilité de l'action conditionne ainsi le contrôle de son bien-fondé, non seulement dans son principe (A), mais encore, à bien des égards, dans son étendue (B).

*A. La recevabilité de l'action et le principe de son examen au fond*

46. Sur le terrain de la recevabilité, deux analyses sont *a priori* possibles : soit on limite l'irrecevabilité de l'action *de in rem verso* à une concurrence actuelle avec une autre action, soit on étend cette irrecevabilité à toutes les hypothèses dans lesquelles une concurrence, même passée, a pu exister. Pour justifier cette seconde analyse, on peut certes estimer qu'il appartient à l'appauvri d'exercer l'action qui lui est ouverte lorsque cela lui est possible, et lui faire ainsi supporter le risque de sa disparition. Mais l'appauvri peut n'être pour rien dans l'extinction de cette action, et une telle solution lui interdirait même d'établir ce fait, entérinant à ses dépens l'existence d'un enrichissement injustifié. Il convient en effet de garder à l'esprit que la cause d'irrecevabilité de l'action opère *in abstracto*, comme le fait une fin de non-recevoir, sans égard pour l'intention ou la bonne foi du demandeur à l'action. Puisque, dès lors, la

perte de l'action concurrente peut avoir échappé au pouvoir de l'appauvri, il semble préférable d'admettre, à ce stade purement procédural, que la disparition de l'action principale, à l'opposé de sa persistance, permet à l'appauvri d'agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Il en résulte que, son action devenue recevable, c'est bien sur le fond du droit que portera à présent l'examen<sup>(113)</sup>. Car il reste que la disparition de l'action principale est aussi susceptible de trouver son origine dans le fait de l'appauvri, et qu'il peut être alors opportun de lui fermer, pour cette raison seulement, le droit à répétition.

**47.** Pour encadrer juridiquement cet examen au fond, deux solutions sont là encore envisageables. On peut tout d'abord estimer utile de créer à cet effet une condition constitutive nouvelle de l'enrichissement sans cause, qui tiendrait dans la vérification que l'autre action à disposition de l'appauvri n'a pas disparu par son fait. Mais on peut aussi rattacher la question à l'une des conditions de fond déjà connues de l'enrichissement sans cause. Dans ce choix, on conviendra sans doute que la seconde solution est à tout point de vue préférable, pour autant qu'elle n'aboutit pas à déformer les catégories existantes. Or il se trouve que, parmi les conditions substantielles de l'enrichissement sans cause, celle tenant dans l'absence de cause légitime répond pleinement à l'examen que l'on voudrait faire des causes de la disparition de l'action principale. Naturellement, cela ne revient pas à dire que cette condition ne trouverait à jouer qu'au cas de disparition d'une action principale, étant bien entendu que la notion d'absence de cause légitime dépasse de loin cette seule hypothèse. Mais il n'en reste pas moins que l'on pénètre pleinement ici dans son giron, et qu'il est donc bien question d'étudier la notion de juste cause dans ses rapports avec la condition de subsidiarité.

**48.** Pour autant, il serait sans doute excessif de déduire de cette analyse que l'on ne se trouverait plus du tout en présence, à cet endroit, d'une question relative à la subsidiarité de l'action *de in rem verso*, et que l'on aurait entièrement versé dans le simple contrôle de la légitimité de la cause de l'enrichissement<sup>(114)</sup>. Car il demeure que la question de la disparition d'une action principale ne se présentera pas immédiatement

(113) Cette distinction entre recevabilité et examen au fond n'est pas toujours bien observée, la jurisprudence ayant parfois évoqué l'irrecevabilité de l'action après avoir statué sur le fond en constatant la carence du demandeur dans la preuve d'une cause illégitime à son appauvrissement (3<sup>e</sup> civ., 29 avril 1971, *Bull.*, III, n° 277 ; *RTD civ.*, 1971, p. 842, obs. Y. LOUSSOUARN).

(114) En ce sens, l'opinion est parfois émise que cette autre subsidiarité n'en serait pas vraiment une, et qu'elle serait donc improprement dénommée : J. NGUEBOU TOUKAM,

dans le débat : il y a toujours là une défense offerte à l'enrichi, fût-elle cette fois une défense au fond, qui n'interviendra, dans la rigueur des principes, qu'une fois que l'appauvri aura établi l'existence apparente d'un enrichissement sans cause légitime, à charge pour l'enrichi de renverser l'apparence ainsi établi par le demandeur. Si la nuance ne se fait pas toujours sentir, c'est parce que le jeu du procès fait que chacune des parties est conduite à soutenir l'ensemble de ses moyens dans un seul et même temps, sans avoir toujours égard à leur articulation logique avec l'argumentation adverse.

49. Quoi qu'il en soit de ces subtilités, il est de toute façon difficile d'ignorer que le caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause est aussi bien invoqué en présence d'une autre action qu'au cas de disparition de cette dernière<sup>(115)</sup>, au point que l'on en soit même venu à l'assimiler entièrement à ce second cas de figure<sup>(116)</sup>. Et cette dualité de la subsidiarité se rencontre aussi bien à l'examen du droit comparé. S'il est vrai que les droits germaniques n'évoquent la règle qu'appliquée au cas de concurrence entre deux actions coexistantes, ne traitant de la perte de l'action principale que sous l'angle de la juste cause de l'enrichissement<sup>(117)</sup>, il n'en reste pas moins que, partout ailleurs, les systèmes juridiques retiennent une acception duale du principe de subsidiarité. Il en va ainsi où les codes gardent le silence, tant la Belgique que l'Espagne

art. préc. (*supra*, note 24), p. 924 ; M. MONTEILLET-GEFFROY, *op. cit.* (*supra*, note 66), n<sup>os</sup> 28 et s.

(115) Voy. not. P. ESMEIN, note sous Req., 11 septembre 1940, S., 1941, p. 122, col. 2 ; P. ROUBIER, art. préc. (*supra*, note 24), p. 55 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *loc. cit.* (*supra*, note 3) ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Litec, 2012, n<sup>o</sup> 787 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 88. C'est également la conception retenue par les actuels projets de réforme du droit des obligations : *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, Min. Justice, 2011, art. 214 ; et *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz, 2013, art. 11.

(116) Voy. ainsi G. BAYLE, *op. cit.* (*supra*, note 45), n<sup>os</sup> 144 et s. ; ou encore récemment A. GOUÉZEL, *op. cit.* (*supra*, note 77), n<sup>os</sup> 136 et s. Rapp. G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *loc. cit.* (*supra*, note 3), qui estiment que « la condition d'inexistence d'une autre voie de droit fait le plus souvent pratiquement double emploi avec la condition d'absence de cause ». *Aide* en même sens : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 42, *in fine* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*ibid.*) ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *loc. cit.* (*ibid.*) ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *loc. cit.* (*supra*, note préc.). Voy. égal. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. P. Catala, 2005, Doc. fr., 2006, art. 1338, qui n'évoque la condition de subsidiarité que dans des cas où elle s'analyse à travers la cause de l'enrichissement.

(117) Voy. *supra*, note 84.

ayant emprunté la même voie que la France pour résoudre la question<sup>(118)</sup>. Mais c'est également vrai des législations consacrant l'enrichissement sans cause dans leur texte. En Italie, où la subsidiarité de l'action *de in rem verso* s'inscrit *expressis verbis* à l'article 2042 du *Codice civile* en ne visant que l'hypothèse d'une concurrence actuelle avec une autre action, la jurisprudence en a étendu le domaine aux cas où la perte de cette action principale rend légitime la cause de l'enrichissement, passant en ce sens d'une *sussidiarietà in concreto*, lorsque l'autre action permet d'obtenir satisfaction, à une *sussidiarietà in astratto*, dans le cas où l'autre action est inefficace ou n'existe plus<sup>(119)</sup>. De la même manière, alors que, au Québec, l'article 1494 du Code civil n'envisage à l'inverse que la situation dans laquelle l'appauvri aurait omis d'exercer une action depuis lors disparue, pour y voir une justification de son appauvrissement, la jurisprudence, usant de la condition de subsidiarité, a étendu là encore le domaine de l'exception à l'hypothèse dans laquelle l'autre action existerait encore<sup>(120)</sup>. C'est également cette même dualité de la subsidiarité que l'on retrouve dans l'application du Code civil portugais (art. 474) ou du droit hongrois<sup>(121)</sup>. Et l'on ne peut manquer de relever à nouveau que les auteurs de *common law* qui se sont penchés sur le problème envisagent eux aussi ce dédoublement de la condition de *subsidiarity*<sup>(122)</sup>.

50. On mesure ainsi tout ce qui sépare cette autre subsidiarité de l'enrichissement sans cause de celle qui précédait. Quand, en présence d'une autre action disponible, l'action *de in rem verso* était rendue de ce seul fait irrecevable, au terme d'un simple contrôle objectif et liminaire tenant dans la vérification de l'existence de cette autre action, la subsidiarité de la même action confrontée à la disparition de l'action

(118) Pour la Belgique : B. DE CONINCK, art. préc. (*supra*, note 89), n<sup>os</sup> 36 et s. Et pour l'Espagne : M. CASTILLA BAREA, « La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español : la justificación de su carácter subsidiario », in *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, préc. (*supra*, note 2), p. 105.

(119) E. SCHRAGE et B. NICHOLAS, « Unjust Enrichment and the Law of Restitution », in *Unjust Enrichment*, dir. E. Schrage, préc. (*supra*, note 2), p. 29 ; F. ASTONE, *op. cit.* (*supra*, note 1), pp. 215 et s. ; P. GALLO, *op. cit. (ibid.)*, pp. 90 et s. ; A. ALBANESE, *op. cit. (ibid.)*, pp. 332 et s.

(120) J.-L. BAUDOIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., collab. N. Vézina, éd. Y. Blais, Cowansville, Québec, 2005, n<sup>o</sup> 587 ; D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, Thémis, Montréal, 2006, n<sup>os</sup> 1412 et s.

(121) *Principles of European Law*, préc. (*supra*, note 2), pp. 106 et 526.

(122) Voy. not. L. SMITH, art. préc. (*supra*, note 85), pp. 597 et s., où l'auteur oppose *weak subsidiarity*, qui oriente simplement le plaidant vers une autre action, et *strong subsidiarity*, qui le prive de tout recours.



principale suppose un examen supplémentaire. Il ne s'agit plus de s'en tenir au constat qu'une autre action a existé : il faut encore déterminer *in concreto*, au terme d'un examen au fond, les raisons pour lesquelles cette action a disparu. La recherche des causes de cette disparition fixe alors l'étendue de l'examen.

### B. La recevabilité de l'action et l'étendue de son examen au fond

51. Il importe de dissiper ici une équivoque quant au sens à donner à la perte constitutive d'une juste cause d'enrichissement. S'il est bien question, au sens le plus strict, de l'extinction juridique de l'action principale, il faut certainement y associer aussi l'hypothèse dans laquelle cette disparition ne serait plus que matérielle, consistant alors dans l'inefficacité de l'autre recours concurrentement ouvert à l'appauvri.

52. Dès lors qu'il s'agit à présent d'avoir égard au comportement de l'appauvri, et de vérifier que la perte de l'action principale ne puisse pas lui être reprochée, il est facile de comprendre qu'il n'est aucune raison pour limiter l'hypothèse de la disparition de l'action concurrente à celle de son extinction juridique. Rien ne justifierait d'opposer au demandeur l'existence persistante d'une autre action si celle-ci, quoique juridiquement fondée, ne lui permettait pas d'obtenir la moindre indemnisation. C'est à ce titre que l'insolvabilité du débiteur principal est traditionnellement retenue comme une condition de recevabilité de l'action *de in rem verso* exercée contre le tiers enrichi, l'enrichissement sans cause ayant précisément pour objet de permettre à l'appauvri de recouvrer sa perte contre l'enrichi en dépit de cet obstacle matériel<sup>(123)</sup>. Si, en revanche, le débiteur principal n'est que partiellement insolvable, il appartiendra à l'appauvri d'assigner tout à la fois ce débiteur et le tiers enrichi, obligé pour le solde seulement<sup>(124)</sup>. Mais à ce stade du raisonnement, il importe de poursuivre l'analyse. Car si l'insolvabilité du débiteur principal rend recevable l'action *de in rem verso*, il peut aussi justifier l'enrichissement sur le fond s'il s'avère que l'appauvri a participé d'une manière ou d'une autre à cette insolvabilité<sup>(125)</sup>. Par où l'on voit qu'aucune des

(123) On se rappelle que c'est justement en une telle circonstance que l'arrêt *Boudier* a reconnu l'enrichissement sans cause comme source d'obligation en droit français (*supra*, note 13).

(124) Voy. *supra*, n° 31, note 91, et n° 38.

(125) Sur ce contrôle nécessaire des causes à l'origine de l'obstacle de fait : A. ROUAST, art. préc. (*supra*, note 12), nos 28 et s.

conditions de recevabilité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause n'échappent tout à fait à l'examen de son bien-fondé.

**53.** C'est en regard de cette autre hypothèse que la doctrine a développé une distinction entre obstacles de droit et obstacles de fait. En tant que catégories descriptives, ces qualifications seraient tout à fait pertinentes, sauf à observer que la seconde paraît n'avoir jamais été illustrée que par l'insolvabilité du débiteur principal, alors qu'il faudrait probablement y associer toutes les hypothèses dans lesquelles, bien qu'éventuellement solvable, le débiteur, au regard des circonstances de fait, ne peut être atteint par aucun acte d'exécution forcée, ou ne pourrait pas même être identifié<sup>(126)</sup>. Malheureusement, ces catégories doctrinales n'ont pas seulement été avancées pour organiser les différents cas de figure dans lesquels la condition de subsidiarité était susceptible de jouer : elles l'ont été, dès l'origine, en vue de prétendre y assujettir le régime même de cette subsidiarité. Ainsi enseigne-t-on que, là où l'obstacle de fait permettrait à l'appauvri d'exercer un recours fondée sur l'enrichissement sans cause, l'obstacle de droit ne lui laisserait pas cette faculté<sup>(127)</sup>. Comme on le verra, ces propositions sont sans doute trop approximatives pour être formulées sans tempérament. En vérité, tous les obstacles à l'action principale, qu'ils soient de droit ou de fait, rendent l'action *de in rem verso* recevable. Quant à juger de son bien-fondé, la plupart d'entre eux, qu'ils soient là encore de droit ou de fait, devront faire connaître leurs raisons, et soumettre celles-ci à un examen supplémentaire pour que l'on puisse décider d'accueillir ou de repousser, sur le fond cette fois, l'action de l'appauvri. Seuls les obstacles tenant dans le jeu d'une règle de procédure — qui sont certes de droit, mais il en est d'autres — peuvent prétendre justifier sans autre examen l'appauvrissement du demandeur<sup>(128)</sup>.

**54.** À cette première extension de la notion de perte de l'action principale s'en joint une seconde. On ne peut pas manquer d'observer en

(126) Rappr. C. civ., art. 1386-7, qui subordonne à cette impossible identification du producteur l'action subsidiaire en responsabilité contre le fournisseur du produit défectueux.

(127) D'après A. ROUAST, art. préc. (*supra*, note 12), n<sup>os</sup> 26 et s. ; puis P. ESMEIN, note préc. (*supra*, note 115) ; G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *loc. cit.* (*supra*, note 3) ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 3), n<sup>o</sup> 1071 ; et encore B. FAGES, *loc. cit.* (*ibid.*). La Cour de cassation elle-même semble avoir fait sienne cette proposition doctrinale, en énonçant, par un important arrêt du 29 avril 1971 (préc., note 113), le principe selon lequel « l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise [...] pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance [...] ou par suite de tout autre obstacle de droit ».

(128) Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 60 et s.

effet que l'hypothèse de l'inefficacité matérielle de l'action concurrente peut avoir toujours prévalu, et l'appauvri n'avoir jamais disposé d'une autre action efficace si son débiteur principal n'a jamais été solvable. Par conséquent, la même éventualité mérite sans doute d'être envisagée lorsque la perte de l'action principale n'est pas matérielle, mais juridique : il se peut en effet que les conditions dans lesquelles l'action principale a manqué à naître fussent elles aussi à fonder l'appauvrissement du demandeur, dès lors que l'on se trouve en une hypothèse où elle était appelée à prévaloir. Pour être virtuelle, la perte de l'action principale peut n'en être pas moins certaine. Bien sûr, l'hypothèse doit demeurer exceptionnelle, considérant que, le plus souvent, l'absence de toute autre action tient simplement à la nature objective d'une situation qui ne la suscitait pas. Mais, même marginale, l'hypothèse point chaque fois que, eu égard aux circonstances, il est possible de considérer que l'appauvri a effectivement perdu l'action dont il aurait pu disposer s'il avait agi autrement. On vérifiera d'ailleurs à l'analyse que ce sont précisément ces situations qui alimentent l'essentiel des décisions rendues sur cette autre subsidiarité de l'action *de in rem verso*<sup>(129)</sup>.

**55.** Cette diversité des cas de perte d'une action concurrente s'exprime également sur le terrain probatoire. À la question de savoir sur laquelle des deux parties pèse la charge de prouver la disparition de l'action principale, deux réponses se présentent à l'esprit. Si l'on estime que l'action perdue devait être utilisée par priorité à toute autre, on pourra sans doute faire supporter le risque de sa disparition sur l'appauvri, à charge pour celui-ci d'établir l'existence d'une cause légitime de disparition. Mais si l'on accepte de détacher tout à fait cette autre subsidiarité d'une question de recevabilité, qui n'a plus lieu d'être en l'absence de toute autre action disponible, il n'y a aucune raison d'imputer *a priori* la disparition de l'action principale à son titulaire. Si bien que les principes paraissent devoir être les suivants. Puisque l'argument pris de la subsidiarité de l'action *de in rem verso* constitue toujours, quelle qu'en soit la teneur, un moyen de défense offert à l'enrichi, il appartient à ce dernier, pour échapper à la répétition, de prouver qu'une autre action existait et que l'appauvri l'a laissée s'éteindre, de même qu'il lui appartenait précédemment de prouver qu'une action concurrente existait encore. Mais il faut à présent aller plus loin. Sauf à imputer systématiquement le risque de la perte de l'action principale à son titulaire, la seule preuve de sa disparition ne saurait permettre à l'enrichi de se soustraire à l'obligation d'indemniser le deman-

(129) Voy. *infra*, n<sup>os</sup> 69 et s.

deur, puisque, en soi, c'est précisément cette disparition qui rend l'action en répétition recevable. Il importe donc encore que l'enrichi établisse en outre que la cause de cette disparition a rendu légitime son enrichissement.

56. Certes, il appartient en principe à l'appauvri, demandeur à l'action, de prouver que le déplacement de valeur ne repose sur aucune cause légitime, et non à l'enrichi d'établir le contraire<sup>(130)</sup>. Mais les deux preuves ne se situent pas précisément au même niveau : la charge probatoire de l'appauvri consiste à établir l'absence de cause légitime apparente ; celle de l'enrichi consiste à combattre cette apparence en établissant la cause véritable et légitime de son enrichissement<sup>(131)</sup>. Chronologiquement, le demandeur a l'obligation de mettre en évidence son appauvrissement, l'origine de cet appauvrissement, l'enrichissement du défendeur, et enfin le lien de corrélation de cet enrichissement avec son propre appauvrissement, soit qu'ils aient la même cause, soit que l'un et l'autre soient liés par un rapport de cause à effet<sup>(132)</sup>. En somme, il doit prouver que l'enrichissement du défendeur n'a pu se produire que grâce au même fait que celui qui a provoqué son propre appauvrissement<sup>(133)</sup>. Une fois cette preuve apportée, il est d'ores et déjà suffisamment démontré que le transfert de valeur trouve sa source apparente dans une cause illégitime<sup>(134)</sup>. C'est à ce stade que l'enrichi devra opposer le

(130) Voy. par ex. 1<sup>re</sup> civ., 18 juin 1980, *Bull.*, I, n° 191 ; 31 janvier 1990, pourvoi n° 88-14171 ; Com., 10 septembre 2013, pourvoi n° 12-19386. En matière de contrat comme de paiement, « la cause se présume » : L. JOSSEMAND, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 573.

(131) En ce sens exactement : Cour suprême du Canada, 22 avril 2004, *Garland*, préc. (*supra*, note 82).

(132) Étant bien évident que l'on ne va pas exiger, au-delà, que l'appauvri passe en revue l'ensemble des causes possibles d'enrichissement pour démontrer à chaque fois qu'aucune d'entre elles n'est constituée. Tous les systèmes juridiques se rejoignent sur ce point, qu'il soit imposé au demandeur d'établir l'absence de cause légitime d'enrichissement, comme dans les droits civilistes, ou qu'il lui soit demandé de mettre en évidence l'existence d'une cause spécifique de restitution, comme en *common law*. Voy. not. M. McINNES, « The Reason to Reverse : Unjust Factors and Juristic Reasons », *Boston Univ. Law Rev.*, vol. 92, 2012, pp. 1049 et s.

(133) En ce sens : P. ESMEIN, in *Traité théorique et pratique de droit civil*, préc. (*supra*, note 51), n° 755 ; A.-M. ROMANI, in *Rép. civ.*, Dalloz, v° « Enrichissement sans cause », 2006, n° 64. À quoi il convient d'ajouter que cette preuve est encore facilitée en pratique par le fait que, rationnellement, le défendeur va invoquer d'emblée une cause à son enrichissement, de sorte que l'objet de la preuve se trouvera ainsi circonscrite pour le demandeur à la contestation de ce fondement.

(134) Dès l'origine, l'arrêt *Boudier* (*supra*, note 13) ne se prononçait pas autrement, en jugeant qu'il suffit « 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 ».

moyen de défense consistant à établir la cause profonde et véritable de ce transfert<sup>(135)</sup>. En quoi l'on se situe bien sur le terrain de la subsidiarité, qui impose ici d'examiner une nouvelle fois le problème de la cause de l'enrichissement.

57. Cette répartition de la charge probatoire a vocation à valoir au moins dans l'hypothèse générale où la question de la subsidiarité de l'action *de in rem verso* se pose au regard de la perte procédurale d'une action préexistante, ou encore de l'inexistence de toute autre action du fait de l'appauvri. L'enrichi sera conduit à établir en ce cas qu'une autre action a existé ou aurait pu exister, et la raison pour laquelle l'appauvri n'en dispose plus ou n'en a jamais disposé. Lorsque, en revanche, la subsidiarité a trait à l'inefficacité d'une action concurrente et toujours existante, les solutions doivent être précisées. Dès lors que le moyen consiste avant tout pour le défendeur à opposer une cause d'irrecevabilité de l'action *de in rem verso*, il lui appartient simplement d'établir l'existence d'une action principale à disposition de l'appauvri. Ceci fait, c'est sur l'appauvri, demandeur à l'action, que pèsera l'obligation de prouver que cette action concurrente est matériellement condamnée, spécialement pour insolvabilité de son débiteur<sup>(136)</sup>. Alors seulement, l'enrichi sera amené à discuter de l'origine de cette insolvabilité en vue de démontrer que l'appauvri a pu y participer, et établir ainsi que son appauvrissement repose malgré tout sur une cause légitime, tenant notamment dans sa volonté ou dans sa faute.

58. On comprend de ce qui précède que l'essentiel n'est déjà plus ici dans la recevabilité de l'action *de in rem verso*. Il est sans doute vrai que la disparition de l'action concurrente permet le plus souvent de rendre recevable une action subsidiaire qui se serait heurtée sinon à la primauté de l'action principale, et il n'est pas plus contestable que cette recevabilité est un préalable nécessaire à la répétition de l'enrichissement. Mais il demeure qu'il ne s'agit là que d'un préalable. De surcroît, on a pu observer que, en certaines circonstances au moins, l'action *de in rem verso* a pu ne jamais cesser d'être recevable, et qu'il en va spécialement ainsi lorsque la perte de l'action concurrente n'a été que virtuelle, faute d'être née là où elle aurait dû prévaloir. À tous

(135) Voy. par ex. 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1997, pourvoi n° 96-10246, où le bénéficiaire d'une aide gratuite dans l'exploitation de son fonds de commerce est condamné à indemniser l'assistant pour n'avoir pas établi l'existence d'une intention libérale ou d'une convention d'entraide familiale justifiant l'enrichissement né de cette assistance.

(136) Voy. ainsi Com., 10 octobre 2000, préc. (*supra*, note 91) ; ou encore 1<sup>re</sup> civ., 5 novembre 2008, pourvoi n° 07-18123.

égards donc, la subsidiarité de l'enrichissement sans cause ne concerne plus ici la recevabilité de l'action : elle relève désormais de l'examen de son bien-fondé.

§ 2. — *La perte de l'action principale,  
cause légitime du transfert de valeur*

**59.** De même que l'idée de perte de l'action doit s'entendre en son sens le plus large, la notion de cause légitime appliquée à l'action *de in rem verso* relève d'une acception tout aussi étendue. La cause du transfert est légitime lorsqu'elle repose sur toute espèce de justification, qui peut être tant juridique que morale<sup>(137)</sup>, ce qui s'explique par le fait que la légitimité de l'enrichissement est susceptible de résulter non seulement de l'application pure et simple d'une règle de droit, mais également de l'analyse du comportement de l'appauvri. De telle sorte que, comme en matière contractuelle<sup>(138)</sup>, la notion de cause appliquée à l'enrichissement peut être aussi bien objective que subjective<sup>(139)</sup>. Appliquée à la perte de l'action principale, l'analyse revient à distinguer selon que cette action a disparu par le simple effet de la règle de droit ou par le fait sous-jacent de l'appauvri<sup>(140)</sup>. Dans le premier cas, le transfert de valeur se justifiera par le jeu d'une règle de procédure (A). Dans le second, l'examen des circonstances de l'espèce sollicitera l'application d'une règle de fond (B).

*A. La perte de l'action du jeu d'une règle de procédure*

**60.** Lorsque l'action principale a disparu par l'effet d'une règle de procédure, le déplacement de valeur à l'origine de l'action *de in rem verso* s'en trouve objectivement causé. Ces obstacles procéduraux sont

(137) Voy. à cet égard A. ROUAST, art. préc. (*supra*, note 12), n° 20 ; et J. DABIN, « La notion d'enrichissement sans cause », *R.C.J.B.*, 1952, p. 17.

(138) Voy. not. sur ce rapprochement : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence*, th. Toulouse, 1920, spéc. t. II, p. 451. Voy. égal. G. MARTY et Ph. RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 396.

(139) En ce sens : A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998, n° 90, pp. 325 et s. ; J.-Ch. SAINT-PAU, note sous 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1998, *D.*, 1999, p. 425, n° 6 ; X. PIN, in *J.-Cl. Civ.*, « Art. 1370 à 1381 », fasc. 20, 2007, n°s 47 et s. Voy. égal. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 3), n°s 1068 et s., qui distinguent selon que la cause résulte d'un titre juridique ou du fait de l'appauvri.

(140) On opposerait avantageusement ici obstacles de droit et obstacles de fait si la tradition doctrinale n'avait pas réservé ces deux expressions à un autre emploi (*supra*, n° 53).

tous ceux visés dans l'attendu de principe de l'arrêt déjà cité du 29 avril 1971, selon lequel « l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ne peut être admise [...] pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion ou par l'effet de l'autorité de la chose jugée ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige »<sup>(141)</sup>.

**61.** Les premiers n'appellent pas de longs commentaires. La jurisprudence décide de longue date que l'appauvri est mal fondé à agir en répétition lorsque son appauvrissement trouve son origine dans la prescription de l'action qui était à sa disposition<sup>(142)</sup>, dans sa forclusion<sup>(143)</sup>, ou dans toute autre espèce de déchéance<sup>(144)</sup>. Et si la loi dispose à l'occasion le contraire, en prévoyant la survie de l'action *de in rem verso* en dépit de la prescription de l'action concurrente<sup>(145)</sup>, ces rares exceptions n'en réaffirment que d'autant une règle qui demeure en son principe<sup>(146)</sup>.

**62.** Quant à l'autorité de la chose jugée, les arrêts sont là encore nombreux qui s'appuient sur cette cause d'enrichissement pour rejeter les prétentions de l'appauvri<sup>(147)</sup>. Il est vrai que, à la différence de la prescription, de la forclusion ou de la déchéance, cet obstacle procédural porte à présent, non plus sur l'action principale, par hypothèse déjà exercée et épuisée, mais sur l'action *de in rem verso* elle-même, introduite en second lieu. Ce qui justifie que celle-ci se heurte en ce cas à une véritable fin de non-recevoir, et non plus seulement à une exception

(141) 3<sup>e</sup> civ., 29 avril 1971, préc. (*supra*, note 113). Ce sont les obstacles qui avaient déjà été identifiés par A. ROUAST, art. préc. (*supra*, note 12), n<sup>o</sup> 27.

(142) 3<sup>e</sup> civ., 14 novembre 2002, pourvoi n<sup>o</sup> 01-10691 ; Soc., 12 janvier 2011, *Bull.*, V, n<sup>o</sup> 21.

(143) Voy. déjà Civ., 18 et 19 juillet 1910, *D.P.*, 1911, I, p. 355, quatre arrêts.

(144) Voy. ainsi Com., 6 novembre 1957, *Bull.*, III, n<sup>o</sup> 297, pour la déchéance d'un brevet ; ou 3<sup>e</sup> civ., 3 janvier 1978, *Bull.*, III, n<sup>o</sup> 3, pour la déchéance du droit de l'exproprié à être indemnisé par l'autorité expropriante. Rappr. 1<sup>re</sup> civ., 30 janvier 2013, préc. (*supra*, note 67), qui borne l'action *de in rem verso* contre le débiteur d'aliments aux arrérages échus après l'introduction de l'instance.

(145) Voy. not. C. mon. et fin., art. L. 131-59, al. 3, *in fine*, issu du décret-loi du 30 octobre 1935, art. 52, al. 4, au cas de prescription ou de déchéance de l'action cambiaire.

(146) Même en droit allemand, où le paragraphe 852 du *BGB* prévoit que l'action en restitution pour enrichissement sans cause subsiste en dépit de la prescription de l'action en dommages-intérêts, la règle ne régit pas les rapports de l'action *de in rem verso* avec d'autres actions concurrentes. Si bien que la prescription de l'action contractuelle ou de l'action réelle fait toujours obstacle à la répétition (*supra*, note 84). La même règle a été adoptée en Grèce : C. civ. hellénique, art. 938.

(147) Voy. not. Ass. plén., 7 juillet 2006, *Cesareo*, préc. (*supra*, note 108) ; 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 2010, pourvoi n<sup>o</sup> 09-65400 ; 1<sup>re</sup> civ., 7 juillet 2011, pourvoi n<sup>o</sup> 10-22927.

opposée sur le fond du droit<sup>(148)</sup>. Mais il n'en reste par moins que la cause d'irrecevabilité se double ici d'une cause légitime d'enrichissement. Si, en effet, l'autorité d'un précédent jugement peut être opposée à l'action *de in rem verso*, c'est nécessairement que l'enrichissement dénoncé a été jugé fondé, et donc justifié par l'application d'une règle de droit. Et si même il était démontré que la précédente décision était juridiquement erronée, alors ce serait cette fois l'autorité juridictionnelle de cette décision qui, en dépit de la règle applicable sur le fond du droit, justifierait encore l'enrichissement consacré par le juge<sup>(149)</sup>. Strictement, l'autorité de la chose jugée ne constitue donc une cause légitime d'enrichissement que si l'appauvri vient à démontrer, mais vainement, que le jugement qu'on lui oppose aurait été mal rendu. En toute autre hypothèse, c'est la règle de droit appliquée en premier lieu qui fonde le transfert de valeur.

**63.** L'enrichissement résultant d'une carence probatoire de l'appauvri suscite plus de difficultés. Plus encore que pour l'autorité de la chose jugée, le droit de la preuve associe intimement règles de procédure et règles de fond, puisqu'au défaut de preuve du bien-fondé de la prétention répond une sanction qui la réputera mal fondée. Et plus encore peut-être que pour les autres obstacles procéduraux, l'administration insuffisante de la preuve peut ne pas être entièrement imputable à l'appauvri. Intuitivement même, on serait volontiers conduit à considérer que le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso*, loin d'empêcher son examen, l'autoriserait justement dès lors que le moyen invoqué à titre principal a été repoussé comme non établi<sup>(150)</sup>. Tout au plus permettrait-on à l'enrichi de démontrer que ce défaut de preuve résulte en réalité d'une faute de l'appauvri.

**64.** Mais ce n'est pas ainsi que se prononce la jurisprudence. Les juges n'hésitent pas en effet à arguer de la carence probatoire de l'appauvri pour le sanctionner de s'être d'abord appuyé sur un autre fondement avant d'invoquer l'enrichissement sans cause à titre subsidiaire, comme il en avait pourtant l'obligation<sup>(151)</sup>. Face à une telle solution, le deman-

(148) Voy. arrêts cités note préc.

(149) Jurisprudence constante : 1<sup>re</sup> civ., 22 juillet 1986, *Bull.*, I, n° 225 ; Ass. plén., 17 février 2012, *Bull.*, AP, n° 2 ; *J.C.P.*, 2012, 728, note J. RAYNARD ; *RTD civ.*, 2012, p. 572, obs. R. PERROT. En ce cas seulement, il serait exact d'affirmer « qu'à supposer même qu'existerait un enrichissement, celui-ci trouverait sa cause dans la décision de justice », plus que dans la règle de droit appliquée par le juge (1<sup>re</sup> civ., 14 janvier 1997, *Bull.*, I, n° 16).

(150) En ce sens : Y.-M. LAITHIER, obs. sur 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 1138.

(151) Voy. par ex. 1<sup>re</sup> civ., 2 avril 2009, *Bull.*, I, n° 74 (*R.D.C.*, 2009, p. 1177, obs. S. GAUDEMET), 19 juin 2013, pourvoi n° 12-15880, ou encore 10 juillet 2013, pourvoi



deur se trouve contraint de s'interroger au préalable sur la valeur de ses moyens de preuve afin de vérifier que ceux-ci sont assez convaincants pour lui permettre d'invoquer un autre fondement que celui de l'enrichissement sans cause, sous peine de succomber sur l'un et l'autre terrain. Surtout, il peut avoir l'impression de se heurter à une jurisprudence contradictoire, qui lui impose de soulever à titre subsidiaire le moyen pris de son appauvrissement injustifié, tout en lui reprochant de ne pas avoir fait la preuve de son moyen principal en vue de le priver finalement de son action subsidiaire. Toutes les occurrences sont donc perdantes : soit le moyen principal a été suffisamment établi, et celui subsidiaire tiré d'un enrichissement sans cause devient alors inutile ; soit au contraire l'appauvri n'a pas pu faire la preuve du bien-fondé de son action principale, et son action *de in rem verso* sera pour cette seule raison rejetée. Dans les deux cas, le moyen fondé sur l'enrichissement sans cause ne sera pas examiné.

**65.** En dépit de cette contradiction apparente, il est sans doute possible de restituer une cohérence à la jurisprudence. D'une part, il importe de ne pas perdre de vue que le fondement juridique avancé à titre principal est bien souvent rejeté pour d'autres raisons que strictement probatoires, ou même procédurales, s'il s'avère qu'il n'est tout simplement pas applicable aux faits tels qu'établis par le demandeur. En ce cas déjà, l'enrichissement sans cause demeure un fondement subsidiaire possible à la répétition. D'autre part, même sur le seul terrain de la preuve, la solution doit être précisée. Un examen attentif de la jurisprudence laisse apparaître en effet que la carence probatoire n'est opposée à l'appauvri qu'en matière contractuelle, là même où il lui était possible de constituer et de préserver le moyen de preuve défaillant. Jamais semble-t-il ce grief n'a été opposé au demandeur qui, à titre principal, agissait en responsabilité sur le fondement délictuel<sup>(152)</sup>. On relève également nombre de décisions qui, suivant cette même idée, n'hésitent pas à passer outre la carence du demandeur dans l'administration de la preuve lorsque

n° 12-15334, qui approuvent les juges du fond d'avoir décidé que le demandeur n'était pas admis à pallier sa carence dans la preuve du bien-fondé d'une action articulée à titre principal sur l'existence d'un contrat. Mais pour une censure prononcée sur le motif exactement contraire : 1<sup>re</sup> civ., 4 juillet 2001, pourvoi n° 00-10596 ; ou encore 5 mars 2008, préc. (*supra*, note 104).

(152) Admettant clairement la possibilité d'agir *de in rem verso* après avoir échoué à établir la faute excipée à titre principal : 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, *Bull.*, I, n° 182 ; *C.C.C.*, 1997, n° 164, note L. LEVENEUR ; *J.C.P.*, 1998, II, 10102, note G. VINEY ; *RTD civ.*, 1997, p. 657, obs. J. MESTRE.

celui-ci s'appuyait à titre principal sur l'existence d'une société créée de fait, c'est-à-dire précisément dans une situation où nul n'a songé, sinon à se mettre en société, en tout cas à se constituer quelque titre que ce soit. En cette hypothèse à nouveau, il est très généralement permis au demandeur de se fonder, à titre subsidiaire, sur l'enrichissement sans cause<sup>(153)</sup>.

**66.** Au demeurant, dans ce dernier cas de figure, un autre élément entre en ligne de compte qui, même en matière contractuelle, vient encore tempérer la rigueur des principes. Car l'enrichissement sans cause trouve un terrain d'élection au sein de la cellule familiale ou dans les relations de couple, là même où l'écrit faisant la preuve du contrat peut être plus difficile à constituer, jusqu'à se heurter à l'impossibilité morale envisagée à l'article 1348 du Code civil. On observe ainsi que l'action *de in rem verso* est très généralement admise, en dépit même de la carence probatoire du demandeur, lorsque celui-ci, tout en se fondant pourtant sur l'existence d'un contrat, se trouvait cependant en relation de concubinage avec le défendeur. On a déjà évoqué la jurisprudence accueillant l'action subsidiaire de l'appauvri lorsqu'il se fonde à titre principal sur l'existence d'une société créée de fait, mais il faut relever ici que cette solution s'applique aussi bien aux contrats véritables que sont, par exemple, le mandat de gestion<sup>(154)</sup> ou encore la promesse de vente<sup>(155)</sup>. Plus largement, la solution prévaut chaque fois que le demandeur s'est appauvri, fût-ce par la voie contractuelle, au-delà des charges normales de la vie commune ou de son devoir d'assistance, l'enrichissement étant reconnu sans cause dans cette mesure<sup>(156)</sup>. La contre-épreuve est du reste

(153) 1<sup>re</sup> civ., 15 octobre 1996, préc. (*supra*, note 104) ; 4 juillet 2001, préc. (*supra*, note 151) ; 5 mars 2008, préc. (*supra*, note 104) ; ou encore 6 mai 2009, préc. (*ibid.*). *Contra*, antérieurement : 1<sup>re</sup> civ., 8 décembre 1987, *Bull.*, I, n° 335 ; *RTD civ.*, 1988, p. 745, obs. J. MESTRE.

(154) 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 2008, préc. (*supra*, note 104).

(155) 1<sup>re</sup> civ., 4 avril 2006, préc. (*ibid.*).

(156) 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 1979, *Bull.*, I, n° 161 ; *Defrénois*, 1980, p. 44, 2<sup>e</sup> esp., note A. PONSARD ; *D.*, 1981, p. 241, note A. BRETON ; 12 juillet 1994, *Bull.*, I, n° 250 ; *J.C.P.*, 1995, II, 22425, note A. SÉRIAUX ; 15 octobre 1996, préc. (*supra*, note 104) ; 28 novembre 2006, *Bull.*, I, n° 517 ; *RTD civ.*, 2007, p. 94, obs. J. HAUSER ; *Defrénois*, 2007, p. 297, obs. J. MASSIP ; 24 septembre 2008, *Bull.*, I, n° 211 ; *Defrénois*, 2008, p. 2516, obs. E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2008, p. 660, obs. J. HAUSER ; *D.*, 2009, p. 140, 2<sup>de</sup> esp., note. J.-J. LEMOULAND ; 18 janvier 2012, pourvoi n° 10-23267. L'article 165 du Code civil suisse dispose en même sens que l'époux qui « a collaboré à la profession ou à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille [...] a droit à une indemnité équitable ».

suffisamment établie par les décisions qui, alors que les mêmes conventions sont en cause, se fondent au contraire sur la carence probatoire de l'appauvri pour lui refuser la répétition, dès lors qu'il n'était pas en lien affectif avec l'enrichi<sup>(157)</sup>. À plus forte raison, cette autre solution s'impose-t-elle lorsque le prétendu contractant se trouvait être un professionnel<sup>(158)</sup>.

67. Pour autant, la seule relation familiale ou de concubinage ne suffit pas toujours à exonérer le contractant de l'obligation de se ménager la preuve de sa créance de restitution. Certains contrats commandent nécessairement, par leur objet même, l'établissement d'un moyen de preuve, sous peine de répondre à une autre qualification. Tel est spécialement le cas du contrat de prêt : la proximité de la situation volontairement créée par le prêteur avec celle résultant d'une donation manuelle oblige ce dernier à se constituer le titre à défaut duquel la possession mobilière du cocontractant suffira à lui transférer la propriété<sup>(159)</sup>. S'il ne l'a pas fait, c'est bien qu'il n'a pas entendu obliger l'*accipiens* à restitution<sup>(160)</sup>. Ainsi se justifie que, même entre concubins, le défaut de preuve scripturale du contrat de prêt allégué à titre principal ne permet plus à l'action *de in rem verso* de prospérer à titre subsidiaire<sup>(161)</sup>. La solution s'applique aussi

(157) Civ., 12 mai 1914, préc. (*supra*, note 14) ; 3<sup>e</sup> civ., 15 mai 1973, *Bull.*, III, n° 342, pour le défaut de preuve d'une promesse unilatérale ; 3<sup>e</sup> civ., 20 janvier 2004, pourvoi n° 02-17373, ou Com., 23 avril 2013, pourvoi n° 11-28925, pour un contrat d'entreprise ; 1<sup>re</sup> civ., 2 avril 2009, préc. (*supra*, note 151), ou 31 mars 2011, *Bull.*, I, n° 67, s'agissant d'un contrat de prêt.

(158) 1<sup>re</sup> civ., 2 novembre 2005, *Bull.*, I, n° 398 ; *D.*, 2006, p. 841, note F. GARRON. Et s'il était tout à la fois professionnel et concubin du cocontractant, sa profession l'obligerait encore à se constituer un écrit : 3<sup>e</sup> civ., 29 avril 1971, préc. (*supra*, note 113).

(159) Comp. pour le contrat de dépôt où, dans l'application de l'article 1924 du Code civil, la jurisprudence reconnaît parfois l'existence pour le déposant d'une impossibilité morale de se constituer un écrit. Voy. ainsi 1<sup>re</sup> civ., 16 décembre 1997, *Bull.*, I, n° 374, qui accueille la preuve du dépôt par aveu extrajudiciaire.

(160) La règle est désormais bien assise selon laquelle « la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer » (1<sup>re</sup> civ., 28 février 1995, *Bull.*, I, n° 107 ; 12 juillet 2012, pourvoi n° 10-24333), ou en vertu de laquelle encore « le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption et qu'il appartient à la partie adverse de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don » (1<sup>re</sup> civ., 30 mars 1999, *Bull.*, I, n° 112 ; 8 juin 2004, pourvoi n° 01-13441). La règle n'est toutefois pas absolue, certaines situations étant rétives à une telle présomption de libéralité. Voy. par ex. Soc., 17 mai 2011, *Bull.*, V, n° 108, qui accueille l'action en répétition de l'employeur qui a versé un salaire trop élevé en connaissance de cause.

(161) 1<sup>re</sup> civ., 8 juin 2004, pourvoi n° 02-10492 ; 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-16795 ; *RTD civ.*, 2011, p. 107, obs. J. HAUSER.

bien aux véhicules, dont la détention après la rupture suffit à faire présumer la donation<sup>(162)</sup>. Seuls certains biens sont susceptibles d'échapper à cette présomption, lorsqu'il est dans leur nature de n'être que prêtés, sans qu'il soit alors besoin de s'en ménager la preuve<sup>(163)</sup>.

**68.** Ainsi l'appauvri est-il autorisé, en toute situation, à démontrer que sa carence probatoire sur le moyen soulevé à titre principal ne résulte pas de son fait, ou qu'il n'avait tout simplement pas à se ménager quelque titre que ce soit. En somme, l'obstacle procédural constitue une cause légitime à l'enrichissement lorsqu'il résulte, ce que l'on présume, d'une négligence de l'appauvri<sup>(164)</sup>. En quoi, déjà, l'enrichissement fondé sur les règles de procédure se distingue de celui qui repose sur la règle substantielle, pour laquelle la simple faute de négligence n'est plus une juste cause d'appauvrissement<sup>(165)</sup>. Surtout, alors que l'obstacle procédural opposé à l'action principale suffit à causer objectivement le déplacement de valeur, l'examen des circonstances de fait devient un préalable nécessaire à l'appréciation de la légitimité de l'enrichissement résultant du jeu d'une règle de fond.

### B. La perte de l'action du jeu d'une règle de fond

**69.** Au contraire de précédemment, la perte de l'action principale ne se comprend plus à présent que comme virtuelle, au regard d'un droit et d'une action qui, s'ils ne sont jamais nés, auraient cependant pu exister. Pour être admissible, un tel constat suppose de s'appuyer sur un examen *in concreto* des circonstances de fait, destiné à révéler que la situation aurait dû faire naître une action en répétition si l'appauvri n'y avait pas mis obstacle, et au terme duquel seulement il sera possible de conclure à

(162) 1<sup>re</sup> civ., 24 octobre 2012, *Bull.*, I, n° 214. ; *RTD civ.*, 2013, p. 153, obs. W. DROSS. Comp. cependant, 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-19516, qui admettait en ce cas un enrichissement sans cause portant sur les dépenses d'emprunt supportées par la concubine pour l'achat du véhicule réalisé quelques mois avant la séparation. L'existence d'un emprunt faisait sans doute obstacle à ce que l'on pût voir une donation dans cette dépossession après acquisition.

(163) Voy. par ex. 1<sup>re</sup> civ., 30 octobre 2007, pourvoi n° 05-14258, pour la remise d'une bague de fiançailles que les juges estiment faite à titre de prêt plutôt que de don.

(164) Sur ce rapprochement : A.-M. ROMANI, art. préc. (*supra*, note 133), n° 211.

(165) Voy. *infra*, n° 75. À moins de considérer, ce que l'on peut aussi soutenir, que la négligence procédurale constituerait une faute aggravée au regard, non seulement des exigences particulières qui encadrent le procès, mais aussi du fait qu'il s'agit alors de perdre une action déjà née, et non simplement virtuelle.

la légitimité de son appauvrissement. Pratiquement, le transfert de valeur repose sur une règle de fond dans deux situations, selon qu'il résulte de la volonté ou de la faute du demandeur.

70. Lorsque l'appauvrissement résulte de la volonté même de l'appauvri, il fait peu de doute qu'il trouve dans cette volonté une cause légitime<sup>(166)</sup>. Le principe est partout reconnu<sup>(167)</sup>, ne serait-ce que parce que la solution contraire se heurterait aux règles les mieux établies, dont celle qui permet à un donateur de transférer la propriété de son bien en s'en dessaisissant matériellement, ou encore celle en vertu de laquelle les parties à un contrat peuvent faire leur affaire de l'aléa qui en résulte. À l'analyse, cette juste cause d'appauvrissement se subdivise même en trois hypothèses distinctes : celle dans laquelle l'appauvri a été mu par une intention libérale, celle dans laquelle il a consenti à son appauvrissement dans un intérêt personnel autre que libéral, et celle enfin où il a à tout le moins accepté le risque de cet appauvrissement.

71. Le cas de l'intention libérale n'appelle pas de longs développements. C'est là la situation la plus évidente, en même temps que le seul sens constant de l'adage *donner et retenir ne vaut* : celui qui a entendu gratifier autrui ne saurait exiger que celui-ci lui restitue le bien offert, hors des hypothèses prévues par la loi à cet effet. L'intention libérale du *tradens* lui interdit, on l'a vu, de prétendre obtenir la restitution du bien remis à l'*accipiens*<sup>(168)</sup>. Et ce qui vaut comme exception à la répétition de l'indu vaut aussi bien à l'égard de l'enrichissement sans cause pris en son sens le plus strict. Ainsi, la renonciation du créancier à recouvrer son droit fonde-t-elle légitimement l'appauvrissement résultant de la perte de sa créance, ainsi que l'enrichissement corrélatif de son débiteur<sup>(169)</sup>, l'opération s'analysant en une donation indirecte. Simplement, en l'absence de toute dépossession matérielle, il n'est plus aucun support en ce cas à une quelconque présomption,

(166) Rappr. F. GORÉ, *op. cit.* (*supra*, note 77), n° 208, qui voit même dans la volonté de l'appauvri la seule cause susceptible de faire obstacle à la répétition.

(167) Voy. not. DCFR, VII, art. 2 : 101 (1), qui exclut toute répétition lorsque « (b) l'appauvri a consenti librement et sans erreur à l'appauvrissement ». La solution est la même aux États-Unis : *Restatement Third*, § 2.

(168) Voy. *supra*, n° 67. Voy. égal. pour des versements effectués en paiement de la dette d'autrui : 1<sup>re</sup> civ., 19 janvier 1988, *Bull.*, I, n° 16 ; 31 janvier 1990, pourvoi n° 88-14.171 ; 3<sup>e</sup> civ., 27 février 2008, *Bull.*, III, n° 35.

(169) Voy. par ex. 1<sup>re</sup> civ., 6 décembre 1989, pourvoi n° 87-13360, pour une renonciation à obtenir l'indemnisation de l'accession de ses constructions au fonds d'autrui ; ou 8 juillet 1997, pourvoi n° 95-10528, pour la renonciation résultant d'un partage conventionnel.

en sorte que, la renonciation ne se présument pas, il appartiendra au débiteur qui se prétend libéré d'en apporter la preuve, conformément à l'article 1315 du Code civil. De même, l'exécution volontaire d'une obligation naturelle constitue une cause légitime à l'appauvrissement du débiteur pour cette raison que celui-ci a entendu gratifier le bénéficiaire de son paiement, peu important qu'il s'agisse d'une obligation de donner ou de faire, et que son intention libérale fasse ainsi exception à la répétition sur le terrain du paiement de l'indu ou de l'enrichissement sans cause<sup>(170)</sup>.

**72.** Au-delà de la satisfaction d'un intérêt purement libéral, l'appauvrissement peut également trouver une cause légitime dans la poursuite par l'appauvri de toute espèce d'intérêt personnel. Celui qui a accepté de s'appauvrir dans un but déterminé est sans droit à se plaindre de l'enrichissement collatéral ainsi provoqué au bénéfice d'un tiers, dès lors que ce dernier ne lui a rien demandé. Sans doute cet enrichissement est-il le corollaire de l'appauvrissement qu'il aura seul supporté. Mais il demeure que cette perte a été volontairement assumée et que, avec ou sans enrichissement corrélatif, elle n'aurait pas moins existé, dans la même mesure exactement<sup>(171)</sup>. Ainsi, la jurisprudence écarte-t-elle l'action de l'appauvri lorsqu'il est établi qu'il a exclusivement poursuivi la satisfaction son propre intérêt, démontrant ce faisant que son appauvrissement est en réalité volontaire et ainsi légitimement causé<sup>(172)</sup>. C'est au demeurant la solution que retient également la loi en refusant toute

(170) Sur cette cause légitime d'enrichissement : X. PIN, in *J.-Cl. Civ.*, « Art. 1370 à 1381 », fasc. 20, 2007, nos 126 et s. ; B. DE CONINCK, art. préc. (*supra*, note 89), n° 16. Et en droit allemand : *BGB*, § 814.

(171) Voy. sur ce point G. BONET, « La condition d'absence d'intérêt personnel et de faute chez l'appauvri pour le succès de l'action *de in rem verso* », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, PU Toulouse, 1981, p. 63 ; J. NGUEBOU TOUKAM, art. préc. (*supra*, note 24), p. 951 ; X. PIN, fasc. préc., n° 136 ; B. DE CONINCK, art. préc., n° 35.

(172) Req., 22 juin 1927, *S.*, 1927, I, p. 338, pour un supplément d'eau apporté aussi aux moulins situés en aval ; Civ., 28 mars 1939, *S.*, 1939, I, p. 265, note L. AUDIAT ; *D.C.*, 1942, p. 119, note F. GORÉ, pour les plantations effectuées par le fermier dans son propre intérêt ; 3<sup>e</sup> civ., 31 janvier 1969, *Bull.*, III, n° 98, pour le bénéfice tiré de la réalisation d'un boulevard ; 1<sup>re</sup> civ., 19 octobre 1976, *Bull.*, I, n° 300, pour l'électricité apportée au voisin grâce au réseau électrique installé dans l'immeuble ; 7 juillet 1987, pourvoi n° 86-11129, *RTD civ.*, 1988, p. 132, obs. J. MESTRE, pour le concubin ayant réalisé des travaux dans le but d'améliorer son cadre de vie au sein du ménage ; puis 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-20494, et 3 avril 2001, pourvoi n° 99-14664, en même sens ; 3<sup>e</sup> civ., 20 mai 2009, *Bull.*, III, n° 116, pour le dragage d'une rivière ayant bénéficié à une association de plaisance ; ou encore 1<sup>re</sup> civ., 12 janvier 2011, pourvoi n° 09-71572, décidant qu'une cour d'appel avait pu juger que le conjoint qui a subvenu aux besoins des enfants de son

indemnité pour les améliorations apportées par l'usufruitier au terme de sa jouissance (C. civ., art. 599, al. 2). Néanmoins, si l'appauvri peut établir qu'il a agi dans la croyance erronée qu'il serait seul bénéficiaire de l'enrichissement recherché, on ne voit rien qui puisse l'empêcher d'obtenir la répétition sur le fondement de l'enrichissement sans cause au cas où il s'avère que la qualité nécessaire à l'obtention du profit appartenait en réalité à un autre<sup>(173)</sup>.

73. Proche de l'hypothèse qui précède, sans toutefois s'y confondre tout à fait, il est également bien acquis en jurisprudence que l'action *de in rem verso* doit être repoussée si le demandeur a accepté le risque de son appauvrissement. L'hypothèse est proche parce qu'il arrivera souvent que l'appauvri aura pris ce risque dans l'espoir de satisfaire un intérêt personnel<sup>(174)</sup>. Mais au fond, ce n'est plus la poursuite de cet intérêt qui justifie ici le déplacement de valeur : le fait est que, agissant à ses risques et périls, l'appauvri a consenti par avance au principe de son appauvrissement. C'est le cas, en matière contractuelle, de celui qui aura accepté de conclure un contrat aléatoire, tel que par exemple un marché à forfait<sup>(175)</sup>, ou encore de celui qui aura dépassé les termes de ses obligations sans recueillir l'assentiment préalable de son cocontractant<sup>(176)</sup>. En l'absence même de toute convention, la jurisprudence est prompte à admettre que le simple fait de réaliser un investissement

épouse « avait poursuivi un intérêt personnel [...] caractérisant l'existence de la cause de son appauvrissement ».

(173) Voy. en ce sens 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 1992, *Bull.*, I, n° 165 ; *Defrénois*, 1993, p. 311, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 1993, p. 580, obs. J. MESTRE, au cas d'annulation de la vente au titre de laquelle l'acquéreur avait réalisé des travaux de restauration ; Com., 12 juillet 1994, pourvoi n° 92-18890, soulignant que « la cour d'appel a fait ressortir que l'intérêt personnel [...] avait rétroactivement disparu » du fait de la cession du fonds peu après que l'exploitant y eut investi. *A contrario*, lorsque l'investisseur savait utiliser sans droit le matériel mis à sa disposition : Com., 18 novembre 1969, *Bull.*, IV, n° 342.

(174) Ce qui explique sans doute que la plupart des décisions invoquent tout à la fois l'intérêt personnel et le risque accepté par l'appauvri pour justifier le rejet de son action.

(175) Telle était précisément l'hypothèse dont avait eu à connaître la Cour de cassation un an après avoir reconnu l'existence du principe de subsidiarité : Civ., 2 mars 1915, *D.P.*, 1920, I, p. 102 ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12<sup>e</sup> éd., par F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, t. II, Dalloz, 2008, n° 240.

(176) Spéc. pour le garagiste effectuant des réparations non demandées et non nécessaires : Com., 8 juin 1968, *Bull.*, IV, n° 180 ; *J.C.P.*, 1969, II, 15724, note R. PRIEUR ; 1<sup>re</sup> civ., 24 mai 2005, *Bull.*, I, n° 224. Voy. égal. 1<sup>re</sup> civ., 15 décembre 1998, *Bull.*, I, n° 363 ; *D.*, 1999, p. 425, note J.-Ch. SAINT-PAU ; *Defrénois*, 1999, p. 377, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 1999, p. 400, obs. J. MESTRE ; Com., 29 février 2000, pourvoi n° 97-11370 ; 1<sup>re</sup> civ., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-17612.

dans un intérêt commun mais dans un espoir personnel suffit à établir la volonté de l'auteur d'assumer seul le risque de perte, faute pour lui de s'être ménagé la preuve de l'obligation de ses partenaires de participer à l'opération<sup>(177)</sup>. Mais à nouveau, un tempérament s'impose : si cette carence probatoire s'explique par le fait que l'appauvri ignorait le risque qu'il encourait, la condition de subsidiarité ne devrait plus dresser aucun obstacle à son action *de in rem verso*, faute par hypothèse de toute acceptation de sa part<sup>(178)</sup>. Peut-être a-t-il été négligent, mais cette simple faute ne suffit pas alors à justifier un appauvrissement involontaire<sup>(179)</sup>.

74. La faute de l'appauvri constitue, sur le terrain de la subsidiarité de l'enrichissement sans cause, la seconde cause légitime de son appauvrissement<sup>(180)</sup>. Lorsque la faute est intentionnelle, la situation ne

(177) Voy. par ex. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 1974, *Bull.*, III, n° 240, pour la création et l'exploitation d'un hôtel ayant enrichi le propriétaire de l'immeuble ; 2 juin 1975, *Bull.*, III, n° 351, où le fait d'acquiescer à ses risques et périls les impôts d'un autre contribuable interdit d'en obtenir le remboursement ; 1<sup>re</sup> civ., 24 septembre 2008, *Bull.*, I, n° 212 ; *Defrénois*, 2008, p. 2516, obs. E. SAVAUX ; *RTD civ.*, 2008, p. 660, obs. J. HAUSER ; *D.*, 2009, p. 140, 1<sup>re</sup> esp., note. J.-J. LEMOULAND, qui se fonde sur l'espoir entretenu par un concubin de s'installer avec sa compagne dans l'immeuble dont il a financé la rénovation bien au-delà des charges normales de la vie commune ; et encore 3<sup>e</sup> civ., 22 novembre 2011, pourvoi n° 10-25877.

(178) Sur ce point pourtant, on trouve là encore des arrêts en sens contraire. Voy. ainsi 3<sup>e</sup> civ., 26 février 1992, *Bull.*, III, n° 64, qui refuse toute action *de in rem verso* au fermier en dépit de l'enrichissement octroyé au propriétaire du fait de l'annulation du bail, au prétexte que, en cultivant la terre dans son intérêt, le fermier ignorant aurait agi « à ses risques et périls ».

(179) Le droit allemand l'a bien compris, dont le *BGB* dispose au paragraphe 815 que « La réclamation est exclue lorsque l'effet recherché n'a pas été obtenu, alors que dès l'origine l'obtention d'un tel effet était impossible et que celui qui fournissait la prestation *avait connaissance* de cette impossibilité ou que contrairement à la bonne foi ou à la confiance réciproque il a fait obstacle à la réalisation de cet effet » (trad. R. Legeais *et al.*, *Code civil allemand*, Dalloz, 2010).

(180) L'assimilation de la faute de l'appauvri à une juste cause d'enrichissement est classique. Pour s'en tenir aux auteurs contemporains : Ph. CONTE, « Faute de l'appauvri et cause de l'appauvrissement », *RTD civ.*, 1987, p. 223, nos 21 et s. ; J.-Ch. SAINT-PAU, *loc. cit.* (*supra*, note 139) ; B. DE CONINCK, art. préc. (*supra*, note 89), n° 14. Elle n'est cependant pas unanimement partagée. Voy. ainsi G. VINEY, note préc. (*supra*, note 17) ; J. DJOUDI, « La faute de l'appauvri : un pas de plus vers une subjectivisation de l'enrichissement sans cause », *D.*, 2000, chr., p. 609, n° 14, qui préfère situer la cause dans l'acceptation d'un risque par l'appauvri fautif ; J.-L. AUBERT, « Quelques remarques sur la faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause », in *Études offertes à Jacques Dupichot*, Bruylant, 2004, pp. 1-12, n° 5, qui propose de voir dans l'absence de faute une condition de recevabilité de l'action ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, note 3),



fait guère difficulté, ne serait-ce que parce que, la plupart du temps au moins, l'auteur a alors accepté le risque de son appauvrissement<sup>(181)</sup>. De même conviendra-t-on aisément d'y associer, comme on le fait par tradition, l'hypothèse de la faute lourde. Le cas de la simple négligence, en revanche, pose un problème plus délicat. Faut-il considérer que, de même que toute faute oblige à réparation, toute faute de l'appauvri doit empêcher une répétition qui provoquerait une perte au préjudice de l'enrichi ? Ou bien faut-il décider au contraire que la négligence peut obliger à réparer la perte d'un gain espéré sur le terrain de la responsabilité sans empêcher la restitution d'un gain inattendu sur celui de l'enrichissement sans cause ? Après avoir été beaucoup agité, le problème semble avoir été finalement tranché dans le meilleur sens par la Cour de cassation.

75. Longtemps la jurisprudence a raisonné sur le terrain de l'enrichissement sans cause comme elle le faisait en matière de responsabilité, en jugeant que la négligence de l'appauvri lui interdisait d'exercer l'action *de in rem verso* au détriment de l'enrichi de bonne foi<sup>(182)</sup>. En dépit de certaines dissonances<sup>(183)</sup>, ce n'est qu'à la toute fin du siècle

n<sup>os</sup> 1069 et s., qui, limitant l'absence de cause à l'absence de titre, relèguent la faute de l'appauvri à l'appréciation morale du bien-fondé de la répétition.

(181) V. par ex. Civ., 1<sup>re</sup> sect., 6 mai 1953, *D.*, 1953, p. 609, note F. GORÉ, pour une grand-mère persistant à entretenir ses petits-enfants en violation d'une décision l'ayant condamnée à les rendre à leur père ; Soc., 15 novembre 1957, *J.C.P.*, 1958, II, 10666, obs. A. JOLY, pour un fermier n'ayant pas déféré à un jugement d'expulsion ; 1<sup>re</sup> civ., 18 janvier 1989, *Bull.*, I, n<sup>o</sup> 21, s'agissant des travaux et des droits de mutation payés par suite de la confection d'un faux testament ; Com., 19 mai 1998, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 160 ; *D.*, 1999, p. 406, note M. RIBEYROL-SUBRENAT ; *RTD civ.*, 1999, p. 106, obs. J. MESTRE, où l'annulation d'une cession de fonds de commerce pour réticence dolosive du cédant contraint ce dernier à restituer l'entier prix de vente sans pouvoir retenir aucune indemnité liée à l'exploitation intérimaire du fonds par le cessionnaire.

(182) 1<sup>re</sup> civ., 22 octobre 1974, *Bull.*, I, n<sup>o</sup> 272 ; *J.C.P.*, 1976, II, 18331, obs. H. THUILLIER ; *RTD civ.*, 1975, p. 705, obs. Y. LOUSSOUARN, réitéré par 1<sup>re</sup> civ., 3 avril 1979, *Bull.*, I, n<sup>o</sup> 110 ; *Defrénois*, 1979, p. 1182, obs. J.-L. AUBERT, pour la négligence du cessionnaire d'un office notarial qui en a payé trop tôt le prix ; Com., 16 juillet 1985, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 215 ; *RTD civ.*, 1986, p. 109, obs. J. MESTRE ; 24 février 1987, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 50 ; et 4 juin 1991, pourvoi n<sup>o</sup> 89-21660, pour des négligences bancaires ; et encore 18 mai 1999, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 104 ; *D.*, 2000, chr., p. 609, par J. DJOUDI, qui maintenait le cap.

(183) Not. Com., 23 janvier 1978, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 28 ; *J.C.P.*, 1980, II, 19365, obs. H. THUILLIER, qui énonçait déjà que « le fait d'avoir commis, comme en l'espèce, une imprudence ou une négligence ne prive pas celui qui en s'appauvrissant a enrichi autrui de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause » ; puis 2 mai 1978, *Bull.*, IV, n<sup>o</sup> 123, en même sens.

passé que l'enrichissement sans cause a gagné sur ce point son autonomie, étant largement admis à présent que la simple faute de l'appauvri ne suffit plus à servir de juste cause au transfert de valeur<sup>(184)</sup>. Et si même l'on trouve encore quelques rares décisions pour s'en tenir à la solution antérieure<sup>(185)</sup>, l'évolution jurisprudentielle a été suffisamment ostensible pour être relayée par la plupart des auteurs<sup>(186)</sup>. En l'état du droit positif, il est ainsi devenu possible d'affirmer que seule justifierait l'enrichissement une faute aggravée de l'appauvri ou, si l'on préfère, toute autre faute que de simple négligence<sup>(187)</sup>, c'est-à-dire non seulement la faute dolosive ou lourde, mais probablement aussi la faute inexcusable, comprise comme celle exposant à un risque d'une particulière gravité que l'on ne pouvait ignorer, la faute résultant de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité<sup>(188)</sup>, ou encore par exemple celle qui tiendrait dans une accu-

(184) 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1997, *Bull.*, I, n° 88 ; *D.*, 1997, p. 407, note M. BILLIAU ; 3 juin 1997, préc. (*supra*, note 152) ; 2<sup>e</sup> civ., 2 décembre 1998, *Bull.*, II, n° 289 ; *RTD civ.*, 1999, p. 105, obs. J. MESTRE ; 3<sup>e</sup> civ., 4 décembre 2002, préc. (*supra*, note 97) ; 1<sup>re</sup> civ., 13 juillet 2004, *Bull.*, I, n° 208 ; *Defrénois*, 2004, p. 1407, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.*, 2005, p. 120, obs. J. MESTRE et B. FAGES, lorsque l'enrichissement trouve sa cause dans l'absence de toute action introduite par l'appauvri pendant six ans ; 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-19256, pour l'absence de vérification de signature par une banque ; 19 décembre 2006, *Bull.*, I, n° 557, pour la perte d'un chèque ; 18 février 2009, pourvoi n° 07-18984, s'agissant d'un acquéreur ayant entrepris des travaux de rénovation sans s'assurer de la perfection de la vente.

(185) Voy. ainsi 1<sup>re</sup> civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69563, qui énonce que « l'allégation d'un enrichissement sans cause ne saurait prospérer si celui-ci est dû à la faute de l'appauvri » afin de sanctionner ce dernier de sa « légèreté blâmable ».

(186) Voy. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 51 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*ibid.*), n° 1071 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.* (*ibid.*), n° 93 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (*supra*, note 78), p. 499 ; B. FAGES, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 452. Et préconisant déjà cette solution : N. ALMOSNINO, *op. cit.* (*supra*, note 77), n°s 71 et s. ; G. ZIEGEL, *L'indemnité de plus-value dans les rapports entre contractants*, th. Paris, Dalloz, 1939, p. 33 ; R. RODIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 16), n° 1757.

(187) Les projets de réforme du droit des obligations optent à cet égard pour la qualification de « faute grave » : *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. P. Catala, 2005, Doc. fr., 2006, art. 1338 ; *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats*, Min. Justice, 2011, art. 214. Comp. cependant, *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz, 2013, art. 12, al. 1<sup>er</sup>, qui propose seulement de moduler le droit à indemnité de l'appauvri en fonction de sa faute.

(188) Rappr. J.-Ch. SAINT-PAU, note préc. (*supra*, note 139), n°s 7 et s., qui suggère pour toutes ces hypothèses de substituer à la condition de faute celle de prise consciente d'un risque. Voy. égal. en ce sens R. FROGER, « L'enrichissement sans cause dans les jurisprudences administrative et judiciaire », *Justice & Cassation*, 2010, p. 415.

mulation de négligences<sup>(189)</sup>. En revanche, la seule qualité de professionnel ne semble pas suffire à empêcher l'action *de in rem verso* exercée contre le client non professionnel<sup>(190)</sup>.

76. Ainsi précisée, la règle posée pour l'enrichissement sans cause a le mérite de se coordonner avec celle retenue de plus longue date pour le paiement indu. On peut penser en effet que, sauf à mettre en évidence une différence de nature justifiant une différence de régime, la subsomption de ce quasi-contrat sous l'idée d'enrichissement sans cause commande l'identité des solutions<sup>(191)</sup>. Or, en cas d'indu objectif — c'est-à-dire lorsque, comme au cas d'enrichissement sans cause, le *solvens* s'appauvrit sans dette en enrichissant injustement un *accipiens* qui n'est pas créancier — il est fermement établi que la négligence du premier ne fait pas obstacle à ce que lui soit répété un paiement qui n'a éteint aucune obligation<sup>(192)</sup>. La solution ne diffère qu'au cas d'indu subjectif, consistant dans le paiement erroné d'une dette existante par celui

(189) Ce qui expliquerait la solution retenue par 1<sup>re</sup> civ., 14 octobre 2010, pourvoi n° 09-69563, dans un cas de violation réitérée des règles de l'art aggravée par l'absence de vérification après installation.

(190) Spéc. dans l'intérêt des banques : 1<sup>re</sup> civ., 5 juillet 2006, et 19 décembre 2006, préc. (*supra*, note 184).

(191) En ce sens : Ph. DEROUIN, « Le paiement de la dette d'autrui », *D.*, 1980, chr., p. 199, n° 12 ; A.-M. ROMANI, « La faute de l'appauvri dans l'enrichissement sans cause et dans la répétition de l'indu », *D.*, 1983, chr., p. 127, n° 33 ; O. SALVAT, « Le recours du tiers contre la personne dont il a payé la dette », *Defrénois*, 2004, pp. 105 et s., n° 19.

(192) Soc., 8 novembre 1977, *Bull.*, V, n° 603 ; Com., 3 juin 1998, *Bull.*, IV, n° 174 ; *RTD civ.*, 1999, p. 103, obs. J. MESTRE ; 1<sup>re</sup> civ., 16 mai 2006, *Bull.*, I, n° 248 ; Soc., 30 septembre 2010, *Bull.*, V, n° 208. L'indemnité de restitution ne sera réduite que si la faute du *solvens* a causé un préjudice distinct à l'*accipiens*, auquel cas un règlement par compensation pourra intervenir si le paiement indu consistait lui-même dans le versement d'une somme d'argent : 1<sup>re</sup> civ., 18 juillet 1979, *Bull.*, I, n° 219 ; *Rapp.*, p. 53 ; *J.C.P.*, 1979, II, 19238, concl. P. GULPHE ; *D.*, 1980, p. 172, note M. VASSEUR ; 5 juillet 1989, *Bull.*, I, n° 278 ; *RTD civ.*, 1990, p. 282, obs. J. MESTRE ; Com., 19 novembre 1991, *Bull.*, IV, n° 354 ; *J.C.P.*, 1993, II, 22012, note J.-B. DONNIER ; 1<sup>re</sup> civ., 27 février 1996, *Bull.*, I, n° 105 ; *Defrénois*, 1996, p. 875, rapp. P. SARGOS ; 2<sup>e</sup> civ., 17 juin 2010, pourvoi n° 09-68907 ; 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 2012, pourvoi n° 10-25329. Rapp. *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz, 2013, art. 4 et 12, qui prévoient que l'indemnité de restitution « peut être réduite » ou « peut être modérée » lorsque l'erreur de l'appauvri procède d'une faute de sa part. Sur le principe de cette compensation : E. BOUCHÉ-LECLERQ, *op. cit.* (*supra*, note 61), pp. 195 et s. ; A.-M. ROMANI, « La faute de l'appauvri... », préc. (*supra*, note 191), n° 34 ; L. LEVENEUR, note sous 1<sup>re</sup> civ., 3 juin 1997, *C.C.C.*, 1997, n° 164 ; J.-Ch. SAINT-PAU, note préc. (*supra*, note 139), n° 9 ; S. LICARI, « L'influence de la faute de l'appauvri sur l'action *de in rem verso* », *L.P.A.*, 2 mars 2000, n° 44, p. 15 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.* (*supra*, note 3), n° 93.

qui n'en était pas débiteur<sup>(193)</sup>, pour cette raison que l'enrichissement de l'*accipiens* trouve alors un fondement dans l'existence de sa créance<sup>(194)</sup>. L'obliger à restitution dans un tel cas reviendrait cette fois à le priver de son dû, et non plus d'un indu, de telle sorte que l'on conçoit que la faute du *solvens* appauvri suffise à justifier la perte de son recours contre le créancier désintéressé, même par erreur<sup>(195)</sup>, pour autant que l'*accipiens* a ignoré cette erreur<sup>(196)</sup>. On l'admettra d'autant plus volontiers que l'appauvri dispose toujours, à titre subsidiaire<sup>(197)</sup>, d'une action *de in rem*

(193) Dans le cas inverse où l'indu résulterait d'une erreur du débiteur véritable payant entre les mains d'un autre que le créancier, le simple fait que le véritable créancier dispose d'une action contre son débiteur met obstacle à toute action *de in rem verso* contre le tiers *accipiens* : le créancier agira simplement en paiement contre son débiteur, en y associant éventuellement une action oblique contre l'*accipiens* pour obvier au risque d'insolvabilité. Rappr. 1<sup>re</sup> civ., 25 février 2003, *Bull.*, I, n° 55, qui subordonne l'action *de in rem verso* à l'absence de tout recours, qu'il soit direct ou oblique. Comp. sur la question : R. LÉONAN, « Du recours du véritable créancier contre celui qui a reçu indûment un paiement à sa place », *RTD civ.*, 1923, p. 925 ; V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « L'indu à trois », *RTD civ.*, 2003, p. 431.

(194) Com., 23 avril 1976, *Bull.*, IV, n° 134 ; *D.*, 1977, p. 562, note G. VERMELLE ; 22 novembre 1977, *Bull.*, IV, n° 275 ; *J.C.P.*, 1978, II, 18997, obs. M. GÉGOUT ; 26 novembre 1985, *Bull.*, IV, n° 281 ; *RTD civ.*, 1986, p. 748, obs. J. MESTRE ; 12 janvier 1988, *Bull.*, IV, n° 22 ; *D.*, 1989, SC, p. 234, obs. J.-L. AUBERT, et p. 329, obs. M. VASSEUR ; 30 octobre 2000, *Bull.*, IV, n° 169 ; *D.*, 2001, p. 1527, note S. PIERRE ; *RTD civ.*, 2001, p. 142, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Sous réserve naturellement que certaines règles d'ordre public, telles que celle de l'égalité des créanciers chirographaires à la procédure collective, n'imposent pas malgré tout la répétition : Com., 11 février 2004, *Bull.*, IV, n° 27 ; *RTD civ.*, 2004, p. 732, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; 12 mai 2009, *Bull.*, IV, n° 68. *Contra* cependant : 1<sup>re</sup> civ., 17 février 2010, *Bull.*, I, n° 41 ; *D.*, 2010, p. 864, note N. DISSAUX ; *J.C.P.*, 2010, p. 1281, note Y. DAGORNE-LABBÉ, qui applique à un indu subjectif la solution valant d'ordinaire pour le seul indu objectif.

(195) Il est vrai que, même sans faute de sa part, l'assureur de responsabilité qui a indemnisé la victime au-delà de ses obligations contractuelles est empêché d'agir en répétition de l'indu, pour autant que la victime n'a reçu que ce que lui devait l'assuré (1<sup>re</sup> civ., 23 septembre 2003, *Bull.*, I, n° 185 ; 9 mars 2004, *Bull.*, I, n° 81 ; 3<sup>e</sup> civ., 29 février 2012, *Bull.*, III, n° 33). La solution s'explique cependant par le fait que, en ce cas, le recours de l'assureur contre l'auteur du dommage ne se fonde plus sur l'enrichissement sans cause, mais sur le contrat d'assurance, et que l'existence de ce contrat suffit à justifier le paiement en son principe. *A contrario*, en l'absence de contrat d'assurance valable : 1<sup>re</sup> civ., 27 février 1996, préc. (*supra*, note 192).

(196) Arg. C. civ., art. 1376 et 1378. En ce sens : M. LECENE-MARÉNAUD, « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 515, n° 67.

(197) En absence de faute, le caractère subsidiaire de l'action *de in rem verso* devrait logiquement interdire d'accorder un choix à l'appauvri entre ces deux actions. C'était la solution retenue par 3<sup>e</sup> civ., 27 mai 1971, *Bull.*, III, n° 338, qui interdisait à celui qui avait payé par erreur les impôts fonciers d'un autre contribuable de se retourner contre ce dernier

*verso* contre le débiteur enrichi par le paiement de sa dette<sup>(198)</sup>. Et pour qu'il en soit ainsi, il faut précisément que sa négligence, qui fondait l'enrichissement du créancier, ne suffise pas à justifier celui du débiteur...

## CONCLUSION

77. La condition de subsidiarité revêt donc bien, en définitive, une double signification. L'action fondée sur l'enrichissement sans cause est *recevable*, sans considération pour le fond du droit, si, étant admis que le déplacement de valeur contesté puisse ne pas se justifier en droit, aucun autre moyen juridique n'existe pour permettre à l'appauvri d'obtenir l'indemnisation réclamée, que cette autre action n'ait jamais existé, qu'elle ait disparu ou qu'elle soit tout simplement inefficace. Une fois admise comme recevable, l'action *de in rem verso* est en outre bien fondée si la lacune qui précède ne trouve pas elle-même une juste raison d'être dans

dès lors qu'il dispose d'une action en répétition contre l'administration. En son principe, la solution se justifie en effet : si le paiement fait par erreur est répétable, c'est qu'il n'a pas été valablement effectué, en sorte qu'il n'a pas permis d'éteindre la dette et d'enrichir ainsi le débiteur. Mais le *solvens* découvrant sa méprise peut aussi renoncer à son action contre l'*accipiens* et éteindre alors la dette sans pour autant vouloir gratifier le débiteur de ce paiement, de même que l'on peut payer volontairement la dette d'autrui et disposer néanmoins d'un recours contre lui (sur le terrain de la gestion d'affaire : 1<sup>re</sup> civ., 12 janvier 2012, *Bull.*, I, n° 4). En ce sens : O. SALVAT, art. préc. (*supra*, note 191), nos 10, 14 et 17. Ainsi la jurisprudence autorise-t-elle désormais le *solvens* à agir directement *de in rem verso* contre le débiteur : 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 1990, *Bull.*, I, n° 106 ; *RTD civ.*, 1990, p. 662, obs. J. MESTRE ; *D.*, 1991, p. 538, note G. VIRASSAMY ; 13 octobre 1998, *Bull.*, I, n° 299 ; *D.*, 1999, SC, p. 116, obs. L. AYNÈS ; *jur.*, p. 500, 2<sup>e</sup> esp., note D. MARTIN ; 4 avril 2001, *Bull.*, I, n° 105 ; *D.*, 2001, p. 1824, note M. BILLIAU ; 2<sup>e</sup> civ., 10 juillet 2008, pourvoi n° 07-15870. Cette action valant renonciation à l'action en répétition de l'indu, elle ne contrarie pas le principe de subsidiarité. Rapp. *Pour une réforme du régime général des obligations*, dir. F. Terré, Dalloz, 2013, art. 4, qui paraît ouvrir une option au *solvens*. En l'absence de tout paiement susceptible de répétition, en revanche, l'appauvri ne pourrait renoncer à la créance qu'il détient contre son débiteur principal sans que le tiers enrichi ne profite de cette renonciation (*supra*, n° 52). On mesure la différence : dans un cas, la créance principale est celle que détient l'appauvri sur un tiers et dont l'enrichi profite à titre accessoire ; dans l'autre, l'appauvri vient s'immiscer dans un rapport de droit qui préexiste et qui oblige seul le débiteur enrichi. Entre les deux situations, la relation de principal à accessoire est tout simplement inversée.

(198) L'action *de in rem verso* du *solvens* contre le débiteur enrichi apparaît chaque fois que celui-là perd son recours contre l'*accipiens* : en cas de négligence donc, mais aussi lorsque l'*accipiens* de bonne foi a supprimé son titre (C. civ., art. 1377, al. 2), ou encore renoncé à ses sûretés (Civ., 27 novembre 1912, *D.P.*, 1913, I, p. 96 ; 1<sup>re</sup> civ., 5 décembre 1995, *Bull.*, I, n° 448), et plus généralement perdu toute possibilité de recouvrer sa créance.

la loi, dans la volonté de l'appauvri, ou encore dans sa faute aggravée. À la fois procédurale d'un côté, et substantielle de l'autre, la figure jani-forme de la condition de subsidiarité s'expose ainsi en pleine lumière : condition de recevabilité lorsqu'elle contemple l'existence d'une autre action encore existante, elle devient cause de rejet au fond lorsqu'elle regarde l'action concurrente une fois celle-ci disparue. Loin de trahir une imprécision conceptuelle, la dualité de la règle repose elle-même sur un double fondement. Sans doute ne fait-elle qu'exprimer des règles plus profondes, qui tiennent ensemble dans la préséance du spécial sur le général et la cohérence procédurale des moyens, d'une part, et dans l'existence d'une juste cause à l'enrichissement, d'autre part. Mais c'est justement en quoi la notion est commode, pour autant qu'on la définisse proprement, en tant qu'elle permet d'associer ces deux fondements en une seule et même exigence, ayant pour vertu simplificatrice de réunir sous une même condition tous les cas dans lesquels l'action *de in rem verso* entre en concours avec une autre action, que celle-ci existe encore ou qu'elle ait déjà disparu.

78. Il semble dès lors assez vain de penser que l'on puisse se passer de la subsidiarité dans l'une ou l'autre de ses deux expressions, car ce faisant, c'est le fond même de la règle que l'on méconnaîtrait. Dans le premier cas, la subsidiarité est nécessaire et salvatrice, puisque c'est en son nom que l'on évitera de tourner les autres règles de droit disponibles. Dans le second cas, elle est à tout le moins utile, à défaut d'être indispensable, en ce qu'elle vient systématiser les diverses hypothèses dans lesquelles l'enrichissement se trouve causé par la disparition de l'action de l'appauvri. Peut-être, ainsi comprise, la condition de subsidiarité perdra-t-elle un peu de son mystère. Mais ce faisant, elle assumerait de s'extraire des limbes de l'équité et des incertitudes qui l'entourent depuis toujours pour gagner enfin le domaine de la sécurité et du droit.