



**COUR DE CASSATION**

**RAPPORT DE Mme DANIEL,  
CONSEILLÈRE RÉFÉRENDIAIRE**

**Arrêt n° 1 du 10 janvier 2024 (B) – Première chambre civile**

**Pourvoi n° 22-10.278**

**Décision attaquée : Cour d'appel de Douai du 14 octobre 2021**

**Mme [K] [B]**

**C/**

**M. [E] [G]**

---

**1 - Rappel des faits et de la procédure**

M. [E] [G] et Mme [K] [B] se sont mariés le 4 octobre 2008 sous le régime de la séparation de biens.

Par jugement du 3 décembre 2014, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Béthune a prononcé leur divorce par consentement mutuel et homologué leur convention portant règlement des effets du mariage.

Par acte du 21 juillet 2017, Mme [B] a assigné M. [G] devant le juge aux affaires familiales de Béthune aux fins de voir, au visa des articles 1479 et 1543 du code civil, dire que la somme de 80 000 euros versée par elle à M. [G] est une créance entre

époux et nommer un notaire pour liquider cette créance avec l'aide d'un sapiteur comptable.

Par jugement du 19 novembre 2019, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Béthune a déclaré recevables les demandes de Mme [B], mais les a rejetées.

Par arrêt du 14 octobre 2021, la cour d'appel de Douai a confirmé ce jugement et, y ajoutant, a rejeté la demande de Mme [B] en condamnation de M. [G] au paiement de la somme de 80 000 euros fondée sur la notion d'enrichissement sans cause, et condamné Mme [B] aux dépens d'appel et à payer à M. [G] la somme de 2 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est l'arrêt attaqué.

## **2 - Analyse succincte des moyens**

Mme [B] fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses demandes, dont sa demande en condamnation de M. [G] au paiement de la somme de 80.000 euros fondée sur la notion d'enrichissement sans cause, alors « *que le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un prêt entre époux, résultant de l'absence de caractérisation d'une obligation de restitution, rend recevable l'action subsidiaire en enrichissement sans cause ; qu'au cas présent, la cour d'appel a rejeté la demande subsidiaire de Mme [B] fondée sur l'enrichissement sans cause au motif que "le recours à la notion d'enrichissement sans cause n'a qu'un caractère subsidiaire et ne peut en l'espèce permettre de contourner l'absence de preuve suffisante d'une obligation de restitution au titre du remboursement d'un prêt" (arrêt attaqué, p. 5) ; qu'en statuant ainsi cependant que le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de prêt rendait recevable l'action subsidiaire en enrichissement sans cause, la cour d'appel a violé l'article 1371 du code civil. »*

## **3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger**

➤ L'enrichissement sans cause peut-il être invoqué lorsque l'existence du contrat de prêt, invoqué à titre principal, n'a pu être démontrée ? Maintien de la solution jurisprudentielle antérieure fondée sur la subsidiarité de l'action de in rem verso ?

## **4- Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine**

- **L'enrichissement sans cause : principe et conditions**

L'enrichissement sans cause est une construction jurisprudentielle, fondée sur l'article 1371 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, aux termes duquel « *[L]es quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties* ».

La Cour de cassation a, ainsi, consacré le principe suivant : « *l'action de in rem verso ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, et elle ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé* » (Civ., 2 mars 1915, Bull. Chambre civile n° 28).

L'enrichissement sans cause est régulièrement invoqué à l'occasion de la dissolution d'un couple, quelle que soit la forme de conjugalité en cause, mais tout particulièrement entre anciens concubins (pour des exemples d'arrêts ayant écarté l'enrichissement sans cause : 1<sup>ère</sup> Civ., 19 novembre 1996, pourvoi n° 94-20.494 ; 1<sup>ère</sup> Civ., 12 novembre 1998, pourvoi n° 96-21.198 ; 1<sup>ère</sup> Civ., 20 janvier 2010, pourvoi n° 08-13.400, Bull., I, n° 14 ; pour des exemples d'arrêts ayant admis l'enrichissement sans cause : 1<sup>ère</sup> Civ., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-11.294, Bull., I, n° 211 ; 1<sup>ère</sup> Civ., 23 janvier 2014, pourvoi n° 12-27.180).

Le demandeur, conformément au droit commun, doit apporter la preuve de la réunion des conditions de fait et de droit de l'action. En cette matière, la Cour de cassation reconnaît aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation (notamment 1<sup>ère</sup> Civ., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-11.294, Bull., I, n° 211).

Fondée sur un principe d'équité, selon lequel nul ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui, l'action de in rem verso a été enfermée par la jurisprudence dans de strictes conditions cumulatives :

- l'enrichissement du défendeur à l'action, qui peut résulter soit d'une augmentation de l'actif soit d'une diminution du passif ou d'une dépense évitée ;
- l'appauvrissement du demandeur à l'action, qui peut consister soit en une perte quelconque, soit en un manque à gagner ;
- un rapport de causalité entre l'enrichissement et l'appauvrissement, qui peut être direct (1<sup>ère</sup> Civ., 11 octobre 1966, Bull., 1966, I, n° 464) ou indirect (Civ., 23 novembre 1908, DP 1912, 1.217) ;
- l'absence de cause justifiant l'enrichissement du défendeur. Cette condition implique que l'action ne peut prospérer si l'enrichissement trouve sa justification soit dans une cause objective (la loi, un acte, un contrat ou un jugement), soit dans une cause subjective (intention libérale de l'appauvri ou intérêt personnel de celui-ci, s'analysant comme une contrepartie à son appauvrissement, voire une obligation naturelle, comme par exemple la participation aux charges de la vie courante ou la piété filiale) ;

- l'absence de toute autre action, l'action de in rem verso étant une action subsidiaire, de sorte qu'elle ne peut être utilisée pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'un obstacle de droit (notamment, 1<sup>re</sup> Civ., 23 juin 2010, pourvoi n° 09-13.812, Bull., I, n° 142).

S'agissant de cette dernière condition, en cause dans le présent pourvoi, le caractère subsidiaire de l'enrichissement sans cause permet de limiter le champ d'application du quasi-contrat, dès lors qu'il existe une solution légalement organisée « *dont le contournement risquerait d'être une trahison [des] vues [du législateur]* », selon l'expression du conseiller Mestre (Obs. RTD civ. 1988. 745, n° 8 et p.747).

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a codifié l'enrichissement sans cause (devenu « *enrichissement injustifié* », par souci de cohérence avec l'abandon du concept de cause dans ladite ordonnance) aux articles 1303 à 1303-4 du code civil. En particulier, l'article 1303-3 du code civil consacre le caractère subsidiaire de cette action : « *L'appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription* »<sup>1</sup> .

Le caractère subsidiaire reconnu à l'action fondée sur le principe de l'enrichissement sans cause ne constitue pas une fin de non-recevoir au sens de l'article 122 du code de procédure civile, mais une condition de fond inhérente à l'action (1<sup>re</sup> Civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 03-13.986, Bull., I, n° 194).

### **- La condition de subsidiarité et le défaut de preuve de l'existence du rapport de droit invoqué à titre principal**

La condition de subsidiarité, dégagée dans le cadre du régime jurisprudentiel antérieur, donne lieu à débat quant au point de savoir si l'enrichissement sans cause peut être invoqué lorsque l'obstacle auquel se heurte l'autre action envisageable consiste dans le fait que le demandeur ne peut apporter les preuves que cette autre action exige (voir notamment V. Forti, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, [Fascicule 20](#) : *Enrichissement injustifié - Conditions juridiques*, LexisNexis, 2 juin 2016, Màj 29 juillet 2022, point 36).

---

<sup>1</sup> La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur l'application dans le temps de ces nouvelles dispositions, précisant que la loi applicable aux *conditions d'existence* de l'enrichissement injustifié est celle du fait juridique qui en est la source, tandis que la loi nouvelle s'applique immédiatement à la *détermination et au calcul de l'indemnité* (1<sup>re</sup> Civ., 3 mars 2021, pourvoi n° 19-19.000, publié). Il s'en déduit que, s'agissant de la présente affaire, qui porte sur les conditions d'existence de l'enrichissement sans cause, et bien que l'action de Mme [B] ait été engagée postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, ce sont bien les règles jurisprudentielles découlant de l'article 1371 du code civil, dans sa rédaction antérieure à cette ordonnance, qui trouvent à s'appliquer, dès lors que Mme [B] se prévaut d'un versement opéré en 2012 au profit de M. [B] (le mémoire ampliatif qui invoque l'article 1371 du code civil, doit, selon toute vraisemblance, être compris comme visant cet article dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016).

Le mémoire ampliatif fait ainsi valoir que la cour d'appel se serait méprise sur la portée de la condition de subsidiarité de l'action de in rem verso : selon Mme [B], lorsqu'aucune autre action n'est possible, l'enrichissement sans cause devrait trouver toute sa place, ce qui serait en particulier le cas lorsque les éléments constitutifs du rapport de droit invoqué à titre principal ne sont pas caractérisés, puisqu'il n'y a alors pas de régime potentiellement applicable à contourner.

C. Roth expose de manière très complète, dans son rapport relatif au pourvoi n° 16-15.563, la problématique en cause, étant précisé qu'était invoquée, dans cette affaire, à titre principal une société de fait, dont la preuve de l'existence était considérée comme non rapportée, et à titre subsidiaire l'enrichissement sans cause.

Ainsi, si le mécanisme de la subsidiarité conduit à rejeter l'action de in rem verso lorsqu'une autre action est ouverte au demandeur (voir par exemple, 1<sup>re</sup> Civ., 10 février 2016, n° 15-10.150, ou encore Com, 9 février 2016, n° 14-21.152), corrélativement, cette action devrait être admise lorsque l'action invoquée à titre principal a été écartée.

Mais il est traditionnellement distingué selon les raisons pour lesquelles l'action principale a été rejetée, suivant qu'elle s'est heurtée à un obstacle de droit ou à un obstacle de fait.

En effet, l'action de in rem verso ne peut être utilisée pour tourner un obstacle de droit qui s'oppose à l'exercice d'une autre action. C'est ce qu'a exprimé, par une formule large, un important arrêt 3<sup>e</sup> Civ., 29 avril 1971, pourvoi n° 70-10.415, Bull., III, n° 277 : 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 ou par suite de tout autre obstacle de droit* ».

L'obstacle de fait est celui qui rend vaine l'action principale ; le plus souvent cité est celui de l'insolvabilité du cocontractant, débiteur direct (A-M Romani, *Répertoire de droit civil Dalloz*, v° *Enrichissement injustifié*, Màj mars 2021, §207 ; dans ce cas, il n'y a pas d'empêchement à l'action de in rem verso dirigée contre un autre débiteur solvable, indirectement enrichi par l'opération).

La question de savoir si l'absence de preuve est un obstacle de droit ou de fait à l'action invoquée à titre principal a été débattue et a donné lieu à des « *flottements jurisprudentiels* » (V. Forti, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, [Fascicule 20](#) : *Enrichissement injustifié - Conditions juridiques*, déjà mentionné, point 36).

Comme le rappelle le mémoire en défense, la Cour a, par plusieurs arrêts publiés, dans des affaires où un contrat de prêt était invoqué à titre principal, énoncé qu'ayant échoué dans l'administration de la preuve d'un tel contrat, un plaideur ne pouvait invoquer l'enrichissement sans cause à titre subsidiaire (1<sup>re</sup> Civ., 2 avril 2009, pourvoi n° 08-10.742, Bull., I, n°74 ; 1<sup>re</sup> Civ., 31 mars 2011, pourvoi n° 09-13.966, Bull., I, n° 67 ; voir également, non publiés : 1<sup>re</sup> Civ., 9 décembre 2010, pourvoi n° 09-16.795 ;

1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 2015, pourvoi n° 14-17.408 ; la solution a été réitérée depuis dans des arrêts non diffusés, cf. par exemple : 1<sup>re</sup> Civ., 9 décembre 2020, pourvoi n° 19-21.113 et les développements du rapport afférent portant sur la deuxième branche du moyen ; 1<sup>re</sup> Civ., 3 mai 2018, pourvoi n° 17-13.125 et les développements du rapport afférent portant sur le quatrième moyen).

Cette solution se situe dans la ligne de l'arrêt du 29 avril 1971 précité, ayant énoncé que l'action de in rem verso ne peut être admise pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter, notamment parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige (s'agissant, dans cet arrêt de 1971, de travaux effectués par un entrepreneur en bâtiment dans les propriétés de son ancienne concubine, sans que la preuve du contrat de louage d'ouvrage, invoqué par l'entrepreneur, ne soit rapportée).

À noter que cette solution a été reprise à défaut de preuve « *d'une convention sur le remboursement du montant des factures* », que l'on pourrait cependant rapprocher d'un contrat de prêt, bien que les fonds soient remis à autrui : « *Mais attendu que la cour d'appel ayant constaté, par motifs propres et adoptés, que Mme B... ne démontrait pas l'existence d'une convention portant sur le remboursement du montant des factures, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait être admise à pallier sa carence dans l'administration d'une telle preuve par l'exercice d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause* » (1<sup>re</sup> Civ., 10 juillet 2013, pourvoi n° 12-15.334, étant précisé qu'il ressort de l'arrêt d'appel que l'enrichissement sans cause était le seul fondement invoqué par l'appauvri).

À l'inverse, la Cour de cassation a censuré des arrêts qui, pour écarter l'enrichissement sans cause, s'étaient contentés d'énoncer que la subsidiarité de cette action ne pouvait permettre de tourner les règles du contrat de société de fait évoqué à titre principal, la Cour affirmant que le rejet de la demande fondée sur cette société rendait au contraire recevable la demande subsidiaire du concubin fondée sur l'enrichissement sans cause (1<sup>re</sup> Civ., 5 mars 2008, n° 07-13.902 ; 6 mai 2009, n° 08-14.469 ; 4 mai 2017, pourvoi n° 16-15.563, Bull. 2017, I, n° 103). Ces arrêts confirmaient un revirement de jurisprudence amorcé au moyen d'un obiter dictum (1<sup>re</sup> Civ., 15 octobre 1996, pourvoi n° 94-20.472, Bull., I, n° 357) en revenant sur la solution antérieurement retenue par la Cour de cassation (1<sup>re</sup> Civ., 8 décembre 1987, pourvoi n° 85-15.767, Bull., I, n° 335).

De même, hors de l'hypothèse de la société de fait, il a été jugé :

- que le rejet de la demande principale fondée sur l'article 65 du décret modifié du 29 juillet 1939 (salaire différé du conjoint d'un descendant ayant participé à l'exploitation agricole familiale), au motif que le descendant a perdu sa qualité d'aide familiale, n'exclut pas le bénéfice de l'action de in rem verso (1<sup>re</sup> Civ., 14 mars 1995, pourvoi n° 93-13.410, Bull., I, n° 130) ;

- qu'ayant écarté, en l'absence de faute du vendeur, l'action en garantie exercée par un commissaire-priseur à l'encontre de celui-ci, c'est sans faire échec à

son caractère subsidiaire qu'une cour d'appel accueille l'action fondée sur l'enrichissement sans cause (1<sup>re</sup> Civ., 3 juin 1997, pourvoi n° 95-13.568, Bull., I, n° 182 ; mais en sens inverse, la faute n'ayant pas été démontrée, rejetant, au motif de son caractère subsidiaire, l'action de in rem verso : 1<sup>re</sup> Civ., 20 mars 2014, pourvoi n° 12-28.318),

- qu'en l'absence de preuve de l'existence d'une promesse de vente invoquée à titre principal pour solliciter la demande de restitution de fonds versés pour rembourser le prêt immobilier souscrit par la défenderesse, la condition de subsidiarité ne fait pas échec à la demande fondée à titre subsidiaire sur l'enrichissement sans cause (1<sup>re</sup> Civ., 4 avril 2006, pourvoi n° 03-13.986, Bull. 2006, I, n° 194),

- que le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion dont la preuve de l'existence n'était pas rapportée rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause (1<sup>re</sup> Civ., 25 juin 2008, pourvoi n° 06-19.556, Bull., I, n° 185),

- que le rejet d'une action principale fondée sur l'article 555 du code civil (règles de l'accession), dont les conditions d'application ne sont pas réunies, ne fait pas échec à l'action subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause (1<sup>re</sup> Civ., 19 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.095).

La lecture des rapports afférents aux pourvois n° 03-13.986 (promesse de vente) et n° 06-19.556 (mandat de gestion) fait apparaître que ces arrêts s'inscrivent dans l'idée d'une évolution de la jurisprudence tendant à mieux circonscrire le critère de subsidiarité à l'hypothèse où une action serait « normalement ouverte », ce qui n'est pas le cas lorsque le demandeur échoue à démontrer l'existence même du rapport de droit invoqué à titre principal, laquelle est déniée en défense. La jurisprudence aurait ainsi entendu la critique du conseiller J. Mestre (*RTDC* 1988. 745), commentant l'arrêt précité du 8 décembre 1987 (qui avait initialement fermé la voie de l'enrichissement sans cause lorsque l'existence d'une société créée de fait n'avait pu être démontrée) : pour cet auteur, il faudrait distinguer entre l'hypothèse où le demandeur dispose d'une action « normalement ouverte et exceptionnellement fermée », que l'action de in rem verso ne saurait permettre de contourner, et celle où l'action qu'il invoque, à titre principal, est « *normalement fermée et exceptionnellement possible* » (voir notamment, en ce sens, le rapport sur le pourvoi n° 03-13.986).

Plusieurs commentateurs ont déduit de cette fluctuation que la solution retenue en matière de contrat de prêt était désormais propre à cette catégorie de contrat, le défaut de preuve d'un autre rapport de droit invoqué à titre principal ne faisant en revanche pas obstacle à l'invocation subsidiaire de l'enrichissement sans cause. C'est ce que suggère le commentaire publié par I. Gelbard-Le Dauphin (« *Droit de la preuve* », Recueil Dalloz 2011, p. 2891), qui était rapporteur du pourvoi n° 09-13.966 ayant donné lieu à l'arrêt du 31 mars 2011 sur le contrat de prêt.

C'est également l'hypothèse formulée par C. Roth dans son rapport susmentionné sur le pourvoi n° 16-15.563, ayant donné lieu à l'arrêt également susmentionné du 4 mai

2017 qui a confirmé la recevabilité de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause à défaut de preuve de l'existence d'une société de fait. C'est encore la lecture retenue par le professeur Hauser (« *Définir la subsidiarité, condition de l'action de in rem verso : contribution du concubinage !* », RTD Civ 2011, p. 107), et c'est ainsi que le présente A-M Romani (*Répertoire de droit civil Dalloz - v° Enrichissement injustifié*, Février 2018 - Màj mars 2021, [§§ 187 à 191](#)).

Il doit cependant être relevé que la solution retenue en matière de prêt l'est aussi assez régulièrement en matière de contrat d'entreprise.

L'hypothèse est celle où la prestation dont l'indemnisation est sollicitée sur le fondement de l'enrichissement sans cause s'inscrit dans le cadre d'une relation contractuelle non démontrée, non encore finalisée ou bien existante mais ne prévoyant pas la prestation en cause, c'est à dire que la prestation est réalisée en réalité sans la preuve du consentement du cocontractant (l'hypothèse se retrouve par exemple lorsqu'une réparation est effectuée par un garagiste sur un véhicule sans l'aval du propriétaire). Les arrêts en ce sens sont relativement nombreux (voir par exemple 1<sup>re</sup> Civ., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-15.880 : « *Mais attendu que la cour d'appel ayant constaté que la société Entreprise lera ne rapportait pas la preuve de l'existence d'un contrat d'entreprise conclu avec Mme [H], lequel constituait le fondement de son action principale, en a exactement déduit qu'elle ne pouvait pallier sa carence dans l'administration d'une telle preuve par l'exercice d'une action subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause* » ; dans le même sens : 1<sup>re</sup> Civ., 2 novembre 2005, pourvoi n° 02-18.723, Bull. 2006, n° 398 - l'arrêt est cassé sur la première branche du moyen invoqué, qui portait sur la condition de subsidiarité et non sur l'existence d'une faute, objet de la seconde branche du moyen ; 1<sup>re</sup> Civ., 3 juillet 2013, pourvoi n° 12-17.612 ; plus récemment, même solution : 3<sup>e</sup> Civ., 20 octobre 2021, pourvoi n° 20-17.144 : RNSM dont le rapport fait apparaître que le rejet de l'action de in rem verso est validé au motif du caractère subsidiaire d'une telle action, à défaut de preuve par écrit du contrat d'entreprise invoqué à titre principal, étant précisé que l'arrêt d'appel s'était quant à lui positionné, dans ses motifs, sur le terrain de la faute et de la condition d'absence de cause pour rejeter l'action).

Pourtant, dans des situations approchantes (1<sup>re</sup> Civ., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-20.625, Bull. 1998, n° 363 ; 1<sup>re</sup> Civ., 24 mai 2005, n° 03-13.534, Bull. 2005, n° 224 ; 1<sup>re</sup> Civ., 3 juill. 2013, pourvoi n° 12-17.612), la même impossibilité d'invoquer l'enrichissement sans cause est parfois justifiée, ainsi que le fait apparaître notamment le rapport de M. Vitse sur le pourvoi n° 12-17.612, par la caractérisation d'une faute de la part de l'appauvri. La faute est ainsi considérée comme la cause de l'appauvrissement, qui n'en est donc pas dépourvu. Ces affaires ne se situent alors pas sur le terrain de la subsidiarité. Mais les notions sont perméables et le contournement de règles existantes n'est pas loin dans une telle hypothèse : celui qui est allé au-delà des prévisions contractuelles ne saurait ce faisant contourner l'absence de consentement et forcer en quelque sorte la vente.

Un arrêt de la chambre commerciale du 23 avril 2013 présente encore une autre situation intéressante (Com., 23 avril 2013, pourvoi n° 11-28.925) : un prestataire offre

ses services à une entreprise en vue de projets d'un certain type, et le client met à profit ces prestations dans le cadre de projets d'un autre type. L'action contractuelle échouant dans la mesure où les projets en cause n'entraient pas dans le champ du contrat, la cour d'appel dénie ensuite le bénéfice de l'action de in rem verso au prestataire au motif notamment de la subsidiarité. La Cour de cassation rejette le pourvoi en considérant que « *l'enrichissement allégué trouvait sa cause dans l'exécution de la convention précitée* ». Cette affaire illustre la proximité, voire la redondance, entre la condition de subsidiarité et la condition d'absence de cause.

### **- Les justifications de la solution adoptée en matière de prêt**

Les justifications de la solution adoptée en matière de prêt se retrouvent en particulier dans les commentaires des arrêts en cause dressés par leur rapporteur ou un autre membre de la formation de jugement.

\* La règle suivant laquelle l'obligation de restitution ne se déduit pas de la seule remise de fonds

Le mémoire en défense cite ainsi la chronique de jurisprudence relative à l'arrêt du 2 avril 2009 relatif au contrat de prêt (P. Chauvin, N. Auroy, C. Creton, « *Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation, Première chambre civile* », Recueil Dalloz 2009, p. [2058](#)) :

*« La rigueur de cette solution s'explique cependant au regard de la jurisprudence qui pose en principe que "la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue"<sup>2</sup>. Dès lors, admettre celui qui a remis ces fonds et en réclame le remboursement en invoquant l'existence d'un prêt dont il n'a pas réussi à rapporter la preuve à exercer subsidiairement l'action en enrichissement sans cause aboutirait à anéantir cette règle jurisprudentielle. En revanche, toutes les fois que l'exercice de l'action de in rem verso ne conduit pas à écarter la règle de droit normalement applicable, alors cette action peut être déclarée recevable quand bien même le demandeur aurait exercé à titre principal une autre action qui n'aurait pu aboutir en raison d'un obstacle de droit<sup>3</sup>. Ce critère, s'il ne permet pas de rendre compte de toutes les solutions de la Cour de cassation dans l'application du principe de subsidiarité, explique cependant que cette subsidiarité n'a pas un caractère univoque et peut conduire les juges, dans des situations apparemment voisines, tantôt à admettre le jeu de l'action en enrichissement sans cause, tantôt à l'écarter. »*

L'interprétation donnée de la subsidiarité, lorsqu'un contrat de prêt est invoqué à titre principal, tiendrait donc à l'impératif de préserver la jurisprudence constante aux

---

<sup>2</sup> Civ. Ire, 25 juin 2008, Bull. civ. I, n° 185 ; RDC 2008. 1138, note Laithier ; Defrénois 2008, n° 38838, note Libchaber.

<sup>3</sup> Par ex., parmi de nombreux arrêts : Civ. Ire, 23 janv. 1996, Bull. civ. I, n° 40.

termes de laquelle le transfert de fonds ne suffit pas à démontrer l'obligation de restitution (lequel ne suffit pas davantage, en matière de donation, à démontrer l'intention libérale).

On pourrait déduire de cette justification, qui se retrouve également dans le rapport de C. Charruault relatif à ce pourvoi n° 08-10.742 et dans le rapport de M. Girardet relatif au pourvoi n° 14-17.408, qu'il conviendrait de distinguer suivant qu'est en cause ou non une remise de fonds. Mais une telle conclusion mérite d'être confrontée à la solution adoptée par la Cour dans les affaires portant sur le mandat de gestion ou la promesse de vente, dans lesquelles, alors qu'était également en cause la remise de fonds, la Cour de cassation admet la mise en œuvre, à titre subsidiaire, de l'action de in rem verso.

En outre, peut être opposé à une telle justification le fait que, dans le cadre de l'action de in rem verso, la preuve de l'appauvrissement et de l'enrichissement corrélatif ne suffit pas à justifier l'obligation d'indemniser : il faut en outre démontrer l'absence de justification à cet enrichissement, étant précisé que les justifications éventuelles sont étendues, notamment en matière conjugale (intention libérale, intérêt personnel, obligation naturelle...), et que la charge de cette preuve délicate, confinant à la preuve d'un fait négatif classiquement considérée comme impossible, repose sur le demandeur (1<sup>re</sup> Civ., 19 janvier 1988, pourvoi n° 85-17.618, Bulletin 1988 I N° 16 ; 1<sup>re</sup> Civ., 6 février 2001, pourvoi n° 99-10.745 ; 1<sup>re</sup> Civ., 24 octobre 2006, pourvoi n° 05-18.023, Bull. 2006, I, n° 439 : ces arrêts dénie le bénéfice de l'action de in rem verso faute pour le demandeur de prouver l'absence de cause, en particulier l'absence d'intention libérale).

A. Cousin et E. Buat-Ménard notent ainsi, en matière de concubinage : « *L'absence de cause du flux patrimonial se révélera souvent fort délicate à démontrer, comme toute preuve négative. D'une part, l'absence d'intention libérale est une preuve des plus difficiles à apporter. D'autre part, il ne sera pas plus aisé d'établir qu'une dépense excède manifestement la participation normale aux dépenses du couple. L'enjeu consiste alors en la délimitation des dépenses de la vie courante. L'incertitude quant à l'issue de l'action sera grande et tout dépendra des circonstances de l'espèce* » (A. Cousin, E. Buat-Ménard, « *Les créances entre concubins* », AJ famille 2013, [p. 47](#)).

Les arrêts de la Cour de cassation ayant positivement admis la preuve de l'absence de justification à l'enrichissement ne sont pas légion, et pour cause. La préparation du présent rapport a permis d'identifier un cas, portant sur une remise de fonds, dans lequel la Cour de cassation énonce, en validant l'arrêt d'appel, les éléments ayant conduit les juges du fond, dans le cadre de leur pouvoir souverain, à conclure à l'absence de cause :

« *Attendu, selon les énonciations des juges du fond, qu'à la fin de l'année 1989, M. [T], qui vivait en concubinage avec Mme [W], a procédé au rachat d'un contrat d'assurance-vie dont il était titulaire et a remis à Mme [W] la somme de 1 700 000 FCP afin de lui permettre d'éteindre une dette, née d'un cautionnement donné par elle à un précédent concubin, M. [U], pour garantir le remboursement d'un prêt consenti à*

*ce dernier par la Banque de Tahiti ; qu'à l'issue du concubinage, lequel n'a duré que trois mois, M. [T] a réclamé le paiement de cette somme à Mme [W] ; qu'assignée sur le fondement de l'enrichissement sans cause, celle-ci a opposé que la remise de ces fonds constituait une libéralité ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Papeete, 22 septembre 1994), écartant cette prétention, a dit la demande fondée et a condamné Mme [W] au paiement de la somme de 1 700 000 FCP, outre intérêts ;*  
[...]

*Attendu que la cour d'appel qui, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, a estimé que M. [T] avait rapporté la preuve que la remise des fonds n'avait pas eu un caractère libéral, a, après avoir relevé les circonstances tenant à la brièveté de la liaison, aux sommes successivement données par M. [T] pour l'entretien du ménage, à l'importance exceptionnelle de celle remise en une seule fois pour l'apurement d'une dette et à l'origine des fonds pour y parvenir, encore estimé que l'intéressé avait satisfait à son obligation d'établir que son appauvrissement et l'enrichissement corrélatif de Mme [W] avaient eu lieu sans cause ; que, par ces motifs, qui répondaient aux conclusions invoquées en les écartant, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; » (1<sup>re</sup> Civ., 4 mars 1997, pourvoi n° 94-21.976).*

Il apparaît clairement ici que l'absence de cause, et donc l'obligation d'indemniser (c'est-à-dire de restituer) n'a pas été déduite de la simple remise des fonds, mais bien des circonstances précises de l'espèce : brièveté de la relation, sommes déjà données pour l'entretien du ménage, montant exceptionnel du versement, usage de la somme, origine des fonds<sup>4</sup>.

Il est donc loisible de considérer que c'est la condition tenant à *l'absence de cause* qui préserve cette jurisprudence (cf. en ce sens, le rapport de C. Charruault relatif au pourvoi susmentionné n° 05-18.023, rappelant la jurisprudence constante sur la preuve de l'obligation de restitution et la mettant en lien avec la preuve de l'absence de cause), et que la condition de subsidiarité n'a pas un tel objet. Le lien établi dans le rapport et le commentaire précités entre la condition de subsidiarité et une jurisprudence régissant la preuve d'une obligation de restitution n'est-il pas en réalité artificiel ?

---

<sup>4</sup> Hors l'hypothèse d'une remise de fonds, peut être signalé par exemple l'arrêt 1<sup>re</sup> Civ., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-11.294, *Bull.* 2008, I, n° 211, qui valide l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'absence de cause, après avoir écarté, au regard de l'ampleur des travaux réalisés et des dépenses engagées, la participation normale aux dépenses de la vie courante, la contrepartie aux avantages dont le solvens a profité pendant le concubinage et l'intention libérale : « *Mais attendu qu'après avoir justement retenu qu'aucune disposition légale ne règle la contribution des concubins aux charges de la vie commune de sorte que chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a engagées, l'arrêt estime, par une appréciation souveraine, que les travaux litigieux réalisés et les frais exceptionnels engagés par M. [D] dans l'immeuble appartenant à Mme [C] excédaient, par leur ampleur, sa participation normale à ces dépenses et ne pouvaient être considérés comme une contrepartie des avantages dont M. . [D] avait profité pendant la période du concubinage, de sorte qu'il n'avait pas, sur ce point, agi dans une intention libérale ; que la cour d'appel a pu en déduire que l'enrichissement de Mme [C] et l'appauvrissement corrélatif de M. . [D] étaient dépourvus de cause et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».*

\* La preuve par écrit des actes juridiques d'une valeur supérieure à 1 500 euros

I. Gelbard-Le Dauphin (article précité) explique quant à elle la solution retenue dans l'arrêt du 31 mars 2011, dont elle était rapporteur (toujours en matière de prêt), ainsi : « *Il est aisé de comprendre qu'il s'agit là d'éviter que la théorie de l'enrichissement sans cause ne soit détournée de ses fins pour pallier le défaut de preuve d'un contrat qui doit être établi par écrit lorsqu'il porte sur une somme supérieure à 1 500 €.* »

Cette explication fait écho à la citation, figurant elle aussi au rapport de C. Charruault relatif au pourvoi n° 08-10.742, de Flour, Aubert et Savaux : « *“Soit, par exemple, un soi-disant prêteur qui, faute d'écrit, ne peut pas, par application de l'article 1341, établir le prêt dont il demande le remboursement. Il lui est interdit d'essayer de prouver par témoins la remise de fonds à l'emprunteur, en exerçant contre celui-ci l'action de in rem verso. À supposer que cette remise ait eu lieu effectivement, l'emprunteur est certes enrichi ; mais il l'est légitimement, au regard des règles de droit du moins. On ne peut pas lui réclamer au titre de l'enrichissement sans cause, ce que l'on ne peut obtenir de lui en invoquant le contrat” (cf. Flour, Aubert, Savaux, Les obligations, Le fait juridique, 10ème édition, p. 43, 44, n° 48)* »<sup>5</sup>.

Pour rappel, l'article 1359 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, pose l'exigence de l'écrit pour la preuve des actes portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret. Cette règle était précédemment prévue à l'article 1341, ancien, du code civil. Le décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 fixe depuis 2005 ledit montant à 1 500 euros. Cette obligation s'applique uniquement aux actes juridiques, par opposition aux faits juridiques, dont la preuve n'est pas soumise à l'obligation de pré-constitution d'une preuve écrite. En outre, l'article 1360 du code civil y apporte un tempérament en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.

Cette règle n'est donc pas spécifique au contrat de prêt, elle s'applique à tous les actes juridiques.

Surtout, dès lors que l'existence de l'acte juridique est niée, il pourrait être considéré qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une règle propre à la preuve des actes juridiques, de sorte qu'il n'y aurait en réalité pas de contournement. L'idée du contournement n'apparaît que lorsqu'on envisage qu'un contrat de prêt aurait pu être invoqué, mais pas si on envisage l'action de in rem verso prise isolément.

Enfin, même si l'action de in rem verso était admise dans une telle hypothèse, dans la mesure où les conditions et les effets de l'action de in rem verso n'apparaissent, en

---

<sup>5</sup> Cette citation figure aux pages 49 et 50, §48, de la 13<sup>ème</sup> édition du même ouvrage, qui est celle que votre rapporteur a pu consulter ; il est notable que ce point est développé par Flour, Aubert et Savaux dans le cadre de l'examen de la cause de l'enrichissement, et non à propos de la condition de subsidiarité.

règle générale, pas favorables pour le demandeur par rapport à celles de l'action contractuelle, l'absence d'écrit, et donc de possibilité de démontrer l'existence du prêt, conduirait tout de même à désavantager ce demandeur, qui se trouverait donc déjà sanctionné par l'effet du défaut d'écrit. Mais cette absence d'écrit doit-elle, face à un défendeur qui, par hypothèse, nie l'existence de l'acte juridique, lui permettre de conserver les fonds versés et priver l'appauvri de toute action ?

Pour mémoire, la première chambre civile avait, avant les arrêts de 2009, 2010 et 2011, envisagé la chose tout autrement, en approuvant une cour d'appel d'avoir admis l'action fondée sur l'enrichissement sans cause après avoir constaté l'inexistence du contrat de prêt faute de signature du présumé emprunteur (1<sup>re</sup> Civ., 5 juillet 2006, pourvoi n° 04-19.256).

Il en résulte que les justifications ainsi avancées expliquent de manière imparfaite les différences de solutions retenues en jurisprudence, que d'aucuns rapprochent d'une solution uniquement fondée, in fine, sur l'équité, au détriment de la clarté du critère de subsidiarité (Flour, Aubert & Savaux, *Les obligations, t. 2, Le fait juridique*, 13<sup>ème</sup> éd., 2009, Sirey, §§54 et 56).

#### **- La critique de la solution adoptée en matière de prêt**

C'est bien la solution adoptée en matière de prêt qui concentre la critique de la doctrine.

Ainsi, le professeur Chénéde, commentant le projet d'article 1303-3 nouveau (Semaine juridique, édition générale, supplément au n° 21 du 25 mai 2015, pp. 65 et 66, n° 17 ; il tient le même propos dans son ouvrage *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019-2020*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2018, pt 134.33), signale :

*« Seconde règle : lorsque cette action se heurte à un "obstacle de droit", l'appauvri ne peut invoquer l'action de in rem verso pour obtenir son dû. Cette seconde règle a fait l'objet d'applications extensives et excessives en jurisprudence. Son domaine naturel est celui de l'extinction de l'action par l'effet d'une déchéance, de l'autorité de la chose jugée, de la forclusion, et surtout de la prescription, que la Chancellerie, à la suite des avant-projets Catala et Terré, a retenu comme principale illustration. Or le jeu de l'action de in rem verso a également été refusé dans des hypothèses où l'appauvri avait échoué à établir l'existence de l'action principale. C'est assurément aller trop loin. Dans cette situation, l'enrichissement injustifié, loin d'é luder la réglementation applicable, permet seulement de suppléer son absence. La Cour de cassation semble d'ailleurs l'avoir compris en affirmant, dans des décisions plus récentes, que le rejet de l'action principale, faute d'avoir apporté la preuve de son existence, rendait "recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause". »*

Dans le même sens : V. Forti, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, [Fascicule 20](#) : *Enrichissement injustifié - Conditions juridiques*, précité, point 36).

A. Bénabent note pour sa part : « On étend parfois l'objection à celui qui ne peut pas prouver un contrat : extension contestable, car aucune action ne lui était donc ouverte sur le terrain contractuel, et qui pourrait être en voie d'abandon. » (Droit des obligations , 19<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2021, pt 492).

La critique la plus étayée est sans doute celle développée par le professeur A. Gouëzel, auteur d'une thèse sur « La subsidiarité en droit privé », qui note quant à lui (« Retour sur la subsidiarité de l'enrichissement sans cause en cas d'échec de l'action principale faute de preuve » – Recueil Dalloz 2017, p. [1591](#)) :

« 16. Lorsque la demande principale rejetée faute de preuve repose sur un autre contrat, la jurisprudence est beaucoup plus incertaine. La plupart des arrêts refusent le recours à l'enrichissement sans cause en raison de son caractère subsidiaire<sup>6</sup> ; tel est le cas en particulier lorsqu'est invoqué à titre principal un prêt, dont la preuve n'est pas rapportée<sup>7</sup>. Cependant, quelques décisions remarquées se prononcent en sens inverse<sup>8</sup>.

17. La tendance dominante de la jurisprudence s'explique aisément : si le demandeur n'invoque l'action de in rem verso que de manière subsidiaire, c'est qu'il considère lui-même que la situation relève normalement d'une autre action, celle qui est invoquée à titre principal. Il n'y a pas de lacune devant être comblée par l'admission de l'enrichissement sans cause.

18. Ce raisonnement n'emporte cependant pas la conviction, et cela pour deux raisons. D'une part, il est contestable au regard du mécanisme de la demande subsidiaire. Comment admettre qu'une action puisse aboutir si elle est présentée à titre principal, mais échouer si elle l'est à titre subsidiaire ? C'est mettre le plaideur dans une situation impossible car on l'oblige sans raison<sup>9</sup> à choisir entre deux

---

<sup>6</sup> En plus des arrêts cités à la note suivante, V. Civ. 3e, 29 avr. 1971, préc. ; 2 nov. 2005, n° 02-18.723, Bull. civ. I, n° 398 ; D. 2006. 841, note F. Garron ; 19 juin 2013, n° 12-15.880 ; 3 juill. 2013, n° 12-17.612 ; 10 juill. 2013, n° 12-15.334, RTD civ. 2013. 821, obs. J. Hauser ; RDC 2014. 77, obs. S. Pellet ; 20 mars 2014, n° 12-28.318.

<sup>7</sup> Civ. 1re, 2 avr. 2009, n° 08-10.742, Bull. civ. I, n° 74 ; D. 2009. 1088, et 2058, chron. P. Chauvin, N. Auroy et C. Creton ; RTD civ. 2009. 321, obs. B. Fages ; JCP 2009. 259, note Y. Dagorne-Labbe ; Defrénois 2009. 1285, obs. E. Savaux ; RDC 2009. 1177, obs. S. Gaudemet ; 9 déc. 2010, n° 09-16.795, RTD civ. 2011. 107, obs. J. Hauser ; 31 mars 2011, n° 09-13.966, Bull. civ. I, n° 67 ; D. 2011. 1077, et 2891, obs. I. Gelbard-Le Dauphin ; CCC 2011. Comm. 136, note L. Leveneur ; LPA 13 juill. 2011, p. 21, note Y. Dagorne-Labbe ; 3 juin 2015, n° 14-17.408. V. cep. Civ. 1re, 5 juill. 2006, n° 04-19.256.

<sup>8</sup> Civ. 1re, 3 juin 1997, n° 95-11.308, Bull. civ. I, n° 182 ; D. 1998. 148, note S. Crevel ; RTD civ. 1997. 657, obs. J. Mestre, et 1998. 392, obs. P. Jourdain ; JCP 1998. II. 10102, note G. Viney ; 5 juill. 2006, préc. ; 25 juin 2008, n° 06-19.556, Bull. civ. I, n° 185 ; D. 2008. 1997, et 2010. 728, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2008. 394, obs. F. C. ; Defrénois 2008. 1980, obs. R. Libchaber, et 2421, obs. J. Massip ; RDC 2008. 1138, obs. Y.-M. Laithier ; Civ. 3e, 11 févr. 2014, n° 12-23.322.

<sup>9</sup> Le législateur interdit parfois la formulation d'une demande à titre subsidiaire, mais il a une raison de le faire. Ainsi, le fait que la demande d'ouverture d'une procédure collective ne puisse être formulée

*fondements, alors qu'une situation juridique peut légitimement être appréhendée suivant plusieurs angles, et que l'issue d'une demande est toujours incertaine. La solution est d'autant moins satisfaisante que le principe de concentration des moyens issu de la jurisprudence Cesareo rend indispensable le recours aux demandes subsidiaires<sup>10</sup>.*

*19. D'autre part, ne faut-il pas considérer que, si le contrat n'est pas prouvé, le demandeur n'a en réalité jamais disposé d'une action lui permettant d'obtenir remboursement ? Idem est non esse aut non probari : c'est la même chose de ne pas être et de ne pas être prouvé ; "pas de preuve, pas de droit"<sup>11</sup>. Dès lors, il n'est pas question de contournement d'une action normale ; la subsidiarité ne devrait pas être un obstacle. Plus encore, si la question de la preuve du contrat se pose, c'est que l'autre partie en dénie l'existence. Il serait logique de tirer les conséquences de cette dénégation : soit ses relations avec l'appauvri sont fondées sur un autre contrat, soit elles sont de nature quasi contractuelle. En fermant automatiquement la voie quasi contractuelle en raison de sa subsidiarité, on donne à l'enrichi "le beurre et l'argent du beurre" !*

*20. Dira-t-on que cette solution permettrait de contourner les règles sur la preuve, et affaiblirait en particulier l'exigence de préconstitution de la preuve des contrats ? Deux réponses peuvent être formulées. D'abord, la partie a toujours intérêt à respecter les règles de preuve, car l'action de in rem verso n'est susceptible d'aboutir qu'après un processus beaucoup plus incertain qu'une action contractuelle, et son résultat est généralement moins intéressant<sup>12</sup>. Ensuite, l'enrichi peut toujours reconnaître l'existence du contrat si cela lui semble plus favorable.*

*21. Cette limitation du rôle de la subsidiarité devrait-elle conduire la Cour de cassation à renverser toutes ses solutions ? La réponse est négative. Certaines décisions sont justifiées et doivent être maintenues, mais elles peuvent l'être en s'appuyant sur une autre condition de l'enrichissement sans cause : l'absence de faute de l'appauvri. Ainsi, dans plusieurs arrêts, le problème posé était similaire : un entrepreneur avait accompli des tâches sans parvenir à prouver qu'il avait été missionné pour cela, et invoquait à titre subsidiaire l'action de in rem verso ; l'exemple type est celui du*

---

*subsidiairement à une demande en paiement (art. R. 631-2 et R. 640-1 c. com.) vise à éviter qu'elle ne soit utilisée comme un moyen de pression pour obtenir satisfaction. Pour l'enrichissement sans cause, on ne discerne aucune raison justifiant cette prohibition.*

<sup>10</sup> Pour plus de développements sur ce point, V. notre thèse préc., n° 126 s.

<sup>11</sup> H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, n° 161.

<sup>12</sup> Art. 1303 c. civ. : l'indemnité est « égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

garagiste qui effectue des réparations non demandées<sup>13</sup>. Dans une telle hypothèse, on comprend aisément la volonté des juges de refuser toute indemnisation. Mais, au lieu de se fonder sur la subsidiarité pour atteindre ce résultat, ils pourraient plutôt invoquer la faute de l'appauvri qui justifie une modération, voire une exclusion de l'indemnité<sup>14</sup>.

22. Les arrêts relatifs au prêt<sup>15</sup> appellent une appréciation plus nuancée. À l'inverse de ce que décide la jurisprudence, le rejet de la demande principale faute de preuve ne devrait, selon nous, pas faire échec à la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause. Toutefois, cela ne signifie pas que l'action doit systématiquement aboutir ; encore faut-il que toutes ses conditions soient réunies, ce qui suppose en particulier la preuve de l'absence de cause - ou, pour reprendre la terminologie issue de l'ordonnance du 10 février 2016, de justification - de l'enrichissement. Or l'inexistence du prêt est, de ce point de vue, insuffisante ; la cause peut encore résider dans une donation. Si le demandeur souhaite aboutir sur le terrain quasi contractuel, il lui faut donc prouver l'absence d'intention libérale. Il en va d'ailleurs de même dans l'affaire commentée : la subsidiarité ne fait pas échec à l'action de *in rem verso* de l'agent d'assurance, mais celle-ci devra établir que ses paiements ne procédaient pas d'une donation. La solution nous semble alors équilibrée : si la preuve du prêt n'est pas établie, l'enrichi dénie son existence, et si l'intention libérale est exclue, on ne voit pas pourquoi l'action en enrichissement sans cause devrait être fermée. »

Dans le même sens : Y. Dagonne-Labbe, commentant l'arrêt rendu le 31 mars 2011 en matière de prêt (« *Subsidiarité et absence de contrat en matière d'action de in rem verso* », Petites affiches, n° 138, 2011, p. 21).

Cette critique n'est certes pas tout à fait unanime (estimant qu'à défaut d'une telle solution, « *ce sont toutes les conditions posées par les règles de droit au succès des actions prévues par la loi qui se trouveraient emportées !* », L. Leveneur, « *L'action de in rem verso n'est pas une planche de salut après l'échec d'une action en remboursement d'un prétendu prêt non prouvé* », Contrats Concurrence Consommation, n° 6, 2011, comm. 136).

On rappellera encore les propos de J. Mestre, non spécifiques à la solution adoptée par la jurisprudence en matière de prêt, mais saluant des arrêts adoptant la solution inverse dans d'autres hypothèses : « *Comme nous avons déjà eu l'occasion de le*

---

<sup>13</sup> Civ. 1re, 2 nov. 2005, préc. (garagiste) ; 19 juin 2013, préc. (peintre) ; 3 juill. 2013, préc. (entrepreneur).

<sup>14</sup> Le nouvel art. 1303-2 ne parle que de modération de l'indemnité mais le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 févr. 2016 co<sup>22</sup>747477410la doctrine (V. par ex. L. Andreu et N. Thomassin, Cours de droit des obligations, Gualino, 2016, n° 1764) admettent son exclusion en cas de faute suffisamment grave.

<sup>15</sup> V. préc. note 21. [note du rapporteur : la note 21 dans l'article est la note de bas de page 7, incluant la jurisprudence relative au défaut de preuve du contrat de prêt, dans le présent rapport]

*préciser (cette Revue 1988.745), le principe de subsidiarité ne signifie pas que l'action de in rem verso soit systématiquement fermée dès lors qu'on aurait pu songer pour celui qui l'exerce à un autre cadre juridique et qu'il n'en remplit pas, au cas d'espèce, les conditions précises de mise en œuvre. Doté, en réalité, d'une portée moindre, il veut simplement exprimer l'impossibilité pour un plaideur d'é luder la règle normalement applicable à la situation considérée, celle que le législateur a perçue comme la solution de principe et dont le contournement constituerait bien alors une trahison de son intention. » (« Deux bonnes illustrations du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », RTD Civ. 1996 [p.160](#)).*

De même, commentant les solutions adoptées par la jurisprudence judiciaire en matière de société de fait ou de mandat de gestion (et admettant l'engagement de l'action de in rem verso à défaut de preuve de l'existence du rapport de droit invoqué à titre principal), R. Froger indique (« *L'enrichissement sans cause dans les jurisprudences administrative et judiciaire* », sous la direction d'H. Hazan, Justice et Cassation, 2010, [p. 389](#)) :

*« Naturellement, ces décisions ne remettent pas en cause l'exigence selon laquelle l'appauvri, à travers l'action de in rem verso, ne doit pas chercher à contourner des règles légales(74) ou les exigences probatoires(75) qui, dans sa situation, s'opposent à une indemnisation. Dès lors, si les frontières de ce qui relève du contournement sont parfois difficiles à cerner et les tentatives de systématisation délicates, à la question de savoir si l'on peut invoquer l'enrichissement sans cause lorsque l'action principale s'est heurtée à un obstacle de droit, la réponse du juge judiciaire paraît alternative.*

*Si l'obstacle de droit interdit de se prévaloir d'un régime juridique d'entrer dans le cadre d'une institution juridique définie, parce qu'une condition n'en est pas caractérisée, l'enrichissement sans cause peut être exercé. Il a alors une vocation procédurale : d'abord l'action de droit commun ; ensuite et en cas d'échec, l'action de in rem verso; C'était précisément le cas de figure de chacune des espèces précédemment évoquées.*

*Si, en revanche, l'obstacle de droit tient, non pas au champ d'application de l'institution envisagée, mais à une règle qui fixe son régime, l'enrichissement sans cause ne pourra pas être invoqué, sous peine, par une sorte de fraude à la loi, de permettre de contourner un obstacle légal. En somme, la voie de l'enrichissement sans cause reste fermée lorsqu'il existe une autre institution juridique exactement appropriée à la situation de l'appauvri. »*

Cet auteur signale que la jurisprudence administrative semble aborder la condition de subsidiarité de la même manière.

Sans critiquer la fermeture de l'action de in rem verso lorsque la preuve de l'existence du contrat invoqué à titre principal n'est pas rapportée, Flour, Aubert et Savaux estiment quant à eux que dans de telles hypothèses, « *la condition de subsidiarité se révèle plus gênante qu'utile* » et que les questions soulevées devraient se régler

exclusivement sur le terrain de la cause (Flour, Aubert & Savaux, *Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, 13<sup>ème</sup> éd., 2009, Sirey, §54 p. 57).

Le présent pourvoi donne l'occasion à la chambre de s'interroger, à la lueur de ces justifications et critiques, de l'objet-même de l'action de in rem verso et de celui de la condition de subsidiarité, sur le maintien de la solution tendant à exclure, sur le terrain de la subsidiarité, la mise en œuvre de l'action de in rem verso lorsque l'existence du contrat de prêt, invoqué à titre principal, n'a pu être démontrée.

### - Incidence du nouvel article 1303-3 du code civil ?

Bien que les nouveaux articles 1303 et suivants du code civil ne soient pas applicables au présent pourvoi, il convient d'examiner comment l'interprétation donnée de la condition de subsidiarité sous l'empire des anciens textes est susceptible de se coordonner avec la mise en œuvre du nouveau dispositif d'enrichissement injustifié.

Le nouvel article 1303-3 du code civil dispose que « *[l']appauvri n'a pas d'action sur ce fondement lorsqu'une autre action lui est ouverte ou se heurte à un obstacle de droit, tel que la prescription* ».

Certains auteurs suggèrent que le libellé du nouvel article 1303-3 du code civil pourrait mettre fin aux fluctuations jurisprudentielles susmentionnées. Ainsi, le professeur Chénédedé, dans le commentaire précité de ce projet d'article, y voit une amorce de clarification au regard de l'usage du terme « *heurte* » et en ce qu'il mentionne à titre d'illustration de l'obstacle de droit la prescription, qui est une cause d'extinction de l'action, et non une condition de son existence (dans le même sens : V. Forti, *JurisClasseur Notarial Répertoire*, [Fascicule 20](#) : *Enrichissement injustifié - Conditions juridiques*, précité, point 36).

Il est notable que le [rapport](#) au Président de la République relatif à l'ordonnance, dans ses explications relatives à l'article 1303-3 du code civil, rappelle les différentes hypothèses, mentionnées dans l'arrêt du 29 avril 1971, dans lesquelles la subsidiarité doit faire échec à l'action de in rem verso, à l'exception de celle dans laquelle le demandeur ne peut apporter les preuves que l'autre action exige : « *Ainsi cette action ne peut ni servir à contourner les règles d'une action contractuelle, extracontractuelle ou légale dont l'appauvri dispose, ni suppléer une autre action qu'il ne pourrait plus intenter suite à un obstacle de droit, telle une prescription, une déchéance, une forclusion, ou encore en raison de l'autorité de chose jugée* »<sup>16</sup>.

Cette lecture pourrait plaider en faveur d'une lecture souple de la condition de subsidiarité, afin d'assurer une continuité dans le traitement de l'enrichissement sans

---

<sup>16</sup> A comparer donc au libellé de l'arrêt 3<sup>e</sup> Civ., 29 avril 1971, pourvoi n° 70-10.415, Bull., III, n° 277 : 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 ou par suite de tout autre obstacle de droit* ». (nous soulignons)

cause et de l'enrichissement injustifié, alors que la réforme est en vigueur et qu'il n'est pas exclu que des situations relèvent des deux régimes à la fois, par exemple dans l'hypothèse de versements de fonds successifs.

A l'inverse, le professeur Gouëzel (article précité) estime que la « *notion d'obstacle de droit étant imprécise, la marge d'interprétation de la jurisprudence reste intacte pour décider si l'absence de preuve du contrat invoqué à titre principal en fait partie* ». Dans le même sens, G. Chantepie et M. Latina estiment que l'article 1303-3 du code civil consacre le principe de subsidiarité « *dans des termes qui rendent probables le maintien des solutions antérieures* » (*La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil*, Dalloz, 2016, n° 753, p. 651 ; v. également : T. de Ravel d'Esclapon, « [Enrichissement sans cause : caractère subsidiaire de l'action de in rem verso](#) », Dalloz Actualité, 26 mai 2017).

Cette lecture conduit à considérer que l'interprétation donnée sous l'empire de l'ancien dispositif pourrait continuer à produire ses effets sous l'empire du nouvel enrichissement injustifié, de sorte qu'il est nécessaire de s'assurer encore de sa coordination avec les autres dispositions nouvelles.

#### **- Incidence des nouveaux articles 1303-1 et 1303-2 du code civil ?**

Les évolutions découlant des nouveaux articles 1303-1 et 1303-2 sont-elles susceptibles d'avoir une incidence sur le raisonnement à tenir quant à la condition de subsidiarité, dont les effets pourraient s'étendre à l'interprétation du nouvel article 1303-3 ?

\* Premièrement, a été évoqué supra le fait que la condition tenant à l'absence de cause, dont la charge de la preuve incombe au demandeur, pourrait suffire à préserver en particulier la règle tenant au fait que l'obligation de restitution ne peut être déduite de la seule remise de fonds, sans qu'il soit besoin d'interpréter strictement la condition de subsidiarité lorsqu'un contrat de prêt est invoqué à titre principal.

Le nouvel article 1303-1 du code civil définit l'enrichissement injustifié comme celui qui « *ne procède ni de l'accomplissement d'une obligation par l'appauvri ni de son intention libérale* ». Ce texte doit être examiné à la lumière de l'article 1303-2 du code civil, dont il résulte certaines évolutions par rapport à la jurisprudence antérieure.

L'article 1303-2 nouveau dispose ainsi, en son alinéa 1<sup>er</sup>, qu'il « *n'y a pas lieu à indemnisation si l'appauvrissement procède d'un acte accompli par l'appauvri en vue d'un profit personnel* ».

Dans le cadre de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1371 ancien du code civil, la poursuite d'un intérêt personnel aux risques et périls de l'appauvri conduisait déjà à écarter l'action en enrichissement sans cause (1<sup>re</sup> Civ., 19 octobre 1976, pourvoi n° 75-12.419, Bull., I, n° 300 ; 1<sup>re</sup> Civ., 24 septembre 2008, pourvoi n° 07-11.928, Bull. 2008, I, n° 212 ; 3<sup>e</sup> Civ., 20 mai 2009, pourvoi n° 08-10.910, Bull. 2009, III, n° 116), et une hésitation demeurait sur le point de savoir si cet intérêt

personnel constituait la cause de l'enrichissement, quitte à étendre au-delà de ses contours usuels la notion de cause dans le cadre de l'action de in rem verso, ou s'il s'agissait d'un obstacle autre, ayant pu être qualifié en doctrine de condition d'ordre moral distincte de la condition d'absence de cause. L'article 1303-2 semble quant à lui distinguer cette condition de la celle d'absence de justification définie à l'article 1303-1 (c'est ainsi que le lit V. Forti, *JurisClasseur Notarial Répertoire, Fascicule 20 : Enrichissement injustifié - Conditions juridiques*, précité, point 40 ; mais F. Chénéde critique quant à lui une telle distinction, estimant que les deux dispositions devraient être réunies puisqu'elles procèdent de la justification de l'appauvrissement - Semaine juridique, édition générale, supplément au n° 21 du 25 mai 2015, p. 65, n° 16).

L'incidence de cette évolution n'est pas évidente. Pourrait se poser la question de la charge de la preuve de cette condition : est-ce une condition de l'exercice de l'action par le demandeur, ou un moyen de défense dont la charge de la preuve reposerait sur le défendeur ? Quoi qu'il en soit, d'une part, la charge de la preuve de l'absence de justification incombe évidemment toujours au demandeur en vertu du nouvel article 1303-1, et d'autre part, en pratique, sous l'empire de l'ancien système, il est probable que l'existence d'un intérêt personnel était déjà alléguée par le défendeur pour contredire la démonstration, par le demandeur, de l'absence de cause consistant en un rapport de droit. De sorte que la séparation opérée entre les deux articles ne semble pas, à ce stade et sous toutes réserves, emporter d'évolution substantielle.

\* Deuxièmement, au-delà de l'hypothèse du contrat de prêt, il a également été signalé ci-dessus que le recours à la notion de faute de l'appauvri était de nature à répondre de manière équitable, sans besoin de recourir à une interprétation stricte de la condition de subsidiarité, aux situations dans lesquelles des prestations ont été fournies au-delà des prévisions contractuelles ou sans que le contrat susceptible de les causer ait été conclu (la jurisprudence étant, comme indiqué, fluctuante sur la manière de régler la chose, invoquant tantôt la faute, tantôt la subsidiarité). Dans le cadre de l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, la jurisprudence considérait en effet que la faute faisait obstacle à l'action, au moins lorsqu'elle atteignait un certain degré de gravité, et ce parce que l'appauvrissement trouvait finalement sa cause dans la faute.

A cet égard, l'article 1303-2, alinéa 2, du code civil prévoit désormais : « *L'indemnisation peut être modérée par le juge si l'appauvrissement procède d'une faute de l'appauvri* ». Ainsi, l'article 1303-2, alinéa 2, fait de la faute un motif de modération de l'indemnisation, qui relève donc des effets de l'action, et non un obstacle à son exercice, c'est-à-dire une condition de son existence. L'existence éventuelle d'une faute est donc sans incidence sur la nature justifiée ou non de l'enrichissement et de l'appauvrissement.

Cela a-t-il une incidence sur le raisonnement à tenir ?

D'une part, la faute, et ce quelle que soit sa gravité, demeure un facteur de nature à influencer sur l'indemnisation.

D'autre part, une incertitude demeure quant à la possibilité pour le juge de supprimer toute indemnité en considération de la gravité de la faute, ce que certains auteurs admettent, en se fondant notamment sur le rapport au Président de la République accompagnant le projet d'ordonnance, tandis que d'autres en doutent (en faveur d'une telle possibilité, notamment F. Chénéde, précité, et A. Gouëzel, précité ; exposant le débat, en considérant qu'il doit au moins être possible de réduire à une portion symbolique l'indemnisation : V. Forti, *JurisClasseur Notarial Répertoire, Fasc. 30 : Enrichissement injustifié - Effets*, LexisNexis, 2 juin 2016, pt [32](#) ; dans le même sens : commentaire [en ligne](#) sous l'article 1303-4 du code civil, Dalloz).

A nouveau, cette évolution conduit-elle à considérer que la subsidiarité devrait être mobilisée pour assurer l'équité du traitement des situations susmentionnées ? En somme, lorsqu'un prestataire a pris la liberté de réaliser une prestation, de laquelle son client retire un enrichissement, sans s'assurer du consentement préalable de ce client, le fait qu'il ait le droit à une indemnisation à la mesure de la gravité de sa faute, qui pourra être appréciée en considération des circonstances de l'espèce, conduit-il à un résultat inéquitable justifiant que l'action soit purement et simplement écartée par une acception stricte de la notion de subsidiarité ?

### **- En l'espèce**

S'agissant des faits de l'espèce, Mme [B] se prévaut d'une créance entre époux au titre d'un versement de 80 000 euros qu'elle aurait effectué en 2012 au bénéfice de son époux, M. [G].

Devant le premier juge, la créance invoquée l'était au titre d'un contrat de prêt que Mme [B] aurait consenti à M. [G] en vue de constituer le capital social de sa société nouvellement créée. Le tribunal rejetait cette demande au motif que, si l'existence d'un flux financier entre les époux tel qu'allégué par la demanderesse était établie, les éléments produits ne suffisaient pas à caractériser l'existence d'un contrat de prêt ni l'obligation de restitution à la charge de M. [G].

Devant la cour d'appel, Mme [B] maintenait, à titre principal, sa demande fondée sur l'existence d'un contrat de prêt, mais invoquait, à titre subsidiaire, l'enrichissement sans cause.

L'arrêt retient qu'il existait des relations d'affaires entre les ex-époux et par conséquent des flux financiers. La cour d'appel examine avec précision les pièces versées aux débats pour démontrer le versement, par Mme [B] à M. [G], d'une somme de 80 000 euros, relevant ce faisant « certaines bizarreries ». Elle observe ainsi notamment que la date initiale du chèque en cause, figurant sur l'une des copies produites, était le 29 août 2008, date apparaissant comme raturée pour y inscrire celle du 29 août 2012 sur la copie du chèque débité du compte de Mme [B] le 31 août 2012. La cour d'appel constate qu'elle ne peut déterminer pourquoi un tel différé existe entre l'émission de ce chèque et son encaissement et quels étaient les motifs de l'appelante lorsqu'elle a émis le chèque litigieux en août 2008. Elle relève encore que les justificatifs des autres

flux financiers intervenus entre les parties et entre la société Béthune Chauffage et les parties ne sont pas produits, outre que la cour d'appel ne parvient pas à déterminer les motifs des flux en cause.

A l'issue de cet examen, elle ajoute : « *La simple remise de fonds ne suffit pas enfin à justifier l'obligation pour celle-ci de les restituer* ».

Elle en conclut que c'est à bon droit que le premier juge a considéré que les pièces produites ne suffisaient pas à caractériser une obligation de restitution.

La cour d'appel en vient ensuite à la demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause. Elle l'écarte aux motifs suivants : « *Cependant, le recours à la notion d'enrichissement sans cause n'a qu'un caractère subsidiaire et ne peut en l'espèce permettre de contourner l'absence de preuve suffisante d'une obligation de restitution au titre du remboursement d'un prêt.* »

La formation devra apprécier les mérites du grief à la lueur de l'ensemble de ces éléments.

Si le grief devait être considéré comme fondé, dès lors qu'il ne porte que sur la motivation du chef de dispositif de l'arrêt rejetant la demande de Mme [B] fondée sur l'enrichissement sans cause, et que les autres chefs de dispositif n'en dépendent aucunement, ce grief pourrait entraîner une cassation partielle de l'arrêt de ce seul chef de dispositif. Il pourrait alors être envisagé que la cassation intervienne sans renvoi et que la Cour de cassation statue au fond sur cette demande fondée sur l'enrichissement sans cause, en application des articles L. 411-3, alinéa 2, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile. **Le présent rapport vaut avis aux parties en application de l'article 1015, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, du code de procédure civile, celles-ci étant invitées à présenter leurs observations dans un délai de deux semaines à compter de la communication du présent rapport.**