

UNIVERSITÉ PARIS-SUD (PARIS-SACLAY)
Faculté Jean Monnet - UFR Droit, Économie, Gestion

Année universitaire 2016-2017

La catégorie quasi-contractuelle, de Rome aux projets français
et communautaires

Mémoire de Master 2 Recherche
Mention Droit privé fondamental

Présenté par

Mademoiselle Léa Bami

Sous la direction de M. le Professeur René-Marie Rampelberg

« l'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur. »

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur René-Marie Rampelberg, pour son aide précieuse, sa disponibilité et sa bienveillance.

Je tiens également à remercier mes parents pour leur soutien constant.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction (p. 6)

Partie I - L'approche historique de la notion quasi-contractuelle (p. 8)

Chapitre 1 - L'imperfection de la notion quasi-contractuelle en droit romain (p. 8)

Section 1: Une catégorie créée par défaut (p. 8)

§1: Le changement de vision de la catégorie contractuelle romaine (p. 8)

§2: Le caractère correctif des *variae causarum figurae* (p. 9)

§3: Le fondement romain de la notion *quasi ex contractu* (p. 11)

Section 2: La progressive qualification de source d'obligations (p. 14)

Chapitre 2 - Les conséquences de la création d'une source d'obligation (p.17)

Section 1: La nécessaire recherche d'un fondement justificatif (p.17)

§1: Le conflit entre équité et consentement fictif (p. 17)

§2: Le glissement vers un fondement légaliste (p. 20)

Section 2: La difficile définition de la catégorie quasi-contractuelle (p. 22)

Partie II - L'appréhension contemporaine de la notion quasi-contractuelle (p. 25)

Chapitre 1 - Les quasi-contrats en droit français: une notion unitaire? (p. 25)

Section 1: La consécration quasi-contractuelle dans le Code civil ou la réduction de la conception romaine (p. 25)

Section 2: La diversité des quasi-contrats créés par la jurisprudence (p. 27)

§1: L'enrichissement sans cause: la confirmation d'une conception unitaire des quasi-contrats (p. 27)

§2: Les loteries publicitaires: un élargissement détourné de la catégorie quasi-contractuelle (p. 31)

A- La « "foire aux qualifications" » (p. 32)

B- Le recours problématique à la notion quasi-contractuelle (p. 35)

C- Le possible abandon de la loterie publicitaire comme quasi-contrat avec la réforme de 2016 (p. 38)

Chapitre 2 - La perception de la notion quasi-contractuelle dans les autres pays européens (p. 40)

Section 1: L'isolement de la France quant à la consécration du quasi-contrat (p. 40)

§1: Le droit anglais: l'assimilation du quasi-contrat à l'enrichissement sans cause (p. 40)

A- La traditionnelle division entre actions fondées sur le contrat et actions fondées sur le délit (p. 40)

B- La progressive émergence de la notion quasi-contractuelle (p. 42)

C- L'absorption progressive du quasi-contrat par l'*unjust enrichment* (p. 44)

§2: Le droit allemand: le rejet strict de la notion de quasi-contrat (p. 45)

A- L'absence de référence faite à la notion quasi-contractuelle usuelle (p. 45)

B- La spécificité de la notion quasi-contractuelle en droit allemand (p. 46)

§3: Le droit italien: la réutilisation du contenu de la notion et le rejet du contenant (p. 47)

Section 2: Une situation confirmée par le droit européen (p. 50)

Conclusion (p. 54)

Bibliographie (p. 55)

Le quasi-contrat peut être défini de la manière suivante: « [...] fait juridique, source extracontractuelle d'obligation, plus spécifiquement d'une obligation [...] qui naît, pour celui qui en profite [...], d'un fait accompli par une autre personne [...], en dehors de tout contrat, de toute obligation, de toute libéralité et donc de tout fondement juridique [...]; fait "purement volontaire" [...] qui engendre des conséquences comparables à celles qui naîtraient d'un contrat [...]»¹. Cette définition rappelle la perception des quasi-contrats dans le cadre du droit romain, bien que le terme de « quasi-contrat » ne soit apparu que bien plus tard. Cette locution date du droit romain tardif, puisqu'elle a été employée pour la première fois par le juriste romain du VI^e siècle, Théophile. Toutefois, si Rome est reconnue pour la qualité de son droit, ce n'est certainement pas grâce aux quasi-contrats que cette réputation s'est construite. Ces derniers sont issus d'une catégorie créée par défaut par le juriste Gaius, qui avait pour rôle d'accueillir des reliquats de la catégorie contractuelle, devenue trop étroite pour les prendre en compte. Cette catégorie a d'abord été cantonnée à un simple rôle d'analogie quant à ses effets propres et aux effets du contrat.

Ce n'est que plus tard que cette catégorie a acquis le statut de source d'obligation, entraînant alors sa consécration dans le droit français, à la fois dans le Code civil de 1804 et avec la jurisprudence. En France, le paiement de l'indu, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause (ce dernier ayant été consacré par voie jurisprudentielle) sont traditionnellement considérés comme des quasi-contrats, formant alors une catégorie quasi-contractuelle, ce qui permet une appréhension globale de celle-ci. Cette vision globale se reflète dans l'article 1371 ancien du Code civil, qui donne une définition des quasi-contrats. Néanmoins, cette définition n'a pas été sans poser de problèmes puisqu'elle a été qualifiée d'imparfaite ou encore d'inexacte par les juristes.

Cette notion de quasi-contrat a cependant connu une évolution divergente selon les pays européens, ce qui fait qu'aujourd'hui, elle n'est pas une notion que l'on peut qualifier de fortement ancrée dans les systèmes juridiques contemporains. En effet, si le droit français qualifie le paiement de l'indu, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause de quasi-contrats, cela débouche sur l'existence d'une catégorie quasi-contractuelle qui englobe ces différents cas de figure. En revanche, dans les autres pays européens, il

¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^e édition Paris, Puf, 2011, p. 829-830

est courant que le paiement de l'indu, la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause soient utilisés, mais ils ne le sont pas sous le vocable de « quasi-contrats », et cette tendance se retrouve en droit européen. Or, si ces derniers ne sont pas qualifiés de quasi-contrats, il ne peut pas y avoir de catégorie quasi-contractuelle. L'héritage romain est donc amoindri, dans la mesure où les composantes qu'il qualifiait de quasi-contrats sont reprises, mais pas le vocable qui les englobe aussi bien à Rome qu'en droit français.

Pourtant, outre ce rejet du terme de « quasi-contrats », les droits étrangers et le droit européen sont empreints d'une influence romaine importante. L'on peut prendre l'exemple du droit allemand, qui est de tradition romaniste, ou encore le droit européen. Ce n'est cependant pas parce que le droit français a consacré la catégorie quasi-contractuelle que celle-ci n'occasionne pas aussi des interrogations. Si la catégorie quasi-contractuelle est longtemps restée stable et a toujours véhiculé une notion assez unitaire, cela a été complètement remis en cause par un arrêt de chambre mixte de la Cour de cassation rendu le 6 septembre 2002. Celui-ci a qualifié les loteries publicitaires de quasi-contrats, allant alors à l'encontre des critères qui en constituaient traditionnellement le leitmotiv.

Donc, la catégorie quasi-contractuelle pose des questions aussi bien en droit français, quant à son appréhension unitaire, que dans les droits des autres pays européens, quant à son absence pure et simple.

Dès lors, la question suivante se pose: le quasi-contrat est-il une notion aujourd'hui obsolète?

La première partie témoignera de l'approche historique de la notion quasi-contractuelle. Sera notamment pris en compte le droit romain, duquel découle directement, non seulement les éléments de la catégorie quasi-contractuelle française, mais aussi son élévation au rang de source d'obligation. La seconde partie aura pour objet l'appréhension contemporaine de celle-ci, en confrontant le droit français et sa consécration de la notion de quasi-contrat aux droits des autres pays européens, qui ne connaissent pas le terme de « quasi-contrat », mais qui connaissent pourtant ses composantes.

Partie I - L'approche historique de la notion quasi-contractuelle

Dans un premier temps, il sera question de la notion quasi-contractuelle en droit romain et de son imperfection. Dans un second temps, les conséquences de la création de la notion quasi-contractuelle seront envisagées.

Chapitre 1 - L'imperfection de la notion quasi-contractuelle en droit romain

L'imperfection de la notion quasi-contractuelle en droit romain est tout d'abord illustrée par le fait que celle-ci a été créée par défaut (Section 1). Cela ne l'a toutefois pas empêchée de se hisser au rang de source d'obligations, notamment avec Justinien (Section 2).

Section 1: Une catégorie créée par défaut

Si la catégorie quasi-contractuelle romaine peut être dite par défaut, c'est d'abord parce qu'il y a eu un changement de vision dans le droit romain de la catégorie contractuelle (§1), ce qui a entraîné la classification des reliquats de cette dernière dans une troisième catégorie, distincte du contrat ou du délit (§2). Le droit romain a également donné un fondement à cette troisième catégorie (§3).

§1: Le changement de vision de la catégorie contractuelle romaine

Jusqu'au I^{er} siècle, il n'y a, en droit romain, que deux sources d'obligations. La première englobe celles dont l'origine est licite alors que la seconde englobe celles qui tirent leur origine d'un fait illicite. Ce sont les contrats et les délits qui sont ainsi visés.

À la fin de l'époque classique (qui représente les 250 premières années de notre ère), une assimilation a été opérée entre catégorie contractuelle et échange des consentements, ce qui a contribué à restreindre le champ d'application des contrats. Cette idée a été exprimée par Pedius et reprise par Ulpien: « il est vrai que le terme de convention est général, que Pedius avance avec raison, qu'il n'y a aucun contrat, aucune

obligation qui ne renferme une convention² ». Il faut non seulement que l'obligation soit licite mais également qu'elle résulte d'un échange des consentements. Dès lors, tous les contrats résultent d'une situation licite, mais toutes les situations licites ne sont pas des contrats. Pour qu'une situation soit reconnue comme contractuelle, il faut qu'elle obéisse à un double critère: licéité et échange des consentements entre les deux parties³. Cela a pour conséquence la chose suivante: un grand nombre de situations, qui avaient pourtant des effets de droit similaires à ceux des contrats, mais dont les conditions de formation n'obéissaient pas aux nouveaux critères contractuels, étaient exclus de cette catégorie⁴. Le contrat tel que défini comme une situation licite pouvait permettre d'appréhender les situations qui formeraient plus tard des éléments de la catégorie des quasi-contrats. Mais, dans la mesure où il y a un glissement de l'identification du contrat vers un échange des consentements, les situations envisagées ne pouvaient plus y entrer. Le problème vient du fait que le consentement n'est, certes, pas un élément suffisant pour identifier une situation contractuelle mais il n'en reste pas moins que c'est un élément nécessaire.

Le changement de vision de la catégorie contractuelle a entraîné la classification des éléments qui n'y entraient plus dans une troisième catégorie, ce qui permet de dire que cette dernière a un caractère correctif.

§2: Le caractère correctif des *variae causarum figurae*

Nécessité ou pas de classer les reliquats de la catégorie contractuelle quelque part, Gaius (juriste romain du II^e siècle) a jugé opportun de créer une catégorie hybride, les situations y entrant n'étant pas des contrats puisqu'aucun échange des consentements ne

² Digeste, Livre II, Titre XIV, 1, §3

³ « [...] contratto come vincolo lecito obbiettivo [...] contratto come atto fondato sulla volontà delle parti », Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, 2^e édition Napoli, Jovene Editore (coll. *Centro di Eccellenza in Diritto Europeo* « Giovanni Pugliese »), 2013, p. 3

⁴ Emmanuel TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1179

pouvait être relevé. Mais ce ne pouvait pas non plus être des délits car « l'opération n'est ni prohibée ni dommageable⁵.

La catégorie créée par Gaius aurait donc pour fonction de corriger le caractère trop restrictif de la première. En créant cette catégorie, Gaius bouscule donc la traditionnelle *summa divisio* du droit romain et qu'il rappelle dans ses Institutes: « la grande division des obligations est celle qui distingue les obligations qui naissent d'un contrat et les obligations qui naissent d'un délit ». En effet, dans le Digeste de Justinien, un texte attribué à Gaius étaye cette idée: « les obligations naissent des contrats ou des délits ou de quelque'autres causes particulières⁶ ». Cette dernière catégorie semble donc être une catégorie par défaut puisqu'elle ne se définit que de manière négative. Elle existe, mais elle n'existe que parce que ce type d'obligation ne peut ni relever du contrat, ni relever du délit. Dans cette catégorie, Gaius range la gestion d'affaires, le paiement de l'indu, le cas de l'héritier devant délivrer un legs en vertu d'un testament et la tutelle.

Après donc avoir invoqué la raison pour laquelle cette catégorie peut être dite par défaut, on peut en examiner la conséquence majeure. Celle-ci est la suivante: il y a un manque « d'unité conceptuelle⁷ ». Aucun régime juridique ne semble pouvoir être applicable puisque cette catégorie a justement pour fonction d'accueillir des éléments disparates, ne trouvant pas leur place dans la notion contractuelle. Il ne peut en résulter qu'un éclatement notionnel. D'autant plus qu'aucune définition n'est donnée de cette catégorie, ce qui en fait non pas une catégorie délimitée, mais une catégorie « ouverte⁸ », dont la seule spécificité serait de ne pouvoir être appréhendée par la catégorie des contrats purs. Si définition il y a, elle n'est donc que négative. D'ailleurs, ce manque d'homogénéité se reflète dans la dénomination donnée par Gaius à cette catégorie nouvellement créée: « *variae causarum figurae* »⁹. Celle-ci regroupait

⁵ Jean-Philippe LÉVY André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e édition Paris, Dalloz, (coll. *Précis Dalloz*), 2010, p. 833

⁶ Digeste, Livre XLIV, Titre VII, 1

⁷ Emmanuel TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique » *art. cit.*

⁸ Jean-Sébastien BORGHETTI, « Article 1300: les quasi-contrats », *Revue des contrats*, n°3, 1^{er} septembre 2015, p. 792

⁹ Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato...*, *op. cit.*, p. 9

initialement aussi bien les actes qui présentent les effets d'un contrat que ceux qui présentent les effets d'un délit¹⁰.

On peut alors dire la chose suivante: les futurs quasi-contrats ne sont, à cette époque, pas une source d'obligations en tant que telle:

« Gaius se contentait d'observer que certains débiteurs étaient tenus [...] comme en vertu d'un contrat, mais il n'affirmait nullement que l'obligation était née [...] *quasi ex contractu* »¹¹.

Les effets sont analogues à ceux du contrat. Cette analogie se fait par rapport au lien de proximité entre les cas qui ne sont pas contractuels et la figure contractuelle la plus proche. L'on peut prendre l'exemple de la gestion d'affaires et du mandat. Ce dernier est un contrat mais pas la gestion d'affaires, qui est un cas de figure explicitement envisagé par Gaius:

« si celui qui gère les affaires d'un absent a reçu un mandat, il est clair qu'il se forme un contrat entre les parties qui donne lieu à des actions de mandat [...]. S'il n'a point reçu de mandat, il est néanmoins décidé que les parties sont obligées l'une envers l'autre; et on a introduit pour ce cas des actions qu'on appelle *negotiorum gestorum* »¹².

Le mécanisme est le même pour le paiement de l'indu, qui s'appuie sur les règles du *mutuum*¹³. Dans ce dernier cas, le raisonnement de Gaius est le suivant: la *condictio indebiti* (qui sert à sanctionner le paiement de l'indu) est assimilée au *mutuum*. Gaius fait valoir que celui qui a reçu l'indu est tenu de la même action que celui qui a reçu l'argent emprunté par *mutuum*.

Après avoir classifié les reliquats de la catégorie contractuelle dans une troisième catégorie, le droit romain a fourni un fondement à cette dernière.

§3: Le fondement romain de la notion *quasi ex contractu*

¹⁰ Emmanuelle CHEVREAU Yves MAUSEN Claire BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, 2^e édition Paris, LexisNexis (coll. *Objectif Droit*), 2011, p. 25

¹¹ François CHÉNEDÉ, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} janvier 2011, p. 305

¹² Digeste, Livre XLIV, Titre VII, 5

¹³ En droit romain, le *mutuum* est un contrat non pas consensuel mais réel, qui se forme par la remise de la chose.

Si l'on peut dire que dans le droit romain, les quasi-contrats sont dans l'ensemble fondés sur une idée d'ordre moral, cette notion est surtout illustrée avec l'enrichissement injuste. Il sera donc essentiellement question, dans ce paragraphe, de ce dernier, tel qu'envisagé par le droit romain. Il convient également de préciser ici que le paiement de l'indu entre dans la catégorie de l'enrichissement injuste¹⁴. Dès lors, il est lui aussi soumis à cette idée d'ordre moral.

Pomponius (juriste romain du milieu du II^e siècle) édicte le principe suivant: « [...] l'équité naturelle demande que personne ne s'enrichisse aux dépens d'un autre¹⁵ ». Cela n'est pas sans rappeler le rôle joué par la justice commutative, développée dans l'*Éthique à Nicomaque* par Aristote.

Pour Aristote, la justice revêt le sens selon lequel chacun doit recevoir ni plus ni moins que la bonne mesure, de façon à préserver une certaine égalité. La justice revient à attribuer à chacun le sien: *suum cuique tribuere*. En termes d'égalité, Aristote distingue l'égalité arithmétique qui fait référence à la justice commutative, et l'égalité géométrique, qui renvoie à la justice distributive. Or, dans le raisonnement qu'il suit, la justice distributive doit être opérée en premier. Cette égalité géométrique vise à une juste proportion, justement en ce qu'elle repose sur une idée de proportionnalité. Ce qui sera distribué ne sera donc pas strictement égal selon les personnes puisque l'égalité réside ailleurs, à savoir dans le rapport de proportionnalité. Ce n'est que s'il y a un déséquilibre après cette répartition proportionnelle que la justice commutative intervient. Normalement, la justice distributive doit avoir pour résultat un certain équilibre. Si cet équilibre n'est pas atteint, la justice commutative est convoquée, afin de corriger ce déséquilibre. Or, cette correction se fait par une restitution égale à la perte de valeur subie.

Cela rejoint donc directement la maxime de Pomponius, en ce qu'il y a un refus, aussi bien d'un côté que de l'autre, d'un déséquilibre dans le patrimoine des individus et ce refus repose bien sur une idée d'ordre moral. Chez Pomponius, cette dernière est illustrée par l'équité. Chez Aristote, elle est matérialisée par le rôle joué par la justice.

¹⁴ Jean-Philippe LÉVY André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, p. 834

¹⁵ Digeste, Livre XII, Titre VI, 14

Toutefois, pour en revenir au droit romain, le seul fait qu'il y ait une idée d'ordre moral ne suffit pas. Le droit romain est un droit processuel, ce qui signifie que c'est bien l'action qui donne le droit et pas le droit qui donne l'action. Donc, s'il y a un droit sans action, on ne peut pas faire valoir celui-ci. D'où la nécessité de déterminer un moyen de procédure dans le cadre des quasi-contrats. Or, c'est la *condictio* qui a été appliquée.

Cette *condictio* était, à l'origine, cantonnée au champ contractuel. En effet, elle concernait principalement le *mutuum* ou la *stipulatio*¹⁶. Néanmoins, les *condictiones* sont porteuses d'un caractère abstrait, ce qui a permis de justifier leur extension à ce qui n'était pas considéré comme des contrats¹⁷.

L'extension des *condictiones* peut être due à la formule suivante d'Ulpien, qui reprend lui-même une formule de Sabin: « ce qui se trouve en vertu d'une cause injuste auprès de quelqu'un peut donner lieu à une *condictio*¹⁸ ». Cette formule a permis d'étendre les *condictiones* hors du champ d'application restreint des contrats purs. Par exemple, la *condictio indebiti* permettait de sanctionner le paiement de l'indu.

Si le droit romain parle d'enrichissement injuste et pas d'enrichissement sans cause, c'est parce que l'enrichissement n'était pas sanctionné seulement lorsqu'il y avait une absence pure et simple de cause mais aussi lorsqu'il avait une absence de cause *légitime*.

Des critiques ont toutefois été élevées contre ce lien établi entre enrichissement injuste et *condictiones*. Le cœur de la critique repose sur le point suivant: les *condictiones* sont des actions de pur droit mais elles servent ici à sanctionner ce qui est fondé sur un principe d'équité, qui serait issu du droit naturel. Dès lors, cela aboutit à créer une relation entre droit en tant que tel et précepte moral¹⁹, ce qui peut paraître paradoxal.

¹⁶ Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, *op. cit.*, p. 119 ; Jean Philippe LÉVY André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, p. 836

¹⁷ Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, *op. cit.*, p. 118

¹⁸ Digeste, Livre XII, Titre V, 6

¹⁹ Reinhard ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman Foundations of the civilian tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 853

L'imperfection de la notion quasi-contractuelle en droit romain (terme qui lui sera donné plus tard) n'a pas freiné sa progressive qualification de source d'obligations, ce qui n'était pas envisagé avec Gaius.

Section 2: La progressive qualification de source d'obligation

Avec Justinien (empereur romain du VI^e siècle), cette approche est modifiée. Non pas que Justinien réfute la distinction de Gaius entre contrats et quasi-contrats (terme pour l'instant anachronique) mais il dit qu'il s'agit de cas de figure qui naissent comme d'un contrat. Gaius ne s'intéressait qu'aux effets de ce qui sera plus tard appelé « quasi-contrats » mais il n'a rien dit quant au statut de source d'obligations. C'est avec Justinien que l'on s'intéresse concrètement à ce dernier élément. Il y a donc un « glissement des effets vers la source des obligations »²⁰:

« la seconde division des obligations a quatre membres: car les obligations descendent des contrats ou des quasi-contrats [*quasi ex contractu*] , des délits ou des quasi-délits »²¹.

C'est donc avec Justinien que les quasi-contrats deviennent réellement une source d'obligations. Néanmoins, si la catégorie des quasi-contrats est reconnue en tant que telle avec Justinien, le manque de définition, déjà rencontré avec Gaius, n'est pas corrigé. En effet, le Digeste et les Institutes ne font part que d'exemples entrant dans cette catégorie (à ce titre, la liste de Gaius est reprise avec l'ajout de l'indivision) mais ils ne donnent aucune définition globale susceptible de former une base commune à tous ces cas de figure. L'idée est bien résumée de la manière suivante: « [l]a définition du quasi-contrat est très difficile et les romains ne l'ont pas tentée »²².

Il convient de noter que ce terme de « quasi-contrat » est attribué à Théophile, juriste romain de culture grecque qui vit au VI^e siècle. C'est dans sa paraphrase du *Corpus juris civilis* qu'il emploie le terme de « *quasi-tracton* ».

Si Gaius ne faisait que dire que dans certains cas, les débiteurs sont tenus comme en vertu d'un contrat, c'est avec les contemporains de Justinien que l'intérêt pour la source

²⁰ François CHÉNEDÉ, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *art. cit.*

²¹ Institutes, Livre III, Titre XIV, 2

²² Jean-Philippe LÉVY André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.* p. 833

des obligations est né. Selon le juriste italien Carlo Augusto Cannata, l'expression « *quasi ex contractu* » employée dans les Institutes de Justinien signifierait la chose suivante: « rapports d'obligations naissant de quelque chose d'analogue à un contrat²³ ». Cela revient somme toute à dire que les obligations naissent comme d'un contrat, ce qui fait donc référence à la source des obligations mais pas à ses effets.

Si l'on continue à s'intéresser à ce que dit la doctrine italienne, l'on peut en tirer la chose suivante: la substantivation byzantine de « *quasi ex contractu* » en « *quasi-contracton* » ne serait pas anodine. En effet, les auteurs italiens disent majoritairement ce qui suit:

« Sono tutti concordi nel ritenere che la sostantivazione bizantina del *quasi ex contractu* in « *quasi contracton* » della parafrasi di Teofilo alle Istituzioni avrebbe determinato la trasformazione di una classificazione delle fonti sulla tipicità degli atti/fatti produttivi di obbligazioni »²⁴.

Cette idée pourrait se traduire par le fait que les auteurs de la doctrine italienne sont d'accord pour dire que c'est l'emploi de ce terme de « *quasi-contracton* » qui aurait déterminé la mutation d'une classification des sources des obligations, fondée sur la spécificité des actes ou faits productifs d'obligations. Certains auteurs, comme Éric Descheemaeker, font aussi valoir la même idée, à savoir que les glossateurs ont fait des obligations *quasi ex contractu* des « quasi-contrats », s'inspirant en cela de la Paraphrase en grec des Institutes de Justinien²⁵ (ce qui est une référence directe aux travaux de Théophile).

Ainsi, ce qui, au départ, était conçu par Gaius comme une analogie (comme en témoigne le terme « *figurae* » dans l'expression « *variae causarum figurae* », qui renvoie à une idée d'assimilation²⁶), servant à souligner l'idée d'un rapprochement entre les effets du contrat et ceux de ces « autres causes », a acquis le statut de source d'obligations.

²³ Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato*, op. cit., p. 13

²⁴ *Ibidem*

²⁵ Éric Descheemaeker, « Peter Birks. *Unjust Enrichment* », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 56, n°3, 2004, p. 718

²⁶ Jean-Philippe LÉVY André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., p. 833

Le fait que l'on ait créé une troisième catégorie distincte du contrat comme du délit et qu'on l'ait dénommée « quasi-contrats » a conduit à sa progressive qualification de source d'obligations. Or, cela n'a pas été sans conséquences.

Chapitre 2 - Les conséquences de la création d'une source d'obligation

D'une part, ces conséquences tiennent à la recherche d'un fondement justificatif (Section 1). D'autre part, et notamment en droit français (celui-ci ayant été le seul à retenir la notion quasi-contractuelle en tant que telle), une réelle difficulté à définir les quasi-contrats s'est faite ressentir (Section 2).

Section 1: La nécessaire recherche d'un fondement justificatif

Tout d'abord, cette recherche d'un fondement justificatif a d'abord occasionné un conflit entre équité et consentement fictif (§1). Ensuite, on a glissé vers un fondement légaliste (§2), notamment en droit français.

§1: Le conflit entre équité et consentement fictif

La question du fondement des quasi-contrats est caractérisée par l'abondance des fondements invoqués, et qui servent avant tout à justifier l'existence de cette source d'obligations. Car, après tout, la création d'une nouvelle source d'obligations implique quand même de la justifier et d'en appréhender les conséquences:

« [q]ue cette division des sources fut un “contresens”, un “malentendu” ou simplement un accident importe peu: puisque la conception d'une catégorie d'obligations venait de naître, il fallait désormais pouvoir l'expliquer et en assumer au mieux les conséquences²⁷ ».

L'on peut tout de même ici relever que ce raisonnement n'est pas sans faille. En effet, c'est d'abord la source d'obligation qui a été créée, avant même d'en connaître le fondement. Ce dernier sert ici de base justificatrice *a posteriori* alors même que la logique voudrait que le fondement soit antérieur à la création d'une nouvelle source d'obligations. Le raisonnement est donc inversé.

Or, dans le cas d'un raisonnement tel que celui-ci, il y a une conséquence majeure: le fondement va devoir être adéquat à la catégorie obligationnelle déjà créée. Ce qui veut dire que la détermination du fondement va être liée par ce qui lui est anormalement pré-existant. En d'autres termes, le fondement va devoir obéir à la logique quasi-

²⁷ Emmanuel TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats », *art. cit.*

contractuelle, ce qui lui confère un caractère artificiel, et cela se voit surtout avec le raisonnement de Bartole.

Le premier fondement régulièrement invoqué est celui de l'équité ou celui de la loi. En droit romain, Pomponius a édicté la maxime selon laquelle « il est équitable, en vertu du droit naturel, que personne ne s'enrichisse au détriment d'autrui et injustement ». Cette maxime constitue notamment le fondement de la *condictio indebiti*, comme dit plus haut. L'on remarque donc qu'à Rome, la loi n'est pas utilisée comme fondement de la catégorie quasi-contractuelle, qui a pour seul fondement l'équité.

Le *Corpus juris civilis* est redécouvert au XII^e siècle en Italie. Il devient alors la *ratio scripta* (que l'on pourrait traduire par « raison écrite ») pour tous les systèmes juridiques d'Europe, ce qui lui donne le statut de *jus comune*, c'est-à-dire de droit commun. C'est dans ce cadre que, au XIII^e siècle, une querelle divise les commentateurs. Azon (juriste italien du XIII^e siècle) énonçait l'idée suivante: le quasi-contrat est une source d'obligations en vertu de la loi. Toutefois, il ne s'arrête pas à cette idée et poursuit en faisant valoir que la loi serait soumise à l'équité. Dès lors, l'on peut en déduire que le quasi-contrat obéit bien à l'équité, en ce que son fondement le plus direct (la loi) est soumise à cette dernière. Cette idée a été reprise par un certain nombre d'auteurs. Elle peut se justifier de la manière suivante: dans toutes les situations quasi-contractuelles, l'existence d'un déséquilibre, qui plus est, économique, est à relever. Les quasi-contrats permettraient donc de rétablir un équilibre, là où aucune intervention contractuelle n'est autorisée. C'est d'ailleurs sur le fondement de l'équité que la Cour de cassation française a, avec l'arrêt Patureau-Mirand de 1892, fait émerger l'enrichissement sans cause et l'a intégré à la catégorie quasi-contractuelle (le Code civil de 1804 n'ayant retenu que le paiement de l'indu et la gestion d'affaires).

Le fondement retenu par Azon semble donc se rapprocher grandement de celui retenu par le droit romain lui-même. Toute similitude s'arrête là, puisque, si l'on s'intéresse de plus près à ce que dit Azon, on se rend compte qu'il ne se contente pas d'évoquer la seule équité comme fondement des quasi-contrats. En effet, il y a également la loi qui entre en ligne de compte, alors qu'elle ne joue, à première vue, qu'un simple rôle d'intermédiaire entre le quasi-contrat et l'équité. Si les quasi-contrats sont bien fondés sur l'équité, cela ne semble pas suffire puisqu'il faut également que les quasi-contrats trouvent une assise effective et cette effectivité se retrouve dans la loi. Ainsi, cette

dernière, si elle peut sembler au départ conçue comme un moyen de médiation entre l'équité et le quasi-contrat, se relève être un critère nécessaire à la reconnaissance du quasi-contrat en tant que tel: le quasi-contrat en est un parce que la loi le prévoit. Cela a pour avantage « [d'encadrer] de manière étroite un mécanisme mal appréhendé et peu rationnel²⁸ ». Cela ne remet pas en cause le rôle de médiateur joué par la loi. En revanche, ce qu'il convient de rajouter, c'est que ce rôle de médiateur de la loi est nécessaire.

Face à cette idée prônée par Azon, on trouve celle défendue par Bartole (juriste italien du XIV^e siècle). Or, celle-ci n'est pas du tout dans l'optique de la précédente. En effet, elle fonde le quasi-contrat sur la notion centrale de fiction. On pourrait résumer l'idée de la façon suivante: puisque les quasi-contrats créent l'illusion d'un contrat, ils ne peuvent qu'être source d'obligation²⁹. Le but de ce raisonnement est tout le contraire de celui d'Azon: là où ce dernier vient enfermer le quasi-contrat dans des frontières légales, l'idée de Bartole vise à détacher le quasi-contrat de la loi. Dès lors, rien n'empêche l'élargissement de la catégorie, puisque, là où il y a illusion de contrat, il y a quasi-contrat, peu importe qu'il soit ou non appréhendé par la loi³⁰.

Néanmoins, le raisonnement de Bartole peut être considéré comme reposant sur une approximation. En effet, s'il y a illusion de contrat, c'est bien qu'il n'y a pas contrat. Et pourtant, on retient quand même l'idée que ce qui n'est pas un contrat produit des effets au même titre que ce dernier. Si à première vue, on peut rapprocher ce raisonnement de celui de Gaius, il conviendrait quand même de nuancer cela. En effet, en droit romain classique, les quasi-contrats n'ont une ressemblance avec les contrats que par leurs effets, c'est-à-dire que les effets sont les mêmes que s'ils étaient issus d'un contrat. Néanmoins, ce n'est pas pour ça que le quasi-contrat est assimilé en lui-même à un contrat, bien au contraire. Le droit romain n'a jamais prétendu que le quasi-contrat est un contrat et cette assimilation n'est pas plus défendue par le droit de l'époque de Justinien, bien que le quasi-contrat ait, à cette période, acquis le statut de source d'obligations. C'est bien parce que des éléments ont été sortis de la catégorie

²⁸ Emmanuel TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *art. cit.*

²⁹ *Ibidem*

³⁰ *Ibidem*

contractuelle, à laquelle ils appartenait initialement, que l'on a progressivement abouti à la création d'une source distincte d'obligation.

Or, dans le raisonnement de Bartole, on se fonde sur le contrat pour en conclure le caractère obligationnel des quasi-contrats. Dès lors, bien que l'on admette implicitement que le quasi-contrat n'est pas un contrat (puisque'il n'est qu'une illusion de contrat), on se réfère quand même au contrat pour en déduire le statut de ce qui n'en est pas un. Si l'on pouvait résumer l'idée de Bartole, l'on pourrait dire que c'est parce que le contrat est producteur d'obligations que ce qui n'est pas un contrat est producteur d'obligations aussi. Avec Gaius, il n'y a pas de lien de dépendance entre les effets du quasi-contrat et les effets du contrat, puisqu'on ne fait que constater que ceux-ci sont les mêmes d'un côté et de l'autre.

Progressivement, les auteurs se détachent de l'idée d'équité ou de consentement fictif pour se concentrer uniquement sur le fondement légal, et cela est notamment visible en droit français (celui-ci ayant été le seul à consacrer les quasi-contrats dans le Code civil mais également à consacrer la notion de quasi-contrat tout court).

§2: Le glissement vers un fondement légaliste

Il semble donc y avoir deux fondements possibles à la catégorie quasi-contractuelle: soit l'équité (doublée de la loi), soit la fiction. La théorie de Bartole a trouvé à s'affirmer: dans l'Ancien Droit français, on parle du quasi-contrat comme un contrat tacite, fictif ou encore présumé³¹. Toutefois, si l'on s'intéresse aux idées défendues par les théoriciens postérieurs à Azon et Bartole, c'est la doctrine du premier qui l'emporte sur celle du second. Par exemple, Domat reprend largement la théorie d'Azon puisqu'il affirme que les quasi-contrats sont une source d'obligations en vertu de la loi même, cette dernière se soumettant à l'équité. Les quasi-contrats sont producteurs d'obligations parce que la loi le dit, mais on ne laisse pas de côté le fait que la loi obéit à l'équité. On retrouve directement l'idée défendue par Azon: les quasi-contrats doivent nécessairement être fondés sur la loi, qui obéit elle-même à des considérations d'équité.

³¹ Philippe MALAURIE Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e édition Paris, LGDJ (coll. *Droit civil*), 2016, p. 595

Ce lien entre la loi et l'équité peut être considéré comme étant issu de la pensée aristotélicienne. Aristote prônait l'idée selon laquelle la règle de droit positif est dotée d'une autorité mais cette autorité est limitée dans la mesure où la règle de droit doit toujours être conforme au juste naturel. Si la règle de droit positif conduit à un résultat qui n'est pas conforme à ce que le juste naturel préconise, elle doit être adaptée ou corrigée, ce qu'Aristote appelle « équité ». L'équité est donc là pour corriger la règle de droit positif, si celle-ci n'est pas conforme au droit naturel. Ce dernier a donc un rôle essentiel: « inquiéter en permanence le droit positif [...] »³².

La seule différence entre la philosophie aristotélicienne et l'idée mise en place par Azon, et reprise par des théoriciens postérieurs, est la suivante: chez Aristote, l'équité est un moyen de corriger la loi, le critère de référence pour opérer cette correction étant le droit naturel. Chez Azon, comme chez les juristes postérieurs, l'équité devient le critère de référence en elle-même, sans être reléguée au seul rôle correctif que lui avait assigné Aristote.

Pothier poursuit l'idée mise en exergue par Azon et reprise par Domat. Dans son *Traité des obligations*, il affirme 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 ». Le fait que Pothier rejette explicitement l'idée d'un consentement en ce qui concerne la catégorie quasi-contractuelle semble rompre définitivement avec le contrat illusoire de Bartole. Néanmoins, à la différence d'Azon ou même de Domat, Pothier n'adopte pas un fondement unique en ce qui concerne les quasi-contrats. En effet, il admet aussi bien la loi ou l'équité (comme le montre la citation extraite de son *Traité des obligations*) que le consentement fictif, tel que le prônait Bartole³³.

Si la consécration du fondement légaliste demeure hésitante avec les juristes des XVII^e et XVIII^e siècles (notamment Pothier), cette incertitude finit par être balayée avec le Code civil de 1804, qui comprend les articles 1370 et 1371. Le Code Napoléon vient donc mettre un terme à l'indétermination du fondement légaliste des quasi-contrats, en

³² Rémy LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, p. 56

³³ Emmanuel TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *art. cit.*

leur consacrant des dispositions, sans que ne soit faite aucune référence à l'équité ou au consentement présumé.

L'on peut résumer l'idée sous forme d'un syllogisme: Azon, Domat ou encore Pothier estiment que la dimension obligationnelle du quasi-contrat résulte du fait que la loi en a décidé ainsi³⁴. Le seul fait que la loi énonce que le quasi-contrat emporte des obligations est suffisant pour que la théorie légaliste puisse être acquise. Or, c'est bien ce que semble faire le Code civil de 1804 puisque ses dispositions prévoient que les quasi-contrats sont une source d'obligation. Dès lors, on peut donc en conclure que la théorie légaliste est consacrée en même temps que le quasi-contrat, par le Code Napoléon.

Cette vision est donc détachée de la vision romaine du quasi-contrat. En effet, le droit romain fondait ce dernier sur l'idée d'équité sans faire aucune référence à la loi. On est ensuite passé au partage du fondement entre équité et loi (l'équité étant donc maintenue) pour ensuite arriver à un fondement purement légal sans aucune référence faite à l'équité.

La recherche d'un fondement justificatif a conduit à l'admission du fondement légal. Or, cette consécration légale des quasi-contrats n'est pas anodine, notamment en ce qui concerne la définition qui est donnée de ce mécanisme.

Section 2: La difficile définition de la catégorie quasi-contractuelle

Puisque le caractère obligationnel du quasi-contrat trouve son fondement dans la théorie légaliste en majorité, cela permettrait peut-être d'expliquer la définition, que l'on peut qualifier de lacunaire, qui a été introduite dans le Code civil de 1804. Pour illustrer cette insuffisance, on peut opérer une comparaison entre la disposition qui donne une définition générale des quasi-contrats (article 1371 ancien du Code civil) et celles qui sont consacrées à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu (qui sont les deux quasi-contrats consacrés par le Code civil). On ne peut pas nier que la définition générale des quasi-contrats ne fait que survoler l'institution quasi-contractuelle, sans se perdre dans les détails. En revanche, les dispositions touchant à la gestion d'affaires ou au paiement

³⁴ *Ibidem*

de l'indu ne font pas l'objet que d'un survol. Le Code dédie respectivement à la gestion d'affaires et au paiement de l'indu les articles 1372 à 1375 et 1376 à 1381. Il y a donc un développement qui est réservé pour chaque cas quasi-contractuel particulier.

On pourrait expliquer cette différence de traitement de la façon suivante: puisque le quasi-contrat trouve son fondement dans la loi, à quoi cela sert-il d'en donner une définition globale? Dès lors que les quasi-contrats ont été introduits dans le Code civil, cela suffisait à leur assurer un fondement. La définition générale donnée à l'article 1371 ne sert donc pas à grand-chose, si ce n'est introduire de manière floue la notion quasi-contractuelle³⁵, et donc démontrer sa propre inutilité. On peut même pousser le raisonnement plus loin et dire que toute définition générale, lacunaire ou non, est inutile si l'on adopte le point de vue selon lequel c'est la loi qui donne aux quasi-contrats leur caractère contraignant. En effet, il suffirait juste de prévoir des dispositions successives relatives à chaque quasi-contrat, en précisant que chacun d'entre eux est source d'obligations³⁶.

Et pour montrer à quel point cette définition donnée des quasi-contrats est lacunaire, l'on peut reprendre une idée développée par Charles Demolombe (juriste français du XIX^e siècle). Ce dernier qualifie cette définition « d'incomplète, et inexacte » puisque « cette définition, prise à la lettre, s'appliquerait non seulement aux quasi-contrats, mais encore aux délits et aux quasi-délits³⁷ ». L'imperfection de cette définition est également mise en lumière par Marcadé (juriste français du XIX^e siècle). Celui-ci tient le raisonnement suivant:

« il y a quasi-contrat, d'après l'article 1371, dans le fait volontaire dont il résulte un engagement envers un tiers; or un vol, par exemple, est un fait volontaire dont il résulte un engagement envers un tiers! Un vol serait-il donc un quasi-contrat?...³⁸ »

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Si le Code civil n'a pas adopté cette optique-là, c'est en vertu de sa volonté d'assurer la pérennité de la notion quasi-contractuelle en elle-même. L'article 1371 confirme en effet l'existence de cette catégorie et en donne, par ailleurs, une vision unitaire. Cette volonté de maintien de la catégorie quasi-contractuelle différencie le droit français des autres pays européens, ce qui sera traité dans le cadre de la deuxième partie.

³⁷ Cité par François CHÉNEDÉ, « Charles Toullier, le quasi-contrat », *art. cit.*

³⁸ *Ibidem*

Ce qui est reproché par ces auteurs, c'est de ne pas avoir ajouté que le quasi-contrat est un fait de l'homme "licite"³⁹ », ce qui aurait empêché sa potentielle assimilation aux délits ou aux quasi-délits.

Pour Charles Toullier, la lacune de la définition donnée par l'article 1371 est ailleurs: elle réside dans le fait que l'article ne dit pas quels sont les faits volontaires de l'homme dont il résulte un engagement. L'article en reste à une dénomination très vague et passe donc outre le développement des cas englobés par le terme « faits purement volontaires de l'homme ». La définition est donc ici considérée plus comme incomplète que comme fautive⁴⁰.

Néanmoins, malgré la répercussion qu'elle a sur la définition globale des quasi-contrats, la théorie qui retient la loi comme fondement des quasi-contrats présente deux avantages indéniables: d'une part, elle confère à la notion de quasi-contrat une force coercitive effective⁴¹. Par ailleurs, elle permet de cantonner la notion à ce que la loi définit. Autrement dit, la seule expression de la loi permet de définir les quasi-contrats, sans que ne soit permise une autre vision que celle défendue par elle⁴². Les seuls quasi-contrats nommés par la loi sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie (bien que cette vision reste à nuancer, notamment avec le rendu de l'arrêt Patureau-Mirand en 1892).

L'approche historique de la notion quasi-contractuelle démontre que l'émergence de celle-ci ne peut être considérée comme évidente, aussi bien pour elle-même que pour ce qui concerne son fondement. Or, si l'on s'intéresse à la période contemporaine, on voit que cette évidence n'est pas plus établie puisque la catégorie quasi-contractuelle ne se retrouve pas dans tous les pays européens.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ Emmanuel TERRIER, « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *art. cit.*

⁴² *Ibidem*

Partie II - L'appréhension contemporaine de la notion quasi-contractuelle

D'une part, il sera exclusivement question du droit français, étant donné que c'est le seul qui a consacré la notion quasi-contractuelle (Chapitre 1). D'autre part, l'on s'intéressera au cas des autres pays européens, afin de mettre en lumière leur décalage avec l'appréhension française de la notion quasi-contractuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Les quasi-contrats en droit français: une notion unitaire?

La question de l'unité de la catégorie quasi-contractuelle en droit français passe d'abord par le fait que le Code civil n'a pas repris la totalité des quasi-contrats romains (Section 1). Néanmoins, certains quasi-contrats ont une origine jurisprudentielle et c'est bien là que cette unité peut être remise en cause. Tous les quasi-contrats qu'à fait émerger la jurisprudence n'obéissent pas à cette logique unitaire (Section 2).

Section 1: La consécration quasi-contractuelle dans le Code civil ou la réduction de la conception romaine

Tout d'abord, on peut dire que le fait que le Code civil qualifie le paiement de l'indu et la gestion d'affaires de quasi-contrats implique qu'il y a bien une catégorie quasi-contractuelle en droit français. En effet, comment retenir l'existence d'une telle catégorie si aucun vocable commun n'est retenu pour l'ensemble de ces cas?

Comme dit précédemment, le Code civil a consacré les quasi-contrats en leur accordant des dispositions spécifiques. Néanmoins, les quasi-contrats qui sont applicables en droit français ne sont pas l'exact reflet de ceux qui étaient en vigueur à Rome.

En droit romain, la catégorie quasi-contractuelle était composée des cas suivants: la tutelle, la gestion d'affaires, le paiement de l'indu (faisant partie des cas de l'enrichissement injuste), la délivrance d'un legs en vertu d'un testament. À cette liste, Justinien a rajouté l'indivision. Cinq cas pouvaient donc constituer des quasi-contrats à Rome. Or, l'on voit bien qu'en droit français, la catégorie quasi-contractuelle n'est pas constituée de cas aussi divers. Seulement deux d'entre eux ont été retenus par le Code civil de 1804, à savoir la gestion d'affaires et le paiement de l'indu. Les trois autres ne

sont plus considérés comme entrant dans la catégorie quasi-contractuelle, ce qui peut paraître étonnant en ce qui concerne l'enrichissement injuste. En effet, le paiement de l'indu relevait quand même de ce dernier et l'on aurait donc légitimement pu s'attendre ce que l'enrichissement injuste soit, à ce titre, considéré comme un quasi-contrat.

L'on peut donc se demander ce qui justifiait une telle réduction. Si l'on s'intéresse à la définition donnée par l'article 1371 ancien du Code civil, l'on voit que celui-ci qualifie les quasi-contrats de « faits purement volontaires ». Rien qu'avec cet élément de définition, le rejet de certaines composantes de la catégorie quasi-contractuelle à Rome est justifié. En effet, la tutelle ou l'indivision ne sont pas des faits purement volontaires⁴³. C'est pareil pour la délivrance d'un legs. On ne peut pas nier que ces trois cas sont porteurs d'un caractère contraignant, ce qui entre en contradiction directe avec le terme « purement volontaires ». Dès lors, le fait que seulement deux quasi-contrats sur cinq soient retenus est légitimé (sauf en ce qui concerne l'enrichissement injuste). C'est donc là la différence majeure avec le droit romain. Dans le cadre de ce dernier, aucune définition n'était donnée des quasi-contrats, ou, s'il y en avait une, elle n'était que négative: la définition disait ce que les quasi-contrats ne sont pas, c'est-à-dire une source d'obligation contractuelle ou délictuelle⁴⁴. Dès lors, tout ce qui n'entrait pas dans la catégorie contractuelle, en l'occurrence, entrait dans la catégorie quasi-contractuelle, ce qui en faisait une catégorie disparate, du fait de l'absence de définition. En revanche, si une définition est donnée (comme en droit français), cela implique que la catégorie quasi-contractuelle soit constituée en vertu de critères plus sélectifs. Cette définition reflète donc une vision unitaire de ce qui fait quasi-contrat en droit français, à savoir des faits licites et volontaires. Donc, l'article 1371 confirme l'existence d'une catégorie quasi-contractuelle et permet d'en donner une vision unitaire.

Par ailleurs, on peut ajouter une autre différence avec le droit romain: pour ce dernier, les quasi-contrats étaient fondés sur une idée d'équité alors que dans le cadre du droit français, les quasi-contrats sont considérés comme exclusivement fondés sur la loi.

⁴³ Jean-Philippe LÉVY André CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.* p. 840

⁴⁴ Emmanuelle CHEVREAU Yves MAUSEN Claire BOUGLÉ, *op. cit.*, p. 25

Si le fait que le Code civil ait réduit les éléments qui constituaient la catégorie quasi-contractuelle en droit romain ce qui prouve la poursuite d'un but unitaire, la jurisprudence a, elle aussi, créé des quasi-contrats qui ne répondent pas tous à cette vocation unitaire.

Section 2: La diversité des quasi-contrats créés par la jurisprudence

D'une part, l'enrichissement sans cause a été consacré et, dans ce cas, on ne peut pas dire que la logique unitaire soit abandonnée (§1). D'autre part, les loteries publicitaires ont aussi été reconnues en tant que quasi-contrats, ce qui, cette fois-ci, remet sérieusement en cause l'unité de la catégorie, jusque-là atteinte (§2).

§1: L'enrichissement sans cause: la confirmation d'une conception unitaire des quasi-contrats

Si l'on prend en compte le Code civil de 1804, les seuls quasi-contrats ayant été consacrés sont le paiement de l'indu et la gestion d'affaires. Pourtant, ce ne sont pas les deux seuls et uniques quasi-contrats à trouver une application effective en droit français, puisqu'il y a aussi l'enrichissement sans cause. Dès lors, cela signifie que certains quasi-contrats, et notamment ce dernier, ne trouvent pas leur fondement dans la loi, du moins, dans la vision juridique antérieure à l'ordonnance de 2016 et son nouvel article 1300.

La jurisprudence dans les années 1850, a commencé par rejeter catégoriquement l'enrichissement sans cause comme source d'obligations, notamment dans un arrêt du 12 mars 1850. Or, cette position radicale résulte directement du fait que, dans le Code civil antérieur à 2016, la théorie de l'enrichissement sans cause ne comportait aucun texte susceptible de se prévaloir d'une portée générale. C'est donc à dire que le principe de l'enrichissement sans cause n'était pas totalement exclu de la législation française mais le Code a procédé de « façon empirique⁴⁵ ». Il n'a prévu que certains cas particuliers d'enrichissement sans cause, sans énoncer de principe général. D'où le fait

⁴⁵ Henri CAPITANT François TERRÉ Yves LEQUETTE François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 Obligations Contrats spéciaux sûretés*, 13^e édition Paris, Dalloz (coll. *Grands arrêts*), 2015, p. 522

que l'application de ce principe en dehors des cas expressément prévus par le législateur était rendue impossible. Encore que certains auteurs, tel qu'Aubry et Rau, ont mis en relief l'idée selon laquelle ces différents cas particuliers étaient en fait des applications particulières d'un principe général sous-jacent:

« L'action *de in rem verso* doit être admise d'une façon générale comme sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichie au détriment 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 ou d'un quasi-délit⁴⁶ ».

À titre d'exemple de cette application ponctuelle, de l'enrichissement sans cause, l'on peut citer l'article 555 du Code civil, relatif à la construction sur le terrain d'autrui. Cet article permet la réalisation d'un compromis: de par la théorie de l'accession, le propriétaire du terrain devient également propriétaire des constructions. Dès lors, il s'enrichit. Toutefois, on ne peut pas ignorer l'appauvrissement du constructeur qui a édifié pour autrui. Ainsi donc, le propriétaire devra indemniser le constructeur. Au vu de la ponctualité de l'application de ce principe, il ne semble pas possible de considérer ces dispositions comme des « applications non limitatives d'un principe général d'après lequel tout enrichissement sans cause légitime serait la source d'une créance de l'appauvri contre l'enrichi⁴⁷ ».

Ainsi donc, au vu de ces considérations, la solution jurisprudentielle de 1850 semble être justifiée. Toutefois, cette justification ne se vérifie qu'au vu de ce que dit expressément la loi. La Cour de cassation adopte ici une vision strictement et directement issue de la loi, ce qui permet de soulever le problème suivant: outre ce que dit la loi (ce qu'elle définit comme des situations donnant lieu à enrichissement sans cause ou ce qu'elle exclut du champ d'application de celui-ci), les autres situations ne pouvaient pas être appréhendées par la jurisprudence étant donné que cette dernière se rattache à ce que le législateur prévoit expressément. Or, ne pourrait-on pas dire qu'il y a certains cas où il est justifié de mettre fin à une situation injuste, sans pour autant que la loi ne le prévoie?

⁴⁶ Cités par Philippe MALAURIE Laurent AYNÈS Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 614

⁴⁷ Henri CAPITANT François TERRÉ Yves LEQUETTE François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile...*, *op. cit.*, p. 522

La jurisprudence a ensuite adopté une position plus souple, notamment avec un arrêt du 17 mars 1857. Dans cette affaire, un précepteur, après accord avec la mère, avait pris en charge l'éducation d'un enfant. Or, il s'est avéré que la mère était insolvable mais que l'enfant, ayant recueilli une succession, ne l'était pas. Puisque l'enfant avait bénéficié des cours dispensés par le précepteur, l'enrichissement ne pouvait pas être nié. Ainsi, pour permettre à l'appauvri de recouvrer ses frais, la chambre des requêtes s'est fondée sur la gestion d'affaires. Cette position de la Cour de cassation a été maintenue par la suite, l'enrichissement sans cause étant même qualifié de « gestion d'affaires anormale »⁴⁸. Si l'on ne peut pas nier l'infléchissement de la position adoptée par la Cour en 1850, celle-ci reste quand-même attachée à la loi puisqu'elle se rattache à un quasi-contrat expressément prévu par cette dernière. L'enrichissement sans cause est bien consacré, ce qui tranche donc radicalement avec le rejet pur et simple de l'enrichissement sans cause comme source d'obligations, mais il ne l'est que sous l'égide de la gestion d'affaires. La reconnaissance de l'enrichissement sans cause n'est donc pas totale puisqu'il lui manque quand même une pleine autonomie.

Cette autonomie finit par être trouvée avec un arrêt du 15 juin 1892, qui a détaché l'enrichissement sans cause des fondements qui étaient jusqu'alors les siens: « attendu que [l'action *de in rem verso*] dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementé par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; [...] ». L'autonomie de la théorie de l'enrichissement sans cause est donc ici pleinement acquise, puisque celle-ci ne repose plus que sur l'idée d'équité.

De plus, la Cour de cassation, non contente d'avoir consacré un nouveau quasi-contrat (puisque c'est bien de cela qu'il s'agit), lui a donné un champ d'application très large. En effet, elle énonce le principe suivant: « qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ».

La consécration de cette pleine autonomie n'est pas sans poser de problèmes. En effet, d'une part, l'équité est quand même une notion très floue, ce qui a pour conséquence de rendre également floue l'application de la théorie de l'enrichissement sans cause. Face à

⁴⁸ Philippe MALAURIE Laurent AYNÈS Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, op. cit., p. 614

une unique situation, tel juge peut considérer que l'équité n'est pas respectée alors que tel autre peut soutenir l'inverse⁴⁹. D'autre part, à vouloir donner un trop grand champ d'application à la théorie de l'enrichissement sans cause, la Cour de cassation risquait d'en faire un mécanisme applicable à toutes les transactions. Selon Jacques Flour, l'enrichissement sans cause, tel que consacré par la décision du 15 juin 1892, était une « machine à faire sauter le droit⁵⁰ ». Pour contrer ce risque d'application trop large, la Cour de cassation, dans un arrêt Ville de Bagnères-de-Bigorre du 2 mars 1915, a grandement réduit le champ d'application de l'action *de in rem verso*: « attendu que l'action *de in rem verso* ne doit être admise que dans les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est du, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit [...] ». Avec cette décision de 1915, la subsidiarité de l'action *de in rem verso* est consacrée, ce que le droit romain n'a, au demeurant, jamais admis. Traduit en des termes pratiques, ce principe posé par la Cour de cassation signifie la chose suivante: l'action *de in rem verso* ne pourra pas être utilisée par l'appauvri lorsque celui-ci a une autre action de disponible contre l'enrichi. La seule existence d'un autre recours suffit à fermer la possibilité de se prévaloir de l'enrichissement sans cause.

Ainsi, si la portée de l'arrêt de 1892 a été largement réduite par les décisions postérieures, son idée principale a bel et bien perduré puisque l'enrichissement sans cause n'a, depuis 1892, jamais cessé d'être considéré comme un quasi-contrat à part entière.

La consécration de ce quasi-contrat rapproche l'idée quasi-contractuelle française de la conception qu'en avait le droit romain. Cela se traduit par le fait que l'enrichissement sans cause est fondé sur une idée d'équité, prohibant elle-même un enrichissement au détriment d'autrui. Cela rejoint donc directement le principe édicté par Pomponius, d'autant plus que celui-ci concernait avant tout l'enrichissement injuste romain.

⁴⁹ Henri CAPITANT François TERRÉ Yves LEQUETTE François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile...*, *op. cit.*, p. 524

⁵⁰ Cité par Philippe MALAURIE Laurent AYNÈS Phillipe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 614

Par ailleurs, si on peut dire que la consécration par la jurisprudence de l'enrichissement sans cause ne remet pas en cause la conception unitaire qu'a le droit français des quasi-contrats, c'est parce que cette dernière retient la notion d'enrichissement injuste. À la différence de la doctrine classique, pour la doctrine contemporaine française, comme par exemple Julie Klein, les quasi-contrats en droit français recouvrent cette notion d'enrichissement injuste. Dominique Fenouillet défend la même idée: le critère spécifique aux quasi-contrats est celui du « transfert indu de valeur⁵¹ ». L'enrichissement sans cause est un fait volontaire et licite, ce qui fait que même si la doctrine n'avait pas changé de vision, sa reconnaissance n'aurait pas remis en cause la conception unitaire du quasi-contrat. Mais, par rapport à la vision contemporaine, on peut également difficilement détacher l'idée d'un enrichissement sans cause de celle d'un transfert indu de valeur, puisque l'équité est quand même le fondement sur lequel il repose. Donc, le basculement de la conception classique du quasi-contrat vers une vision plus récente de celui-ci, continue d'englober la totalité des quasi-contrats reconnus en droit français (aussi bien par le biais de la loi que par celui de la jurisprudence).

De ce fait, bien que la gestion d'affaires et le paiement de l'indu d'un côté et l'enrichissement sans cause de l'autre n'aient pas le même fondement (la loi pour les premiers et l'équité pour le deuxième), il n'en demeure pas moins que l'ensemble quasi-contractuel qu'ils forment véhicule une conception unitaire.

La catégorie quasi-contractuelle est restée stable, du moins jusqu'à ce que la Cour de cassation ne découvre avec l'article 1371 du Code civil des « possibilités que lui avaient déjà fournies, dans un tout autre domaine, l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code⁵² », ce qui n'est pas sans poser de problèmes.

§2: Les loteries publicitaires: un élargissement détourné de la catégorie quasi-contractuelle

⁵¹ Dominique FENOUILLET, « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrats, condition », *Revue des contrats*, n°4, 1^{er} octobre 2006, p. 1115

⁵² Martin OUDIN, « Un droit européen... pour quel contrat? Recherche sur les frontières du contrat en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 59, n°3, 2007, p. 495

La catégorie quasi-contractuelle en droit français a connu deux extensions majeures: la première est illustrée par la consécration de l'enrichissement sans cause en tant que quasi-contrat; la deuxième concerne les loteries publicitaires. La loterie publicitaire désigne le cas dans lequel un individu se voit annoncer un gain alors qu'il ne l'a pas véritablement obtenu. Un arrêt de la chambre mixte du 6 septembre 2002 est venu reconnaître le fait que les organisateurs d'une loterie publicitaire se voient obligés de payer la somme en question. Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation a eu à connaître du cas des loteries publicitaires. En revanche, c'est bien la première fois qu'elle les envisage sous l'angle des quasi-contrats. Avant cette décision, plusieurs fondements étaient retenus pour ces loteries publicitaires (A). Toutefois, ce n'est pas parce que l'arrêt de la chambre mixte permet de se trouver en face d'un fondement unique que le recours aux quasi-contrats n'est pas problématique (B). En revanche, l'on pourrait peut-être penser que le droit français a abandonné la loterie publicitaire comme quasi-contrat, avec la réforme de 2016 (C).

A- La « “foire aux qualifications”⁵³ »

Cette solution de la chambre mixte présente un avantage certain, à savoir celui de sortir du « dilemme⁵⁴ » orchestré par le choix entre responsabilité délictuelle (arrêt du 3 mars 1988) et responsabilité contractuelle.

En ce qui concerne la première, elle était justifiée par le fait que l'émetteur du document publicitaire commet une faute en créant une déception, à savoir celle d'avoir illusoirement cru à un gain. Or, ce fondement pose quand même un problème: que faire de la certitude et de l'existence effective du préjudice? En effet, il est traditionnellement admis que dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle, il faille satisfaire à trois conditions: il faut un dommage subi par la victime, un fait générateur imputable au fautif et un lien de causalité entre ces deux éléments. Or, dans le cas des loteries publicitaires, comment conclure à l'existence effective du préjudice? En effet, il est

⁵³ Henri CAPITANT François TERRÉ Yves LEQUETTE François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile...*, *op. cit.*, p. 536

⁵⁴ Dimitri HOUTCIEFF, « Loteries publicitaires: les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *Petites affiches*, n°213, 24 octobre 2002, p. 16

évident que le destinataire n'a rien gagné, mais il est aussi évident qu'il n'a rien perdu non plus⁵⁵. Cette idée est affirmée par plusieurs auteurs:

« [...] il est manifeste que la Cour de cassation a voulu faire un exemple en appliquant l'article 1382 du Code civil dans une hypothèse où l'existence d'un préjudice effectif était largement discutable⁵⁶ »

Dès lors, on est face à des préjudices (si tant est que l'on puisse les qualifier comme tels) qui sont difficiles à évaluer, ce qui déteint directement sur la réparation allouée. Cette dernière ne correspond alors pas au montant du lot promis⁵⁷. Si préjudice il y a, celui-ci n'est que moral et donc, l'indemnisation ne pourra qu'être inférieure à la valeur promise⁵⁸.

Dès lors, en ce qui concerne les loteries publicitaires, l'absence de préjudice effectivement subi par le destinataire n'est pas un frein à l'application de l'article 1382 ancien du Code civil. En effet, si la solution contraire avait été retenue, la conclusion aurait été celle de l'impunité de la pratique, pourtant contestable, de la société émettrice. Il n'en demeure par moins que la difficulté occasionnée par l'application de la responsabilité délictuelle est bel et bien présente. Ce qui explique donc que d'autres arrêts aient préféré se fonder sur l'inexécution contractuelle (comme par exemple un arrêt du 12 juin 2001 de la première chambre civile). Or, cette qualification n'est pas non plus sans poser de difficultés. En effet, si l'on parle d'inexécution contractuelle, cela suppose avant tout l'existence d'un contrat. Or, pour qu'un contrat soit valablement conclu, il faut une rencontre des volontés des parties. Appliquée au cas des loteries publicitaires, cette notion fait défaut, eu égard notamment à l'ambiguïté de la rédaction de ces documents publicitaires:

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Georges VIRASSAMY, Cass. civ. 2^e, 3 mars 1988 - Commentaires, *La Semaine Juridique Édition générale*, n°38, 20 septembre 1989, II 21313

⁵⁷ Henri CAPITANT François TERRÉ Yves LEQUETTE François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile...*, *op. cit.*, p. 538

⁵⁸ Geneviève VINEY, « La relance du "quasi-contrat", à propos des loteries publicitaires », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°47, 21 novembre 2002, p. 1687

« [...] à supposer que les documents publicitaires puissent être qualifiés d'offre contractuelle, leur rédaction ambiguë rend souvent périlleuse la caractérisation de volontés certaines et réciproques⁵⁹ ».

Au vu de l'inadéquation du fondement de l'inexécution contractuelle, notamment quant à l'absence de rencontre des volontés, les arrêts de la Cour de cassation se sont fondés sur l'engagement unilatéral. Celui-ci ne suppose en effet aucun accord entre les parties, puisque sa définition le désigne comme le « nom parfois donné soit à l'acte juridique unilatéral par lequel une personne manifeste la volonté de s'obliger envers une autre, soit à l'obligation qui en résulte pour son auteur, au moins dans le système juridique qui admet qu'un individu puisse, par une manifestation de sa seule volonté, se rendre débiteur d'une personne (de la part de laquelle on ne constate ni ne suppose aucune acceptation expresse ou tacite)⁶⁰ ». Néanmoins, le problème rencontré ici, avec l'engagement unilatéral, était pareil à celui qui concernait l'inexécution contractuelle. En effet, si la jurisprudence prend en compte l'engagement unilatéral, cela signifie qu'elle ne va se concentrer que sur la volonté de l'organisateur de la loterie. Or, la volonté de ce dernier de payer effectivement les sommes promises est très discutable, voire « fantomatique⁶¹ ». Aussi bien l'inexécution contractuelle que l'engagement unilatéral prennent en compte la volonté de l'organisateur de la loterie de remettre un lot au destinataire du message, et c'est bien là que tout le problème réside, puisque cette volonté n'est pas vérifiée du côté de l'organisateur⁶².

En revanche, certains auteurs distinguent entre vision « individualiste et libérale⁶³ » du contrat et vision « plus sociale, qui s'induit d'une conception objective du contrat⁶⁴ ». Si on retient la première, on prend en compte la volonté interne, afin de mesurer

⁵⁹ Dimitri HOUTCIEFF, « Loteries publicitaires: les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *art. cit.*

⁶⁰ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 397

⁶¹ Dimitri HOUTCIEFF, « Loteries publicitaires: les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *art. cit.*

⁶² Henri CAPITANT François TERRÉ Yves LEQUETTE François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile...*, *op. cit.*, p. 536

⁶³ Denis MAZEAUD, « Loteries publicitaires: la fluidité des frontières entre le contrat et le délit... », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1316

⁶⁴ *Ibidem*

l'engagement contractuel. En revanche, dans le cadre de la seconde, c'est la volonté déclarée qui prévaut, peu important alors la volonté interne de l'intéressé. Dès lors, si l'on admet sans hésitation la prévalence de la volonté déclarée, on admet qu'elle s'est bel et bien manifestée. Dans ce cas, il n'y a plus qu'à avoir recours au juge, qui décidera par interprétation des documents si cette volonté constitue ou non une offre⁶⁵. En somme, la qualification contractuelle de l'engagement de la société dépend directement de la rédaction des documents publicitaires. Si ces derniers sont interprétés de telle sorte qu'ils sont dépourvus de toute équivoque, le juge pourra affirmer l'existence d'une offre de contracter (et donc retenir la responsabilité contractuelle)⁶⁶. Par contre, si les documents sont porteurs d'un caractère équivoque, il y a, dans ce cas, un doute sur la volonté manifestée de l'entreprise organisatrice, ce qui a pour conséquence de déclencher l'application de la responsabilité délictuelle⁶⁷. Le recours à la responsabilité contractuelle ne serait donc pas à rejeter totalement, ni d'ailleurs la responsabilité délictuelle, puisque celle-ci joue dans le cas où la rédaction du document laisse place à une ambiguïté.

B- Le recours problématique à la notion quasi-contractuelle

Avec l'arrêt de chambre mixte du 6 septembre 2002, la Cour de cassation vient faire entrer la loterie publicitaire dans le champ du quasi-contrat: « alors que l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire [donc par ce quasi-contrat] à le délivrer ». Pour dissiper tout doute concernant le lien qu'elle fait entre quasi-contrat et loterie publicitaire, la Cour de cassation prend bien soin de rendre sa décision au visa de l'article 1371 du Code civil. À l'instar de ce qui a été fait dans le cadre de l'enrichissement sans cause, pour lequel la Cour de cassation a toujours rendu ses arrêts au visa de cet article, la nature quasi-contractuelle de la loterie publicitaire est

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ *Ibidem*

⁶⁷ *Ibidem*

ici officialisée. Cette décision a d'ailleurs été confirmée par un arrêt du 13 juin 2006, qui reprend l'attendu mot pour mot ainsi que le visa, énoncés dans l'arrêt de 2002.

D'après certains auteurs, la solution aurait du recevoir un accueil favorable:

« [l]a solution a des avantages pratiques: la sévérité de la sanction peut conduire à une plus grande loyauté des professionnels qui, pour doper la consommation, organisent des loteries trop souvent illusoires: la protection des consommateurs abusés est réelle. Elle a, en outre, de quoi enchanter la doctrine en ressuscitant "le" quasi-contrat. Elle ne convainc pourtant pas⁶⁸ ».

La question revient donc à se demander pourquoi la solution rendue par la Cour de cassation a été critiquée. Or, la principale raison tient dans l'explication suivante: cette solution est un détournement de la notion de quasi-contrats. En effet, il y a ici un critère spécifique aux quasi-contrats qui fait défaut: le « transfert indu de valeur⁶⁹ ». D'autres auteurs retiennent la même analyse, comme Julie Klein, qui fait valoir que la Cour de cassation opère une rupture avec les quasi-contrats traditionnellement admis en droit français. Et ce point de rupture est justement marqué par l'absence de la base commune à tous les quasi-contrats, à savoir la notion d'enrichissement injuste. Ainsi, si l'extension de la notion de quasi-contrat au domaine de l'enrichissement sans cause n'a eu aucun impact sur le concept en lui-même, l'extension aux loteries publicitaires risque, elle, d'en avoir un. La notion de quasi-contrat serait alors dénaturée, non seulement parce que le socle commun traditionnel fait défaut, mais également parce qu'ici, c'est un fait illicite qui déclenche le recours aux quasi-contrats (ces derniers étant d'ordinaire fondés sur un fait licite). Dès lors, la référence aux quasi-contrats est inopportune, les deux éléments ayant concouru à leur cohésion étant abandonnés.

Tout d'abord, le transfert de patrimoine est ici totalement illusoire étant donné qu'il ne repose sur rien d'autre que sur l'espérance du prospect. Si on veut dire les choses plus clairement: il n'y a aucun transfert de patrimoine. Donc, comment pourrait-il y avoir transfert de valeur, de surcroît indu?

Pour certains auteurs, il semble néanmoins qu'il y ait un véritable appauvrissement du bénéficiaire. Celui-ci ne serait pas seulement psychologique mais aussi matériel. Or la justification qui est donnée à la matérialité de cet appauvrissement est la suivante: « il

⁶⁸ Dominique FENOUILLET, « Les loteries publicitaires », *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} décembre 2003, p. 80

⁶⁹ Dominique FENOUILLET, « Loteries publicitaires, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions », *Revue des contrats*, n°4, 1^{er} octobre 2006, p. 1115

s'agit d'une promesse de gain venant accroître virtuellement le patrimoine du bénéficiaire⁷⁰ ». Ce raisonnement paraît très discutable. En effet, les termes « matériel » et « virtuel » sont de parfaits antonymes. Appliqués au cas de la loterie publicitaire, on peut se demander comment un appauvrissement matériel peut être considéré comme la conséquence d'un enrichissement virtuel. Autrement dit, on affirme que le bénéficiaire de la promesse est appauvri matériellement parce qu'il n'a été enrichi que virtuellement. L'on pourrait opposer que l'appauvrissement ne peut être matériel que si l'enrichissement l'est aussi. Sauf que si l'on est en face d'un enrichissement matériel, il n'y a pas de loterie publicitaire, puisque la caractéristique de cette dernière est l'absence de transfert de valeur.

Ensuite, en ce qui concerne le fait que le quasi-contrat créé par la jurisprudence de 2002 ne repose pas sur un fait licite, cela témoigne d'un regain plutôt inopportun de cette catégorie. En effet, le caractère illicite du comportement de l'organisateur de la loterie n'est en rien nié. Puisque le comportement sanctionné est ici illicite, où situer la frontière entre quasi-contrats d'un côté et délits et quasi-délits de l'autre? Non seulement, la position adoptée par la Cour de cassation perturbe la cohésion de la notion de quasi-contrat, mais elle en perturbe également les frontières.

Ainsi donc, de par cette solution, on peut en tirer la conclusion selon laquelle il y a bien une cohérence concernant les critères de ce qui fait quasi-contrat, et donc une vision unitaire de la catégorie quasi-contractuelle en France. En effet, si la solution rendue par la chambre mixte en 2002 perturbe tant, c'est bien parce que l'on avait admis que des éléments constants se retrouvaient dans chaque quasi-contrat, qu'il soit consacré par la loi ou par la jurisprudence. La question posée et qui revient à se demander si la loterie publicitaire a bien sa place dans la catégorie quasi-contractuelle « n'a de sens que si on admet, avec une partie de la doctrine, que la catégorie des "quasi-contrats" possède une certaine cohérence interne, qu'elle n'est pas qu'une simple collection de situations disparates ne présentant en commun que leur hétérogénéité par rapport aux autres sources d'obligations que sont le contrat, le délit le quasi-délit et la loi⁷¹ ». Ce n'est

⁷⁰ <http://aurelien.aucher.net/?p=129> [consulté le 3 mars 2017]

⁷¹ Geneviève VINEY, « La relance du "quasi-contrat", à propos des loteries publicitaires », *art. cit.*

donc pas pour rien que la doctrine estime que l'extension du champ du quasi-contrat a fait perdre à la notion sa cohérence.

En même temps que la survenance de la décision de la chambre mixte, on serait donc revenu à la démarche romaine, qui était de faire de la notion de quasi-contrat un moyen d'accueillir des éléments épars et dont il résulte un éclatement notionnel.

C- Le possible abandon de la loterie publicitaire comme quasi-contrat avec la réforme de 2016

La réforme du droit des obligations, issu de l'ordonnance du 10 février 2016⁷², permet de mettre fin à ces considérations. En effet, l'article 1300 nouveau du Code civil, en son alinéa 2 dispose la chose suivante: « les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié ». La réforme est donc venue donner une assise légale à un quasi-contrat qui n'avait, auparavant, qu'une autorité jurisprudentielle. Pourtant, l'enrichissement injustifié (ancien enrichissement sans cause)⁷³ n'est pas le seul quasi-contrat à avoir été créé par la jurisprudence, si l'on tient compte des arrêts de la chambre mixte du 6 septembre 2002. Or, le nouveau Code civil ne mentionne à aucun moment la loterie publicitaire pour la rattacher à l'idée de quasi-contrat. Peut-on alors considérer qu'elle a été abandonnée? Elle ne rentrerait plus dans le champ d'application quasi-contractuel.

Cette interrogation est loin d'être anodine puisque de la réponse à cette question dépend la conception que le droit français se fait des quasi-contrats: catégorie faite d'éléments disparates ou concept présentant un socle unitaire. Sans vouloir sur-interpréter la volonté du législateur, il semblerait quand même que le nouvel article 1300 témoigne de l'abandon de la loterie publicitaire en tant que quasi-contrat. Des deux quasi-contrats jurisprudentiels, seulement l'un d'entre eux a eu droit à une consécration légale. Si le

⁷² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁷³ Si la dénomination « d'enrichissement sans cause » a été abandonnée au profit de celle « d'enrichissement injustifié », c'est parce que la réforme du droit des obligations de 2016 a supprimé la notion de cause. Le changement terminologique n'est porteur d'aucune conséquence sur le fond.

législateur avait voulu réserver le même sort aux loteries publicitaires, rien ne l'empêchait de le faire.

Ce potentiel abandon peut être vu comme bénéfique. En effet, cela contribue à projeter une image cohérente de la catégorie quasi-contractuelle et donc, une image unitaire.

En droit français, il y a bien une catégorie quasi-contractuelle puisque le paiement de l'indu, la gestion d'affaires et l'enrichissement sans cause sont qualifiés de quasi-contrats. C'est donc parce que l'on a cette catégorie quasi-contractuelle en droit français que la question de son unité peut se poser. Or, celle-ci ne se retrouve qu'en droit français. Dans les autres pays européens, aucune référence à cette catégorie n'est faite. En effet, dans les autres systèmes juridiques, les éléments de la catégorie quasi-contractuelle romaine sont repris mais ils ne sont pas qualifiés de quasi-contrats, ce qui discrédite la reconnaissance d'une catégorie quasi-contractuelle.

Chapitre 2 - La perception de la notion quasi-contractuelle dans les autres pays européens

Le fait que cette notion quasi-contractuelle soit inexistante dans les autres pays européens contribue à l'isolement de la France quant à la consécration de la catégorie quasi-contractuelle en tant que telle (Section 1). Par ailleurs, cette tendance globale de rejet de la catégorie quasi-contractuelle n'est pas sans déteindre sur le droit européen, qui semble, lui aussi, délaisser le concept même de quasi-contrat (Section 2).

Section 1: L'isolement de la France quant à la consécration du quasi-contrat

En droit anglais, la notion de quasi-contrat n'a pas été de tous temps ignorée mais elle est aujourd'hui absorbée par l'enrichissement injuste (§1). Quant aux droits allemand et italien, ils reprennent le contenu de la catégorie quasi-contractuelle romaine, mais sans l'accompagner du terme qui en constitue le contenant (§§ 2 et 3).

§1: Le droit anglais: l'assimilation du quasi-contrat à l'enrichissement sans cause

En droit anglais, le droit des obligations est traditionnellement divisé entre obligations contractuelles et obligations délictuelles (A). D'où le fait que le quasi-contrat n'ait émergé que progressivement (B), pour, cependant, finir absorbé par l'*unjust enrichment* (C).

A- La traditionnelle division entre actions fondées sur le contrat et actions fondées sur le délit

Traditionnellement, le droit des obligations anglais est divisé de la façon suivante: d'un côté, il y a une obligation volontaire qui naît d'une convention. De l'autre, il y a l'obligation involontaire qui engage la responsabilité civile. D'où le fait que le droit

anglais ne reconnaisse que deux catégories d'actions (celles fondées sur le contrat et celles fondées sur le délit)⁷⁴.

Une influence romaine s'est faite sentir en droit anglais, notamment avec Henry of Bracton au XIII^e siècle. Celui-ci a en effet adopté la classification quadripartite romaine des sources d'obligations⁷⁵. Cette influence a ensuite été réduite avec l'influence de *writs*. Les *writs* étaient des moyens par lesquels le plaideur demandait à une juridiction royale la possibilité d'être jugée par elle. Or, il n'y avait qu'un nombre limité de cas qui permettaient d'obtenir un *writ*. Le droit anglais peut donc être décrit comme un droit procédural, à l'instar du droit romain. Dans l'un comme dans l'autre, c'est l'action qui donne le droit mais ce n'est pas le droit qui donne l'action. L'importance donnée aux *writs* rejoint la dimension traditionnelle du droit anglais entre obligations contractuelles et délictuelles, avec le *writ of trespass* et le *writ of assumpsit*. Le premier permet l'indemnisation du préjudice en cas d'atteinte aux personnes, aux biens ou à la propriété immobilière. Il est donc proche de la responsabilité délictuelle.

En revanche, en matière contractuelle, les *writs* ne permettaient d'obtenir une sanction en cas d'inexécution des contrats que dans des cas extrêmement limités. La première action possible, admise dès le XIII^e siècle, était le *writ of covenant*. La deuxième action est caractérisée par le *writ of debt*. Son efficacité était limitée dans la mesure où elle concernait le rendu d'une somme d'argent prêtée au défendeur. Une action s'est progressivement développée dès le XIV^e siècle et cette action est le *writ of assumpsit*. Cette action a d'abord sanctionné les conséquences d'un acte dommageable puis elle a fini par sanctionner toute inexécution d'une promesse contractuelle pour laquelle avait été fournie une contrepartie⁷⁶. La réelle consécration de l'action d'*assumpsit* date de 1602, avec l'arrêt *Slade v Morley*. Dans cette décision, la jurisprudence anglaise a admis que le demandeur, qui réclamait le paiement du prix dans le cadre d'une vente, utilise

⁷⁴ René-Marie RAMPELBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Paris, LGDJ (coll. *Systèmes*), 2005, p. 41

⁷⁵ Alvin W. L. SEE, « *An introduction to the law of unjust enrichment* », *Malayan Law Journal*, 5, 2013, p. 6

⁷⁶ Rémy CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, 2^e édition Paris, LGDJ (coll. *Systèmes*), 2016, p. 24

l'action d'*assumpsit*, comme alternative à l'action de *debt*. Par là même, cette décision permet d'étendre le *writ* d'*assumpsit* à tout engagement contractuel.

À partir du moment où l'*assumpsit* s'est transformé en un recours général pour ce qui concerne la matière contractuelle, le droit anglais a limité cette effectivité en décidant de ne pas l'admettre pour la violation de tout type de promesse⁷⁷. Les promesses exclues du champ d'application de cette notion étaient essentiellement les promesses à titre gratuit. Celles-ci n'étaient donc pas sanctionnées.

B- La progressive émergence de la notion quasi-contractuelle

Ce n'est pas parce que les *writs* ont connu une montée en puissance en droit anglais que la notion « *quasi ex contractu* » romaine est oubliée. En effet, les cours anglaises ont ensuite étendu l'action d'*assumpsit* à des cas qui concernaient le domaine non-contractuel. Pour justifier cette extension, Lord Mansfield a dit la chose suivante, dans le cadre de l'affaire *Moses v Macferlan*:

« *if the defendant be under an obligation, from the ties of natural justice to refund; the law implies a debt, and gives this action, founded in the equity of the plaintiff's case, as it were upon a contract ("quasi ex contractu" as the Roman law expresses it)* ».

Ici, la référence romaine a pour but de donner une dimension contractuelle à tel ou tel cas en cause, ce qui justifiait alors pleinement l'extension de l'*indebitatus assumpsit*. Normalement, l'*indebitatus assumpsit* s'applique dans des cas où le défendeur doit au demandeur une certaine somme et a promis à ce dernier de la lui repayer. Néanmoins, étendre l'*assumpsit* à des cas non-contractuels, dans lesquels aucune promesse de paiement n'a été faite, implique que cette dernière est considérée comme implicite. C'est là que le recours à l'idée « *quasi ex contractu* » est nécessaire: il permet de donner une apparence contractuelle au cas en cause (comme s'il y avait contrat), ce qui justifie alors pleinement l'élargissement du champ d'application de l'*assumpsit*, sans pour autant que la nature contractuelle de l'action soit affirmée.

Alors que Lord Mansfield faisait valoir que certains cas donnent lieu à des obligations comme s'il y avait contrat, d'autres estiment que ces cas sont bien des contrats en eux-

⁷⁷ Basil S. MARKESINIS, « La notion de considération dans la common law: vieux problèmes; nouvelles théories », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 35, n°4, 1983, p. 736

mêmes. Les cours anglaises emploient en effet le terme « *quasi-contract* » et l'assimilent à un contrat implicite, et donc à un contrat. C'est aussi avec William Blackstone, professeur à l'université d'Oxford, que le quasi-contrat devient un contrat implicite⁷⁸, au XVIII^e siècle.

Ce maintien de la théorie du contrat implicite est visible dans l'arrêt *Sinclair v Brougham* de 1914. Celui-ci dit que la *common law* reconnaît seulement deux catégories d'obligations, à savoir les contractuelles et les délictuelles. Dès lors, les quasi-contrats sont perçus comme se rattachant à la catégorie contractuelle. La question qui se pose est donc de savoir pourquoi les partisans de la théorie du contrat implicite rejettent le fondement proposé par Lord Mansfield? La réponse pourrait être la suivante: les juges sont réticents à se tourner vers la théorie de Lord Mansfield, fondée sur des notions telles que l'équité ou encore la justice naturelle, du fait que ces notions sont trop abstraites⁷⁹.

Cette réticence face à des concepts abstraits a contribué à l'élévation de la théorie du contrat implicite, bannissant par là même toute idée d'équité de la notion de quasi-contrat. L'idée que le droit anglais se fait du quasi-contrat est en totale opposition avec les idées défendues en Amérique. Par exemple, Ames dit la chose suivante:

« *the equitable principle which lies at the foundation of the great bulk of quasi-contracts, namely, that one person shall not unjustly enrich himself at the expense of another, has established itself very gradually in the Common Law*⁸⁰ ».

Alors même que le terme de quasi-contrat est employé, ces auteurs ne le rattachent pas fatalement à l'idée d'un contrat. Cette affirmation rejoint donc directement celle de Pomponius. Ames, et d'autres auteurs, fondent donc le quasi-contrat non pas sur le concept concret qu'est le contrat mais bien plutôt sur le principe d'équité selon lequel personne ne doit s'enrichir au détriment d'autrui. C'est donc bien l'enrichissement injuste qui est à la base du quasi-contrat. Reste qu'en droit anglais, cette notion ne trouve pas vraiment de partisans.

⁷⁸ Eric DESCHEEMAER, « Peter Birks. *Unjust enrichment* », *art. cit.*, p. 719

⁷⁹ Alvin W. L. SEE, « *An introduction to the law of unjust enrichment* », *art. cit.*, pp. 11-12

⁸⁰ James Barr AMES, « *The history of assumpsit. II. Implied Assumpsit* », *Harvard Law Review*, Volume 2, n°2, 15 mai 1888, p. 66

C- L'absorption progressive du quasi-contrat par l'*unjust enrichment*

La théorie du contrat implicite en Angleterre connaît une remise en question progressive. C'est avec l'arrêt *Fibrosa* de 1943 que le rejet de la théorie du contrat implicite est le plus clair. Lord Wright prend position sur les déclarations de Lord Mansfield et détache ainsi le quasi-contrat de l'idée de contrat. Dès lors, puisque les deux notions sont distinguées, l'on voit mal comment le quasi-contrat pourrait continuer à se fonder sur l'idée de contrat implicite. L'on en revient donc à l'idée romaine de quasi-contrat: ce ne sont pas des contrats et, de ce fait, ils constituent une catégorie distincte du contrat comme du délit. La tripartition de Gaius est ici retrouvée. Lord Wright ajoute l'idée que le quasi-contrat est fondé sur l'enrichissement injuste, ce dernier venant donc remplacer le contrat implicite en tant que fondement des quasi-contrats. Le fait d'employer le terme « *quasi-contracts* » n'implique donc pas nécessairement que cette forme d'obligations soit considérée comme un contrat. On bascule donc d'une analogie entre quasi-contrats et contrats à une admission d'un fondement abstrait qu'implique l'enrichissement injuste. L'idée défendue par Ames est donc ici rejointe. Et cela aboutit à un début d'absorption du quasi-contrat par l'enrichissement injuste, étant donné que ce dernier est le seul fondement du premier.

C'est avec l'arrêt *Lipkin Gorman v Karpnale Ltd*, rendu par la Chambre des Lords en 1991, que le principe de l'enrichissement injuste a réellement trouvé une assise ferme en droit anglais. Cet arrêt permet à la Chambre des Lords de consacrer l'*unjust enrichment* comme une source d'obligations⁸¹ en reconnaissant une action pour restitution fondée sur l'*unjust enrichment*. C'est ainsi avec l'arrêt *Lipkin Gorman v Karpnale* que ce droit est réellement introduit dans le droit anglais. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on parle de droit de l'enrichissement injustifié comme d'un « droit moderne⁸² ».

L'arrêt en question consacre bien l'enrichissement injuste mais il ne consacre pas le quasi-contrat. Ce qui amène à se poser la question de l'utilité de celui-ci en droit anglais. Il a connu un début d'introduction pour justifier l'extension de l'*indebitatus assumpsit* à des cas non-contractuels et il a ensuite été assimilé à un contrat implicite.

⁸¹ Ciara KENNEFICK, « La faute de l'appauvri: comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié », *Revue des contrats*, n°4, 1^{er} décembre 2015, p. 961

⁸² *Ibidem*

Mais, dans le droit anglais actuel, il n'y a plus ni *assumpsit*, ni théorie du contrat implicite. Puisque l'enrichissement injuste a pris le pas sur le contrat implicite, il est possible d'en déduire que les cas appréhendés par les quasi-contrats, en tant que contrats implicites, ont fini par tomber sous l'application de l'enrichissement injuste.

Le quasi-contrat a donc bien été consacré comme une source d'obligations en droit anglais, mais il l'a été indirectement à travers le principe de l'enrichissement injuste. En droit allemand, le quasi-contrat ne connaît en revanche aucune consécration quelle qu'elle soit, ou alors, dans un sens bien différent du nôtre.

§2: Le droit allemand: le rejet strict de la notion de quasi-contrat

A- L'absence de référence faite à la notion quasi-contractuelle usuelle

Il est intéressant de noter que le droit allemand rejette en tout et pour tout la notion de quasi-contrat. Pourtant, le droit allemand est fortement empreint de droit romain. Il n'y a qu'à voir l'influence qu'y exercent les *condictiones*. Dans sa section 812 alinéa 1, le BGB dispose qu'une personne qui obtient quelque chose du fait de la prestation d'une autre personne ou à ses dépens sans base légale est tenu d'un devoir de restitution envers elle. Ce devoir existe aussi si la base légale vient à disparaître ensuite ou si le résultat escompté n'arrive pas. L'on ne peut donc pas nier l'influence directe des *condictiones* romaines, notamment la *condictio causa data causa non secuta*, qui sanctionnait l'enrichissement pour une cause qui a disparu.

L'on peut donc tirer deux conséquences de cette disposition du BGB: d'une part, l'influence du droit romain en droit allemand; d'autre part, le fait que ce dernier n'ignore pas les quasi-contrats consacrés en droit romain. En effet, le droit allemand connaît les mécanismes de la gestion d'affaires et de l'enrichissement sans cause, respectivement consacrés aux §677 et suivants et 812 et suivants. Cependant, à aucun moment le BGB ne qualifie ces mécanismes de quasi-contrats, mais il ne nie pas pour autant que ce sont des sources d'obligations autonomes. Ce refus d'utiliser le terme de « quasi-contrats » a d'ailleurs persisté avec la réforme du droit des obligations allemand. Cette loi de modernisation du droit des obligations du 26 novembre 2001 (entrée en

vigueur le 1^{er} janvier 2002) a bouleversé de nombreux mécanismes du droit allemand mais ce n'est pas pour autant que la notion de quasi-contrat y a été consacrée.

Le droit allemand continue donc de raisonner en prenant en compte les différentes composantes de la catégorie quasi-contractuelle romaine, mais sans les regrouper sous le terme de « quasi-contrats ».

B- La spécificité de la notion quasi-contractuelle en droit allemand

Une référence est faite à l'idée quasi-contractuelle en droit allemand. Mais elle ne se rapproche en rien de l'idée retenue en droit français.

Le BGB contenait, au départ, plusieurs dispositions relatives à l'indemnisation du préjudice pré-contractuel, sans pour autant que le droit allemand ne contienne un principe général de responsabilité applicable à la période pré-contractuelle. Les rédacteurs du BGB de 1900 ne l'ont consacré que de manière ponctuelle. La jurisprudence a donc identifié l'existence d'un rapport pré-contractuel d'obligation entre les parties à une négociation contractuelle. Ce rapport est parfois qualifié de « quasi-contractuel »⁸³. La jurisprudence applique à ces cas de figure les règles de la responsabilité contractuelle. Ces solutions ont été consacrées légalement avec la loi de modernisation des obligations de 2001.

La règlementation de la responsabilité civile dans la phase pré-contractuelle fait l'objet d'une disposition générale dans le Code civil allemand à l'article 311⁸⁴. Le nouvel article 311 alinéa 2 précise qu'un rapport contractuel peut naître avant même la conclusion du contrat⁸⁵. Cet article 311 est d'ailleurs intitulé « Rapports d'obligations contractuels et quasi-contractuels⁸⁶ » et prévoit que ces rapports d'obligations peuvent

⁸³ Martin OUDIN, « Un droit européen... pour quel contrat? Recherche sur les frontières du contrat en droit comparé », *art. cit.*, p. 483

⁸⁴ Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase pré-contractuelle. Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, Thèse Université de Strasbourg (dir. Dominique D'AMBRA), 2015, p. 133

⁸⁵ Winfried-Thomas SCHNEIDER, « La codification d'institutions prétoriennes », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 54, n°4, 2002, p. 961

⁸⁶ Traduction proposée par Winfried-Thomas SCHNEIDER, « La codification d'institutions prétoriennes », *art. cit.*, p. 967

naître non seulement d'un contrat en tant que tel, mais également d'un simple engagement de pourparlers.

Toutefois, la qualification quasi-contractuelle importe-t-elle réellement? La réponse pourrait être négative puisque bien que la notion quasi-contractuelle soit bel et bien présente, elle ne présente pas d'utilité particulière. Ces rapports quasi-contractuels sont soumis au même régime que les obligations contractuelles, notamment en ce qui concerne leur violation: la sanction se fait par le biais de l'application des §280 et suivants du BGB. Il y a donc une « absorption par le contrat de la période pré-contractuelle⁸⁷ ».

La tendance du droit allemand se retrouve en droit italien, qui reprend également les quasi-contrats romains, mais sans jamais les qualifier comme tels.

§3: Le droit italien: la réutilisation du contenu de la notion et le rejet du contenant

Le droit italien n'a pas toujours rejeté la notion quasi-contractuelle en elle-même. Dans le *Codice civile* de 1865, l'article 1097 était rédigé comme suit:

« le obbligazioni derivano dalla legge, da contratto o quasi-contratto, da delitto o quasi-delitto ».

L'article en question reprend donc la quadripartition déjà adoptée par le droit français⁸⁸ avec l'article 1370 ancien du Code civil.

Le Code civil italien de 1865, avec son article 1140, définissait les quasi-contrats de la manière suivante:

« fatti volontari e leciti da cui risulta un'obbligazione verso un terzo o un'obbligazione reciproca fra le parti ».

La gestion d'affaires et le paiement de l'indu étaient notamment considérés comme des quasi-contrats, à l'image de ce qui est retenu en droit français.

Selon certains auteurs, comme Barbara Cortese, les dispositions de l'article 1140 du Code civil italien de 1865 et de l'article 1371 du Code civil français de 1804 présentent

⁸⁷ Martin OUDIN, « Un droit européen... pour quel contrat? Recherche sur les frontières du contrat en droit comparé », *art. cit.*, p. 483

⁸⁸ Barbara CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato...*, *op. cit.*, p. 22

une lacune: elles ne permettent pas d'identifier des critères généraux, ni même spéciaux pour rattacher les quasi-contrats aux différents cas d'espèces auxquels la norme renvoie puisqu'elles ne font que se concentrer sur la licéité et le caractère volontaire de l'acte⁸⁹. Par ailleurs, le même auteur soulève le problème suivant dans les dispositions de l'ancien Code civil italien: l'article 1140 se révèle erroné puisque l'obligation issue du fait licite et volontaire demeure dans l'orbite des parties au rapport né de l'acte et ne concerne plus les tiers à ce rapport. Cela est aussi bien démontré dans la gestion d'affaires que dans le paiement de l'indu⁹⁰. De même, ce caractère erroné se retrouve avec la qualification du quasi-contrat comme un fait « licite ». Si le fait est bel et bien licite à l'origine, la situation produite demeure, quant à elle, illégitime car elle entraîne une altération de « l'égalité naturelle⁹¹ » dans le patrimoine des parties. Dès lors, la nature juridique du quasi-contrat serait soit proche du contrat du fait de la volonté que suppose l'acte en question, soit proche d'un acte illicite, quant à l'illégitimité des effets produits⁹².

Rien d'étonnant donc à ce que peu de temps après la codification italienne, ait été discutée la suppression du quasi-contrat. En cela, le législateur italien s'est fortement inspiré du système juridique allemand qui avait pris parti pour le rejet de la catégorie quasi-contractuelle. Cette influence du droit allemand est perceptible avec le projet du Code franco-italien des obligations. Les membres de la commission italienne sont en effet parvenus à l'abandon de la catégorie quasi-contractuelle, en ne reprenant pas la formule de l'article 1097 du Code civil italien de 1865⁹³. Ce projet élaboré en 1927 a finalement été rejeté aussi bien en France qu'en Italie⁹⁴. Néanmoins, ce n'est pas pour ça que le refus de la catégorie quasi-contractuelle a été abandonnée. On la retrouve en effet dans les travaux préparatoires du Code italien de 1942, Code qui contient un article 1173, débarrassé de toute référence à l'idée quasi-contractuelle.

⁸⁹ *Idem*, p. 23

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ *Ibidem*

⁹² *Idem*, p. 23-24

⁹³ *Idem*, p. 31

⁹⁴ <http://www.cliothemis.com/Le-Projet-de-Code-des-obligations#nh71> [consulté le 15 mars 2017]

Avec son article 1173, le *Codice civile* de 1942 consacre, lui, la tripartition des obligations de Gaius⁹⁵, renouant avec les toutes premières origines quasi-contractuelles romaines et délaissant les apports du droit romain postérieur:

« [l]e obbligazioni derivano da contratto [...], da fatto illecito [...] o da ogni atto o fatto idoneo a produrle (Cod. civ. 433 e seguenti, 651, 2028 e seguenti, 2041 e seguenti) in conformità dell'ordinamento giuridico ».

Dans les actes ou faits qui peuvent donner naissance à une obligation, l'article 1173 renvoie aux textes qui concernent respectivement la gestion d'affaires (article 2028), le paiement de l'indu (article 2033) et l'enrichissement sans cause (article 2041). Le droit des obligations italien reprend donc les mêmes quasi-contrats que le droit français, à une différence près: il ne les appelle pas « quasi-contrats ». La gestion d'affaires ou encore le paiement de l'indu ne sont donc plus considérés comme des quasi-contrats, ce qui disqualifie totalement la notion quasi-contractuelle et donc la catégorie quasi-contractuelle. Le droit italien reprend donc le contenu de la notion des quasi-contrats romains, sans se référer au terme qui en constitue le contenant. À l'instar du droit allemand, ces notions constituent donc une source d'obligations autonome, sans pour autant que leur soit attribué un vocable commun. Or, sans cette appellation commune, on voit mal comment un texte qui leur serait commun soit possible. Et cela est parfaitement illustré par le *Codice civile* puisqu'il ne dispose d'aucun article pareil à notre ancien article 1371 (nouvellement 1300). La gestion d'affaires, le paiement de l'indu et l'enrichissement sans cause ne sont même pas regroupés dans une seule et même section du Code⁹⁶.

Finalement, la France est le seul pays européen à avoir consacré la notion même de quasi-contrat. Si l'on dépasse le simple contenu de la notion, que les droits des pays européens reprennent à bon compte pour la plupart d'entre eux, le vocable de quasi-contrat, qui est apparu en droit romain tardif, ne se retrouve dans aucun autre Code et ce, que le pays en question soit de tradition romaniste ou non. Dès lors, ne risque-t-on

⁹⁵ Emmanuelle CHEVREAU Yves MAUSEN Claire BOUGLÉ, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 25

⁹⁶ Martin OUDIN, « Un droit européen... pour quel contrat? Recherche sur les frontières du contrat en droit comparé », art. cit., p. 497

pas de retrouver ce mouvement de rejet de la notion quasi-contractuelle à l'échelle européenne?

Section 2: Une situation confirmée par le droit européen

Le mouvement de rejet de la catégorie quasi-contractuelle au niveau de la majorité des droits internes déteindrait sur l'attitude du droit européen quant à cette notion. Il y aurait donc continuité entre les droits nationaux et le droit communautaire et si continuité il y a, une disqualification pure et simple de la catégorie quasi-contractuelle est à prévoir.

Cette tendance du droit européen qui tend à l'abandon de la notion quasi-contractuelle est surtout visible avec les projets communautaires. Parmi ces derniers, une tendance se détache: le quasi-contrat en tant que tel n'y trouve pas de place.

L'on peut commencer par s'intéresser aux Principes Unidroit. Avant ces derniers, seule était en vigueur la *lex mercatoria*. Or, l'imprécision de celle-ci a été constatée, constat doublé du fait qu'il y avait très peu de conventions internationales en matière contractuelle⁹⁷. C'est la raison pour laquelle l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) a, en 1971, décidé de créer un recueil international de principes relatifs au droit des contrats, plus particulièrement ceux du commerce international. Une première version des principes a été publiée en 1994. Ces principes ont été revus en 2004, afin de prendre en compte le commerce électronique, et augmentés en 2010⁹⁸. Si l'on peut définir les principes Unidroit comme un réel « code des contrats⁹⁹ », aucune référence n'est faite aux quasi-contrats: pas une fois le terme de « quasi-contrats » n'est cité, ce qui reflète l'attitude des pays européens, exception faite de la France. Néanmoins, il n'y a pas que le terme qui est banni. Les mécanismes le sont tout autant. Il n'y a qu'une référence faite à l'enrichissement sans cause, concernant l'article 10.11 sur la restitution. Et encore, cette unique référence n'est faite qu'en vue d'exclure le jeu du mécanisme de l'enrichissement sans cause. En effet, il est dit que la seule expiration d'un délai de prescription ne peut être utilisée comme fondement d'une

⁹⁷ Mathias LATINA, « Contrats (Généralités) », *Répertoire de droit civil*, décembre 2013 (actualisation juin 2016)

⁹⁸ Principes d'UNIDROIT, relatifs aux contrats du commerce international, 2010

⁹⁹ Mathias LATINA, « Contrats (Généralités) » *art. cit.*

action en restitution en vertu des principes de l'enrichissement sans cause. Autrement dit, un débiteur qui paye une dette prescrite ne peut pas agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour obtenir la restitution de la somme versée hors délai au créancier.

Concernant les principes du droit européen des contrats (également appelés Principes Lando), ils entendent refléter le noyau commun des solutions aux problèmes du droit du contrat¹⁰⁰. Dès lors, il n'est pas surprenant que plusieurs règles du droit français des contrats soient reprises dans ces principes Lando, étant donné qu'elles font partie de ce noyau commun¹⁰¹. Dans ces travaux non plus, il n'y a aucune trace de la catégorie quasi-contractuelle. Le droit français des contrats n'a pas exercé d'influence sur l'introduction de la catégorie quasi-contractuelle dans les travaux de la Commission Lando, confirmant encore une fois la position isolée de la France quant à la consécration de la notion quasi-contractuelle. S'il est vrai que la France est dans une position singulière quant à la consécration de la notion quasi-contractuelle, elle n'est, face aux Principes Lando, pas dans une position marginale puisque ces derniers ne consacrent pas non plus les mécanismes quasi-contractuels en eux-mêmes.

Des principes Lando et Unidroit, l'on peut déduire la chose suivante: l'influence du droit romain est inexistante. En effet, le rejet de la catégorie quasi-contractuelle en elle-même n'implique pas nécessairement le rejet de son contenu, comme on peut le voir en droit allemand ou encore en droit italien. Pourtant, les deux séries de principes ne font aucune référence, ni au contenu, ni au contenant, remettant par là même en cause l'influence du droit romain sur les droits actuels.

Néanmoins, l'absence de la notion quasi-contractuelle, comme de ce qui en constitue le contenu, dans les projets Lando et Unidroit peut être justifiée par le fait que ces derniers sont cantonnés au strict droit des contrats, beaucoup plus restreint que le droit des obligations. Dans la mesure où les quasi-contrats ne sont pas des contrats, l'on voit mal ce qu'ils viendraient faire dans des textes consacrés aux contrats purs.

¹⁰⁰ Ole LANDO Hugh BEALE, *Principles of European contract law. Parts I and II*, Kluwer Law International, 2000, p. XXII

¹⁰¹ Bertrand FAGES, « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2386

Les quasi-contrats semblent toutefois connaître un retour en grâce avec le Projet de cadre commun de référence (*Draft Common Frame of Reference*)¹⁰², préparé par le *Study Group on a European Code* et par l'*Acquis Group*. Le premier avait été créé en vue de la mise en place d'un Code civil européen tandis que le second avait pour but de dégager des principes communs du droit des contrats. Ce projet de cadre commun de référence a été proposé à la Commission européenne dans une version définitive en 2009. Il dépasse toutefois le strict cadre contractuel, comme en témoigne sa construction: si le livre II est notamment consacré aux contrats, le livre VI concerne quant à lui la responsabilité non-contractuelle. Cette référence à la responsabilité délictuelle n'est pas la seule preuve du détachement du Projet de cadre commun de référence de la seule catégorie contractuelle. En effet, le livre V touche à « l'intervention bénévole dans les affaires d'un tiers » (ce qui n'est pas sans rappeler la gestion d'affaires) et le livre VII témoigne de l'enrichissement injustifié. Ainsi donc, dans la mesure où ce projet européen ne concerne pas seulement les contrats en tant que tels, les composantes de la catégorie quasi-contractuelle y sont prises en compte. Dans la mesure où l'on est en face d'un « Code civil européen qui tairait son nom¹⁰³ », son objet est bien plus large que celui des projets qui ne concernent que le contrat.

Cependant, cette prise en compte de ce qui constitue la catégorie quasi-contractuelle doit être distingué de la catégorie quasi-contractuelle en elle-même. Si le projet de cadre commun de référence parle de la gestion d'affaires ou d'enrichissement injustifié, il ne fait pas état des quasi-contrats. Pas une fois le terme de quasi-contrat n'est employé. L'emploi de ce qui constitue des quasi-contrats en droit romain est donc maintenu mais toute référence à la notion en tant que telle est supprimée. Cette suppression n'est surprenante que pour la France puisque, comme dit précédemment, à part elle, les autres droits positifs des pays européens bannissent également la référence à la catégorie quasi-contractuelle. Ce mouvement confirme donc la position isolée de la France quant

¹⁰² *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference)*, 2009

¹⁰³ Pascal PICHONNAZ, « Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée » in *Les principes en droit européen*, (dir. Samantha BESSON - Pascal PICHONNAZ), Zurich, Schulthess Verlag, 2011, p. 285

à la notion quasi-contractuelle, position d'ailleurs réitérée avec la réforme du droit des obligations de 2016 et le nouvel article 1300 du Code civil.

Pourtant, cette consécration des éléments qui constituaient la catégorie quasi-contractuelle en droit romain semble être relative. Cette relativité émerge suite à la décision de la Commission européenne de charger un groupe d'experts devant apprécier la faisabilité de ce projet. Or, ce groupe devait, plus spécifiquement, aider la Commission à sélectionner les parties du *Draft Common Frame of Reference* qui concernent le contrat¹⁰⁴. Le groupe d'experts a finalement publié son étude de faisabilité en 2011, débarrassée de toute considération hors cadre contractuel. L'idée même « d'un code civil plus large semble avoir été abandonnée¹⁰⁵ ». Le retour en grâce du contenu des quasi-contrats romains dans le droit européen n'est donc pas si évident que ça, ce qui prouve un délaissement non seulement du concept même de quasi-contrat mais également de ses éléments.

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ *Idem*, p. 286

Ainsi, la catégorie quasi-contractuelle est aujourd'hui réellement consacrée par le droit français seulement. Celui-ci ne semble pas vouloir se détacher des quasi-contrats, et cet attachement est démontré une nouvelle fois, puisque le vocable en question a été repris avec la réforme du droit des contrats de 2016, en dépit de l'attitude des pays voisins.

Ces derniers, s'ils ne reprennent pas l'appellation de « quasi-contrats », ne délaissent pas pour autant les composantes de celle-ci, comme le démontrent surtout le droit italien et le droit allemand. L'usage quasi-contractuel romain survit donc, bien que la notion en elle-même soit encline à disparaître.

Cette tendance d'abandon quasi-contractuel est beaucoup plus prononcée en droit européen, surtout avec les différents projets qui ne reprennent ni l'appellation de quasi-contrat, ni les composantes de celui-ci. L'héritage romain est donc bien plus remis en cause en droit européen que dans les différents droits internes, pour lesquels il n'est pas question de faire disparaître le contenu de la catégorie quasi-contractuelle, que celle-ci soit ou non conservée.

I- Sources

A- Sources normatives

1. Droit romain

Corpus juris civilis

2. Droit interne

Code civil

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Civ. 12 mars 1850 (DP. 50. 1. 86, S. 50. 1. 257)

Req. 17 mars 1857 (DP 57. 1. 150)

Req. 15 juin 1892, Julien Patureau c/ Boudier (DP 92. 1. 596, S. 93. 1. 281, note Labbé)

Civ. 2 mars 1915 (DP. 1920. 1. 102)

Civ. 2^e, 3 mars 1988 Bull. civ. 1988 II, n°57, n°86-17.550 (D. 1988. SC 405, obs. Jean-Luc AUBERT, JCP 1989. II. 21313, obs. Georges VIRASSAMY)

Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, Bull. civ. I, n°174, n°98-20.309 (D. 2002, somm. 1316, obs. Denis MAZEAUD, JCP 2002. I, obs. Geneviève VINEY, JCP 2002. II. 10104, note Dimitri HOUTCIEFF)

Ch. Mixte 6 septembre 2002, M. Bossa et UFC c/ Maison française de distribution, Bull. 2002 Mixte, n°4, n°98-22.981 (D. 2002. 2963, note Denis MAZEAUD, JCP, 2002. II. 10173, note Stephan REIFEGERSTE, CCC 2002, n°151, note Guy RAYMOND et Chron. n°22, par Philippe LE TOURNEAU et Alexandre ZABALZA, *Deffrénois* 2002. 1608, obs. Éric SAVAUX, LPA 24 oct. 2002, p. 16, note Dimitri HOUTCIEFF, RTD civ. 2003. 94, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES)

3. Droits étrangers

Droit anglais

Court of Exchequer Chamber, Slade v Morley, 1602, 4 Co Rep. 92b

Court of King's Bench, Moses v Macferlan, 1760, 97 Eng. Rep. 676 (2 Burr. 1005)

House of Lords, Sinclair v Brougham, 1914, AC 398

House of Lords, Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd, 1943, AC 32

House of Lords, Lipkin Gorman v Karpnale Ltd, 1991, 2 AC 548

Droit italien

Codice civile (1865 et 1942)

Droit allemand

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) (1900)

4. Droit de l'Union européenne

Principles of European contract law. Parts I and II, 2000

Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (Draft Common Frame of Reference), 2009

Principes d'UNIDROIT, relatifs aux contrats du commerce international, 2010

B- Sources non normatives

Droit de l'Union européenne

A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European Contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback (étude de faisabilité), 2011

II- Bibliographie

A- Instruments de travail

1. Dictionnaires

CORNU (Gérard), *Vocabulaire juridique*, 9^e édition Paris, Puf, 2011, 1095 pages

2. Ouvrages généraux

CABRILLAC (Rémy), *Droit européen comparé des contrats*, 2^e édition Paris, LGDJ (coll. Systèmes), 2016, 191 pages

CHEVREAU (Emmanuelle) MAUSEN (Yves) BOUGLÉ (Claire), *Histoire du droit des obligations*, 2^e édition Paris, LexisNexis (coll. *Objectif Droit*), 2011, XIII pages - 310 pages

LÉVY (Jean-Philippe) CASTALDO (André), *Histoire du droit civil*, 2^e édition Paris, Dalloz (coll. *Précis Dalloz*), 2010, XIII pages - 1619 pages

MALAURIE (Philippe) AYNÈS (Laurent) STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Droit des obligations*, 8^e édition Paris, LGDJ (coll. *Droit civil*), 2016, 897 pages

ZIMMERMANN (Reinhard), *The law of obligations: Roman Foundations of the civilian tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1996, LXIV pages - 1241 pages

3. Ouvrages spécifiques

CAPITANT (Henri) TERRÉ (François) LEQUETTE (Yves) CHÉNEDÉ (François), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2 Obligations Contrats spéciaux Sûretés*, 13^e édition Paris, Dalloz (coll. *Grands arrêts*), 2015, XV pages - 892 pages

CORTESE (Barbara), *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, 2^e édition Napoli, Jovene Editore (coll. *Centro di Eccellenza in Diritto Europeo « Giovanni Pugliese »*), 2013, VII pages - 233 pages

LIBCHABER (Rémy), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, Paris, LGDJ, 2013, 450 pages

RAMPELBERG (René-Marie), *Repères romains pour le droit européen des contrats*, Paris, LGDJ (coll. *Systèmes*), 2005, 206 pages

4. Thèses

STANCU (Radu), *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase pré-contractuelle. Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, Thèse Université de Strasbourg (dir. Dominique D'AMBRA), 2015, XXI pages - 470 pages

B- Travaux spécialisés

AMES (James), « *The history of assumpsit. II. Implied Assumpsit* », *Harvard Law Review*, Volume 2, n°2, 15 mai 1888, pp. 53-69

BORGHETTI (Jean-Sébastien), « Article 1300: les quasi-contrats », *Revue des contrats*, n°3, 1^{er} septembre 2015, p. 792

CHÉNEDÉ (François), « Charles Toullier, le quasi-contrat », *Revue des contrats*, n°1, 1^{er} janvier 2011, p. 305

DESCHEEMAEKER (Éric), « Peter Birks. *Unjust Enrichment* », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 56, n°3, 2004, pp. 715-724

- FAGES (Bertrand), « Quelques évolutions contemporaines du droit français des contrats à la lumière des Principes de la Commission Lando », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 2386
- FENOUILLET (Dominique), « Loteries publicitaires, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrat, conditions », *Revue des contrats*, n°4, 1^{er} octobre 2006, p. 1115
- FENOUILLET (Dominique), « Loterie publicitaire, obligation de délivrer le gain annoncé, quasi-contrats, condition », *Revue des contrats*, n°4, 1^{er} octobre 2006, p. 1115
- HOUTCIEFF (Dimitri), « Loteries publicitaires: les promesses engagent aussi ceux qui y laissent croire », *Petites affiches*, n°213, 24 octobre 2002, p. 16
- KENNEFICK (Ciara), « La faute de l'appauvri: comparaisons anglo-françaises sur l'enrichissement injustifié », *Revue des contrats*, n°4, 1^{er} décembre 2015, p. 961
- LATINA (Mathias), « Contrats (Généralités) », *Répertoire de droit civil*, décembre 2013 (actualisation juin 2016)
- MARKESINIS (Basil S.), « La notion de considération dans la common law: vieux problèmes; nouvelles théories », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 35, n°4, 1983, pp. 735-766
- MAZEAUD (Denis), « Loteries publicitaires: la fluidité des frontières entre le contrat et le délit... », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1316
- LOUDON (Martin), « Un droit européen... pour quel contrat? Recherche sur les frontières du contrat en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 59, n°3, 2007, pp. 475-521
- PICHONNAZ (Pascal), « Les principes en droit européen des contrats: De règles communes à une compréhension partagée » in *Les principes en droit européen*, (dir. BESSON (Samantha) - PICHONNAZ (Pascal)), Zurich, Schulthess Verlag, 2011, 391 pages
- SCHNEIDER (Winfried-Thomas), « La codification d'institutions prétoriennes », *Revue internationale de droit comparé*, Volume 54, n°4, 2002, pp. 959-968
- SEE (Alvin W. L.), « An introduction to the law of unjust enrichment », *Malayan Law Journal*, 5, 2013, pp. 1-47
- TERRIER (Emmanuel), « La fiction au secours des quasi-contrats ou l'achèvement d'un débat juridique », *Recueil Dalloz*, 2004, p. 1179
- VINEY (Geneviève), « La relance du "quasi-contrat", à propos des loteries publicitaires », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n°47, 21 novembre 2002, p. 1687
- VIRASSAMY (Georges), Cass. civ. 2^e, 3 mars 1988 - Commentaires, *La Semaine Juridique Édition générale*, n°38, 20 septembre 1989, II 21313

III- Sitographie

<http://aurelien.aucher.net/?p=129> [consulté le 3 mars 2017]

<http://www.cliothemis.com/Le-Projet-de-Code-des-obligations#nh71> [consulté le 15 mars 2017]