



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit privé général

Dirigé par M. le professeur Laurent LEVENEUR

2020

***La caractérisation de l'intention
frauduleuse***

François EXPERT

Sous la direction de M. le professeur Pierre-Yves GAUTIER

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	3
Section 1 – Définition et source du correctif <i>fraus omnia corrumpit</i>	3
Section 2 – Caractérisation de l'intention frauduleuse : nécessité et difficultés	6
TITRE 1 – DÉFINITION DE L'INTENTION FRAUDULEUSE	8
CHAPITRE 1 – DÉFINITION GÉNÉRALE	8
Section 1 – Définition classique : volonté d'éluider une règle obligatoire.....	8
Section 2 – Limites de cette définition dans la jurisprudence	15
Section 3 – Proposition de définition : volonté de parvenir à un résultat illégitime	17
Chapitre 2 – DÉFINITIONS PARTICULIÈRES	19
Section 1 – Volonté d'éluider une règle obligatoire	19
Section 2 – Volonté de porter atteinte aux droits ou intérêts d'autrui.....	26
Section 3 – Simple conscience du préjudice causé.....	28
Section 4 – Autres définitions particulières	33
TITRE 2 – PREUVE DE L'INTENTION FRAUDULEUSE	35
CHAPITRE 1 – OBJET DE LA PREUVE	35
Section 1 – Preuve de l'intention frauduleuse de l'auteur de la fraude	35
Section 2 – Preuve de l'intention frauduleuse d'un éventuel complice	36
CHAPITRE 2 – CHARGE ET RISQUE DE LA PREUVE	40
Section 1 – Principe : « <i>la fraude ne se présume pas</i> »	40
Section 2 – Aménagements de la charge de la preuve	40
CHAPITRE 3 – MODES DE PREUVE : JEU DES PRÉSOMPTIONS JUDICIAIRES	46
BIBLIOGRAPHIE	61
Ouvrages généraux et manuels	61
Thèses.....	62
Mélanges	62
Articles.....	63

INTRODUCTION

***Fraus omnia corrumpit* : la fraude corrompt tout.** Cet adage, apparu sous sa forme latine dans la seconde moitié du XIX^e siècle¹ mais précédé dans la jurisprudence par la maxime selon laquelle « *la fraude fait exception à toutes les règles* »², exprime la réprobation du droit vis-à-vis de certains agissements qualifiés de « *fraudes* », qui pèchent par un excès de ruse ou de déloyauté. Érigé au rang de principe général du droit, il permet de faire exception à l'application normale des règles juridiques, lorsque cette application aurait pour effet de consolider un résultat inadmissible pour l'ordre juridique dans son ensemble. C'est en ce sens qu'il est régulièrement qualifié de « *correctif* », de « *garde-fou* »³ : refusant au fraudeur le bénéfice d'une règle de droit dont les conditions étaient pourtant réunies, le principe *fraus omnia corrumpit* constitue « *un moyen de garder le contrôle de l'application des normes juridiques en permettant d'y déroger au nom de la sauvegarde du droit tout entier* »⁴.

Il convient de définir ce correctif et de préciser sa place parmi les sources du droit (**Section 1**) avant de souligner l'importance de son élément moral, l'intention frauduleuse, et d'introduire les questionnements qui s'y attachent (**Section 2**).

Section 1 – Définition et source du correctif *fraus omnia corrumpit*

§1 – Fraude *lato sensu* et fraude *stricto sensu*

Fraude *lato sensu*. Dans une acception large qui est aussi son sens courant, le mot fraude désigne tout « *acte de mauvaise foi et de tromperie* »⁵, tout « *acte malhonnête fait dans l'intention de tromper en contrevenant à la loi ou aux règlements* »⁶. C'est en ce sens que la loi elle-même prend l'expression, lorsqu'elle réprime les fraudes fiscales, les fraudes douanières, les fraudes aux examens, les fraudes électorales. Les actes matériels ainsi incriminés sont des actes non seulement trompeurs et malhonnêtes, mais

¹ Selon H. Roland et L. Boyer (*Adages du droit français*, LexisNexis, 1999, « *Fraus omnia corrumpit* »), l'adage *fraus omnia corrumpit*, en dépit de sa formulation latine, serait apparu pour la première fois dans une note anonyme publiée au recueil Dalloz sous un arrêt de cassation daté de 1855 relatif à la transcription d'une cession immobilière : « *Attendu que la fraude fait exception à toutes les règles ; que si la transcription a été faite par suite d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, elle ne peut produire aucun effet* » (note sous Civ., 26 mars 1855, DP, 1855, 1, spéc. p. 326). Ce n'est que bien plus tard, en 1954, que l'adage est apparu sous la plume de la Cour de cassation (Civ. 2, 7 janv. 1954, Bull. civ. II, n° 2). La maxime paraît en revanche « *n'avoir jamais eu cours en droit romain* » (H. Barbier, J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale : Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit*, t. I, LGDJ, 5^e éd., 2018, n° 809) même si l'idée de fraude était déjà présente (J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957, p. 11) L'adage *fraus omnia corrumpit* a été devancé par une formule de portée générale formulée par Cujas au XVI^e siècle : « *fraus semper excepta videtur* » (« *la fraude fait toujours exception à la règle* » ; voir not. H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 809).

² La première occurrence semble se trouver dans l'arrêt Cass. req., 3 juill. 1817, S. chr. 1815-1818, I, 342 : la fraude « *fait exception à toutes les règles faites pour les cas ordinaires* ».

³ Voir par ex. P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous des excès du droit », *JCP*, 2001, I, 306.

⁴ H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 812.

⁵ É. Littré, *Dictionnaire de la langue française*.

⁶ Dictionnaire Larousse de la langue française.

surtout illicites. Aussi peuvent-ils être sanctionnés sans que le fondement de cette sanction soulève aucune difficulté.

Fraude *stricto sensu*. La notion de fraude au sens de l'adage *fraus omnia corrumpit* possède quant à elle une signification bien plus restreinte – ou au contraire plus large ? – et spécifique. Il y a fraude, en ce sens, lorsqu'une personne, faisant jouer les règles de droit les unes contre les autres⁷, parvient à un résultat illégitime par l'emploi d'un moyen en apparence irréprochable du point de vue du droit objectif. L'acte matériel réalisant une fraude, dans le sens strict de cette notion, est « régulier en soi » ou « en tout cas non sanctionné d'inefficacité »⁸ : il est parfaitement licite et ne donne lieu, *a priori*, à aucune sanction ni civile, ni pénale.

À la différence de la violation de la loi, la fraude ne suppose donc la transgression d'aucune règle de droit. Comme le souligne J. Vidal : « *Le problème de la fraude ne se pose que dans la sphère d'application du principe "Tout ce qui n'est pas défendu est permis"*. »⁹ Lorsqu'un justiciable méconnaît directement une interdiction, une prescription ou une obligation qui lui est applicable, nul n'est besoin de recourir à la théorie de la fraude : il suffit aux juges d'identifier cette violation et de la sanctionner.

Le correctif *fraus omnia corrumpit* n'a pas non plus vocation à s'appliquer en cas de simple jeu sur la qualification d'un acte juridique, ni même en cas de simulation. Lorsque le justiciable, soucieux d'éluder l'application de certaines des règles composant un régime juridique, donne à son acte une qualification inexacte, plus favorable, il suffit aux juges de restituer à cet acte sa véritable qualification¹⁰. Lorsque le même justiciable, plus audacieux, simule un acte juridique « apparent » destiné à maquiller la réalité de son opération, l'action en déclaration de simulation, ayant pour effet de rendre l'acte simulé inopposable aux tiers, suffit à sanctionner la manœuvre sans qu'aucune fraude ne doive être démontrée.

Le principe *fraus omnia corrumpit* n'a donc vocation à s'appliquer qu'à titre « subsidiaire », non pas au sens où il ne pourrait être invoqué qu'en tant que prétention « subsidiaire » dans une assignation ou les conclusions d'une partie, mais dans la mesure où, comme le souligne J. Vidal, « *le problème de la fraude ne se pose qu'en extremis, lorsqu'un résultat contraire au droit est atteint sans que soient encourues les sanctions de la violation de la règle qui l'interdit, ou du moins lorsque la mise en œuvre de ces sanctions ne permet pas d'attaquer ce résultat* »¹¹. L'action (ou l'exception) de fraude, qui tend à combler les lacunes de l'ordre juridique, n'a vocation à s'appliquer qu'en dernier ressort, lorsque ni la sanction d'une

⁷ H. Barbier, J. Ghestin : « *Il s'agit, en somme, de faire jouer les lois les unes contre les autres et ceci non pas fictivement mais en déclenchant véritablement un mécanisme apte à produire le résultat escompté ; de sorte que si on laissait fonctionner normalement les règles de droit, la ruse serait couronnée de succès.* » (op. cit., n° 812).

⁸ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020, « *Fraude* ».

⁹ J. Vidal, op. cit., p. 120.

¹⁰ C. pr. civ., art. 12, al. : « *[Le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.* » Sur cette obligation de requalification, voir not. S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, 34^e éd., 2018, n° 746 et s.

¹¹ *Ibid.* Déjà en ce sens, H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, 1927, p. 293 : la maxime est « *la dernière réserve que l'on fait donner lorsque la bataille semble sur le point d'être perdue* ».

violation de la loi, ni la requalification de l'acte litigieux, ni la déclaration de simulation ne peuvent suffire à déjouer le résultat produit par le justiciable astucieux.

§2 – Source du correctif *fraus omnia corrumpit*

Fraudes « spéciales ». De nombreuses dispositions légales, notamment dans le Code civil, constituent des applications « spéciales » de la théorie de la fraude. Parmi ces dispositions, l'article 1341-2 (ancien article 1167) du Code civil relatif à la fraude paulienne a joué un rôle central dans l'élaboration de cette théorie. L'article 778 Code civil sur le recel successoral, l'article 911 sur l'interposition de personnes dans les libéralités faites à un incapable, l'article 595 du Code de procédure civile sur le recours en révision d'un jugement surpris par fraude, en constituent autant d'illustrations supplémentaires. Lorsque le législateur prévoit expressément de telles hypothèses, les juges n'ont pas besoin de se référer à l'adage *fraus omnia corrumpit* : il leur suffit de « *se reposer pleinement et directement sur le texte lui-même* »¹².

Principe général. Dans un grand nombre de situations, toutefois, la fraude n'est pas envisagée par la loi. Soit que l'imagination des justiciables devance les prévisions du législateur, soit que celui-ci soit volontairement resté silencieux, les juges ne peuvent alors déjouer les actes frauduleux qu'en se fondant directement sur le principe *fraus omnia corrumpit*. De nombreux arrêts témoignent désormais de l'admission de ce principe en tant que véritable source du droit. Ainsi la Cour de cassation n'hésite-t-elle pas à affirmer que « *la fraude fait exception à toutes les règles* »¹³, à viser directement « *le principe fraus omnia corrumpit* »¹⁴ ou les « *principes généraux du droit en matière de fraude* »¹⁵.

Source d'un tel principe. Si l'existence d'un principe général *fraus omnia corrumpit* et son admission en tant que norme du droit positif ne semblent pouvoir être discutés, la place d'un tel principe parmi les sources du droit fait l'objet d'importantes discussions doctrinales.

Selon certains auteurs, les principes généraux constitueraient une forme de coutume *supra legem*. Telle est notamment la position d'H. Roland et L. Boyer : « *il est sûr que ce sont les théoriciens du droit qui formulent les principes et les maximes, mais ils ne font que révéler ce qui est au tréfonds de l'esprit de la collectivité* »¹⁶. L'adage *fraus omnia corrumpit* correspondrait à un rejet commun et « *coutumier* » de manœuvres apparemment licites mais en réalité contraires à l'esprit même du droit. Cette opinion prend appui sur une célèbre formule de J. Carbonnier : « *La doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes généraux. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension dans l'esprit de notre droit, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires.* »¹⁷

¹² H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, « *Fraus omnia corrumpit* ».

¹³ Req., 3 juill. 1817, S., chr. 1815-18, I, 342 ; Civ., 26 mars 1855, D. 55. 1. 326 ; Req., 8 déc. 1858, D. 59, I, 184 ; Req., 5 juill. 1885, S. 87, I, 175 ; Req. 27 nov. 1893, DP 1894, I, 342 ; Civ. 3, 12 oct. 1971, Bull. civ. III, n° 486.

¹⁴ Civ. 2, 7 janv. 1954, Bull. civ. II, n° 2 ; Com., 6 juill. 1981, Bull. civ. IV, n° 303 ; 21 janv. 1997, n° 94-19.016.

¹⁵ Civ. 1, 25 mai 1992, Bull. civ. I, n° 149.

¹⁶ H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, LexisNexis, 2003, n° 1024.

¹⁷ J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 1^{ère} éd., 1955, n° 29.

Pour d'autres auteurs, les principes généraux seraient au contraire l'illustration du pouvoir normatif des juges : ils seraient fondés sur une jurisprudence *contra legem*. Ces auteurs, à l'image de Ph. Malaurie et P. Morvan, se défient de la thèse « romantique » selon laquelle « les principes normatifs auraient un caractère transcendant, idéal et absolu »¹⁸. Ils admettent en revanche que « la jurisprudence a toujours élaboré des règles ou des principes *contra legem* dont nul ne songe à nier la valeur obligatoire »¹⁹.

Ces positions ne paraissent pas nécessairement incompatibles. Peu à peu admis par les tribunaux dans tous les domaines depuis le XIX^e siècle, le correctif *fraus omnia corrumpit*, au-delà des hypothèses de fraudes « spéciales » prévues par le législateur, puise indéniablement sa force normative dans la jurisprudence. Mais il n'en fait pas moins écho à une nécessité qui semble commune à tout système juridique : déjouer des agissements *a priori* licites mais produisant un résultat illégitime, inadmissible, mettant en cause l'autorité du droit et de la loi²⁰.

Cette sanction, selon une doctrine très largement majoritaire et confirmée par la jurisprudence, suppose que soit identifié un élément intentionnel : l'intention frauduleuse.

Section 2 – Caractérisation de l'intention frauduleuse : nécessité et difficultés

§1 – Nécessité de cette intention

Spécificité du problème de la fraude. Dans les hypothèses de violation de la loi, la transgression d'une règle obligatoire, dès lors qu'elle revêt à elle seule un caractère illicite, suffit à justifier l'application d'une sanction. Le problème de la fraude se pose au contraire lorsque l'acte litigieux présente *a priori* un caractère irréprochable.

Nécessité de déceler l'intention frauduleuse. L'acte réalisé par le fraudeur ne révélant « objectivement » et à lui seul aucun mépris du droit, la sanction d'un tel acte suppose d'identifier une volonté répréhensible. La doctrine s'accorde ainsi dans sa très grande majorité pour faire dépendre l'application du correctif *fraus omnia corrumpit* de la caractérisation d'une intention frauduleuse. Selon G. Ripert, par exemple : « L'acte juridique, quand il porte sur un objet licite, n'est pas lui-même révélateur de la fraude commise. Il faut donc chercher la fraude dans la volonté de celui qui passe l'acte »²¹. De façon similaire, selon J. Vidal, le problème de la fraude « consiste à se demander si l'emploi d'un moyen en principe correct

¹⁸ Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7^e éd., 2018, n° 403.

¹⁹ *Ibid.*, n° 402. Voir égal. en ce sens F. Chabas, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, LGDJ, *Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud*, 12^e éd., 2000, n° 110 : « Ces principes généraux sont, la plupart du temps, dégagés par la jurisprudence à la suite d'un travail d'induction : dans les solutions données par le législateur à plusieurs cas particuliers, l'interprète découvre la règle générale. »

²⁰ Selon les termes de J. Vidal : « Les tribunaux n'ont pas toléré que l'autorité du droit soit aussi impunément bafouée, que le caractère impératif de la règle juridique soit tenu en échec par la ruse, que la déloyauté soit ainsi consacrée. » (*op. cit.*, p. 120) Pour une justification morale de la théorie de la fraude, voir not. G. Ripert : « la maxime traduit une règle morale qui vient entraver l'application normale des règles juridiques » (*La Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n° 168). Voir égal. L. Josserand : « La fraude est située au confluent de la morale et du droit » (*Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Dalloz, 1928, n° 189). Pour une approche moins nettement centrée sur la morale, voir not. H. Barbier, J. Ghestin, évoquant le « caractère inadmissible » de la fraude « pour l'ordre juridique tout entier » (*op. cit.*, n° 824).

²¹ G. Ripert, *op. cit.*, n° 168.

susceptible de produire un certain résultat juridique produit encore ce résultat lorsque sa mise en œuvre a été dictée par la volonté d'éluider une règle qui prohibe précisément ce résultat », de sorte que « la répression de la fraude n'a plus d'objet si la fraude pas intentionnelle »²².

§2 – Difficultés relatives à la caractérisation de l'intention frauduleuse

De la suspicion à la caractérisation d'une fraude : définition et preuve. Si la nécessité d'établir une intention frauduleuse est affirmée par une doctrine majoritaire et exigée par la jurisprudence, la caractérisation d'une telle intention se heurte en pratique au double problème de sa définition et de sa preuve. Une fois un schéma frauduleux « *suspecté* », reste en effet à définir précisément ses éléments constitutifs afin de pouvoir en rapporter la preuve. En raison de son caractère subjectif et même « *psychologique* », l'élément intentionnel de la fraude fait naître de ce point de vue d'importantes difficultés dans la pratique contentieuse²³.

Difficultés tenant à la définition de l'intention frauduleuse. En raison de la grande diversité des schémas frauduleux, la formulation d'une définition unitaire de la fraude, *a fortiori* de son élément subjectif, peut apparaître hors de portée. La grande souplesse du correctif *fraus omnia corrumpit*, lui permettant de s'appliquer à des situations d'une extrême variété, peut même sembler contradictoire avec la formulation d'une définition unitaire. C'est pourquoi il conviendra dans un premier temps, après avoir présenté la définition classique de l'intention frauduleuse comme « *volonté d'éluider une règle obligatoire* », de questionner la pertinence de cette définition unitaire, d'identifier ses limites dans la jurisprudence et de formuler une définition alternative, moins « *rigide* », se déclinant en différentes définitions particulières (**Titre I**).

Difficultés tenant à la preuve de l'intention frauduleuse. Une fois identifiée la définition de l'intention frauduleuse dans une situation particulière, reste au plaideur à la prouver. Dès lors que le juge ne peut sonder la conscience des parties, la preuve de l'intention frauduleuse constitue en pratique un obstacle important, sinon insurmontable, à tel point que le principe *fraus omnia corrumpit* peut apparaître aux professionnels du droit, en premier lieu aux avocats, comme un fondement difficile à invoquer dans certains contentieux. Ce sont ces questions probatoires qu'il conviendra d'étudier dans un second temps (**Titre II**).

²² J. Vidal, *op. cit.*, p. 120.

²³ Nous remercions vivement M^e Marembert, M^e Ravanat et M^e Ladreit de Lacharrière d'avoir bien voulu nous apporter leur éclairage sur de nombreux aspects pratiques et contentieux de la théorie de la fraude.

TITRE 1 – DÉFINITION DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

CHAPITRE 1 – DÉFINITION GÉNÉRALE

Introduction. La très grande diversité des schémas frauduleux rend difficile la formulation d'une définition générale de la fraude et de son élément intentionnel. Selon une définition classique, retenue par une doctrine majoritaire, l'intention frauduleuse pourrait être définie comme la « *volonté d'éluder une règle obligatoire* ». Cette définition rencontre pourtant d'importantes limites dans la jurisprudence, qui peuvent conduire à lui préférer une nouvelle définition générale, à même de rendre compte de l'ensemble des hypothèses de fraude : *l'intention frauduleuse consiste dans la volonté de parvenir à un résultat illégitime*. Il convient ainsi d'envisager successivement :

- **Section 1** – Définition classique : volonté d'éluder une règle obligatoire
- **Section 2** – Limites de cette définition dans la jurisprudence
- **Section 3** – Proposition de définition : volonté de parvenir à un résultat illégitime

Section 1 – Définition classique : volonté d'éluder une règle obligatoire

§1 – Formulation doctrinale de cette définition

La théorie générale de J. Vidal. L'auteur ayant formulé la théorie générale de la fraude la plus complète, démontrant l'autonomie du principe *fraus omnia corrumpit*, opérant une synthèse de l'ensemble de la jurisprudence et des théories existantes, est probablement J. Vidal dans sa thèse parue en 1957 : *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*²⁴. Cette théorie prévaut aujourd'hui à travers la doctrine, dans toutes les branches du droit. Elle est notamment relayée par l'*Introduction générale*²⁵ du *Traité de droit civil* de J. Ghestin, qui a contribué à son succès et à sa large diffusion. En raison de cette importance doctrinale, cette théorie peut servir de point de départ à la recherche d'une définition générale de l'intention frauduleuse.

Définition et éléments constitutifs de la fraude. Selon J. Vidal, « *il y a fraude chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »²⁶. Trois éléments doivent ainsi être réunis : une règle obligatoire éludée, l'intention de se soustraire à cette règle et l'emploi à cette fin d'un moyen efficace. Ce troisième élément fait l'originalité de la fraude. Celle-ci diffère en effet de la violation de la loi ou de la simulation par le moyen employé : ni violation directe, ni apparence fictive, mais emploi d'un moyen tout à la fois réel²⁷, licite (« *efficacité juridique* ») et à même de produire le résultat escompté (« *efficacité matérielle* »)²⁸. Passant sur ce troisième élément, qui déborderait le cadre de notre

24 J. Vidal, *op. cit.*

25 H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*

26 J. Vidal, *op. cit.*, p. 208.

27 *Ibid.*, p. 183 : « *L'acte frauduleux au contraire [de l'acte simulé] est réel ; il s'étale même avec une certaine satisfaction, absolument imbu de sa correction.* »

28 *Ibid.*, p. 154.

étude, il faut nous concentrer sur le premier (l'existence d'une règle obligatoire éludée) afin d'envisager ensuite la définition de l'intention frauduleuse qui en découle.

Élément « légal » de la fraude : une règle obligatoire éludée. Selon J. Vidal, « *la fraude suppose toujours une règle juridique à laquelle le sujet de droit désire se soustraire* »²⁹. Plus précisément, « *il n'y a fraude en réalité que lorsque le sujet parvient à éluder une règle à laquelle il avait l'obligation de se conformer* »³⁰. C'est ainsi, par exemple, qu'un médecin astucieux, souhaitant recevoir une libéralité d'une patiente sur le point de décéder, peut tenter d'épouser cette dernière afin d'éluder l'incapacité de recevoir prévue par l'article 909 du Code civil en bénéficiant (frauduleusement) de l'exception posée par la jurisprudence lorsque le disposant et le gratifié se trouvent dans les liens du mariage. Plutôt que de recevoir une donation transgressant directement cette incapacité (violation de la loi) ou de la dissimuler en la faisant passer pour un acte à titre onéreux (simulation), le fraudeur se prévaut d'une exception aménagée par la jurisprudence. Tablant sur le fait que l'union ainsi contractée ne pourra pas être remise en cause, dès lors qu'elle n'était pas à proprement parler fictive et que la patiente y a bien consenti, le médecin pense échapper à cette interdiction de façon irréprochable. Il n'en reste pas moins que l'exception prétorienne, entre époux, à l'incapacité de recevoir prévue par l'article 909 du Code civil, n'est pas conçue pour qu'un médecin astucieux puisse recevoir une libéralité de sa patiente. Le médecin qui se soustrait par le mariage aux conséquences juridiques de sa situation commet donc une fraude, puisqu'il élude « *une règle à laquelle il avait l'obligation de se conformer* ».

Source de la règle éludée. De façon générale, la règle de droit éludée par le fraudeur peut être d'origine légale (à l'image de l'article 909 du Code civil) aussi bien que contractuelle. La théorie de la fraude admet ainsi que toutes les « *règles obligatoires* » puissent être fraudées, peu important la source dont elles procèdent. En ce sens, comme le soulignait déjà L. Josserand : « *La fraude n'est autre chose, en fin de compte, que la fraude à la loi, en prenant ce dernier mot dans son sens le plus compréhensif.* »³¹

Distinction entre fraude et habileté. L'une des conséquences essentielles de cette définition de la fraude comme contournement d'une règle « *à laquelle [le fraudeur] avait l'obligation de se conformer* » concerne la distinction entre la fraude et l'habileté. Selon J. Vidal, la fraude ne peut en effet être retenue que lorsque la règle contournée était « *obligatoire* »³², ce qui suppose que les conditions de fait nécessaires à son application étaient réunies. Cette clé de répartition entre la fraude et l'habileté est présentée par son auteur en des termes limpides : « *L'habileté permise consiste à manœuvrer pour ne pas tomber sous le coup d'une règle impérative. La fraude, au contraire, consiste à manœuvrer pour éluder l'exécution*

²⁹ *Ibid.*, p. 94. Voir déjà en ce sens, mais restreignant cette définition à la « *fraude à la loi* » par opposition à la fraude aux droits d'autrui (not. la fraude paulienne), G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 173 : « *Frauder la loi, c'est éluder l'application de la loi qui serait normalement applicable, parce que cette loi vient gêner les intérêts ou les volontés.* »

³⁰ J. Vidal, *Ibid.*

³¹ L. Josserand, *op. cit.*, n° 176. Voir égal. H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 817.

³² « *Sans doute toutes les règles juridiques sont obligatoires par essence, mais les individus n'ont l'obligation de les respecter que lorsque se trouvent réunies les conditions de leur application.* » (J. Vidal, *op. cit.*, p. 95)

d'une telle règle lorsque les conditions de son application sont réunies. »³³ Afin de caractériser une fraude, selon cette théorie, une recherche objective doit donc dans un premier temps démontrer qu'une règle était « *obligatoire* » eu égard aux circonstances et éléments de fait entourant les agissements du fraudeur. Le contournement de cette règle par un moyen efficace constitue l'élément matériel de la fraude. Reste enfin à caractériser l'élément subjectif de la fraude : l'intention frauduleuse.

Intention frauduleuse : volonté d'éluder une règle obligatoire. Ayant défini l'élément matériel de la fraude comme la soustraction à une règle obligatoire, la théorie générale de J. Vidal, reprise par une majorité de la doctrine, définit l'intention frauduleuse comme la volonté de produire ce résultat. L'élément intentionnel de la fraude est ainsi caractérisé lorsque le sujet, qui avait l'obligation, compte tenu des éléments objectifs de sa situation, de se conformer à une règle obligatoire, agit avec la volonté délibérée de se soustraire à cette règle³⁴.

Tout comme la notion de fraude, l'intention frauduleuse, selon J. Vidal, est une notion unitaire. Si l'auteur ne manque pas de relever que plusieurs « *conceptions de l'intention frauduleuse* »³⁵ se dégagent de la jurisprudence, il n'en considère pas moins que cette diversité peut être rassemblée sous une définition commune : « *Toutes les fraudes supposent la volonté de se soustraire à une règle obligatoire.* »³⁶

Cette définition de l'intention frauduleuse a le mérite d'être remarquablement simple et expressive. Elle trouve par ailleurs de très nombreuses illustrations dans la jurisprudence, ce qui explique et justifie son rayonnement dans la doctrine contemporaine.

§2 – Illustrations dans la jurisprudence

Variété de ces illustrations. La définition classique de l'intention frauduleuse comme volonté de se soustraire à une règle obligatoire est confirmée par une jurisprudence diverse et abondante, tant en droit international privé (i) que dans les autres matières du droit interne (ii).

i. Illustrations en droit international privé

Domaine d'élection de la fraude à la loi. L'exception de fraude trouve en droit international privé de nombreuses applications, à tel point que ce domaine a pu régulièrement être qualifié de « *domaine d'élection de la fraude à la loi* »³⁷. Un individu désirant se soustraire au domaine d'application

³³ *Ibid.* Voir déjà en ce sens G. Ripert : « *Frauder la loi n'est pas en écarter l'application par un moyen légal, c'est en éluder l'observation dans les cas où on avait le devoir de la respecter* » (*La Règle morale dans les obligations civiles, op. cit.*, n° 176). Ce critère de distinction entre la fraude et l'habileté, séduisant en raison de sa grande simplicité, est toutefois critiqué par la majeure partie de la doctrine en raison de son caractère trop peu opératoire (not. : H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 823).

³⁴ « *Envisagée du point de vue subjectif, la fraude suppose la volonté délibérée de se soustraire à une règle obligatoire* » (*Ibid.*, pp. 100 et s., not. p. 127). Peu importe, du reste, que le sujet ait eu ou non conscience du caractère illicite de ses agissements : « *La volonté de se soustraire à un impératif déterminé, l'intention d'éluder la règle, condition de la fraude, peut exister malgré la croyance du sujet en la validité de la manœuvre.* » (p. 124)

³⁵ *Ibid.*, p. 127.

³⁶ *Ibid.*, p. 131.

³⁷ Voir par ex. H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 814.

d'une loi nationale peut en effet tenter de provoquer l'application d'une loi étrangère qu'il juge plus favorable. La règle de conflit, norme intermédiaire entre la situation à régir et la applicable à cette situation, est dans ce cas manipulée par le fraudeur. Cette manipulation, « *paravent juridique* »³⁸ de la fraude, sera parfois d'autant plus efficace que le fraudeur aura obtenu l'intervention d'un juge ou d'une autorité publique étrangère. « *Cette intervention donne en effet à l'application de la loi désirée une apparence de légitimité que la seule volonté de l'individu de se placer sous son empire serait impuissante à lui conférer (...); elle procure un titre, dont l'intéressé va se prévaloir dans l'ordre international en invoquant la reconnaissance des droits acquis.* »³⁹ Le mécanisme de l'exception de fraude vise à paralyser une telle manœuvre.

Éléments constitutifs de la fraude. La mise en œuvre de l'exception de fraude dans le droit des conflits de lois suppose la réunion de deux éléments : la manipulation d'une règle de conflit (élément matériel) et l'intention frauduleuse (élément moral). La manipulation porte le plus souvent sur le critère de rattachement retenu par la règle de conflit. Elle porte plus rarement sur la qualification même de la situation. Dans les deux cas, la définition classique de l'intention frauduleuse comme volonté de se soustraire à une règle obligatoire apparaît confirmée.

Fraude par manipulation du critère de rattachement : l'arrêt *princesse de Bauffremont*⁴⁰.

Le célèbre arrêt *princesse de Bauffremont* rendu par la Cour de cassation le 18 mars 1978, considéré par une partie de la doctrine⁴¹ comme la décision fondatrice de la notion de fraude à la loi en droit international privé français, constitue une hypothèse de fraude par manipulation du critère de rattachement. En l'espèce, souhaitant contourner la prohibition française du divorce, la princesse de Bauffremont, de nationalité française et séparée de corps, avait obtenu dans un premier temps la nationalité du duché de Saxe-Altenbourg après y avoir élu domicile. Se prévalant de cette nouvelle loi nationale, elle avait obtenu la conversion de sa séparation de corps en divorce puis avait contracté un nouveau mariage à Berlin. Son premier mari avait alors intenté une action en nullité de ce remariage et de l'acte de naturalisation l'ayant rendu possible. Les juges de première instance puis d'appel ayant accueilli cette demande, la princesse s'était pourvue en cassation, arguant principalement de la validité de la naturalisation obtenue. La Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve les juges du fond d'avoir retenu la fraude⁴², faisant valoir que « *la demanderesse avait sollicité et obtenu cette nationalité nouvelle, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent (...), mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage et d'aliéner sa nouvelle nationalité aussitôt qu'elle l'aurait acquise* ». Si l'élément matériel de la fraude à la loi consiste ici dans la manipulation du critère de rattachement utilisé par la règle de conflit (en l'espèce, la nationalité), l'élément intentionnel consiste quant à lui dans la volonté d'éluder la loi française.

³⁸ B. Audit, *La fraude à la loi*, th., Paris, 1974, Dalloz, p. 4.

³⁹ B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 1^è éd., 2018, pp. 269-270.

⁴⁰ Civ., 18 mars 1878, S. 78. I. 193, note Labbé ; B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^è éd., 2006, n° 6.

⁴¹ Pour une discussion, voir not. F. Dournaux, *La notion de fraude en droit privé français*, th., Paris, 2008, p. 78.

⁴² « (...) dans ces circonstances, des actes ainsi faits en fraude de la loi française et au mépris d'engagements antérieurement contractés en France n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont »

Fraude par manipulation de la qualification : l'arrêt *Caron*⁴³. L'arrêt *Caron* rendu par la première chambre civile le 20 mars 1985 constitue une hypothèse célèbre de fraude par manipulation de la qualification de la situation envisagée par la règle de conflit. En l'espèce, M. Caron, testateur de nationalité américaine, domicilié dans les îles Vierges, avait souhaité soustraire à la succession de ses enfants (et transmettre à une tierce personne) un immeuble situé France. Selon les règles françaises de conflit de lois alors applicables, la succession immobilière était soumise à la loi française en tant que *lex rei sitae*. Le testateur ne pouvait donc *a priori* éluder l'application de la loi successorale française, à commencer par la réserve héréditaire. Souhaitant pourtant contourner cette réserve, le *de cuius* avait apporté son immeuble français à une société constituée pour l'occasion, de telle sorte que la transmission portait désormais non plus sur un immeuble mais sur des parts sociales. Cette transformation de la qualification du bien transmis devait permettre d'éluder l'application de la loi française, la succession des biens meubles étant régie par la loi du dernier domicile du défunt⁴⁴. La Cour de cassation approuve cependant les juges du fond d'avoir caractérisé l'existence d'une fraude dans cette « *manipulation consistant (...) à modifier l'élément de rattachement (...) afin d'écartier l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve* ».

Au-delà de la diversité des manipulations effectuées par le fraudeur, la définition de l'élément intentionnel de la fraude à la loi en droit international privé apparaît ainsi unitaire : elle consiste dans la volonté (exclusive) d'éluder l'application de la loi française objectivement applicable.

ii. Illustrations en droit interne

Considérable diversité des fraudes en droit interne. La notion de « *fraude à la loi* », selon Vidal, doit s'entendre selon l'acception la plus large du mot « *loi* ». La fraude peut consister à éluder une « *règle obligatoire* » d'origine légale aussi bien que contractuelle, notamment statutaire, dès lors que les contrats « *tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » (C. civ., art. 1103, ancien art. 1134). Divers exemples en droit interne peuvent ainsi illustrer la définition classique de l'intention frauduleuse.

Fraude à une clause statutaire d'agrément : l'arrêt *Barilla*⁴⁵. La volonté de contourner les règles régissant le transfert des titres d'une société fournit un premier exemple de fraude consistant à éluder une règle obligatoire d'origine statutaire. Dans l'arrêt *Barilla* rendu par la chambre commerciale le 27 juin 1989, deux fabricants français de pâtes alimentaires, le groupe *Rivoire et Carret* et le groupe *Cartier Millon Lustucru*, s'étaient réunis au sein d'une société holding composée de la famille Cartier-Millon d'une part, représentant 41% du capital, et du groupe Skali, représentant 48% du capital. À la suite d'un long contentieux, le groupe minoritaire cherchait à vendre sa participation au concurrent italien *Barilla*. Les statuts de la holding comportaient toutefois une

⁴³ Civ., 1, 20 mars 1985, n° 82-15.033, Bull. civ. I, n° 103 ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note Y. Lequette.

⁴⁴ Civ., 19 juin 1939, *Labedan* ; B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit.*, n° 6.

⁴⁵ Com., 27 juin 1989, n° 88-17.654, Bull. civ. IV, n° 209 ; *RTD civ.* 1989, p. 530, obs. J. Mestre ; *BJS* 1989, p. 815, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1990, obs. Reinhard ; *D.* 1990, p. 314, note J. Bonnard ; J. Mestre, E. Putman, D. Vidal, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995, n° 8, pp. 93 et s., comm. S. Farnocchia.

clause d'agrément par la société au cas de cession des titres à des tiers non actionnaires⁴⁶. Anticipant un refus d'agrément, les consorts Cartier-Millon avaient cédé dans un premier temps leur participation à la société *Embranchement de la Capuche*, elle-même actionnaire de la holding à hauteur de 1% et dont ils contrôlaient la quasi-totalité du capital. La qualité d'actionnaire de cette société avait permis à cette première cession d'échapper à la procédure d'agrément. Dans un second temps, les consorts Cartier-Millon avaient cédé à la société italienne *Barilla* 100% de leur participation dans la société *Embranchement de la Capuche*, qui par ce biais se trouvait titulaire de 40% du capital de la holding. Arguant d'une fraude, les actionnaires majoritaires de la holding avaient demandé et obtenu, devant les juges du fond, l'annulation de la cession litigieuse. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé par les sociétés *Barilla* et *Embranchement de la Capuche*, approuve la Cour d'appel d'avoir retenu la fraude dès lors qu'elle avait relevé que « *l'une et l'autre des parties avaient de connivence tenté d'échapper à l'obligation d'agrément figurant dans les statuts de la société holding* ». Qu'il s'agisse du fraudeur (l'actionnaire minoritaire) ou de son complice (la société *Barilla*), l'élément subjectif de la fraude est identique : la volonté d'éluder l'application de la clause d'agrément.

Fraude à l'égalité du partage : le recel successoral. L'article 778 du Code civil, qui contient l'une des hypothèses de fraudes « *spéciales* » expressément prévues par le législateur, dispose que « *l'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession ou dissimulé l'existence d'un cohéritier* » est doublement sanctionné par la déchéance de son option successorale (il est réputé acceptant pur et simple) et par la privation de ses droits sur les biens recelés. Le terme « *recel* » n'étant pas défini par la loi, il est revenu à la jurisprudence d'en préciser les éléments constitutifs. Selon la Cour de cassation, constitue un recel « *toute manœuvre dolosive, toute fraude commise sciemment et qui a pour but de rompre l'égalité du partage, quels que soient les moyens employés pour y parvenir* »⁴⁷. Selon une jurisprudence constante, l'élément intentionnel du recel successoral, qui doit nécessairement être caractérisé⁴⁸, consiste ainsi dans la volonté de porter atteinte à l'égalité du partage entre cohéritiers⁴⁹. Dans la mesure où cette égalité est prévue par le Code civil (not. C. civ., art. 744, al. 2 : « *À égalité de degré, les héritiers succèdent par égale portion et par tête* »), l'héritier qui recèle un bien ou des droits dans une succession ou dissimule l'existence d'un cohéritier a bien la volonté de se soustraire à l'application

⁴⁶ Antérieurement à l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 corrigeant une jurisprudence antérieure, les cessions de titres entre actionnaires se situaient en effet en dehors du champ ouvert par la loi aux clauses d'agrément dans les sociétés par actions (C. com., art. L. 228-23). Voir not. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^e éd., 2019, n° 1136.

⁴⁷ Civ., 15 avr. 1890 : *DP* 1890. I. 437.

⁴⁸ Aucun recel ne peut par exemple être retenu contre celui qui conserve un bien qu'il a simplement « *oublié* » avoir reçu à titre précaire du *de cuius* (voir not. Civ. 1, 27 janv. 1987, n° 85-15.336, *Bull. civ. I*, n° 36 ; *D.* 1987, p. 253, note G. Morin ; *RTD civ.* 1987, p. 578, obs. J. Patarin). Comme le souligne M. Grimaldi, « *l'erreur, même fautive, n'est pas la fraude* » (*Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017, n° 516).

⁴⁹ « *Le divertissement et le recel peuvent résulter de toute fraude ayant pour but de rompre l'égalité des partages entre cohéritiers* » (Civ., 23 août 1869 : *DP* 1869, I, 456 ; Civ., 9 juill. 1929 : *Gaz. Pal.* 1929, 2, 642). Pour une formulation plus récente, voir not. Civ. 1, 22 juin 2016, n° 15-15.880 : « *intention de provoquer en sa faveur un déséquilibre dans le partage* ».

de la loi. Que cette volonté implique par ailleurs une atteinte aux droits des cohéritiers du receleur⁵⁰ n'empêche pas de la décrire dans les termes de la définition classique de l'intention frauduleuse.

Fraude paulienne. Parmi les fraudes de droit interne, c'est surtout la fraude paulienne qui, à raison de son importance centrale dans l'élaboration de la théorie de la fraude⁵¹, a permis à J. Vidal de convaincre de la pertinence de la définition de l'intention frauduleuse comme volonté d'éluder une règle obligatoire. Prévue par l'article 1341-2 du Code civil (anc. art. 1167), l'action paulienne, tout comme l'action oblique⁵², permet au créancier d'une obligation contractuelle de contraindre le débiteur au respect de son engagement et à l'exécution de sa dette. Le fondement de cette contrainte est toutefois différent : là où l'action oblique est ouverte en cas de carence du débiteur, l'action paulienne permet de sanctionner sa fraude. Aussi est-il nécessaire, pour le créancier exerçant cette action, d'établir que le débiteur a accompli les actes litigieux « *en fraude de ses droits* ». Plus que la volonté d'éluder une règle obligatoire, il semble, à première vue, que l'intention frauduleuse soit ici dirigée contre les droits d'autrui. L'ancienne distinction entre la « *fraude aux droits d'autrui* » (*fraus alterius*) et la « *fraude à la loi* » (*fraus legis*) semble ainsi ressurgir, faisant obstacle à une définition unitaire de la fraude⁵³. Le coup de force opéré par J. Vidal (à la suite de Josserand⁵⁴) consiste à avoir surmonté cette distinction. Selon Vidal, en effet, « *la volonté du débiteur de porter atteinte aux droits de son créancier correspond exactement à son intention de se soustraire à ses obligations* »⁵⁵. Le rapprochement de ces deux volontés repose sur la définition du contrat comme la « *loi* » des parties (C. civ., art. 1103, ancien art. 1134). Comme le soulignent H. Barbier et J. Ghestin : « *Le débiteur qui se dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements tente d'échapper à une obligation contractuelle qui s'imposait à lui comme une loi* »⁵⁶. En dépit de son caractère formel, cet argument l'a emporté dans une majorité de la doctrine. L'élément subjectif de la fraude paulienne confirmerait ainsi la définition classique de l'intention frauduleuse comme volonté de se soustraire à une règle obligatoire.

Rejet de la *summa divisio* entre « *fraude à la loi* » et « *fraude aux droits d'autrui* ». L'exemple de la fraude paulienne révèle que les fraudes aux droits d'autrui se laissent souvent analyser comme

⁵⁰ Ainsi, selon la Cour de cassation, le recel « *implique par essence un dol commis au préjudice des copartageants* » (Req. 2 juin 1897 ; DP 1897. 1. 416). Plus récemment : le recel suppose une « *intention de porter atteinte à l'égalité du partage au détriment de son cohéritier* » (Civ. 1, 11 oct. 2017, n° 16-24.634).

⁵¹ Ne serait-ce qu'en raison du fait que la jurisprudence, réticente à se fonder directement sur l'adage *fraus omnia corrumpit*, a rattaché de nombreuses solutions relatives à la fraude à l'ancien article 1167 du Code civil. Sur ce point, voir not. J. Vidal : « *Quantité de fraudes ont ainsi été sanctionnées au nom de l'article 1167 du Code civil dont les conditions traditionnelles d'application ont été pour ce faire bouleversées* » (*op. cit.*, p. 214).

⁵² Sur ce rapprochement déjà opéré par les rédacteurs du Code civil entre ces deux actions, voir not. G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 835.

⁵³ Sur cette ancienne distinction, abandonnée par la très grande majorité de la doctrine, voir not. H. Desbois, *La notion de fraude et la JP française*, *op. cit.* ; égal. G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, n° 173, distinguant la fraude par laquelle le sujet a « *la volonté de porter préjudice à une personne déterminée, ou tout au moins la conscience que son acte [est] préjudiciable à cette personne* », et la fraude à la loi, « *tentative faite d'un commun accord par plusieurs intéressés pour échapper à l'application d'une règle juridique impérative* ».

⁵⁴ L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, *op. cit.*, n° 176 : « *La fraude n'est autre chose, en fin de compte, que la fraude à la loi, en prenant ce mot dans son sens le plus compréhensif* ».

⁵⁵ J. Vidal, *op. cit.*, p. 131.

⁵⁶ H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 817.

des fraudes à la loi (en prenant le mot « loi » dans une acception large). Réciproquement, il n'est pas rare que les fraudes à la loi, à l'image du recel successoral, impliquent, en même temps que le contournement d'une règle obligatoire, une véritable atteinte aux droits d'autrui⁵⁷. L'ancienne distinction entre *fraus alterius* et *fraus legis* apparaît ainsi trop peu systématique pour être à même de constituer une *summa divisio* correspondant à deux notions distinctes.

Faut-il toutefois admettre, à la suite de J. Vidal et d'une doctrine majoritaire, que toutes les fraudes supposent « la volonté de se soustraire à une règle obligatoire » ? Il est possible d'en douter.

Section 2 – Limites de cette définition dans la jurisprudence

Fraude aux droits ou intérêts d'autrui sans soustraction à une règle obligatoire. La jurisprudence fournit plusieurs exemples de fraudes qui ne supposent la soustraction à aucune règle obligatoire. Ces exemples sont d'autant plus frappants lorsque les tribunaux sanctionnent ainsi l'atteinte aux simples « intérêts » d'autrui. Dans de telles hypothèses, la fraude n'implique l'atteinte à aucun « droit », la violation d'aucune obligation, la soustraction à aucune règle obligatoire. La jurisprudence relative au dépôt de marque frauduleux en constitue une illustration éclairante.

Exemple du dépôt de marque frauduleux. Qu'il s'agisse de l'action en revendication de la propriété d'une marque prévue par l'article L. 712-6 du Code de la propriété intellectuelle, permettant à celui qui s'estime victime d'un dépôt frauduleux de se faire attribuer la propriété de la marque dont il a été privé, ou de l'action en annulation d'un dépôt frauduleux, fondée sur le principe général *fraus omnia corrumpit* et permettant de rendre l'usage du signe à la disposition de tous, la définition de l'intention frauduleuse requise par la jurisprudence est identique⁵⁸. Dans les deux cas, un dépôt de marque est considéré comme frauduleux lorsque le droit ainsi constitué n'est pas utilisé pour distinguer des produits ou services, mais dans le but de nuire intérêts d'un tiers en le privant d'un signe qu'il utilisait ou s'appropriait à utiliser. Selon une formule régulièrement employée par la jurisprudence, « le dépôt d'une marque est frauduleux lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité »⁵⁹. Il n'est pas nécessaire, pour qu'une telle fraude soit retenue, que la personne qui en est victime soit titulaire d'un véritable « droit » sur le signe litigieux, dès lors que celui-ci est « nécessaire » à son activité. Comme le souligne la Cour de cassation : « l'annulation d'un dépôt de marque pour fraude ne suppose pas la justification de droits antérieurs de la partie plaignante sur le signe litigieux, mais la preuve de l'existence d'intérêts sciemment méconnus par le déposant »⁶⁰.

⁵⁷ En ce sens, voir not. H. Barbier, J. Ghestin, *op. cit.*, n° 815 : « La distinction de la fraude à la loi et de la fraude aux droits des tiers encourt le grave reproche d'une extrême imprécision. (...) Le médecin qui épouse la personne qu'il soigne, afin de recevoir d'elle une libéralité, tente d'éviter une incapacité de recevoir qui le gêne, mais prive ainsi les héritiers du disposant d'une partie des biens qui leur seraient échus par succession. S'agit-il dans tous ces cas de fraude à la loi ou de fraude aux droits des tiers ? »

⁵⁸ Révélant ce caractère unitaire, voir not. Com., 11 janv. 2017, n° 15-15.750, Publié au bulletin : arrêt de cassation affirmant « qu'un dépôt de marque est entaché de fraude lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité » en prenant soin de viser doublement « l'article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle, ensemble le principe *fraus omnia corrumpit* ».

⁵⁹ Par ex. : Com., 25 avr. 2006, n° 04-15.641, Bull. civ. IV, n° 100 ; *RTD Com.* 2007, p. 342, obs. J. Azéma.

⁶⁰ Com., 19 déc. 2006, n° 05-14.431, Bull. civ. IV, n° 265, *PIBD* 2007. III. 112.

Un arrêt rendu par la chambre commerciale le 11 janvier 2017⁶¹ confirme cette large appréciation des conditions de la fraude. En l'espèce, le revendiquant, auteur et compositeur, avait créé le personnage « *Bébé Lilly* » mis en scène dans deux de ses chansons commercialisées par une société de production. Cette société ayant déposé la marque « *Bébé Lilly* », l'auteur l'avait assignée pour dépôt frauduleux et il revendiquait le transfert des marques à son profit. La Cour d'appel avait rejeté ces prétentions au motif, notamment, que le demandeur ne justifiait pas de droits d'auteur sur la dénomination litigieuse. Au visa de « *l'article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle, ensemble le principe *fraus omnia corrumpit** » et rappelant « *qu'un dépôt de marque est entaché de fraude lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité* », la Cour de cassation censure l'arrêt des juges d'appel pour défaut de base légale, leur reprochant de n'avoir pas recherché « *si, en procédant à ces dépôts, la société [de production] n'avait pas cherché à s'approprier la dénomination du personnage « Bébé Lilly », privant ainsi [l'artiste] de toute possibilité d'exploiter ce dernier dans l'exercice de son activité et de développer des œuvres le mettant en scène* ». La titularité d'un droit d'auteur sur le titre et nom de personnage litigieux était en l'espèce incertaine. Les parties s'en disputaient la paternité et son originalité était discutée. La Cour de cassation confirme dans ces circonstances que la fraude ne suppose ni méconnaissance d'un « *droit* », ni soustraction à une règle obligatoire. Le dépôt de marque frauduleux se fonde en réalité, selon les termes de la Cour de cassation, sur un « *détournement du droit des marques* »⁶² portant atteinte aux intérêts d'un tiers. La définition classique de l'intention frauduleuse comme volonté de se soustraire à une règle obligatoire ne peut ici trouver à s'appliquer.

Fraude par provocation de l'application de la loi. Dans certains cas, la fraude, sans même porter atteinte aux droits ou intérêts d'autrui, consiste à provoquer l'application d'une loi dans une situation où cette application paraît illégitime. Le célèbre arrêt *Taleb* rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 1981⁶³ en fournit une illustration. En l'espèce, M. Taleb, algérien ayant épousé une française, souhaitait acquérir la nationalité française. Deux lois récemment entrées en vigueur, par leur combinaison, lui offraient à cette fin une opportunité de fraude, l'une admettant le divorce par consentement mutuel⁶⁴, l'autre permettant à un étranger contractant mariage avec une personne de nationalité française d'acquérir cette nationalité par simple déclaration (article 37-1 du Code de la nationalité)⁶⁵. Les époux avaient ainsi commencé par divorcer par consentement mutuel, puis s'étaient remariés un mois plus tard, permettant à M. Taleb de demander l'acquisition de la

⁶¹ Com., 11 janv. 2017, 15-15.750 ; *RTD com.* 2017. 76, obs. Pollaud-Dulian ; *Propri. ind.* 2017. 19, obs. Tréfigny.

⁶² Com., 19 oct. 1999, n° 97-12.554, Bull. civ. IV, n° 174 ; *D.* 2001, p. 472, obs. Durrande ; en l'espèce, quatre sociétés commercialisaient « *depuis près de vingt ans* » des vêtements sur lesquels figuraient des éléments de décor comportant les termes « *Université de Paris* » ou « *Université de Paris Sorbonne* » ; un individu peu scrupuleux avait déposé ces marques et en avait avisé ces quatre sociétés, auxquelles il enjoignait de mettre fin à leurs activités de vente de ces articles, sauf à accepter des contrats de sous-licence ; la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu la fraude et annulé ces dépôts au motif que « *permettre d'accaparer ainsi un marché prospère au détriment des opérateurs qui l'animent serait admettre un détournement des marques* ».

⁶³ Civ. 1, 17 nov. 1981, n° 80-11.498, Bull. civ. I, n° 338 ; *D.* 1982, 573, note. Guiho ; *JCP* 1982, II, 19842, note. M. Gobert ; Defrénois 1982, art. 32967, n°79, obs. Massip.

⁶⁴ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975.

⁶⁵ Loi n° 73-42 du 9 janvier 1973.

nationalité française à raison de ce mariage. Les juges d'appel⁶⁶ ayant écarté la fraude, le procureur général près la Cour d'appel avait formé un pourvoi en cassation, avançant une définition originale de la fraude consistant dans « *l'usage de droits pour parvenir à un but auquel la situation d'une personne ne lui permet pas de prétendre* » et relevant que les époux Taleb avaient « *détourn[é] le divorce de son but, qui est de mettre fin à l'institution matrimoniale* ».

La Cour de cassation rejette la demande d'annulation de la décision de divorce (un divorce ne pouvant être annulé en raison des mobiles qui ont pu inspirer le consentement des époux). L'arrêt est en revanche partiellement cassé au visa de l'article 37-1 Code de la nationalité, la Cour rappelant que « *ce texte ne peut être appliqué lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie du remariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale* ». L'intention frauduleuse consistait ici, selon la haute juridiction, dans la volonté de « *permettre au marié d'acquérir la nationalité française par application du nouvel article 37-1, introduit dans le Code de la nationalité française par la loi du 9 janvier 1973 et dont il n'avait pu bénéficier lors de la première union célébrée en 1970* ». En conséquence, sans qu'aucune règle obligatoire n'ait été éludée⁶⁷, le second mariage des époux Taleb ne pouvait produire l'effet acquisitif de nationalité « *frauduleusement recherché* » par ces époux.

Étroitesse de la définition classique de l'intention frauduleuse. Sans qu'il soit besoin d'envisager des hypothèses plus nombreuses (sur lesquelles nous reviendrons), force est de constater, à partir des seuls exemples évoqués, que la définition classique de l'intention frauduleuse en tant que volonté d'éluder une règle obligatoire ne permet pas de rendre compte de certaines des solutions admises dans le droit positif. En dépit de sa remarquable simplicité, cette définition classique, majoritaire dans la doctrine mais trop étroite, nous semble donc devoir être écartée.

Section 3 – Proposition de définition : volonté de parvenir à un résultat illégitime

Enjeux d'une telle définition. Une définition générale de l'intention frauduleuse, éclairant la diversité des situations et rendant compte de l'ensemble des solutions rendues par les tribunaux, paraît souhaitable afin de contribuer à aiguiller l'appréciation de la doctrine, des praticiens et de la jurisprudence. La détermination des limites entre la fraude et l'habileté, en particulier, suppose de disposer d'une définition de la fraude trouvant à s'appliquer dans toutes les hypothèses. L'enjeu relatif à cette définition est d'autant plus important que la théorie de la fraude repose tout entière sur la volonté de faire échec à certaines intentions : la répression de la fraude, comme l'affirme J. Vidal, « *n'a plus d'objet si la fraude n'est pas intentionnelle* »⁶⁸.

⁶⁶ Lyon, 19 janv. 1980, *D.* 1981, p. 557, note Guiho ; *JDI* 1981, p. 346, note B. Audit.

⁶⁷ Voir sur ce point le commentaire de M. Gobert (*JCP* 1982, II, 19842) : « *La question se pose vraiment de savoir quelle règle obligatoire les époux se sont employés à tourner. La Cour de cassation fait référence à l'article 37-1 du Code de la nationalité (...). Mais en quoi les époux se sont-ils soustraits à cette règle ? (...) Là est l'important : à aucun moment du différend, il n'a été reproché aux époux d'avoir voulu éluder une règle du droit de la nationalité. On leur a fait grief d'avoir divorcé et de s'être remariés dans le seul dessein de permettre l'acquisition de la nationalité française par le mari.* »

⁶⁸ J. Vidal, *op. cit.*, p. 120 (voir *supra*, « Introduction », pp. 6-7).

Proposition de définition. À travers la diversité considérable des agissements frauduleux sanctionnés par le législateur (fraudes « *spéciales* ») et la jurisprudence (applications du principe général *fraus omnia corrumpit*), une nouvelle définition unitaire de l'intention frauduleuse semble pouvoir être dégagée : *l'intention frauduleuse consiste toujours dans la volonté de parvenir à un résultat illégitime*. Cette définition est en accord avec la raison d'être du correctif *fraus omnia corrumpit*, dont elle respecte la souplesse et la grande variété. La théorie de la fraude vise en effet à répondre au besoin, éprouvé par le législateur comme par les tribunaux, de fonder la sanction de comportements *a priori* licites mais produisant un résultat inadmissible par l'ordre juridique dans son ensemble : un résultat « *illégitime* ». La volonté de produire un tel résultat constitue l'intention frauduleuse.

Diversité d'un tel résultat. Selon cette définition, la détermination des limites entre la fraude et l'habileté supposerait d'identifier les critères permettant d'affirmer qu'un résultat est « *illégitime* » lors même qu'il est produit par un moyen *a priori* licite. Une telle recherche déborderait l'étude de la seule intention frauduleuse. Dans la mesure où la volonté frauduleuse peut être définie comme la volonté de parvenir à un tel résultat, elle dépend cependant de la variété des résultats ainsi atteints. De ce point de vue, l'étude des agissements frauduleux sanctionnés par la loi et la jurisprudence permet de dégager plusieurs grandes conceptions de l'intention frauduleuse, qui ne peuvent être ramenées l'une à l'autre et forment ainsi autant de définitions particulières :

- (i) **L'intention frauduleuse peut d'abord consister en la volonté d'éluider l'application ou l'exécution d'une règle obligatoire.** Conformément à la théorie générale de la fraude dégagée par Vidal, le résultat produit est dans ce cas « *illégitime* » dans l'exacte mesure où la règle éludée était « *obligatoire* ».
- (ii) **Le résultat illégitime peut également consister en une atteinte aux droits ou intérêts d'autrui, y compris lorsque cette atteinte ne suppose, pour le fraudeur, de se soustraire à aucune règle obligatoire.** Dans ces hypothèses, l'intention frauduleuse est le plus souvent définie comme la volonté de causer cette atteinte.
- (iii) **Plus rarement, lorsque la fraude porte atteinte aux droits ou intérêts d'autrui, la jurisprudence se contente de la connaissance par le fraudeur du préjudice causé.** L'intention frauduleuse avoisine alors la simple mauvaise foi.
- (iv) **Le résultat illégitime peut enfin consister en des hypothèses plus rares, sinon *sui generis*, aménagées par le législateur ou la jurisprudence.** En raison de leur plus grande rareté, ces fraudes peuvent être envisagées de façon « *résiduelle* ».

Nécessité d'étudier l'intention frauduleuse à travers ces définitions particulières. La définition proposée de l'intention frauduleuse comme volonté de parvenir à un résultat illégitime présente l'avantage de rassembler, au sein d'une même théorie générale, la grande diversité des hypothèses de fraude admises par le législateur et la jurisprudence. Cette définition n'est pourtant jamais mobilisée en tant que telle devant les tribunaux, qui lui préfèrent des définitions ajustées aux

agissements frauduleux qu'ils sanctionnent. Il convient donc à présent de revenir plus en détail sur les principales définitions particulières de l'intention frauduleuse.

CHAPITRE 2 – DÉFINITIONS PARTICULIÈRES

Introduction. Les définitions particulières de l'intention frauduleuse varient en s'ajustant comme l'ombre au corps aux fraudes qu'elles visent à sanctionner. Les principales d'entre elles peuvent être envisagées successivement :

- **Section 1** – Volonté d'éluder une règle obligatoire
- **Section 2** – Volonté de porter atteinte aux droits et intérêts d'autrui
- **Section 3** – Simple conscience du préjudice causé
- **Section 4** – Autres définitions particulières

Section 1 – Volonté d'éluder une règle obligatoire

Volonté exclusive ou déterminante. La définition classique de l'intention frauduleuse comme volonté d'éluder une règle obligatoire correspond dans la jurisprudence à un courant très important, sinon majoritaire, qui justifie son rayonnement dans la doctrine jusqu'à nos jours. Dans certains cas, le contournement de la règle obligatoire doit avoir été l'*unique but* de l'acte frauduleux. La volonté requise est alors *exclusive* de tout autre mobile (§1). Dans d'autres cas, beaucoup plus rares, la jurisprudence se contente d'une volonté *déterminante* (§2).

§1 – Volonté exclusive d'éluder une règle obligatoire

Conception restrictive de l'intention frauduleuse. Lorsque la fraude suppose la volonté *exclusive* d'éluder d'une règle obligatoire, la preuve que le sujet était animé par un mobile non frauduleux, même négligeable, suffit en principe à écarter toute sanction. Une telle définition répond au souci de ménager autant que possible la liberté des individus d'user des règles juridiques d'une façon qui leur soit favorable. La liberté étant de principe dans notre droit civil, cette conception restrictive de l'intention frauduleuse est généralement celle que retient la jurisprudence.

Fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit. La fraude par manipulation de la règle de conflit en droit international privé fournit l'illustration la plus éclatante de cette définition. Dans l'arrêt déjà évoqué⁶⁹ de la *princesse de Bauffremont*, la fraude était caractérisée dans la mesure où le changement de nationalité de la demanderesse, *a priori* licite et légitime, avait été sollicité et obtenu « dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage ». Dans le célèbre arrêt *Lafarge* du 17 mai 1983⁷⁰, la Cour de cassation, formulant pour la première fois une définition générale de la fraude par manipulation de la règle de conflit, a confirmé cette exigence. Selon cet arrêt, en effet, « il appartient au juge français de vérifier que les décisions étrangères qui sont soumises à son contrôle n'ont pas consacré une fraude à la loi, notamment en recherchant si les parties n'ont pas volontairement

⁶⁹ *Supra*, p. 11.

⁷⁰ Civ. 1, 17 mai 1983, n° 82-11.290 et 82-11.402, Bull. civ. I, n° 147 : Rev. crit. DIP 1985. 34, obs. B. Ancel.

modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ». De cette définition s'évincent les éléments constitutifs de la fraude à la loi dans le droit des conflits de lois : tandis qu'une loi devrait normalement s'appliquer au rapport de droit en cause (élément légal), le fraudeur modifie ce rapport de droit (élément matériel) avec la volonté exclusive de se soustraire à l'application de cette loi (élément moral)⁷¹.

Fraude au jugement en droit international privé. Autre figure de la fraude en droit international privé, la « *fraude au jugement* » consiste à invoquer en France un jugement étranger dont le contenu diffère de la décision qu'aurait rendue la juridiction française si elle avait été saisie du litige, le but étant d'échapper ainsi aux conséquences d'un jugement français déjà rendu ou susceptible d'intervenir. Cette hypothèse de fraude, qui n'implique la manipulation d'aucune règle de conflit mais la saisine d'un juge étranger, suppose que la juridiction française soit concurremment compétente avec une juridiction étrangère⁷². Dans une telle situation, la difficulté est de tracer une ligne de démarcation entre la fraude (toujours répréhensible) et le *forum shopping* (qui n'est qu'une forme de l'habileté licite). De façon générale, il ne saurait en effet être reproché à un justiciable de se placer dans la situation la plus favorable à laquelle il peut prétendre. Lorsque plusieurs juges admettent leur compétence, le simple fait d'exploiter un lien de rattachement avec un État étranger afin d'obtenir la décision la plus favorable possible, quitte à s'en prévaloir ensuite en France, ne constitue pas un résultat « *illégitime* » justifiant l'application de la théorie de la fraude. Comme le souligne D. Sindres, « *pareille démarche se ramène à une simple stratégie procédurale, une habileté à la rigueur, permise par la relativité inhérente au traitement de toute situation internationale* »⁷³.

L'élément intentionnel de la fraude au jugement ne saurait donc consister dans le seul fait de rechercher à l'étranger l'obtention d'un jugement plus favorable⁷⁴. Cette intention frauduleuse

⁷¹ La fraude à la loi ne peut néanmoins être retenue qu'à condition que ce résultat soit véritablement « *illégitime* ». Tel n'est pas le cas lorsque le lien de rattachement avec la loi étrangère est lui-même incontestable. Comme le soulignent B. Audit et L. d'Avout : « *un déplacement effectif de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit exclut la fraude et ne soulève qu'une question de conflit mobile* » (*Droit international privé*, LGDJ, 1^e éd., 2018, p. 273). Dans cette hypothèse, seule l'exception d'ordre public international peut faire primer, devant le juge français, la loi du for sur la loi étrangère.

⁷² Dans le cas contraire, si l'autorité étrangère saisie accepte de statuer alors qu'elle n'a aucun lien réel avec le rapport de droit qui lui est soumis, le refus de reconnaissance de la décision litigieuse dans le for peut en effet être fondé directement sur l'absence du « *lien caractérisé* » exigé depuis l'arrêt *Simitch* pour la reconnaissance en France des jugements étrangers (Civ. 1, 6 févr. 1985, n° 83-11.241, Bull. civ. I, n° 55 ; *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, op. cit.*, n° 70).

⁷³ D. Sindres, « De quelques difficultés d'appréhension de la fraude au jugement », *D.* 2017, p. 1283.

⁷⁴ La jurisprudence adopte pourtant parfois des formules en ce sens. Voir not. Civ. 1, 30 sept. 2009, n° 08-18.769, Bull. civ. I, n° 192 (*D.* 2010. 58, note. B. Audit ; *Rev. crit. DIP* 2010. 133, note. H. Gaudemet-Tallon ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 332, note. M.-L. Niboyet), où la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir écarté la fraude au motif qu'il n'était « *pas prouvé que Mme Y... aurait saisi frauduleusement le juge de son lieu de résidence pour tirer un bénéfice supérieur à celui procuré par la saisine du juge français* ». Cette définition de l'intention frauduleuse ne saurait être admise. Le seul fait de rechercher à l'étranger un jugement plus favorable que devant les juges français ne constitue en effet une fraude qu'à la condition que le résultat en question soit véritablement illégitime, ce qui ne saurait être le cas lorsqu'il existe un lien de rattachement réel avec l'État (étranger) du juge saisi. Sur ce point, voir not. la censure d'un arrêt ayant retenu la fraude au jugement alors même « *que le litige présentait des liens caractérisés avec [le juge étranger saisi] du fait de la double nationalité [du justiciable] et que ce dernier n'avait pas saisi la juridiction étrangère pour faire échec à une décision ou à une procédure engagée en France* » (Civ. 1, 4 mai 2017, n° 16-13.645 ; *D.* 2017. 1283, note. D. Sindres).

suppose en réalité la volonté *exclusive* d'échapper à une décision défavorable du for et par voie de conséquence, de se soustraire à l'application de la loi du for normalement compétente. Un arrêt du 20 juin 2012⁷⁵ illustre cette hypothèse. En l'espèce, une épouse, de nationalité algérienne et résidant en France, avait intenté une action en contribution aux charges du mariage contre son époux. Ce dernier, résidant pour sa part en Algérie, avait alors demandé et obtenu le divorce dans cet État et souhaitait s'en prévaloir pour s'opposer à l'action intentée par son épouse. Ni la compétence du juge algérien, ni celle du juge français ne pouvaient être contestés, la situation présentant un réel lien de rattachement avec chacun de ces États. La Cour de cassation approuve pourtant les juges du fond d'avoir retenu « *que les circonstances de cette procédure précipitée en Algérie constituaient une fraude au jugement dans le but de faire échec à l'exécution de la décision française devant intervenir* ». L'existence d'une procédure déjà ouverte en France rendait manifeste l'intention exclusive, de la part de l'époux, de « *faire échec* » à la décision française sur le point d'intervenir.

Fraude à une clause statutaire d'agrément. La fraude par contournement d'une clause statutaire d'agrément illustre encore l'exigence d'une volonté exclusive, de la part du fraudeur, d'éluder l'application d'une règle obligatoire. Outre l'arrêt *Barilla* précédemment évoqué⁷⁶, un arrêt rendu le 21 janvier 1997 par la chambre commerciale⁷⁷ confirme cette exigence. En l'espèce, les statuts d'une société à responsabilité limitée prévoyaient que les parts sociales étaient librement cessibles entre ascendants et descendants. Toute autre cession devait néanmoins recevoir l'agrément de la société. Soucieux d'éluder l'application de cette clause, l'un des associés avait vendu ses parts à sa mère, laquelle les avait aussitôt revendues à sa fille, chacune des deux cessions échappant au domaine de la clause d'agrément. La société, invoquant la fraude, avait demandé l'annulation desdites cessions. La Cour d'appel ayant rejeté cette demande, la Cour de cassation, visant expressément « *le principe fraus omnia corrumpit* », censure cette décision pour défaut de base légale, affirmant que les juges auraient dû rechercher « *si la cession concomitante des parts sociales litigieuses conclue entre [l'associé] et sa mère (...) n'avait pas pour seul objet de permettre la cession desdites parts à [la sœur du cédant], tiers à la société* ». L'intention frauduleuse consiste bien ici dans la volonté exclusive (« *seul objet* »), de la part de l'associé, d'éluder l'application de la clause d'agrément afin de céder les parts sociales litigieuses.

§2 – Volonté déterminante d'éluder une règle obligatoire

Conception extensive de l'intention frauduleuse. Il existe peu d'exemples, dans la loi et la jurisprudence, de définitions de l'intention frauduleuse comme volonté seulement *déterminante* d'éluder une règle obligatoire. Une telle conception risquerait en effet, faisant du juge l'arbitre des intentions, d'étendre la fraude au-delà de la fonction correctrice que lui reconnaît notre système juridique. Pour cause : lorsque cette conception est retenue, la preuve que les agissements litigieux

⁷⁵ Civ. 1, 20 juin 2012, n° 11-30.120, Bull. civ. I, n° 137 : D. 2012. 1676 ; *ibid.* 2013. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; Rev. crit. DIP 2012. 900, note H. Gaudemet-Tallon.

⁷⁶ *Supra*, p. 12.

⁷⁷ Com., 21 janv. 1997, n° 94-19.016 : *BJS* 1997, 465, note. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1997, 55, note. T. Bonneau.

reprochés au fraudeur ont pu être inspirés par un mobile non frauduleux ne suffit plus, à elle seule, à écarter la sanction de la fraude. C'est pourquoi cette conception extensive de l'intention frauduleuse suscite généralement d'importantes réserves au sein de la doctrine. Une telle conception peut néanmoins être justifiée par les difficultés qui s'attachent, dans certaines hypothèses, notamment en présence de « montages » sophistiqués⁷⁸, à la preuve d'une volonté frauduleuse *exclusive*. Le domaine fiscal, dans lequel la théorie de la fraude est nettement en expansion, fournit la meilleure illustration de cette conception extensive de l'intention frauduleuse. Avant d'étudier les contours de cette intention en matière fiscale, il convient de démontrer, contre la doctrine classique, l'applicabilité du principe général *fraus omnia corrumpit* dans cette matière.

Exclusion classique de la matière fiscale du domaine de la fraude à la loi. La notion de « fraude fiscale » est à ce point commune que la question de l'applicabilité de la théorie de la fraude en matière fiscale peut sembler incongrue. La doctrine a toutefois longtemps considéré que l'adage *fraus omnia corrumpit* ne trouvait pas à s'appliquer dans cette matière. Selon la théorie classique de la fraude, en effet, celle-ci consiste à se soustraire à l'application d'une règle obligatoire. La distinction entre la fraude et l'habileté dépend ainsi de la notion de « règle obligatoire » : la fraude, qui consiste à éluder l'application d'une règle « lorsque les conditions de son application sont réunies », ne peut être retenue lorsque le sujet a fait en sorte de « ne pas tomber sous le coup d'une règle impérative »⁷⁹. J. Vidal en déduit que la théorie de la fraude *stricto sensu* ne trouve pas application en droit fiscal, comme d'ailleurs en droit pénal, en raison du principe d'interprétation stricte qui gouverne ces matières⁸⁰ : « Ces deux droits étant d'interprétation stricte, on est dans la légalité irréprochable dès qu'on ne fait pas exactement ce qui est interdit, quel que soit le motif pour lequel on le fait »⁸¹. En conséquence, de deux choses l'une : ou bien les conditions d'application d'un impôt sont réunies, et celui qui se soustrait à cet impôt (le plus souvent par dissimulation) commet une violation de la loi fiscale ; ou bien ces conditions ne sont pas réunies, et le contribuable ne commet aucune fraude dès lors qu'il fait en sorte, par habileté, de ne pas être frappé par cet impôt⁸². Le domaine fiscal fournirait ainsi de nombreux exemples de fraudes *lato sensu*, mais la théorie de la fraude *stricto sensu* n'y trouverait aucune application. « Ce que l'on désigne sous le nom de "fraude fiscale" est constitué par des dissimulations, non par des opérations réelles »⁸³.

Rejet de cette exclusion classique : notion d'abus de droit par fraude à la loi fiscale. Cette exclusion classique de la matière fiscale du domaine d'application du principe *fraus omnia corrumpit* doit aujourd'hui être abandonnée. La notion d'« abus de droit » a en effet connu dans cette matière des évolutions qui font qu'elle recouvre désormais, de façon incontestable, la notion de fraude

⁷⁸ Voir not. sur cette question J.-Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, Éditions Joly, 1999.

⁷⁹ J. Vidal, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁰ Du moins « dans la mesure où la loi fiscale est sujette à interprétation restrictive, c'est-à-dire lorsqu'elle est créatrice d'impôt » (*Ibid.*, p. 101).

⁸¹ *Ibid.*, p. 95.

⁸² Voir égal. en ce sens H. Barbier et J. Ghestin : en matière fiscale, « le législateur laisse toute possibilité d'action aux particuliers pour profiter des imprécisions ou des lacunes de la loi afin de bénéficier d'une situation plus favorable » (*Introduction générale, op. cit.*, n° 824).

⁸³ H. Barbier, J. Ghestin, *Ibid.*, n° 824.

entendue au sens strict. La théorie de l'abus de droit, « *châtiment des surdoués de la fiscalité* » selon la célèbre formule de M. Cozian⁸⁴, permet aux juges, depuis le XIX^{ème} siècle⁸⁵, de tenir pour inopposables à leur égard les actes des contribuables qui pèchent « *non contre la lettre, mais contre l'esprit de la loi* » soit parce qu'ils déguisent fictivement une opération afin de la faire échapper à l'impôt (« *abus de droit par simulation* »), soit parce qu'ils font jouer les règles les unes contre les autres de façon artificielle afin de réduire leur imposition (« *abus de droit par fraude à la loi* »). Cette théorie a trouvé une consécration législative en 1941⁸⁶ avec un texte (ancêtre de l'actuel article L. 64 du Livre des procédures fiscales) qui ne visait au départ que les hypothèses de simulation (actes fictifs ou déguisés⁸⁷) et ne concernait que des impôts et des situations déterminés. L'élargissement de ce texte s'est opéré en deux étapes. Dans un premier temps, par une décision du 10 juin 1981⁸⁸, le Conseil d'État a élargi la théorie de l'abus de droit aux hypothèses de fraude à la loi⁸⁹. Dans un second temps, dans sa décision *Sté Janfin* du 27 septembre 2006⁹⁰, il a reconnu à l'administration le pouvoir de sanctionner l'abus de droit par fraude à la loi y compris en dehors du champ d'application de ce texte spécial. Le législateur a finalement entériné ce double élargissement. La loi de finances rectificative pour 2008, modifiant l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, a ainsi doublement élargi la définition de l'abus de droit pour y intégrer la notion de fraude à la loi et étendu le champ d'application de cette nouvelle notion à l'ensemble des impôts. Ce faisant, le législateur a consacré l'existence d'un principe général de répression de la fraude en matière fiscale.

Éléments constitutifs. Reprenant la définition progressivement adoptée par la jurisprudence administrative⁹¹, l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales définit l'abus de droit par fraude à la loi fiscale selon un double critère cumulatif. Le premier, subjectif, suppose d'établir que les actes litigieux « *n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluider ou d'atténuer les charges fiscales que*

⁸⁴ M. Cozian, « La notion d'abus de droit en matière fiscale », *Gaz. Pal.* 19 janv. 1993.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 50 ; voir égal. O. Fouquet, « Fraude à la loi et abus de droit », *Dr. fisc.* 2006, n° 47, étude 65.

⁸⁶ Loi du 13 janvier 1941, autorisant expressément l'administration à écarter un « *acte juridique quelconque* » visant à dissimuler un revenu ou un bénéfice et à « *restituer à l'opération son véritable caractère* » (C. gén. des impôts, ancien art. 1649 *quinquies* B). Selon M. Cozian : « *L'administration a sans doute estimé en 1941 que la condamnation solennelle de l'abus de droit dans un texte de nature législative aurait une vertu dissuasive à l'encontre des contribuables trop astucieux.* »

⁸⁷ L'ancien article 1649 *quinquies* B du Code général des impôts visait seulement « *les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention* ». La jurisprudence en avait déduit que seuls étaient passibles de cette procédure les cas de simulation (CE, 23 févr. 1979, n° 06688, *Gamon* : la procédure de l'abus de droit n'est pas utilisable en l'absence de tout acte fictif ou déguisé).

⁸⁸ CE, Plén., 10 juin 1981, n° 19079.

⁸⁹ Selon cette décision, l'abus de droit était caractérisé, à défaut de simulation, lorsque les actes litigieux n'avaient été inspirés « *par aucun autre motif que celui d'éluider ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation et à des activités réelles* ».

⁹⁰ CE, 27 sept. 2006, n° 260050 ; *Dr. fisc.* 2006, n° 47, comm. 744, concl. L. Olléon ; *RTD com.* 2006, p. 934, obs. Ph. Martin ; O. Fouquet, *Dr. fisc.* 2006, n° 47, ét. 65 ; *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5^e éd., 2009, n° 10. Selon cette décision : « *hors du champ [de l'article L. 64 LPF], [l'administration] peut se fonder sur le principe sus-rappelé [inopposabilité à l'administration des actes frauduleux] pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n'ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d'éluider ou atténuer la charge fiscale que l'intéressé aurait normalement supportée eu égard à sa situation et à ses activités réelles.* »

⁹¹ Not. CE, Plén., 10 juin 1981, n° 19079 ; CE, 18 mai 2005, n°267087, *Sté Sagal* ; CJCE, 21 févr. 2006, aff. 255/02, *Halifax* ; CE, 27 sept. 2006, n° 260050, *Sté Janfin* ; CE, 28 févr. 2007, n° 284565, *Persicot*.

l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ». À première vue, il s'agit là d'une application de la conception restrictive de l'intention frauduleuse définie comme volonté exclusive de se soustraire à une règle obligatoire, en l'occurrence une loi fiscale créatrice d'impôt. Ce critère a cependant été élargi par la jurisprudence le législateur, de telle sorte qu'une intention « *déterminante* » peut désormais suffire.

Un tel élargissement ne se comprend qu'en raison de l'existence d'un second critère dit « *objectif* », supposant de caractériser la « *recherche* » par le contribuable « *[du] bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs* ». Dégagé par la jurisprudence, ce critère conduit en pratique à resserrer les conditions de l'abus de droit par fraude à la loi. La difficulté consiste en effet à déterminer la frontière entre fraude et optimisation fiscale. De ce point de vue, de très nombreux schémas d'optimisation risqueraient d'être qualifiés d'abus de droit à l'aune du seul critère du but exclusivement fiscal. Cette difficulté revêt une importance particulière s'agissant des mesures de politique fiscale active, dont l'objet est précisément d'inciter les contribuables à modifier leur comportement dans le but de bénéficier d'un régime fiscal favorable. Le Conseil d'État, suivi par le législateur, a résolu cette difficulté en jugeant que l'abus de droit suppose nécessairement⁹², outre la recherche d'un but « *exclusivement fiscal* », un détournement des dispositions plus favorables dont le contribuable entend se prévaloir.

Ici comme ailleurs, autrement dit, la fraude ne peut être sanctionnée que lorsque le résultat atteint est véritablement « *illégitime* », ce qui ne saurait être le cas lorsqu'un contribuable, même animé par la volonté exclusive de diminuer sa charge fiscale, ne fait que suivre les voies plus favorables aménagées par le législateur. Moyennant le garde-fou que constitue ce critère « *objectif* », la jurisprudence, puis le législateur, ont récemment opéré un élargissement significatif de la définition de l'intention frauduleuse en matière fiscale.

Élargissement du critère subjectif d'un motif fiscal *exclusif* à un motif fiscal *déterminant*.

Depuis la décision fondatrice rendue par l'assemblée plénière du Conseil d'État le 10 juin 1981⁹³, l'abus de droit par fraude à la loi fiscale supposait classiquement de caractériser une intention frauduleuse définie de façon restrictive. Selon l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, la fraude suppose en effet que les actes litigieux n'aient été inspirés « *par aucun autre motif que celui d'éluider ou atténuer les charges fiscales que l'intéressé, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation et à des activités réelles* ». Du point de vue de la disposition fiscale éludée, cette intention peut être définie comme la volonté *exclusive* de se soustraire à une règle obligatoire⁹⁴. Symétriquement, du point de vue de la disposition fiscale plus favorable dont le contribuable entend se prévaloir, cette même intention peut être définie comme la volonté *exclusive* de bénéficier

⁹² Pour un rappel de cette nécessité, i.e. de l'insuffisance du seul critère intentionnel : CE, 8 févr. 2019, n° 407641.

⁹³ *Supra*, p. 23, note n° 88.

⁹⁴ La décision CE, 18 mai 2005, n°267087, *Sté Sagal* vise en ce sens les « *montages purement artificiels dont le seul objet est de contourner la législation fiscale française* ». Les décisions CE, 27 sept. 2006, n° 260050, *Sté Janfin* et CE, 28 févr. 2007, n° 284565, *Persicot*, reprennent quant à elles à l'identique la formulation de la décision fondatrice du 19 juin 1981, aujourd'hui consacrée par l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales.

de cette disposition⁹⁵. En pratique, il devrait donc suffire que le contribuable avance une justification autre que fiscale à ses agissements, pour que l'abus de droit ne puisse être retenu.

En dépit de cette formulation restrictive, le Conseil d'État, dans une décision du 17 juillet 2013⁹⁶, a opéré un élargissement de la définition de l'élément intentionnel de l'abus de droit par fraude à la loi fiscale à la volonté seulement *déterminante* de se soustraire à un impôt plus élevé. Statuant au fond, le Conseil a en effet retenu « *qu'en déduisant du fait, qu'elle a souverainement apprécié, que l'achat des titres des sociétés (...) avait permis à la société d'améliorer sa trésorerie, que les opérations litigieuses n'avaient pas poursuivi un but exclusivement fiscal, alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis que ce gain de trésorerie était négligeable et sans commune mesure avec l'avantage fiscal retiré de ces opérations, la cour administrative d'appel de Paris a entaché son arrêt d'une erreur de qualification juridique* ». Il ressort nettement de cette décision qu'une motivation autre que fiscale mais « *négligeable* » et « *sans commune mesure* » avec l'avantage fiscal recherché ne peut suffire à exclure la qualification de fraude.

Intervention du législateur. À l'occasion de la loi du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, le législateur a tenté une première fois, dans la lignée du Conseil d'État, de substituer au critère de la finalité exclusivement fiscale de l'opération celui du but principalement fiscal. Cette tentative a cependant été censurée par le Conseil constitutionnel au motif que compte tenu des importantes conséquences attachées à la procédure de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales⁹⁷, un tel élargissement aurait pour effet de porter atteinte à « *la liberté du contribuable de choisir, pour une opération donnée, la voie fiscale la moins onéreuse* », au principe de légalité des délits et des peines, au principe de sécurité juridique, ainsi qu'à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi⁹⁸.

Tenant compte de cette première censure, la loi du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 a créé à l'article L. 64-A du Livre des procédures fiscales un nouvel abus de droit pour « *motif principalement fiscal* » en prenant soin de lui appliquer des sanctions moins rigoureuses. Cette nouvelle procédure, qui s'appliquera aux rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2021 portant sur des actes passés ou réalisés à compter du 1^{er} janvier 2020, ne sera sanctionnée que par l'inopposabilité des actes litigieux, et en conséquence par le rétablissement de l'impôt normalement dû et le paiement d'intérêts de retard. Moyennant cette dualité de sanctions, l'élément intentionnel de l'abus de droit par fraude à la loi fiscale connaîtra un important élargissement, de la volonté *exclusive* d'éluder un impôt plus élevé à la volonté *déterminante* d'éluder cet impôt.

⁹⁵ Ce point de vue est celui adopté par la jurisprudence européenne. Voir not. CJCE, 21 févr. 2006, aff. 255/02, *Halifax*, évoquant la « *recherche exclusive d'un avantage prévu par la réglementation en créant artificiellement les conditions de son obtention* ». Dans le même sens, voir not. les conclusions du commissaire au gouvernement dans la décision *Sté Sagal* du Conseil d'État du 18 mai 2005 : « *Il n'y a abus de droit qu'en présence d'une série d'actes cohérents et convergents, passés en vue de créer une situation juridique ou économique artificielle à seule fin d'entrer dans les prévisions d'une disposition fiscale favorable.* »

⁹⁶ CE, 17 juill. 2013, n° 352989, *SARL Garnier Choiseul Holding* : *Dr. fisc.* 2013, n° 41, comm. 477, concl. F. Aladjidi, note. Fl. Deboissy et G. Wicker ; *RJF* 11/2013, n° 1064, p. 883, concl. F. Aladjidi.

⁹⁷ À savoir, outre le rétablissement de l'impôt normalement dû et le paiement d'intérêts de retard, une majoration de 80 % des impôts éludés en application de l'article 1729 du Code général des impôts.

⁹⁸ CC., 29 déc. 2013, n° 2013-685 DC, cons. 112 et s.

Section 2 – Volonté de porter atteinte aux droits ou intérêts d'autrui

Intention spécifiquement dirigée contre les droits ou intérêts d'autrui. Outre la volonté d'éluder une règle obligatoire, l'intention frauduleuse peut prendre la forme d'une volonté de porter atteinte aux droits ou intérêts d'autrui, autrement dit d'une *intention de nuire*. Dans certains cas, cette volonté peut être rapprochée de l'hypothèse précédente de contournement d'une règle obligatoire. En matière successorale, par exemple, le receleur, en même temps qu'il porte atteinte aux droits de ses copartageants, cherche à éluder la règle de l'égalité du partage⁹⁹. C'est pourquoi, comme le souligne depuis J. Vidal une doctrine majoritaire, l'ancienne distinction entre « *fraude à la loi* » et « *fraude aux droits d'autrui* » ne peut constituer une véritable *summa divisio*. D'autres fois, cependant, la volonté de porter atteinte aux droits ou intérêts d'autrui ne suppose la soustraction à aucune règle obligatoire. Dans tous les cas, le résultat produit par le fraudeur paraît « *illégitime* » dans l'exacte mesure où les droits et intérêts d'autrui, même lorsque leur atteinte ne suppose la soustraction à aucune règle obligatoire, sont protégés par l'ordre juridique. Plusieurs illustrations de l'intention frauduleuse définie comme la volonté de porter une telle atteinte peuvent être envisagées.

Fraude au droit de préemption d'un locataire par fixation d'un prix de vente dissuasif. En matière de bail d'habitation, l'article 15, II, de la loi du 6 juillet 1989 prévoit un droit de préemption au profit du locataire en cas de congé pour vendre. Le bailleur qui donne congé à son locataire en vue de vendre le logement occupé doit en effet indiquer, dans le congé, le prix et les conditions de la vente projetée, ce congé valant offre de vente. En application du principe de liberté contractuelle, le prix et les conditions de la vente projetée sont en principe librement déterminés par le bailleur. La jurisprudence, consacrée par l'article 15, IV, de la loi de 1989, admet toutefois que le congé puisse être annulé lorsqu'il est établi que le bailleur a mentionné un prix dissuasif dans le seul but d'évincer le locataire, bénéficiaire de ce droit de préemption. En apparence, dans une telle hypothèse, le droit de préemption du locataire n'est pas à proprement parler éludé : le propriétaire respecte l'obligation qui lui est faite de proposer prioritairement la vente du logement au locataire. En réalité, cependant, ce droit se trouve pour ainsi dire neutralisé. Le propriétaire-bailleur délivre un congé pour vendre sans avoir nullement l'intention de se dessaisir de son bien, dans le seul but d'évincer son locataire. Ce résultat étant illégitime alors même que le moyen employé (la fixation d'un prix élevé) semble licite, le locataire évincé peut invoquer la fraude affectant le congé délivré.

L'identification d'une fraude, dans cette situation, est d'autant plus difficile que la fixation du prix est en principe à la discrétion du vendeur. Le souhait du propriétaire de vendre son bien à un bon prix étant *a priori* légitime, le seul fait de proposer un prix supérieur au marché ne peut suffire à caractériser la fraude¹⁰⁰. Celle-ci peut en revanche être retenue lorsqu'il est établi que le congé pour

⁹⁹ *Supra*, p. 13.

¹⁰⁰ Par ex. Civ. 3, 19 avr. 2000, n° 98-18.123, Bull. civ. III, n° 81 ; *RDI* 2000, p. 400, obs. F. Collart-Dutilleul : la Cour de cassation approuve une cour d'appel d'avoir « *souverainement retenu que (...) l'intention frauduleuse des bailleuses ne pouvait résulter de leur désir de réaliser un profit modeste, en vendant leur bien* ».

vente a été délivré au locataire dans le seul but de « faire échec à ses droits »¹⁰¹, autrement dit de l'« évincer »¹⁰² en le « dissuadant »¹⁰³ d'exercer son droit légal de préemption.

Fraude aux droits des actionnaires minoritaires : coup d'accordéon frauduleux. La jurisprudence relative au coup d'accordéon frauduleux fournit une autre illustration de cette définition de l'intention frauduleuse. Opération propre aux sociétés de capitaux, le coup d'accordéon consiste, pour une société généralement en difficulté financière, à procéder à un double mouvement de réduction du capital (le cas échéant à zéro), entraînant l'annulation des actions existantes, puis d'augmentation de capital par émission d'actions nouvelles pouvant être réservées à un tiers repreneur¹⁰⁴. La validité de cette opération est admise par la jurisprudence depuis l'arrêt *Sté Usinor* de 1994¹⁰⁵, y compris lorsqu'elle s'accompagne de la suppression du droit préférentiel de souscription des associés¹⁰⁶, dès lors qu'elle se justifie, sur le terrain économique, par la volonté d'assurer la pérennité de l'entreprise. Le principe *fraus omnia corrumpit* peut cependant conduire à la remise en cause de la validité d'une telle opération lorsqu'il apparaît que le coup d'accordéon a été réalisé avec la volonté d'évincer les actionnaires minoritaires.

Le seul maintien du droit préférentiel de souscription des actionnaires minoritaires ne suffit pas, *ipso facto*, à écarter la fraude¹⁰⁷. Celle-ci peut notamment résulter, sans qu'un tel droit n'ait été supprimé, de la stipulation de conditions dissuasives tel qu'un délai de souscription trop bref¹⁰⁸ ou une prime d'émission excessive¹⁰⁹. Plus généralement, la caractérisation de cette fraude résulte d'une mise en balance entre l'intérêt de l'opération pour la société d'une part, le respect des droits des actionnaires minoritaires d'autre part. Dans tous les cas, l'élément intentionnel du coup d'accordéon frauduleux consiste dans la volonté, chez les actionnaires majoritaires, par le moyen d'une telle opération, de se débarrasser des actionnaires minoritaires¹¹⁰.

¹⁰¹ Civ. 3, 5 juill. 1995, n° 93-16.774, Bull. civ. III, n° 169, RDI 1995. 803 : le prix fixé par le propriétaire-bailleur « était excessif et avait été demandé afin de faire frauduleusement échec aux droits de la locataire ».

¹⁰² Aix-en-Provence, 17 sept. 2010, n° 08/21130 : « un congé pour vente peut être annulé pour fraude lorsque le prix proposé révèle l'intention du bailleur d'évincer le locataire ».

¹⁰³ Paris, 30 oct. 2018, n° 16/18236 : « offre manifestement destinée à dissuader le locataire d'exercer le droit de préemption légal » ; Montpellier, 27 juin 2019, n° 18/05780 : « le propriétaire qui donne congé est libre de fixer le prix qu'il souhaite mais (...) ce prix sera considéré comme frauduleux s'il a été fixé uniquement dans le dessein de dissuader ou d'empêcher le locataire d'acheter le bien ».

¹⁰⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^e éd., 2019, n° 1301.

¹⁰⁵ Com., 17 mai 1994, n° 91-21.364, Bull. civ. IV, n° 183 ; *BJS* 1994, p. 816, note J.-J. Daigre.

¹⁰⁶ Com., 18 juin 2002, *L'Amy*, n° 99-11.999, Bull. civ. IV, n° 108 ; *D.* 2003 p. 410, obs. D. Cohen.

¹⁰⁷ Voir par ex. Com., 7 mai 2019, n° 17-18.785 et n° 17-16.675 ; *Dr. sociétés* 2019, n° 8-9, comm. 142. Voir égal. sur ce point C. Coupet, « Nullité d'un coup d'accordéon frauduleux », *Dr. sociétés* 2017, n° 4, p. 43.

¹⁰⁸ Voir par ex. Paris, 26 juin 2012, n° 11/04043 ;

¹⁰⁹ Voir par ex. Com., 16 avr. 2013, n° 09-10.583 et 09-13.651 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 114, note R. Mortier.

¹¹⁰ Voir not. Com., 11 janv. 2017, n° 14-27.052 ; *Dr. sociétés*. 2017, n° 4, p. 43, obs. C. Coupet ; *Rev. sociétés* 2017, p. 294, note D. Schmidt ; *JCP E.* 2017, 1194, note R. Mortier : « l'ensemble de cette opération avait pour objectif essentiel d'évincer les actionnaires minoritaires sans qu'aucun des éléments produits n'établisse que cette éviction était justifiée par l'intérêt social de la société ».

Cette fraude, comme le dépôt de marque frauduleux précédemment envisagé¹¹¹, ne suppose par ailleurs la soustraction à aucune règle obligatoire¹¹² : la seule atteinte aux droits et intérêts des actionnaires minoritaires constitue un résultat suffisamment « *illégitime* » pour appeler l'application du correctif *fraus omnia corrumpit*, à moins que l'intérêt social ne justifie une telle atteinte. La théorie de la fraude révèle à travers ces exemples l'un de ses principaux atouts : son adaptabilité à l'ensemble des situations produisant un résultat inacceptable pour l'ordre juridique, en particulier une atteinte aux droits et intérêts d'autrui, avec ou sans contournement d'une règle obligatoire¹¹³.

Section 3 – Simple conscience du préjudice causé

Assimilation à la mauvaise foi. La jurisprudence se contente parfois, pour caractériser l'intention frauduleuse, de la seule conscience par le fraudeur du préjudice causé. Ces hypothèses font écho à la difficulté qu'il y aurait dans certains cas à établir positivement une volonté de porter atteinte aux droits et intérêts d'autrui. Comme le soulignait J. Vidal : « *Dans la grande majorité des cas, le premier objectif [du fraudeur] n'est ni d'éviter la loi, ni de frauder les tiers, mais simplement de satisfaire ses intérêts malgré la loi et malgré les droits opposés des tiers.* » La définition de l'intention frauduleuse comme simple conscience du préjudice causé, avoisinant la mauvaise foi, permet ainsi d'appréhender des situations dans lesquelles le seul fait d'agir contre les droits ou intérêts des tiers *malgré* la connaissance du préjudice causé constitue un comportement ne pouvant être admis par l'ordre juridique. La fraude paulienne (§1) et la fraude aux droits du premier acquéreur d'un bien soumis à des formalités de publicité foncière (§2) illustrent cette définition de l'intention frauduleuse.

§1 – Fraude paulienne

Éléments constitutifs. Prévue par l'article 1341-2 du Code civil (ancien art. 1167), l'action paulienne permet à un créancier de faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par un débiteur « *en fraude de ses droits* ». Selon une jurisprudence ancienne et constante, cette fraude suppose, outre l'existence d'un acte portant atteinte aux droits du créancier (élément matériel), la caractérisation d'une intention frauduleuse (élément moral) en la personne du débiteur. Elle suppose en outre, lorsque l'acte litigieux est à titre onéreux, que le tiers cocontractant ait eu « *connaissance de cette fraude* » (C. civ., art. 1341-2).

¹¹¹ *Supra*, p. 15.

¹¹² C. Coupet souligne d'ailleurs dans ce contexte les limites de la théorie classique de la fraude : « *L'on relèvera (...) que les éléments constitutifs de la fraude ne sont pas précisément caractérisés. Quelle est la règle que le majoritaire, par son comportement, a tenté d'éviter ? Les règles de convocation ? Le droit de propriété ? Les règles de majorité ? Il est bien difficile de le dire à défaut de critère de validité précis du coup d'accordéon. (...) Si un critère devait se dégager de l'arrêt, ce serait celui de l'intérêt social* » (*Dr. sociétés* 2017, *op. cit.*).

¹¹³ Voir not. S. Schiller : « *La fraude permet de sanctionner un résultat inacceptable (...) sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'un texte a été contourné. (...) Il est donc inutile d'établir nécessairement le texte violé, ce qui améliore l'efficacité du procédé, en particulier en droit des sociétés. Pour qualifier de frauduleuse une assemblée générale réunie en plein mois d'août (...), s'il fallait caractériser un détournement de l'esprit ou du but de la loi, il faudrait déceler le sens des règles de droit dont la mise en œuvre a été contestée. L'exercice serait divinatoire.* » (« La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2014, p. 211)

Élargissement de la définition de l'intention frauduleuse du débiteur. La première condition ouvrant droit à l'action paulienne est la fraude reprochée au débiteur. Cette fraude a longtemps supposé, selon la jurisprudence, une véritable intention de nuire, autrement dit une volonté positive de tenir en échec les droits du créancier. Cette définition a néanmoins été élargie par la Cour de cassation qui considère, depuis des arrêts du 13 mars 1973¹¹⁴ (concernant un acte à titre gratuit) et du 17 octobre 1979¹¹⁵ (concernant un acte à titre onéreux), que la fraude paulienne « *résulte de la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité* ». Reprenant cette définition, la première chambre civile a par la suite confirmé, dans un arrêt du 29 mai 1985¹¹⁶, que « *la fraude paulienne n'implique pas nécessairement l'intention de nuire* ».

Nature de cet élargissement. En abandonnant l'intention de nuire au profit de la seule conscience du préjudice causé, la Cour de cassation a procédé à un important élargissement de l'élément moral de la fraude paulienne. Comme le soulignent plusieurs auteurs : « *La différence entre les deux formulations n'est pas seulement littérale. Il se peut, en effet, que le débiteur, tout en étant conscient de sa situation, ait avant tout pensé aux intérêts de ses proches et qu'il ait même cru pouvoir les gratifier.* »¹¹⁷ S'agit-il cependant d'un élargissement substantiel, affectant la définition même de l'intention requise de la part du débiteur, ou d'une simple présomption, opérant déplacement de l'objet de la preuve ? Les auteurs précités optent pour cette seconde hypothèse. Affirmant que « *par définition, la fraude implique toujours l'intention de nuire, donc un dol civil* », ils soulignent que « *la preuve positive d'une telle intention est particulièrement difficile à rapporter* » et font ainsi valoir que la jurisprudence, en se contentant de la simple conscience du préjudice causé, a simplement admis la preuve indirecte de cette intention frauduleuse¹¹⁸. La contrariété entre cette affirmation et les termes employés par la Cour de cassation dans son arrêt du 29 mai 1985 ne peut toutefois manquer de surprendre. La haute juridiction n'a-t-elle pas justement affirmé que « *la fraude paulienne n'implique pas nécessairement l'intention de nuire* » ?

La discussion n'est pas dépourvue de conséquences pratique. S'il s'agit d'une présomption, en effet, celle-ci, établie par la jurisprudence et non par le législateur, est en principe réfragable¹¹⁹. Le créancier exerçant l'action paulienne pourrait certes, afin de prouver l'intention de nuire de son débiteur, établir que ce dernier avait conscience du préjudice qu'il lui causait par les actes litigieux. Mais le débiteur pourrait combattre cette présomption en rapportant la preuve d'un autre motif que l'intention de nuire. Il pourrait par exemple faire valoir que son acte, bien qu'ayant causé un

¹¹⁴ Civ. 1, 13 mars 1973, n° 70-13.858, Bull. civ. I, n° 92 ; JCP 1974. II. 17782, obs. J. Ghestin.

¹¹⁵ Civ. 1, 17 oct. 1979, n° 78-10.564, Bull. civ. I, n° 249 ; JCP 1981. II. 19627, obs. J. Ghestin ; *Deffrénois* 1980, art. 32348, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1980. 766, obs. Chabas ; H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chenedé, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 252.

¹¹⁶ Civ. 1, 29 mai 1985, n° 83-17.329, Bull. civ. I, n° 163 ; *Deffrénois* 1986, art. 33694, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1985, IV, p. 275 ; *RTD civ.* 1986, p. 601, obs. J. Mestre.

¹¹⁷ F. Terré, P. Simmler, Y. Lequette, F. Chenedé, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2018, n° 1595.

¹¹⁸ « *De cette conscience, si elle est établie, il est possible de déduire, sans abus et sans distorsion des conceptions, le fait inconnu qu'est l'intention de nuire.* » (F. Terré, P. Simmler, Y. Lequette, F. Chenedé, *Ibid.*)

¹¹⁹ Les auteurs précités le reconnaissent eux-mêmes : « *Lorsque l'intention de nuire [du débiteur] n'est pas positivement prouvée, mais est déduite de la conscience du préjudice causé, il faut admettre que le défendeur puisse détruire la présomption de fraude par la preuve d'un but légitime de son acte.* » (*Ibid.*, n° 1597)

préjudice à son créancier, répondait au premier chef à la volonté de protéger son conjoint ou ses enfants. Le débiteur aurait agi *malgré* la conscience du préjudice causé à son créancier mais sans l'intention *positive* de causer ce préjudice. Affirmer que l'élargissement opéré par la jurisprudence constitue une simple présomption revient ainsi à admettre que dans certaines hypothèses, bien que la conscience du préjudice causé soit établie, la présomption d'intention de nuire soit combattue par le demandeur avec suffisamment de vraisemblance pour être renversée.

C'est pourtant le contraire qu'affirmait l'arrêt du 29 mai 1985. En l'espèce, la Cour de cassation reprochait aux juges du fond d'avoir rejeté l'action paulienne au motif que, s'il était établi que le débiteur ne pouvait qu'avoir conscience du préjudice causé à son créancier, il n'était pas en revanche démontré qu'il avait agi avec l'intention positive de causer ce préjudice. En censurant cette décision pour défaut de base légale, la Cour de cassation affirmait que « *la fraude paulienne n'implique pas nécessairement l'intention de nuire* ». L'étude de la jurisprudence relative à la fraude paulienne ne permet du reste d'identifier aucune décision ayant admis, après avoir présumé l'intention frauduleuse du débiteur, que ce dernier renverse cette présomption en faisant valoir que malgré sa conscience du préjudice occasionné à son créancier, il n'avait pas agi dans le but de nuire à ce dernier¹²⁰. C'est pourquoi il semble plus exact de considérer que l'abandon par la jurisprudence de l'intention de nuire au profit de la simple conscience du préjudice causé ne constitue pas une présomption mais un véritable élargissement substantiel¹²¹.

Cet élargissement se justifie par la volonté de sauvegarder la force obligatoire des contrats en permettant aux tribunaux de ne pas s'embarasser de considérations excessivement psychologiques. Un débiteur accomplissant *en toute connaissance de cause* un acte causant un préjudice à son créancier porte une atteinte illégitime aux droits de ce dernier, peu important qu'il soit animé par une véritable intention de nuire ou qu'il ait simplement, fermant les yeux sur le préjudice ainsi causé, souhaité poursuivre des objectifs plus avouables (par exemple assurer la sécurité financière de ses proches). La jurisprudence est désormais indifférente à de telles distinctions.

§2 – Conflit entre acquéreurs successifs d'un même immeuble

Conflit de droits entre deux acquéreurs successifs. L'article 1198, alinéa 2, du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, dispose que « *lorsque deux acquéreurs successifs de droits portant sur un même immeuble tiennent leur droit d'une même personne, celui qui a, le premier, publié son titre d'acquisition passé en la forme authentique au fichier immobilier est préféré, même si son droit est postérieur, à condition qu'il soit de bonne foi* ». Cet article tranche une difficulté classique, à propos de laquelle l'adage

¹²⁰ Les auteurs précités ne citent aucune décision qui admettrait un tel renversement et soutiendrait leur affirmation. Ils relèvent au contraire : « *La rareté du contentieux, à ce sujet, confirme le bien-fondé de la définition large de la fraude retenue par la jurisprudence.* » (*Ibid.*, p. 1665, n° 1597)

¹²¹ Voir en ce sens *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2 : « *En décidant que la fraude paulienne résulte de la seule connaissance qu'a eue le débiteur du préjudice qu'il causait au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité et en censurant les juges du fond qui avaient requis la preuve de l'intention de nuire, la haute juridiction semble bien vouloir indiquer que cette connaissance se suffit à elle-même.* »

fraus omnia corrumpit est apparu pour la première fois dans le commentaire (anonyme) d'un arrêt de cassation de 1855¹²². L'hypothèse concerne l'acquisition successive d'un même immeuble par deux personnes entre les mains d'un même vendeur. Dans les rapports entre les parties, l'effet translatif s'opérant *solo consensu*, le premier acquéreur devient propriétaire dès la conclusion du contrat. Mais cette propriété n'est opposable aux tiers que grâce à des formalités de publicité foncière. D'où une possible fraude : lorsque le premier acquéreur tarde à accomplir ces formalités, le vendeur peut accepter de céder son bien une seconde fois, à un autre acquéreur, lequel n'a plus alors qu'à publier cette vente en premier pour qu'elle devienne opposable au premier acquéreur. En présence d'un tel conflit, la loi du 23 mars 1855 et désormais le décret du 4 janvier 1955 donnent la préférence à l'acquéreur ayant le premier procédé aux formalités de publicité foncière. Cette règle de priorité du premier publiant a l'avantage d'offrir une importante sécurité juridique. Elle a toutefois l'inconvénient de permettre à un vendeur peu scrupuleux, désireux de réaliser une seconde fois le prix de vente ou séduit par l'offre d'un prix supérieur, de céder une seconde fois un même immeuble à un individu lui-même peu scrupuleux qui se dépêchera de publier cette cession. Ni la loi du 23 mars 1855, ni le décret du 4 janvier 1955 n'envisageant la sanction de cette manœuvre, il est revenu à la jurisprudence de déterminer le sort de la seconde vente réalisée en fraude des droits du premier acquéreur. Les solutions rendues à ce propos ayant oscillé, et la doctrine étant elle-même très divisée sur la question, l'ordonnance du 10 février 2016 a dû trancher entre des solutions contradictoires. L'article 1198, alinéa 2, du Code civil est le fruit de cet arbitrage.

De l'exigence d'un « concert frauduleux » à la simple mauvaise foi. Les oscillations de la jurisprudence concernant la caractérisation de cette fraude fournissent une remarquable illustration de la diversité des conceptions de l'intention frauduleuse pouvant parfois être retenues. Dans un premier temps, dans un arrêt de 1858¹²³ ayant affirmé (parmi les premiers) le principe selon lequel « la fraude fait exception à toutes les règles », la Cour de cassation avait exigé, pour faire exception à l'efficacité de la publication du second acquéreur, que soit rapportée la preuve d'un véritable « concert frauduleux » entre ce dernier et le vendeur. Plus tard, dans un arrêt de 1925, la Cour de cassation avait précisé qu'un tel concert nécessitait l'existence de « manœuvres dolosives ayant pour but de dépouiller le premier acquéreur »¹²⁴. Le principe demeurait en tout cas que la connaissance de la première vente par le second acquéreur était insuffisante. Ce dernier ne commettait « aucune fraude » en « profitant d'un avantage offert par la loi elle-même à l'acquéreur le plus diligent »¹²⁵.

Cette solution suscita des critiques aussi vives que pertinentes. En particulier, dans une célèbre note, R. Savatier faisait valoir qu'une telle distinction était excessivement subtile : « comment supposer

¹²² « Attendu que la fraude fait exception à toutes les règles ; que si la transcription a été faite par suite d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, elle ne peut produire aucun effet » (note anonyme sous Cass. civ. 26 mars 1855, DP, 1855, 1, spéc. p. 326 ; voir not. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, op. cit.)

¹²³ Cass. req., 8 déc. 1858, DP 1859, I, p. 184 : « si la transcription a été faite par suite d'un concert frauduleux entre le vendeur et l'acquéreur, elle ne peut produire aucun effet ».

¹²⁴ Civ., 7 déc. 1925 ; DP 1926, I, p. 185, note R. Savatier.

¹²⁵ *Ibid.*

un second acquéreur, qui sait une première aliénation faite et non transcrite, allant trouver le vendeur et obtenant de lui une aliénation nouvelle, sans supposer du même coup entre eux une entente, au moins à demi-mot, pour dépouiller le premier acquéreur de l'immeuble, au mépris de la parole donnée par un des partenaires, bref un concert frauduleux au sens où ce mot avait jusqu'ici été entendu ? » La distinction entre la simple connaissance de la première vente par le second acquéreur (autrement dit sa mauvaise foi) et l'existence d'un « concert frauduleux » entre cet acquéreur et le vendeur, semblait nécessiter des raisonnements excessivement psychologiques. Le vendeur étant lui-même de mauvaise foi¹²⁶, la connaissance par le second acquéreur de cette vente ne pouvait-elle suffire à caractériser une volonté de porter atteinte aux droits du premier acquéreur, par conséquent une véritable fraude ? Le même auteur concluait : « Distinguer entre la simple mauvaise foi et un concert frauduleux, c'est poursuivre le vide, car, par définition, cette mauvaise foi s'unit nécessairement, dans la seconde vente, à celle du vendeur qui viole son premier engagement, et une telle conjonction de mauvaises foies, qu'est-ce donc, sinon le concert frauduleux que l'on condamne ? »¹²⁷

Le glissement de la fraude vers la simple mauvaise foi fut finalement opéré par les arrêts *Vallet* de 1968¹²⁸ et *Himatte* de 1974¹²⁹, se contentant chez le second acquéreur de la connaissance des droits concurrents non publiés du premier acquéreur. Cet élargissement peut être approuvé pour les raisons déjà décrites : la différence entre la fraude et la simple mauvaise foi du second acquéreur, dans cette hypothèse, apparaît trop ténue¹³⁰.

Fondement de la sanction : fraude ou faute délictuelle ? Dans le même temps, avec les arrêts *Vallet* et *Himatte*, la Cour de cassation abandonna le fondement de la fraude pour asseoir sa solution sur l'ancien article 1382 du Code civil et la simple faute délictuelle du second acquéreur. Une telle substitution était critiquable à plusieurs égards. La responsabilité civile, d'application bien plus large que la fraude, pouvait d'abord sembler trop imprécise¹³¹ et par conséquent génératrice d'insécurité juridique¹³². Au-delà de ces critiques, il semble que le principe *fraus omnia corrumpit* décrit de façon plus adéquate que la notion de faute délictuelle tant la nature (inopposabilité au premier acquéreur de la publication effectuée par le second) que le fondement de la sanction retenue. Expriment la

¹²⁶ Sauf à supposer que le vendeur ignore la première vente (hypothèse envisagée par J. Vidal, *op. cit.*, p. 286). Cette hypothèse est en pratique extrêmement rare. Pour un exemple, voir Civ. 1, 17 oct. 1961, Bull. civ. I, n° 467 ; *JCP G.* 1962, II, 12758, note Bulté (où cet auteur relève que « le vendeur n'avait même pas été appelé à l'instance et il est tout à fait probable qu'ayant traité avec la même personne dans le premier acte sous seing privé et dans le second acte authentique, il avait tout ignoré de la fraude commise par cette personne »).

¹²⁷ R. Savatier, *DP* 1926, I, 185, note ss Civ., 7 déc. 1925. La même critique est formulée par J. Vidal, qui reconnaît que « la mise en œuvre de cette distinction est délicate » (*op. cit.*, p. 286). On la retrouve encore sous la plume de J.-D. Bredin, pourtant opposé à l'élargissement de la fraude à la simple mauvaise foi : « l'entente frauduleuse n'est pas facile à distinguer de la simple connaissance d'une aliénation antérieure, et cette recherche, qui suppose une subtile analyse d'intention, ouvre la voie à l'arbitraire » (*RTD Civ.* 1964, p. 141, note ss Civ. 1, 8 juin 1963).

¹²⁸ Civ. 3, 22 mars 1968, Bull. civ. III, n° 129 ; *D.* 1968, p. 412, note. Mazeaud ; *RTD civ.* 1968, p. 546, note. JD Bredin.

¹²⁹ Civ. 3, 30 janv. 1974, Bull. civ. III, n° 50 ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *op. cit.*, n° 178.

¹³⁰ Voir aussi, en ce sens, Ph. Simler et Ph. Delebecq : « le critère de la mauvaise foi est seul de nature à permettre de sanctionner effectivement la fraude » (*Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 7^e éd., 2016, n° 893).

¹³¹ Voir S. Piedelièvre, *La publicité foncière*, LGDJ, 2000, n° 442 : « La notion de faute délictuelle est imprécise. Elle offre aux tribunaux un pouvoir d'appréciation particulièrement large. »

¹³² Voir not. J.-D. Bredin, *RTD civ.* 1968, n° 565 (n. ss Civ. 3, 30 janv. 1974) : « L'article 1382 a suffisamment fait de ravages dans notre droit, pour qu'il ne lui soit pas aussi permis de détruire la publicité foncière. »

réprobation de l'ordre juridique devant le fait, pour un individu, de faire jouer les règles de droit les unes contre les autres et de produire ainsi, par l'emploi d'un moyen *a priori* licite, un résultat illégitime, la fraude décrit en effet au plus près le comportement du second acquéreur qui, en pleine connaissance des droits non publiés du premier acquéreur, entend bénéficier de l'application des règles de la publicité foncière afin de dépouiller cet acquéreur. C'est pourquoi le déplacement du problème étudié du terrain du principe *fraus omnia corrumpit*, sur lequel il est apparu au milieu du XIX^{ème} siècle, vers celui de la responsabilité civile délictuelle, pouvait être regretté.

Solution actuelle : élargissement de la fraude à la simple mauvaise foi. L'article 1198, alinéa 2, du Code civil, porte la trace de cette hésitation quant au fondement de la sanction, puisqu'il ne mentionne pas la fraude et se contente d'ajouter, pour l'opposabilité des droits de l'acquéreur publiant le premier, une condition de « *bonne foi* ». Le résultat est identique : renouant avec les arrêts *Vallet* et *Himmatte* contre une évolution plus récente (et regrettable) de la jurisprudence¹³³, l'ordonnance du 10 février 2016 a confirmé l'élargissement de la définition de l'intention frauduleuse à la simple mauvaise foi, simple connaissance des droits du premier acquéreur.

Section 4 – Autres définitions particulières

Diversité de ces définitions. L'intention frauduleuse, volonté de parvenir à un résultat illégitime, revêt des formes différentes selon le résultat visé. Cette intention peut ainsi recevoir des définitions spécifiques, parfois *sui generis*, qui ne se laissent assimiler à aucune des définitions précédentes. En raison de leur plus grande rareté dans la jurisprudence, ces fraudes peuvent être envisagées de façon « *résiduelle* » mais n'en sont pas moins autonomes. Deux exemples peuvent être mentionnés, qui n'épuisent pas la variété de ces définitions dans le droit positif.

Volonté de provoquer l'application d'une règle de droit contrairement à sa finalité. L'arrêt *Taleb* déjà évoqué¹³⁴ fournit l'illustration d'une fraude dont le résultat consiste ni à éluder une règle obligatoire, ni à porter atteinte aux droits et intérêts d'autrui, mais à provoquer l'application d'une règle de droit en la détournant de sa finalité ou de son emploi normal. En l'espèce, ce détournement consistait, pour les époux *Taleb*, à provoquer l'application de l'article 37-1 du Code de la nationalité permettant l'acquisition de la nationalité française par simple déclaration à raison du mariage. La Cour de cassation, rappelant que « *ce texte ne peut être appliqué lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie du remariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale* », avait caractérisé un véritable détournement¹³⁵, résultat illégitime justifiant l'application du correctif *fraus omnia corrumpit*.

¹³³ Civ. 3, 10 févr. 2010, n° 08-21.656, Bull civ. III, n° 41 ; *Defrénois*, 2010, art. 39123-1, note. S. Piédelièvre ; *RDC* 2010. 895, obs. S. Pimont. Premier arrêt d'une série admettant à nouveau l'opposabilité de la vente malgré la mauvaise foi du second acquéreur (voir not., rendu sous l'empire du droit ancien mais postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 : Civ. 3, 4 oct. 2018, n° 17-15.425 ; *D.* 2019, p. 490, M. Mekki).

¹³⁴ *Supra*, p. 16.

¹³⁵ De ce point de vue, la fraude peut être rapprochée de l'abus de droit. Pour ce rapprochement, voir not. F. Dournaux : « *Sous cet angle, la fraude se définit véritablement comme un abus du droit ; elle est au droit objectif ce que l'abus de droit est aux droits subjectifs. Il y a d'ailleurs une parenté très forte entre ces notions qui, toutes*

En pratique, de très nombreuses fraudes, dans la mesure où elles consistent à produire un résultat illégitime par l'emploi d'un moyen licite, supposent le « *détournement* » d'une règle de droit. Le moyen employé n'est en effet licite que dans la mesure où il se conforme à certaines règles juridiques. Ces règles sont pourtant détournées de leur finalité : le fraudeur les manipule en vue de produire un résultat inadmissible pour l'ordre juridique dans son ensemble¹³⁶. Ainsi, par exemple, la personne qui effectue un dépôt de marque frauduleux « *détourne* » le droit des marques de sa finalité¹³⁷. De même, dans l'abus de droit par fraude à la loi fiscale, le fraudeur qui entend éluder ou atténuer les charges fiscales qu'il aurait dû normalement supporter recherche pour cela « *le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs* »¹³⁸. Du point de vue du moyen employé, la fraude suppose ainsi très fréquemment le détournement d'une règle de sa finalité. Mais dans la plupart des cas, le résultat produit ne se limite pas à ce détournement : il s'agit le plus souvent d'éluder une règle obligatoire ou de porter atteinte aux droits et intérêts d'autrui. La fraude par provocation de l'application illégitime d'une règle de droit constitue en cela une exception. Lorsque le résultat produit ne suppose ni soustraction à une règle obligatoire, ni atteinte aux droits et intérêts d'autrui, l'intention frauduleuse peut être définie comme la volonté de produire ce résultat en tant que tel : l'application d'une règle détournée de sa finalité ou de son emploi normal. L'arrêt *Taleb* en constitue l'exemple le plus célèbre, bien que relativement isolé.

Définitions *sui generis*. Exemple de la « fraude au jugement » au sens de l'article 595 CPC.

Dans d'autres hypothèses, notamment prévues par le législateur (fraudes « *spéciales* »), l'intention frauduleuse reçoit enfin une définition *sui generis*. La « *fraude au jugement* » au sens de l'article 595 du Code de procédure civile en constitue une importante illustration. Selon cet article, le recours en révision – qui « *tend à faire rétracter un jugement passé en force de chose jugée pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit* » (C. pr. civ., art. 593) – peut notamment être formé « *s'il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue* ». Cette cause d'ouverture du recours en révision, « *voie extraordinaire* »¹³⁹ qui ne saurait être instrumentalisée par un plaideur négligent, suppose de caractériser une intention frauduleuse¹⁴⁰ consistant en une véritable « *tromperie délibérée* »¹⁴¹, un « *comportement volontairement déloyal* »¹⁴² de la part d'une partie. Cette intention, volonté de « *surprendre* » (c'est-à-dire de fausser) la décision d'une juridiction, ne suppose ni soustraction à

deux, ont fonction de remédier à l'emploi déraisonnable du ou d'un droit et, d'une manière plus globale, de préserver les finalités de l'ordre juridique. » (op. cit.)

¹³⁶ Sous cet angle, comme le souligne F. Dournaux, « *la fraude se définit véritablement comme un abus du droit : elle est au droit objectif ce que l'abus de droit est aux droits subjectifs. Il y a d'ailleurs une parenté très forte entre ces notions qui, toutes deux, ont fonction de remédier à l'emploi déraisonnable du ou d'un droit et, d'une manière plus globale, de préserver les finalités de l'ordre juridique.* » (op. cit.)

¹³⁷ *Supra*, p. 16.

¹³⁸ Livre des proc. fiscales, art. L. 64 (*supra*, p. 24).

¹³⁹ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 34^e éd., 2018, n° 1367.

¹⁴⁰ Voir par ex. Civ. 3, 14 déc. 2017, n° 16-25.996 : « *aucun agissement susceptible d'être qualifié de fraude ne pouvait être relevé à son encontre alors qu'aucune intention frauduleuse n'était démontrée* »

¹⁴¹ Par ex. Civ. 3, 5 mai 2009, n° 08-13.661 ; *Procédures*, juill. 2009, n° 228, obs. Perrot ; Civ. 1, 11 mars 2010, n° 09-11.809 ; *Procédures*, mai 2010, n° 173, obs. Perrot ; Civ. 2, 21 févr. 2013, n° 12-14.440 ; *Procédures* 2013, comm. 142, obs. Perrot. Civ. 3, 10 nov. 2016, n° 14-25.318.

¹⁴² Par ex. Civ. 1, 7 nov. 2018, n° 17-26.545.

une règle obligatoire, ni atteinte aux droits et intérêts d'autrui, ni application d'une règle de droit contrairement à sa finalité ou son emploi normal. Épousant la fraude à laquelle elle correspond, cette intention frauduleuse ne se laisse ramener à aucune des définitions précédemment envisagées.

Conclusion partielle. À travers la grande diversité des agissements frauduleux sanctionnés par le législateur (fraudes « spéciales ») et la jurisprudence (correctif *fraus omnia corrumpit*), il apparaît que *l'intention frauduleuse consiste toujours dans la volonté de parvenir à un résultat illégitime*. Cette définition générale n'est cependant jamais mobilisée en tant que telle devant les tribunaux, qui lui préfèrent des définitions particulières, ajustées aux fraudes qu'il s'agit de sanctionner. La caractérisation d'une fraude suppose donc toujours, dans un premier temps, d'identifier le type d'intention frauduleuse devant être établie. Une fois cette identification effectuée, reste à prouver cette intention.

TITRE 2 – PREUVE DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

Difficulté de cette preuve. Dès lors que le juge ne peut sonder la conscience des plaideurs, la preuve de l'intention frauduleuse constitue en pratique une importante difficulté, à tel point que la théorie de la fraude peut apparaître aux professionnels du droit, en premier lieu aux avocats, comme un fondement difficile à invoquer dans certains contentieux. Afin d'envisager l'ensemble des questions relatives à la preuve de l'intention frauduleuse, il convient d'étudier successivement :

- **Chapitre 1** – Objet de la preuve
- **Chapitre 2** – Charge et risque de la preuve
- **Chapitre 3** – Modes de preuve : jeu des présomptions judiciaires

CHAPITRE 1 – OBJET DE LA PREUVE

La caractérisation d'une fraude suppose toujours que soit rapportée la preuve de l'intention frauduleuse de l'auteur de cette fraude (**Section 1**). À cette exigence s'ajoute parfois celle de rapporter la preuve la complicité intentionnelle d'un tiers (**Section 2**).

Section 1 – Preuve de l'intention frauduleuse de l'auteur de la fraude

Preuve d'une intention frauduleuse particulière. Conformément aux règles générales concernant la preuve et son administration, seuls les faits pertinents et contestés doivent être prouvés à l'occasion d'une instance¹⁴³. S'agissant d'une allégation de fraude, la preuve de l'ensemble des éléments constitutifs de cette fraude doit être rapportée. Toute fraude supposant un auteur, c'est d'abord l'intention frauduleuse de cet auteur qui doit être prouvée. La définition générale de cette intention comme volonté de produire un résultat illégitime n'est jamais mobilisée en tant que telle devant les tribunaux, qui lui préfèrent des définitions ajustées aux agissements frauduleux qu'ils sanctionnent. L'intention devant être prouvée est donc toujours une intention particulière.

¹⁴³ A. Aynès, X. Vuitton, *Droit de la preuve*, LexisNexis, 2^e éd., 2017, n° 45 et s.

Section 2 – Preuve de l'intention frauduleuse d'un éventuel complice

Éventuelle exigence de cette preuve. Certaines fraudes ne nécessitent l'intervention d'aucun tiers. Ainsi, par exemple, le propriétaire qui délivre un congé pour vente à son locataire et fixe un prix de vente excessif dans le seul but de le dissuader d'acquérir le logement occupé, n'a besoin d'aucun complice. Dans une telle hypothèse, la seule intention frauduleuse devant être prouvée est celle de l'auteur de la fraude. D'autres schémas frauduleux, cependant, nécessitent l'intervention d'un tiers. Celui-ci pouvant être de bonne foi, il revient à la loi ou la jurisprudence de déterminer si sa complicité (intentionnelle) doit ou non être prouvée afin de sanctionner la fraude.

De façon générale, il apparaît que la complicité du tiers n'est requise que lorsque les agissements litigieux ont fait naître pour ce tiers des droits qu'il serait injuste de remettre en cause sur le fondement d'une fraude à laquelle il n'a nullement participé. La doctrine admet en effet généralement que la répression de la fraude, sauf exception, ne doit pas aller jusqu'à porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi. Deux exemples illustrent cette exigence d'une complicité frauduleuse au nom de l'exigence de sécurité juridique et de la préservation des intérêts d'un tiers : la fraude paulienne et la question (controversée) de l'annulation d'une société pour fraude.

Fraude paulienne : nécessaire intervention d'un tiers contractant. La fraude paulienne suppose la participation d'un tiers qui, en contractant avec le débiteur, contribue à porter atteinte aux droits du créancier. Le succès de l'action paulienne étant nécessairement préjudiciable pour ce tiers contractant, qui se verra privé de la possibilité de se prévaloir de l'acte litigieux, la question s'est posée de l'équilibre à préserver entre les intérêts du créancier et les intérêts de ce tiers.

Distinction entre les actes à titre gratuit ou onéreux. Depuis le droit romain et de façon constante, la jurisprudence distingue selon que l'acte attaqué sur le fondement de l'action paulienne est un acte à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le premier cas, la complicité intentionnelle du tiers n'est pas requise¹⁴⁴. Dans le second, au contraire, il est nécessaire d'établir l'intention frauduleuse de ce tiers contractant¹⁴⁵. La plupart des auteurs s'accordent pour considérer que cette distinction est justifiée par une comparaison des intérêts en présence, conformément à l'adage latin « *Qui certat de damno vitando anteponendus est ei qui certat de lucro captando* » (« Celui qui lutte pour éviter un dommage doit être préféré à celui qui lutte pour acquérir un bénéfice »)¹⁴⁶.

Lorsque l'acte est à titre gratuit, l'intérêt du créancier l'emporte sur celui du tiers contractant : tandis que le premier lutte pour éviter une perte, le second ne vise qu'à conserver un gain. La bonne ou

¹⁴⁴ Req. 30 juin 1839, S. 1840. 1. 227 ; Civ. 1, 1^{er} juill. 1975, Bull. civ. I, n° 213 ; Com., 22 mai 1978, Bull. civ. IV, n° 139 ; Civ. 1, 24 janv. 2006, n° 02-15.295 ; plus récemment, Civ. 1, 15 mai 2015, n° 14-16.652.

¹⁴⁵ Civ. 1, 23 avr. 1981, Bull. civ. I, n° 109 ; D. 1981. 5. 395 ; Civ. 1, 27 juin 1984, Bull. civ. I, n° 211 ; plus récemment, sur le fondement de l'ancien article 1167 du Code civil : Civ. 1, 17 mars 2016, n° 14-30.091.

¹⁴⁶ Voir not. Terré, Simmler, Lequette, Chenedé, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1600 : « Entre le manque à gagner de l'un et la perte positive de l'autre, la balance penche du côté du second. » D'autres auteurs considèrent que c'est l'enrichissement injustifié du tiers bénéficiaire d'un acte à titre gratuit conclu en fraude aux droits du créancier qui justifie cette solution. Ainsi, selon Ripert : « Le donataire ne peut pas accepter de s'enrichir injustement aux dépens des créanciers de son donateur » (*La règle morale dans les obligations civiles*, n° 169).

mauvaise foi du tiers contractant est par conséquent indifférente : les droits du créancier doivent toujours l'emporter. À l'inverse, s'agissant d'un acte à titre onéreux, l'intérêt du créancier ne peut l'emporter *a priori* sur celui de ce tiers. Lorsque celui-ci est de bonne foi (autrement dit lorsqu'il n'avait pas connaissance de la fraude), la sécurité des transactions justifie que son droit ne puisse être contesté par le créancier. L'article 1341-2 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance de 2016, a confirmé cette distinction à laquelle l'ancien article 1167 ne faisait pas référence.

Intention frauduleuse du tiers contractant à titre onéreux. L'article 1341-2 du Code civil prévoit ainsi que le créancier attaquant un acte sur le fondement de l'action paulienne doit établir, « *s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude* ». Ce faisant, en plus de confirmer la distinction précitée, cet article reprend la solution qu'avait retenue la jurisprudence concernant l'intention frauduleuse de ce tiers contractant. Après d'importantes hésitations¹⁴⁷, la Cour de cassation avait en effet aligné la définition de cette intention sur celle du débiteur : la seule connaissance du préjudice causé au créancier par l'acte litigieux¹⁴⁸, en d'autres termes la seule « *connaissance de la fraude* »¹⁴⁹ par le tiers contractant suffit à sanctionner cette fraude.

Nullité d'une société pour fraude en cas de concours de tous les associés. L'action en nullité d'une société pour fraude fournit probablement une autre illustration de la nécessité de prouver la fraude d'un tiers. Dans son célèbre arrêt *Demuth* du 28 janvier 1992¹⁵⁰, la chambre commerciale a en effet admis qu'une société à responsabilité limitée constituée dans un but frauduleux puisse être annulée, en rattachant directement cette sanction à l'ancien article 360 de la loi du 24 juillet 1960 relatif aux causes de nullité des sociétés¹⁵¹. La haute juridiction a ce faisant indiqué que la fraude constituait à ses yeux une cause autonome de nullité d'une société. Censurant l'arrêt de la Cour d'appel pour défaut de base légale, elle a cependant affirmé qu'une telle sanction était subordonnée à la preuve du concours (c'est-à-dire de l'intention frauduleuse) de tous les associés¹⁵².

Compatibilité de cette solution avec le droit européen. Bien que cette solution n'ait jamais, depuis lors, été expressément abandonnée par la chambre commerciale, la possibilité d'annuler une société sur le fondement du principe *fraus omnia corrumpit* demeure controversée au regard du droit

¹⁴⁷ La jurisprudence exigeait tantôt l'intention de nuire (par ex. Req. 20 juill. 1875 ; *DP* 1876. 243 ; Req. 12 janv. 1926 ; *S.* 1926. 1. 183), tantôt la conscience du préjudice causé au créancier (Req. 25 juin 1895 ; *S.* 1899. 1. 491).

¹⁴⁸ Civ. 1, 29 mai 1985, n° 83-17.329, *Bull. civ. I*, n° 163 (*RTD civ.* 1986, p. 601, obs. Mestre) : « *Attendu que la fraude paulienne n'implique pas nécessairement l'intention de nuire ; qu'elle résulte de la seule connaissance que le débiteur et son co-contractant à titre onéreux ont du préjudice causé au créancier par l'acte litigieux.* »

¹⁴⁹ L'article 1341-2 ayant préféré cette formule (« *connaissance de la fraude* ») à celle qu'avait adoptée la jurisprudence (« *connaissance du préjudice causé au créancier* »), la doctrine s'est interrogée sur le maintien de la solution ancienne. Sur ce point, comme le soulignent la plupart des auteurs, « *il n'y a pas lieu de penser que le législateur ait entendu remettre en cause le droit positif* » (O. Deshayes, T. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, art. 1341-2).

¹⁵⁰ Com., 28 janv. 1992, n° 90-17.389, *Bull. civ. IV*, n° 36 ; *JCP E* 1992 II, n° 378, note A. Tisserand ; *BJS* 1992, p. 420, n° 133, note P. Le Cannu ; *JCP* 1992 I, 3859, obs. A. Viandier ; *Dr. sociétés* 1992, n° 75, obs. T. Bonneau.

¹⁵¹ Dans cette affaire, la Cour d'appel, pour prononcer l'annulation d'une société constituée dans un but frauduleux, s'était fondée sur la cause illicite du contrat de société. La chambre commerciale s'est pourtant refusée à rattacher la fraude à la cause illicite et a directement visé l'ancien article 360 de la loi du 24 juillet 1960.

¹⁵² « *Attendu qu'en se déterminant par ces motifs, sans constater que tous les associés avaient concouru à la fraude retenue en l'espèce à l'encontre de M. X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

de l'Union européenne. Dans un souci de protection des tiers, l'article 11 de la première directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968 (codifiée par la directive du 14 juin 2017) énumère en effet les cas de nullité des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée. La Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Marleasing* du 13 novembre 1990¹⁵³, a par ailleurs déclaré que ces causes de nullité présentent un caractère limitatif et doivent être interprétées par les juges nationaux de façon restrictive, « à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci ». La fraude ne figurant pas parmi les causes de nullité énumérées par cette directive, la question s'est posée, dès l'arrêt *Demuth*, de la conformité avec le droit européen de cette solution admettant l'annulation d'une société constituée dans un but frauduleux.

Des arrêts récents et remarquables de la Cour de cassation ont confirmé la volonté de renforcer l'alignement des solutions françaises sur la jurisprudence *Marleasing*¹⁵⁴, de telle sorte que la solution de l'arrêt *Demuth* pourrait ne plus être admise aujourd'hui. Il faut noter pourtant qu'aucun de ces arrêts ne concernait directement l'annulation d'une société constituée dans un but frauduleux.

La jurisprudence demeurant indécise, il est ainsi permis de considérer que la solution de l'arrêt *Demuth* devrait être maintenue. D'une part, comme l'indiquent plusieurs auteurs, « les directives européennes ne sauraient écarter un principe général du droit aussi vénérable que *fraus omnia corrumpit* »¹⁵⁵. D'autre part, l'existence d'un principe général de répression de la fraude est expressément admise en droit européen depuis l'arrêt *Centros* du 9 mars 1999¹⁵⁶. Aujourd'hui comme hier, il semble donc que rien ne justifie *a priori* de faire obstacle à l'annulation d'une société sur le fondement du principe *fraus omnia corrumpit*. Dans cette hypothèse, conformément à la solution dégagée par la société *Demuth*, la preuve du concours frauduleux de tous les associés devrait en principe être rapportée.

Compatibilité de cette solution avec le droit des contrats. La question de la conformité de cette exigence avec le droit commun des contrats doit également être posée. S'appuyant sur les textes de droit interne relatifs à l'annulation d'une société, qui visent « l'une des causes de nullité des contrats en général » (C. civ., 1844-10) ou « les lois qui régissent la nullité des contrats » (C. com., art. L. 235-1), une partie de la doctrine considère en effet que l'annulation d'une société constituée dans un

¹⁵³ CJCE, 13 nov. 1990, n° C-106/89, *Marleasing SA* ; *BJS* 1991, p. 123, n° 41, note B. Saintourens ; *Rev. sociétés* 1991, p. 532, note Y. Chaput.R

¹⁵⁴ Com., 27 mai 2015, n° 14-17.035, prononçant la nullité d'une société sur le « seul motif » de l'illicéité de son objet statutaire tout en ne retenant pas, contrairement aux juges du fond, les deux autres causes d'annulation qui étaient invoquées, la fraude et la fictivité ; Com., 10 nov. 2015, n° 14-18.179, *Rev. sociétés* 2016, p. 219, note B. Lecourt, rappelant que les dispositions de droit interne « doivent, en ce qui concerne les causes de nullité des sociétés à responsabilité limitée, être analysées à la lumière de l'article 11 de la directive du 9 mars 1968 (...) tel qu'interprété par l'arrêt [*Marleasing*] » et alignant les solutions françaises sur la jurisprudence européenne en jugeant « que la nullité d'une société tenant au caractère illicite (...) de son objet doit s'entendre comme visant exclusivement l'objet de la société tel qu'il est décrit dans l'acte de constitution ou dans les statuts ».

¹⁵⁵ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 291. Voir égal. Ph. Merle et A. Fauchon : « Bien que la loi ne l'ait pas expressément prévu, il ne fait pas de doute que la nullité de la société pourrait être prononcée s'il y avait fraude, en application de l'adage *fraus omnia corrumpit* » (*Sociétés commerciales*, Dalloz, 23^e éd., 2019, p. 112).

¹⁵⁶ CJCE, 9 mars 1999, n° C-212/97 : *D.* 1999, p. 550, note M. Menjuq ; *Rev. sociétés* 1999, p. 386, note G. Parleani. Même si cette décision ne concerne pas l'annulation de sociétés mais la possibilité de dissocier le siège statutaire du siège réel, la fraude y est consacrée comme un principe général de droit européen. Voir not. sur ce point B. Lecourt, « Objet social illicite et nullité de sociétés », *Rev. des sociétés* 2016, p. 219.

but frauduleux devrait en réalité être fondée sur le droit des contrats. Ainsi, selon plusieurs auteurs, « lorsque le contrat de société a été conclu dans un but, c'est-à-dire une cause, non conforme à l'ordre public, ce but est illicite au sens de l'article 1162 du Code civil (anc. art. 1131), ce qui constitue une cause de nullité du contrat (C. civ., art. 1178) »¹⁵⁷. La théorie de la fraude, dans cette hypothèse, ne pourrait s'appliquer de façon autonome pour l'annulation d'une société frauduleuse. Elle s'appliquerait par l'intermédiaire de l'exigence de « contenu licite » commune à tous les contrats, posée par l'article 1128 du Code civil. Si l'on admet ce rattachement de la fraude au « but » illicite du contrat de société, le concours frauduleux des autres associés ne devrait plus avoir besoin d'être établi. En effet, selon l'actuel article 1162 du Code civil, consolidant un important revirement opéré en 1998 par la Cour de cassation¹⁵⁸, un contrat peut être annulé, lorsque son but est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire que ce but « ait été connu (...) par toutes les parties ». L'annulation d'une société pour fraude ne nécessiterait plus, dans cette hypothèse, la preuve de l'intention frauduleuse de tous les associés. Cette solution peut cependant être critiquée.

Du point de vue de l'opportunité, l'application au contrat de société de l'article 1162 du Code civil conduirait d'abord, en permettant l'annulation d'une société sur le fondement de la fraude d'un seul des associés, à une importante insécurité tant pour les tiers que pour les autres associés. Les importantes spécificités du contrat de société, « contrat-organisation »¹⁵⁹, pourraient ainsi justifier des exigences accrues par rapport à celles de l'article 1162 du Code civil.

Du point de vue du droit européen, si l'application du principe *fraus omnia corrumpit* à une société frauduleuse nous semble pouvoir être maintenue, l'assouplissement des conditions d'une telle annulation, admise sans démontrer la fraude de tous les associés, apparaîtrait nettement contraire à la définition restrictive des nullités qu'impose l'arrêt *Marleasing*.

Du point de vue des fondements d'une telle annulation, enfin, l'arrêt *Demuth* avait précisément refusé de rattacher la fraude, notion autonome, à la cause illicite du contrat de société.

Pour l'ensemble des raisons, l'annulation d'une société frauduleuse sur le fondement du principe *fraus omnia corrumpit* pourrait obéir à des conditions plus exigeantes que celles posées par l'article 1162 du Code civil s'agissant de l'annulation des contrats poursuivant un but illicite. Bien que la jurisprudence demeure à ce jour indécise, il nous semble que la solution posée par la chambre commerciale dans l'arrêt *Demuth* devrait être maintenue. L'annulation d'une société constituée dans un but frauduleux devrait ainsi nécessiter la preuve du concours frauduleux de tous les associés.

¹⁵⁷ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op. cit.*, n° 278.

¹⁵⁸ Civ. I, 7 oct. 1998, n° 96-14.359, Bull. civ. I, n° 285 (D. 1999, p. 110, obs. P. Delebecque ; RTD civ. 1999, p. 383, obs. J. Mestre ; JCP 1999, I, 114, note Ch. Jamin ; CCC 1999, comm. 1, obs. L. Leveneur. V. M. Cozian) : « attendu qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant de la conclusion du contrat. »

¹⁵⁹ P. Didier, « Brèves observations sur le contrat-organisation », *L'avenir du droit, Mélanges F. Terré*, Dalloz-PUF-Juristes, 1999, pp.635-642.

CHAPITRE 2 – CHARGE ET RISQUE DE LA PREUVE

Section 1 – Principe : « la fraude ne se présume pas »

Principe. Conformément au droit commun (article 1353 du Code civil et article 9 du Code de procédure civile) et au principe général énoncé par l'adage « *actori incumbit probatio* », il appartient à la partie qui allègue l'existence d'une fraude de rapporter la preuve des éléments constitutifs de cette fraude. S'agissant de l'intention frauduleuse, le principe selon lequel « *la fraude ne se présume pas* » est d'autant mieux établi qu'il se trouve conforté par celui, plus général, selon lequel « *la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* » (article 2274 du Code civil)¹⁶⁰.

Implications. En pratique, la question de la charge de la preuve concerne moins le déroulement chronologique du procès (comme le laisse à penser la rédaction de l'article 1353 du Code civil) que l'attribution du risque de la preuve. Comme le soulignent deux auteurs spécialistes des questions probatoires, l'enjeu « *n'est pas tant de savoir lequel des plaideurs devra produire des preuves (chacun ne manquera pas de le faire), mais bien davantage de déterminer celui sur qui pèsera le risque du doute. Qui, du demandeur ou du défendeur à l'instance, devra perdre le procès s'il subsiste un doute sur la réalité des faits allégués ?* »¹⁶¹ Nombreuses sont ainsi les décisions rendues par les juges du fond dans lesquelles la fraude, malgré des apparences suspectes, ne peut être retenue, le plaideur ayant la charge de prouver une telle fraude échouant à établir l'intention frauduleuse avec suffisamment de certitude.

Section 2 – Aménagements de la charge de la preuve

Présomptions légales opérant renversement ou allègement de la charge de la preuve.

L'article 1354, alinéa 1^{er}, du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, définit la « *présomption légale* » comme la présomption « *que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains [et qui] dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve* ». Ce texte reformule l'ancien article 1352 du même code, selon lequel « *la présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe* ». En dépit de cette apparente unité, la notion de « *dispense de preuve* » visée par ces articles recouvre en réalité deux mécanismes distincts.

À l'image de la présomption générale de bonne foi fondée sur l'article 2274 du Code civil, les présomptions sont parfois des règles légales – voire jurisprudentielles¹⁶² – qui tiennent *a priori* un fait pour établi et opèrent donc un véritable *renversement de la charge de la preuve*. La situation de l'actuel article 1354 du Code civil est sur ce point éclairante : les présomptions légales définies par cet article peuvent déroger à la répartition de principe posée par l'article 1353¹⁶³. En présence de telles

¹⁶⁰ E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, Themis, 2015, n° 239.

¹⁶¹ A. Aynès, J.-D. Bretzner, « Droit de la preuve, juillet 2018 – septembre 2019 », *D.* 2020, p. 170.

¹⁶² E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *op. cit.*, n° 239 : « *La jurisprudence élabore parfois des présomptions du même type, en affirmant, par exemple, que la solidarité passive se présume en matière commerciale.* »

¹⁶³ G. Chantepie, M. Latina, *op. cit.*, n° 1096 : « *La présomption légale est intimement liée à la charge de la preuve qui la précède. Elle semble en effet déroger aux règles fixées par l'article 1353 en modifiant la répartition de principe.* » Selon ces mêmes auteurs : « *La présomption légale n'est pas un mode de preuve. Bien au contraire, la présomption légale prévoit dès l'origine le sens dans lequel sera réglé telle situation* » (Ibid., n° 1100).

présomptions, comme le soulignent H. Barbier et J. Ghestin, « *il n'y a aucune induction d'un fait connu à un fait inconnu ; c'est directement que la loi tient un fait pour établi, à défaut de preuve contraire* »¹⁶⁴. C'est pourquoi il est possible de considérer, avec ces mêmes auteurs, que de telles règles, parfois appelées présomptions « *antéjudiciaires* »¹⁶⁵, sont d'une « *nature différente* » de celles (bien plus nombreuses) qui facilitent une preuve en déplaçant son objet. Le propre de ces présomptions antéjudiciaires est d'établir « *directement* » celui des plaideurs qui succombera si la preuve n'est pas faite.

Plus fréquentes sont les présomptions, posées par le législateur ou la jurisprudence, qui opèrent un simple *allègement de la charge de la preuve* en admettant qu'un fait puisse être prouvé de façon indirecte, par induction à partir d'autres faits. Selon la définition de G. Cornu, ces présomptions entraînent, « *pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu (d'où un déplacement de l'objet de la preuve) mais sous réserve, lorsque la présomption est réfragable, de la preuve, par son adversaire, de l'inexistence du fait inconnu présumé (d'où en ce cas, un renversement de la charge de la preuve)* »¹⁶⁶. À la différence des présomptions antéjudiciaires, ces présomptions légales n'affectent pas la dévolution initiale de la charge de la preuve mais autorisent le plaideur à rapporter la preuve, non pas du fait qu'il allègue, mais d'autres faits connus qu'il est plus facile d'établir. Le plaideur est « *dispensé* » de rapporter la preuve du fait inconnu, non pas de façon absolue (comme en présence d'une présomption antéjudiciaire), mais simplement dans la mesure où il lui est permis de rapporter la preuve d'autres éléments connus¹⁶⁷. Ce faisant, sans modifier la dévolution initiale de la charge de la preuve, ces présomptions affectent sensiblement le risque de la preuve.

Application à l'intention frauduleuse. Le principe selon lequel « *la fraude ne se présume pas* », à l'image de la présomption générale de bonne foi sur laquelle il s'appuie, constitue une véritable présomption antéjudiciaire en ce sens qu'il dispense *a priori* le plaideur accusé de fraude de rapporter la preuve de sa bonne foi. En pratique, le plaideur accusé d'une fraude ne manquera pas d'apporter des éléments en sa faveur, mais le risque de la preuve ne pèsera pas sur lui. Ce principe admet toutefois des aménagements – renversements ou simples allègements de la charge de la preuve – qui peuvent être opérés par le législateur (§1) mais également par la jurisprudence (§2).

¹⁶⁴ H. Barbier, J. Ghestin, *Traité de droit civil. Introduction générale*, op. cit., n° 646.

¹⁶⁵ *Ibid.*. Cette notion provient du *Traité des preuves judiciaires* de J. Bentham (t. II, pp. 11 et s.). L'auteur en donne pour principaux exemples la présomption d'innocence (en matière pénale) et la présomption de bonne foi (en matière civile). Il s'agit de « *présomptions pour et contre dont le juge ne peut ni ne doit se défendre* ». La notion de présomption antéjudiciaire est reprise par E. Vergès, G. Vial et O. Leclerc qui soulignent que Bentham « *qualifie ainsi de présomptions, ce qui constitue en réalité, des règles de dévolution initiale de la charge de la preuve* ». Tout en admettant l'existence de ces présomptions antéjudiciaires, ces auteurs insistent sur leur rareté : « *Une présomption peut avoir pour seul effet direct de renverser la charge de la preuve. Paradoxalement, ce caractère communément attaché aux présomptions ne se rencontre que rarement* » (op. cit., n° 239).

¹⁶⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., « *Présomptions* ».

¹⁶⁷ A. Aynès, X. Vuitton, op. cit., n° 82 : « *par l'effet de la loi, la preuve d'un élément inconnu va être déduite – réputée faite – de la preuve d'autres éléments plus faciles à établir.* » Ces mêmes auteurs précisent : « *À proprement parler, les présomptions légales ne dispensent pas le demandeur de toute preuve. Le fait inconnu est nécessairement déduit de faits connus qui doivent être établis par le demandeur.* »

§1 – Aménagements opérés par le législateur

Présomption légale opérant renversement de la charge de preuve : l'unique exemple de l'abus de droit par fraude à la loi fiscale. En matière fiscale, conformément au droit commun, la charge de la preuve d'une fraude pèse en principe sur l'administration fiscale alléguant ladite fraude. Jusqu'à récemment, l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales contenait toutefois une exception notable à ce principe. Le deuxième alinéa de cet article prévoyait qu'en cas de désaccord sur les rectifications notifiées au contribuable sur le fondement d'un abus de droit (par simulation ou par fraude à la loi), le litige pouvait être soumis, à la demande du contribuable ou de l'administration, à l'avis du Comité de l'abus de droit fiscal. Le troisième alinéa disposait quant à lui que l'administration, lorsqu'elle ne se conformait pas à l'avis du Comité, devait « *apporter la preuve du bien-fondé de la rectification* ». *A contrario*, il s'évinçait de cette disposition que la charge de la preuve pesait sur le contribuable lorsque le Comité s'était montré favorable à la sanction d'un abus de droit par fraude à la loi fiscale et lorsque l'administration s'était conformée à cet avis.

La décision *Wendel* rendue par le Conseil d'État le 12 février 2020¹⁶⁸ sur le fondement de cette ancienne rédaction de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales illustre l'application d'un tel renversement. En l'espèce, l'élément intentionnel de l'abus de droit par fraude fiscale avait été retenu par la cour administrative d'appel¹⁶⁹ au motif que « *les requérants n'apport[ai]ent pas la preuve, qui leur incombe, de ce que l'opération (...) avait un autre motif que celui d'é luder le paiement de l'impôt sur la plus-value réalisée qu'ils auraient normalement supportés s'ils n'avaient pas réalisé cet apport* ». Le Conseil d'État approuve un tel renversement de la charge de la preuve, dont la conséquence est d'imposer au contribuable de prouver son absence d'intention frauduleuse : « *Dès lors que l'administration s'est conformée à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal, c'est sans erreur de droit que la cour a jugé qu'il incombait au requérant d'établir que les opérations litigieuses n'étaient pas constitutives d'un abus de droit.* »

Cette remarquable (et semble-t-il unique) exception au principe selon lequel « *la fraude ne se présume pas* », que le Conseil d'État, de façon très lapidaire, avait refusé de soumettre au contrôle du Conseil constitutionnel¹⁷⁰, a finalement été abandonnée par la loi du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 applicable aux rectifications notifiées à compter du 1^{er} janvier 2019. Conformément au droit commun, la charge de la preuve de l'intention frauduleuse du contribuable, en cas d'abus de droit par fraude à la loi fiscale, pèsera donc désormais sur l'administration. Le renversement de la charge de la preuve prévu par l'ancien alinéa 3 de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales continue cependant de s'appliquer pour les rectifications notifiées antérieurement à cette date.

Présomptions opérant allègement de la charge de la preuve. De nombreuses dispositions légales constituent des applications spéciales du principe *fraus omnia corrumpit*. Parmi ces

¹⁶⁸ CE, 12 févr. 2020, n° 421441 et 421444, *Wendel* : *Dr. fisc.* 2020, n° 8, actu. 59.

¹⁶⁹ Paris, 12 avr. 2018, n° 16PA01157.

¹⁷⁰ CE, 29 sept. 2010, n° 341065 : refus de transmettre une QPC soutenant que l'alinéa 3 de l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales portait atteinte au principe de présomption d'innocence, une telle question, selon le Conseil d'État, « *ne présent[ant] pas un caractère sérieux* ».

dispositions, certaines, à l'image de l'article 778 du Code civil relatif au recel successoral, se contentent de définir les éléments matériels de la fraude en question et d'en préciser la sanction. D'autres contiennent en revanche de véritables présomptions concernant l'intention frauduleuse. Ces présomptions, par lesquelles le législateur établit un lien logique entre deux objets de preuve, ont pour but d'assurer la répression des fraudes concernées en facilitant la preuve de leur élément intentionnel. Sans modifier la dévolution initiale de la charge de la preuve, elles diminuent le risque de cette preuve en déduisant l'intention frauduleuse à partir d'autres faits, plus faciles à établir. Sans entrer dans l'analyse de ces dispositions spéciales, il est possible d'évoquer trois exemples.

Fraude à une incapacité de recevoir à titre gratuit par interposition de personne. L'article 911 du Code civil prévoit que toute libéralité au profit d'une personne (physique ou morale) frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit est nulle. Afin d'assurer l'efficacité de cette disposition, le même article étend cette nullité aux donations « *déguisée sous la forme d'un contrat onéreux* » (simulation) ou faites « *sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales* » (fraude). L'alinéa 2 dispose enfin que « *sont présumées personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable* ». Ce faisant, cet article dispense la personne alléguant l'existence d'une telle fraude de rapporter la preuve directe de son élément intentionnel (volonté d'éluider l'incapacité de recevoir à titre gratuit du véritable bénéficiaire de la libéralité) en déduisant cette intention des liens étroits existant entre le bénéficiaire « *interposé* » et l'incapable¹⁷¹.

Mariage de complaisance. L'article 26-4, alinéa 3, du Code civil prévoit que l'acquisition de la nationalité française par déclaration à la suite d'un mariage est présumée frauduleuse lorsque la communauté de vie entre époux cesse dans les 12 mois suivant l'enregistrement de la nationalité. Destinée à sanctionner les mariages de complaisance, cette présomption dispense le ministère public d'avoir à rapporter la preuve directe de l'intention frauduleuse des époux (volonté de provoquer une application illégitime de l'article 21-2 du Code civil relatif à l'acquisition de la nationalité française à raison du mariage) en déduisant cette intention de la cessation de la communauté de vie des époux dans un certain délai.

Nullités de la période suspecte. Selon l'article L.631-8 du Code de commerce, en cas de procédure de redressement judiciaire, le tribunal a la possibilité, dans le jugement d'ouverture, de fixer la date de la cessation des paiements du débiteur jusqu'à 18 mois antérieurement à la date de ce jugement. La période qui sépare la date de cessation des paiements ainsi déterminée de la date du jugement d'ouverture est appelée « *période suspecte* » en raison du risque que le débiteur, se sachant en cessation des paiements, ait accompli au cours de cette période des actes pouvant porter atteinte aux droits de certains créanciers¹⁷². C'est pourquoi l'article L.632-1 du même code prévoit que certains actes (actes translatifs de propriété à titre gratuit, contrats commutatifs déséquilibrés, paiements de dettes non échues...) peuvent être annulés lorsqu'ils ont été conclus au cours de

¹⁷¹ Pour une présomption similaire, voir l'article 17 de la loi du 1^{er} juillet 1901.

¹⁷² D. Robine, M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8^e éd., 2020, n° 839.

cette période. La technique de la « *période suspecte* » permet ainsi aux créanciers ayant qualité pour agir sur le fondement de cette disposition¹⁷³ d'obtenir l'annulation des actes litigieux à partir du constat d'éléments objectifs, sans avoir à établir l'intention frauduleuse de leur débiteur.

§2 – Aménagements opérés par la jurisprudence

Présomptions « légales » posées par la jurisprudence. En dépit de l'adjectif employé par l'ancien article 1350 du Code civil et repris par l'actuel article 1354, il est admis que la jurisprudence puisse créer des présomptions « *légales* » en admettant, à propos d'une question déterminée mais avec une généralité que n'ont pas les présomptions « *judiciaires* », de dispenser un plaideur de rapporter la preuve d'un fait inconnu lorsque d'autres faits connus sont établis¹⁷⁴. Tel est le cas s'agissant de l'intention frauduleuse dans la fraude paulienne par acte à titre gratuit.

Intention frauduleuse du débiteur dans la fraude paulienne par acte à titre gratuit. L'intention frauduleuse du débiteur, dans la fraude paulienne, est définie comme connaissance du préjudice causé au créancier, avoisinant la simple mauvaise foi¹⁷⁵. Conformément au droit commun et à la règle selon laquelle « *la fraude ne se présume pas* », la preuve de cet élément intentionnel doit en principe être rapportée par le créancier agissant. L'étude de la jurisprudence fait cependant apparaître une présomption d'intention frauduleuse lorsque les actes attaqués sur le fondement de l'action paulienne ont été accomplis par le débiteur à titre gratuit. Cette présomption prend appui sur une réflexion d'ordre psychologique, rendant la fraude fortement vraisemblable¹⁷⁶ dans une telle hypothèse : comment admettre en effet qu'un débiteur dont la situation financière est obérée puisse accomplir un acte à titre gratuit sans avoir du même coup connaissance du préjudice causé à son créancier ? La preuve des éléments matériels de la fraude paulienne (existence d'une créance certaine dans son principe et d'un acte aggravant l'insolvabilité du débiteur) devrait ainsi suffire à retenir cette fraude lorsque l'acte litigieux est dépourvu de contrepartie, l'élément intentionnel pouvant être déduit, par présomption, du caractère gratuit de ce même acte.

Si une telle présomption n'est pas explicitement posée par la jurisprudence, les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, paraissent la mettre en œuvre avec constance. Ainsi la première chambre civile approuve-t-elle une cour d'appel d'avoir retenu que le débiteur qui « *ne réglait plus de nombreuses dettes professionnelles depuis plus d'une année* » et « *suivait nécessairement l'état de sa comptabilité et l'évolution de ses comptes bancaires* », « *ne pouvait qu'être conscient* » du préjudice causé au créancier par les

¹⁷³ L'action en nullité fondée sur l'article L.632-1 du Code de commerce est une action attitrée : son exercice est réservé aux personnes énumérées par l'article L.632-4 (administrateur judiciaire, mandataire judiciaire, commissaire à l'exécution du plan ou ministère public). La facilitation de la preuve de la fraude, dans cette hypothèse, s'accompagne donc de conditions plus strictes relatives à la recevabilité de l'action.

¹⁷⁴ G. Chantepie, M. Latina : « *Bien qu'elles relèvent de la compétence du législateur, il n'est pas douteux que le juge puisse en créer en les induisant, dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation* » (*op. cit.*, n° 1101).

¹⁷⁵ *Supra*, p. 29.

¹⁷⁶ Sur ce lien entre les présomptions et la vraisemblance, voir l'adage « *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit* » (« *la présomption provient de ce qui survient le plus souvent* ») et son commentaire par H. Roland et L. Boyer (*Adages du droit français, op. cit.*, n° 335).

donations litigieuses¹⁷⁷. D'autres arrêts relèvent de façon similaire que le débiteur « avait conscience »¹⁷⁸, « savait »¹⁷⁹, « n'ignorait pas »¹⁸⁰ ou « ne pouvait qu'avoir conscience »¹⁸¹ du préjudice causé à son créancier par les actes litigieux. Le fardeau probatoire est ainsi considérablement allégé pour le créancier exerçant l'action paulienne, qui se trouve dispensé de rapporter la preuve (directe) de l'intention frauduleuse de son débiteur lorsque ce dernier a conclu un acte sans contrepartie.

Renversement de la charge de la preuve fondé sur l'évidence (« res ipsa loquitur »). Même en l'absence de présomption légale, il arrive que les tribunaux estiment, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, qu'une allégation est à ce point évidente qu'elle n'a pas besoin d'être prouvée. L'adage « res ipsa loquitur » (« la chose parle d'elle-même ») décrit ce mécanisme de renversement de la charge de la preuve fondé sur l'évidence. « Il arrive en effet que le demandeur, sur qui pèse normalement l'obligation d'établir les fondements de sa prétention, soit dispensé de toute preuve, soit parce que les circonstances de l'espèce rendent son allégation évidente, soit parce que la teneur de l'acte ne laisse place à aucune discussion. »¹⁸²

Une telle dérogation aux principes gouvernant la charge de la preuve ne peut être assimilée à une présomption légale : opérant au cas par cas, dans l'exercice de l'appréciation souveraine des juges du fond, elle ne présente ni la généralité, ni le caractère systématique des présomptions définies par l'article 1354 du Code civil. L'application de la règle « res ipsa loquitur » dans une instance particulière n'en permet pas moins à une allégation de fraude de triompher lorsque l'intention frauduleuse du défendeur ressort des faits avec suffisamment d'évidence pour ne plus devoir être prouvée. Bien que les tribunaux ne se réfèrent jamais explicitement à cet adage, l'étude de la jurisprudence fait apparaître de très nombreux exemples du mécanisme qu'il décrit.

Exemple en matière de recel successoral. Un arrêt rendu par la première chambre civile le 11 octobre 2017¹⁸³ en fournit une illustration. En l'espèce, la Cour d'appel avait retenu l'existence d'un recel successoral en relevant que la successible, ancienne tutrice de sa grand-mère, n'avait pas ouvert de compte de tutelle au nom de cette dernière et avait utilisé son compte personnel pour procéder aux transactions la concernant « au motif que cela facilitait la gestion de la tutelle ». Il résultait de l'analyse des relevés produits que la tutrice, qui avait encaissé des fonds sur son compte personnel pour le compte de la personne protégée, avait bien utilisé une partie de ces fonds pour le compte de cette personne et pouvait en justifier. En revanche, la Cour d'appel relevait que s'agissant du solde (près de 25 000 euros), « l'appelante [n'était] pas en mesure de fournir d'explications

¹⁷⁷ Civ. 1, 13 oct. 2015, n° 14-13.972.

¹⁷⁸ Civ. 1, 12 déc. 2000, n° 98-19.341.

¹⁷⁹ Civ. 1, 10 sept. 2014, n° 13-20.710 : le débiteur, « en transférant sans contrepartie la nue-propiété du bien qui constituait l'essentiel de son patrimoine », « savait qu'[il] devenait insolvable, privant ses créanciers du principal de leur gage général sur son patrimoine ».

¹⁸⁰ Com., 12 juill. 1994, n° 92-14.483, Bull. IV, n° 260.

¹⁸¹ Outre l'arrêt précité, voir par ex. Civ. 1, 27 juin 2000, n° 98-16.288 : le débiteur, qui était insolvable « dès l'époque de la donation », « ne pouvait qu'avoir conscience du préjudice causé à [son créancier] par la donation litigieuse qui augmentait son insolvabilité ».

¹⁸² H. Roland, L. Boyer, *op. cit.*, « Res ipsa loquitur ».

¹⁸³ Civ. 1, 11 oct. 2017, n° 16-24.634.

sérieuses sur l'emploi de ces sommes, faisant état de sa propre négligence et reconnaissant en tout état de cause devoir la quasi-totalité de cette somme ». Les juges en avaient conclu que « *ces sommes n'ayant pas été utilisées dans l'intérêt de [la défunte], et ayant été dissipées par [la tutrice et successible], qui n'est pas en mesure de justifier de leur utilisation, si ce n'est d'une utilisation personnelle de ces fonds* », le recel successoral était caractérisé dans tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel (volonté de se soustraire à l'égalité du partage).

Dans son pourvoi en cassation, la tutrice faisait valoir « *qu'en énonçant, pour [la] déclarer [...] coupable de recel, qu'elle n'était pas en mesure de démontrer qu'elle avait employé au profit de sa grand-mère la totalité des fonds appartenant à cette dernière encaissés sur ce compte personnel, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et ainsi violé les articles 9 du Code de procédure civile et 1315 du Code civil* ». Elle rappelait que « *le recel implique une intention frauduleuse de l'héritier qui entend rompre à son profit l'égalité du partage* » et faisait grief aux juges du fond de s'être déterminés « *par des motifs impropres à caractériser une intention frauduleuse* ». Elle avançait pour sa part qu'il s'agissait d'une simple négligence.

La Cour de cassation rejette ce pourvoi en approuvant la Cour d'appel d'avoir « *souverainement déduit* » l'intention frauduleuse de la tutrice du seul fait qu'elle s'était abstenue, lors de l'ouverture de la succession, d'indiquer avoir reçu les sommes ainsi dépensées. En l'espèce, pourtant, le principal argument des juges du fond était l'absence d'explications sérieuses fournies par la tutrice quant à l'emploi des sommes reçues. L'intention frauduleuse n'était pas positivement démontrée. Les faits (utilisation par la tutrice de son compte personnel, montant des sommes dépensées, absence de déclaration de ces sommes lors de l'ouverture de la succession) apparaissaient toutefois suffisamment éloquents pour que les juges, appliquant la règle « *res ipsa loquitur* », renversent la charge de la preuve. Il revenait ainsi à la tutrice de démontrer l'absence d'intention frauduleuse en justifiant de l'usage des fonds ou, à défaut, en apportant la preuve d'une véritable négligence. Cette preuve n'ayant pas été rapportée, le recel successoral pouvait être sanctionné.

Rareté de ces aménagements. Les aménagements de la charge de la preuve concernant l'intention frauduleuse demeurent exceptionnels. Dans la plupart des cas, aucune présomption légale ne trouve à s'appliquer. Les faits ne présentent pas non plus un degré d'évidence suffisant pour que les juges puissent mettre en œuvre la règle « *res ipsa loquitur* ». Conformément au droit commun, il appartient alors à la partie alléguant l'existence d'une fraude de rapporter la preuve de cette allégation. Il convient ainsi d'envisager les *modes de preuve* de l'intention frauduleuse, et tout particulièrement le jeu des présomptions judiciaires.

CHAPITRE 3 – MODES DE PREUVE : JEU DES PRÉSOMPTIONS JUDICIAIRES

Modes de preuve admissibles. Conformément au principe de liberté de la preuve aujourd'hui énoncé par l'article 1358 du Code civil, la réalité de l'intention frauduleuse, qui est une question de fait, peut être prouvée par tout moyen¹⁸⁴. La principale difficulté de cette preuve provient du

¹⁸⁴ Voir par ex. Civ. 1, 3 mai 1972, n° 70.14.072, Bull. civ. I, n° 117 (concernant la fraude paulienne) : « *l'existence des conditions requises peut se prouver par tous moyens et spécialement par présomptions* ».

caractère subjectif de son objet : comment prouver une intention, qui plus est à l'occasion d'un procès qui aura lieu, le plus souvent, plusieurs semaines, mois ou années après que cette intention se sera manifestée ? À moins que le fraudeur n'avoue son intention¹⁸⁵ ou ne refuse un serment décisif¹⁸⁶, la preuve de l'élément moral de la fraude est le plus souvent rapportée de façon *indirecte*, à partir d'un ensemble d'éléments objectifs, selon le mécanisme des présomptions judiciaires.

Présomptions judiciaires. Les présomptions judiciaires, présomptions « *du fait de l'homme* » ou présomptions « *de fait* », admises « *dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen* » (article 1382 du Code civil), constituent le mode de preuve le plus fréquemment employé pour établir la réalité d'une intention frauduleuse. Présentant un caractère « *in concreto, a posteriori, in casu* »¹⁸⁷, elles permettent aux magistrats, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, de déduire l'existence d'une intention frauduleuse à partir d'éléments objectifs et plus faciles à établir¹⁸⁸.

Moment auquel s'apprécie l'intention frauduleuse et date des faits permettant de l'établir. Selon la jurisprudence, l'intention frauduleuse doit avoir existé au moment de l'acte litigieux¹⁸⁹. Cette intention peut cependant être caractérisée à partir de faits postérieurs. Ainsi est-il fréquent, en cas de fraude paulienne, que la connaissance par le débiteur du préjudice causé aux créanciers par les actes litigieux soit révélée par des éléments postérieurs à l'acte dont la nullité est poursuivie, à commencer par le comportement suspect du débiteur lui-même¹⁹⁰.

Typologie des indices retenus par la jurisprudence. Les indices à partir desquels les juges du fond présument l'existence d'une intention frauduleuse apparaissent très divers. Sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de proposer une typologie des principaux d'entre eux. L'intention frauduleuse est ainsi induite, le plus souvent, à partir d'un ou plusieurs des éléments suivants : des mensonges ou dissimulations (§1) ; des liens étroits entre le fraudeur et un tiers (§2) ; des circonstances temporelles suspectes (§3) ; un prix ou des conditions déséquilibrés (§4) ; l'interposition provoquée d'une personne (§5). À ces éléments s'ajoute fréquemment une induction

¹⁸⁵ C. civ., art. 1383, al. 1^{er} : « *L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques.* »

¹⁸⁶ C. civ., art. 1385-2 : « *Celui à qui le serment est déféré et qui le refuse ou ne veut pas le référer, ou celui à qui il a été référé et qui le refuse, succombe dans sa prétention.* »

¹⁸⁷ G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, n° 205.

¹⁸⁸ Selon la définition unitaire qu'en donnait l'ancien article 1349 du Code civil, les présomptions désignent ainsi « *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Inspirée de Domat (« *Les présomptions sont des conséquences qu'on tire d'un fait connu pour servir à faire connaître la vérité d'un fait incertain dont on cherche la preuve* », *Lois civiles*, III, t. VI, L. IV), cette définition a été abandonnée par la réforme du droit des obligations en 2016. Elle n'en demeure pas moins la définition classique des présomptions dans le vocabulaire juridique contemporain (not. G. Cornu, *op. cit.*). Ainsi, selon A. Aynès et X. Vuitton : « *Dans le cas des présomptions légales, la loi fixe le raisonnement qui permet de retenir l'existence d'un fait inconnu à partir d'éléments connus. Dans le cas des présomptions judiciaires, c'est le raisonnement du juge, démontrant la forte probabilité du fait inconnu, qui permet ce cheminement* » (*Droit de la preuve, op. cit.*, n° 643).

¹⁸⁹ Par ex. : Civ. 1, 17 déc. 1996, n° 94-20.450, Bull. civ. I, n° 448.

¹⁹⁰ Par ex. Civ. 1, 17 déc. 1991, n° 90-12.402, approuvant la cour d'appel d'avoir énoncé « *que les faits ultérieurs à l'acte dont la nullité est poursuivie, peuvent concourir à la révélation d'une intention frauduleuse* ».

« *par l'absurde* » lorsque la combinaison des actes litigieux ne semble pouvoir admettre, d'un point de vue rationnel, aucune autre explication que la présence d'une intention frauduleuse (§6).

§1 – Fraude déduite de mensonges ou dissimulations

Contexte de ces mensonges ou dissimulations. L'intention frauduleuse peut d'abord être déduite à partir de simples mensonges ou dissimulations, lorsque ces derniers prennent place dans un contexte où les déclarations du fraudeur pouvaient produire un résultat illégitime. Le recel successoral et la fraude au jugement en constituent des illustrations éclairantes.

Recel successoral : intention frauduleuse déduite de déclarations mensongères. La sanction du recel successoral, prévue par l'article 778 du Code civil, suppose d'établir chez le receleur l'existence d'une intention frauduleuse définie comme la volonté de rompre à son profit l'égalité du partage. Conformément au droit commun, cette preuve doit être rapportée par ceux qui invoquent le recel, autrement dit par les ayants droit du *de cuius*. Selon une jurisprudence constante, « *la simulation n'emporte pas présomption de recel* »¹⁹¹. L'intention frauduleuse ne peut notamment être déduite du seul fait que l'héritier a bénéficié de la part du *de cuius* d'une libéralité déguisée dès lors que la simulation, dans cette hypothèse, peut s'expliquer par d'autres considérations (notamment fiscales), sans que l'héritier ait entendu porter atteinte aux droits de ses copartageants¹⁹². En pratique, la preuve de l'intention frauduleuse dans le recel successoral suppose ainsi le plus souvent un acte positif de mensonge, lequel peut notamment intervenir lorsque, au cours des opérations d'inventaire, de liquidation ou de partage, l'héritier bénéficiaire de la donation déguisée refuse de reconnaître l'existence des libéralités litigieuses¹⁹³. L'intention de porter atteinte à l'égalité du partage est dans ce cas déduite de la seule existence de ces déclarations mensongères dans le contexte des opérations d'inventaire, de liquidation et de partage du droit des successions.

Recours en révision pour fraude : insuffisance de principe d'un simple mensonge. L'admission du recours en révision prévu par l'article 595 du Code de procédure civile suppose, en cas de fraude, de démontrer la volonté du justiciable de fausser la décision du tribunal. La jurisprudence considère de façon constante qu'un simple mensonge, prononcé à l'occasion d'une instance, ne suffit pas à caractériser cette fraude. Dans un arrêt du 11 mars 2010, la Cour de cassation rappelle ainsi que la dénégation d'un fait par un plaideur devant le juge, même

¹⁹¹ Par ex. Civ. 1, 3 juin 1986, n° 82-17.068, Bull. civ. I, n° 155 : « *la simulation n'emporte pas présomption de recel à l'égard du successible gratifié par une libéralité déguisée, lequel ne peut être frappé des peines du recel que lorsqu'est apportée la preuve de son intention frauduleuse, élément constitutif de ce délit civil* » ; Civ. 1, 29 mai 1996, n° 94-13.736, D. 1997, p. 163, Ph. Malaurie ; Civ. 1, 12 déc. 2006, n° 05-18.573, Bull. civ. I, n° 553.

¹⁹² Civ. 1, 20 févr. 1996, n° 94-10262, Bull. civ. I, n° 102 ; D. 1997, p. 163, obs. Ph. Malaurie.

¹⁹³ Par ex. Civ. 1, 14 avr. 2010, n° 09-65.903 : plus de vingt ans avant l'ouverture de la succession, une fille avait servi de prête-nom à son père, pour des raisons fiscales, dans l'acquisition de plusieurs biens immobiliers ; à la suite de l'ouverture de la succession, cette successible avait dissimulé les donations dont elle avait bénéficié et qui avaient permis l'acquisition de ces immeubles ; « *tout au long de la procédure* », la successible avait continué de nier l'existence de ces donations ; la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir déduit l'intention frauduleuse de ces déclarations mensongères en retenant que la successible « *avait, par ses mensonges, cherché à porter atteinte à l'égalité du partage* ».

mensongère, « *relève du droit de se défendre en justice* »¹⁹⁴. En l'espèce, le litige opposait deux personnes dont l'un prétendait avoir prêté une somme d'argent à l'autre, tandis que l'autre niait l'existence de ce prêt. Après avoir été débouté de sa demande par un jugement passé en force de chose jugée, le « *prêteur* » avait formé un recours en révision en invoquant le mensonge commis par son adversaire. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir déclaré cette demande irrecevable. Comme le souligne un commentateur, le recours en révision, qui doit conserver un caractère exceptionnel, « (...) *n'est pas une bouée de sauvetage pour plaideur négligent* »¹⁹⁵. La fraude suppose ainsi de caractériser, non un simple mensonge, mais une « *tromperie délibérée* »¹⁹⁶. Celle-ci suppose généralement des affirmations ou dénégations mensongères devant la juridiction fraudée, mais ces mensonges doivent être accompagnés de « *manœuvres dolosives destinées à [les] corroborer* »¹⁹⁷. Dans cette hypothèse, les affirmations ou dénégations mensongères prononcés par le justiciable en connaissance de cause, bien qu'insuffisantes, n'en constituent pas moins un indice déterminant à partir duquel les juges du fond peuvent présumer, chez le fraudeur, la volonté de fausser la décision du tribunal.

Exception : dissimulation d'un fait déterminant prévu par la loi. Faisant exception au principe ci-dessus exposé, selon lequel des affirmations ou dénégations mensongères ne peuvent suffire à caractériser la fraude au sens de l'article 595 du Code de procédure civile, la jurisprudence admet parfois de retenir une telle fraude sur la base d'un simple mensonge ou d'une dissimulation. Un arrêt rendu du 21 février 2013¹⁹⁸ illustre cette hypothèse exceptionnelle. En l'espèce, la demande de prestation compensatoire d'une épouse divorcée avait été rejetée sur la base des déclarations mensongères du mari relatives à ses propres revenus. Le jugement étant entretemps passé en force de chose jugée, l'épouse, découvrant la dissimulation de revenus supplémentaires, avait formé un recours en révision pour fraude. La Cour d'appel avait déclaré ce recours irrecevable au motif que « *le seul mensonge ne suffit pas à caractériser la fraude exigée par l'article 595 du code de procédure civile dès lors qu'il n'est pas accompagné de manœuvres destinées à le corroborer* ». La Cour de cassation censure cet arrêt. Elle rappelle d'abord que, pour fixer la prestation compensatoire, « *le patrimoine est un élément d'appréciation expressément prévu par la loi dont le juge doit tenir compte* ». Elle en déduit que « *la dissimulation par l'époux de l'existence de revenus, nécessairement déterminants pour statuer sur la demande de l'épouse, constitue une fraude* ». Il s'évince de cet arrêt qu'une allégation mensongère suffit à constituer une fraude lorsque le fait dissimulé est un élément d'appréciation « *expressément prévu par la loi* » et « *nécessairement déterminant* » pour l'issue du litige. Dans cette hypothèse, les juges déduisent l'intention frauduleuse, volonté de fausser la décision du tribunal, de ces seuls mensonges et dissimulations.

¹⁹⁴ Civ. 2, 11 mars 2010, n° 09-11.809 (*Procédures* 2010, n° 5, 173, obs. R. Perrot) : « *Un simple mensonge ne suffit pas à caractériser la fraude exigée par l'article 595 du Code de procédure civile s'il n'est accompagné de manœuvres destinées à le corroborer.* »

¹⁹⁵ R. Perrot, *Procédures* n° 5, mai 2010, comm.173.

¹⁹⁶ C. Chainais, F. Ferrand, S. Guinchard, L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, Précis, 34^e éd., 2018, n° 1367, spéc. note 4 ; voir égal. Civ. 3, 10 nov. 2016, n° 14-25.318.

¹⁹⁷ Par ex. Civ. 2, 24 sept. 2015, n° 14-20.150.

¹⁹⁸ Civ. 2, 21 févr. 2013, n° 12-14.440, Bull. civ. II, n° 40 : *Procédures* 2013, comm. 142, obs. R. Perrot.

§2 – Fraude déduite des liens étroits entre le fraudeur et un tiers

Condition : fraude nécessitant l'intervention d'un tiers. Lorsqu'un schéma frauduleux nécessite l'intervention d'un tiers, que la preuve de la complicité intentionnelle de ce tiers soit ou non requise pour sanctionner cette fraude¹⁹⁹, il est fréquent que la jurisprudence s'appuie sur l'existence de liens étroits entre ce tiers et le fraudeur, parmi d'autres indices, pour déduire l'existence d'une intention frauduleuse. Deux exemples peuvent être ici envisagés.

Fraude paulienne : preuve de la complicité du tiers contractant à titre onéreux. Lorsque la fraude paulienne est réalisée au moyen d'un acte à titre onéreux, l'article 1341-2 du Code civil exige que soit rapportée la preuve de la « *connaissance de la fraude* » par le tiers cocontractant. Selon une jurisprudence constante, ce dernier doit avoir eu conscience du préjudice causé au créancier par l'acte litigieux. La preuve de cet élément intentionnel est cependant d'autant plus difficile à rapporter, pour le créancier agissant, que ce contractant est un tiers qu'il ne connaît pas et dont il lui est difficile d'apprécier l'intention. Dans cette hypothèse, l'existence de liens étroits, notamment familiaux, entre le débiteur et ce tiers contractant, constitue un indice fréquemment retenu par la jurisprudence. Tel est le cas lorsque l'acte litigieux est conclu entre le débiteur et ses descendants²⁰⁰ ou son conjoint²⁰¹ – sans pour autant que cette présomption soit toujours retenue²⁰² et constitue ainsi une véritable présomption légale.

Fraude aux droits du premier acquéreur d'un immeuble. Dans l'hypothèse d'un conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble entre les mains d'un même vendeur, l'article 1198, alinéa 2, du Code civil, admet de faire exception à l'opposabilité des droits du second acquéreur, premier publiant, lorsque ce dernier avait connaissance de la première cession²⁰³. En pratique, cette connaissance peut notamment être déduite de l'existence de liens étroits entre le second acquéreur et le vendeur ou le premier acquéreur. Ainsi la Cour de cassation, dans un arrêt rendu sous l'empire des solutions anciennes, avait-elle par exemple admis la mauvaise foi « *éclatante* » du second acquéreur lorsque celui-ci, après avoir acquis une villa pour le compte de son mandant, avait acquis

¹⁹⁹ *Supra*, p. 36.

²⁰⁰ Voir par ex. Civ. 1, 6 févr. 2001, n° 98-23.203 : le débiteur avait vendu un immeuble d'habitation « *à sa fille et à son gendre* » ; ces derniers faisaient grief aux juges du fond d'avoir retenu la fraude et annulé cette vente sans caractériser aucun « *fait objectif de complicité susceptible de compléter le lien familial, insuffisant à lui seul à caractériser une complicité des acquéreurs à titre onéreux* » ; la Cour de cassation rejette le pourvoi et déduit du lien familial, parmi d'autres indices, que ces tiers cocontractants « *ne pouvaient ignorer (...) le préjudice causé au créancier* ». Voir également Com., 11 janv. 2005, n° 02-12.519 : la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir jugé que la complicité du tiers cocontractant, fille du débiteur, « *résultait de l'ensemble de ces circonstances ainsi que des liens familiaux existant entre les parties* ».

²⁰¹ Voir par ex. Com., 1^{er} mars 1994, n° 92-15.425, Bull. civ. IV, n° 81 : le débiteur avait vendu un fonds de commerce à son épouse afin de « *faire échapper ce bien* » aux poursuites de son créancier (il s'agissait du « *seul élément d'actif garantissant la créance fiscale* ») en « *le remplaçant par des fonds plus aisés à dissimuler et, en tout cas, plus difficiles à appréhender* » ; la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir retenu que l'épouse du débiteur « *ne pouvait avoir ignoré la fraude commise par son mari, ayant été nécessairement consciente de l'opération et des fins poursuivies* ».

²⁰² Par ex., refusant de retenir la fraude du conjoint : Com., 20 févr. 2007, n° 05-18.241.

²⁰³ *Supra*, p. 31.

cette même villa pour son propre compte²⁰⁴. Cet arrêt était d'autant plus remarquable que l'intention frauduleuse du vendeur n'était pas établie²⁰⁵, de sorte qu'il n'existait entre ce vendeur et le mandataire aucun « concert frauduleux »²⁰⁶. La Cour de cassation avait néanmoins admis de sanctionner la fraude dès lors que le second acquéreur, « trahissant ses devoirs de mandataire et dont la mauvaise foi éclate, [s'était] substitué frauduleusement à son mandant ». L'existence d'un lien aussi étroit qu'un mandat entre le fraudeur et sa victime constituait ici l'indice incontestable d'une fraude.

§3 – Fraude déduite de circonstances temporelles suspectes

Circonstances retenues. Les circonstances temporelles entourant les agissements du fraudeur revêtent une importance particulière parmi les indices permettant d'établir l'intention frauduleuse. Ces circonstances peuvent être suspectes à plusieurs titres. Il arrive d'abord que le fraudeur ait agi avec une précipitation suspecte. Il arrive également, en l'absence d'une telle précipitation, que la simple succession de plusieurs actes, lorsqu'elle est suffisamment rapprochée, suffise à révéler la fraude. *A contrario*, l'espacement temporel entre les actes d'un même processus frauduleux rend parfois difficile, sinon impossible, la preuve de l'intention frauduleuse ayant conduit ce processus, de telle sorte que l'écoulement du temps peut jouer un rôle confortatif vis-à-vis de certaines fraudes²⁰⁷. Plusieurs illustrations démontrent tout à la fois la variété et l'importance déterminante de ces indices temporels pour établir l'intention frauduleuse.

Transcription précipitée d'une vente d'immeuble sur les registres de la publicité foncière.

Dans l'hypothèse d'un conflit entre deux acquéreurs successifs d'un même immeuble entre les mains d'un même vendeur, la preuve de la connaissance de la première cession par le second acquéreur peut être déduite de l'existence de liens étroits entre ce dernier et le vendeur ou le premier acquéreur. Mais elle peut également s'appuyer sur le constat d'une précipitation suspecte lors de la transcription de la seconde cession sur les registres de la publicité foncière. Ainsi la Cour de cassation, dans l'arrêt précédemment évoqué, avait-elle relevé que l'acte avait été transcrit « avec une célérité étonnante »²⁰⁸. Dans un autre arrêt, la « précipitation anormale avec laquelle le notaire a fait enregistrer et transcrire la seconde vente le jour même où il l'avait reçue » constituait également un indice de la fraude²⁰⁹.

²⁰⁴ Civ. 1, 17 oct. 1961, Bull civ I, n° 467 ; JCP G. 1962, II, 12758, note H. Bulté.

²⁰⁵ Selon la note d'H. Bulté (*Ibid.*) : « Le vendeur n'avait même pas été appelé à l'instance et il est tout à fait probable qu'ayant traité avec la même personne dans le premier acte sous seing privé et dans le second acte authentique, il avait tout ignoré de la fraude commise par cette personne. »

²⁰⁶ Sur l'exigence d'un tel concert à l'époque de cet arrêt, voir *supra*, p. 31.

²⁰⁷ Ce phénomène est identifié par F. Dournaux qui souligne « l'effet dissolvant de l'éloignement chronologique dans l'identification de la fraude » (*op. cit.*, n° 533) : « Lorsque les actes constituant le moyen de fraude sont trop éloignés chronologiquement les uns des autres, le temps a un effet confortatif de la manœuvre. » Ce n'est pas « en soi » que la fraude disparaît lorsque les actes qui la constituent sont espacés dans le temps, mais parce qu'elle ne peut plus être prouvée avec suffisamment de certitude : « l'écart de temps entrave leur agrégation intellectuelle et empêche d'y voir un ensemble indivisible susceptible de s'analyser en un moyen de fraude ».

²⁰⁸ Civ. 1, 17 oct. 1961, Bull civ I, n° 467 ; JCP G. 1962, II, 12758, note Bulté.

²⁰⁹ Civ. 1, 14 févr. 1962, Bull. civ. I, n° 98.

Coup d'accordéon frauduleux. La jurisprudence relative aux coups d'accordéon frauduleux fournit de nombreux exemples de précipitation suspecte. Dans le cadre de ces opérations, l'intention frauduleuse consiste, pour les actionnaires majoritaires, dans la volonté d'évincer les actionnaires minoritaires, peu important que leur droit préférentiel de souscription soit ou non supprimé²¹⁰. Pour retenir cette fraude, les juges s'appuient dans la plupart des cas sur l'observation de circonstances temporelles suspectes. Ainsi, le fait que l'assemblée générale ayant voté l'augmentation de capital litigieuse ait été convoquée de façon « précipitée », a fortiori « en pleine période estivale », contribue à révéler l'intention frauduleuse des actionnaires à l'origine de cette opération²¹¹. De façon similaire, la chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir considéré que « le choix du mois d'août, période estivale durant laquelle de nombreux associés sont indisponibles, cependant qu'il s'agissait de décider de la manière de recapitaliser la société », constituait un indice du fait que « les délibérations de l'assemblée générale extraordinaire étaient intervenues en fraude du droit des actionnaires minoritaires »²¹². Plus récemment, est encore considéré comme un indice de la fraude des actionnaires majoritaires la fixation d'un délai de souscription « anormalement réduit » au regard de la somme à réunir, mettant les actionnaires minoritaires dans l'impossibilité pratique de réunir la somme nécessaire pour maintenir leur participation²¹³. La précipitation, le choix d'une période estivale, la fixation d'un délai anormalement bref, sont autant de circonstances qui contribuent ainsi à révéler une fraude.

Fraude à un droit de préemption par échange de parcelles. Outre le schéma de fraude au droit de préemption d'un locataire par fixation d'un prix dissuasif²¹⁴, la jurisprudence fait apparaître un autre schéma de fraude à un droit de préemption légal, cette fois-ci par le moyen d'un échange du bien sur lequel porte ce droit. Dans cette situation, pour neutraliser le droit de préemption du preneur, le propriétaire commence par échanger le bien concerné contre un autre avant de revendre ce nouveau bien. Un arrêt du 23 juin 1981²¹⁵ illustre cette hypothèse et l'importance d'une succession temporelle rapprochée en tant qu'indice de l'intention frauduleuse. En l'espèce, une dame, légataire de parcelles de terre faisant l'objet d'un bail rural, avait échangé ces parcelles avec un tiers contre des terres d'une valeur équivalente. « Aussitôt après », cette dame avait vendu les terres ainsi acquises au prix porté à l'acte d'échange puis acheté un fonds de commerce avec le produit de cette vente. À la demande du preneur des parcelles échangées, les juges du fond avaient annulé, pour fraude, l'échange litigieux. La Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé par la vendeuse, approuve ces juges d'avoir déduit l'intention frauduleuse du fait que « les trois opérations [de cette vendeuse], à savoir l'échange, la vente des parcelles et l'achat du fonds du commerce, se sont succédé dans une période de temps très limitée compte tenu des formalités nécessaires ». La succession rapprochée entre ces trois

²¹⁰ *Supra*, p. 27.

²¹¹ Com., 16 avr. 2013, n° 09-10.583 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 114, note R. Mortier.

²¹² Com., 11 janv. 2017, n° 14-27.052 ; *Dr. sociétés* 2017, n° 62, obs. C. Coupet ; *Rev. sociétés* 2017, p. 294, note D. Schmidt ; *BJS* 2017, p. 379, note S. Sylvestre ; *JCP E.* 2017, p. 1194, note R. Mortier.

²¹³ Com., 7 mai 2019, n° 17-18.785 et n° 17-16.675 ; *Dr. sociétés* 2019, n° 8-9, comm. 142, R. Mortier.

²¹⁴ *Supra*, p. 26.

²¹⁵ Civ. 3, 23 juin 1981, n° 80-10.014, Bull. civ. III, n° 129.

actes révèle la volonté, de la part de la vendeuse, de contourner le droit de préemption légal du preneur des parcelles dont elle était initialement propriétaire.

Droit international privé : fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit. S'agissant de la fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit, l'intention frauduleuse consiste dans la volonté exclusive de se soustraire à l'application de la loi du for normalement applicable²¹⁶. En pratique, cette intention est le plus souvent déduite de la succession rapprochée des différents agissements ayant permis au justiciable d'échapper à cette loi. La fraude sera ainsi d'autant plus facilement caractérisée que le sujet de droit international, après avoir provoqué l'application d'une loi étrangère (voire l'intervention d'une autorité étrangère) pour modifier sa situation juridique, aura *rapidement* cherché à se prévaloir de la situation ainsi créée dans le ressort de la loi évincée.

Dans l'affaire de la *princesse de Bauffremont*²¹⁷, par exemple, la succession rapprochée entre les différents actes du processus frauduleuse (acquisition d'une nouvelle nationalité le 3 mai 1875, conversion de la séparation de corps en divorce par application de la nouvelle loi nationale puis remariage le 24 octobre 1875) révélait la volonté exclusive d'éluder l'application de la loi française. *A contrario*, il est permis d'imaginer que si la princesse avait attendu quelques années pour se remarier, son intention frauduleuse n'aurait pu être prouvée.

L'arrêt rendu le 11 mai 2016 par la Cour d'appel de Paris²¹⁸ dans l'affaire de la succession du compositeur Maurice Jarre illustre également, cette fois de façon négative, le rôle des indices temporels dans la caractérisation de l'intention frauduleuse. En l'espèce, les enfants du compositeur, invoquant la solution issue de l'arrêt *Caron*²¹⁹, faisaient grief à leur père d'avoir apporté un immeuble parisien à une société civile immobilière avant son décès, transformant cet immeuble en parts sociales (mobilières) dont la dévolution successorale était régie par la loi du dernier domicile du défunt (en l'espèce, la loi californienne). La Cour d'appel, dans cet arrêt confirmatif, refuse de retenir cette fraude, au motif notamment que l'apport litigieux avait été effectué 14 ans avant le décès du *de cuius*. La Cour d'appel affirme ainsi que « *l'apport d'un immeuble situé en France à une société civile immobilière ne peut être en soi présumé frauduleux, dès lors qu'il n'intervient pas précipitamment, peu de temps avant le décès du propriétaire, pour faire changer en hâte le statut d'un bien et faire échec aux droits s'attachant au caractère immobilier de cet effet de la succession* ». La précipitation, la hâte, apparaissent en creux comme les indices privilégiés de la fraude par manipulation de la qualification.

Une illustration controversée : la gestation pour autrui réalisée à l'étranger. La question des conventions de gestation pour autrui réalisées à l'étranger dans le but de contourner la prohibition du droit français (C. civ., art. 16-7) fournit une illustration tout aussi éclairante, bien que fortement controversée et désormais abandonnée par la jurisprudence. Les considérations relatives à l'intérêt

²¹⁶ *Supra*, pp. 19-20.

²¹⁷ *Supra*, p. 11.

²¹⁸ Paris, 11 mai 2016, n° 14/26247.

²¹⁹ *Supra*, p. 12.

supérieur de l'enfant²²⁰, au droit au respect de la vie privée et familiale²²¹ et à la conception française de l'ordre public international, rendent cette question singulièrement complexe et la question de la fraude n'apparaît ici qu'entourée de multiples autres considérations. Il n'en demeure pas moins que les tribunaux, à plusieurs reprises, ont pu se fonder sur la théorie de la fraude à la loi de droit international privé pour s'opposer à la transcription des actes de naissance établis à l'étranger et reconnaissant le lien de filiation de l'enfant avec un « *parent d'intention* ». La succession temporelle constituait à chaque fois un indice déterminant de l'intention frauduleuse des parents définie comme la volonté d'éluder l'application de la loi française portant prohibition de ces conventions. Ainsi la Cour de cassation, dans deux arrêts du 13 septembre 2013²²² dont la solution a depuis lors été abandonnée, avait-elle approuvé le refus de transcription d'un acte de naissance « *lorsque la naissance est l'aboutissement, en fraude à la loi française, d'un processus d'ensemble comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui* »²²³. Pour caractériser la volonté exclusive de se soustraire à la loi française, les juges du fond avaient relevé un faisceau d'indices parmi lesquels plusieurs éléments temporels : le « *court séjour* » du père biologique en Inde à l'époque de la conception, le « *caractère éphémère* » de la relation avec la mère biologique. Dans des arrêts ultérieurs, censurés par la haute juridiction, les juges du fond relevaient également des éléments temporels suspects ; ainsi du consentement par la mère biologique de l'enfant dans une attestation notariée, « *dès le 7 octobre 2011* », soit moins de six semaines après la naissance de cet enfant, à la « *sortie au domicile permanent à la république française de son fils mineur* »²²⁴. La succession rapprochée entre la conception, le retour en France du père et le consentement de la mère à se séparer de l'enfant, prenait place dans un faisceau d'indices (refus du père de s'expliquer sur les circonstances de la rencontre avec la mère biologique²²⁵, absence de connaissance de leurs biographies respectives²²⁶), permettant d'établir, outre l'existence d'une convention de gestation pour autrui, la volonté exclusive de contourner la prohibition française de ce type de conventions pour parvenir en France à un résultat prohibé.

²²⁰ Article 3-1 de la convention de New-York du 26 janvier 1990.

²²¹ Article 9 du Code civil et article 8 de la Convention EDH.

²²² Civ. 1, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 et 12-30.138, Bull. civ. I, n° 176 ; D. 2013, p. 2384, obs. M. Fabre-Magnan ; *AJ fam.* 2013, p. 579, note F. Chenédé ; voir égal. *Grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, t. 1, n° 51.

²²³ Dans cet arrêt, la Cour de cassation, taillant la part du lion, parmi les sources du droit, au principe général *fraus omnia corrumpit*, avait affirmé « *qu'en présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention [EDH] ne sauraient être utilement invoqués* ». La condamnation ultérieure par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 26 juin 2014, n° 65192/11 et 65941/11, *Menesson et Labassée*, RTD civ. 2014, p. 617, obs. J. Hauser) a conduit la Cour de cassation à abandonner le terrain de la fraude à la loi dans ses décisions ultérieures (voir not. AP, 3 juill. 2015, n° 14-21.323 : cassation de l'arrêt d'appel – Rennes, 15 avr. 2014, n° 13/01047 – qui, dans la lignée des arrêts de la Cour de cassation du 13 décembre 2013, avait retenu l'existence d'un « *processus frauduleux* »). Indépendamment de la balance à effectuer de façon concrète entre la répression de la fraude et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, certains auteurs continuent de considérer que la théorie de la fraude à la loi constituait le fondement le plus approprié face à ces processus ayant pour effet de contourner la prohibition française de la gestation pour autrui. Voir not. M. Fabre-Magnan (D. 2013, p. 2384, obs. ss. Civ. 1, 13 sept. 2013) : « *Les arrêts du 13 septembre 2013 ont le très grand mérite de replacer clairement ces affaires sur leur exact terrain juridique : celui de la fraude à la loi française.* »

²²⁴ Rennes, 15 avr. 2014, n° 13/01047, cassé par AP, 3 juill. 2015, n° 14-21.323.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Rennes, 10 janv. 2012, n° 11/01846.

§4 – Fraude déduite d'un prix ou de conditions déséquilibrés

Lésion ou excès. L'intention frauduleuse, notamment lorsqu'elle consiste dans une volonté de porter atteinte aux droits ou intérêts d'autrui, est parfois déduite de l'observation d'un prix ou de conditions déséquilibrés, dans le sens d'une lésion ou au contraire d'un avantage excessif.

Fraude paulienne par acte à titre onéreux : lésion au détriment du débiteur. La fraude paulienne suppose de démontrer positivement, s'agissant d'un acte à titre onéreux, la connaissance par le débiteur du préjudice causé à son créancier²²⁷. En pratique, la jurisprudence déduit fréquemment cette élément intentionnel du constat d'un déséquilibre objectif suffisamment important en défaveur du débiteur. Lorsque ce dernier conclut un acte lésionnaire, en effet, les juges du fond peuvent estimer avec une forte vraisemblance qu'il ne pouvait ignorer le préjudice occasionné. Ainsi l'intention frauduleuse du débiteur peut-elle être déduite, dans des circonstances presque caricaturales, du fait que les débiteurs ont vendu un immeuble à leurs enfants majeurs à un prix « *manifestement dérisoire* », lorsque le même bien a été revendu « *à un prix quinze fois plus élevé quelques mois plus tard* »²²⁸. De façon similaire, l'intention frauduleuse du débiteur et celle de son complice peuvent être déduites du fait que la vente réalisée « *faisait disparaître des éléments d'actif conséquents de son patrimoine à un prix très inférieur à leur valeur vénale que d'autres concurrents étaient prêts à verser* »²²⁹. L'existence d'une lésion révèle la fraude du débiteur qui ne pouvait ignorer cette lésion.

Fraude au droit de préemption d'un locataire par fixation d'un prix dissuasif. La fixation d'un prix de vente dissuasif dans le congé pour vendre délivré par le propriétaire d'un logement d'habitation à son locataire, constitue le principal indice de la volonté frauduleuse d'évincer ce dernier. Si la jurisprudence rappelle régulièrement que le fait de proposer un prix « *excessif* » et supérieur au marché ne saurait à lui seul suffire à caractériser la fraude (à moins qu'il ne s'agisse d'un prix « *exorbitant* »)²³⁰, l'existence d'un prix « *excessif et dissuasif* » n'en constitue pas moins un élément déterminant qui, complété par d'autres indices, permet de révéler l'intention frauduleuse du bailleur²³¹. Dans un arrêt récent, la Cour d'appel de Paris résume ainsi cette présomption : « *si l'intention spéculative n'est pas en elle-même critiquable, le prix offert ne doit pas atteindre une proportion telle qu'il ne peut que traduire la volonté du bailleur d'empêcher le locataire d'exercer son droit légal de préemption* »²³².

²²⁷ *Supra*, p. 29.

²²⁸ Com., 14 mai 1996, n° 94-11.124, Bull. civ. IV, n° 134.

²²⁹ Com., 23 oct. 2007, n° 06-21.388.

²³⁰ Civ. 3, 19 avr. 2000, n° 98-18.123, Bull. civ. III, n° 81 ; Montpellier, 27 juin 2019, n° 18/05780 : « *La fixation d'un prix excessif ne peut, à elle seule, caractériser l'intention frauduleuse sauf dans le cas d'un prix exorbitant.* »

²³¹ Civ. 3, 4 mai 2000, n° 98-14.014 : prix « *excessif et dissuasif* » qui « *n'était susceptible d'intéresser aucun acquéreur* » ; Paris, 8 juin 2010, n° 07/10748 : prix excessif en comparaison du prix d'un autre appartement situé dans le même immeuble et que la même bailleuse avait vendu pour un prix « *nettement inférieur* » ; Civ. 3, 4 mai 2011, n° 09-72.396 : prix proposé « *largement plus élevé que le montant de la moyenne supérieure des prix de vente dans l'arrondissement* » ; Aix-en-Provence, 22 oct. 2015, n° 14/15015 : prix proposé « *dissuasif* », « *supérieur de 50% au prix du marché* » ; Bordeaux, 28 nov. 2016, 15/03773 : si « *la fixation d'un prix excessif ne peut être à elle seule la preuve de l'intention frauduleuse du vendeur* », « *l'offre du bien à la vente au prix de 350 000 euros par les époux Y, prix qu'ils savaient ne pas correspondre à sa valeur réelle, est frauduleuse* ».

²³² Paris, 30 oct. 2018, 16/18236.

§5 – Fraude déduite de l'interposition provoquée d'une personne

Personne physique ou personne morale. L'interposition d'une personne physique ou d'une personne morale constitue un indice supplémentaire pouvant être retenu par les tribunaux lorsqu'il s'agit de prouver une intention frauduleuse.

Fraude à une clause d'agrément par l'interposition d'un proche. L'arrêt déjà évoqué rendu par la Cour de cassation le 21 janvier 1997²³³ en fournit une première illustration. En l'espèce, afin d'éviter l'application d'une clause statutaire d'agrément, l'associé d'une société à responsabilité limitée avait vendu ses parts à sa mère, laquelle les avait aussitôt revendues à sa fille. Dès lors que les parts sociales étaient librement cessibles entre ascendants et descendants, chacune de ces deux cessions avait échappé au domaine de la clause d'agrément. La Cour de cassation, affirmant que la mère « *n'était animée d'aucune affectio societatis* », relève implicitement l'existence d'une interposition de personne. S'ajoutant à la succession rapprochée (« *concomitance* ») des deux cessions, cette interposition devait permettre aux juges du fond de suspecter l'intention frauduleuse du cédant.

Fraude à une clause d'agrément par interposition d'une société. Le contournement d'une clause d'agrément peut s'effectuer par l'interposition d'une personne morale. Suivant une distinction proposée par F. Dournaux²³⁴, cette interposition peut être « *provoquée* » ou « *exploitée* », la jurisprudence en tirant des conséquences différentes s'agissant de la preuve de la fraude.

Interposition « *provoquée* » d'une personne morale. L'arrêt *Barilla* rendu le 27 juin 1989 par la chambre commerciale de la Cour de cassation²³⁵ illustre l'hypothèse d'une fraude à une clause d'agrément par l'interposition « *provoquée* » d'une personne morale. En l'espèce, l'actionnaire minoritaire d'une société holding, souhaitant céder ses parts à un tiers, les avait cédées dans un premier temps à une autre société, elle-même actionnaire de la holding et contrôlée par le cédant, puis avait cédé au tiers la totalité des actions de cette société. À la demande des actionnaires majoritaires, la Cour d'appel avait retenu la fraude en s'appuyant sur la quasi-concomitance des deux cessions (« *les deux opérations ont été réalisées simultanément* ») et leur indivisibilité subjective (opérations « *connexes et même indivisibles* » réalisées « *en exécution d'un projet de cession* »). La Cour d'appel avait également relevé l'incapacité de la société interposée (qui n'était plus véritablement en activité) à régler par ses seules ressources le montant des actions transférées lors de la première cession. Il était ainsi établi que le tiers, qui avait apporté son concours financier pour cette première cession, était le véritable bénéficiaire de l'opération considérée dans son ensemble. La Cour de cassation avait approuvé cette décision en soulignant le fait que les actionnaires minoritaires avaient « *entrepris de céder leurs titres de la société holding à [un tiers] en recourant à l'interposition de la société [contrôlée]* ».

²³³ *Supra*, p. 21.

²³⁴ F. Dournaux, « Le contournement des règles régissant le transfert des actions d'une société », Colloque « L'instrumentalisation du patrimoine », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2015, n° 2, pp. 253 et s.

²³⁵ Com., 27 juin 1989, n° 88-17.654, Bull. civ. IV, n° 209 ; *supra*, p. 12.

L'intention frauduleuse du cédant, volonté exclusive d'éluder la clause d'agrément, était en l'espèce révélée par différents indices parmi lesquels l'interposition d'une autre société actionnaire. Une telle interposition était manifestement frauduleuse en raison de son caractère « *provoqué* », procédant en deux temps : une première cession, rendue possible par le concours financier d'un tiers, avait d'abord permis à la société interposée d'acquérir des actions supplémentaires entre les mains du cédant ; puis les actions de cette société interposée avaient été cédées à ce même tiers, bénéficiaire final de cette double cession. Combinée à d'autres indices, l'existence de cette interposition provoquée permettait ainsi de déduire avec certitude l'intention frauduleuse du cédant.

Interposition « exploitée » d'une personne morale. L'arrêt *Midi Libre* du 13 décembre 1994²³⁶ fait apparaître des exigences probatoires plus rigoureuses en présence d'une interposition simplement « *exploitée* ». En l'espèce, un investisseur, actionnaire minoritaire de la société du journal *Midi Libre* souhaitait augmenter sa participation en dépit de l'hostilité du conseil d'administration de cette société. Afin d'éluder l'application de la clause d'agrément qui figuraient dans les statuts, cet investisseur avait pris le contrôle de deux autres sociétés actionnaires du journal, dont les parts cumulées représentaient près de 22% du capital. Découvrant cette prise de contrôle, la société du *Midi Libre*, invoquant la solution dégagée par l'arrêt *Barilla*, avait agi en inopposabilité des cessions litigieuses sur le fondement de la fraude. Déboutée par la Cour d'appel au motif de la régularité de l'opération et du principe d'autonomie des personnes morales²³⁷, cette société avait formé un pourvoi faisant valoir que « *se trouve entachée de fraude la cession des actions d'une société qui a pour objet de permettre au cessionnaire d'acquérir le contrôle d'une autre société en échappant, par l'interposition d'une société écran, à l'application d'une clause d'agrément figurant dans les statuts de la société dont le contrôle est convoité* ». Ici encore, l'interposition d'une société (« *société écran* ») était directement en cause.

La Cour de cassation rejette pourtant ce pourvoi, faisant valoir que « *la prise de participation, même majoritaire, dans le capital d'une ou plusieurs sociétés actionnaires d'une autre société ne constitue pas, par elle seule, une fraude ayant pour objet ou pour effet d'éluder des clauses statutaires de cette société, à défaut d'éléments permettant de caractériser cette fraude* ». La justification de cette solution, par contraste avec celle de l'arrêt *Barilla*, semble résider dans le fait que l'interposition de société, bien que réelle, était ici simplement « *exploitée* » par l'investisseur. Ce dernier n'avait pas instrumentalisé les sociétés interposées de façon à leur faire acquérir des titres supplémentaires avant d'en prendre le contrôle. L'opération était pour ainsi dire tout à fait transparente : se contentant d'acquérir les parts de sociétés actionnaires, l'investisseur pouvait *a priori* se prévaloir du principe d'autonomie des personnes morales qui, selon une jurisprudence datant de l'arrêt *Cassegrain* du 21 janvier 1970²³⁸, faisait obstacle à une requalification de la cession du contrôle de ces deux sociétés actionnaires en une cession des parts

²³⁶ Com., 13 déc. 1994, n° 93-11.569 et 93-12.349, Bull. civ. IV, n° 384 ; *BJS* 1995, p. 152, note P. Le Cannu ; *RTD civ.* 1995, p. 644, obs. P.-Y. Gautier ; *RJDA* 1995, p. 200, note H. Le Nabasque.

²³⁷ Montpellier, 17 déc. 1992 ; *BJS* 1993, p. 649, note A. Couret et P. Le Cannu.

²³⁸ Com., 21 janv. 1970, n° 68-11.085 ; *Rev. sociétés* 1970, p. 292, note J. G. ; *JCP* 1970, II, 16541, note B. Oppetit.

sociales détenues par ces mêmes sociétés²³⁹. Déduire la fraude de l'interposition simplement « exploitée » de ces personnes morales aurait abouti au même résultat que cette requalification de l'objet de la cession de contrôle, que précisément la chambre commerciale refusait d'opérer²⁴⁰.

À la différence de l'arrêt *Barilla*, le mode opératoire ne faisait en outre apparaître aucune précipitation ni aucune collusion manifeste entre l'investisseur et les sociétés actionnaires. La volonté d'éluider la clause d'agrément n'était pas douteuse, mais le caractère *exclusif* de cette volonté ne pouvait être déduit de l'interposition seulement « exploitée » de ces actionnaires de la société cible. Comme le souligne H. Le Nabasque, commentant cet arrêt : « *La Cour de cassation ne s'illusionne pas sur la motivation réelle, ou du moins probable, de l'acquéreur des titres ; elle exige, simplement, que la preuve en soit faite. Qu'il soit donc établi, mais par d'autres que par elle, qu'il n'a acquis les titres des sociétés intermédiaires que dans l'unique but de se soustraire à la clause d'agrément* »²⁴¹. En l'espèce, selon la chambre commerciale, la preuve de cette intention frauduleuse n'apparaissait pas suffisamment rapportée.

En l'état de la jurisprudence (inchangé depuis ces arrêts), la preuve de la volonté *exclusive* d'éluider l'application d'une clause d'agrément ne saurait donc résulter de la seule interposition d'une personne morale, lorsque cette interposition est simplement « exploitée ». De façon plus générale, cependant, et malgré ces réserves, l'interposition d'une personne physique ou morale n'en constitue pas moins un indice important, pouvant contribuer à révéler l'intention frauduleuse.

§6 – Induction « par l'absurde »

Définition et fondements. L'étude de la jurisprudence relative à l'intention frauduleuse fait enfin apparaître un mécanisme présomptif original : l'induction « par l'absurde ». Dans la plupart des cas, le processus frauduleux se décompose en effet en une succession d'actes et la réalité de l'opération n'apparaît qu'avec le dernier d'entre eux. Seule une analyse subjective, visant à reconstituer la cohérence d'ensemble de ces actes à la lumière de l'intention qui les sous-tend, permet alors de déclencher l'application du correctif *fraus omnia corrumpit*. Les juges ont pour cela recours à un raisonnement par l'absurde : dans quel but, sinon frauduleux, l'agent aurait-il accompli de tels

²³⁹ Voir cependant la critique formulée par P.-Y. Gautier dans le commentaire précité (*RTD Civ.* 1995, p. 644), principalement sur le terrain de la requalification (« sans même qu'il soit besoin de prouver la fraude, la requalification de l'opération devrait suffire ») voire de la simulation (« on peut même se demander (...) si une action en déclaration de simulation, qui ne requiert pas la preuve de la fraude, ne serait pas là encore envisageable ») mais déplorant plus largement que la Cour de cassation méconnaisse l'évidence (« on peut légitimement se demander si, en ce domaine comme dans le précédent, il n'est pas du devoir du juge de requalifier l'objet de ce type de conventions, afin de déjouer une manœuvre qui parle d'elle-même, res ipsa loquitur »).

²⁴⁰ De ce point de vue, il semble que le terrain de la requalification retenu par P.-Y. Gautier (*ibid.*) est le plus pertinent pour critiquer la solution de cet arrêt. Admettre la fraude à partir de la seule interposition « exploitée » d'une personne morale actionnaire de la société cible reviendrait en effet à requalifier la cession du contrôle de cette société interposée en cession des parts sociales de la société cible, dont la société interposée est actionnaire. Les juges ne pouvaient être dupes du contournement du rejet de cette requalification par l'application du principe *fraus omnia corrumpit*. C'est pourquoi le débat, qui demeure ouvert, doit se placer sur le terrain de la qualification.

²⁴¹ H. Le Nabasque, note précitée (*RJDA* 1995, p. 204). Dans le même sens, voir la note de P. Le Cannu (*BJS* 1995, p. 152) : « Si l'unique dessein des acquéreurs des parts ou actions émises par des sociétés actionnaires d'une société anonyme de presse n'est pas d'éviter l'agrément, la fraude n'est pas caractérisée. »

actes ? Un tel raisonnement revient à postuler que tous les actes juridiques sont en principe pourvus d'une explication rationnelle²⁴². Lorsque la succession des actes composant l'opération litigieuse ne prend sens qu'en admettant l'existence d'une volonté frauduleuse, les juges du fond, dans leur appréciation souveraine, présument cette intention, à charge pour le défendeur de la combattre en démontrant qu'il existait chez lui d'autres mobiles non frauduleux. Dans cette hypothèse, les apparences parlent d'elles-mêmes (*res ipsa loquitur*) et tout indique que rien, sinon la fraude, n'a pu conduire l'agent à accomplir les actes litigieux. La jurisprudence fournit de nombreuses illustrations de cette induction « *par l'absurde* » qui complète le plus souvent les indices précédemment envisagés.

Seule explication d'agissements autrement incohérents ou contradictoires. L'intention frauduleuse est ainsi retenue lorsque les actes litigieux, sauf à supposer l'existence d'une telle intention, apparaîtraient incohérents ou même contradictoires. Un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 20 mai 1998²⁴³ en constitue un exemple éloquent. En l'espèce, la grande surface *Leclerc* avait décidé de confier l'entretien de ses locaux à une société de nettoyage. « *Dans le même temps* », une personne qui travaillait depuis plusieurs années comme femme de service pour *Leclerc*, avait remis à son employeur une lettre de démission le 31 janvier 1994 après avoir signé, trois jours plus tôt, avec cette société de services de nettoyage, un contrat de travail comportant une période d'essai de 6 jours, renouvelable une fois. Après avoir reconduit le contrat au terme des 6 premiers jours, cette société l'avait finalement rompu le 10 février 1994, avant l'expiration de la période d'essai. L'employée avait alors agi sur le fondement de la fraude pour demander le versement d'indemnités de rupture par ce nouvel employeur. La Cour d'appel avait retenu la fraude et condamné la société de nettoyage pour rupture abusive du contrat de travail. La Cour de cassation approuve cette décision au motif que « *la société [de nettoyage] ne pouvait, sans se contredire, d'une part reconnaître l'expérience professionnelle de [la salariée] en l'embauchant pour effectuer les mêmes tâches antérieures en reprenant son ancienneté de 5 ans, et, d'autre part, méconnaître cette expérience en imposant à la salariée une période d'essai* ». Les juges déduisent ici explicitement l'intention frauduleuse du caractère « *contradictoire* » des actes litigieux, qui ne prennent sens les uns avec les autres qu'en admettant l'existence d'une volonté frauduleuse.

Autres formulations explicites. Les formules employées par la jurisprudence sont diverses, lorsque ce raisonnement « *par l'absurde* » est explicitement souligné. Ainsi la Cour de cassation approuve-t-elle une Cour d'appel d'avoir relevé, en matière de fraude paulienne, qu'« *on s'explique*

²⁴² On retrouve ce postulat de rationalité dans la théorie de la cause en droit des obligations, laquelle peut être définie comme un « *contrôle de la rationalité objective minimale* » des actes juridiques (T. Génicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, 1551). Le contrôle de l'existence d'une cause consiste en effet à vérifier « *si, de l'extérieur, le contrat a une utilité et une rationalité suffisantes pour que l'ordre juridique accepte de lui prêter son concours en lui donnant force obligatoire* ». De ce fait, « *la cause est la marque, dans le Code civil, de la rationalité de l'acte humain qui, pour être humain, doit avoir un sens* » (*ibid.*). L'induction « *par l'absurde* » réalisée par les juges afin de retenir une intention frauduleuse repose sur des fondements similaires. Pour un rapprochement plus général entre les notions de fraude et de cause, voir not. L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, *op. cit.*, spéc. n^{os} 190 et s.

²⁴³ Soc., 20 mai 1998, n^o 95-45.486.

mal, sinon par un concert frauduleux », certains des agissements du débiteur et du tiers contractant²⁴⁴. Dans un contexte plus spécifique, dans la jurisprudence relative au coup d'accordéon frauduleux, la référence à l'absence de justification des actes litigieux au regard de l'intérêt social revient à cette induction « *par l'absurde* ». Ainsi la chambre commerciale approuve-t-elle une Cour d'appel d'avoir retenu la fraude des associés majoritaires après avoir non seulement identifié plusieurs indices (notamment temporels) de leur intention frauduleuse, mais également relevé que l'opération « *ne se justifiait pas au regard de la situation de la société* »²⁴⁵. Présentant des caractères suspects et ne trouvant aucune justification au regard de l'intérêt social, l'opération litigieuse ne prenait sens qu'en admettant, de la part des actionnaires majoritaires, la volonté d'évincer les actionnaires minoritaires.

Rare explicitation de ce raisonnement pourtant omniprésent. Dans la plupart des cas, cette induction « *par l'absurde* » n'est pas explicitée par les tribunaux. Selon toute vraisemblance, ce mode de raisonnement contribue pourtant à conforter la conviction des juges lorsque ceux-ci admettent qu'une intention frauduleuse est établie avec suffisamment de certitude. La preuve par présomptions suppose en effet que les juges, dans leur pouvoir d'appréciation, parviennent à un degré de conviction suffisant, où l'existence d'une intention frauduleuse leur apparaît comme *la seule explication possible* des agissements litigieux. Le moment de cette bascule, de la simple vraisemblance à la véritable conviction, est rarement explicité, mais ne peut faire l'économie d'une telle question : dans quel but, sinon frauduleux, l'agent aurait-il accompli de tels actes ?

Conclusion du chapitre : renversement de la charge de la preuve. L'intention frauduleuse ne peut ainsi être retenue par les juges, à partir d'un faisceau d'indices se ramenant souvent aux catégories précédemment identifiées, que lorsqu'il leur apparaît que *rien, sinon la fraude, n'a pu conduire l'agent à accomplir les actes litigieux*. Le jeu des présomptions judiciaires, conforté par cette induction « *par l'absurde* », aboutit alors à un véritable renversement de la charge de la preuve, faisant peser sur le « *fraudeur* » (à présent présumé) le risque d'établir que ses agissements n'ont été inspirés par aucune intention frauduleuse²⁴⁶. La preuve de ce « *fait négatif* » (l'absence de fraude) ne soulève aucune difficulté particulière²⁴⁷ : il suffira au défendeur d'établir quels étaient ses mobiles, à condition que ces derniers ne soient pas frauduleux.

²⁴⁴ Civ. 1, 3 mai 1972, n° 70.14.072, Bull. civ. I, n° 117.

²⁴⁵ Com., 11 janv. 2017, n° 14-27.052 ; *Dr. sociétés* 2017, n° 62, obs. C. Coupet ; *Rev. sociétés* 2017, p. 294, note D. Schmidt ; *BJS* 2017, p. 379, note S. Sylvestre ; *JCP E.* 2017, 1194, note R. Mortier.

²⁴⁶ Sur ce renversement auquel aboutissent les présomptions judiciaires, voir not. G. Chantepie, M. Latina : « *une fois que les conditions de la présomption sont réunies, ce déplacement de l'objet de la preuve produit un effet indirect : un renversement de la charge de la preuve vers l'adversaire.* » De même, selon G. Cornu, toute présomption « *entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu (...) à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu (d'où un déplacement de l'objet de la preuve) mais sous réserve, lorsque la présomption est réfragable, de la preuve, par son adversaire, de l'inexistence du fait inconnu présumé (d'où en ce cas, un renversement de la charge de la preuve).* » (*Vocabulaire juridique, op. cit.*, « *Présomption* »).

²⁴⁷ J. Larguier, « *La preuve d'un fait négatif* », *RTD civ.* 1953, pp. 1 et s.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux et manuels

- B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 2006
- B. Audit, L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 1^e éd., 2018
- A. Aynès, X. Vuitton, *Droit de la preuve*, LexisNexis, 2^e éd., 2017
- H. Barbier, J. Ghestin, *Traité de droit civil, Introduction générale : Droit objectif et droits subjectifs, sources du droit*, t. I, LGDJ, 5^e éd., 2018
- A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 18^e éd., 2019
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1 (Personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions), Dalloz, 13^e éd., 2015
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chenédé, *Ibid.*, t. 2 (Obligations, contrats spéciaux, sûretés), Dalloz, 13^e éd., 2015
- F. Chabas, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, LGDJ, *Leçons de droit civil Henri, Jean et Léon Mazeaud*, 12^e éd., 2000
- G. Chantepie, M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, Dalloz, 2^e éd., 2018
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020
- G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, LGDJ, 13^e éd., 2007
- E. Cornut, *Étude de droit international privé de la famille*, t. 12, *Théorie critique de la fraude à la loi*, Defrénois, 2006
- M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 32^e éd., 2019
- C. David, O. Fouquet, B. Plagnet, P.-F. Racine, *Grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, Dalloz, 5^e éd., 2009
- O. Deshayes, T. Génicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018
- P.-Y. Gautier, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, 11^e éd., 2019
- M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, 7^e éd., 2017
- S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, L. Mayer, *Procédure civile*, Dalloz, 34^e éd., 2018
- L. Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Dalloz, 1928
- Ph. Malaurie, L. Aynès, *Droit des régimes matrimoniaux*, LGDJ, 7^e éd., 2019

Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les personnes*, LGDJ, 10^è éd., 2018

Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil. Les obligations*, LGDJ, 10^è éd., 2018

Ph. Malaurie, C. Brenner, *Droit des successions et des libéralités*, 8^è éd., 2018

Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction au droit*, LGDJ, 7^è éd., 2018

Ph. Merle, A. Fauchon, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, Dalloz, Précis, 23^è éd., 2019

J. Mestre, E. Putman, D. Vidal, *Grands arrêts du droit des affaires*, Dalloz, 1995

N. Molfessis, F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11^è éd., 2019

S. Piedelièvre, *La publicité foncière*, LGDJ, 2000

G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^è éd., 1949

D. Robine, M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8^è éd., 2020

H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, LexisNexis, 1999

H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, LexisNexis, 2003

Ph. Simler, Ph. Delebcque *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^è éd., 2016

F. Terré, P. Simmler, Y. Lequette, F. Chenedé, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^è éd., 2018

E. Vergès, G. Vial, O. Leclerc, *Droit de la preuve*, PUF, 2015

Thèses

B. Audit, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974

H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, th., Paris, 1927

J.-Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés*, Éditions Joly, 1999

J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984

F. Dournaux, *La notion de fraude en droit privé français*, th., Paris, 2008

A. Ligeropoulo, *Le problème de la fraude à la loi*, th., Aix-Marseille, 1928

P. Morvan, *Le principe de droit privé*, th., Paris, Panthéon-Assas, 1999

L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 500, 2008

J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz, 1957

Mélanges

J. Ghestin, « La fraude paulienne », *Mélanges Marty*, Université de sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 569

Articles

- F. Boulanger, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP Notariale et Immobilière* 1993, n° 26, 100805
- D. Bureau, « La fraude dans les cessions de parts sociales entre membres d'une même famille », *Rev. sociétés* 1997, p. 349
- C. Coupet, « Nullité d'un coup d'accordéon frauduleux », *Dr. sociétés* 2017, n° 4, p. 43
- M. Cozian, « La notion d'abus de droit en matière fiscale », *Gaz. Pal.* 17 janvier 1993, p. 50.
- L. d'Avout, « La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts *Menesson* et *Labassée* », *D.* 2014, p. 1806
- F. Deboissy, G. Wicker, « Rachat de sociétés "liquides" et abus de droit », *Dr. fisc.* 2013 n° 41, comm. 477
- B. Dondero, « Le contrôle éventuel et la fraude », *JCP E.* 2017, 1270
- F. Dournaux, « Le contournement des règles régissant le transfert des actions d'une société », Colloque « L'instrumentalisation du patrimoine », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2015, n° 2, p. 253
- M. Dubuy, « La fraude à la loi », *RFDA* 2009, p. 243
- S. Durrande, « Dépôt frauduleux de marque », *D.* 2001, p. 472
- M. Fabre-Magnan, « Le refus de la transcription : la Cour de cassation gardienne du Droit », *D.* 2013, p. 2384
- O. Fouquet, « Interprétation française et interprétation européenne de l'abus de droit », *RJF* 5/2006, p. 383
- O. Fouquet, « Fraude à la loi et abus de droit », *Dr. fisc.* 2006, n° 47, p. 65
- O. Fouquet, « Fraude à la loi: l'explicitation du critère subjectif », *Dr. fisc.* 2009, n° 39, act. 287
- I. Gallmeister, « Gestation pour autrui : transcription à l'état civil et conséquences sur la filiation », *D.* 2013, p. 2382
- P.-Y. Gautier, « Halte aux mirages de la personnalité morale ! La prise de pouvoir de l'entreprise : pour une requalification, sans honte ni pudeur, de l'objet des cessions de contrôle », *RTD Civ.* 1995, p. 644
- J. Lafond, « Le contrôle du prix offert au locataire dans le congé pour vendre », *JCP G.* 1993, I, 3648
- J. Larguier, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1

- P. Le Cannu, « Conditions de l'annulation d'une société à responsabilité limitée pour fraude », *BJS* avril 1992, p. 419
- B. Lecourt, « Société fictive et fraude paulienne », *Rev. sociétés* 2014, p. 569
- B. Lecourt, « Objet social illicite et nullité de sociétés », *Rev. sociétés* 2016, p. 219
- M. Mekki, « Charge de la preuve et présomptions légales, l'art de clarifier sans innover », *Droit et Patrimoine*, 1^{er} septembre 2015, n° 250
- N. Molfessis, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2001, p. 699
- R. Mortier, « Coup d'accordéon annulé pour fraude aux droits des minoritaires », *JCP E.* 2017, n° 15, p. 1194
- R. Mortier, « Annulation d'un coup d'accordéon pour fraude aux droits d'un associé minoritaire », *Dr. sociétés* 2019, n° 8-9, comm. 142
- B. Oppetit, « Fraude à une clause statutaire d'agrément par interposition de cessionnaire », *JCP G.* 1989, II, 21238
- R. Perrot, « Fraude et dénégation judiciaire », *Procédures* n° 5, Mai 2010, comm. 173
- S. Reeb-Blanluet, « Le Conseil d'État affirme l'existence d'un principe général du droit fiscal permettant à l'administration de contrer une fraude à la loi en l'absence de texte spécifique », *BJS* janv. 2007, p. 104
- A. Reygrobellet, « Cession des parts d'une société titulaire d'un bail : la fraude impossible ? », *Rev. sociétés* 2015, p. 179
- P. Sargos, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous des excès du droit », *JCP G.* 2001, I, 306
- S. Schiller, « La fraude, nécessaire *deus ex machina* face à l'évolution du droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2014, p. 211
- D. Schmidt, « Éviction frauduleuse de minoritaires par un coup d'accordéon », *Rev. sociétés* 2017, p. 294
- A. Viandier, « Cession d'actions et fraude à l'objet social », *Rev. sociétés* 2006, p. 793