



**HAL**  
open science

# Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille

Etienne Cornut

► **To cite this version:**

Etienne Cornut. Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille. Droit. 2006. Français. NNT: . halshs-04047371

**HAL Id: halshs-04047371**

**<https://shs.hal.science/halshs-04047371v1>**

Submitted on 17 Sep 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**UNIVERSITE JEAN MOULIN – LYON 3**  
**Faculté de droit**

**THÉORIE CRITIQUE DE LA FRAUDE À LA LOI**  
**Étude de droit international privé de la famille**

Thèse pour le doctorat en droit  
(arrêté du 30 mars 1992)

Présentée et soutenue publiquement le  
10 décembre 2004

par

**Étienne CORNUT**

Directeur de recherches : **Hugues FULCHIRON**  
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

Membres du jury : **Bernard AUDIT**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

**Léna GANNAGE**  
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2)

**Paul LAGARDE**  
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

**Cyril NOURISSAT**  
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

## PREFACE

*Fraus omnia corrumpit* : chacun connaît la célèbre maxime, que l'on cite sans toujours en comprendre le sens. La fraude est une de ces notions si familières que l'on se garde de trop les interroger pour mieux les utiliser à titre d'ajustement, lorsque doit être traitée telle ou telle situation dans les zones troubles du droit. Le flou qui les entoure garantit leur succès et annonce leur faillite. Les destinées de la fraude en droit international privé sont, à cet égard, exemplaires. Dès sa naissance, la théorie de la fraude à la loi fut placée sous le signe de l'ambiguïté, de la fascination (le parfum de scandale qui entourait l'affaire *de Bauffremont* flottait encore dans l'œuvre de Marcel PROUST) et du rejet. Que la princesse de Bauffremont, née princesse de Caraman-Chimay – et devenue pour tout autre que son mari français, princesse Bibesco – ait acquis la nationalité allemande du duché de Saxe-Altenbourg « non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlent, en établissant son domicile dans l'Etat de Saxe-Altenbourg, 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 », passe pour l'exemple même de la fraude à la loi. Mais si la Cour de cassation parle bien d'« actes faits en fraude de la loi française », les juges de première instance avaient visé l'abus et la cour d'appel l'ordre public français : trois notions qui, depuis, n'ont cessé de s'entrecroiser.

Par la suite, la jurisprudence fit jouer à la fraude un rôle ambivalent, qualifiant de fraude des comportements douteux, certes, et qu'il paraissait opportun de sanctionner, mais au risque de faire perdre toute cohérence au concept : fraude à la loi, fraude au jugement, fraude à l'intensité de l'ordre public... À tel point que d'illustres auteurs affirmèrent que si la théorie de la fraude n'était pas fautive en elle-même, elle était souvent erronée dans ses applications et en tout cas inutile.

Dans un monde où les échanges se multiplient, où les systèmes juridiques entrent en concurrence, à défaut d'être toujours en conflit, où sur le grand marché des juges et des lois, les plus habiles ou les moins scrupuleux disposent d'instruments de plus en plus raffinés pour « asservir le droit à leurs desseins », où une part sans cesse croissante est faite aux volontés individuelles dans les textes conventionnels comme dans les textes communautaires, le besoin d'instruments de régulation se fait de plus en plus pressant. Car si de telles évolutions sont gage de souplesse et d'adaptation aux réalités et aux attentes des particuliers, elles favorisent aussi les comportements douteux. La fraude le dispute alors avec l'abus, l'estoppel ou des concepts plus flous (contournement d'institution, détournement d'institution), quand on ne prétend pas faire intervenir l'ordre public. De plus, le législateur français contemporain a tendance à voir de la fraude partout, notamment en droit des étrangers : cette véritable obsession le conduit à des extrémités regrettables, qu'illustrent les récentes dispositions tendant

à lutter contre les « mariages blancs » ; parfois d'ailleurs il lui arrive de se prendre à son propre piège, comme il le fit avec l'article 190-1 du Code civil, aujourd'hui abrogé, et son cas particulier d'annulation du mariage pour « fraude à la loi ». Trente ans après une célèbre thèse, il paraissait donc indispensable de se pencher à nouveau sur la notion de fraude.

L'œuvre réalisée par Monsieur Étienne CORNUT est d'autant plus convaincante que dans son travail de déconstruction-reconstruction, l'auteur ne se borne pas à analyser les failles de la théorie traditionnelle et les carences de son utilisation : il propose une nouvelle définition de la fraude ; non pas une de ces pseudo définitions que l'on baptise hâtivement de « fonctionnelles » pour en masquer l'incohérence conceptuelle, mais celle d'une vraie notion-cadre, dont les contours sont fermement tracés. Il y a fraude, nous dit Monsieur Étienne CORNUT, « lorsque le sujet, par le biais d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire générateur d'un conflit, parvient à provoquer l'application, par une autorité étatique, d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente, dans le dessein exclusif d'en revendiquer les effets dans un ressort différent de celui de la loi appliquée ». La cohérence de cette définition est renforcée par la restructuration de sa sanction. Dépasant l'opposition factice entre nullité et inopposabilité, l'auteur s'attache à démontrer « l'unité fonctionnelle » (au juste sens du terme cette fois) de la sanction de la fraude : la fraude a pour sanction minimum son inefficacité ; cette inefficacité peut passer par l'inopposabilité ou aller jusqu'à la nullité : *fraus se ipsa corrumpit*, serait-on tenté de dire. Parfois cependant, il est nécessaire de tenir compte de la réalité de la situation frauduleusement créée : c'est que d'autres intérêts entrent en jeu, intérêts particuliers ou intérêt général, qu'il est nécessaire de préserver, tant il est vrai qu'il importe de ne pas ajouter une injustice à la fraude.

En redonnant à la fraude sa cohérence, Monsieur Étienne CORNUT lui rend son efficacité juridique. La rigueur de ses analyses réduit notamment à néant les amalgames et les approximations dont le législateur contemporain se rend parfois coupable en matière de droit des étrangers et de la nationalité. De plus, son travail sur la fraude permet d'éclairer un autre concept, celui d'abus de droit.

Peut-être trouvera-t-on étrange qu'une thèse sur la fraude place sous les feux de la rampe son faux frère, l'abus de droit. Mais le paradoxe n'est qu'apparent, car les deux notions sont souvent confondues dans leur utilisation. Pourtant, comme le montre Monsieur Étienne CORNUT, fraude et abus se distinguent dans leur définition comme dans leur sanction. Dans leur définition, car l'abus ne suppose pas que soit créée une situation artificieuse : il y a simplement, si l'on ose dire, exploitation d'une situation juridique existante ; dans leur sanction, car la fraude est frappée par une inefficacité permanente de la manœuvre alors que l'abus n'entraîne qu'une inefficacité ponctuelle, celle qui, dans le cas particulier, prive l'auteur de l'abus de l'usage de son droit.

Ce travail sur l'abus est d'autant plus intéressant que si la théorie de l'abus de droit est ancienne, si, par le passé, elle fut ardemment discutée, il se pourrait que les évolutions contemporaines du droit, et tout particulièrement du droit international privé communautaire, lui donne une nouvelle jeunesse. En multipliant les chefs de compétences législative et judiciaire, en donnant à la volonté individuelle un rôle de plus en plus important, les textes communautaires et les projets de textes communautaires, offrent aux individus de larges marges de manœuvre. Que l'on songe par exemple au Règlement Bruxelles 2 bis, dont le système de compétence judiciaire, à peine entré en vigueur, semble nécessiter des corrections,

déjà suggérées par un Livre vert pourtant censé s'intéresser à la seule loi applicable au divorce. Le plus souvent il n'y aura pas fraude, faute de création artificieuse. Quant aux ordres publics nationaux, dont on cherche souvent à contourner les prescriptions, leurs forces s'étiolent peu à peu dans l'espace communautaire. Dès lors, l'abus ne pourrait-il pas sanctionner des comportements qui, pour être théoriquement réguliers (l'intéressé ne fait apparemment qu'exploiter au mieux les possibilités que lui offrent les textes), n'en sont pas moins blâmables ? Dans un monde de trop grande liberté, de nouveaux modes de régulations paraissent en tout cas nécessaires pour maintenir l'équilibre des intérêts particuliers et préserver l'intérêt général.

Il convient donc de remercier Monsieur Étienne CORNUT pour le travail de clarification et d'anticipation qu'il a réalisé à un moment clef de l'évolution du droit international privé.

Hugues FULCHIRON  
Doyen de la Faculté de droit  
Université Jean Moulin Lyon 3  
Directeur du Centre de droit de la famille

## PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>A.J.D.A.</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>A.J.F.</i>	Actualité Juridique Famille
<i>Am. J. Comp. L.</i>	American Journal of Comparative Law
<i>Am. J. Inter. L.</i>	American Journal of International Law
<i>Ann. suisse dr. inter.</i>	Annuaire suisse de droit international
<i>Arch. philo. dr.</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Cah. dr. eur.</i>	Cahiers de droit européen
<i>Civ.</i>	Cour de cassation, chambres civiles
<i>C.L.J.</i>	Cambridge Law Journal
<i>Com.</i>	Cour de cassation, chambre commerciale
<i>Corn. L. R.</i>	Cornell Law Review
<i>Crim.</i>	Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Defrénois</i>	Defrénois. Journal du notariat
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Dr. adm.</i>	Droit administratif (Revue Juris-Classeur)
<i>Dr. enf. fam.</i>	Droit de l'enfance et de la famille
<i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille (Revue Juris-Classeur)
<i>Dr. fisc.</i>	Droit fiscal (Revue Juris-Classeur)
<i>Dr. &amp; patr.</i>	Droit et Patrimoine
<i>Dr. prat. com. inter.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>GADIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé (4 <sup>e</sup> éd. 2001)
<i>GAJC</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile (11 <sup>e</sup> éd. 2000)
<i>Gaz. pal.</i>	Gazette du Palais
<i>H.L.R.</i>	Harvard Law Review
<i>Int. Comp. L.Q.</i>	International and Comparative Law Quarterly
<i>J.-Cl. civ.</i>	Juris-Classeur de droit civil
<i>J.-Cl. dr. comp.</i>	Juris-Classeur de droit comparé
<i>J.-Cl. dr. inter.</i>	Juris-Classeur de droit international
<i>J. Comp. L.</i>	Journal of Comparative Law
<i>JCP</i>	Juris-Classeur périodique (semaine juridique)
<i>JDI</i>	Journal du droit international (Clunet)
<i>JO</i>	Journal Officiel
<i>JOCE</i>	Journal Officiel des Communautés Européennes
<i>Joly soc.</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>J.T.</i>	Journal des tribunaux (Belgique)
<i>Jour. trib.</i>	Journal des tribunaux (Suisse)

<i>J.T.D.E.</i>	Journal des tribunaux. Droit européen (Belgique)
<i>LPA</i>	Les Petites affiches
<i>Oxf. Jour. L. S.</i>	Oxford Journal of Legal Studies
<i>Proc.</i>	Procédures
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
<i>RDAI</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>Rec.</i>	Recueil
<i>Rép. inter. Dalloz</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. bar.</i>	Revue du barreau (Québec)
<i>Rev. belge dr. inter.</i>	Revue belge de droit international
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RCJB</i>	Revue critique de jurisprudence belge
<i>Rev. dr. Afr.</i>	Revue de droit des pays d'Afrique. Recueil Penant
<i>Rev. dr. étr.</i>	Revue du droit des étrangers (Belgique)
<i>RDIDC</i>	Revue de droit international et de droit comparé
<i>Rev. dr. inter. lég. comp.</i>	Revue de droit international et de législation comparée
<i>R.D.P.</i>	Revue de droit public
<i>RD sanit. soc.</i>	Revue de droit sanitaire et social
<i>Rev. dr. suisse</i>	Revue de droit suisse
<i>Rev. dr. UE</i>	Revue du droit de l'Union européenne
<i>Rev. dr. U.L.B.</i>	Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles
<i>Rev. dr. unif.</i>	Revue de droit uniforme
<i>Rev. état civ.</i>	Revue de l'état civil (Suisse)
<i>R.F.D.A.</i>	Revue française de droit administratif
<i>Rev. fr. dr. aér. spa.</i>	Revue française de droit aérien et spatial
<i>RFD const.</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>Rev. gén. dr. civ. belge</i>	Revue générale de droit civil belge
<i>Rev. gén. dr.</i>	Revue générale de droit (Canada)
<i>R.G.D.I.P.</i>	Revue générale de droit international public
<i>RHDI</i>	Revue hellénique de droit international
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>Rev. jur. com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>R.J.F.</i>	Revue de jurisprudence fiscale
<i>RJPF</i>	Revue juridique personnes et famille
<i>Rev. jur. et pol.</i>	Revue juridique et politique
<i>Rev. jur. Thémis</i>	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
<i>Rev. march. comm.</i>	Revue du marché commun et de l'Union européenne
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RSDIE</i>	Revue suisse de droit international et européen
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTD fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial (Belgique)
<i>R.T.D.H.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'Homme
<i>Riv. dir. inter.</i>	Rivista di diritto internazionale
<i>Riv. dir. inter. pr. proc.</i>	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
<i>Syd. L. R.</i>	Sydney Law Review
<i>TCFDIP</i>	Travaux du comité français de droit international privé

## OUVRAGES CITES SOUS LE SEUL NOM DE LEUR(S) AUTEUR(S)

- B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2001.
- B. AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Economica, 2000.
- H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, tome 1, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1993.
- H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, tome 2, 7<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1983.
- D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, éd. Masson, 1987.
- Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2004.
- P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2004.

# SOMMAIRE

*Le sommaire renvoie aux numéros des pages*

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>Première partie</b>	
<b>LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI.....</b>	<b>21</b>
<b>Titre 1 : Les facteurs intrinsèques de la crise de la théorie de la fraude à la loi.....</b>	
Chapitre 1 : Les imperfections de la notion de fraude à la loi.....	25
Chapitre 2 : La dénaturation de la notion de fraude à la loi .....	63
<b>Titre 2 : Les facteurs extrinsèques de la crise de la théorie de la fraude à la loi .....</b>	
Chapitre 1 : La matérialisation du droit international privé et la théorie de la fraude à la loi .....	117
Chapitre 2 : La flexibilisation du droit international privé et la théorie de la fraude à la loi .....	141
<b>Seconde partie</b>	
<b>LA RENOVATION DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI.....</b>	<b>193</b>
<b>Titre 1 : La restructuration des éléments constitutifs de la fraude à la loi .....</b>	
Chapitre 1 : Une construction .....	197
Chapitre 2 : Une construction artificieuse.....	279
<b>Titre 2 : La restructuration de la sanction de la fraude à la loi.....</b>	
Chapitre 1 : L'unité fonctionnelle des mécanismes de sanction : l'inefficacité de la manœuvre.....	313
Chapitre 2 : L'unité structurelle des limites de la sanction : la réalité de la situation.....	417
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>455</b>

Cette thèse a été publiée aux éditions Defrénois, collection *Doctorat & Notariat*, 2006, tome 12. Collection dirigée par le Pr. Bernard BEIGNIER.



# INTRODUCTION

« Au contact des faits l'illusion est celle d'un droit géométrique : l'application au flux de la vie de règles générales, si adéquates soient-elles, comportera toujours une marge d'appréciation intellectuelle et humaine sur les frontières de beaucoup de concepts et l'analyse de cas singuliers. Mais il ne s'ensuit pas qu'on peut faire des idées ce qu'on veut, que tout résultat apparaissant comme désirable soit toujours justifiable, que les concepts juridiques soient des « techniques » utilisables à volonté selon les besoins, que la fin justifie les moyens ».

H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, 11<sup>e</sup> éd. Puf, Que sais-je ?, 2000, p. 119.

1 — Au confluent de toutes les matières, la théorie de la fraude à la loi fait partie de ces principes généraux du droit qui n'ont nul besoin d'une consécration textuelle pour être présents dans la conscience juridique collective. La résonance latine de l'apophtegme *fraus omnia corrumpit* lui offre l'image d'une origine ancienne, et si la « fraude est aussi vieille que la loi »<sup>1</sup>, l'exception qui la sanctionne a de tout temps pu s'élever contre les combinaisons que l'homme imagine afin d'atteindre un résultat convoité mais prohibé, ou d'esquiver une obligation que la loi lui impose. Comme la réserve de l'abus de droit<sup>2</sup>, l'exception de fraude à la loi est un mécanisme perturbateur mais également libérateur. Elle perturbe l'ordre juridique établi en rompant, de manière parfois brutale, avec le strict ordonnancement juridique selon lequel le droit doit être lorsque ses conditions sont réunies pour qu'il soit. Elle le libère, par contrecoup, en permettant au juriste de trouver la clef qui lui permet de provoquer cette rupture, et de faire céder la mécanique froide du droit lorsqu'il est convaincu que la justice et la morale commandent que le droit ne soit plus, alors qu'il devrait être.

2 — Dans son *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, PORTALIS évoqua par trois fois la notion de fraude, à propos des sûretés et des successions testamentaires<sup>3</sup>. Il le fit non pas directement pour la stigmatiser, mais plus globalement pour exprimer la quintessence de son œuvre législative : l'équilibre législatif à la source d'un texte épris de libéralisme juridique, adapté à l'homme auquel il était destiné, « un usager essentiellement

---

<sup>1</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 1.

<sup>2</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 2000, n° 1.

<sup>3</sup> La version de référence est celle reproduite dans *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, éd. Litec, 2004, p. XXI à LVII.

moyen, ni trop méchant ni trop bon, ni trop intelligent ni trop bête, ni trop naïf ni trop habile »<sup>1</sup>. Dans la première évocation, PORTALIS écrivit qu'on « gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme, doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité ; et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition. »<sup>2</sup>. Un peu plus loin, toujours à propos des sûretés, PORTALIS estima que « Sans doute, il ne faut pas que les hommes puissent se tromper mutuellement, en traitant ensemble ; mais il faut laisser quelque latitude à la confiance et à la bonne foi. Des formes inquiétantes et indiscretes perdent le crédit, sans éteindre les fraudes ; elles accablent sans protéger. Nous sommes effectivement convaincus que nos dernières lois sur cette matière, ne pouvaient contribuer qu'à paralyser toutes les affaires de la société, à fatiguer toutes les parties intéressées, par des procédures ruineuses ; et qu'avec le but apparent de conserver l'hypothèque, elles n'étaient propres qu'à la compromettre. Nous avons cru devoir revenir à un régime moins soupçonneux et plus modéré. »<sup>3</sup>. Enfin, à propos de la faculté de tester presque réduite à néant par le droit intermédiaire, PORTALIS expliqua qu'il « est prudent de soumettre à des règles la faculté de tester, et de lui donner des bornes. Mais il faut la conserver et lui laisser une certaine latitude : lorsque la loi, sur des objets qui tiennent d'aussi près que celui-ci à toutes les affections humaines, ne laisse aucune liberté aux hommes, les hommes de leur côté, ne travaillent qu'à éluder la loi. Les libéralités déguisées, les simulations, remplaceront les testaments si la faculté de tester est interdite ou trop restreinte ; et les plus horribles fraudes, auront lieu dans les familles, même les plus honnêtes. »<sup>4</sup>.

3 — Ce qui frappe dans ces trois évocations de la fraude, c'est qu'elles n'expriment pas tant la condamnation du procédé frauduleux en tant que tel, mais plutôt qu'elles tendent à en rechercher les causes. Et ces causes ne résident pas tant dans la liberté laissée aux sujets que dans l'autocratie de la loi. Ainsi, alors que le risque de fraude est souvent présenté comme un frein à l'admission de la volonté dans la désignation de la loi applicable en matière de successions testamentaires internationales<sup>5</sup>, PORTALIS entend au contraire éviter les fraudes en donnant au défunt la faculté de tester. Loin d'être circonscrites aux domaines dans lesquels elles interviennent, ces évocations permettent à PORTALIS d'esquisser un modèle de bonne gouvernance législative selon lequel le « contrat doit encadrer l'essentiel des relations entre les hommes [alors que] la loi n'est là que pour parer à certaines dérives en sanctionnant les plus vicieux par sa rigueur et les plus légers par son désintéret »<sup>6</sup>.

4 — Lors de la célébration du centenaire du Code civil, WEISS faisait de la lutte contre la fraude l'une des nécessités de la résolution du conflit de lois, dans le but de préserver le champ d'application souverain des lois en conflit, particulièrement celui de la loi française. Selon l'auteur, « De ces lois en conflit, de la loi personnelle et de la loi territoriale, dont les

<sup>1</sup> X. LINANT DE BELLEFONDS, « Le genre législatif selon Portalis et sa corruption par les juristes de la société de l'information », in *Le discours et le code, op. cit.*, p. 323.

<sup>2</sup> *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, p. LII.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. LII.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. LVI.

<sup>5</sup> Plus largement, le développement de l'autonomie de la volonté est souvent considéré comme un vecteur de fraude à la loi, celle-ci provenant d'une expression de volonté, cf. *infra* n° 286 et s.

<sup>6</sup> X. LINANT DE BELLEFONDS, *op. cit.*, p. 324.

prescriptions se contredisent et se combattent, laquelle aura le dernier mot ? laquelle devra abaisser son pavillon devant l'autre ? Il est important de le savoir, car le même droit ne saurait, sans dommage, relever en même temps, suivant les hasards d'un déplacement ou d'un procès, de plusieurs législations différentes : toute sécurité disparaîtrait des relations juridiques ; ce serait encourager la fraude ; ce serait tuer le crédit. »<sup>1</sup>. À l'heure du bicentenaire, les liens presque consanguins entre la théorie de la fraude à la loi et la règle de conflit, la première assurant la probité de la seconde, ne se sont pas démentis.

5 — C'est en droit international privé en effet, selon l'opinion communément admise, que la fraude à la loi trouva son empire d'élection et acquit ses lettres de noblesse. Il est constant de lire que la fraude s'est développée, que sa théorie s'est élaborée essentiellement en droit international privé, « que la fraude à la loi s'est taillé un empire d'élection »<sup>2</sup>. « Le droit international privé est le domaine d'élection de la fraude »<sup>3</sup> et « c'est de lui qu'est venue l'alarme »<sup>4</sup>. L'intervention d'une ou plusieurs frontière(s) dans une situation privée et la multiplication conséquente des systèmes judiciaires et législatifs potentiellement compétents pour régir cette situation, augmentent les possibilités de contourner une loi inopportune. En retenant des critères de rattachement qui dépendent, directement ou indirectement, de la volonté individuelle des personnes, la règle de conflit de lois permet à ces dernières de puiser dans le vivier international des lois celle qui convient le mieux à leurs aspirations. La délocalisation de l'élément de rattachement « exploite les limites de l'espace que s'assigne nécessairement tout système juridique. Elle trouve un terrain fertile dès lors que la mobilité internationale des biens ou des personnes contraste avec le cloisonnement de l'espace réservé au système juridique. Elle s'amplifie à mesure d'un accroissement de cette mobilité inversement proportionnel à une rigidité de ces cloisonnements »<sup>5</sup>. La possibilité de fraude à la loi est alors beaucoup plus vaste en droit international privé qu'en droit interne, où « il est exceptionnel que deux règles incompatibles puissent être l'une et l'autre vraisemblablement applicables »<sup>6</sup>. À l'inverse, la fraude à la loi de droit international privé recouvre une multitude de situations dont il serait erroné et surtout vain de vouloir dresser l'inventaire. Au-delà des techniques, ce sont les possibilités de choix qu'offre la fraude internationale qui expliquent son développement théorique : le sujet bénéficie d'un vivier de lois au moins égal au nombre de systèmes législatifs qu'il peut atteindre et donc autant d'institutions juridiques et de possibilités, là où le sujet lié à un seul État n'en dispose que d'une.

6 — « C'est un fait que, plus il y a de lois qui s'entrechoquent, plus la passion du droit (du droit international privé) devient enivrante »<sup>7</sup>. La fraude à la loi permet cet état d'ivresse, le sujet s'enivrant des divergences conflictuelles et matérielles des systèmes juridiques artificiellement ou réellement en présence. « S'il était possible d'élaborer en toutes matières, par exemple par la voie de conventions internationales, des règles universelles [substantielles de droit international privé], tout problème de conflit de lois se trouverait

<sup>1</sup> A. WEISS, « Le Code civil et le conflit de lois », in *Le Code civil. Livre du centenaire*, vol. I, 1904, p. 249 et s., spéc. p. 250.

<sup>2</sup> H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, p. 203.

<sup>3</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 267.

<sup>4</sup> J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228 et s., p. 345 et s., spéc. p. 236.

<sup>5</sup> M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165 et s., spéc. p. 166.

<sup>6</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 540.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, éd. Flammarion, 1996, p. 45.

supprimé. Mais c'est là une pure utopie, et l'expérience révèle le nombre infini de règles matérielles universelles et incontestées »<sup>1</sup>. L'utopie laisse place à une sombre réalité : le sujet s'insère de plain-pied dans le « supermarché mondial de la justice »<sup>2</sup> proposant au chaland autorités complaisantes, règles de conflit malléables et règles matérielles alléchantes. Le sujet n'a plus qu'à se servir en se façonnant une situation internationale à la carte afin de parvenir au résultat substantiel considéré comme le plus satisfaisant.

7 — Il est alors aisé de comprendre que la théorie de la fraude s'est particulièrement développée en droit international privé, même si la fraude internationale est souvent perçue comme une simple illustration de la fraude en droit interne<sup>3</sup>. Dotée d'une impérativité naturellement moindre que la loi du for, la loi étrangère permet plus facilement toute sorte de combinaisons : « incitant à l'inertie du tribunal saisi, l'extranéité de la loi applicable autorise à faire de cette dernière la chose des seules parties ; échappant à l'emprise de l'équité procédurale, la règle de conflit épouse la cause de l'utilitarisme »<sup>4</sup>. À mi-chemin entre le centenaire et le bicentenaire du Code civil, les noces furent paradoxalement célébrées à l'occasion d'un divorce, sous l'autorité sanctificatrice de la Cour de cassation, déniaut à la règle de conflit l'impérativité – au moins lorsqu'elle désigne une loi étrangère – qu'elle tient pourtant de sa nature de règle de droit<sup>5</sup>. Son impérativité par la suite retrouvée<sup>6</sup> n'a cependant pas scellé la rupture, la règle de conflit demeurant un moyen à part entière d'ingénierie juridique. Dès lors, la théorie de la fraude à la loi est « plus facilement admissible en droit international privé qu'en droit interne car la loi française, n'ayant pas les moyens de se prémunir contre les possibilités qu'ouvrent les lois étrangères, peut sembler avoir besoin contre elles d'une protection particulière, tandis que, contre les possibilités qu'elle a ouvertes elle-même, il lui appartenait de pourvoir à sa propre sûreté »<sup>7</sup>.

8 — De la théorie à la pratique le contraste est toutefois saisissant. Si la notion de fraude à la loi n'est pas absente des décisions de justice et qu'elle a semblé un temps devoir conserver « toute sa valeur, pendant une durée indéfinie, dans les matières de la capacité juridique et des droits de la famille »<sup>8</sup>, ou encore qu'elle « peut prendre un très grand développement, en matière de divorce »<sup>9</sup>, il est très rare qu'elle en constitue l'unique fondement, même dans ces domaines. Jadis réservée aux personnes pouvant s'offrir le luxe d'un voyage afin de tarir leurs déboires conjugaux, la fraude trouva un second souffle, avec le développement des moyens de communication, auprès du « tout-venant des tribunaux »<sup>10</sup> attiré par l'exotisme d'une désunion expéditive. Dans les domaines où certains auteurs ont pu lui

<sup>1</sup> P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, n° 2, 1985, p. 129, spéc. n° 3.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 49 et s., spéc. p. 51.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 273.

<sup>4</sup> H. MUIR WATT, « Les péripéties internationales de l'article 12 NCPC ou la définition contemporaine du conflit de lois dans l'espace », in Mél. Ch. GAVALDA, éd. Dalloz, 2001, p. 235 et s., spéc. n° 2.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Bisbal*, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 810, note SIALELLI ; *D.* 1960, p. 610, note MALAURIE ; *JCP* 1960, II, 11733, note MOTULSKY ; *GADIP* n° 32.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, 2<sup>de</sup> esp., note MUIR WATT ; *LPA* n° 241 du 3/12/1999, p. 18, note MASSIP ; *JCP* 1999, II, 10192, note MELIN ; *Défrénois* 1999, p. 1261, obs. MASSIP ; *GADIP* n° 78.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd. Puf, 2000, n° 76.

<sup>8</sup> É. BARTIN, *Études de droit international privé*, 1899, p. 269.

<sup>9</sup> P. BELLET, « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *TCFDIP* 1962-1964, p. 251 et s., spéc. p. 270.

<sup>10</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, op. cit., loc. cit.

vouer un rôle indéfini, voire grandissant à mesure qu'enflent les droits de chez nous et « les droits venus d'ailleurs »<sup>1</sup>, lesquels trouvent souvent grâce aux yeux des sujets de droit insatisfaits du leur, la fraude est pourtant de moins en moins souvent invoquée. Si auparavant les juges relevaient la fraude, quitte à le faire consciemment de manière surabondante, pour stigmatiser le comportement des parties et ainsi asseoir d'une connotation morale et potentiellement indéfectible leur décision, il apparaît aujourd'hui qu'ils ne se donnent plus cette peine et se contentent de condamner des situations, qui auparavant l'étaient au motif de la fraude, sans avoir recours à cette notion. Le cas est topique en matière de divorces migratoires. Désormais reconnue en France dans des conditions relativement souples, il n'est plus besoin de se rendre à l'étranger pour obtenir une désunion. Lorsqu'une loi étrangère s'avère néanmoins plus intéressante que la loi française, l'exception d'ordre public peut seule permettre de refuser le résultat de son application. C'est le cas aujourd'hui pour les répudiations étrangères<sup>2</sup>. Ensuite, « il n'importe guère que les parties aient recherché à l'étranger un divorce plus aisé à obtenir si la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public »<sup>3</sup>.

9 — Faut-il alors penser que la théorie de la fraude à la loi n'a plus de rôle à jouer en droit international privé ; que cette matière, qui lui a permis, non de naître, mais de se développer, soit en passe de l'abandonner ? Certains auteurs estiment que la théorie est largement inusitée<sup>4</sup>, qu'il n'y en a plus d'application en jurisprudence<sup>5</sup> et que « les conditions de réalisation d'une fraude s'appuyant sur la règle de conflit ne seront qu'exceptionnellement réunies »<sup>6</sup>. Il apparaît alors qu'elle n'a plus aujourd'hui le « vent en poupe »<sup>7</sup>, qu'elle est « une espèce de croquemitaine avec lequel nous faisons peur aux gens »<sup>8</sup>. D'autres considèrent qu'elle est « obsolète » en tant que catégorie juridique autonome et qu'il est préférable de recourir au concept plus général de l'ordre public<sup>9</sup>. Elle serait enfin inutile et le droit international privé pourrait en faire l'économie<sup>10</sup>. Mais si l'heure de gloire de la théorie de la fraude à la loi, née des déboires conjugaux d'une princesse et nourrie aux divorces migratoires de Fiume, de Ciudad Juarez ou du Nevada, semble aujourd'hui passée, sa nécessité et son rôle demeurent intacts, à condition d'en redéfinir autant le contenu, le domaine que la fonction.

10 — Il apparaît ainsi « qu'une tendance se manifeste (...) allant dans le sens d'une diminution de l'importance de la théorie en droit international privé »<sup>11</sup>. Plusieurs causes de ce déclin sont avancées. Les premières tiennent à la matière dans laquelle s'insère la théorie de la

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 44 et s.

<sup>2</sup> Sur lesquelles, cf. *infra* n° 230 et s.

<sup>3</sup> F. RIGAUD, *Droit international privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd. Larcier, 1987, n° 543.

<sup>4</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 206 ; G. HOLLEAUX, « Les conditions du divorce. Droit français », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Société de législation comparée, 1954, p. 129 et s., spéc. p. 136 ; J.-G. CASTEL, « Principes généraux de droit international privé », in *Problèmes de droit contemporain*, MéL. L. BAUDOIN, éd. Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 237 et s., spéc. pp. 297 et 300 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 456.

<sup>5</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1947, n° 331.

<sup>6</sup> B. AUDIT, n° 235.

<sup>7</sup> J.-F. PERRIN, « La fraude à la loi et l'ordre public en droit privé », in MéL. P. ENGEL, Lausanne, 1983, p. 259.

<sup>8</sup> Ph. FRANCESCAKIS, débats sous G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP 1971-1973*, éd. Dalloz, p. 117 et s., spéc. p. 138.

<sup>9</sup> T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, éd. Cedam, Padova, 1982, p. 349.

<sup>10</sup> P. LEPAULLE, débats sous G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *op. cit.*, p. 134. De manière plus incidente, annonçant sa position, B. AUDIT, *op. cit.*, n° 151.

<sup>11</sup> J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000, n° 228.4.

fraude à la loi. Le droit international privé n'est plus en effet de même facture aujourd'hui qu'il était lorsque les juges statuaient sur les affaires *de Bauffremont*<sup>1</sup> ou *Vidal*<sup>2</sup>. De neutre, rigide et souverainiste, le droit international privé s'est orienté, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, notamment depuis l'arrêt *Verdier*<sup>3</sup> qui synthétise ces deux tendances, vers une conception plus matérielle et plus flexible de la règle de conflit<sup>4</sup>. Or, la théorie de la fraude à la loi s'assigne comme objectif de préserver la neutralité de la règle de conflit lorsqu'elle entend sanctionner un résultat matériellement choquant. Elle trouve également sa justification dans le maintien de la rigidité de la règle de conflit puisqu'elle permet, dans sa conception traditionnelle, de rétablir le rattachement originel frauduleusement modifié, affirmant par conséquent la fixation dans l'espace du rapport conflictuel. Elle devient ainsi moins justifiable et *a priori* moins utile lorsque la règle de conflit elle-même ne se focalise plus sur un seul rattachement et qu'elle permet de désigner la loi matériellement la plus favorable. Ainsi, au lieu de recourir à la réserve de la fraude à la loi, le juge peut invoquer des mécanismes objectifs de droit international privé tels que les lois de police, les clauses d'exception, la théorie du conflit mobile ou l'exception d'ordre public international. Ces moyens permettraient au juge de parvenir au même résultat – assurer la prépotence de la loi désignée par la règle de conflit – sans avoir à rechercher une hypothétique intention frauduleuse.

**11 —** D'autres causes du déclin de la théorie de la fraude à la loi tiennent à l'environnement juridique du droit international privé. La fraude à la loi de droit international exploite les divergences matérielles et conflictuelles des systèmes juridiques. « C'est en effet le caractère national et particulariste des règles de conflit de lois qui fait qu'un même cas risque d'être soumis à une loi différente selon qu'il est jugé par un tribunal allemand, anglais ou français par exemple, ce qui conduit souvent à une bataille préalable sur la compétence judiciaire, chacune des parties cherchant à attirer le litige devant la juridiction dont la règle de conflit désigne la loi qui lui est la plus favorable »<sup>5</sup>. Or, au niveau matériel autant que conflictuel, le constat est celui d'une certaine harmonisation des différents systèmes juridiques. Harmonisation des règles de conflit par la conclusion de traités, de conventions, notamment dans le cadre de la Conférence de La Haye, ou encore par le développement d'un véritable droit international privé européen. L'harmonisation est encore matérielle et les divergences entre les législations, notamment en droit des personnes et de la famille, tendent à s'estomper. Il en résulte que non seulement la possibilité d'échapper à une loi pour provoquer l'application d'une autre devient plus étroite – lorsque la règle de conflit est identique d'un pays à l'autre ou qu'elle utilise le même rattachement – mais aussi que l'intérêt d'une telle substitution devient moins évident si l'opposition matérielle des résultats est peu tranchée. L'unification permettrait alors de restreindre l'utilitarisme des règles de conflit. Néanmoins, si cette unification est perceptible et qu'elle explique par contrecoup la perte d'influence, dans la théorie générale du droit international privé, de celle de la fraude à la loi, cette cause de déclin reste relative pour au moins deux raisons. D'une part, les divergences subsistent toujours, tant d'un point de vue

<sup>1</sup> Civ., 18 mars 1878, S. 1878, 1, 193, note LABBE ; D. 1878, 2, 1, note CAZALENS ; GADIP n° 6.

<sup>2</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, D. 1878, 2, 6 ; S. 1879, 2, 205.

<sup>3</sup> Civ., 5 décembre 1949, Rev. crit. DIP 1950, p. 65, note MOTULSKY ; JDI 1950, p. 180 ; JCP 1950, II, 5285, note DELAUME ; GADIP n° 21.

<sup>4</sup> Sur cette évolution, v. not. B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul ? », R.I.D.C. 1998, p. 421 et s. ; in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 583 et s. ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, matérialisation et flexibilisation des règles de droit international privé*, RCADI 2002, t. 287, p. 9 et s.

<sup>5</sup> Y. LOUSSOUARN, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », Rev. crit. DIP 1979, p. 307 et s., spéc. p. 319.

conflictuel que matériel et l'intérêt d'une manœuvre frauduleuse ne se limite pas aux divergences matérielles des lois potentiellement compétentes. D'autre part, la convergence des droits matériels et conflictuels n'est pas à elle seule un remède à la fraude à la loi ou au *forum shopping*, tout au plus peut-elle les atténuer, sans jamais parvenir à les supprimer<sup>1</sup>.

**12 —** Ainsi envisagée, la problématique de l'étude revient à replacer la conception traditionnelle de la notion de la fraude à la loi dans son environnement théorique actuel et à analyser dans quelle mesure la réserve de la fraude à la loi trouve sa place parmi les autres mécanismes du droit international privé nés de la matérialisation et de la flexibilisation de cette matière. Ainsi, la théorie de la fraude à la loi devra tenir compte des objectifs substantiels de la règle de conflit qui sert de terreau à la manœuvre frauduleuse. Elle doit également prendre en considération la malléabilité – objective ou subjective – parfois affirmée de cette règle de conflit. Cette influence de la nature de la règle de conflit peut intervenir aussi bien sur la qualification même de fraude à la loi que sur les modalités de sa sanction. Une règle de conflit de telle nature peut dès lors exclure, d'un point de vue purement théorique, la qualification de fraude à la loi. Lorsqu'elle ne l'exclut pas, elle peut néanmoins influencer aussi bien sur le régime de la sanction que sur l'opportunité de son prononcé. Cette mise en perspective peut à elle seule donner son intérêt à une nouvelle étude de la théorie de la fraude à la loi. Si en effet la question peut sembler par bien des aspects déjà trop rebattue et que le risque est grand de « gonfler artificiellement les quelques points qui restaient en discussion dans la présentation classique »<sup>2</sup>, eu égard à l'importance des études doctrinales sur le sujet, il apparaît que ces opinions, sans être totalement remises en cause, sont restées figées dans l'environnement juridique qui était le leur. Malgré l'évolution de cet environnement juridique, la théorie de la fraude à la loi demeure inchangée à ce qu'elle était à la fin du 19<sup>e</sup> siècle. Il s'ensuit que la jurisprudence apparaît souvent en décalage avec les théories développées à partir de l'affaire *de Bauffremont*<sup>3</sup>, l'obligeant à rompre avec l'unité – de façade – qui parut s'en dégager.

**13 —** De prime abord, une théorie pleinement unitaire de la fraude n'apparaît pas évidente. Bien qu'elle ait été systématisée sous la plume de M. le Doyen José VIDAL<sup>4</sup>, la notion de fraude offre davantage l'image d'une notion protéiforme que celle d'un concept clairement défini. La notion de fraude est à « contenu variable »<sup>5</sup> ou au « contenu fuyant »<sup>6</sup>, une « idée encore un peu vague »<sup>7</sup>. De manière générale, « la fraude est restée l'art perfide de braver les lois avec l'apparence de la soumission, de violer les traités en paraissant les exécuter, et de tromper, par l'extérieur des actes et des faits, sinon ceux qu'on dépouille, du moins les tribunaux dont ils pourraient invoquer la puissance »<sup>8</sup>. Envisagée dans un sens ou un autre, la

<sup>1</sup> F. FERRARI, « Forum Shopping et droit matériel uniforme », *JDI* 2002, p. 383 et s. ; M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789 et s. Plus généralement, quant à l'impact de l'harmonisation des droits matériels sur l'existence du conflit de lois, et plus loin sur la nécessité de la règle de conflit, L. GANNAGE, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in Mél. J. CALAIS-AULOY, éd. Dalloz, 2004, p. 421 et s.

<sup>2</sup> P. LAGARDE, Recension de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 858.

<sup>3</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>4</sup> *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, op. cit.

<sup>5</sup> Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (sous la dir. de), *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruylant, 1984.

<sup>6</sup> J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, spéc. p. 270 et s.

<sup>7</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994, n<sup>o</sup> 809.

<sup>8</sup> J. BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, t. II, Paris, 1851, n<sup>o</sup> 642.

fraude est parfois prise dans son sens large ou dans son sens strict. Au sens large, elle désigne tout acte de malice, de mauvaise foi et intègre en son sein tout comportement qui pourrait, de près ou de loin, s'apparenter à un acte illicite, une simulation, un abus de droit et une fraude au sens strict. Au sens strict dès lors, la fraude vise le comportement, supposé bien précis, qui « consiste à faire jouer une règle de droit pour tourner une autre règle de droit »<sup>1</sup>. La notion désigne ainsi une multitude de phénomènes qui donne à la fraude une pluralité d'acceptation<sup>2</sup>. Il s'ensuit une confusion des concepts régulateurs du droit, laquelle atteint son paroxysme à propos de la fraude fiscale, envisagée tour à tour comme une fraude par simulation, par abus de droit, d'acte illicite ou de fraude à la loi.

14 — Le droit international privé apparaît à première vue peu sensible à ces différentes conceptions. Une fraude à la loi au sens strict est en effet aisément identifiable à s'en tenir aux hypothèses de divorces migratoires de la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle, ayant donné lieu aux affaires *Desprades*<sup>3</sup>, *de Ramondenc*<sup>4</sup>, *Vidal*<sup>5</sup> ou *de Bauffremont*<sup>6</sup>. Dans une conception purement répartitrice du conflit de lois, la question à résoudre est uniquement celle de la détermination, entre plusieurs qui revendiquent leur compétence, de la loi applicable pour régir un rapport de droit. Dans la mesure où la fraude à la loi, entendue au sens strict, suppose l'éviction d'une loi par une autre, la résolution du conflit de lois en offre une illustration parfaite en raison de l'opposition législative qu'elle induit. Néanmoins, même en droit international privé, la notion de fraude est souvent utilisée dans tous ses sens, allant de la simulation<sup>7</sup> à la mauvaise foi<sup>8</sup>, de l'abus de droit<sup>9</sup> à la violation de la loi<sup>10</sup> ou simple application de la réserve de l'ordre public<sup>11</sup>. Ce faisant et en raison de la diversité des manœuvres frauduleuses et de la conception « étriquée »<sup>12</sup> de la notion de fraude à la loi entendue dans son sens strict, la jurisprudence, comme le législateur et la doctrine, ont été conduits à étendre sa capacité d'absorption, déformant ainsi la notion originelle. Sont ainsi apparues plusieurs variantes de fraude en droit international privé : au jugement<sup>13</sup>, à la compétence<sup>14</sup>, à l'intensité de l'ordre public<sup>15</sup> ou à la convention internationale<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 813.

<sup>2</sup> V. not. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7<sup>e</sup> éd. Puf, 1998, p. 388.

<sup>3</sup> Req., 16 décembre 1845, S. 1846, 1, 100, note DEVILL ; D. 1846, 1, 7.

<sup>4</sup> Civ., 19 juillet 1875, S. 1876, 1, 289, note LABBE ; D. 1876, 1, 5.

<sup>5</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>6</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>7</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique du droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1952, n° 351.

<sup>8</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1949, spéc. nos 168 et 173 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, n° 325 et s.

<sup>9</sup> J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 165.

<sup>10</sup> A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928, n° 52 ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 4, n° 14 et s.

<sup>11</sup> É. BARTIN, *Études de droit international privé*, *op. cit.*, pp. 192, 237 et 282 ; *Principes de droit international privé*, t. I, éd. Domat Montchrestien, 1930, § 99 ; J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 195 et s. ; J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1926, p. 485 et s., spéc. p. 503.

<sup>12</sup> Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Caron*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66 et s., spéc. p. 73.

<sup>13</sup> V. not. C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact., Rouen, 2000, n° 102 et s.

<sup>14</sup> Montpellier, 2 mai 1985, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 108, note DROZ, maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 364, note DROZ ; *JDI* 1988, p. 793, note LOQUIN ; *JCP* 1989, II, 21201, note BLONDEL et CADIET ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. MESTRE.

<sup>15</sup> I. FADLALLAH, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 336.

15 — Faut-il regretter cette variabilité du contenu de la notion de fraude ? Rien n'est moins sûr puisque l'imprécision du contenu d'une notion la rend finalement plus praticable pour le juriste chargé de la constater. Elle peut aisément s'adapter aux réalités du moment et à la diversité des situations qu'elle est censée embrasser, celles-là même que le créateur de la règle n'a pu entrevoir à l'origine. « En effet, plus les notions juridiques applicables sont vagues et indéterminées, plus grand est le pouvoir d'appréciation laissé aux juges »<sup>2</sup>. La notion de fraude est ainsi un « instrument de souplesse »<sup>3</sup> qui peut offrir au juge chargé de la relever une structure préqualificative lui permettant de découvrir, par l'affinement de sa recherche, la qualification adéquate.

16 — Le critère central de la fraude au sens large pourrait se trouver dans le respect de la finalité du droit ou de l'institution utilisés. Il y aurait fraude au sens large lorsqu'une règle, une institution, un droit subjectif ou un concept juridique est utilisé pour une finalité autre que celle pour laquelle ce moyen a été prévu. La notion de finalité n'est en effet jamais étrangère à toutes les qualifications juridiques autonomes comprises dans la notion de fraude au sens large. Ainsi, lorsqu'il y a fraude à la loi, c'est parce qu'une règle a été appliquée en lieu et place d'une autre règle obligatoire, que l'intéressé avait le devoir de respecter. Or, les règles de droit n'ont pas pour finalité de servir à échapper à l'application d'autres règles. De la même façon, un droit subjectif a pour finalité d'assurer aux sujets l'exercice et la défense de prérogatives individuelles, il ne saurait être utilisé pour nuire aux tiers ou obtenir davantage que ce que ce droit veut bien lui octroyer. Dans le même sens, la loi réagit contre sa violation car elle ne saurait tolérer qu'un de ses sujets ne respecte pas les buts qu'elle s'est assignés. Lorsque les parties à un acte juridique dissimulent la réalité de leur opération sous la forme d'une autre, elles contreviennent non seulement à la finalité de l'acte ostensible, qu'elles n'ont pas l'intention d'honorer, mais également à celle de l'acte secret, dont elles rejettent le régime juridique. Quant au détournement, le non-respect de la finalité de l'institution détournée est au centre de ce concept et en constitue le principal, sinon le seul, élément de qualification.

17 — Ainsi, se différenciant des catégories juridiques autonomes en raison des éléments de qualification propres à chacune d'elles mais les rassemblant autour d'un critère commun graduel, la notion de fraude au sens large apparaît en réalité comme une « structure préqualificatrice »<sup>4</sup>. Préqualifier, « c'est produire l'ensemble de ces concepts médiateurs, c'est tisser cette toile structurée grâce à laquelle le fait singulier trouvera (ou non) accès au concept légal supposé le recouvrir »<sup>5</sup>. La notion de fraude au sens large représente, dans cette optique, pour l'interprète, une base de recherche fondée sur l'analyse d'un seul élément entourant la conjonction d'un certain nombre de faits. Une fois cette base déterminée, c'est-à-dire cette fraude caractérisée, il pourra procéder à une seconde analyse orientée celle-ci sur la recherche des faits pertinents qui permettront d'atteindre la qualification adéquate. Ainsi, ce « n'est qu'après cette « connaissance immédiate » que l'esprit tente d'arriver à la « connaissance discursive », en passant d'un jugement à l'autre, de la synthèse première à l'analyse, pour

---

<sup>1</sup> J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux de droit privé », *op. cit.*, p. 236.

<sup>2</sup> Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (sous la dir. de), *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 363 et s., spéc. p. 365.

<sup>3</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, éd. LGDJ, 1988, n° 169 et s.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 175.

aboutir à une nouvelle synthèse rectifiée et enrichie »<sup>1</sup>. En recourant au concept préqualificateur de fraude au sens large, le juge cherche ainsi, « en vue de la comparaison à effectuer, à serrer, comme le mécanisme de la réalisation du droit lui en fait le devoir, d'aussi près que possible la réalité dans le domaine de l'abstrait »<sup>2</sup>. La fraude au sens large apparaît ainsi comme un concept souple dont le droit a nécessairement besoin, un concept « à contenu variable (...) indispensable pour saisir « in concreto » la plasticité des comportements humains sous des normes adéquates »<sup>3</sup>. Souplesse et malléabilité sont d'ailleurs de la nature même des concepts et que « l'on doit, sans hésiter, les multiplier, les changer ou les infléchir, pour mieux les adapter aux faits »<sup>4</sup>. Structure souple dont la définition doit être assez malléable pour permettre « à la fois d'embrasser tous les cas, prévisibles ou non, et d'attribuer à chacun d'eux le traitement approprié »<sup>5</sup>, la notion de fraude au sens large donne au juge les moyens de passer, par une appréciation méthodologique et discursive des faits pertinents, d'un « jugement d'existence » de cette fraude à un « jugement de valeur », apte à parvenir à la qualification adéquate. Mais c'est son seul intérêt et la notion de fraude au sens large ne doit pas être autre chose qu'un instrument préqualificateur. Il ne s'agit pas d'un concept juridique autonome qui appelle en lui-même une sanction. D'un point de vue strictement théorique, la variabilité de la notion de fraude est ainsi gênante si elle n'est pas provisoire, dans la mesure où cette variabilité l'empêche d'être intégrée « dans un système de droit cohérent et stable »<sup>6</sup>.

**18 —** L'intérêt de parvenir à la qualification adéquate à l'issue d'une analyse discursive à défaut d'être immédiate est en effet essentiel dans une optique de fiabilité et de respect des théories juridiques. À « défaut d'une vérité absolue, il existe une vérité relative qui s'apprécie par rapport à la cohérence de l'ensemble. Une bonne justice suppose ainsi que le juge fasse triompher la qualification considérée comme véridique au regard des catégories existantes, de sorte que chaque situation de fait recouvre un traitement approprié »<sup>7</sup>. Or, il est relativement fréquent que « le juge ferme les yeux sur la qualification inexacte parce que – tout simplement – le résultat pratique sera le même »<sup>8</sup>. C'est particulièrement net en ce qui concerne les concepts de fraude, d'abus de droit ou de simulation que souvent la jurisprudence confond en en mêlant les conditions et/ou les effets. Le législateur a parfois la même tendance, ainsi en droit fiscal et l'article L. 64 du LPF qui réprime l'abus de droit par simulation, notion étendue à l'abus de droit par fraude à la loi fiscale<sup>9</sup>. Inévitablement, « il n'est pas rare que les juges sanctionnent comme fictifs des agissements exempts de toute simulation qui constituent en réalité une fraude à la loi »<sup>10</sup>. L'impression de flou subsiste également en doctrine, qui propose de nouvelles définitions sur les ruines des précédentes, qui conclue à l'impossibilité d'une définition<sup>11</sup> ou à celle de trancher entre différents facteurs qualifiants<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs)*, éd. Sirey, 1948, n° 52, p. 51.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 141, p. 160.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 277.

<sup>4</sup> F. GENY, *Sciences et techniques en droit privé positif*, éd. Sirey, 1921, t. III, n° 223, p. 211.

<sup>5</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 1969, n° 545.

<sup>6</sup> Ch. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse », *op. cit.*, p. 373.

<sup>7</sup> Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits*, n° 18, 1993, p. 45 et s., spéc. pp. 47-48.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>9</sup> CE, plénière, 10 juin 1980, *Dr. fisc.* 1981, n°s 48-49, comm. 2187, concl. LOBRY ; *R.J.F.* 1981, n° 9, p. 429.

<sup>10</sup> M. COZIAN, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 4<sup>e</sup> éd. Litec, 1999, « Document 2 : La notion d'abus de droit », p. 19 et s., spéc. n° 43.

<sup>11</sup> J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 274 ; P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 275.

<sup>12</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 762 et s.

19 — En droit international privé et dans la grande majorité des hypothèses, lorsque les juges relèvent une fraude à la loi, il ne s'agit que rarement de l'exception de fraude<sup>1</sup>. Il apparaît que les éléments particuliers et pertinents de la situation soumise à l'interprète ne sont pas toujours pris en compte à leur juste mesure lors de l'opération de qualification, ce qui conduit inévitablement à des dénaturations. D'une manière générale, « les efforts que les juristes se croient obligés de faire, en face d'un fait ou un acte original, pour le faire rentrer dans les catégories existantes, n'aboutissent souvent qu'à violenter inutilement la réalité (...) : il faut alors sortir bon gré mal gré des cadres connus et éprouvés »<sup>2</sup>. L'un des moyens de sortir des cadres éprouvés est de créer de nouveaux concepts. Ce fut le cas pour le détournement, ou encore la simulation lorsqu'elle fut invoquée en dehors du droit des obligations. La notion de fraude au sens large s'inscrit dans cette démarche de création conceptuelle en réaction à l'échec relatif de la systématisation face à la croissante complexité du réel qui profite avant tout à l'ingénierie juridique. Les « détours »<sup>3</sup> empruntés par la Cour de cassation sur les voies tortueuses de la fraude au jugement, afin de sanctionner des répudiations étrangères obtenues par l'époux alors que l'épouse avait saisi le juge français, en sont une parfaite illustration. Ce détour s'est néanmoins rapidement révélé labyrinthique, voire sans réelle issue. Pour faire face à la diversité des manœuvres potentiellement frauduleuses, la voie royale pourrait finalement être celle qui apparaît comme la plus évidente. Il serait alors inutile de déformer les principes existants en créant des ramifications plus ou moins malmenées dès l'origine. Il suffirait de redéfinir en les affinant les différents concepts régulateurs du droit afin de rendre à chacun, par la démonstration de faits pertinents, leur propre domaine d'intervention. Cette redéfinition appelle une mise en perspective de la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle est traditionnellement envisagée en droit international privé.

20 — La théorie classique de la fraude à la loi s'est focalisée sur le conflit de lois. À n'en pas douter, cette démarche était logique. La fraude à la loi consistant en l'éviction d'une loi par le procédé de la règle de conflit, elle n'est censée se développer, *a priori*, qu'en matière de conflit de lois. Cet attachement correspondait surtout à l'idée jusqu'à peu dominante que le « droit international privé c'est (...) certainement, de façon principale sinon exclusive, l'étude des conflits de lois »<sup>4</sup>. Les conflits de juridictions demeurèrent ainsi longtemps en marge des questions générales du droit international privé, notamment de la théorie de la fraude à la loi. Pourtant, l'évolution de la technique internationale frauduleuse est allée vers une utilisation croissante, voire aujourd'hui dominante, des règles de compétence judiciaire internationale, directe comme indirecte. Ainsi pour divorcer, point n'est besoin de changer de nationalité et d'agir sur la résolution du conflit de lois. Une technique plus simple et largement éprouvée devant le tribunal de Reno, au Nevada, ou devant celui de Ciudad Juarez, au Mexique, consiste à saisir une autorité à la compétence généreuse qui applique la loi du for, sans se préoccuper de la configuration internationale du rapport de droit ou des liens que celui-ci entretient avec un autre système juridique. À la technicité et la rareté de la fraude à la loi traditionnellement entendue succèdent la simplicité et la fréquence du *forum shopping*.

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 9.

<sup>2</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1951, pp. 16-17.

<sup>3</sup> P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *in* Mél. F. RIGAUX, éd. Bruylant, 1993, p. 263 et s., spéc. p. 274.

<sup>4</sup> J. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, *RCADI* 1936-III, t. 57, p. 325 et s., spéc. n° 3. *Adde* P. LEPAULLE, « Nature et méthode du droit international privé », *JDI* 1936, p. 284 et s., spéc. p. 311.

21 — Prenant conscience du phénomène, la jurisprudence comme la doctrine réagirent. Mais elles le firent essentiellement en se fondant sur la conception classique de la fraude à la loi pour tenter de l'adapter aux conflits de juridictions. Au stade de la compétence directe naquit la notion de fraude à la juridiction, alors que la compétence internationale indirecte donna lieu à la création de celle de fraude au jugement. Ces notions permirent, bon an mal an, d'appréhender certains comportements, par la caractérisation, conformément à la théorie classique, d'une modification de l'élément de rattachement, de l'éviction d'une norme et d'une intention malicieuse. Il n'en reste pas moins que de manière générale, cette adaptation se révèle souvent infructueuse dans la mesure où elle ne parvient pas à absorber la diversité des manœuvres. Elle apparaît également, et surtout, théoriquement insuffisante au regard de l'évolution du droit international privé vers plus de souplesse et l'augmentation des options de compétence offertes au demandeur. Nécessitant une modification, la théorie de la fraude à la loi, prise au sens strict, ne peut en effet être opposée à l'exercice d'une option de compétence juridictionnelle. Or, le *forum shopping* provient le plus souvent aujourd'hui de l'exploitation d'une option de compétence directement offerte par une règle de conflit de juridictions, notamment en matière de divorce par le Règlement (CE) du 27 novembre 2003, dit de Bruxelles 2 *bis*, abrogeant celui du 29 mai 2000, dit de Bruxelles 2.

22 — Cette approche plus juridictionnelle de la fraude à la loi peut se commander de l'évolution du droit processuel. À l'origine envisagés comme des « règles purement techniques devant être appliquées par les juges de manière mécanique et aveugle, (...) les droits procéduraux subjectifs ont tendance à être considérés, de nos jours, comme des droits relatifs, qui se trouvent grevés de charges imposées par le principe de bonne foi, lequel requiert de chaque plaideur le devoir de se comporter dans les rapports procéduraux en tenant compte des intérêts justifiés de l'autre partie »<sup>1</sup>. Cette tendance est également perceptible en droit judiciaire privé international. Le développement des options de compétence judiciaire internationale incite à rechercher une technique d'autolimitation qui tient compte de cette évolution subjective des droits procéduraux. Si la théorie de la fraude à la loi peut dans certains cas répondre à cet objectif, il n'est pas certain qu'elle soit toujours une panacée.

23 — Dans cette optique, l'objectif principal de l'étude est de définir une conception unitaire de la théorie de la fraude à la loi qui s'inscrit dans le droit international privé contemporain, qui en épouse ses caractéristiques et qui tient compte de son évolution, valable quelles que soient la nature et la facture de la règle de conflit. Pour y parvenir, deux voies sont envisageables. Il serait tout d'abord possible d'encadrer et de définir à nouveau la théorie de la fraude à la loi en ignorant les autres concepts régulateurs du droit. Mais cette démarche risque de prolonger les errements de la conception traditionnelle et d'ajouter une définition à une myriade d'autres et donc finalement d'alimenter le doute et la confusion. Une seconde voie apparaît ainsi préférable. Il s'agira de se placer dans un cadre d'ensemble pour trouver une conception unitaire de la fraude à la loi de droit international privé en montrant autant ce qu'elle est que ce qu'elle n'est pas. Lorsque la manœuvre incriminée ne recouvre pas une fraude à la loi, il conviendra de rechercher une autre qualification à partir de la définition d'un critère distinctif. Il sera ainsi fait appel à d'autres concepts régulateurs du droit, essentiellement l'abus de droit, la simulation et le détournement. Parmi ces concepts, l'abus de droit tiendra une place centrale dans la mesure où cette théorie, méconnue en droit international

---

<sup>1</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Juris Advances* 2003, Vol. 3, Issue 1, article 2 ; in Mél. J. KIRKPATRICK, éd. Bruylant, 2004, p. 745 et s., n° 13.

privé, semble néanmoins parfaitement appropriée, malgré les difficultés de sa démonstration, pour prendre le relais de la théorie de la fraude à la loi lorsque celle-ci est théoriquement incompatible avec la règle de conflit qui sert de base à la manœuvre. Il en est ainsi par exemple dans tous les cas où la règle de conflit prévoit des options de compétence législatives ou judiciaires. La recherche du critère de la fraude à la loi en droit international privé se fera donc constamment en ayant à l'esprit cette nécessaire distinction des concepts.

24 — La recherche n'en sera que plus stimulante. La notion de fraude à la loi évolue en effet au confluent de la théorie générale du droit, elle trouve sa place parmi d'autres concepts tout aussi généraux que sont la bonne foi, l'ordre public, la faute civile, la loyauté ou l'éthique, la liberté individuelle et bien entendu les autres principes régulateurs du droit tels que la simulation ou l'abus de droit. L'indétermination intrinsèque de ces notions transparaît sur celle de la fraude à la loi dans la mesure où les premières sont fréquemment envisagées comme des éléments constitutifs de la seconde. La fraude à la loi est ainsi empreinte de mauvaise foi, c'est une faute. Elle est en ce sens contraire à l'éthique la plus essentielle qui tient à la loyauté nécessaire des comportements. Dans cette optique, la fraude peut se révéler contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Néanmoins, dans la mesure où la fraude à la loi procède d'un comportement par définition licite et réel, opposer l'exception qui la sanctionne peut constituer une atteinte aux droits subjectifs, à la liberté individuelle des sujets de droit. Sa réponse doit donc dans tous les cas être mesurée à l'effet qu'il s'agit d'atteindre, afin d'éviter que le souci légitime de sanctionner les déviations juridiques ne conduise à l'arbitraire souvent dénoncé par les détracteurs de la théorie de la fraude à la loi. Il en résulte que son recadrage en droit international privé aura des conséquences plus larges que celles qui pourraient lui être naturellement assignées. Elle permettra en effet de préciser directement les contours de ces différents concepts généraux.

25 — Le choix du droit international privé de la famille comme terrain d'étude peut sembler évident en raison de l'attraction frauduleuse de la matière. Si la réserve de la fraude à la loi a pu être opposée dans d'autres pans du droit international privé, notamment en matière d'actes juridiques<sup>1</sup> ou de sociétés internationales<sup>2</sup>, c'est en droit international privé de la famille qu'ont été rendues la plupart des décisions jurisprudentielles. Les mariages clandestins célébrés à l'étranger par des prodiges voulant échapper à la tutelle familiale, les divorces migratoires obtenus après un court déplacement au mépris de l'interdiction nationale ou plus récemment les adoptions prononcées à la suite d'une procédure en marge de celle normalement prévue, témoignent de la vivacité particulière de cette théorie en la matière. Mais au-delà de cet intérêt purement quantitatif ou académique, c'est la nature même du droit international privé de la famille et son évolution depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle qui constituent un terrain particulièrement fertile à l'étude de la théorie de la fraude à la loi. Si cette matière s'est révélée propice au développement de la fraude à la loi, c'est essentiellement parce qu'elle est, plus que toute autre

<sup>1</sup> V. not. H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, op. cit., n° 49 et s. ; A. LIGEROPoulos, *Le problème de la fraude à la loi*, op. cit., n° 63 et s. ; J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, op. cit., p. 50 et s. (pour la jurisprudence française) ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 470 et s. ; F. VIANGALLI, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ* 2000-3, p. 1141 et s.

<sup>2</sup> V. not. B. AUDIT, op. cit., n° 504 et s. ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, éd. LGDJ, 1997, n° 496 et s. ; Ch. CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran – Essai sur sa notion et son régime juridique*, éd. LGDJ, 1998, n° 282 et s. ; F. GUILLAUME, *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Lausanne, 2001, p. 295 et s.

matière, le reflet des antagonismes entre les civilisations<sup>1</sup>. Or, ce sont ces antagonismes qui poussent les sujets à la fraude, cherchant ailleurs les droits qu'ils ne peuvent revendiquer chez eux. Le caractère naturellement indisponible de ces droits rend d'autant plus intolérable la volonté de s'y soustraire et appelle en secours le mécanisme de l'exception de fraude à la loi, afin de garantir, si la règle n'y pourvoit pas elle-même, cette indisponibilité. L'évolution du droit international privé de la famille est également porteuse de réflexions. De relativement unitaire jusqu'à la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, le statut personnel est devenu hybride, la famille unie est envisagée comme une pluralité de rapports familiaux, traités chacun « selon sa propre fonction et au regard des intérêts des personnes concernées »<sup>2</sup>. Cet enchevêtrement de lois applicables rend d'autant plus féconde l'utilisation détournée du rapport international qu'une même manœuvre, rendue dès lors plus attractive, peut conduire à l'éviction de plusieurs lois. C'est également en droit international privé de la famille que la matérialisation et la flexibilisation des règles de conflit se sont le mieux manifestées. Alors qu'en matière de contrats internationaux notamment la règle de conflit est originellement matérielle et flexible, le droit international privé de la famille est, à l'inverse, traditionnellement neutre et rigide. Néanmoins, l'évolution récente de la matière est allée vers une plus grande prise en compte non seulement des objectifs substantiels à atteindre<sup>3</sup>, mais également d'une plus grande liberté laissée aux parties pour désigner le juge compétent ou la loi applicable à leur rapport de droit. Cette mutation du droit international privé de la famille ne peut rester sans conséquence sur la théorie de la fraude à la loi dans la mesure où l'exception qui la sanctionne a justement pour objectif de préserver l'impérativité comme la neutralité de la règle de conflit.

26 — Ainsi circonscrit, le domaine de l'étude sera, néanmoins, parfois étendu à d'autres matières. Vers le droit interne d'une part, lorsqu'il s'agira de retracer brièvement l'histoire de la théorie de la fraude à la loi ou de revenir sur le caractère subjectif du principe *fraus omnia corrumpit*. Cette extension peut se justifier par le fait que, traditionnellement, la notion de fraude à la loi en droit international privé est considérée comme une simple application à l'ordre international de la notion de fraude en général<sup>4</sup>. Vers le droit international privé des contrats ensuite, lorsqu'il s'agira d'étudier la compatibilité et le domaine de la notion de fraude à la loi alors que la règle de conflit de lois retient comme critère de rattachement la volonté des parties. Depuis quelques années en effet, l'évolution contemporaine du droit international privé de la famille s'illustre par une « irrésistible extension »<sup>5</sup> du rôle de la volonté individuelle, alors que ce rôle est habituellement exclu, justement en raison du caractère indisponible des droits qui composent la matière. Dans une optique prospective, la question se pose donc de savoir si la théorie de la fraude à la loi conserve son rôle lorsque la règle de conflit elle-même permet aux parties de choisir la loi applicable à leur rapport de famille international, alors même que la réserve de la fraude intervient traditionnellement pour empêcher le glissement d'une « matière aussi impérative que l'état des personnes dans le

<sup>1</sup> A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, RCADI 2000, t. 283, p. 9 et s., n° 1 ; H. FULCHIRON, « La famille face à la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, sous la dir. de É. LOQUIN et C. KESSÉDIAN, éd. Litec, 2000, p. 479 et s. ; H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. philo. dr.* 2001, t. 45, p. 271 et s.

<sup>2</sup> A. BUCHER, *op. cit.*, n° 7. Sur ce phénomène, v. not. Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, RCADI 1994-II, t. 246, p. 9 et s.

<sup>3</sup> Notamment par la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et le conflit de lois*, éd. PUAM, 2001.

<sup>4</sup> En ce sens, J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *op. cit.*, p. 273 et s.

<sup>5</sup> A. VON OVERBECK, « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », in Mél. F. RIGAUX, Bruylant, 1993, p. 619 et s.

domaine de l'autonomie de la volonté »<sup>1</sup>. Pour répondre à cette interrogation, il apparaît nécessaire de porter les développements sur les rapports entre la notion de fraude à la loi et le principe de l'autonomie de la volonté en général, donc de faire appel aux contrats internationaux, siège principal de ce rattachement.

27 — Mais c'est essentiellement vers le droit communautaire matériel que le domaine de l'étude sera le plus souvent étendu et cette inclusion, qui peut surprendre, nécessite de plus amples justifications. En s'ajoutant au droit national, « l'intrus par excellence »<sup>2</sup> s'invite inéluctablement à l'étude de la fraude à la loi. Dans la mesure où elle reconnaît des droits aux individus et qu'elle jouit, dans chacun des États membres, d'une primauté sur le droit national, le sujet peut être tenté de revendiquer les avantages ou d'échapper aux exigences de la loi communautaire. La doctrine n'a pris en compte que très récemment la potentialité frauduleuse des libertés communautaires<sup>3</sup>, essentiellement depuis le retentissant arrêt *Centros*<sup>4</sup>. La notion de fraude – au sens large – n'est pas inconnue du droit communautaire. Ainsi en matière de politique agricole commune<sup>5</sup>, afin de protéger le budget communautaire<sup>6</sup>, en matière de taxe sur la valeur ajoutée<sup>7</sup> ou d'union douanière<sup>8</sup>, en droit européen des affaires<sup>9</sup>. La lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union est ainsi expressément intégrée au projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>10</sup>. Mais il ne s'agit pas dans ces hypothèses de fraude à la loi *stricto sensu*, c'est-à-dire une fraude qui vise à éluder l'application d'une loi donnée afin de provoquer l'application d'une autre loi. Il s'agit de fraudes qui tendent à modifier une assiette imposable, à dissimuler ou falsifier un bilan comptable ou à importer des

<sup>1</sup> J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 491.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>3</sup> L. NEVILLE-BROWN, « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law ? », in Mél. H. G. SCHERMERS, vol. II, éd. Dordrecht, 1994, p. 511 et s. ; M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », et J. VERHOEVEN, « Abus, fraude ou habileté ? A propos de l'arrêt *Poulsen* (CJCE) », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, *op. cit.*, p. 165 et s. et p. 407 et s. ; V. KARAYANNIS, « L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. À propos de l'arrêt C-367/96 *Alexandros Kefalas E.A. / Elliniko Dimiosia (État hellénique)* », *Cah. dr. eur.* 1999, p. 521 ; J.-S. BERGE, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206 ; *Europe déc.* 1999, chron. n° 12 ; M. GESTRI, « Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge : il caso *Centros* », *Riv. dir. inter.* 2000, p. 71 ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cah. dr. eur.* 2002, p. 611 et s. ; F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *J.T.* 2003, p. 8 et s. ; S. CAFARO, « L'abuso di diritto nel sistema comunitario : del caso Van Bisbergen alla Carta dei diritti, passando per gli oridamenti nazionali », *Il Diritto dell'Unione Europea*, n° 2-3/2003, p. 291 et s. ; D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in Mél. J.-V. LOUIS, éd. de l'ULB, vol. I, 2003, p. 595 et s.

<sup>4</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec.* I-1459 et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS.

<sup>5</sup> L. BEURDELEY, *Politiques agricoles communes et fraudes aux dépenses agricoles de l'Union européenne*, éd. L'Harmattan, 1998.

<sup>6</sup> Art. 280 (ex-art. 209 A) du Traité de Rome. V. par ex. CJCE, 10 juillet 2003, *Commission c/ Banque centrale européenne*, aff. C-11/00, *Rec.* I-7147.

<sup>7</sup> V. not. F. BALTUS, « La coopération administrative entre les États membres de l'Union européenne dans le domaine de la T.V.A. », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Actes des journées d'études du Centre de droit international, ULB, éd. Bruylant, 2001, p. 341 et s. V. par ex. CJCE, 20 juin 2002, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-287/00, *Rec.* I-5811.

<sup>8</sup> CJCE, 24 avril 1980, *Chatain*, aff. C-65/79, *Rec.*, p. 1345, concl. CAPOTORTI ; *GACJCE* t. II, n° 8, pt. 14.

<sup>9</sup> J. VERVAELE, *La fraude communautaire et le droit pénal européen des affaires*, éd. Puf, 1994.

<sup>10</sup> Art. III-321 du projet de Traité de Constitution pour l'Europe, *JOCE* C-169/7 du 18 juil. 2003.

produits interdits<sup>1</sup>. La fraude visée ici se rapproche davantage d'une violation directe de la loi, de la corruption ou de la fraude telle qu'elle est entendue en droit pénal<sup>2</sup>. Ces hypothèses ne recouvrant pas des fraudes à la loi *stricto sensu*, elles ne seront pas abordées. L'extension concernera les domaines du droit communautaire où la question de la fraude à la loi peut se poser dans un schéma proche de la fraude à la loi de droit international privé. Ainsi, ne serviront de base que les domaines liés aux libertés de circulation des personnes, des services, des marchandises, la liberté d'établissement, qui nécessitent, pour leur mise en œuvre, l'existence d'un rattachement à la Communauté européenne, c'est-à-dire d'un élément d'extranéité européen, d'un élément « d'européanité »<sup>3</sup>.

**28 —** Traditionnellement, le droit de la famille est exclu du champ d'application du droit communautaire. « Étant donné les objectifs économiques du Traité de Rome de 1957, il n'est pas surprenant que les aspects internationaux du droit de la famille – y compris sa composante patrimoniale – aient pour l'essentiel échappé jusqu'à présent aux préoccupations des États membres de l'Union européenne »<sup>4</sup>. Toutefois, si l'origine exclusivement économique de la Communauté européenne est indiscutable, l'évolution récente montre que, selon « un mouvement qui semble inexorable, le droit communautaire aborde les rivages des personnes et de la famille »<sup>5</sup>. Le projet de Traité de Constitution pour l'Europe intègre en effet le droit de la famille dans les compétences de l'Union<sup>6</sup>. D'ailleurs, d'un point de vue plus historique, « il n'est pas sûr que l'UE n'ait jamais eu envie de s'insinuer [dans le droit de la famille] par le biais de l'éducation ou de la santé publique »<sup>7</sup>. Les liens entre le droit communautaire et le droit de la famille sont consanguins, l'*homo œconomicus* étant également un *pater familias*. Dans cette optique, les personnes et la famille tiennent une place non négligeable dans le droit communautaire lorsque les matières régies par le droit communautaire intègrent les notions de personnes et de famille dans ses dispositions ou lorsqu'il pose des règles qui régissent matériellement les relations individuelles et familiales.

**29 —** Plus directement, c'est essentiellement par le biais des règles de conflits de juridictions que le droit communautaire aborde le droit international privé de la famille. Lors de l'élaboration de la Convention du 27 septembre 1968, l'intégration du droit de la famille a été envisagée mais finalement exclue en raison des trop grandes disparités des législations des États membres<sup>8</sup>. Ce n'est finalement qu'en 1998, sous l'impulsion du Groupe européen de droit international privé, que fut adoptée, en matière de divorce et de responsabilité parentale, la Convention du 28 mai 1998 dite de Bruxelles 2, devenue, par l'intégration des règles de conflits de juridictions et de lois dans la compétence de l'Union<sup>9</sup>, le Règlement (CE) du 29 mai

<sup>1</sup> V. par ex. l'art. 1, § 1 de la Convention du 27 juillet 1995, *Europe*, mars 1996, chron. 3.

<sup>2</sup> V. ainsi l'art. 29 (ex-art. K1) du Traité sur l'Union européenne qui entend lutter, afin « d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection dans un espace de liberté et de justice », contre la « criminalité... notamment... la corruption et la fraude ».

<sup>3</sup> V. not. en matière de libre prestation de services, CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff. C-352/85, *Rec.* p. 2085. Sur la distinction des situations internes, intra- et extracommunautaires, cf. *infra* n° 332 et s.

<sup>4</sup> A. HUET, « Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen », in Mél. D. HUET-WEILLER, éd. Pus, 1994, p. 243.

<sup>5</sup> C. NOURISSAT, « Droit civil de l'Union européenne (1<sup>er</sup> semestre 2003) », *D.* 2003, p. 2450 et s., spéc. n° 10.

<sup>6</sup> Art. III-170, 3 du projet, *JOCE* C-169/7 du 18 juil. 2003.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>8</sup> V. le rapport JENARD explicatif de la Convention de 1968 (*JOCE* du 5 mars 1979, n° C59).

<sup>9</sup> Art. 65 al. 1<sup>er</sup> CE, *JOCE* C-325/33 du 24 déc. 2002 ; Art. III-170, 2 c) du projet de Traité de Constitution pour l'Europe.

2000, puis du 27 novembre 2003. Le domaine des conflits de lois en droit familial intéresse également le droit communautaire. Si la Convention de Rome du 19 juin 1980 comme le futur Règlement dit de « Rome 2 » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles<sup>1</sup> excluent expressément les rapports de famille de leur champ d'application<sup>2</sup>, un projet de Règlement dit de « Rome 3 », en matière de loi applicable au divorce, est en cours d'élaboration sous l'égide de l'Union européenne. Par extension, le Conseil recommande également la possibilité d'élaborer un texte sur le droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions<sup>3</sup>. Les exemples pourraient être multipliés d'intervention directe ou indirecte du droit communautaire dans le droit des personnes et de la famille<sup>4</sup>. D'un mythe, l'harmonisation matérielle du droit de la famille est devenue une éventualité perceptible<sup>5</sup>, précédée par l'harmonisation communautaire des règles de droit international privé de la famille. L'évolution du droit communautaire marque cette prise en compte de la personne et de sa famille au-delà de sa qualité de travailleur. La personne n'est alors plus seulement vue comme un opérateur économique mais plus globalement comme un individu à part entière.

**30** — En ce sens, les liens entre le droit de la famille, le droit international privé de la famille et le droit communautaire sont inévitables<sup>6</sup> et le droit international privé européen de la famille s'intègre pleinement, en raison de la primauté du droit communautaire, au système juridique des États membres<sup>7</sup>. Or, comme pour le droit international privé commun, il ne fait aucun doute que la mise en œuvre du droit international privé communautaire de la famille

<sup>1</sup> JOCE COM (2003), n° 427 final. Sur ce texte, v. C. NOURISSAT, É. TREPPOZ, « Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II » », *JDI* 2003, p. 7 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, É. PATAUT (sous la dir. de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, éd. Dalloz, 2004, p. 185 et s.

<sup>2</sup> Art. 1<sup>er</sup>, 2° de la Convention de Rome 1 ; Art. 1, § 2, a, de l'avant-projet de Rome 2.

<sup>3</sup> JOCE 1999, C 19, p. 1 et s., spéc. p. 10 ; *IPrax* 1999, p. 288. Sur la question, v. C. NOURISSAT, *op. cit.*, n° 12 ; « Droit civil de l'Union européenne (2<sup>d</sup> semestre 2003) », *D.* 2004, p. 1321, spéc. n° 12 et s.

<sup>4</sup> Sur l'ensemble de la question, v. not. H. GAUDEMET-TALLON, « La famille face au droit communautaire », in *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, sous la dir. de F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, éd. LGDJ, 1996, p. 85 et s. ; « Droit communautaire et personnes », in *Vers une culture juridique européenne ?*, sous la dir. de S. POILLOT-PERUZZETTO, éd. Montchrestien, 1998, p. 15 et s. ; « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *Rev. march. comm.* 2000, n° 437, p. 228 et s., spéc. p. 237 et s. ; M. FALLON, « Droit familial et droits des communautés », *RTD fam.* 1998, p. 361 et s. ; A. BENABENT, « La réception du droit communautaire en droit de la famille », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, sous la dir. de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, éd. Bruylant, 2003, p. 51 et s., et S. SIMITIS, *ibid.*, p. 39 et s. ; S. RAMET, *Le droit communautaire et la famille*, thèse dact., Paris I, 2001.

<sup>5</sup> A. RIEG, « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in Mél. A. E. VON OVERBECK, éd. Universitaire Fribourg, 1990, p. 473 et s.

<sup>6</sup> Sur ces liens, v. not. M. WILDERSPIN et X. LEWIS, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 1 et s., p. 289 et s. ; P. LAGARDE et B. VON HOFFMANN (sous la dir. de), *L'eupéanisation du droit international privé*, éd. Bundesanzeiger, 1996 ; S. POILLOT-PERUZZETTO, A. MARMISSE, « Le droit international privé communautaire : émergence et incidence », Journée organisée par le L.I.E.A., Toulouse, 22 mars 2002, *LPA* 2002, n° 248 ; *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, *op. cit.*, not. les contributions de M.-L. NIBOYET, « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », p. 153 et s., M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois », p. 185 et s., J.-S. BERGE, « L'avenir communautaire du droit international privé des conflits de lois », p. 206 et s. ; F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, éd. PUAM, 2004 ; A. FUCHS, H. MUIR WATT, É. PATAUT (sous la dir. de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, *op. cit.*

<sup>7</sup> C. NOURISSAT, « DIP européen : une matière à investir », *Dr. & patr.* n° 129, sept. 2004, p. 6 et s.

peut donner lieu à une utilisation frauduleuse ou abusive de ses mécanismes. Il n'y a en tout cas aucune raison de l'exclure. Bien au contraire d'ailleurs tant les Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis* « institutionnalisent »<sup>1</sup> le *forum shopping* intra-communautaire et que les Conventions de Rome 1 et futurs Règlements de Rome 1, 2 et 3 consacrent et consacreront très certainement une possibilité de fraude à la loi ou de *law shopping*. Il s'ensuit que les autorités des États membres « *devront nécessairement* sanctionner l'utilisation abusive ou frauduleuse des règles de compétence inscrites dans les règlements de Bruxelles I et Bruxelles II »<sup>2</sup>, par extension des règles de compétence législative prévues par les textes communautaires relatifs aux conflits de lois. Or, dans la mesure où les réserves de fraude à la loi et d'abus de droit portent atteinte à l'effet plein du droit communautaire lorsqu'elles sont opposées à ses règles, les autorités judiciaires des États membres devront nécessairement s'en remettre aux principes généraux du droit communautaire dégagés, notamment, par la Cour de justice des Communautés européennes. Celle-ci a en effet seule compétence pour interpréter les textes d'origine communautaire. Il lui appartient dès lors de définir dans quelle mesure les réserves de fraude à la loi et d'abus de droit pourront intervenir dans la mise en œuvre des règles de conflit d'origine communautaire. Pour ce faire, elle fera nécessairement appel aux critères qu'elle définit depuis une trentaine d'années dans le cadre de sa jurisprudence « anti-contournement » des principales libertés communautaires, initiée par l'arrêt *van Bilsbergen*<sup>3</sup> et dont l'arrêt *Centros*<sup>4</sup> ne constitue qu'une pièce majeure. Il en résulte que la possibilité pour l'autorité d'un État membre de sanctionner la fraude à la loi lorsque la règle de conflit qui lui sert de ferment est d'origine communautaire, nécessite de connaître et de respecter les critères et le régime de la théorie de la fraude à la loi dégagés par la CJCE. Face au développement des règles de conflit d'origine communautaire, cette connaissance et ce respect obligent à intégrer cette jurisprudence anti-contournement dans l'étude de la fraude à la loi de droit international privé. De manière générale, ces digressions permettront enfin de montrer que loin de se limiter au seul droit international privé de la famille, la rénovation proposée de la théorie de la fraude à la loi s'inscrit pleinement dans la théorie générale du droit et peut, dès lors, par le biais d'adaptations purement structurelles et non conceptuelles, embrasser toutes les matières.

**31** — C'est autour de ces problématiques – absence d'unité de la notion de fraude à la loi, inadaptation de la théorie à l'évolution des manœuvres frauduleuses et plus largement à celle du droit international privé, nécessaires distinctions et appel à d'autres concepts régulateurs du droit – que pourra s'articuler la question de la fraude à la loi en droit international privé. La construction originelle de la théorie classique, née d'une jurisprudence séculaire, et son immersion dans le droit international privé contemporain, montrent que la théorie de la fraude à la loi est en crise. Cette crise est autant structurelle que conjoncturelle. Structurelle dans la mesure où la notion de fraude à la loi, telle qu'elle est définie, souffre de plusieurs imperfections qui la rendent d'un maniement difficile et souvent aléatoire. Conjoncturelle lorsque la théorie classique ne s'adapte pas à l'évolution des manœuvres frauduleuses et à celle du droit international privé contemporain (Première partie). La mise en perspective de cette crise permettra alors d'envisager les moyens de la résoudre en rétablissant l'unité et la cohérence de la théorie de la fraude à la loi. Cette rénovation passera par une

<sup>1</sup> J.-F. SAGAUT, M. CAGNIART, « Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens », in *Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?*, 101<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, LPA n° 74, 14 avril 2005, p. 51 et s.

<sup>2</sup> A. NUYS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 8.

<sup>3</sup> CJCE, 3 décembre 1974, aff. C-34/74, *Rec. p.* 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17.

<sup>4</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc.

redéfinition de la complémentarité de la notion de fraude à la loi avec les autres principes régulateurs du droit. Le droit international privé doit en effet recourir à ces notions plus qu'il ne le fait actuellement, notamment l'abus de droit qui se révèle, malgré son antinomie originelle avec le droit international privé, parfaitement compatible avec cette matière et approprié lorsque la réserve de la fraude à la loi ne peut être opposée à la manœuvre pour des raisons théoriques. Les différents mécanismes régulateurs du droit ne se recourent plus, ils deviennent pleinement complémentaires du moment que sont strictement délimités leurs domaines respectifs d'application. Ainsi, l'étude revient à définir une véritable théorie de la fraude à la loi en droit international privé, qui doit permettre d'une part de déterminer les faits pertinents de la qualification de fraude à la loi, afin non seulement de réduire l'imprévisibilité qui entoure naturellement cette notion, mais également, par contre-coup, de donner à l'autorité de contrôle une grille de lecture renouvelée des mécanismes frauduleux. Cette rénovation de la théorie de la fraude à la loi permettra d'autre part, par la comparaison permanente avec les autres concepts régulateurs du droit, de replacer ces différentes théories dans un ensemble de principes cohérent et ordonné (Seconde partie). La cohérence de chacune de ces notions se dévoilera graduellement, faisant apparaître leurs logiques propres et leur insertion combinée dans un véritable système de régulation en droit international privé.

## **Première partie : La crise de la théorie de la fraude à la loi**

## **Seconde partie : La rénovation de la théorie de la fraude à la loi**



## Première partie

# LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

32 — Envisagée dans sa conception traditionnelle, la théorie de la fraude à la loi de droit international privé apparaît en crise. Crise structurelle d'une part en raison de la conception étroite de la notion née des affaires de divorces migratoires de la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle. Faisant l'objet de multiples critiques de la part de la doctrine, la théorie de la fraude à la loi fut souvent mise en œuvre par la jurisprudence de manière erronée, voyant une fraude à la loi là où il n'y avait qu'habileté, simulation ou violation de la loi. Devant la diversité des manœuvres frauduleuses qui épousaient difficilement les contours de la notion, les juges et la doctrine la déformèrent, notamment pour l'étendre, de manière plus ou moins contestable, vers les notions parallèles de fraude au jugement ou de fraude à la juridiction. Crise conjoncturelle d'autre part dans la mesure où la théorie de la fraude à la loi, façonnée à l'époque où le droit international privé était globalement neutre, rigide et souverainiste, s'adapte difficilement à l'évolution de la matière vers une plus grande souplesse, matérialité et internationalisation de ses sources, qui laisse une place plus grande à la loi étrangère. Devant la diversité des règles de conflit, la place et le rôle de la théorie de la fraude à la loi deviennent ambigus. La crise de la théorie de la fraude à la loi résulte ainsi de facteurs intrinsèques (Titre 1) et extrinsèques (Titre 2) à cette notion.



## Titre 1

# LES FACTEURS INTRINSEQUES DE LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

33 — La première tendance de la crise est ancienne et résulte de circonstances qui tiennent directement à sa conception traditionnelle. Bâtie au regard d'un droit international privé protecteur des souverainetés nationales et à l'aide de quelques décisions confondant fréquemment la fraude et l'ordre public français en matière internationale, la théorie de la fraude à la loi de droit international privé est marquée par une imperfection originelle. L'arrêt *de Bauffremont*<sup>1</sup> est considéré comme l'arrêt fondateur de cette théorie alors que les faits mêmes de cette espèce, s'ils pouvaient faire naître l'idée de fraude, devaient toutefois conduire à exclure la qualification de fraude à la loi. Absente en tant que principe général dans le Code civil de 1804, c'est à la jurisprudence qu'il revint de caractériser les cas dans lesquels la réserve de la fraude à la loi pouvait intervenir, dans quelles conditions et selon quelles modalités. À cet égard, le droit international privé se révéla rapidement être un terrain propice à la systématisation de la théorie de la fraude à la loi, prise en général. Ainsi, si la théorie de la fraude à la loi de droit international privé trouve ses racines en droit privé romain et dans l'Ancien droit, c'est elle qui, véritablement, permit de distinguer et de systématiser la théorie générale de la fraude à la loi, le principe *fraus omnia corrumpit*. L'évolution et la construction de cette notion offrent ainsi l'image d'un retour sur elle-même où, fondée sur l'histoire, la théorie de la fraude à la loi de droit international privé permet de l'expliquer.

34 — Dès lors, la construction de la théorie de la fraude à la loi en droit international privé repose sur des bases fragiles et souvent erronées. Il en résulte inévitablement une imperfection originelle qui alimenta la critique doctrinale de cette théorie, jusqu'à lui dénier toute utilité (Chapitre 1). En droit international privé comme dans les autres matières, la théorie de la fraude à la loi, issue du principe *fraus omnia corrumpit*, fait normalement appel à une conception stricte de la fraude à la loi. Néanmoins, devant la diversité et le développement de la technicité des manœuvres frauduleuses, la notion étroite de fraude à la loi issue de l'arrêt *de Bauffremont* ne parvint plus à absorber efficacement tous ces comportements potentiellement frauduleux. Ces imperfections de la théorie originelle ont ainsi conduit la doctrine et la jurisprudence à adopter une conception extensive et déformée de la notion de fraude à la loi, en mêlant fréquemment les différents concepts régulateurs du droit que sont, avec celle de la fraude, les notions de simulation, d'abus de droit ou de détournement d'institution, au prix d'une véritable dénaturaison de la première (Chapitre 2).

---

<sup>1</sup> Civ., 18 mars 1878, S. 1878, 1, 193, note LABBE ; D. 1878, 2, 1, note CAZALENS ; GADIP n° 6.



## Chapitre 1

# LES IMPERFECTIONS DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

35 — Notion considérée comme floue ou au « contenu fuyant »<sup>1</sup>, la fraude à la loi de droit international privé est très souvent étudiée par la doctrine et appliquée par la jurisprudence dans des sens bien différents. La jurisprudence recourt aussi bien à une conception large de la fraude alors que la réserve de la fraude à la loi fait appel à une notion étroite ou « étriquée »<sup>2</sup>. Selon l'accueil plus ou moins favorable réservé à cette notion et la conception propre qu'elle en a, la doctrine qui l'étudie propose une définition différente de celle qui avait été auparavant dégagée. Dès lors, les éléments mêmes de la fraude à la loi apparaissent souvent insaisissables, non seulement dans leur caractérisation, mais également dans leur matérialisation. Un auteur a ainsi écrit qu'une « définition substantielle de l'exception de fraude à la loi est impossible : aussitôt qu'on a protégé une substance exposée à la fraude par une réglementation nouvelle, on verra la fraude reprendre son œuvre autour de la nouvelle règle »<sup>3</sup>. En ce sens et comme l'a écrit JOSSERAND<sup>4</sup>, l'évidence de la sanction de la fraude lorsqu'elle apparaît fait place au doute et à l'embarras de sa caractérisation. Ce doute et cet embarras proviennent de la délimitation imparfaite de la notion de fraude à la loi de droit international privé qui tient à sa construction historique inconstante (Section 1). La notion qui en est issue appela dès lors le feu de la critique doctrinale, autant en ce qui concerne sa constitution ou son domaine, que son utilisation ou son existence même (Section 2).

## SECTION 1

### LA CONSTRUCTION DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

36 — La notion de fraude à la loi telle qu'elle est traditionnellement entendue en droit international privé est le fruit de l'histoire. Elle s'est construite sur les bases de la théorie de la fraude à la loi en droit privé telle qu'elle était définie et appliquée en droit romain et dans l'Ancien droit coutumier. C'est seulement au cours du 19<sup>e</sup> siècle, à la faveur du développement des échanges internationaux, que la théorie fût véritablement consacrée en droit international

---

<sup>1</sup> J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, p. 271.

<sup>2</sup> Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Caron, Rev. crit. DIP* 1986, p. 66 et s., spéc. p. 73.

<sup>3</sup> J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 274.

<sup>4</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Sirey, 1928, n° 171.

privé, donnant par-là même une certaine cohérence au principe *fraus omnia corrumpit* dont elle constitue la prolongation (§ 1). Toutefois, l'absence de systématisation véritable en droit privé avant son avènement en droit international privé est la cause d'une certaine hétérogénéité de la structure même de la notion de fraude à la loi de droit international privé (§ 2).

## § 1 – L'AVENEMENT DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

37 — Connue en droit romain et dans l'Ancien droit, présente dans le Code civil de manière indirecte et toujours appliquée aujourd'hui, la théorie de la fraude à la loi en droit international privé, telle qu'elle a été construite par la doctrine et la jurisprudence, trouve son origine dans l'histoire du principe *fraus omnia corrumpit* (A), laquelle permet de déterminer les éléments constitutifs de la fraude à la loi de droit international privé (B).

### A. GENESE

38 — Non prévue par les textes, la théorie de la fraude à la loi en droit international privé est le fruit d'une longue évolution qui intègre toutes les branches du droit (1) avant que celui-ci la consacre comme véritable principe général (2).

#### 1. La naissance de la théorie

39 — « Adage de la plus haute volée [qui] partage le rare privilège, vigile suprême, de garantir la loyauté des rapports juridiques »<sup>1</sup>, le principe *fraus omnia corrumpit* jouit d'une histoire ancienne même s'il n'a été véritablement consacré qu'au 19<sup>e</sup> siècle. Sans qu'une théorie de la fraude n'ait été développée<sup>2</sup>, le droit romain sanctionnait les comportements déloyaux, réalisés par tromperie ou ruse, qui causaient un dommage aux tiers ou à l'autorité de la loi<sup>3</sup>. Deux catégories de fraude ont ainsi été élaborées : la *fraus legis*<sup>4</sup> et la *fraus creditorum*<sup>5</sup>. Mais l'appréhension de ces comportements reste relativement casuistique. Si une ossature commune peut être dégagée<sup>6</sup>, la notion de fraude en droit romain se présente essentiellement comme une approche hétérogène des comportements déloyaux qui mêlent fraude, simulation et

<sup>1</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd. Litec, 1999, « *Fraus omnia corrumpit* », n° 148, p. 281.

<sup>2</sup> Malgré les aphorismes d'ULPIEN (*Aequè in omnibus fraus punitur*) et de PLINE l'Ancien (*Nisi fraus hominum cuncta pernicie corrumpet*). Adde Code Justinien 1, 14, 5, et D. 1, 3, 29 : *Salvis litteris legis, sententiam ejus circumvenit*.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 9 et s. ; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, p. 71 et s. ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928, p. 14 et s. ; G. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, éd. Mauraz, 1984, p. 13 et s. ; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, éd. Butterworths, 1980, p. 100 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000, n<sup>os</sup> 225 et 262.

<sup>4</sup> V. les exemples cités par J. VIDAL, *op. cit.*, p. 14 et s.

<sup>5</sup> Sur l'histoire et les conditions de laquelle, v. P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd. Puf, Thémis, 1969, n° 170 et s. ; J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 1<sup>re</sup> éd. Dalloz, 2002, n° 629 et s. ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. J.-Ph. LEVY, éd. Dalloz, 2003, p. 452 et s.

<sup>6</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 31 et s., qui découvre dans le droit romain la théorie qu'il va construire.

violation de la loi, conduisant à des sanctions protéiformes, telles que l'amende, la nullité ou l'inoportabilité, voire l'exil<sup>1</sup>. Les auteurs romains semblaient davantage s'attacher au résultat objectif qu'à l'intention frauduleuse. La sanction devait alors être recherchée dans la lettre de la loi<sup>2</sup>. L'évolution permit néanmoins de nettement distinguer les trois éléments de la fraude à la loi : la violation directe d'une loi impérative, non de sa lettre, mais de son esprit<sup>3</sup>. Le critère intentionnel devint alors primordial afin, de séparer la fraude de la violation de la loi<sup>4</sup>. Le moyen par lequel l'intéressé parvient à tourner la loi est la ruse, la tromperie. Mais la fraude du droit romain ne semble pas avoir été nettement distinguée de la violation de la loi<sup>5</sup>.

40 — À l'inverse, les auteurs de l'Ancien droit développèrent une véritable théorie par la classification des cas de fraude et surtout en donnant à la notion un caractère autonome par rapport à la simulation ou la violation de la loi. L'importance de l'Église à l'époque médiévale conduisit les juristes à scruter les consciences dans la réalisation des actes juridiques. La fraude est ainsi distinguée de la simulation sur le critère de la réalité de l'acte : l'acte frauduleux est réel, l'acte simulé est fictif. Mais l'épreuve de la pratique mit souvent à mal ces distinctions et les mêmes exemples purent conduire les auteurs qui les étudiaient à donner des qualifications différentes<sup>6</sup>. Parfois, c'est le même auteur qui adopte l'une et l'autre des deux qualifications à propos d'une hypothèse unique<sup>7</sup>. Un autre les distingua toutefois nettement<sup>8</sup>. De manière générale, la fraude s'apparentait au dol : la première était le genre et la seconde, l'espèce<sup>9</sup>. Ainsi, dans le seul article de l'ordonnance de Villers-Cotterêts du 25 août 1539 qui la cite, la fraude est assimilée à une malversation<sup>10</sup>. Inspirateur de sa conception morale, le droit canonique également n'ignorait pas la notion de fraude, laquelle intervenait parfois dans un schéma relativement proche de celui qui révéla la fraude à la coutume<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 13 et s. *Adde* J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd. Puf, 2000, n° 74.

<sup>2</sup> H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 72 ; J.-G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.* 1964, p. 1 et s., spéc. p. 9.

<sup>3</sup> Sur la base des textes de PAUL, L. 29, D. 1, 3 : *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet in fraudem uero qui saluis uerbis legis sententiam eius circumuenit*, et d'ULPIEN, L. 30, D. 1, 1 : *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit ; fieri autem non uetit, id fit : et quod distal ρητόν άπο διαβοίας id est dictum a sententia ; hoc distal fraus ab eo quod contra legem fit*.

<sup>4</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 25.

<sup>5</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 27 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 71 ; J.-G. CASTEL, *op. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 34 et s. ; A. LIGEROPOULO, *op. cit.*, p. 20 et s.

<sup>7</sup> Ainsi BARTOLE en matière d'usure, à propos du contrat pignoratif, cité par J. VIDAL, *op. cit.*, p. 37.

<sup>8</sup> P. DE CASTRES : « *aliud est fraus aliud est simulatio, quia actus factus in fraudem alterius ualet ut ex mero jure, sed potest rescindi ; sed actus simulatus est ipso jure nullus, quia non habet voluntatem contrahentium* », cité par H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 76.

<sup>9</sup> P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 109 ; J.-Ph. LEVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 563.

<sup>10</sup> Art. 82, selon la version disponible sur le site [www.assemblee-nat.fr/histoire/villers-cotterets.asp](http://www.assemblee-nat.fr/histoire/villers-cotterets.asp).

<sup>11</sup> Afin d'éviter la compétence du curé de la paroisse de l'un des deux fiancés, requise à peine de nullité du mariage par le Concile de Trente (1545-1563) pour parer aux inconvénients de la clandestinité, des futurs époux changeaient de domicile pour le fixer en un lieu où ses canons n'étaient pas publiés. Avant le Concile de Trente, les mariages clandestins étaient considérés comme valides et le sont encore dans les pays où il n'a pas été promulgué. Ces mariages célébrés en un lieu où le Décret du 11 novembre 1563 n'était pas en vigueur entre des fiancés qui en relevaient à raison de leur ancien domicile ont été déclarés nuls par un bref d'URBAIN VIII du 27 août 1627 à l'archevêque de Cologne (J. VIDAL, *op. cit.*, p. 41 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 75). Au-delà de la clandestinité offerte par ce changement de domicile, il aurait peut-être permis aux époux de se ménager une exception à l'indissolubilité du mariage proclamée par le Concile de Trente en raison de l'adultère, cause exceptionnellement admise par les Évangiles dans saint Matthieu (V, 32 et XIX, 9 ; v. E. FUCHS, « Le divorce, point de vue éthique », in *Éthique et droit*, sous la dir. F. DERMANGE et L. FLACHON, éd. Labor et Fides, 2002,

41 — La possibilité d'échapper aux prescriptions d'une loi gênante par la modification d'un élément de rattachement est en effet essentiellement illustrée en droit coutumier<sup>1</sup>. En France, l'exemple le plus notoire fut celui examiné par FROLAND à propos de la coutume de Normandie qui prohibait aux époux d'opter pour le régime de la communauté de biens, régime que la coutume de Paris admettait<sup>2</sup>. La prolifération des coutumes, dont l'application dépendait du domicile, offrait un moyen commode pour les sujets de choisir celle qui était la plus conforme à leurs intérêts<sup>3</sup>. Certaines divergences entre les auteurs apparaissent toutefois. Ainsi BOULLENOIS écrit qu'en cas de changement, à la compétence du dernier domicile du *de cuius* « souffre une exception, à savoir le cas de fraude, qui est toujours à excepter, principalement entre conjoints ; et ce serait fraude, si lors du transport du domicile, l'un des deux conjoints était affecté d'une maladie dont indubitablement il dut bientôt décéder ; mais il en serait autrement si, avec un changement effectif de domicile, il y avait des raisons de convenance »<sup>4</sup>. La fraude que BOULLENOIS vise ici est la fraude *stricto sensu*, et non la simple simulation, dans la mesure où la première peut faire échec à un domicile effectif mais choisi dans le seul but de bénéficier d'un avantage particulier. Différente est l'approche de POTHIER qui dénie le reproche de la fraude lorsque le transfert de domicile est effectif, « même si les époux n'ont transféré leur domicile à Noyon que dans la vue de pouvoir faire la donation qui était interdite à Paris, pourvu qu'ils aient eu véritablement l'intention d'y fixer leur domicile pour toujours »<sup>5</sup>. Ici, POTHIER confond simulation et fraude : les époux font fraude à la coutume parce que le domicile dont ils se prévalent pour effectuer leur donation n'est qu'apparence. Dès lors que le nouvel établissement est réel, il doit produire les effets qui y sont attachés, nonobstant toute intention malicieuse ou opportuniste. D'autres auteurs, comme BOUHIER, rejettent totalement l'idée de fraude dans la mesure où un acte est illicite du seul fait qu'il contrevient directement à une disposition impérative<sup>6</sup>. BOUHIER utilise cependant plus loin la notion de fraude en citant un décret du Parlement de Paris en date du 19 février 1664 qui annula un mariage célébré frauduleusement à l'étranger entre deux Français<sup>7</sup> ; il limite également la liberté contractuelle des parties à raison de la fraude<sup>8</sup>. De même, alors que la

---

p. 79 et s., spéc. p. 83 et s.). Plus proche du droit international privé, alors que le mariage devait être célébré par les seuls prêtres catholiques, de l'édit d'octobre 1685 à l'édit du 18 novembre 1787, les Français de confession protestante se firent naturaliser à l'étranger afin d'éviter cet empêchement. Ces mariages étaient annulés car célébrés en fraude à la loi française (B. CAZALENS, note sous Paris, 17 juillet 1876, *D.* 1878, 2, 1, spéc. p. 2). Le droit canonique pose d'ailleurs comme règle que « ce qui est défendu par une voie ne doit pas être admis par une autre : *quum quid una via prohibetur alieni, ad id alia non docet admitti* » (BOUHIER, *Œuvres de jurisprudence*, t. 1, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, 1787, chap. 28, n° 61, p. 773).

<sup>1</sup> Sur la fraude à la loi de droit international en droit romain, v. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 204 selon lequel la notion n'existait pas dans la mesure où hors des frontières de l'empire romain ne régnait que la barbarie. V. cep. G. S. MARIDAKIS, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », in Mél. J. MAURY, éd. Dalloz, 1960, p. 231 et s., spéc. p. 236.

<sup>2</sup> FROLAND, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, t. 1, 1729, p. 251 et s. Adde J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1926, p. 485 et s., spéc. p. 494 et s.

<sup>3</sup> V. les nombreux exemples cités par J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p. 497 et s. et *Traité de droit international privé français*, t. III, éd. Sirey, 1944, n° 1078, note 2 et n° 1088 ; G.-R. DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil (Contribution à l'histoire du droit international privé français)*, Paris, Sirey, 1947, p. 145 et s. ; J.-G. CASTEL, *op. cit.*, p. 10 et s. ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 49 et s. ; B. LEMARIGNIER, *La conférence des avocats et les conflits de statuts concernant les effets du mariage au début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1961, p. 51 et s., p. 79.

<sup>4</sup> BOULLENOIS, *De la personnalité et de la réalité des lois*, Paris 1766, t. II, p. 291.

<sup>5</sup> R.-J. POTHIER, *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 7, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 21, p. 456.

<sup>6</sup> BOUHIER, *op. cit.*, chap. 26, n° 41, p. 719.

<sup>7</sup> BOUHIER, *op. cit.*, chap. 28, n° 59 à 62.

<sup>8</sup> BOUHIER, *op. cit.*, chap. 21, n° 196, p. 613.

capacité des futurs époux et notamment le consentement de leur père et mère relevaient de la *lex loci celebrationis*, le Parlement de Paris annula, comme conclu *in fraudem legis*, un mariage célébré en un lieu où la coutume n'exigeait pas une telle autorisation parentale<sup>1</sup>. Hors de France, la théorie de la fraude était également connue des juristes hollandais sous l'autorité de HUBER, notamment, qui l'admit au sujet de la célébration des mariages en pays étranger<sup>2</sup>. Mettant fin à l'Ancien Régime et faisant en même temps table rase de l'Ancien droit, la Révolution française intégra néanmoins la réserve de la fraude dans la Constitution de l'An III avec la Déclaration des devoirs<sup>3</sup>. À la veille du Code civil, la théorie de la fraude est ainsi devenue une notion juridique autonome largement admise par la doctrine et la jurisprudence<sup>4</sup>.

42 — Si le principe général selon lequel la fraude des hommes corrompt toutes choses n'a pas été repris directement dans le Code civil, l'emploi du terme dans le *Discours préliminaire* de PORTALIS<sup>5</sup> et dans de nombreux articles témoigne de la volonté de ses rédacteurs de ne pas tolérer les comportements malicieux. L'adage *fraus omnia corrumpit* fait ainsi partie de ces « principes de notre ancien droit qui ont passé dans le Code civil »<sup>6</sup>. L'absence de définition générale de la fraude fut toutefois très rapidement un motif de dénégation de son existence. Sous l'influence de l'école de l'exégèse, certains auteurs du 19<sup>e</sup> siècle marquèrent en effet une certaine défiance à l'égard de cette théorie en raison de la conception dogmatique de la plénitude de la loi écrite qui voulait que l'interdit ne se déduise que de l'interprétation stricte des textes<sup>7</sup>. Pour relever la fraude, les juges se livrent à une interprétation en marge de la loi, qui met « en relief l'arbitraire qui sert de base à la théorie de la fraude à la loi »<sup>8</sup>. La réserve de la fraude n'était toutefois pas bannie et pouvait être utilisée dans certaines hypothèses, à l'exclusion de toute dénaturation de la volonté du législateur<sup>9</sup>. Cependant, cette absence de définition générale, qui ne peut s'interpréter comme un rejet de la théorie de la fraude<sup>10</sup>, s'inscrit dans une offre d'appréciation laissée aux juges de « caractériser la moralité des faits »<sup>11</sup>. Si le Code civil ne définit pas ce qu'il entend par fraude lorsqu'il la vise, il en laisse néanmoins entrevoir la typologie, notamment quant à la fraude paulienne de

<sup>1</sup> Parlement de Paris, 21 août 1723, cité par G.-R. DELAUME, *op. cit.*, p. 156. Ces mariages préfigurent ceux célébrés en Écosse, à Gretna Green : N. BENTWICH, *Le développement récent du principe du domicile en droit anglais*, *RCADI* 1933-III, t. 49, p. 377 et s., spéc. p. 403. V. not. TGI Troyes, 9 novembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 2<sup>e</sup> esp., note MALAURIE ; *JDI* 1968, p. 705, note AUDIT. *Adde* J.J. FAWCETT, « Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law », *C.L.J.* 1990, p. 44 et s., spéc. p. 45 et s.

<sup>2</sup> HUBER, *De conflictum legum*, § 8, cité par R. VANDER ELST, « La fraude à la loi en droit international privé », in MéL. J. BAUGNIET, Bruxelles, 1976, p. 789 et s., spéc. p. 791, note 2 ; D. J. L. DAVIES, *Règles générales des conflits de lois*, *RCADI* 1937-IV, t. 62, p. 532.

<sup>3</sup> Art. 7 : « Celui qui, sans enfreindre ouvertement les lois, les élude par ruse ou par adresse blesse les intérêts de tous : il se rend indigne de leur bienveillance et de leur estime », cité par J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> G.-R. DELAUME, *op. cit.*, p. 144 et s., écrit, p. 161, que « toute la construction de la théorie de la fraude à la loi, dans son architecture essentielle, était déjà achevée lors de la confection du Code civil. »

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 2.

<sup>6</sup> J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit privé au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, MéL. G. RIPERT, éd. LGDJ, 1950, p. 51 et s., spéc. n° 11.

<sup>7</sup> F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1919, n° 31 et s. ; L.-A. PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi. Son domaine d'application actuel en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1937, p. 10 et s.

<sup>8</sup> Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique de droit civil*, t. III, n° 556.

<sup>9</sup> Not. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, éd. Bruylant, 1875, t. XI, n° 194.

<sup>10</sup> A. LIGEROPULO, *op. cit.*, n° 11, p. 25 ; J. MATTHIJS, « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 et s., p. 563 et s., spéc., n° 14 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994, n° 837 ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 225.3.

<sup>11</sup> Cass., 21 janvier 1878, S. 1878, 1, 364.

l'article 1167, qui se matérialise par un acte juridique, c'est-à-dire le fruit d'une volonté, inscrivant en cela le caractère subjectif et intentionnel de la fraude.

43 — Malgré ces imprécisions et « sans s'inquiéter de sa provenance »<sup>1</sup>, la jurisprudence ne tarda pas à consacrer la maxime *fraus omnia corrumpit* comme principe général de droit privé<sup>2</sup> même si son application manque parfois de cohérence et d'unité<sup>3</sup>. Garantissant l'autorité de la règle de droit et la loyauté des rapports juridiques, la théorie de la fraude, comme l'adage *fraus omnia corrumpit* dont elle n'est que l'émanation, constitue un principe général du droit, c'est-à-dire une norme applicable même en l'absence de texte, qui s'intègre dans l'ordonnement juridique par un rapport d'inspiration et de hiérarchie à l'égard du droit positif<sup>4</sup>. Plusieurs arrêts anciens sont explicites en ce sens<sup>5</sup> et la notion de fraude permet seule de faire échec à la manœuvre<sup>6</sup>. Bien ancrée dans la jurisprudence, c'est surtout au cours du 20<sup>e</sup> siècle que la théorie de la fraude à la loi a été véritablement consacrée par la doctrine. Elle est synthétisée et systématisée de façon magistrale sous la plume de M. le Doyen José VIDAL, dans une thèse<sup>7</sup> qui fait encore aujourd'hui autorité.

44 — Bien qu'elle soit pleinement consacrée en droit privé, c'est très certainement en droit international privé que la théorie de la fraude à la loi acquit ses lettres de noblesse. Alors qu'en droit privé la fraude était essentiellement envisagée sous l'angle de la fraude aux droits des tiers, qui se confondait souvent avec la responsabilité civile, le droit international privé s'illustra rapidement comme une matière particulièrement sensible à la fraude sans qu'aucun préjudice ne puisse être décelé. Si le principe général de sanction de la fraude n'a pas été consacré par le Code civil, celui que les sujets de droit ne peuvent éluder leur statut personnel par fraude a été évoqué dans les travaux préparatoires du Code civil. Sans peut-être l'envisager dans son sens technique, PORTALIS recourt à la notion de fraude pour fonder le principe de la personnalité des lois consacré à l'article 3 al. 3 du Code civil : « Un Français ne peut faire fraude aux lois de son pays pour aller contracter mariage en pays étranger, sans le consentement de ses père et mère, avant l'âge de vingt-cinq ans »<sup>8</sup>. Cette potentialité, mise au jour lors de l'affaire *de Bauffremont*, n'était en effet pas inconnue de l'Ancien droit.

45 — L'étude de l'Ancien droit montre que la fraude à la coutume, par la modification d'un élément de rattachement, était un phénomène connu à défaut d'être traité de

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, 27<sup>e</sup> éd. Puf, 2002, n° 136.

<sup>2</sup> La première application du principe selon lequel la fraude « fait exception à toutes les règles faites pour les cas ordinaires » semble résulter d'un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation en date du 3 juillet 1817, *S.* 1815-1818, 1, 342. *Adde* Req., 6 février 1821, *S.* 1819-1821, 1, 377, qui réitère ce principe et fonde sa solution sur ce seul motif. La notion de fraude a néanmoins été invoquée avant 1817, not. Civ., 26 mars 1810, *S.* 1809-1811, 1, 167 ; – 3 février 1813, *S.* 1812-1814, 1, 272. L'adage latin a été utilisé pour la première fois dans une note de jurisprudence anonyme sous Civ., 26 mars 1855, *D.P.* 1855, 1, 326. Un jugement du Tribunal de Lille du 21 mai 1908, *S.* 1908, 2, 177, note DEMOGUE ; *D.* 1910, 2, 41, note PERCEROU, vise directement l'adage latin *fraus omnia corrumpit*, qui fait exception au changement de nationalité d'une société par transfert de son siège social à l'étranger. La Cour de cassation a visé pour la première fois cet adage dans un arrêt de la deuxième chambre civile du 7 janvier 1954, *Bull. civ.* II, n° 2. *Adde* Com. 6 juillet 1981, *Bull.* IV, n° 303.

<sup>3</sup> V. not. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 71 et s. ; A. LIGEROPOULO, *op. cit.*, p. 151 et s.

<sup>4</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2003, n° 69 et s.

<sup>5</sup> Dijon, 24 juillet 1885, *D.* 1886, 2, 217 ; – Colmar, 16 mars 1962, *D.* 1963, p. 149, note VIDAL.

<sup>6</sup> Req., 6 février 1821, *S.* 1821, 377.

<sup>7</sup> *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957.

<sup>8</sup> PORTALIS, *Exposé des motifs*, par LOCRE, t. I, p. 304.

façon structurée. Il ressort en tout cas de ces exemples que les éléments plus tard retenus comme conditions de la fraude à la loi se trouvaient en germe dans l'Ancien droit. L'étude de celui-ci permet de distinguer trois critères, deux communs à tous les auteurs, un autre plus contesté<sup>1</sup>. Une autre question est de savoir quelle amplitude donner à la théorie de la fraude à la coutume. Plus loin, cette question pose celle de la nature de la notion de fraude : notion purement objective ou subjective ; notion juridique autonome ou notion de fait ? L'antagonisme entre les théories de BOULLENOIS et de POTHIER est révélatrice de cette dualité de conception qui divisa, et qui divise toujours mais à moindre mesure, les tenants et les opposants à la théorie de la fraude. D'un côté BOULLENOIS en propose une conception subjective et autonome. À l'inverse, POTHIER adopte une conception purement objective, simple notion de fait. Cet antagonisme marquera en doctrine la suite de l'évolution de la théorie de la fraude. Relativement imperméable à ces divergences, la jurisprudence en adopta rapidement une conception subjective et autonome. Néanmoins, cette opposition originelle – aujourd'hui exprimée par les sens large et strict de la notion de fraude – demeure source de difficultés sur le terrain de la distinction entre les différents principes correcteurs du droit.

## 2. La consécration de la théorie

46 — La théorie de la fraude à la loi est consacrée en droit international privé français (a) mais également en droit international privé comparé (b).

### a) En droit international privé français

47 — Trouvant ses bases dans la fraude à la coutume, la jurisprudence put développer au cours de la seconde moitié du 19<sup>e</sup> siècle l'esquisse d'une théorie de la fraude à la loi en droit international privé, essentiellement à partir des affaires de divorces migratoires<sup>2</sup>. Quatre d'entre elles allaient ainsi progressivement en définir les éléments constitutifs. Dans les deux premières affaires, les époux *Desprades*<sup>3</sup> et *de Ramondenc*<sup>4</sup>, unilatéralement, ont obtenu leur naturalisation suisse afin de pouvoir se séparer des liens d'un précédent mariage. Dans les deux cas, la Cour de cassation, suivant le raisonnement des juges du fond, jugea que la naturalisation obtenue, non seulement en fraude des droits de leur épouse, mais encore en fraude de la loi française, ne pouvait produire ses effets. Si dans ces deux affaires la naturalisation est unilatérale, l'affaire *Vidal* illustre au contraire un cas de fraude concertée entre les époux. D'un commun accord, les époux demandèrent leur naturalisation suisse afin de divorcer. De retour en France – le mari n'ayant jamais quitté Paris – l'ex-épouse se remaria. Saisis par Vidal lui-même en nullité du second mariage contracté par son ex-épouse, les juges du fond annulent le second mariage au motif que « les époux Vidal ont sollicité la nationalité suisse et poursuivi leur divorce par suite d'une action concertée entre eux dans le but de faire fraude au principe de la loi française, qui consacre l'indissolubilité du lien conjugal »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 56 et s.

<sup>2</sup> V. not. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 203 et s. ; A. LIGERPOULO, *op. cit.*, p. 153 et s. ; J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 7 et s. ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 251 et s. ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 364 et s.

<sup>3</sup> Tribunal de Niort, 7 décembre 1836, *D.* 1846, 1, 8 ; – Tribunal de La Rochelle, 25 juillet 1839, confirmé par la Chambre des mises en accusation, 25 juillet 1839, *D.* 1846, 1, 8 ; pourvoi rejeté par Cass., 3 novembre 1839 ; – Poitiers, 7 janvier 1845, *D.* 1846, 1, 9 ; – Req., 16 décembre 1845, *S.* 1846, 1, 100, note DEVILL ; *D.* 1846, 1, 7.

<sup>4</sup> Tribunal de Toulouse, 1<sup>er</sup> juin 1874, confirmé par Toulouse, 17 juillet 1874, *S.* 1876, 2, 149 ; *D.* 1876, 1, 7 ; – Civ., 19 juillet 1875, *S.* 1876, 1, 289, note LABBE ; *D.* 1876, 1, 5.

<sup>5</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.

48 — Passée à la postérité en raison du trouble social qu'elle suscita à l'époque, l'affaire *de Bauffremont* est trop connue pour être longuement rappelée. Une princesse belge, mariée à un Français puis séparée de corps, se fit naturaliser à l'étranger pour y divorcer et se remarier avec un prince roumain. Saisies par le mari français, les juridictions françaises annulèrent la naturalisation et le mariage subséquent<sup>1</sup>. Bien que les juges ne fondent pas leur solution directement sur la fraude, celle-ci n'est pas absente des décisions<sup>2</sup>. La cour d'appel relève en effet que la princesse entendait « se soustraire à l'application de la loi française » et les juges de première instance constatent que « la défenderesse a sollicité et obtenu cette nationalité, non pas pour exercer les droits et accomplir les devoirs qui en découlaient, en établissant son domicile dans l'État de Saxe-Altenbourg, mais dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française en contractant un second mariage ». C'est en substance cette motivation que la Cour de cassation reprend pour considérer que « des actes ainsi faits en fraude de la loi française (...) n'étaient pas opposables au prince de Bauffremont »<sup>3</sup>.

49 — Les divorces migratoires n'étaient pas l'apanage des seules princesses. Des mariages transylvaniens<sup>4</sup> aux divorces de Fiume<sup>5</sup>, en passant par le Nevada<sup>6</sup>, les Îles Vierges<sup>7</sup> ou l'île de Guam<sup>8</sup>, le Mexique<sup>9</sup>, Haïti<sup>10</sup>, l'Uruguay ou la Lettonie<sup>11</sup>, les « centres divortiaux » étaient assez nombreux pour satisfaire une clientèle souvent aisée en mal de désunion. La réponse apportée à ces manœuvres fut variée et le reproche de la fraude n'était pas fondamentalement influent. L'affaire *de Bauffremont* en est le révélateur. Si l'argument de la fraude est avancé, il n'intervient qu'en dernier, comme pour couper court par avance à toute discussion sur les motifs principaux s'ils se fussent révélés inopportuns. Si la note de LABBE<sup>12</sup> comporte quelques lignes sur la fraude, c'est essentiellement pour dire qu'elle « ne se présentait pas en l'espèce ». Les auteurs invoquent ainsi le droit acquis à l'indissolubilité du mariage<sup>13</sup>. Il n'en reste pas moins que la manœuvre de la princesse ne pouvait juridiquement prospérer en raison de l'absence d'autorisation de son mari pour sa naturalisation, accord

<sup>1</sup> Ordonnance confirmée par la Cour d'appel de Paris le 1<sup>er</sup> août 1874, *D.* 1876, 1, 467 ; – T. civ. de la Seine, 10 mars 1876, *D.* 1878, 2, 4 ; – Paris, 17 juillet 1876, *S.* 1876, 2, 249 ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS.

<sup>2</sup> *Contra* J. VIDAL, *op. cit.*, p. 253.

<sup>3</sup> Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 1, 201, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6.

<sup>4</sup> Ou « mariages de Klausenburg », v. par ex. T. civ. de la Seine, 30 décembre 1887, confirmé par Paris, 14 mars 1889, *D.* 1890, 2, 88 ; *Gaz. pal.* 22 mars 1889.

<sup>5</sup> Sur l'ensemble de la question, v. E. FORTUNATO, « Les effets juridiques en Italie des jugements étrangers de divorce », *JDI* 1914, p. 420 ; J. VALERY, « Du divorce des italiens qui se font naturaliser dans un pays étranger », *JDI* 1918, p. 39 et s. ; R. REVOL, *Les divorces de Fiume*, thèse Aix-en-Provence, 1925.

<sup>6</sup> Civ., 22 janvier 1951, *Weiller, Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESCakis ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, 1, p. 210 ; *D.* 1952, 1, 35 ; *GADIP* n° 24.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>8</sup> Crim., 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 576, note AGOSTINI. V. not. G. DELAUME, « Les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce, de séparation de corps et de nullité du mariage en droit anglais et américain », *Rev. crit. DIP* 1948, p. 205 et s. ; Z. DINSTEIN, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, Genève, 1954.

<sup>9</sup> Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPRez ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN.

<sup>10</sup> TGI de Paris, 5 juillet 1983, *Gaz. pal.* 1984, 1, somm., p. 190 ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 733 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986 et 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, note GAUDEMET-TALLON.

<sup>11</sup> W. GOLDSCHMIDT, « The Evasion of Law in Spanish Private International Law », *RHDI* 1949, p. 115 et s., spéc. pp. 118-119.

<sup>12</sup> *S.* 1878, 1, 193.

<sup>13</sup> Sur cette opinion, v. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 217 et s. ; A. LIGEROPULO et L. AULAGNON, Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, v° « Fraude à la loi », n° 91.

nécessaire à l'époque des faits. Toutefois, certains auteurs critiquent la pertinence de cet argument au motif que seul le droit allemand était compétent pour déterminer les conditions d'acquisition de la nationalité allemande<sup>1</sup>. La critique est valable en ce qui concerne la capacité spéciale à demander une nationalité étrangère, laquelle relève de la loi de l'État qui octroie sa nationalité. Toutefois, la capacité générale relève toujours, en vertu de l'article 3 al. 3 du Code civil, de la nationalité du requérant. L'autorisation du mari dont devait se pourvoir la femme mariée pour accomplir des actes juridiques relevait assurément de la capacité générale.

**50** — L'étude de l'Ancien droit permet de constater que la fraude à la coutume nécessitait obligatoirement une manœuvre licite. La contestation portait seulement sur le fait de savoir si la licéité était exclusive de la fraude. Faute de naturalisation licite, l'affaire *de Bauffremont* révèle en définitive une violation de la loi. En ce sens, l'affaire *Vidal*, qui procéda d'une action concertée des époux, s'interprète davantage comme une application de la réserve de la fraude à la loi dans la mesure où seul cet argument pouvait faire échec au divorce et au remariage subséquent de l'ex-épouse. Si les juges du fond rappellent que la perte de la qualité de Français en raison d'une nationalité étrangère « ne peut porter préjudice à aucun droit antérieurement acquis à des tiers sous la sauvegarde de la loi française »<sup>2</sup>, cet argument est inopérant à défaut de tiers à l'acte de naturalisation. Les juges ne peuvent alors fonder leur solution que sur l'existence d'une fraude à la loi. Les juges du fond considérèrent justement que « si, comme en l'espèce, la *naturalisation* a été poursuivie *exclusivement en vue* de faire fraude à la loi française et d'en *éluder certaines prohibitions* fondamentales, elle ne saurait être invoquée à l'encontre des intérêts d'ordre public et d'ordre privé que cette même loi a pour but de protéger »<sup>3</sup>. Figurent alors dans cet attendu les trois conditions de la fraude à la loi. L'arrêt *de Bauffremont* semble ainsi devoir sa célébrité plus à la qualité de ses protagonistes et aux remous qu'elle suscita dans la société française qu'à son apport scientifique pour la théorie générale du droit international privé.

**51** — En France, le premier projet de codification de droit international privé<sup>4</sup> prévoyait en son article 25 une disposition générale réprimant la fraude à la loi<sup>5</sup>. Cette disposition reste toutefois lacunaire<sup>6</sup>. D'une part, elle ne prévoit pas la sanction de la fraude. Le sens du texte laisse entrevoir une inopposabilité de la manœuvre dans le ressort de la loi évincée, alors que l'article 70 du projet sanctionne par la nullité le mariage frauduleux<sup>7</sup>. Ensuite, s'agissant de l'étendue de l'inopposabilité, l'article 25, en ne visant que la situation créée, n'atteint pas l'acte préparatoire de la fraude mais son résultat. En ce sens, il apparaît que l'inopposabilité ne vise que la situation créée, le rattachement modifié pourrait alors produire ses effets dans d'autres circonstances<sup>8</sup>. En ce qui concerne l'élément légal, l'article 25 ne vise

<sup>1</sup> F. RIGAUD, M. FALLON, *Droit international privé*, éd. Larcier, 1987, t. I, n° 589 ; M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165 et s., spéc. p. 181.

<sup>2</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>3</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>4</sup> *La codification du droit international privé*, Paris, 1956 ; P. LOUIS-LUCAS, « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1951, p. 393 et s., p. 597 et s., 1952, p. 55 et s.

<sup>5</sup> *Rev. crit. DIP* 1950, p. 114.

<sup>6</sup> P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, 1951, p. 411 et s.

<sup>7</sup> *Rev. crit. DIP* 1950, p. 119.

<sup>8</sup> V. le texte de l'avant-projet dans les *Travaux de la commission de réforme du Code civil*, année 1949-1950, éd. Sirey 1951, p. 558.

que la fraude à la loi française, conformément à l'opinion dominante de l'époque. Toutefois, une ambiguïté naît de l'article 64 qui sanctionne le mariage d'un étranger en France conclu en fraude à sa loi nationale<sup>1</sup>. Cette disposition sanctionne ainsi une fraude à la loi étrangère contrairement au principe général, ce qui jette un certain flou sur l'ensemble de la notion<sup>2</sup>. De même, en ce qui concerne le mariage des Français à l'étranger, le projet consacre la solution jurisprudentielle admise sur le fondement de l'article 170 du Code civil. Ce n'est que lorsque le mariage a été « conclu dans une intention de fraude aux dispositions de la loi française » que l'union pourra être annulée<sup>3</sup>. Cette disposition fut accueillie comme un « témoignage de la volonté de moraliser les relations juridiques »<sup>4</sup>. Le deuxième projet français de codification du droit international privé de 1959<sup>5</sup>, comme le troisième de 1967<sup>6</sup>, ne contiennent quant à eux aucune disposition générale ou spéciale relative à la fraude à la loi.

**52** — Principe général du droit en droit interne, la théorie de la fraude est ainsi également reconnue comme telle en droit international privé. Sanctionnant une fraude, de nombreux arrêts visent en effet le « principe général de notre droit »<sup>7</sup>, les « principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale »<sup>8</sup> ou « judiciaire »<sup>9</sup>, ou encore les « principes qui régissent l'effet en France des jugements rendus à l'étranger »<sup>10</sup>. Dès lors, « 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 »<sup>11</sup>, afin de préserver, notamment, « la loyauté de la procédure »<sup>12</sup>, « en se référant à la notion de fraude au sens du droit international privé »<sup>13</sup>. Du caractère de principe général de droit se déduit l'inutilité de son insertion dans un système codifié de droit international privé. En ce sens, l'abandon de la réserve de la fraude à la loi dans plusieurs législations n'entraîne pas indubitablement son rejet. Dans le même sens, une réserve spéciale peut devenir générale. Ainsi, alors même que la LDIP suisse de 1987 prévoit seulement un cas particulier de fraude à la loi suisse en matière de mariage<sup>14</sup>, la doctrine n'exclut pas la fraude dans les autres domaines<sup>15</sup> et le « silence du législateur n'est pas

<sup>1</sup> *Rev. crit. DIP* 1950, p. 118.

<sup>2</sup> P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, 1951, p. 413. V. ainsi les débats autour de l'article 73 al. 2 de l'avant-projet, *Travaux de la commission de réforme du Code civil, op. cit.*, p. 680 et s.

<sup>3</sup> Art. 70, *Rev. crit. DIP* 1950, p. 119. Adde les *Travaux de la commission de réforme du Code civil, op. cit.*, p. 687 et s.

<sup>4</sup> P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 73.

<sup>5</sup> *Rev. crit. DIP* 1970, p. 832 et s.

<sup>6</sup> *Rev. crit. DIP* 1970, p. 835 et s. ; J. FOYER, « Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français », *JDI* 1971, p. 31 et s.

<sup>7</sup> Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *D.* 1999, IR, p. 224.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70 ; – 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486 et *Defrénois* 1988, p. 726, note MASSIP ; – 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; – 24 novembre 1993, *Bull. civ.*, I, n° 338.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPPEZ ; – 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note ANCEL ; *D.* 1994, somm., p. 352, obs. AUDIT ; – 13 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 343, 1<sup>re</sup> esp., note KAHN.

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 352, note MAYER ; *JDI* 1989, p. 1014, note KESSEDJIAN.

<sup>11</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note ANCEL.

<sup>12</sup> Paris, 10 juin 1972, *D.* 1973, p. 296, concl. CABANNES ; *JDI* 1974, p. 150, note DEBY-GERARD.

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juillet 1989, *Bull. civ.* I, n° 296.

<sup>14</sup> Art. 45 al. 2, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 416.

<sup>15</sup> A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1995, n° 193 et s. ; F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3<sup>e</sup> éd. Stämpfli, 2005, n° 335 et s. ; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, éd. Schulthess,

susceptible d'être interprété comme une interdiction d'avoir recours à cette notion »<sup>1</sup>. De même, la réserve peut intervenir dans l'application d'une convention internationale alors même qu'elle n'est pas directement prévue. C'est le cas par exemple de la Convention franco-monégasque du 21 septembre 1949 sur l'aide mutuelle judiciaire<sup>2</sup>. C'est encore le cas pour la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 à propos des affaires de répudiations, auxquelles la Cour de cassation opposa, un temps, la notion de fraude au jugement<sup>3</sup>. La théorie de la fraude à la loi est de la même façon consacrée en droit international privé comparé.

#### b) En droit international privé comparé

**53** — Particulièrement développée en droit français, la notion de fraude à la loi n'est pas inconnue des autres systèmes juridiques<sup>4</sup>, même ceux de *Common Law* qui historiquement la rejetaient<sup>5</sup>. Ainsi en droit musulman<sup>6</sup>, dans l'ancienne Tchécoslovaquie<sup>7</sup>, en Italie<sup>8</sup>, en Belgique<sup>9</sup>, en Grèce<sup>1</sup>, aux États-Unis<sup>2</sup>, au Liban<sup>3</sup>, en Allemagne<sup>4</sup>, en Argentine<sup>5</sup>, en

1999, n° 87 et les réf. citées ; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, op. cit., p. 201 et s. ; R.-G. MEBES, *Die Rechtsumgehung im internationalen Privatrecht der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Ehe-, Erb-, Vertrags- und Gesellschaftsstatuts*, Bâle, 1986, recension par F. KNOEPFLER, *Ann. suisse dr. inter.* 1988, p. 532. La solution était identique avant la LDIP : F. KNOEPFLER, « Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé », in Mél. R. JEANPRETRE, éd. Ides et calendes, 1982, p. 113 et s., spéc. p. 119 ; contra M. GUTZWILLER, *Ann. Inst. dr. inter.* 1956, p. 124 et s., spéc. p. 163.

<sup>1</sup> J.-F. PERRIN, « Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique », in Mél. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 141 et s., spéc. p. 147. Adde F. GUILLAUME, *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Lausanne, 2001, p. 311 et les réf. citées. Contra J. THORENS, « Les droits des héritiers dans une succession soumise au droit suisse et le family trust de Common Law créé de son vivant par le de cujus. Une rencontre difficile », in Mél. Cl. REYMOND, éd. Litec, 2004, p. 317 et s., spéc. p. 318.

<sup>2</sup> Paris, 13 juin 2002, *Juris-Data* n° 2002-183107.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 149 et s.

<sup>4</sup> Pour des aperçus anciens, v. A. LIGERPOULO, L. AULAGNON, « Fraude à la loi », op. cit., n°s 139 et s. ; J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, thèse Lyon, 1938, p. 341 et s.

<sup>5</sup> J. FOSTER, *La théorie anglaise du droit international privé*, RCADI 1938-III, t. 65, p. 399, spéc. p. 512 ; Z. DINSTEIN, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, op. cit. ; J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, op. cit., p. 94 et s. ; « Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law », RHDI 1958, p. 264 et s. ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 395 et s. ; C. KESSEDIAN, *La reconnaissance et l'exécution des jugements en droit international privé aux États-unis*, éd. Economica, 1987, n° 472 et s. ; J. FAWCETT, « Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law », C.L.J. 1990, p. 44 et s. V. par ex. High Court, 23 août 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 491, note crit. WENGLER ; – 8 mai 1979, *JDI* 1988, p. 805, obs. LIPSTEIN.

<sup>6</sup> J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, op. cit. ; A. MOULAY RCHID, *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, RCADI 1997, t. 268, p. 9 et s., n° 306 ; C. CARDAHI, *La conception et la pratique du droit international privé dans l'Islam (étude juridique et historique)*, RCADI 1937-II, t. 60, p. 511 et s., spéc. p. 615 ; *Le mandat français de la France sur la Syrie et le Liban (son application en droit international public et privé)*, RCADI 1933-I, t. 43, spéc. p. 753. V. not. un dahir marocain du 11 janvier 1902, en son art. 5, *JDI* 1920, p. 327.

<sup>7</sup> R. BYSTRICKY, *Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé*, RCADI 1968-I, t. 123, p. 409 et s., spéc. p. 449.

<sup>8</sup> E. CATELLANI, *Les maîtres de l'école italienne du droit international au XIX<sup>e</sup> siècle*, RCADI 1933-I, t. 46, p. 709 et s., spéc. p. 818 ; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, éd. Cedam, 1982, p. 346 et s. ; E. VITTA, *Diritto internazionale privato*, vol. I, éd. Unione tipografico-editrice, 1972.

<sup>9</sup> T. civ. d'Anvers, 1<sup>er</sup> juin 1898, *JDI* 1903, p. 410 ; – Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1979, *Pas.* 1979, p. 1260, concl. KRINGS ; *RCJB* 1981, p. 332, note VANDER ELST ; – Cass. Civ., 27 février 1986, *Rev. not. Belge* 1986, p. 475, note VANDER ELST ; – Civ. Bruxelles, 15 mars 1988, *RTD fam.* 1990, p. 376 ; – 24 mai 1988, *RTD fam.* 1990, p. 382. Adde J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, op. cit., p. 55 et s. ; R. VANDER

Syrie<sup>6</sup>, au Luxembourg<sup>7</sup>, en Afrique du Sud<sup>8</sup>, en Inde<sup>9</sup>, au Québec<sup>10</sup>, au Chili<sup>11</sup>, en Égypte<sup>12</sup>, dans certains pays nordiques<sup>13</sup>. Même non prévue par une codification de droit international privé, la théorie de la fraude à la loi n'est inconnue d'aucun système juridique. Elle existe

---

ELST, v° « Conflit de lois », Répertoire pratique du droit belge, complément, t. II, n° 213 et s. ; « La fraude à la loi en droit international privé », in Mél. J. BAUGNIET, Bruxelles, 1976, p. 789 et s. ; M. VERWILGHEN, J.-Cl. comp., v° « Belgique », 1988, n° 32 et s. ; M. FALLON, « Les heures sombres du facteur de la nationalité belge en droit international privé belge », *J.T.* 1978, p. 641 et s., n° 27 et s. ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 228 et s.

<sup>1</sup> Tribunal de première instance du Pirée 575/1997, *RHDI* 1999/2, p. 541, obs. TSOUCA ; – TGI d'Athènes 9970/1997 et 9971/1997, *RHDI* 1999/2, p. 556, obs. TSOUCA ; – Aréopage 1302/1998, *RHDI* 1999/2, p. 535, obs. TSOUCA. Adde G. S. MARIDAKIS, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », in Mél. J. MAURY, éd. Dalloz, 1960, p. 231 et s., spéc. p. 239 et s. ; Ph. DRAKIDIS, J.-Cl. comp., v° « Grèce », 1999, n° 39.

<sup>2</sup> J.-W. REBOUL, J.-Cl. comp., v° « États-Unis d'Amérique », 1997, n° 66 et s. ; Z. DINSTEIN, *op. cit.*, p. 25 et s., p. 78 et s. ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 421 qui cite le *Uniform Marriage Evasion Act* de 1912.

<sup>3</sup> P. GANNAGE, J.-Cl. comp., v° « Liban », 1994, n° 24 ; M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, éd. Dalloz, 2005, n° 288. V. par ex. Cass. civ. (Liban), 29 septembre 1955, *JDI* 1961, p. 174, note GANNAGE.

<sup>4</sup> J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, *op. cit.*, p. 69 et s. ; SCHLOSSER, « Legislation in fraudem legis internationalis. Eine kritische Studie zu Problemen des grenzüberschreitenden Zustellungswesens », in Mél. E. STIEFEL, 1987, p. 683 et s. ; SCHURIG, « Die Gesetzumgehung im Privatrecht. Eine Studie mit kollisionsrechtlichen und rechtsvergleichenden Aspekten », in Mél. M. FERID, 1988, p. 375 ; O. HEEDER, *Fraus legis : eine rechtsvergleichende Untersuchung über den Vorbehalt der Gesetzesumgehung in Deutschland, Österreich, der Schweiz, Frankreich und Belgien unter besonderer Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts*, Frankfurt am Main, 1998. V. par ex. Munich, 26 février 1976, *FamRZ* 1978, p. 364 et s., note JAYME. À noter que la législation du duché de Saxe-Altenbourg dans lequel la princesse de Bauffremont put divorcer avait une disposition générale (Code civil de Saxe de 1865, § 80, cité par J. MATTHIJS, « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 et s., p. 563 et s., spéc. p. 546, note 49) réprimant la fraude à la loi : « *Zur Umgehung eines Gesetzes vorgenommene Handlungen sind einem offenen Zuwiderhandeln gleich zu achten* », qui peut se traduire littéralement par « Toute action commise pour passer outre une loi doit être considérée comme un délit » ou « Des actes accomplis en vue de la fraude à la loi doivent être mis sur le même pied qu'une violation ouverte » (seconde traduction donnée par J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 220).

<sup>5</sup> W. GOLDSCHMIDT, « El fraude a la ley en el derecho internacional privado sucesorio », *La Ley*, Buenos Aires 1981, p. 61 et s. ; PERUGINI, « Pluralidad sucesoria y fraude a la ley en el derecho internacional privado argentino », *El Derecho*, Buenos Aires, t. 95, p. 185 et s.

<sup>6</sup> T. des conflits, 12 juin 1925, *Rev. crit. DIP* 1926, p. 84.

<sup>7</sup> A. WEITZEL, G. RAVARANI et L. WEITZEL, J.-Cl. comp., v° « Luxembourg », 2001, n° 10.

<sup>8</sup> E. KAHN, J.-Cl. comp., v° « Afrique du Sud », 1996, n° 77.

<sup>9</sup> BARTHOLOMEW, « Private interpersonal law », *Int. Comp. L. Quarterly* 1952, p. 325 et s., cité par A. K. EL GEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, éd. Dalloz, 1971, n° 216, note 124 *in fine*.

<sup>10</sup> Cour supérieure de Montréal, 11 novembre 1924, *Rev. dr. inter. pr.* 1924, p. 411 ; – Cour supérieure du Québec, 1964, *JDI* 1969, p. 689 ; – Cour du banc de la Reine en appel, Québec, 1966, *JDI* 1969, p. 690. Adde É. CROTEAU, « La fraude à la loi de la province de Québec en matière de mariage », *Rev. jur. Thémis de l'Univ. Montréal* 1966, p. 187 et s., spéc. p. 189, à propos de l'article 165 du Code civil du Québec.

<sup>11</sup> D. GUZMAN LATORRE, *Tratado de derecho internacional privado*, ed. Juridicia de Chile, 1989, p. 394 et s.

<sup>12</sup> A. MOULAY RCHID, *op. cit.*, n° 306. V. cep. A. K. EL GEDDAWY, *op. cit.*, n° 216 et s.

<sup>13</sup> M. BOGDAN, « Les aperçus de l'évolution des règles de conflits de lois dans les pays nordiques », *TCFDIP* 2000-2002, éd. Pedone, 2004, p. 195 et s., spéc. p. 207.

également dans les conflits interpersonnels et interprovinciaux, notamment en Espagne<sup>1</sup>. Malgré le silence des textes, elle a été reconnue en matière d'arbitrage international<sup>2</sup>.

**54 —** Si l'insertion de la réserve de la fraude à la loi dans une codification n'est pas la condition nécessaire à la sanction de la fraude, son intégration tend néanmoins à en démontrer l'utilité théorique et pratique. Ces législations sont peu nombreuses<sup>3</sup>. Actuellement, en plus de l'Espagne<sup>4</sup> et de la Suisse<sup>5</sup>, peuvent être mentionnées celles de l'Autriche<sup>6</sup>, la Hongrie<sup>7</sup>, la Roumanie<sup>8</sup>, la Yougoslavie devenue la République de Serbie Monténégro<sup>9</sup>, le Portugal<sup>10</sup>, la Tunisie<sup>11</sup>, le Sénégal<sup>1</sup>, l'ex-Yémen du Sud<sup>2</sup>, le Mexique<sup>3</sup>, Macao<sup>4</sup>, la Thaïlande<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Tribunal suprême, 18 novembre 1964, *JDI* 1973, p. 765, obs. CREMADES. *Adde* R. DURAN RIVACOBA, « Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos interregionales », *Poder Judicial*, n° 35, 1994, p. 67 ; M. E. ZABALO ESCUDERO, « El fraude de ley en el Derecho interregional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994 », *Poder Judicial*, n° 36, 1994, p. 397.

<sup>2</sup> Paris, 25 mai 1990, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 753, note LOUSSOUARN, et Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1992, *JDI* 1992, p. 974, note LOQUIN ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 699, note OPPETIT ; *Rev. arb.* 1993, p. 3, chr. DE BOISSEON ; *Yearbook* 1994, p. 205. V. cep. J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, éd. LGDJ, 1999, n° 496 et s., n° 892 et s., n° 970, et C. SEREGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, éd. Dalloz, 2001, n° 637 et s. *Adde* A. COURT DE FONTMICHÉL, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, éd. Panthéon-Assas, 2004, n° 55 et s., n° 975 et s. ; S. BOLLEE, *Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, éd. Economica, 2004, n° 517 et s.

<sup>3</sup> A. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, *RCADI* 1982-III, t. 176, p. 9 et s., spéc. n° 452 et s. ; E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, éd. LGDJ, 1987, n° 361 ; D. GUZMAN LATORRE, *op. cit.*, p. 421 et s.

<sup>4</sup> Art. 12 § 4 du Code civil. Sur la fraude à la loi en droit international privé espagnol, v. J. C. FERNANDEZ ROZAS, S. ÁLVAREZ GONZALEZ, « Espagne », *op. cit.*, n° 35 ; J. M. TRIAS DE BES, *Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne*, *RCADI* 1930-I, t. 31, p. 627 et s., spéc. p. 666 ; W. GOLDSCHMIDT, « The Evasion of Law in Spanish Private International Law », *RHDI* 1949, p. 115 et s. *Adde* Direction Générale des registres et du Notariat, 14 mars 1967, *JDI* 1973, p. 778, obs. CREMADES.

<sup>5</sup> Art. 45 al. 2 de la LDIP de 1987, en matière de célébration du mariage, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 416 ; PH. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, J.-Cl. comp., v° « Suisse », 2000, n° 22. Avant la LDIP de 1987, cette réserve était admise par l'art. 7 f de la loi fédérale du 25 juin 1891, v. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, n° 1086, note 1.

<sup>6</sup> Art. 7 IPRG : la modification ultérieure des conditions dont dépend le rattachement à une certaine loi reste sans incidence sur les situations de fait déjà établies, W. OGRIS, P. OBERHAMMER, J.-Cl. comp., v° « Autriche », 1997, n° 279. Plus proche du conflit mobile que de la fraude à la loi, ce texte permet d'atteindre la seconde. Le Liban utilise également le conflit mobile pour annihiler la fraude, P. GANNAGE, *op. cit.*, *loc. cit.* ; M.-Cl. NAJM, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> Art. 8 : « Il n'y a pas lieu d'appliquer le droit étranger qui se rattache à un élément étranger créé par les parties artificiellement ou par simulation – en fraude à la disposition législative qui régirait normalement le cas – (rattachement frauduleux) », O. ZOLTAN, « La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé », *R.I.D.C.* 1980, p. 87 et s., spéc. p. 90.

<sup>8</sup> Art. 8 al. 1<sup>er</sup>, b) de la loi du 22 septembre 1992 qui dispose que « L'application de la loi étrangère est écartée : (...) si elle est devenue compétente par fraude. », *Rev. crit. DIP* 1994, p. 173.

<sup>9</sup> Art. 5 LDIP du 15 juillet 1982 : « Le droit d'un État étranger applicable en vertu de la présente loi ou d'une autre loi fédérale ne sera pas appliqué si le but de cette application est de faire fraude au droit de la R.S.F.Y. », *Rev. crit. DIP* 1983, p. 354.

<sup>10</sup> Art. 21 du Code civil : « Dans l'application des règles de conflit, il n'y a pas lieu de tenir compte des situations de fait ou de droit créées dans l'intention frauduleuse d'éviter l'application de la loi qui, dans d'autres circonstances, aurait été compétente », *Rev. crit. DIP* 1968, p. 370. *Adde* SANCHEZ-APELLANIZ, « El fraude a la ley extranjera », *Estudios en homenaje ao Pr. A FERRER-CORREIA*, vol. I, Combría, 1986, p. 733 et s.

<sup>11</sup> Art. 30 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 27 novembre 1998 : « La fraude à la loi est constituée par le changement artificiel de l'un des éléments de rattachement relatifs à la situation juridique réelle dans l'intention d'éluder l'application du droit tunisien ou étranger désigné par la règle de conflit applicable. », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 386. La théorie

le Vietnam<sup>6</sup>, ainsi que le Bélarus, le Kazakhstan et l'Ouzbékistan<sup>7</sup>, ou encore le Japon et l'Argentine<sup>8</sup>. Le Code de droit international privé belge<sup>9</sup> prévoit la réserve de la fraude à la loi non seulement de manière générale, dans le conflit de lois à l'article 18, mais également au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères et spécifiquement en ce qui concerne les décisions étrangères de divorce unilatéral, à l'article 25 § 1, 3°. L'avant-projet de droit international privé du Pérou prévoyait une disposition particulière selon laquelle les situations juridiques créées à l'étranger en vertu d'une loi étrangère ne peuvent produire aucun effet au Pérou, si les parties ont évincé la loi du Pérou<sup>10</sup>. L'avant-projet québécois de 1977 intégrait également, en son article 6, une disposition relative à la fraude mais qui n'a pas été reprise par la loi du 18 décembre 1991<sup>11</sup>.

---

de la fraude à la loi était également connue avant le Code de droit international privé de 1998 : A. MEZGHANI, *Droit international privé*, éd. Cérès, 1991, n° 608 et s. qui estime cependant qu'elle « sera difficile à réaliser en droit tunisien » (n° 611), bien que l'auteur cite une décision inédite de la Cour d'appel de Tunis en date du 26 janvier 1967 (n° 615, note 3) qui ne semble sanctionner, selon l'auteur, que la fraude à la loi tunisienne.

<sup>1</sup> Art. 851 du Code de la famille : la loi du Sénégal sera substituée à la loi étrangère désignée lorsque les parties, par une utilisation volontaire des règles de conflit de lois, ont intentionnellement rendu inapplicable la loi du Sénégal.

<sup>2</sup> Art. 29 du Code civil qui dispose que la loi yéménite se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque les parties ont par une utilisation volontaire des règles de conflit internationalement rendu la loi yéménite incompétente, cité par A. MOULAY RCHID, *op. cit.*, n° 306.

<sup>3</sup> Art. 15 § 1 du Code civil, révisé en 1987 qui dispose que lorsque les principes fondamentaux de la loi mexicaine ont été artificiellement éludés, il revient au juge de déterminer l'intention frauduleuse d'une telle éviction, cité par G. PARRA-ARANGUREN, *General Course of Private International Law : Selected Problems, RCADI 1988-III*, t. 210, p. 9 et s., n° 138 ; J. LISBONNE, *J.-Cl. comp.*, v° « Mexique », 1999, n° 437 qui écrit que la « loi étrangère n'est pas appliquée si les parties y ont eu recours par fraude à la loi mexicaine ».

<sup>4</sup> Art. 19 du Code civil de 1999 qui dispose « [w]hen applying choice of law rules, any situations of fact or of law created with the fraudulent intent of avoiding application of the otherwise applicable law shall be deemed irrelevant », cité par A. MARQUES DOS SANTOS, « The new Private International Law Rules of Macao », *Yearbook 2000*, p. 133 et s., spéc. p. 140.

<sup>5</sup> Art. 28 al. 2 du *Conflict of Laws Act* B.E. 2481 (1938), selon lequel l'annulation du mariage pour fraude est soumise à la loi du lieu de sa célébration.

<sup>6</sup> L'art. 828 du Code civil dispose qu'un droit étranger ne peut s'appliquer que si son application n'est pas contraire aux principes fondamentaux du droit de la République socialiste du Vietnam. Parmi eux figure le principe de bonne foi et de loyauté, prévu à l'art. 9 du Code civil, *Rev. crit. DIP 2000*, p. 299. Si cette disposition ne vise pas la fraude à la loi dans son sens technique, elle peut servir de base à sa sanction.

<sup>7</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, « La loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie », *Rev. crit. DIP 2002*, p. 182 et s., spéc. p. 199. La disposition de ces trois pays est reprise de l'ancien article 1198 du Code civil russe selon lequel « sont nuls les accords et autres actions des parties aux rapports régis par le présent code qui visent, par contournement des dispositions du présent Titre sur le droit applicable, à soumettre ces rapports au droit d'un État tiers. Dans ce cas le droit applicable est déterminé conformément au présent titre ».

<sup>8</sup> D. GUZMAN LATORRE, *Tratado de derecho internacional privado, op. cit.*, p. 421 et s.

<sup>9</sup> *Rev. crit. DIP 2005*, p. 154 et s., spéc. pp. 157 et 160. Sur ce Code, v. not. M. VERWILGHEN, « Vers un code belge de droit international privé. Présentation de l'avant-projet de loi portant code de Droit international privé », *TCFDIP 1998-1999*, éd. Pedone, 2001, p. 123 ; J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP 2005*, p. 11.

<sup>10</sup> Cité par G. PARRA-ARANGUREN, *op. cit.*, n° 137. Cette disposition ne fut finalement pas retenue lors du vote de la version finale du Code civil en 1984.

<sup>11</sup> L'article 6 du projet disposait que « Les tribunaux ne tiennent pas compte des changements volontaires des facteurs de rattachement effectués dans le but de frauder les règles impératives du tribunal saisi. », *Rev. crit. DIP 1992*, p. 596, note 75, comm. É. GROFFIER qui estime que l'insertion d'une telle limite était peu utile en raison du rattachement au domicile retenu par la plupart des règles de conflit. Sur cette incompatibilité relative entre le rattachement par le domicile et la fraude, cf. *infra* n° 254 et s. Auparavant, le projet du Comité de droit international privé de l'Office de révision du Code civil avait prévu une disposition selon laquelle « Les

55 — De même, la réserve de la fraude à la loi est parfois intégrée dans des conventions internationales. Elle figure ainsi dans plusieurs conventions de La Haye, au stade de la reconnaissance des décisions étrangères<sup>1</sup>. Plus généralement, la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire prévoit la réserve de la fraude, en son article 8, 2 a), même si ce n'est pas une fraude à la loi au sens du droit international privé. La réserve de la fraude à la loi est également prévue à l'article 6 de la Convention Inter-Américaine de droit international privé<sup>2</sup> signée à Montevideo en 1979, ou encore par le projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé<sup>3</sup> bien qu'une telle réserve n'y figurait pas dans le texte initial de 1951<sup>4</sup>. La nouvelle loi de droit international privé russe n'a pas inséré de disposition relative à la fraude à la loi alors que l'avant projet l'avait retenue et que le Code civil, dans son ancienne rédaction en son article 1198, prévoyait la limite de la fraude<sup>5</sup>. Sans prévoir expressément la réserve de la fraude à la loi, la loi vénézuélienne de droit international privé du 6 août 1998 tente d'annihiler le changement malicieux de domicile, notamment en matière de divorce, en retardant ses effets « à l'expiration d'une année depuis l'entrée de l'époux demandeur sur le territoire d'un autre État avec intention d'y fixer sa résidence habituelle »<sup>6</sup>. Dès lors, même si le délai d'une année est écoulé, le juge pourra ne pas tenir compte du changement de domicile à défaut d'une véritable intention de résidence. Une conception identique se retrouve à l'article 415 du Code de procédure civile de la Fédération de Russie<sup>7</sup>. À n'en pas douter et sans l'envisager expressément<sup>8</sup>, ces conditions supplémentaires tendent à prévenir un déplacement frauduleux à l'étranger, même si elles ne peuvent l'empêcher. Ces différentes conceptions de la fraude à la loi permettent d'en découvrir ses conditions.

---

tribunaux ne tiennent pas compte des changements volontaires des facteurs de rattachement accomplis dans le but de frauder les règles impératives du droit du Québec », cité par J.-G. CASTEL, « Principes généraux de droit international privé québécois », *op. cit.*, p. 303. Les deux dispositions en projet étaient insuffisantes en ce qu'elles ne sanctionnaient que la fraude à la loi québécoise.

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 741.

<sup>2</sup> « Le droit d'un État partie ne sera pas appliqué en tant que droit étranger dans un autre État partie à l'occasion d'actes entachés de dérogation frauduleuse aux principes fondamentaux de la législation de ce dernier État. Il appartiendra aux autorités compétentes de l'État requis de déterminer l'intention frauduleuse des parties intéressées », cité par A. M. VILLELA, « L'unification du droit international privé en Amérique latine », *Rev. crit. DIP* 1984, p. 233 et s., spéc. p. 263 ; G. PARRA-ARANGUREN, *op. cit.*, n° 140 ; D. OPERTTI BADAN, *L'adoption internationale*, RCADI 1983-II, t. 180, p. 295 et s., n° 102, qui précise que cette convention a été ratifiée par la Colombie, l'Équateur, le Pérou et l'Uruguay.

<sup>3</sup> Art. 22 : « Il est fait exception à l'application des dispositions de la présente loi, lorsque cette application porte atteinte à l'ordre public ou en cas de fraude à la loi », L. I. DE WINTER, « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1968, p. 577 et s. ; F. RIGAUX, « Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé », *JDI* 1969, p. 334 et s.

<sup>4</sup> Art. 26 du projet du 15 mars 1950, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 710 et s., spéc. p. 714.

<sup>5</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, *op. cit.*, *loc. cit.* Cf. *supra* n° 54 pour ce texte.

<sup>6</sup> Art. 23 al. 2, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 395.

<sup>7</sup> Issu de la loi du 14 novembre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 790, note KOUTEEVA-VATHELOT, spéc. p. 798. Selon ce texte, les décisions de divorces et de nullité du mariage sont reconnues de plein droit. Néanmoins, celles qui concernent un Russe et un étranger sont reconnues « si au moment du procès un au moins des époux était domicilié à l'étranger » et celles qui concernent deux Russes seront reconnues « si les deux époux étaient domiciliés à l'étranger au moment du procès ».

<sup>8</sup> La condition d'absence de fraude à la loi n'est pas prévue dans les conditions de reconnaissance et d'exequatur des décisions étrangères, définies à l'article 412 du Code de procédure civile de la Fédération de Russie.

## B. LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FRAUDE A LA LOI

56 — De l'attendu principal de l'arrêt *Vidal* peuvent se dégager les trois éléments constitutifs de la fraude à la loi traditionnellement envisagée. Celle-ci suppose la réunion d'un élément matériel, légal et intentionnel. Certains auteurs ramènent quelquefois les conditions de la fraude à la loi à deux : l'élément légal étant fondu dans l'élément matériel<sup>1</sup>. Il semble néanmoins que la distinction des deux conditions s'impose en raison de la fonction même de la théorie de la fraude. Dans la mesure où la manœuvre tend à échapper à l'application d'une loi considérée par le sujet comme gênante, il convient de relever que cette manœuvre a justement permis de substituer à la loi normalement applicable une autre loi artificiellement compétente. C'est le rôle de l'élément légal de déterminer l'objet même de la fraude. L'élément matériel est une description du stratagème qui permet de réaliser cet objet. Il est vrai toutefois que les passerelles entre les deux éléments sont étroites et l'étude de l'élément légal permet de constater l'efficacité de l'élément matériel. Toujours est-il que ce lien est inéluctable : les trois éléments constitutifs de la fraude à la loi se répondent et sont interdépendants.

## 1. Les éléments objectifs

57 — L'élément matériel de la fraude à la loi s'entend classiquement de la modification d'un élément de rattachement retenu par la règle de conflit. Dans l'affaire *Vidal*, les époux ont changé de nationalité, critère retenu par la règle de conflit de lois en matière de divorce. Il pourrait s'agir du domicile<sup>2</sup>, du lieu de conclusion d'un acte juridique<sup>3</sup>, du lieu de situation d'un meuble<sup>4</sup>. Plus généralement, la manœuvre peut porter sur chacune des étapes du

<sup>1</sup> Not. J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, *op. cit.*, p. 158 ; B. AUDIT, J.-Cl. inter., fasc. 535, 1995, v° « Fraude à la loi », n° 7 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 269 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 266 et s., spéc. n° 268 *in fine* ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 450 et s. ; F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, *op. cit.*, n° 335 et s. ; F. VIANGALLI, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ* 2000-3, p. 1141 et s.

<sup>2</sup> Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *D.* 1999, IR, p. 224 ; – T. civ. de Meaux, 4 mai 1928, *JDI* 1928, p. 1223. *Adde* D. GUZMAN LATORRE, *Tratado de derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 411 qui cite quelques exemples peu pertinents et très anciens. Alors que le critère du domicile est souvent dénoncé, la réalité révèle au contraire qu'il ne se prête guère à la fraude, cf. *infra* n° 254 et s. *Adde* Paris, 6 juillet 1937, *D.H.* 1937, p. 473.

<sup>3</sup> Not. en ce qui concerne la célébration des mariages : Civ., 9 décembre 1953, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 389, note LOUSSOUARN ; – TGI Troyes, 9 novembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, note MALAURIE ; *JDI* 1968, p. 705, note AUDIT ; – Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 297, note LEGIER et MESTRE, et Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note BISCHOFF ; *JDI* 1983, p. 595, note LEHMANN ; *D.* 1983, p. 431, note AGOSTINI et somm., p. 151, obs. AUDIT ; – Paris, 2 octobre 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 424, note DE VAREILLES-SOMMIERES ; *Dr. fam.* 1998, n° 59, note LECUYER ; *JCP* 1998, I, 101, n° 1, obs. FARGE.

<sup>4</sup> Il ne semble toutefois exister aucun exemple en jurisprudence : P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Rép. inter. Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1998, v° « Fraude à la loi », n° 41 ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 161. *Adde* A. LIGERPOULOU et L. AULAGNON, Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, v° « Fraude à la loi », n° 130 et s. Un exemple est toutefois donné par un jugement du Tribunal d'Amsterdam du 27 novembre 1932 (cité par F. RIGAUX, *Le conflit mobile en droit international privé*, *RCADI* 1966-I, t. 117, n° 69), mais il ne s'agit pas d'une véritable fraude à la loi. En revanche, le droit communautaire en offre de nombreux exemples, en matière de libre circulation des marchandises : CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, *Rec.* p. 1 ; – 3 mars 1993, *General Milk Products*, *Rec.* I-779 ; – 9 août 1994, *Boterlux*, *Rec.* I-3933 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec.* I-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON ; – 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-10/00, *Rec.* I-2357.

raisonnement conflictuel qui permet de déterminer la loi applicable, comme la qualification<sup>1</sup> ou le conflit mobile<sup>2</sup>. D'une façon générale, l'élément matériel ne peut porter que sur une étape du raisonnement conflictuel qui dépend, de près ou de loin, de la volonté des parties. L'élément matériel s'analyse en la revendication d'une situation nouvelle créée en lieu et place d'une situation antérieure. Le plus souvent une situation purement interne est transformée en une situation internationale. Le sujet peut encore reconfigurer une situation déjà internationale ou encore transformer une situation internationale en une situation interne.

**58** — L'élément matériel doit encore répondre à plusieurs caractères. Il doit tout d'abord être licite. La fraude se distingue ainsi de la violation pure et simple de la loi par le fait que la manœuvre respecte et a été réalisée dans le cadre strict de la règle de droit. Il doit ensuite être réel et non pas fictif. Le reproche de la fraude n'a lieu d'être opposé qu'au comportement qui respecte la lettre de la loi tout en se détournant de son esprit. La difficulté majeure est de déterminer ce qu'il faut entendre par réel : faut-il se contenter d'une réalité objective, basée sur la conjonction matérielle de faits, ou également d'une réalité subjective à l'endroit du sujet qui s'analyserait comme une acceptation sincère de toutes les conséquences attachées à ce nouveau statut ? Si la distinction peut paraître théorique, elle est d'une importance capitale afin de dissocier la fraude de la simulation et de l'habileté<sup>3</sup>. Des auteurs ont exprimé cette idée de la façon suivante : « En principe, il n'est pas interdit de modifier sa situation afin de sortir du champ d'application de la loi ou de déclencher une autre règle dont les effets neutralisent les aspects gênants de la première. Ce n'est qu'habileté. Mais il faut que la modification ait une portée concrète. La situation nouvelle doit être véritablement différente de la précédente. Sinon, l'agent ne « joue plus le jeu » : il reste en réalité dans la même situation de fait et s'affranchit de ses conséquences juridiques. L'autorité de la loi est bafouée ; il y a fraude »<sup>4</sup>. Si le critérium de la distinction entre la simulation, la fraude et l'habileté doit pouvoir se trouver sur ce terrain, il semble que plus qu'une fraude il y ait simulation dans cette hypothèse. L'élément matériel de la fraude ne peut se contenter d'une situation apparente : si l'agent demeure dans la même situation de fait, la situation n'est pas objectivement réelle. Pour qu'il y ait fraude, il est nécessaire que l'élément matériel soit objectivement réel, que la situation nouvellement créée corresponde exactement à la situation de fait, au moins juridique, dans laquelle se trouve objectivement l'agent<sup>5</sup>. L'élément matériel doit enfin être efficace : il doit permettre d'atteindre le résultat souhaité. En droit international privé, l'efficacité du moyen signifie qu'il doit non seulement provoquer l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente en vertu de la règle de conflit de lois, que cette loi permette d'atteindre le résultat escompté ou un résultat équivalent, mais également que cette loi nouvelle ne soit pas remise en cause par le biais d'un des mécanismes correcteurs du droit international privé tels que les lois de police ou l'exception d'ordre public. Ce caractère efficace du moyen préfigure le caractère subsidiaire de l'exception de fraude. L'efficacité de l'élément matériel se démontre souvent au regard de l'élément légal.

<sup>1</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Caron, Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ et Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY.

<sup>2</sup> T. civ. de Toulouse, 3 décembre 1917 et Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco, S.* 1920, 2, 65, note AUDINET ; – Req., 8 juin 1921, *JDI* 1924, p. 141, concl. TISSIER ; *S.* 1922, 1, 113, note AUDINET ; – Paris, 16 mai 1923, *JDI* 1924, p. 113, note J.P.

<sup>3</sup> S. NADAL, « L'habileté en droit privé », *RRJ* 2001, p. 1245 et s.

<sup>4</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale, op. cit.*, n° 824.

<sup>5</sup> Pour des développements complémentaires, cf. *infra* n° 457 et s.

59 — L'élément légal suppose que l'élément matériel ait conduit, par le jeu de la règle de conflit de lois, à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente à défaut de manœuvre. Dans l'affaire *Vidal*, le changement de nationalité a permis d'éluder la loi française en rendant applicable la loi suisse. Le cas est topique dans l'affaire *Mihaesco* même si les juges n'ont pas relevé, ou n'ont pas voulu le faire, une fraude à la loi. La seule difficulté de ce critère a été de savoir si le juge français pouvait sanctionner une fraude à la loi étrangère. Si la jurisprudence a effectivement refusé dans un premier temps d'en tenir compte<sup>1</sup> et que la question a agité la doctrine<sup>2</sup>, les juges du fond<sup>3</sup>, suivis par la Cour de cassation<sup>4</sup>, ont rapidement tranché la question dans le sens de la sanction de la fraude à la loi étrangère. La définition retenue par la jurisprudence, dans son dernier état, ne distingue plus selon l'origine nationale de la loi éludée<sup>5</sup>, si bien que la question ne souffre plus aujourd'hui d'aucune contestation<sup>6</sup>. Une autre question qui se pose est celle de la nature de la norme éludée. À s'en tenir au concept de fraude à la loi, il ne pourrait s'agir que d'une loi, fût-ce au sens matériel et non formel du terme. Toujours est-il que face à la diversité et l'évolution des manœuvres, la norme éludée est parfois devenue un jugement – français ou étranger –, un concept du droit international privé – l'intensité de l'ordre public – ou la compétence d'un tribunal. Inéluctable, cette évolution de l'élément légal apparaît souvent artificielle<sup>7</sup>. Quant à la question de savoir si une loi supplétive peut être éludée, elle renvoie, plus spécifiquement, à celle de la compatibilité de la fraude à la loi avec le principe d'autonomie<sup>8</sup>.

## 2. L'élément intentionnel

60 — Pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut encore que la modification de l'élément de rattachement, réelle et effective, n'ait été guidée que par le but exclusif de parvenir à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement applicable. L'éviction de la loi normalement compétente ne doit pas seulement être l'effet du changement du critère de rattachement, elle doit surtout en être le seul but<sup>9</sup>. La fraude ne réside pas tant dans le résultat atteint que de l'intention malicieuse des parties pour y parvenir<sup>10</sup>. Bien que certains auteurs aient soutenu qu'il pouvait y avoir fraude à la loi nonobstant toute intention frauduleuse<sup>11</sup>, il demeure incontestable que cette notion « est inséparable, dans sa définition, d'un élément

<sup>1</sup> T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, *JDI* 1892, p. 933 ; – T. civ. de la Seine, 9 novembre 1892, *JDI* 1892, p. 1155 ; – 18 juin 1896, *JDI* 1896, p. 842.

<sup>2</sup> P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. DIP* 1962, p. 1 et s. ; P. SPITERI, « La fraude à la loi étrangère », *Ann. Fac. Toulouse* 1967, t. XV, fasc. 2, p. 37 et s.

<sup>3</sup> Paris, 10 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 218, note Ph. F. ; *JDI* 1960, p. 792, note PONSARD ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, 1<sup>re</sup> esp., p. 653, note MALAURIE et Paris, 18 juin 1964, *JDI* 1964, p. 815, note BREDIN ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPREZ.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *JDI* 1977, p. 880, note A. H. ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 151, note AUDIT.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge*, préc.

<sup>6</sup> C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact., Rouen, 2000, n° 63 et s.

<sup>7</sup> V. à propos de la fraude au jugement, *infra* n° 167 et s.

<sup>8</sup> Cf. *infra* n° 284 et s.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, préc.

<sup>10</sup> Le Digeste n'en disait pas moins (D. 50, 17, 79) : « *Fraudis interpretatio in jure civili non ex eventu dumtaxat sed ex consilio quoque desideratur* », cité par H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, p. 283.

<sup>11</sup> Cf. *infra* n° 500 et s.

intentionnel précis, qui définit le cœur vivant de la fraude »<sup>1</sup>. Cette intention suppose nécessairement une « mauvaise foi caractérisée dans le chef des parties concernées »<sup>2</sup>. Si une partie a pu croire légitimement à la sincérité de sa manœuvre, il n'y aura pas fraude à la loi. Cette croyance légitime se présume et il appartient à l'interprète de rapporter la mauvaise foi. Subjective, l'intention frauduleuse est difficile à rapporter et c'est essentiellement sur ce point que la théorie de la fraude fit l'objet des plus acerbes critiques. La fraude est par nature cachée, dissimulée, elle « emprunte des voies secrètes, détournées, fréquente des quartiers juridiques douteux dans les lumières tamisées souvent à la limite du droit civil et du droit pénal »<sup>3</sup>. M. le Pr. VANDER ELST voit ainsi un « danger » dans la recherche de l'intention frauduleuse : « Il ne faut pas aller jusqu'à donner au juge la mission de scruter les consciences ou de sonder les cœurs et de voir de l'illégalité là où il n'y a qu'application volontaire des normes propres au conflit de lois ou au conflit de juridictions... au risque de faire prévaloir un « univers juridique concentrationnaire » sur la liberté humaine ! »<sup>4</sup>. Cette remarque semble exagérément trompeuse. Si l'intention est par nature difficile à prouver, elle est souvent trop patente pour soupçonner le juge d'arbitraire. La recherche de l'intention frauduleuse doit permettre de rétablir la clarté, de déshabiller la manœuvre du voile de légalité artificielle dont elle s'était parée<sup>5</sup>. Elle peut être prouvée par tout moyen et se déduira des circonstances objectives qui entourent la manœuvre. La croyance légitime est ainsi incompatible avec un retour précipité une fois le résultat obtenu et la revendication de son ancien statut. Devant la difficulté de prouver l'intention frauduleuse, la jurisprudence admet que le doute sur la sincérité de la manœuvre, qui ne permet pas d'écarter la fraude à la loi, justifie parfois le jeu de la réserve de la fraude<sup>6</sup>. Dans l'affaire *Vidal*, à supposer que les époux aient pu croire qu'ils pouvaient légalement divorcer en Suisse par le biais d'une naturalisation, cette croyance ne pouvait être légitime que si elle s'exprimait par des actes extérieurs établissant la légitimité de la naturalisation. Ce qui compte dans la recherche de l'intention frauduleuse est de vérifier, lorsque la réalité de la manœuvre est démontrée, si l'agent a, ou non, accepté les conséquences plus essentielles normalement attachées à ce changement<sup>7</sup>. L'élément intentionnel est ainsi le critère essentiel et déterminant de l'existence de la fraude et donc de sa définition.

## § 2 – L'HETEROGENEITE STRUCTURELLE DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

61 — Si les trois éléments de la fraude à la loi sont identifiés, il apparaît en revanche que leur combinaison est pour le moins difficile (A). Cette difficulté tient, d'un point de vue conjoncturel, à la diversité des situations que la fraude à la loi recouvre et que son

<sup>1</sup> J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., n° 236.1. Adde C. WILLEMS, op. cit., n° 87 et s. Sous l'Ancien droit également, v. G.-R. DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil (Contribution à l'histoire du droit international privé français)*, op. cit., p. 160.

<sup>2</sup> J.-F. ROMAIN, op. cit., n° 236.2. Dans le même sens, J. VERPLAETSE, op. cit., p. 242 et s. ; J. VIDAL, op. cit., p. 122 et s. avec toutefois certaines nuances. *Contra* A. LIGEROPULO et L. AULAGNON, op. cit., n° 36. Néanmoins, la bonne foi peut réapparaître avec le temps, cf. *infra* n° 800 et s.

<sup>3</sup> J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit*, Mél. F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 442.

<sup>4</sup> R. VANDER ELST, « La fraude à la loi en droit international privé », op. cit., p. 794.

<sup>5</sup> Comp. H. ROLAND et L. BOYER, op. cit., p. 287, qui opposent la « fraude nue » à la « fraude vêtue ».

<sup>6</sup> TGI Paris, 5 janvier 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 529, note POISSON-DROCOURT et RANGEL, maintenu par Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, note MUIR WATT.

<sup>7</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 269.

exception est appelée à sanctionner. Elle dépend, d'un point de vue structurel, du fondement de la théorie de la fraude à la loi que la définition entend mettre en évidence (B).

#### A. UNE DEFINITION IMPOSSIBLE ?

62 — L'examen de la doctrine relative à la fraude à la loi montre à peu près autant de définitions que d'études consacrées à cette notion (1), ce qui tend à illustrer autant la difficulté de définir exactement ce concept que la nécessité de sa définition (2).

##### 1. Les essais de définition

63 — L'analyse d'une notion, d'un concept ou d'une institution passe forcément par une définition. Si elle en constitue souvent le point de départ, elle peut également en être l'objectif, voire les deux à la fois lorsqu'il s'agit de constater que la définition jusqu'alors donnée n'est pas ou plus pertinente. En ce sens, la définition est assurément le point névralgique de toute recherche. C'est particulièrement vrai en ce qui concerne la fraude à la loi. Mais devant l'infinie diversité des manœuvres dont aucune imagination, fût-elle des plus fécondes, ne pourrait donner une liste exhaustive, chercher une définition dont la pertinence sera justement jugée sur sa propension à embrasser toutes les hypothèses passées, actuelles et futures risque de s'avérer épineux. La recherche d'une définition consensuelle de la fraude à la loi rappelle l'adage *omnis definitio periculosa*. Cette difficulté est bien exprimée par JOSSERAND selon qui la fraude appelle autant l'évidence que le doute<sup>1</sup>. Le principe *fraus omnia corrumpit* est trop universel, il comporte trop de ramifications pour que la loi, la jurisprudence et la doctrine puissent l'appréhender dans une définition exhaustive. À la supposer possible, elle se révélerait rapidement dépassée en raison de sa rigidité et l'œuvre « de rédaction se muerait à cet égard en une traque titanesque des conséquences infinies qu'une jurisprudence séculaire a déduites de ces quelques mots »<sup>2</sup>. Ainsi, lorsque la Cour de cassation propose une définition, elle prend soin de la faire précéder de l'adverbe « notamment »<sup>3</sup>. Donner une définition précise mais ouverte signifie que la formule « comporte les éléments nécessaires de la notion mais les intègre encore lestés d'éléments contingents et que, purifiés de ces résidus de son application à la cause, elle serait en mesure d'embrasser des cas que sa configuration actuelle lui rend inaccessibles »<sup>4</sup>. De nombreuses définitions ont néanmoins été proposées<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Sirey, 1928, n° 171.

<sup>2</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 275.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge*, préc.

<sup>4</sup> B. ANCEL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, préc., p. 355.

<sup>5</sup> V. not. P. FIORE, « Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi », *JDI* 1910, p. 764 ; P. ARMINJON, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409 et s., *JDI* 1921, p. 62 et s., p. 419 et s., spéc. p. 409 ; J. PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1926, p. 19 ; R. JAMBU-MERLIN, « Le rôle de l'ordre public et de la fraude à la loi dans le droit des prises maritimes », *Rev. crit. DIP* 1947, p. 382 ; J. MATTHIJS, « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 ; P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, p. 3 ; J. MAURY, *op. cit.*, p. 161 ; G. S. MARIDAKIS, *op. cit.*, p. 231 ; P. SPITERI, *op. cit.*, p. 37 ; Ph. FRANCESCAKIS, « Fraude à la loi », *Rép. inter. Dalloz*, 1<sup>re</sup> éd. 1968, p. 54 et s., spéc. n° 6 ; G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, éd. Dalloz, p. 117 et s., spéc. p. 118 ; M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 165. Dans les traités et manuels : H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 370 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 265 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 269 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.2 ; B. AUDIT, n° 231 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 449. *Adde* en droit international privé comparé, *supra* n° 54.

64 — Ainsi, pour n'envisager que les études doctorales, la fraude à la loi a pu être définie en droit privé de diverses façons<sup>1</sup> avant que M. le Doyen VIDAL ne propose une définition aujourd'hui encore majoritairement admise. Selon celle-ci, 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 »<sup>2</sup>. Sa pertinence tient à la qualité de sa rédaction : les trois éléments de la fraude apparaissent clairement et elle permet de placer sous sa coupe de très nombreuses hypothèses de fraude, à la loi ou aux droits des tiers, sans subir l'écueil des spécificités de chaque matière. Elle a été néanmoins contestée par un auteur qui définit la fraude comme « l'irrespect conscient de l'intérêt d'autrui »<sup>3</sup>, avant qu'il ne donne une définition proche de celle de M. le Pr. VIDAL<sup>4</sup>.

65 — Plus spécifiquement en droit international privé, un auteur a pu écrire qu'un « individu commet une fraude à la loi de droit international lorsque, par la création ou l'exploitation d'un faux conflit, il provoque l'application d'une loi étrangère par une autorité publique, et qu'il exerce les droits ainsi acquis ou reconnus dans le ressort de la loi évincée »<sup>5</sup>. Plus récemment, un auteur a écrit qu'il y a fraude à la loi de droit international privé « lorsque le droit substantiel interne d'un ordre juridique donné contenant une interdiction de but est éludé par les règles matérielles internes d'un autre pays. Il faut que selon son esprit la règle éludée ait une vocation à être appliquée dans le contexte international et qu'en même temps et cumulativement la règle de collision de l'ordre juridique évincé soit appliquée contrairement à son esprit »<sup>6</sup>. Cette définition relativement complexe, voire ambiguë, se rapproche de celle de M. le Pr. AUDIT en ce qu'elle montre que la fraude ne s'envisage que si la règle substantielle éludée avait véritablement vocation à régler la situation internationale. Les nombreux articles sur la question ont également tenté d'imposer un point de vue sur les cendres d'un autre, suivant en cela l'évolution de la jurisprudence qui s'est éloignée de la définition donnée par l'arrêt *de Bauffremont*. Finalement, il n'y eut bien qu'un seul auteur pour conclure son étude en l'impossibilité de donner une définition substantielle de la fraude à la loi<sup>7</sup>.

## 2. La nécessité d'une définition

66 — La définition d'un concept a un aspect utilitaire. Si elle permet de cerner de manière synthétique la notion qu'elle reflète, son intérêt réside surtout dans sa faculté de la distinguer d'autres concepts voisins. Ainsi parmi les principes correcteurs du droit figurent la fraude et l'abus de droit, la simulation et le détournement. La fraude est symptomatique de ce rapprochement entre ces différentes notions au travers de ses deux sens : large et strict. Seule une conception stricte de la fraude permet de la comparer aux autres principes correcteurs. La conception large n'est qu'une introduction à la comparaison par la mise en évidence de dénominateurs communs. La définition donnée par chacun des auteurs traduit l'objectif de leur thèse. Ainsi M. le Pr. VIDAL s'emploie à distinguer la fraude de la responsabilité civile, de la simulation, du détournement et de l'abus de droit en donnant à ce premier concept une

<sup>1</sup> H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 11, puis J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman, op. cit.*, p. 23 ; A. LIGEROPOULO, *op. cit.*, p. 60 ; L.-A. PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi, op. cit.*, p. 161.

<sup>2</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 208.

<sup>3</sup> J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 320.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 234.

<sup>5</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, n° 144.

<sup>6</sup> G. A. LANG, *op. cit.*, p. 183.

<sup>7</sup> J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 274.

définition stricte. Si M. ROMAIN effectue la même démarche comparative, il en adopte au contraire une définition relativement large qui intègre l'abus de droit et qui s'identifie à la responsabilité civile. Si le premier entend montrer ce que la fraude a de spécifique, le second l'analyse comme une faute intentionnelle intrinsèquement contraire au principe de bonne foi.

**67 —** Dans une optique de classification et de distinctions des principes correcteurs du droit, il convient de donner à la théorie de la fraude à la loi une conception stricte. Au vu des trois éléments constitutifs relevés, la fraude à la loi pourrait provisoirement se définir comme *l'utilisation à dessein du règlement conflictuel d'une situation internationale créée dans le but exclusif d'échapper à l'application de la loi normalement compétente*. Cette définition met en évidence les éléments qui doivent être recherchés par l'autorité de contrôle. D'une part, la fraude à la loi résulte de l'exploitation du règlement conflictuel d'une situation internationale. Le terme vise traditionnellement toute modification du critère de rattachement qui influe sur la mise en œuvre de la règle de conflit. Il vise également l'exploitation des divergences entre les systèmes juridiques en conflit, qui tiennent notamment à la qualification, au renvoi, au règlement des conflits de nationalités, etc. Ensuite, une situation nouvelle doit avoir été créée par l'agent<sup>1</sup>. D'autre part, la nouvelle situation internationale doit avoir été créée dans le but exclusif d'échapper à la loi normalement compétente. Mais cette condition ne signifie pas que la situation n'est pas entièrement acceptée par l'agent : elle doit être réelle et ne pas être un simple simulacre. Par exemple, un véritable changement de domicile n'empêchera pas d'opposer le cas échéant la réserve de la fraude à la loi, alors même que le changement serait effectif. Elle a au contraire vocation à intervenir, en ce qui concerne ce moyen de fraude, uniquement dans cette hypothèse.

**68 —** Toujours est-il que sauf quelques définitions spécifiques, les différences sont plus formelles que substantielles. Toutes s'accordent sur le fait que la fraude à la loi provient d'une manœuvre licite et réelle effectuée avec l'intention de provoquer l'application d'une loi qui, à défaut, n'aurait pas été compétente. Ainsi les différences entre les définitions proposées par MM. VIDAL et ROMAIN tiennent essentiellement à l'importance que ces auteurs ont voulu donner à l'un des éléments constitutifs de la fraude à la loi. Le premier met surtout en avant la fraude comme un moyen d'éluder une règle obligatoire : il y a fraude à la loi parce que le sujet a feint d'échapper à une règle qu'il avait l'obligation de respecter. Ce que la fraude sanctionne c'est le mépris volontaire de l'autorité de la loi. Le second entend mettre en évidence l'opposition naturelle entre la fraude et la bonne foi : la fraude est considérée avant tout comme une faute subjective empreinte de mauvaise foi. Mais identiques sont les éléments constitutifs requis par ces deux définitions, même si M. ROMAIN les réduit à deux – matériel et intentionnel – pour ne voir dans l'élément légal – ou le dommage causé à autrui – que l'objet de la fraude. Les définitions proposées ne sont donc jamais fondamentalement différentes.

**69 —** Toutefois, la définition provisoirement retenue entend insister sur deux points essentiels. D'une part, la manœuvre frauduleuse peut concerner l'ensemble du règlement conflictuel d'une situation internationale. D'autre part, la situation internationale qui donne lieu à la fraude à la loi doit être nouvelle, elle doit avoir été créée à fin de fraude. Car la simple exploitation d'une situation déjà internationale, sans aucune modification d'un élément de son règlement conflictuel, ne peut en aucun cas constituer une fraude à la loi dans la mesure où le

<sup>1</sup> V. ainsi plusieurs articles de codification de droit international privé qui utilisent expressément la création d'une situation internationale comme élément constitutif de la fraude à la loi : art. 8 de la loi hongroise ; art. 21 du Code civil portugais ; art. 30 de la loi tunisienne de droit international privé.

sujet doit pouvoir se placer, en principe, sous l'un ou l'autre des systèmes juridiques auxquels il est rattaché. S'il ne lui appartient pas de choisir lui-même la loi qui sera applicable à sa situation, à moins que la règle de conflit du for n'en dispose autrement, il peut à l'inverse se placer sous la protection de l'autorité de chaque système dont il relève, soit en vertu d'une règle de compétence directe, soit par la combinaison des règles de compétences directe et indirecte. Dans ces hypothèses de *forum shopping*, une définition stricte de la notion de fraude à la loi permet de l'écartier, ainsi que celle de fraude au jugement, pour lui substituer celle d'abus de droit<sup>1</sup>. Dans tous les cas, le fondement de la théorie de la fraude à la loi est le même.

## B. LES FONDEMENTS DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

70 — La comparaison des définitions montre une évolution du fondement de la théorie de la fraude à la loi, liée à celle des conflits de lois. À un droit international privé souverainiste correspond un fondement impératif (1) alors qu'un fondement moral ressort davantage en présence d'un droit international privé plus libéral (2).

### 1. Le fondement impératif

71 — À l'origine, l'accent était essentiellement mis sur la fraude comme un moyen d'échapper à une loi impérative ; elle s'apparentait alors à une violation indirecte de la loi. La fraude à la loi était répréhensible en ce qu'elle portait atteinte à l'autorité de la loi, à l'ordre public. Elle choque car elle opère le glissement d'une « matière aussi impérative que l'état des personnes dans le domaine de l'autonomie de la volonté »<sup>2</sup>. Si la Cour de cassation, dans l'affaire *de Bauffremont*, vise l'atteinte aux bonnes mœurs, c'est davantage l'esprit de rébellion d'une épouse à l'égard de son mari qui est stigmatisé plus que l'immoralité de la manœuvre prise en tant que telle. Il suffit pour s'en convaincre de relire les décisions rendues par les juges du fond dans cette affaire et les nombreuses notes écrites à son sujet. Ce fondement impératif est bien mis en lumière par FROLAND, selon lequel les fraudeurs « sont deux rebelles qui se révoltent contre la loi de leur domicile, qui dans son ressort fait la fonction souveraine, et qui doit seule commander à tous ceux qui vivent dans l'étendue de ses États ; qui veulent se soustraire à ses dispositions ; qui en adoptent d'étrangères, et s'y soumettent ; et qui n'ont pas sitôt signé leur désobéissance, qu'ils viennent se rejeter entre ses bras. Quel accueil peut-on faire à ces rebelles, en quelque lieu qu'on les juge ? »<sup>3</sup>.

72 — Le fondement impératif de la théorie de la fraude à la loi tient à la nature même de la fraude visée. La fraude est ici dirigée contre la loi ; l'effet de l'exception est de rétablir la compétence de la loi éludée, donc son caractère impératif que la manœuvre bafoue. « La notion de fraude à la loi contrôle, en somme, ici le passage de l'interne à l'international pour sauvegarder le caractère impératif du premier »<sup>4</sup>. Plus généralement, l'évolution du fondement de la théorie de la fraude à la loi est à l'image de celle du droit international privé. Bien que contesté par de nombreux auteurs, le spectre de la fraude était présent dans les esprits. La raison semble pouvoir en être trouvée dans la conception davantage publiciste que privatiste du droit international privé à la fin du 19<sup>e</sup> siècle et au début du 20<sup>e</sup>. La théorie de la fraude à la

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 381 et s.

<sup>2</sup> J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 491. Dans le même sens, P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 127.

<sup>3</sup> FROLAND, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, t. 1, *op. cit.*, p. 263.

<sup>4</sup> F. RIGAUX, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, éd. Sirey, 1958, n° 42.

loi exprime l'idée d'un « lien d'allégeance perpétuelle » entre le sujet de droit et le souverain<sup>1</sup>. L'article 3 al. 3 du Code civil a justement pour objet cette allégeance perpétuelle et « la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français même dans les régions les plus éloignées, elle le suit jusqu'aux extrémités du globe »<sup>2</sup>.

73 — Sans qu'elle soit expressément invoquée par les juges, l'arrêt *Busqueta* est assurément tourné vers l'idée d'une fraude que les juges annihilent par l'affirmation du principe selon lequel la loi nationale suit la personne où qu'elle se déplace<sup>3</sup>. Les juges relèvent en effet que « la pétition de Busqueta en 1809, pour être admis à établir son domicile en France, pétition dans laquelle il avait dissimulé ses qualités de moine et de diacre, n'a eu d'autre but que de faciliter le projet de mariage dont il était occupé, et qu'il n'a pas tardé à réaliser ». Cette formule annonce celle que la même juridiction utilisera à propos de l'affaire *Vidal*<sup>4</sup>. Et cette manœuvre de Busqueta apparaît assez flagrante car les circonstances montrent « qu'il n'a jamais abdicqué ni voulu abdicquer sa patrie, et qu'il a toujours conservé l'esprit de retour ». Les juges en déduisent alors que « Busqueta, perpétuellement enchaîné par les lois de son pays, est demeuré constamment inhabile à contracter mariage ». Si la fraude à la loi n'est pas ici le fondement de la solution, du moins en est-elle incontestablement l'inspiration.

74 — L'arrêt *Busqueta* confirme l'argument selon lequel, dans l'opposition entre le critère de la nationalité et du domicile, le premier limite la fraude lorsque le second la permet<sup>5</sup>. À une époque où la naturalisation ne dépendait que de la volonté du souverain, ce dernier pouvait exercer son contrôle en amont. Dès que la naturalisation releva de la volonté du sujet, seul un contrôle en aval fut possible, au moyen de la réserve de la fraude<sup>6</sup>. La loi perdait l'un de ses aspects impératifs en devenant indirectement à la disposition des sujets par le biais d'un rattachement territorial ou personnel modulable. Les divergences entre les systèmes, souvent fortes, incitent leur exploitation à un moment où les échanges internationaux se développent à la faveur des progrès techniques. En ce sens, le cloisonnement des systèmes auquel les États semblaient tenir ne pouvait être protégé que par l'arme de la réserve de la fraude à la loi. Elle permit de ramener dans le giron législatif du souverain les « rebelles »<sup>7</sup> qui voulurent s'en affranchir en commettant, comme « on eût dit autrefois : un acte de lèse-majesté »<sup>8</sup>.

75 — Le fondement impératif expliquait le lien entre les exceptions de fraude à la loi et d'ordre public international<sup>9</sup>. L'amalgame semblait justifié par la concordance des effets :

<sup>1</sup> M. TRAVERS, « La théorie de la fraude à la loi nationale en matière de mariage », *Rev. crit. DIP* 1910, p. 24 et s., p. 362 et s., spéc. p. 31 ; F. LAURENT, *Droit civil international*, éd. Bruylant, 1880, t. I, n° 4, p. 18 et t. II, n° 295 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 285.

<sup>2</sup> PORTALIS, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P. A. FENET, Paris, 1830, t. 6, p. 356. Adde É. PATAUT, « L'article 3 al. 3 : approche historique du rattachement à la nationalité », in *Le titre préliminaire du Code civil*, sous la dir. de G. FAURE, G. KOUBI, éd. Economica, 2003, p. 173 et s., spéc. p. 179.

<sup>3</sup> Paris, 13 juin 1814, *S.* 1814, 2, 393 ; *GADIP* n° 1.

<sup>4</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>5</sup> Not. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 156 et s.

<sup>6</sup> P. FIORE, « Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi », *op. cit.*, p. 753.

<sup>7</sup> FROLAND, *op. cit.*, loc. cit. Adde A. WEISS, « Le Code civil et le conflit de lois », in *Le Code civil. Livre du centenaire*, vol. I, 1904, p. 249 et s., spéc. p. 250, cf. *supra* n° 4.

<sup>8</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1952, n° 351.

<sup>9</sup> Not. É. BARTIN, *Études de droit international privé*, 1899, pp. 192, 237 et 282 ; *Principes de droit international privé*, t. I, éd. Domat Montchrestien, 1930, § 99 ; J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 195 et s. ; J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, p. 503.

l'éviction de la loi déclarée compétente. Cependant, si la jurisprudence de l'époque utilisait systématiquement l'argument de l'ordre public, c'était essentiellement pour faire ressortir le caractère impératif de la loi éludée. Le rapprochement des deux exceptions procède alors plus d'une confusion entre ordre public interne et international<sup>1</sup> que d'une convergence de leurs effets. Toujours est-il que ce rapprochement fut rapidement contesté, parfois par ceux-là mêmes qui l'avaient prôné<sup>2</sup>. Ce fondement impératif explique également le refus de sanctionner la fraude à la loi étrangère, le juge français n'ayant à faire respecter que l'autorité de sa propre loi<sup>3</sup>, l'État n'étant jamais troublé par la fraude à la loi d'un autre État, lequel a seul intérêt à la sanction d'une telle fraude<sup>4</sup>. Le refus de sanctionner la fraude à la loi étrangère s'apparente alors à « une manifestation nouvelle du particularisme national »<sup>5</sup>. En ce sens, il participa directement au respect du caractère impératif de la loi française et des droits que celle-ci accorde à ses sujets<sup>6</sup>. Vu comme un conflit de souverainetés, le droit international privé était plus un outil de protection d'un ordre juridique qu'un moyen de collaboration entre les systèmes. La nature et les effets de la théorie de la fraude à la loi, dont la sanction ne serait qu'un « réflexe de défense nationale »<sup>7</sup>, opinent en ce sens. Dès lors, « l'admission de l'exception de la fraude consiste précisément dans le refus d'admettre l'application d'une loi qui n'est pas celle du souverain »<sup>8</sup>. Une décision luxembourgeoise illustre ce réflexe alors même que le droit international privé luxembourgeois sanctionne la fraude à la loi étrangère<sup>9</sup>.

## 2. Le fondement moral

76 — Le droit international privé se détacha néanmoins de ce caractère souverainiste pour devenir davantage privatiste, vu comme un conflit de systèmes et non plus de souverainetés. Dans le même temps les divergences matérielles entre les systèmes s'estompent et les interdits d'alors deviennent parfois permissions. Le fait de se placer sous une législation étrangère n'est plus vu par les tribunaux de manière suspicieuse. De façon générale, « le sujet de droit est libre de se placer par un acte régulier dans telle ou telle situation légale. Il n'a pas à rendre compte des motifs qui lui font préférer une situation ou un acte déterminé »<sup>10</sup>. Cependant, l'exercice d'un droit subjectif, supposé régulier à l'égard du droit objectif, est conditionné par les principes généraux du droit. Il appartient alors au juge de stigmatiser les comportements qui vont à l'encontre du jeu orthodoxe des règles de droit et ainsi tempérer « l'absolutisme et l'excès d'individualisme révélés dans l'exercice des droits subjectifs »<sup>11</sup>. Si

<sup>1</sup> V. ainsi F. LAURENT, *op. cit.*, t. II, n<sup>os</sup> 295 et 299.

<sup>2</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. III, n<sup>o</sup> 1079 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, *op. cit.*, p. 164 et s. ; A. LIGERPOULO et L. AULAGNON, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 66 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 286 et s. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1949, n<sup>o</sup> 174 ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 270 et s. ; P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *op. cit.*, p. 8. Cf. *infra* n<sup>o</sup> 224 et s.

<sup>3</sup> J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, éd. LGDJ, 1959, n<sup>o</sup> 142.

<sup>4</sup> J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 506.

<sup>5</sup> J. MAURY, « Sur quelques questions de droit international privé », Publications de l'Institut turc de droit international, n<sup>o</sup> 5, 1948, p. 7 et s., spéc. p. 51.

<sup>6</sup> V. ainsi, T. civ. de Dieppe, 27 mai 1881, infirmé par Rouen, 6 avril 1888, cassé, mais pour un tout autre motif, par Civ., 25 mars 1889, S. 1890, 1, 145, concl. DESJARDINS, note LABBE.

<sup>7</sup> P. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, éd. Dalloz, 1961, n<sup>o</sup> 173.

<sup>8</sup> J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, *op. cit.*, p. 198.

<sup>9</sup> T. ardt. Luxembourg, 12 juillet 1989, cité par A. WEITZEL, G. RAVARANI et L. WEITZEL, J.-Cl. comp., v<sup>o</sup> « Luxembourg », 2001, n<sup>o</sup> 10.

<sup>10</sup> G. RIPERT, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 173.

<sup>11</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 58.

la limite ne peut plus directement se trouver dans l'autorité de la loi, toute relative en droit international privé<sup>1</sup>, et à défaut de victime clairement identifiable, l'interprète n'a plus d'autre moyen que de scruter l'intention de l'agent. Une telle démarche s'oppose à la fraude à la loi telle qu'elle était entendue au début du siècle. Elle s'impose aujourd'hui à l'esprit dans une optique de respect du principe général de liberté individuelle qui nécessite une restriction conséquente des limites objectives traditionnellement opposées à son exercice. Le fondement de la théorie de la fraude à la loi devient alors davantage éthique ou moral que véritablement impératif : elle sanctionne la mauvaise foi du sujet plus que l'atteinte à l'autorité de la loi éludée ; l'accent est mis sur l'élément intentionnel, présenté comme le critère déterminant après qu'ait été affirmée la liberté de s'affranchir des lois d'un État pour se soumettre à une autre loi plus favorable. Vue sous cet angle, la « fraude à la loi est un élément de démoralisation sociale »<sup>2</sup>. La limite de la fraude à la loi apparaît ainsi comme « la consécration, la mise au point, par le droit, de l'existence d'une moralité élémentaire dans le comportement des hommes »<sup>3</sup>. D'inspiration davantage universelle que territorialiste, le fondement moral justifie la sanction de la fraude à la loi étrangère, car de quelque nationalité que puisse être la loi éludée, le juge ne peut demeurer insensible en face d'un comportement similaire d'un point de vue matériel et intentionnel. L'aspect moral de la théorie fut ainsi porté à son paroxysme par RIPERT pour qui la maxime *fraus omnia corrumpit* « traduit une règle morale qui vient entraver l'application normale des règles juridiques »<sup>4</sup>. L'aspect amoral de la fraude est bien mis en évidence aujourd'hui par M. ROMAIN pour qui la fraude n'est que la prolongation d'un comportement effectué de mauvaise foi : c'est une faute intentionnelle<sup>5</sup>. Ce fondement justifia que la fraude à la loi soit parfois rattachée à la théorie de l'abus de droit<sup>6</sup>.

77 — En définitive, le fondement de la théorie de la fraude à la loi apparaît double. En tant que concept juridique autonome, il a pour fonction de garantir l'impérativité de la règle de droit. La réserve de la fraude à la loi a pour effet principal de rétablir la prépotence de la loi éludée, de faire respecter son autorité et celle de la règle de conflit. Mais l'autorité d'une loi n'étant que relative, l'interprète doit nécessairement scruter la moralité de l'acte afin de déterminer si les conditions d'éviction de la loi normalement compétente sont réunies. Ce double fondement s'exprime dans un arrêt dans lequel les juges estiment que « la fraude à la loi commise par les parties atteint l'ordre public international parce qu'elle constitue une violation manifeste et délibérée de la moralité juridique internationale ; qu'elle atteint également un principe (...) selon lequel nul ne peut compromettre sur une question d'état et singulièrement sur la dissolution du lien matrimonial »<sup>7</sup>. Un auteur a ainsi pu mêler les deux fondements en écrivant que la fraude à la loi « suppose l'utilisation d'un procédé juridique, en soi licite, sans simulation, en vue d'arriver à un résultat prohibé par une loi d'ordre public ou impérative ou même par une convention, et cela à la faveur d'un procédé qualifié d'astucieux, de déloyal, ou encore d'immoral »<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> J. PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 25.

<sup>2</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1947, n° 249.

<sup>3</sup> P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *op. cit.*, p. 9.

<sup>4</sup> G. RIPERT, *op. cit.*, n° 168, p. 316, et n° 173, p. 328.

<sup>5</sup> J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 325 et s.

<sup>6</sup> J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, *op. cit.*, p. 165. Adde F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, *op. cit.*, n° 346.

<sup>7</sup> Paris, 18 juin 1964, préc.

<sup>8</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », note sous Cass. civ. belge, 10 septembre 1971, *RCJB* 1976, p. 303 et s., spéc. n° 18, p. 338. Sur les liens entre la réserve de la fraude à la loi, les lois de police et l'exception d'ordre public international, cf. *infra* n° 209 et s.

## SECTION 2

## LA CRITIQUE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

78 — Principe général du droit aux contours fuyants et donc souvent mal appliqué, la théorie de la fraude à la loi a subi les critiques répétées de la doctrine (§ 1), notamment et essentiellement par M. le Pr. AUDIT (§ 2).

## § 1 – LES OBJECTIONS DOCTRINALES A LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

79 — Depuis sa consécration, le recours à la notion de fraude à la loi est relativement fréquent au regard de sa nature exceptionnelle<sup>1</sup> et du fait que de nombreux auteurs virent dans la loi Naquet son avis de décès<sup>2</sup>. Son évolution ultérieure montre cependant qu'un consensus n'a jamais pu vraiment s'établir. Elle a été très tôt et est toujours aujourd'hui contestée par de nombreux auteurs. Ces oppositions étant bien connues, il ne sera ici question de les traiter de manière approfondie<sup>3</sup>. Deux tendances peuvent être relevées. Certains auteurs ont purement et simplement rejeté en bloc la théorie de la fraude à la loi dans les domaines où justement elle trouva à s'appliquer et plus généralement dans la théorie générale du droit (A). Sans lui refuser toute utilité, d'autres ont tenté d'en restreindre le plus possible l'emprise en la cantonnant à des domaines bien spécifiques ou en en critiquant le mécanisme (B).

## A. LE REJET DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

80 — Une partie de la doctrine a montré que la théorie de la fraude à la loi, autant en droit interne qu'en droit international privé, n'avait pas sa place dans la théorie générale du droit (1). Toutefois, aucun des arguments avancés n'apparaît vraiment convaincant et la réserve de la fraude à la loi, comme les autres mécanismes correcteurs du droit, est inhérente à la théorie générale du droit international privé dont elle assure le respect de la finalité (2).

## 1. L'inanité de la théorie de la fraude à la loi

81 — La fraude à la loi s'étant essentiellement développée en matière de célébration et de dissolution du mariage, c'est avant tout sur ces applications que les critiques se sont dirigées. Ainsi, en ce qui concerne les fraudes à la célébration du mariage, consistant pour de jeunes prodiges à se marier à l'étranger pour échapper aux oppositions familiales, la jurisprudence a rapidement invoqué la fraude à la loi pour prononcer la nullité du mariage<sup>4</sup>. Envisageant quatre de ces mariages, TRAVERS défend l'idée que les textes de lois seuls sont en

<sup>1</sup> V. not. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 203 et s. ; A. LIGERPOULO, *op. cit.*, p. 153 et s. ; J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 7 et s. ; J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, *op. cit.* ; Z. DINSTEIN, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, *op. cit.* ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 251 et s. ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 281 et s. *Adde* A. LIGERPOULO et L. AULAGNON, *op. cit.*, n° 74 et s. ; Ph. FRANCESCakis, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 54 et s. ; H. BATIFFOL, *J.-Cl. inter.*, fasc. 535 ; B. AUDIT, *J.-Cl. inter.*, fasc. 535, 1995, n° 21 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 22 et s.

<sup>2</sup> Not. A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd. Sirey, 1914, p. 141.

<sup>3</sup> V. not. A. LIGERPOULO et L. AULAGNON, *op. cit.*, n° 13 et s.

<sup>4</sup> Not. Civ., 9 novembre 1846, *S.* 1847, 1, 66.

mesure d'annuler un mariage sans s'attacher aux intentions<sup>1</sup>. En ce qui concerne les mariages célébrés à l'étranger, soit le texte de la loi permet d'annuler le mariage lorsque ses conditions sont violées, lorsque l'empêchement était dirimant. Soit il ne le permet pas, l'empêchement étant simplement prohibitif, alors le juge ne peut recourir à cette théorie « extra-légale »<sup>2</sup> pour sanctionner un acte licite. Il s'agit ici d'une lecture exégétique de la loi qui induit que la théorie de la fraude à la loi, sans fondement législatif, si ce n'est dans quelques dispositions éparses démontrant son rejet là où elle n'a pas été prévue, doit être abandonnée par les juges, appelés « à serrer les textes le plus près »<sup>3</sup> afin d'y trouver sans addition la solution qui s'impose.

**82** — Dans un sens identique, « la théorie de la naturalisation frauduleuse est en elle-même, abstraction faite des textes, tout à fait inadmissible »<sup>4</sup>, dans la mesure où elle correspond à l'exercice d'une liberté individuelle et qu'elle constitue un acte suffisamment grave pour ne jamais être fantaisiste. La jurisprudence française comme étrangère s'est ainsi plusieurs fois refusée à voir dans une naturalisation française et étrangère une fraude à la loi. Ainsi dans l'affaire *Mihaesco*, il a été jugé que la demanderesse « n'avait fait qu'user d'un droit que lui accordait la loi dans la déclaration qu'elle avait valablement faite et qui avait pour effet de conférer irrévocablement la nationalité française à la mineure »<sup>5</sup>. De manière plus explicite, à propos des divorces de Fiume, il a été jugé que « Peu importe qu'une naturalisation ait été obtenue dans un pays étranger en fraude à la loi italienne, du moment que toutes les conditions légales ont été remplies »<sup>6</sup>. Il en découlerait le postulat selon lequel « on ne saurait considérer comme frauduleux l'exercice d'un droit conféré par la loi française »<sup>7</sup>. Or, la modification d'un élément de rattachement, préalable nécessaire à toute fraude à la loi selon la définition classique, résulte toujours de l'exercice d'un droit, que ce soit pour un changement de nationalité ou de domicile, de célébration d'un mariage à l'étranger ou de conclusion d'un acte juridique. Le juge peut seulement vérifier que les conditions de la loi ont été respectées, sans pouvoir autrement remettre en cause une nouvelle situation réelle et licite.

**83** — Ces critiques sont anciennes et bien connues. Elles sont relayées encore aujourd'hui par de nombreux auteurs, notamment belges<sup>8</sup> et britanniques. En droit interne, M. le Pr. VAN OMMESLAGHE considère qu'il est « inutile de recourir au concept singulièrement vague de fraude à la loi »<sup>9</sup>. Dans la mesure où la mise en œuvre de ces deux concepts supposent l'usage d'un droit de manière objectivement licite mais qui devient illicite en raison des mobiles qui l'ont commandé, la théorie de l'abus de droit peut ainsi être utilisée chaque fois que la fraude a été réalisée dans le but de nuire à un tiers. Dans d'autres hypothèses de fraude à la loi, l'exigence d'une situation réelle permet d'exclure du champ de la fraude tous les cas de simulation. Finalement, seule une frange marginale des comportements sanctionnés par le jeu du principe *fraus omnia corrumpit* en relève effectivement. Cependant, ni la doctrine, ni la jurisprudence n'ont pu s'entendre sur le sens à donner à cette théorie, notamment afin de

<sup>1</sup> M. TRAVERS, « La théorie de la fraude à la loi nationale en matière de mariage », *Rev. crit. DIP* 1910, p. 24 et s., p. 362 et s. *Adde* J. PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1926, p. 19, spéc. p. 22.

<sup>2</sup> M. TRAVERS, *op. cit.*, n° 24.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 33.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 9.

<sup>5</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, préc.

<sup>6</sup> Turin, 16 juin 1919, *JDI* 1920, p. 271.

<sup>7</sup> É. AUDINET, note sous T. civ. de Toulouse, 3 décembre 1917 et Toulouse, 15 juillet 1918, *S.* 1920, 2, p. 66.

<sup>8</sup> V. not. les réf. citées par J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 226.1, note 577.

<sup>9</sup> « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », note sous Cass. civ. belge, 10 septembre 1971, *RCJB* 1976, p. 303 et s., spéc. n° 17 et s.

distinguer la fraude à la loi de la simple habileté. Cette indétermination conduit au rejet pur et simple de la théorie, source d'arbitraire faute de précisions<sup>1</sup>. En droit international privé, la contestation est relayée par M. le Pr. VANDER ELST pour qui c'est « la simulation de l'élément d'extranéité que doit sanctionner la théorie de la fraude à la loi, non le mobile de se soustraire à une loi »<sup>2</sup>. La confusion et la limitation ainsi opérée conduisent à la négation même de l'autonomie du concept de fraude à la loi, donc de son existence.

**84 —** Vilipendée sur le vieux continent, c'est très certainement dans les systèmes de *Common Law* que la théorie de la fraude à la loi est la plus contestée. Historiquement, les droits anglais et américain ne connaissaient pas de manière générale cette théorie<sup>3</sup>. L'évolution permit néanmoins de déceler certaines applications, notamment en matière de mariage et de divorce<sup>4</sup>, ou dans l'exercice de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle<sup>5</sup>. Certains auteurs anglais, tout en reconnaissant l'existence de cette théorie, considèrent qu'il convient de l'abandonner pour d'autres principes<sup>6</sup>. Il est proposé de recourir aux « *Mandatory Rules* », à des limites objectives fondées sur des principes considérés comme fondamentaux et impératifs par l'État dont la loi n'a pas été appliquée et qui doit apprécier la situation qui aurait pu lui être soumise. Cette proposition est connue dans le domaine de l'autonomie de la volonté qui, considérée comme un puissant vecteur de fraude, a toujours été admise sous la réserve des lois impératives, réserve justement prévue par crainte d'une utilisation malicieuse de la loi d'autonomie<sup>7</sup>. À envisager la fraude à la loi comme un exercice abusif de la volonté individuelle – volonté de changer de nationalité ou de domicile – la limite des lois impératives était en effet toute trouvée. Elle présente néanmoins l'inconvénient de remettre en cause la raison même de la règle de conflit alors que la théorie de la fraude à la loi apparaît davantage comme une mesure de protection de la règle de conflit, plus largement de sa finalité même.

## **2. Réfutation de cette inanité : la théorie de la fraude à la loi garante de la finalité du droit international privé**

**85 —** Principe général du droit, la « théorie de la fraude a pour mission d'assurer l'efficacité des règles juridiques ; sa sanction se justifie par la nécessité de maintenir le caractère obligatoire de certaines règles juridiques qui sans cela risqueraient d'être trop souvent rendues inefficaces si les sujets de droit pouvaient facilement en éluder l'application. En participant au maintien du caractère impératif de la règle de droit, la théorie de la fraude se

<sup>1</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, n° 23. La critique de l'auteur est dirigée sur la fraude à la loi en droit interne. À l'inverse, il écrit qu'une « opinion commune satisfaisante s'est formée à propos de la fraude en droit international privé » (n° 23), qu'il ne confond pas avec la fraude à la loi de droit interne (n° 18, note 150).

<sup>2</sup> R. VANDER ELST, « La fraude à la loi en droit international privé », in Mél. J. BAUGNIET, Bruxelles, 1976, p. 789 et s., spéc. p. 800. *Adde* du même auteur Rép. prat. dr. belge, complément, t. II, 1966, v° « Conflit de lois », spéc. n° 213 et s. ; « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », note sous Cass. civ. belge, 28 juin 1979, *RCJB* 1981, p. 332 et s., spéc. n° 14 ; *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. 1, *Conflits de lois*, éd. Bruylant, 1983, n° 85 et s.

<sup>3</sup> J. FOSTER, *La théorie anglaise du droit international privé*, *RCADI* 1938-III, t. 65, p. 399 et s., n° 61 ; H. G. GRAVESON, « The doctrine of Evasion of the Law in England and America », *J. Comp. L.* 1937, p. 21 et s.

<sup>4</sup> Z. DINSTEIN, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, *op. cit.* V. cep. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 395 et s.

<sup>5</sup> L'arrêt du Conseil privé du Roi d'Angleterre *Vita Foods Products v. Unus Shipping Co.* du 30 janvier 1939, *Rev. dr. inter. pr.* 1942, p. 420, note MEZGER ; et l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis *Lauritzen v. Larsen* du 25 mai 1953, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 166, note BONASSIES.

<sup>6</sup> J. J. FAWCETT, « Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law », *C.L.J.* 1990, p. 44 et s.

<sup>7</sup> Cf. *infra* n° 212.

révèle indispensable au maintien de l'ordre établi »<sup>1</sup>. Autrement dit, « la fraude confère à la règle éludée une énergie supérieure à celle qu'elle possède normalement, accroissant son autorité d'un degré »<sup>2</sup>. La théorie de la fraude est à la règle de droit ce que le divorce pour faute est au mariage : elle est nécessaire en ce qu'elle assure la cohérence d'un système qui ne peut prévoir certaines obligations sans créer des garde-fous. Elle montre que la « tutelle du droit objectif sur les droits subjectifs n'est pas inconditionnelle »<sup>3</sup>. Ainsi dans une affaire où la fraude à la loi était patente, celle-ci est mise au premier plan et les autres conditions qui auraient permis la même solution sont relevées « en outre »<sup>4</sup>.

**86 —** Ne pas relever la fraude à la loi dans cette espèce c'est implicitement admettre qu'une telle manœuvre peut être valable si les conditions objectives sont respectées, si la cause de son échec avait pu, en d'autres circonstances, être évitée. Face à une intention malicieuse, il ne suffit pas en effet de dire que telle manœuvre viole directement la loi, heurte l'ordre public ou ne respecte pas les droits de la défense ; il faut encore la réprouver ouvertement et indépendamment de la question de savoir si cette manœuvre respecte ou non d'autres conditions. Elle incite également les intéressés à tirer les leçons du passé en améliorant leurs techniques. En abandonnant le concept de fraude à la loi, le droit dévoilerait ses faiblesses et ses failles que justement le sujet cherche à exploiter. Prévoir la réserve de la fraude à la loi c'est indiquer que le droit ne peut et ne se laisse contourner. Ainsi, au sujet des divorces migratoires, M. le Pr. MALAURIE écrit que le tribunal relève la fraude « pour enfermer les époux dans un cercle vicieux »<sup>5</sup> et leur fermer la porte à toute justification. Le but est que « l'éventualité seule de l'exception peut jouer un rôle qui n'est pas négligeable, d'ordre préventif, en détournant les intéressés de la voie de certaines fraudes »<sup>6</sup>. L'adage *fraus omnia corrumpit* est inhérent à la notion même d'ordre juridique : il « formule ainsi l'une des règles fondamentales qui constituent l'ossature de notre droit »<sup>7</sup>. En ce sens, la notion de fraude est sous-jacente à la permanence et à la stabilité des situations juridiques ou des critères de rattachement<sup>8</sup>. Toutefois, l'excès inverse – l'accumulation de motifs de refus – n'est pas automatiquement de nature à renforcer l'autorité d'une décision<sup>9</sup>, essentiellement lorsque les notions utilisées sont galvaudées. Si l'utilisation de motifs surabondants, tels que la fraude à la loi, permet d'atteindre un objectif de prénotation des comportements malicieux, l'autorité de contrôle doit les invoquer de façon parcimonieuse, lorsque les conditions en sont réunies.

**87 —** La théorie de la fraude à la loi assure également le respect de la finalité du droit international privé. Défini comme « l'ensemble des règles applicables aux individus dans

<sup>1</sup> J.-G. CASTEL, « Principes généraux de droit international privé québécois », *op. cit.*, p. 302 ; *Droit international privé québécois*, *op. cit.*, p. 110. *Adde* du même auteur « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.*, 1964, p. 25 et s. Dans le même sens, J. VIDAL, *op. cit.*, p. 213 ; F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Larcier, 1987, n° 544.

<sup>2</sup> Ph. MALAURIE, note sous Paris, 2 décembre 1966 et TGI de Troyes, 9 novembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530 et s., spéc. p. 536.

<sup>3</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, n° 58.

<sup>4</sup> Paris, 10 août 1972, *D.* 1972, p. 296, concl. CABANNES ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 295.

<sup>5</sup> Note sous TGI de la Seine, 14 mai 1962 et Paris, 6 juin 1982, *de Gunzburg*, préc., p. 656.

<sup>6</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, *op. cit.*, t. III, n° 1086.

<sup>7</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 386, qui cite à l'appui de cette opinion L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3<sup>e</sup> éd., t. I, n° 99 qui parle de « super-légalité ».

<sup>8</sup> V. ainsi H. BATIFFOL, *Les contrats en droit international privé comparé*, éd. Mc Gill University, 1981, p. 94.

<sup>9</sup> J.-M. BISCHOFF, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300 et s., spéc. p. 305.

les relations internationales »<sup>1</sup>, le droit international privé trouve son idée centrale dans l'harmonie internationale des solutions. Il n'a pas pour finalité la transformation d'une situation interne en une situation internationale, il intervient seulement pour en régler les conséquences et faire en sorte que la solution adoptée dans un pays soit reconnue par l'ordre juridique des pays auprès desquels la situation se rattache également. Autrement dit, le « but à atteindre est l'uniformité de réglementation des situations d'un pays à l'autre en dépit de cette diversité »<sup>2</sup> des droits internes. Cette harmonie dépend essentiellement « de la proximité, de l'effectivité du rattachement qui commande la désignation de la loi applicable »<sup>3</sup> et qui détermine la compétence d'un juge particulier. Toutes les règles du droit international privé se définissent par cette proximité et la recherchent. Elles tendent à la réalisation de l'idée centrale dont la promotion est assurée par la finalité des différents mécanismes de cette matière.

**88** — La réserve de la fraude peut ainsi s'analyser comme une expression du principe de proximité. Dans la mesure où l'existence d'une fraude à la loi est appréciée selon l'effectivité du critère de localisation, plus exactement du changement de ce critère peu de temps avant la réclamation du nouvel état qui en découle, « la mise en œuvre de la théorie de la fraude à la loi pourrait n'être que l'expression d'un postulat selon lequel un facteur de localisation n'est susceptible d'être pris en compte pour les besoins de la détermination du droit applicable, que s'il correspond à une effectivité suffisante »<sup>4</sup>. Puisque les parties sont libres de modifier les circonstances de fait qui les lient à un système juridique et que le changement doit être licite pour être efficace, seule l'ineffectivité subjective de la nouvelle localisation permet de caractériser l'intention frauduleuse, et donc de dénier tout effet à la modification invoquée. Dès lors, la théorie de la fraude à la loi ne peut être rejetée même si elle est souvent concurrencée par les principes correcteurs objectifs du droit international privé<sup>5</sup>. En revanche, elle peut plus légitimement être limitée dans son domaine d'intervention.

## B. LA LIMITATION DU DOMAINE DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

**89** — Une seconde catégorie d'auteurs, tout en reprenant la contestation classique, n'en déduit pas l'inopportunité générale de la théorie. Ainsi, ARMINJON considère qu'il n'est pas possible d'arguer « de fraude les changements de domicile ou les naturalisations effectuées en vue d'obtenir un résultat interdit par la loi de la nationalité ou du domicile antérieur »<sup>6</sup>. S'agissant du domicile, il est réel ou fictif et c'est seulement dans cette seconde hypothèse qu'il est possible de lui refuser tout effet. La notion de fraude à la loi n'en est pas pour autant absente de la théorie générale du droit international privé. Mais elle ne pourra intervenir qu'en des domaines très restreints<sup>7</sup> : pour corriger le jeu de la maxime *locus regit actum* et en matière contractuelle, lorsque la règle de conflit désigne la loi du lieu d'exécution du contrat.

<sup>1</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 1.

<sup>2</sup> B. AUDIT, n° 1.

<sup>3</sup> P. GANNAGE, « Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain », in M. A. CHAVANNE, éd. Litec, 1990, p. 3.

<sup>4</sup> M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 183.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 209 et s. pour les lois de police et l'exception d'ordre public international ; n° 239 et s. pour le conflit mobile ; n° 270 et s. pour la clause d'exception.

<sup>6</sup> P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 135. *Adde* du même auteur, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409 et s., 1921, p. 62 et s., p. 419 et s.

<sup>7</sup> P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 138.

90 — Une autre raison souvent avancée est la difficulté de la preuve de l'intention frauduleuse. Là sont apparues les critiques car les juges n'aiment sonder les âmes ni les consciences. Après avoir agité la doctrine dans la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle, le caractère subjectif de la notion de fraude à la loi n'est aujourd'hui plus contestable<sup>1</sup>. Si la difficulté existe, la critique peut être rejetée car si l'intention frauduleuse ne peut se prouver directement, elle s'extériorise par les éléments objectifs qui entourent la réalisation de la fraude à la loi. La difficulté réside en fait dans la démonstration de l'exclusivité de cette intention souvent « multiforme »<sup>2</sup>. Cette démonstration n'est pas insurmontable si les outils sont redéfinis<sup>3</sup>, mais le doute doit en tout état de cause aller dans le sens de la sincérité de la situation<sup>4</sup>.

91 — La difficulté du recours à la notion de fraude à la loi apparaît alors : elle est souvent introuvable et suppose des « contorsions intellectuelles »<sup>5</sup> pour faire rentrer tel comportement dans une catégorie de fraude prédéfinie. C'est le cas par exemple de la notion de fraude au jugement, pendant un temps utilisée pour sanctionner les répudiations étrangères<sup>6</sup>, mais vue comme une « impasse »<sup>7</sup> ou une « voie étroite »<sup>8</sup>, « insaisissable »<sup>9</sup> puisque son critère « introuvable »<sup>10</sup> et finalement contraire à la hiérarchie des normes en droit international privé<sup>11</sup>. Les raisons de cette impasse tiennent essentiellement au fait que l'argument de la fraude contredit directement, à l'appui d'indices incommodes et souvent équivoques, une possibilité de choix directement offerte par un texte. Mais si l'exercice à dessein d'une telle option ne peut être intrinsèquement illicite, il n'est pas inconditionnel et appelle un correctif éventuel, notamment celui de la réserve de l'abus de droit.

92 — Si ces critiques sont connues, il n'était pas inutile de les rappeler dans la mesure où elles préfigurent effectivement le domaine qui doit être réservé à la théorie de la fraude à la loi. Néanmoins, au-delà de leur pertinence propre, ces critiques souffrent de quelques écueils qu'il convient de relever rapidement ici. D'une part, la critique selon laquelle la théorie de la fraude à la loi n'aurait droit de cité dans la théorie générale du droit est une erreur. Elle se double d'une autre erreur qui est de déduire une inutilité générale à l'appui de quelques applications prétendument contestables. Plus globalement, l'écueil de ces critiques provient d'une confusion entre des théories proches mais fondamentalement distinctes. Si la simulation ne peut être confondue avec la fraude à la loi, l'absence de simulation n'est pas exclusive de toute fraude à la loi. C'est pourtant sur ce postulat que se basent les auteurs lorsqu'ils affirment, au sujet du changement de domicile notamment, qu'un domicile est réel ou fictif et que seule cette fictivité permet de lui refuser tout effet. Si la sanction par le jeu de

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 511 et s.

<sup>2</sup> P. COURBE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593 et s., spéc. p. 600.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 519 et s.

<sup>4</sup> V. par ex. en matière de mariage de complaisance : Versailles, 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, 21759, note LAROCHE-GISSEROT ; *D.* 1991, p. 268 note HAUSER.

<sup>5</sup> B. AUDIT, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263 et s., spéc. p. 265.

<sup>6</sup> Cf. *infra* n° 149 et s.

<sup>7</sup> P. COURBE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 1990, préc., p. 601.

<sup>8</sup> J. MASSIP, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *D.* 1988, p. 486 et s., spéc. p. 487 ; B. AUDIT, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, *D.* 1994, somm., p. 353.

<sup>9</sup> M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, thèse Grenoble II, dact., 2000, n° 601 et s.

<sup>10</sup> H. MUIR WATT, note sous Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732 et s., spéc. p. 742.

<sup>11</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, éd. LGDJ, 2001, n° 294 et s. Sur cette question, cf. *infra* n° 809 et s.

l'exception de fraude d'un domicile matériellement et intentionnellement réel peut sembler rigoureuse, il convient d'admettre que la théorie de la fraude à la loi, lorsque le critère de rattachement est le domicile, trouve dans ce cas sa seule utilité<sup>1</sup>.

## § 2 – LA CRITIQUE PAR M. LE PR. AUDIT DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

93 — Cet auteur, dans sa thèse sur la fraude à la loi, a relevé l'inutilité de l'exception de fraude en droit international privé par une sorte de travail de sape à rebours consistant à reconnaître une utilité à la théorie pour mieux la lui dénier plus tard<sup>2</sup>. Cette critique vise autant la fraude à la loi française (A) que la fraude à la loi étrangère (B).

### A. LA FRAUDE A LA LOI FRANÇAISE

94 — L'utilité de la réserve de la fraude à la loi française doit être recherchée dans la nature de la règle de conflit. En effet, le « lien entre la méthode de solution des conflits de lois et le rôle de la fraude dans la sanction d'une violation internationale de la loi est ainsi apparu : dans une méthode bilatéraliste, la fraude est le fondement de la décision ; dans une méthode où la règle de conflit est unilatérale, la fraude n'est plus qu'un élément de fait au soutien de la décision »<sup>3</sup>. Dans un système bilatéraliste, la fraude est en effet possible dès lors que le rattachement prend en considération une déclaration de volonté des parties : nationalité, domicile, lieu de formation d'un acte juridique. De célèbres affaires comme celles de *Bauffremont*, de *Ramondenc* ou *Vidal* l'illustrent : il suffit aux époux ou à l'un d'eux d'acquiescer à une nouvelle nationalité et de perdre sa nationalité d'origine afin de provoquer l'application d'une loi autre que celle qui aurait normalement été désignée par la règle de conflit compétente, fût-ce par le juge de son ancienne nationalité. Dans ce cas, l'exception de fraude à la loi constitue seule le fondement de la décision car « le sujet se trouvera hors d'atteinte de la loi qui le gêne et cela de par la volonté même de cette loi »<sup>4</sup> : la situation créée est licite et permise par la loi que le sujet veut évincer. C'est la loi éludée elle-même qui permet la réalisation de la fraude qui l'évince, car c'est la règle de conflit qui opte pour un rattachement soumis à la volonté des sujets. La loi éludée se trouve donc démunie pour réagir à cette violation indirecte, si ce n'est par le mécanisme de l'exception de fraude à la loi.

95 — L'utilité théorique et pratique de la théorie de la fraude à la loi est alors évidente en présence d'une règle de conflit bilatérale. Cependant, plusieurs facteurs rendent sa mise en œuvre délicate. La preuve de l'intention frauduleuse est difficile à rapporter. Toutefois, l'intention se révélera par le comportement objectif de l'intéressé, notamment la revendication des droits acquis dans le ressort de la loi évincée. Certes, mais ce comportement se révèle avec le temps, à un moment où il ne sera peut-être plus opportun de sanctionner la fraude. Dès lors, la preuve de l'intention frauduleuse ne pourra véritablement être rapportée qu'en cas de revendication des droits acquis par la manœuvre rapidement après sa mise en œuvre. L'argument de la preuve n'est toutefois pas décisif pour M. le Pr. AUDIT, d'autant que sa

<sup>1</sup> À propos de la fraude à la loi par changement de domicile, cf. *infra* n° 254 et s.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 180 et s.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 197.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 158.

difficulté permet de préserver le caractère exceptionnel de l'exception de fraude<sup>1</sup>. L'inutilité de celle-ci apparaît en réalité dans ses conséquences. En rétablissant la réalité originelle, le « recours à l'exception de fraude à la loi s'analyse donc par ses effets en un retour au procédé originaire de solution des conflits de lois »<sup>2</sup>. Si l'affirmation est logique dans la mesure où l'exception de fraude est un mécanisme d'éviction de la loi déclarée compétente, qui a pour effet de rétablir la compétence de la loi éludée, elle n'est pas anodine sous la plume de cet auteur qui annonce ici, discrètement, la suite de son raisonnement.

96 — L'auteur déconstruit la réserve de la fraude à la loi graduellement. Ainsi, si cette dernière est le fondement de la décision face à une règle de conflit bilatérale, elle est difficile à prouver. Surtout son domaine est extrêmement restreint puisqu'il est constitué, « parmi les matières où la règle de conflit prend en considération une déclaration de volonté, [de] celles où ce rattachement est en outre difficile à manier »<sup>3</sup>, c'est-à-dire essentiellement la nationalité, dont le changement par naturalisation est un acte assez grave pour penser qu'il ne sera que rarement utilisé. À l'inverse, lorsque le rattachement est facile à manipuler, si la fraude peut se concevoir, l'exception qu'elle soulève ne sera plus invoquée car il suffira de relever « l'existence d'un rattachement prépondérant avec la loi évincée »<sup>4</sup>. En ce sens, il s'agit d'une application unilatérale de la règle de conflit, c'est-à-dire finalement de la loi évincée. Ainsi, lorsque les tribunaux invoquent la fraude, dans la grande majorité des affaires où il est possible d'en relever une, l'auteur constate avec raison qu'il « ne s'agit pas de l'exception de fraude et que la fraude est invoquée comme un élément de fait accompagnant une application unilatérale de la règle de conflit »<sup>5</sup>. Si, dans ce cas, l'inutilité de l'exception de fraude est patente lorsque la manœuvre viole directement la loi, l'argument de la fraude ne venant en fait que pour stigmatiser le comportement des parties et permettre ainsi aux juges d'asseoir au mieux leur décision<sup>6</sup>, elle devient plus symptomatique lorsque la violation de la loi peut se recommander d'une règle de conflit, c'est-à-dire selon un raisonnement emprunté à l'affaire *de Bauffremont*. Ici, les juges n'ont jamais manqué de relever l'intention frauduleuse des parties, plus spécialement des époux, s'agissant des divorces migratoires<sup>7</sup>. L'application unilatérale de la règle de conflit consiste alors pour le juge à dénier toute effectivité au nouveau rattachement invoqué par les parties. Ainsi, si le déplacement d'un domicile à l'étranger constitue le cas échéant une fraude, il est en réalité inutile de la relever pour refuser le jeu des parties. Il suffit en effet de constater que le domicile créé ne correspond pas à la réalité, puisque qu'il ne repose sur aucune base objective et/ou que les parties ne témoignent d'aucune intention domiciliaire. Cette solution a toujours été et est toujours largement admise<sup>8</sup>. Son explication rationnelle réside dans le caractère nécessairement efficace du moyen frauduleux : si le domicile n'est pas réel, il ne peut créer une situation nouvelle et faire perdre l'ancien domicile, perte qui seule permettrait l'agrément de la règle de conflit. Telle n'est pas l'explication de M. le Pr. AUDIT

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, n° 187 et s.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 186.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 188.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 189.

<sup>6</sup> TGI Troyes, 9 novembre 1966, préc.

<sup>7</sup> V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janvier 1951, préc. ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, préc. et Paris, 18 juin 1964, préc. ; – TGI Paris, 6 juillet 1972, *JDI* 1973, p. 728, note AUDIT. *Adde* P. BELLET, « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *TCFDIP* 1962-1964, p. 251.

<sup>8</sup> H. MUIR-WATT, « Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. inter.*, 1994, fasc. n° 543-10, n° 27. Cf. *infra* n° 255 et s.

qui par ailleurs rejette cette notion de moyen efficace<sup>1</sup>. Selon cet auteur, la raison est de pure économie juridique et il « peut paraître un formalisme inutile, en présence d'une violation de la loi dont on sait que l'on va la sanctionner, de commencer par affirmer que la loi est respectée, pour ajouter ensuite que les parties ont respecté la loi pour mieux la tourner. S'agissant d'un transfert de domicile, ce transfert est effectif ou ne l'est pas ; c'est pourquoi on peut contester l'utilité de le déclarer effectif avant de le priver d'effets parce qu'inspiré par une intention de fraude »<sup>2</sup>. C'est dans cette optique que la fraude n'est plus le fondement mais devient un simple appui à la décision qui permet, notamment, de la rendre incontestable au cas où le rattachement, finalement, se révélerait effectif. Dès lors, l'exception de fraude à la loi n'a d'utilité que dans les matières où le critère de rattachement est difficile à manipuler car dans ce cas, il est difficile de ne pas considérer le changement comme effectif et seule l'intention peut le remettre en cause. La fraude à la loi se réduit alors à l'hypothèse de l'affaire *de Bauffremont*.

97 — Toutefois, dans cette hypothèse, il est inutile de relever une fraude quelconque, même si les parties ont poursuivi un mobile illicite en se prévalant d'une règle de conflit. C'est la méthode unilatéraliste pure selon laquelle « en présence d'une violation internationale de la loi du for qui se réclamerait de l'application d'une règle de conflit, il est toujours possible de sanctionner cette violation en affirmant directement l'application de la loi du for. En pareil cas, même s'il ne fait aucun doute que les intéressés étaient mus par le désir d'évincer celle-ci en mettant en œuvre la loi étrangère, il n'est pas besoin de relever leur état d'esprit ; il n'est pas nécessaire de parler de fraude. »<sup>3</sup>. Ainsi, en ce qui concerne l'affaire *de Bauffremont*, relever la fraude était inutile puisqu'à l'époque l'épouse ne pouvait, entre autres, changer de nationalité sans l'autorisation de son mari. Cette autorisation obtenue, la loi française était exclusivement compétente pour régir les effets du mariage de ses nationaux. Si le mari avait changé de nationalité, le divorce aurait pu être refusé comme portant atteinte au droit acquis de l'épouse à l'indissolubilité du mariage<sup>4</sup>. Si les époux avaient été de connivence, la loi française s'appliquerait impérativement de la même façon<sup>5</sup>. Finalement, l'exception de fraude apparaît dans sa plus grande inutilité puisqu'en « droit international privé, l'exception de fraude à la loi n'est jamais le moyen exclusif de sanctionner une violation délibérée de la loi ; il est toujours possible de sanctionner une telle violation soit en formulant une règle de conflit différente de celle invoquée par le sujet, soit en abandonnant le procédé de la règle de conflit et en énonçant de façon immédiate l'applicabilité de la loi du for »<sup>6</sup>.

98 — Afin d'écartier les critiques de cette proposition, l'auteur rappelle que l'exception de fraude est une dérogation à la règle de conflit et que l'application unilatérale de la loi française est un « effet réflexe de l'abus de souveraineté »<sup>7</sup>. Il semble toutefois que ces deux arguments sont devenus inexacts. D'une part, l'exception de fraude est un mécanisme d'éviction de la loi normalement désignée par la règle de conflit, et donc une dérogation au jeu de cette dernière, il ne s'agit pas d'une éviction de la règle de conflit. À l'inverse, l'exception de fraude à la loi participe au maintien de la règle de conflit, non à sa dénégation. Elle protège l'intégrité de la règle de droit en conjurant les actions individuelles qui atteignent son autorité.

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 204.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 193.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 198.

<sup>4</sup> Civ., 19 juillet 1875, *de Ramondenc*, préc.

<sup>5</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877, *Vidal*, préc.

<sup>6</sup> B. AUDIT, op. cit., n° 204.

<sup>7</sup> *Ibid.*, n° 205.

En rétablissant la situation qui aurait dû exister à défaut de manœuvre, l'exception de fraude participe également à ce que la loi soit appliquée de la même façon pour tous, qu'elle ne soit pas l'apanage de ceux qui la défient. D'autant que le juge ne peut sanctionner la fraude à la loi en appliquant simplement la loi éludée, c'est-à-dire celle qui présente les liens les plus prépondérants avec la situation, sans relever justement cette fraude. En effet, pour que la loi éludée soit appliquée, encore faut-il que le rattachement prépondérant existe, matériellement parlant, car la fraude à la loi par changement du rattachement suppose nécessairement l'abandon de l'ancien. Dans ce cas, le jeu de l'exception de fraude est nécessaire au rétablissement de compétence de la loi éludée. D'autre part, appliquer la loi du for automatiquement revient à abandonner le procédé de la règle de conflit bilatérale. L'auteur annonce ici ses préférences pour un règlement unilatéral des conflits de lois, notamment par le recours aux lois d'application immédiate<sup>1</sup>. Cette solution ne peut toutefois être défendue dans le cadre de la lutte contre la fraude de droit international car elle aurait exactement l'effet inverse. Il est en effet constant que l'application systématique de la loi du for par le juge saisi favorise le *forum shopping* et donc éventuellement la fraude. La solution pouvait toutefois se justifier sous l'empire de la jurisprudence *Bisbal*. Reconnaisant que la règle de conflit de lois n'avait pas un caractère d'ordre public, il est logique de considérer que le juge peut tout à fait l'abandonner ou en créer une autre. La solution sera différente si le juge doit appliquer et rechercher d'office la teneur de la loi désignée par la règle de conflit, même dans le silence des parties. L'exception de fraude prend ici une dimension particulière car elle prolonge l'indisponibilité, en refusant que des droits indisponibles en droit interne ne le deviennent si la situation devient internationale<sup>2</sup>. Ces critiques ne valent cependant qu'en ce qui concerne la fraude à la loi française par application d'une loi étrangère.

## B. LA FRAUDE A LA LOI ETRANGERE

99 — Superflue lorsqu'il s'agit de sanctionner une fraude à la loi française, il n'est pas certain que l'exception de fraude soit davantage utile en ce qui concerne les fraudes aux lois étrangères par application de la loi du for ou par application d'une loi tierce. Dans la première hypothèse<sup>3</sup> – fraude à la loi étrangère par application de la loi française – le domaine de la théorie de la fraude sera très limité pour deux raisons. D'une part, il n'est pas certain que le juge puisse remettre en cause, fût-ce indirectement, le statut personnel d'un étranger naturalisé lorsque les conditions de cette naturalisation ont été remplies<sup>4</sup>. D'autre part, une telle fraude suppose qu'une autorité française soit directement appelée à se prononcer sur la situation avant toute revendication des droits acquis, laquelle peut seule démontrer la fraude lorsqu'elle s'exerce dans le ressort de la loi éludée. En ce sens, seule une action préventive est véritablement envisageable. Elle consiste pour l'autorité saisie à refuser d'exercer sa compétence. Par exemple en ce qui concerne une demande de divorce devant le juge français, celui-ci pourra se déclarer incompétent ou refuser d'appliquer la loi française sans avoir à invoquer l'intention des sujets, simplement en constatant que la situation est valide ou ne l'est pas. Et si, hypothèse peu probable, la fraude avait prospéré mais qu'elle venait à être contestée

<sup>1</sup> Sur lesquelles, B. AUDIT, *op. cit.*, n° 495 et s.

<sup>2</sup> En ce sens, v. surtout J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 485 et s.

<sup>3</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 238 et s.

<sup>4</sup> Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT, et p. 714 ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12 ; – 5 février 1929, *S.* 1930, 1, p. 81, note AUDINET ; – Req., 1<sup>er</sup> avril 1930, *JDI* 1931, p. 385 ; – Nancy, 13 juillet 1950, *Gaz. pal.* 1950, 2, p. 281 ; – Paris, 12 décembre 1963, *JDI* 1965, p. 122.

devant le juge français, le jeu de l'exception de fraude conduira à l'application de la loi étrangère éludée, et donc à l'intervention éventuelle de l'exception d'ordre public. Or, une « disposition de la loi étrangère suffisamment différente de la loi du for pour avoir justifié un déplacement frauduleux des parties a de fortes chances d'être déclarée contraire à l'ordre public du for, au moins en matière d'état des personnes »<sup>1</sup>.

**100** — Dans la seconde hypothèse<sup>2</sup> – fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce – l'intervention éventuelle de l'exception de fraude se fait presque exclusivement au stade de la reconnaissance des décisions étrangères. Mais en raison de sa particularité – la mise en concurrence de trois systèmes de droit international privé – cette fraude ne peut se réaliser de manière unique mais dépendra d'une multitude de facteurs : le contenu des lois en conflit au regard de l'ordre public du for ; la mise en œuvre du droit international privé des États dont les lois sont en conflit. Ainsi, ce qui peut apparaître pour le for comme une fraude à une loi étrangère par application d'une loi tierce peut recouvrir une réalité différente du point de vue des règles de conflits de ces États. Par exemple, le for de la loi évincée n'aurait pas appliqué la loi tierce en raison d'un renvoi à une autre loi ou par le jeu de l'exception d'ordre public, il n'y aurait pas fraude de son point de vue. Tout dépend en fait de la question de savoir si le juge qui contrôle la fraude inclut dans le terme « loi étrangère » les dispositions matérielles et conflictuelles de cette loi. En tout état de cause, pour sanctionner une fraude à la loi, il suffit de constater que les conditions d'application de la loi éludée étaient réunies. Une appréciation de la fraude pourrait néanmoins intervenir, si celle-ci est alléguée par l'une des parties, afin d'apprécier la mise en œuvre, ou non, du principe *Nemo auditur*...<sup>3</sup>.

**101** — Dans ce contexte, l'exception de fraude à la loi n'a aucun rôle à jouer, du moins en ce qui concerne le rétablissement de la situation immédiatement antérieure à la manœuvre. Selon M. le Pr. AUDIT, la fraude à la loi de droit international s'analyse comme « une violation objective de la loi fraudée, par l'application d'une loi étrangère dont le titre à gouverner la situation considérée est largement moindre »<sup>4</sup>. La loi est fraudée parce que le sujet entend appliquer, de sa propre volonté, une loi qui ne présente pas les liens les plus étroits avec la situation, alors qu'une autre loi avait une vocation plus grande à s'appliquer. Il suffit alors de constater que celle-ci devait l'emporter sur celle-là pour sanctionner la fraude, sans avoir à rechercher les mobiles des parties, si ce n'est, le cas échéant, pour apprécier l'opportunité de la sanction. Finalement, si la plupart des constatations de l'auteur sur l'application de l'exception de fraude à la loi sont irréfutables, il n'en demeure pas moins que les conclusions auxquelles elles ont pu donner lieu traduisent une vision territorialiste du droit international privé, certainement influencée par la doctrine de *Common Law* qui développe une réponse davantage objective que subjective face aux phénomènes de la fraude à la loi<sup>5</sup> et du *forum shopping*.

---

<sup>1</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 246.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 248 et s.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 604 et s.

<sup>4</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 280.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 84.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**102** — La jurisprudence et la doctrine, dans leur grande majorité, dressent un constat peu flatteur de la théorie de la fraude à la loi. Inutile, inusitée, impossible à définir, difficile à prouver, soumise à l'arbitraire du juge sont les avanies qui reviennent le plus souvent dans son sillage. Incontestables, ces remarques doivent toutefois être nuancées tant sur un plan pratique que théorique. Relevant des principes généraux du droit, la maxime *fraus omnia corrumpit* jouit d'une histoire et d'une actualité que le droit ne peut ignorer. L'explication qui peut apparaître ici de la crise de la notion de fraude en droit international privé tient essentiellement, au-delà des critiques qui ont pu être formulées et de ses imperfections congénitales, à son caractère subsidiaire. L'exception de fraude à la loi n'a lieu d'intervenir que si le résultat de la manœuvre est, selon la définition de M. le Doyen VIDAL, inattaquable sur le terrain du droit positif<sup>1</sup>. De fait, ce caractère subsidiaire provoque inexorablement sa rareté en droit international privé. En effet, si le recours à l'exception de fraude demeure relativement exceptionnel, c'est parce que les obstacles mis sur le chemin des individus dans la réalisation d'un moyen efficace sont beaucoup plus nombreux qu'en droit interne. En tout état de cause, chacun des mécanismes de la théorie générale du droit international privé permet *in fine* de contrarier la fraude à la loi. À s'en tenir à une simple fraude à la loi, deux règles de droit peuvent être directement violées par la manœuvre : la règle de conflit et la loi matérielle. Pour la fraude de droit interne, seule la loi matérielle peut directement réagir.

**103** — Il s'ensuit que si la fraude est plus facile en droit international privé en ce que les possibilités offertes sont innombrables, il sera au contraire très difficile de la réaliser en raison des multiples lois ou règles qu'il faudra contourner sans les contrarier. Pour illustrer cette résistance du droit international privé à la fraude, il suffit de se souvenir de la complexité du montage façonné par Caron afin de faire échapper un immeuble qu'il possédait en France à la loi française<sup>2</sup>. Le moyen employé par la princesse de Bauffremont semble alors bien rudimentaire. Confinée dès l'origine dans le cadre strict qu'une princesse put imaginer, la théorie de la fraude à la loi se révéla rapidement inadaptée à expliquer et absorber la diversité des comportements potentiellement frauduleux. Il en résulta une dénaturation de la théorie de la fraude à la loi et son amalgame corrélatif avec d'autres concepts régulateurs du droit comme la simulation, le détournement ou l'abus de droit.

---

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 590 et s.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

## Chapitre 2

# LA DENATURATION DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

**104** — L'évolution de la notion de fraude à la loi permet de distinguer deux tendances opposées mais qui toutes deux conduisent à la même constatation. La première s'illustre par une extension du schéma traditionnel de la fraude à la loi. Sa définition s'affina, ses éléments constitutifs évoluèrent pour créer des sous-catégories de fraude à la loi afin d'adapter la théorie à la pratique malicieuse (Section 1). La seconde tendance marque au contraire un mouvement de repli de la conception classique qui voit son cadre strict déborder et ne plus pouvoir absorber l'ensemble des comportements malicieux. La jurisprudence dut ainsi inventer une nouvelle branche de la fraude de droit international privé en créant la notion de fraude au jugement (Section 2). Ces deux tendances illustrent la perte d'influence, en droit international privé, de la notion de fraude à la loi, entendue au sens strict.

## SECTION 1

### UNE CONCEPTION EXTENSIVE DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI

**105** — Face à la diversité des manœuvres frauduleuses et la conception souvent élargie de la notion de fraude à la loi entendue dans son sens strict, la jurisprudence, comme le législateur et la doctrine, ont dû élargir la capacité d'absorption de la théorie de la fraude à la loi, souvent au prix d'une dénaturation du concept originel (§ 2). La souplesse du principe *fraus omnia corrumpit* permet dans une certaine mesure cet élargissement et l'adoption d'une notion de fraude au sens large. Cette conception induit cependant une véritable confusion – fréquente – entre les différents mécanismes régulateurs du droit (§ 1).

### § 1 – LA CONFUSION DES CONCEPTS REGULATEURS DU DROIT

**106** — Historiquement, la théorie de la fraude à la loi, la réserve de l'abus de droit, la théorie de la simulation ou celle, plus récente, du détournement d'institution, ont toujours été plus ou moins confondues. La délimitation de leur domaine respectif n'en est que plus difficile pour la jurisprudence et la doctrine, particulièrement en ce qui concerne les mariages de complaisance (A). Pourtant, cette délimitation est absolument nécessaire, notamment lorsque la

jurisprudence est appelée à créer un nouveau domaine d'application de l'une de ces notions, sous peine de fausser, comme en droit international privé, la systématisation de ses conditions. Cette difficulté s'est récemment rencontrée à propos de la jurisprudence anti-contournement de la CJCE qui oscille, de manière parfois incohérente, entre la fraude et l'abus de droit (B).

#### A. LA DELICATE QUALIFICATION DES MARIAGES DE COMPLAISANCE

**107** — En droit privé, la confusion des concepts régulateurs du droit atteint son paroxysme à propos de la fraude fiscale<sup>1</sup>. Cette confusion, qui se retrouve à l'article L. 64 du LPF, provient essentiellement du rejet, en cette matière, de la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle est entendue en droit civil<sup>2</sup>. En droit international privé de la famille, c'est à propos des mariages de complaisance que cette confusion s'illustre le mieux (1) alors que la qualification de détournement permet de les expliquer (2).

##### 1. La diversité des qualifications du mariage de complaisance

**108** — La lutte contre ces unions, principalement celles conclues dans le but de faciliter le séjour de l'étranger ou de lui faire acquérir la nationalité française<sup>3</sup>, est toujours

<sup>1</sup> V. not. B. NAVATTE, « La fraude et l'habileté en droit fiscal », *D.* 1951, chr., p. 87 ; Th. DELAHAYE, *Le choix de la voie la moins imposée. Étude de droit fiscal comparé (Belgique - France - Pays-Bas - Royaume-Uni)*, éd. Bruylant, 1977 ; F. DEBOISSY, *La simulation en droit fiscal*, éd. LGDJ, 1997 ; R. GOUYET, *L'illicite et le droit fiscal*, thèse dact., Dijon, 1998. Adde H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, p. 91 et s. ; A. LIGEROPULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928, p. 293 et s. ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 96 et s. V. par ex. CE, plénière, 10 juin 1980, *Dr. fisc.* 1981, n° 48-49, comm. 2187, concl. LOBRY ; *R.J.F.* 1981, n° 9, p. 429 ; - Req., 19 avril 1932, *S.* 1933, 1, p. 321, note ESMEIN.

<sup>2</sup> Cette critique semble provenir d'une méconnaissance du rôle même du principe *fraus omnia corrumpit* qui justement a pour but de sanctionner un comportement parfaitement réel et licite, en fait et en droit, mais qui n'a été réalisé que dans le but de se soustraire à une prescription légale. En l'absence de prescription légale préexistante, il n'y a assurément pas de fraude à la loi, faute d'élément légal. En revanche, la présence d'une obligation préexistante rend possible la fraude à la loi sur le terrain de son élément légal et son éviction n'appelle pas seulement une réaction sur le plan de l'illicite. L'éviction-substitution d'une obligation légale préexistante peut en effet être licite si le sujet a trouvé le moyen de se départir de cette obligation par une manœuvre en elle-même légale. Elle devient en revanche frauduleuse si les deux autres conditions de la fraude à la loi sont remplies. La qualification de fraude à la loi ressortit encore de son élément matériel, qui suppose la création d'une situation juridique différente de celle qui préexistait. Elle suppose enfin une intention frauduleuse, qui est l'intention d'éluder ou de diminuer l'assiette fiscale. Si cette intention est toujours présente dans l'esprit du contribuable qui choisit la voie la moins imposée, qu'il le fasse par simulation, par abus de droit, en violant la loi ou en la fraudant, la fraude à la loi nécessite une intention fiscale exclusive, l'acte matériel ne se justifiant que par cette intention et par aucune autre. À l'inverse, la simulation et la violation de la loi ne supposent aucune intention et l'abus de droit ne nécessite par une intention exclusive. La théorie de la fraude à la loi aux sens strict et civil doit donc pouvoir s'appliquer en droit fiscal, comme la simulation, l'abus de droit et la violation de la loi, mais sans confondre ces notions fondamentalement différentes. En ce sens, v. not. G. LEROUGE, *Traité de la fraude en droit fiscal*, éd. LGDJ, 1944, n° 62 ; G. MORANGE, « L'interprétation des lois fiscales », *Rec. sc. légis. fin.* 1951, p. 649, cité par Th. DELAHAYE, *op. cit.*, n° 76.

<sup>3</sup> Le mariage peut être célébré pour d'autres raisons : échapper à la conscription militaire, percevoir une dot, éluder un empêchement à succéder, légitimer des enfants, échapper à la tutelle parentale (Grenoble, 3 avril 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 85, note LECUYER), ou à des fins successorales (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, *D.* 2004, p. 21, note GRIDEL ; *Defrénois* 2004, p. 143, note MASSIP ; *Dr. fam.* 2004, n° 15, note LARRIBAU-TERNEYRE ; *A.J.F.* 2004, n° 1, p. 27, obs. F. B. ; *RTD civ.* 2004, p. 66, obs. HAUSER ; *LPA* 2004, n° 50, p. 19, note DESGORGES et n° 85, p. 12, note MASSIP. Adde Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, *D.* 2003, p. 2591, chr. NAJAR).

d'actualité, comme en témoignent les décisions récentes<sup>1</sup>. Allégé par les lois de 1998, celle du 26 novembre 2003<sup>2</sup> a considérablement renforcé le dispositif de lutte contre les mariages blancs, tout en en diminuant les avantages. Le mariage permet, notamment, au conjoint étranger d'acquérir la nationalité française de son époux<sup>3</sup>, d'obtenir un titre de séjour<sup>4</sup> et d'être protégé contre une mesure d'éloignement<sup>5</sup>. La réalité du phénomène est difficile à évaluer et certains estiment que 5 à 10 % des mariages célébrés en France sont « boiteux »<sup>6</sup>. Lorsque la complaisance est établie, l'annulation du mariage est prononcée en vertu de l'article 146 du Code civil, pour défaut de consentement<sup>7</sup>. Les droits acquis pourront être retirés par les autorités mêmes qui les ont accordés<sup>8</sup> et une reconduite à la frontière pourra être prononcée<sup>9</sup>. Les époux pourront être poursuivis<sup>10</sup>, avant même l'annulation du mariage<sup>11</sup>. L'administration pourra leur refuser, à l'avenir, l'octroi d'un titre de séjour, la fraude passée et sanctionnée continuant à produire ses effets<sup>12</sup>.

<sup>1</sup> Not. Paris, 25 novembre 2004, *JCP* 2005, IV, 2033 ; – 13 mai 2004, *Dr. & patr.* 2004, n° 129, p. 122, obs. MONEGER ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n° 00-00711 ; – Pau, 19 janvier 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 46, 2<sup>de</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE ; – Paris, 15 janvier 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 93, note LARRIBAU-TERNEYRE ; – Bourges, 1<sup>er</sup> octobre 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 66, obs. LARRIBAU-TERNEYRE ; – Bordeaux, 21 mai 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 1, note LARRIBAU-TERNEYRE ; – Paris, 23 avril 2003, *D.* 2003, p. 2716, note LEMOULAND ; – 14 mars 2003, *D.* 2003, somm., p. 1937, obs. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003, p. 481, obs. HAUSER ; *A.J.F.* n° 7-8/2003, p. 273, obs. F. B. ; *Dr. fam.* 2004, n° 46, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *RJPF*-2003-6/18 ; – Paris, 30 janvier 2003, *A.J.F.* n° 5/2003, p. 187 ; – 10 octobre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. HAUSER ; – TGI de Paris, 5 juillet 2002, *Dr. fam.* 2002, n° 138, obs. LECUYER ; – Douai, 18 février 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 68, note LECUYER ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2000, *LPA* 2001, n° 22, p. 20, note MASSIP.

<sup>2</sup> *JO* n° 274 du 27 novembre 2003, p. 20136. Sur ce texte, v. not. v. É. RALSER, « La maladie des mariages blancs (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003) », *Dr. fam.* 2004, chr. n° 4 ; S. CORNELOUP, « Maîtrise de l'immigration » et célébration du mariage », in Mél. P. LAGARDE, éd. Dalloz, 2005, p. 207 et s.

<sup>3</sup> Art. 21-2 du Code civil.

<sup>4</sup> Art. L. 313-11, 4° et 5°, art. 314-11, 1° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>5</sup> Art. 511-4, 7° et art. 521-3, 3° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. *Adde* CJCE, 25 juillet 2002, *MRAX c/ État Belge*, aff. C-459/99, *Rec.* I-6591 ; *RJPF*-2002-12/14, obs. PUTMAN.

<sup>6</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, F. VAUVILLE, « Le droit de la famille face à la fraude à l'insertion familiale », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, éd. LGDJ 1993, p. 83 ; F. LAROCHE-GISSEROT, note sous Versailles, 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, 21759. Certains élus annoncent des taux de 20 à 40 % selon les années et les saisons : J.-Ch. LAGARDE, in *JO AN*, débats, 9 juillet 2003, discussions sur l'article 19 du projet de loi relatif à l'immigration et la nationalité. *Adde* *L'étranger en France, face et au regard du droit*, sous la dir. de H. FULCHIRON, avril 1999, p. 197 et s., spéc. p. 198, n° 536.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1963, *JCP* 1964, II, 13498, note MAZEAUD ; *D.* 1964, p. 465, note RAYMOND ; *RTD civ.* 1964, p. 286, note DESBOIS ; – 6 juillet 2000, préc. D'autres juges ont préféré se placer sur le terrain du vice de consentement prévu à l'article 180 du Code civil : Paris, 25 juin 1991, *RTD civ.* 1992, p. 53, obs. HAUSER ; – Montpellier, 14 décembre 1992, *RTD civ.* 1994, p. 80, obs. HAUSER ; – Toulouse, 2 mars 1993, *RTD civ.* 1993, p. 563, obs. HAUSER. V. cep. Reims, 17 février 2005, *Dr. fam.* 2005, n° 178, obs. LARRIBAU-TERNEYRE. *Adde* *L'étranger en France, face et au regard du droit, op. cit.*, n° 185 et n° 536.

<sup>8</sup> Not. par le préfet avant même toute procédure en annulation du mariage : Avis CE, 9 octobre 1992 *Abihilali*, *R.F.D.A.* 1993, p. 175, concl. ABRAHAM ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 25, note P. L. ; *JCP* 1993, II, 22025, note LAROCHE-GISSEROT ; *RTD civ.* 1993, p. 328, obs. HAUSER ; *JDI* 1993, p. 103, note JULIEN-LAFERRIERE ; *D.* 1993, p. 251, note MAILLARD DESGREES DU LOU ; *A.J.D.A.* 1992, p. 794, note MAUGÛE et SCHWARTZ. V. cep. CE, 29 novembre 2002, *Assistance publique*, *AJDA* 2003, p. 276, note DONNAT et CASAS, et *infra* n° 759 et s. sur la prise en compte de la réalité de la situation comme limite à la sanction.

<sup>9</sup> CE, 7 février 1994, *Gaz. pal.* 1994, 2, panor. adm., p. 142 ; – 30 novembre 1994, *D.* 1995, somm., p. 173, obs. JULIEN-LAFERRIERE ; – 23 juin 1995, *D.* 1996, somm., p. 111, obs. JULIEN-LAFERRIERE.

<sup>10</sup> Art. L. 623-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>11</sup> V. par ex. Crim., 18 mai 1993, *Bull. crim.* n° 185 ; *Gaz. pal.* 1993, 2, somm., p. 557, note DOUCET ; – 8 juin 1993, *Gaz. pal.* 1993, 2, somm., p. 467, note DOUCET.

<sup>12</sup> CE, 29 juillet 1998, *Gaz. pal.* 1999, 1, panor. adm., p. 46.

109 — Si les mariages de complaisance font naître l'idée de fraude, il n'est pas certain que ce concept soit adéquat. Plusieurs qualifications ont été proposées afin d'expliquer et de justifier la sanction des mariages blancs : simulation, fraude<sup>1</sup> ou fraude à la loi, détournement, apparence<sup>2</sup>, voire absence de cause, fausse cause ou cause illicite<sup>3</sup> et ces qualifications sont parfois tour à tour utilisées<sup>4</sup>. La théorie de la simulation afin d'expliquer le mariage fictif a été un temps très invoquée. Les auteurs et la jurisprudence soutenaient qu'il y a « vraiment simulation, car les parties ont créé une apparence ne correspondant pas à la réalité, dans le but de tromper les tiers »<sup>5</sup>. C'est également la conception qui semble retenue en droit canonique<sup>6</sup>. Elle a le mérite de la simplicité mais elle ne permet en réalité ni d'expliquer ni de sanctionner le mariage fictif. La théorie de la simulation nécessite en effet, en théorie, un acte apparent – ici l'acte dressé par l'officier d'état civil – et une convention secrète neutralisant l'acte ostensible, qui permet aux parties de parvenir à leurs fins. La simulation suppose que l'acte secret soit matérialisé, or les contre-lettres portant sur des actes juridiques relevant de l'état des personnes sont prohibées. De plus, il faudrait une contradiction entre les deux actes, ce qui n'est pas toujours le cas dans le mariage fictif puisque les époux y ont véritablement consenti au moment de la célébration, mais uniquement pour parvenir à une fin accessoire. Toutefois, une tendance récente semble assouplir les conditions de la simulation et ne plus forcément exiger l'identité des parties, la simultanéité des actes ou la rédaction d'une contre-lettre<sup>7</sup>. Cette évolution est exacte en ce que la simulation peut être appliquée, par exemple, à de simples faits juridiques, tels que le domicile<sup>8</sup> ou le siège social<sup>9</sup>. Selon cette tendance, la simulation pourrait expliquer les mariages fictifs. Néanmoins, dans la mesure où la simulation n'est pas en soi une cause de nullité<sup>10</sup>, elle ne peut donc, à elle seule, les sanctionner.

<sup>1</sup> Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, éd. Defrénois, 2004, n° 191 et s.

<sup>2</sup> La notion de mariage apparent a été retenue par le Tribunal fédéral suisse qui juge qu'il « y a mariage apparent lorsque, dès le début, les époux ne veulent pas fonder une communauté conjugale, mais utilisent le mariage pour atteindre un but étranger à l'institution », *Y.U. c. U.*, 16 juin 1995, ATF 121 III 149 ; *Jour. trib.* 1997, p. 44.

<sup>3</sup> J. HAUSER, obs. sous Versailles, 15 juin 1990, *D.* 1991, p. 270 ; « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in Mél. A. COLOMER, éd. Litec, 1993, p. 189 et s., spéc. p. 190 et s. Adde J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Droit civil. La famille. Fondation et vie de famille*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1993, n° 279 et s.

<sup>4</sup> Not. F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil : Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2005, n° 361 et s. ; R.-M. ROLAND, *Le couple et l'artifice*, éd. L'Hermès, 2000, n° 104 et s.

<sup>5</sup> M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, LGDJ, 1967, n° 234. Adde C.-I. FOULON-PIGANIOL, « Le mariage simulé », *RTD civ.* 1960, p. 217 et s. ; « Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités », *D.* 1965, p. 9 et s. ; G. RAYMOND, « Nullité absolue du mariage pour simulation », *Gaz. pal.* 1975, 2, doct., p. 501 ; C. OPHELE, Rép. civ. Dalloz, v° « Simulation », 2000, n° 11. Par ex. Paris, 16 octobre 1958, *JCP* 1958, II, 10897. C'est également la solution retenue en Belgique : T. civ. de Bruxelles, 7 avril 1945, *RCJB* 1947, p. 31, note DABIN ; C. GILLES, « La nullité des mariages simulés », *J.T.* 1991, p. 361 et s. ; S. SAROLEA, « Le mariage simulé en droit international privé », *RTD fam.* 1995, p. 9 et s. ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *J.T.* 2000, p. 649 et s., spéc. n° 27 et s. ; M. NYS, *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, éd. Bruylant, 2002, spéc. n° 480 et s., n° 630 et s., n° 719 et s. Le Code civil belge, à l'article 146 bis, prévoit un cas de nullité textuel pour les mariages fictifs, cité par J. SOSSON, *op. cit.*, n° 27.

<sup>6</sup> Selon J.-M. TUFFERY-ANDRIEU, « La déclaration de nullité du mariage en droit canonique », *Dr. fam.* 2004, *Études* n° 20, spéc. n° 16.

<sup>7</sup> Not. C. OPHELE, *op. cit.*, loc. cit. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2000, *JCP* 2001, II, 10645, note AZZI.

<sup>8</sup> Crim., 22 janvier 1990, *D.* 1990, p. 453, note TIXIER et LAMULLE.

<sup>9</sup> Com., 22 juin 1999, *Defrénois* 1999, p. 1195, obs. HOVASSE. Sur la question, v. C. CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, éd. LGDJ, 1998, n° 287 et s.

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1979, *Bull. civ.* I, n° 209.

**110** — Lorsque le juge soupçonne un mariage de complaisance, il doit rechercher, dans l'intention des époux, s'ils n'ont pas voulu pour l'un d'eux, par le mariage, obtenir un avantage secondaire qu'il n'aurait pu obtenir autrement ou par des voies plus difficiles. L'observateur doit donc caractériser trois éléments : un moyen – le mariage – qui permet, directement ou indirectement, d'obtenir certains droits ; des dispositions légales détournées – les règles sur la nationalité et la condition des étrangers – en ce que le sujet crée une situation nouvelle pour échapper à une ancienne situation moins favorable ; une intention malicieuse en ce que le moyen utilisé n'est pas voulu pour lui-même, mais pour ce qu'il peut apporter. Cette configuration fait inmanquablement songer à la théorie de la fraude à la loi. De fait, le législateur de 1993 a expressément utilisé cette notion comme fondement de la sanction du mariage fictif. L'article 190-1 du Code civil, issu de la loi de 1993 et abrogé par celle de 2003, disposait en effet que « Le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public, formée dans l'année du mariage ». Malgré le rattachement traditionnel du droit de la nationalité et du droit des étrangers au droit international privé, la fraude à la loi dont il est question ici serait une fraude à la loi purement interne. Il ne s'agit pas en effet de provoquer l'application d'une loi autre, notamment étrangère, que celle qui aurait été normalement compétente, mais simplement d'échapper à une prohibition ou une obligation, prévue par la loi pour telle situation, en se plaçant dans une autre situation qui n'en relève plus. Par le moyen efficace, le fraudeur à la loi interne échappe non pas à une loi, mais aux conditions d'application de cette loi alors qu'il en relevait. C'est l'élément légal de la fraude à la loi interne. Pour considérer le mariage fictif comme un mariage célébré en fraude à la loi, il convient donc de relever les trois éléments constitutifs de la fraude. Assurément, les éléments matériel et intentionnel ne présentent pas de difficultés particulières : le mariage est un moyen efficace puisqu'il est en soi licite et ouvre des droits, directs et indirects, en matière de nationalité et de condition des étrangers. L'intention peut être facilement relevée dans la mesure où les époux ont utilisé le mariage dans le but exclusif, non pas d'en accepter les conséquences naturelles, mais de bénéficier d'un avantage secondaire. Toutefois, l'élément légal fera défaut. En effet, pour parler de fraude à la loi interne, il faut démontrer que le sujet tenta d'échapper, par sa manœuvre, à une obligation ou une prohibition préexistante. C'est le cas de la fraude paulienne : il n'y a fraude que lorsque l'intéressé organise son insolvabilité après que le fait générateur de sa dette est né. Il n'y a pas de fraude paulienne en l'absence de débiteur ; quiconque est ainsi libre d'organiser son insolvabilité avant toute naissance d'une dette, si ce n'est dans le but exclusif de faire échec à une dette future dont le sujet connaît l'imminence<sup>1</sup>. Le mariage n'est pas incompatible avec la fraude à la loi. Ainsi le mariage fictif du médecin avec son patient qu'il a soigné durant sa dernière maladie afin d'échapper à l'interdiction de disposer de l'article 909 du Code civil<sup>2</sup> est bien une fraude à la loi. Le médecin tente d'échapper par ce mariage à une prohibition qui existe en raison de la qualité respective des intéressés, ces derniers essayant de créer les conditions des exceptions prévues à cette interdiction<sup>3</sup>. La même qualification peut être retenue à propos des mariages pour échapper à la conscription<sup>4</sup>.

**111** — En ce qui concerne le mariage naturalisant, l'étranger crée simplement les conditions d'octroi de certains avantages. La situation qu'il crée par le mariage ne fait pas échec à des dispositions impératives ou prohibitives qu'il tenait de sa situation précédente de

<sup>1</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2004, inédit, pourvoi n° 03-10292.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2003, D. 2003, p. 2404, concl. SAINTE-ROSE ; *Defrénois* 2004, p. 31, note PETERKA.

<sup>3</sup> Civ., 30 octobre 1808, S. 1808, 1, 482.

<sup>4</sup> Lyon, 10 avril 1856, DP 1857, 2, p. 54.

célibataire : il ne les élude pas ou les met en échec, il se place dans une autre catégorie plus favorable. La situation pourrait être comparée à la fraude fiscale : choisir la voie la moins imposée ne constitue pas fraude à la loi, lorsque l'assujetti manœuvre avant de l'être, parce qu'aucune loi n'est éludée. L'étranger qui se marie ne fait pas autre chose : son mariage lui permet simplement de lui ouvrir un cas d'acquisition de la nationalité française ou de la condition d'étranger régulier et protégé, possibilité qu'il n'avait pas auparavant mais qui ne lui était pas refusée définitivement. Par comparaison, si la Cour de cassation et certains commentateurs ont pu voir dans l'affaire *Taleb* une fraude à la loi<sup>1</sup>, c'est parce que l'article 26 du Code de la nationalité refusait à l'étranger marié à une Française avant la loi du 9 janvier 1973, la possibilité de bénéficier de la déclaration de nationalité sans délai, à l'époque, de communauté de vie antérieure. En divorçant pour se remarier, Taleb a ainsi fait échec à une disposition qu'il devait respecter en se plaçant dans une autre situation. Le mariage fictif naturalisant ne constitue pas une fraude à la loi, faute de pouvoir caractériser son élément légal<sup>2</sup>. En ce sens, l'extension de la notion de fraude à la loi réalisée par l'article 190-1 du Code civil était contestable en ce qu'elle suppose une conception erronée de son élément légal<sup>3</sup>, et en sanctionnant la fraude à la loi par la nullité de l'acte alors que sa sanction naturelle est l'inopposabilité<sup>4</sup>. L'abrogation de l'article 190-1 du Code civil par la loi du 26 décembre 2003 est donc pleinement justifiée, non seulement en droit mais aussi en fait, la jurisprudence n'ayant jamais utilisé cette disposition, si ce n'est de manière contestable<sup>5</sup>. Si les notions de fraude à la loi et de simulation ne peuvent expliquer les mariages de complaisance, celle de détournement semble en revanche pouvoir remplir cette fonction.

## 2. Le détournement de l'institution du mariage

**112** — En droit administratif, le détournement de pouvoir se définit comme le fait pour l'autorité administrative d'user de ses pouvoirs dans un but autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés<sup>6</sup>. En droit privé, la notion de détournement d'institution a été consacrée par

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 669, note FOYER ; *D.* 1982, jur., p. 573, note GUIHO ; *JCP* 1982, II, 19842, note GOBERT ; *JDI* 1982, p. 448, note AUDIT, v. les notes de J. FOYER et de P. GUIHO.

<sup>2</sup> Dans le même sens, F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP* 1993, I, 3665, n° 2 ; F. FOURMENT, « L'article 190-1 du Code civil et les mariages naturalisants, un exemple de disposition législative inutile », *JDI* 1998, p. 945 et s., spéc. n° 11 et s. ; É. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé*, thèse dact., Paris II, 1998, n° 419, qui réserve néanmoins l'hypothèse dans laquelle l'élément légal ne réside pas « nécessairement dans l'impératif auquel l'on tente d'échapper, mais dans la disposition que l'on voudrait voir appliquée ». Toutefois, l'élément légal de la fraude à la loi suppose une véritable substitution de lois, cf. *infra* n° 485 et s. *Contra* R. DE BOTTINI, « Observations sur les déclarations acquiescives de nationalité », in Mél. P. ISOART, éd. Pedone, 1996, p. 219 et s., spéc. p. 223 et s. ; S. LEBRETON, « Réflexions sur la sanction des mariages célébrés en fraude à la loi, à partir de la critique de l'article 190-1 du Code civil », *JCP* éd. N. 1999, p. 967 et s., n° 6 et É. RALSER, « La maladie des mariages blancs (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003) », *op. cit.*, p. 9, qui concluent toutefois en l'inutilité de l'ancien art. 190-1.

<sup>3</sup> Les juges du fond ont justement considéré que « le moyen de nullité tiré du défaut de consentement à mariage, (...), ne se confond pas avec la fraude à la loi visée à l'article 190-1 » : Grenoble, 1<sup>er</sup> octobre 1996, *JCP* 1997, I, 3996, n° 5 obs. FARGE ; – Paris, 30 janvier 2003, *A.J.F.* n° 5/2003, p. 187. Un autre arrêt précise que « le délai de l'article 190-1 ce ne concerne pas l'action engagée par le Ministère public sur le fondement de l'absence de consentement à mariage » : Bordeaux, 12 mai 1998, *Juris-Data* n° 047174.

<sup>4</sup> Cf. *infra* n° 566 et s.

<sup>5</sup> Paris, 2 octobre 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 424, note DE VAREILLES-SOMMIERES ; *Dr. fam.* 1998, n° 5, p. 8 ; *JCP* 1998, I, 101, n° 1, obs. FARGE.

<sup>6</sup> CE, 26 novembre 1875, *Pariset, Rec.* p. 934 ; *GAJA* n° 4.

la Cour de cassation à propos du recours aux mères porteuses à des fins d'adoption<sup>1</sup>. Son utilisation suppose que soit non seulement relevé le caractère finaliste de l'institution en cause, mais également que la finalité de cette institution soit bien entendue en jurisprudence et en doctrine. Un arrêt de la Cour de cassation utilise cette notion de finalité : la Cour sanctionne le mariage de l'époux qui « n'avait manifestement pas eu l'intention de respecter les obligations nées de l'union conjugale au-delà de [l'obtention des titres de séjour] et que *le but par elle [l'épouse] poursuivi était, de manière exclusive, étranger à la finalité du mariage* »<sup>2</sup>. Dans cet attendu, la Cour de cassation semble faire du détournement du mariage la cause de sa nullité, l'absence d'intention ne venant que démontrer le non-respect des finalités du mariage. Si la sanction des mariages de complaisance sur le fondement de l'article 146 du Code civil est dans l'ensemble satisfaisante<sup>3</sup>, l'instrumentalisation du mariage par détournement pourrait néanmoins constituer à elle seule le motif de l'annulation du mariage utilisé à des fins autres que celles pour lesquelles il a été prévu<sup>4</sup>. L'utilisation de la notion de détournement présente néanmoins la difficulté de déterminer la finalité de l'institution en cause.

**113** — Dans la mesure où il remplit une fonction de cohésion de la société, le Droit dans son ensemble apparaît comme une institution finalisée, qui désigne « des ensembles de règles de Droit, des corps de règles, organisés autour d'une idée centrale, formant un tout systématiquement ordonné et permanent »<sup>5</sup>. Cette idée centrale, qui est la finalité de l'institution, constitue la raison d'être de cette dernière car ni « les praticiens, ni les théoriciens ne peuvent s'abstraire des finalités du système juridique ou des règles de droit pour en

<sup>1</sup> Ass. Plén., 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, 2<sup>de</sup> esp., note LABRUSSE-RIOU ; *D.* 1991, p. 417, rapport CHARTIER, note THOUVENIN ; *JCP* 1991, II, 21752, comm. BERNARD, concl. DONTEWILLE, note TERRE ; *Defrénois* 1991, p. 1267, obs. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. HUET-WEILLER ; *LPA* 1991, n° 127, p. 4, note M. GOBERT ; *RTD civ.* 1992, p. 489, chr. M. GOBERT ; *GAJC* n° 49.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2000, préc. C'est nous qui soulignons.

<sup>3</sup> Sauf peut-être s'agissant de la loi applicable à l'annulation du mariage de complaisance. Les juridictions qui annulent les mariages blancs pour défaut de consentement le font en effet toujours en vertu de la loi française, en appliquant l'article 146 du Code civil, sans s'interroger sur la concurrence des lois applicables en raison des nationalités différentes des époux. Le mariage blanc étant considéré comme un mariage sans consentement, il s'agit pourtant d'une condition de fond dont la sanction dépend de la loi nationale de chacun des époux dont il s'agira d'apprécier le consentement : Paris, 14 janvier 1994, *D.* 1994, somm., p. 357, obs. JULIEN-LAFERRIERE. Dans deux arrêts récents, la Cour d'appel de Paris a raisonné sur l'annulation du mariage en terme de conflit de lois. Dans le premier, le mariage n'est pas annulé, la loi nationale de l'épouse cambodgienne ne prévoyant pas la nullité pour défaut d'intention matrimoniale : Paris, 15 janvier 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 93, note LARRIBAU-TERNEYRE. Dans la seconde affaire, le mariage fut en revanche annulé, les deux lois nationales admettant l'annulation du mariage pour défaut de consentement : Paris, 13 mai 2004, *Dr. & patr.* 2004, n° 129, p. 122, obs. MONEGER. Cette absence d'annulation dans le premier arrêt peut se justifier seulement si l'autre époux, de nationalité française, a véritablement consenti au mariage. Il suffit en effet que la loi de l'un des deux époux admette la nullité pour que le juge puisse la prononcer (F. MONEGER, obs. préc.). Toujours est-il que dans la première affaire, la nullité aurait pu être prononcée sur le fondement de la loi cambodgienne. Selon l'article 3 al. 1<sup>er</sup> de la loi cambodgienne du 26 juillet 1989 sur la famille, « Le mariage est un contrat solennel conclu entre un homme et une femme qui s'engagent à entretenir une vie conjugale conformément à la loi, et qui ne peut pas être dissous à leur gré » (traduction personnelle non officielle). Le mariage de complaisance étant justement une union par laquelle les époux ne s'engagent pas à entretenir une vie conjugale et qu'ils entendent dissoudre à leur gré et en ne respectant pas leurs obligations, la loi cambodgienne permet l'annulation du mariage pour défaut d'intention conjugale. *Adde* sur cette question, Ch. GILLES, *op. cit.*, n° 29 ; S. SAROLEA, p. 10 et s. ; F. FOURMENT, *op. cit.*, n° 23 et s.

<sup>4</sup> En ce sens, F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *op. cit.* ; J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit*, Mél. F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 441 et s., spéc. 444 et s.

<sup>5</sup> J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *Rép. civ.* Dalloz, 1<sup>re</sup> éd., v° « Institution », n° 2.

comprendre le sens, en guider l'interprétation, en orienter l'application ou en prévoir l'évolution »<sup>1</sup>. Quatre finalités sont en général reconnues au Droit, pris dans son sens le plus général : la justice, la bonne conduite, le service des hommes et le service de la société<sup>2</sup> : le « droit a pour seule fin la justice au service d'un ordre de valeurs mêlant la morale, l'équité, l'utilité sociale, l'efficacité matérielle »<sup>3</sup>. La définition d'une finalité est tellement essentielle qu'une « loi qui ne poursuivrait pas un certain but serait un acte de folie pure, une loi dont le but ne tendrait pas au bien de la société serait forcément tyrannique et mauvaise »<sup>4</sup>. C'est en respectant ces finalités que le législateur crée le droit et qu'il se donne les moyens nécessaires pour parvenir à ses fins.

**114** — En ce qui concerne les institutions du droit de la famille, la finalité n'est pas seulement prise en compte au stade de leur détermination, elle joue aussi un rôle au sein de l'institution même. Celle-ci peut se définir comme « un composé de règles de droit qui embrasse une série de relations sociales tendant aux mêmes fins »<sup>5</sup>, comme « un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constituée par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun »<sup>6</sup>. L'institution est une structure juridique, une enveloppe dans laquelle se glissent de nombreuses règles dont il faut déterminer le champ d'application. Cette articulation entre les différentes règles est déterminée par l'établissement d'une « hiérarchie dont la clé est fournie par la finalité de l'institution et par le degré de proximité du moyen à la fin, le moyen le plus éloigné étant subordonné au moyen le plus proche et ainsi de suite »<sup>7</sup>. Le droit des incapables fournit un bon exemple d'institution dont la hiérarchie des règles de droit qui la composent est déterminée par la finalité de l'institution elle-même. La finalité des régimes d'incapacités est la protection juridique des personnes considérées comme faibles. La hiérarchie des règles dépendra du degré de protection dont la personne a besoin : besoin d'une protection maximale alors une tutelle sera prononcée ; une mesure d'assistance pour les actes les plus graves est suffisante, alors la curatelle est retenue ; la personne est apte à gérer elle-même son patrimoine, mais sa crédulité l'expose à la malveillance de tiers, alors la mise sous sauvegarde de justice répondra suffisamment à sa protection.

**115** — En droit de la famille, la finalité des institutions familiales est souvent liée au caractère impératif des règles qui les composent. Sans la définition d'un objectif propre, le juge ne pourrait sanctionner une quelconque violation de la règle. Aussi rappelle-t-il fréquemment le but d'une institution pour en refuser la formation alors même que ses conditions sont réunies. En matière d'adoption par exemple, il est acquis que « la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation et qu'elle ne doit pas être détournée de son esprit »<sup>8</sup>. Par analogie, le droit pénal s'accorde à rechercher, pour chaque infraction qu'il définit, la valeur sociale qu'il entend défendre. Sans valeur sociale il ne peut y avoir d'infraction, car le comportement n'atteint pas la société, dont la protection est la finalité du droit pénal. Il apparaît alors que le droit, et plus particulièrement chaque institution, est en réalité multi-finalisé(e) : chacune recouvre dans sa

<sup>1</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2003, n° 23.

<sup>2</sup> M. VILLEY, *Philosophie du droit*, t. 1, *Définitions et fins du droit*, éd. Dalloz, n° 25.

<sup>3</sup> B. OPPETIT, « Le droit hors la loi », *Droits* 1989, n° 10, p. 50.

<sup>4</sup> A. PILLET, *Théorie continentale des conflits de lois*, RCADI 1924-I, t. 2, p. 473.

<sup>5</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, 27<sup>e</sup> éd. Puf, 2002, n° 4.

<sup>6</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1951, n° 3, pp. 19-20.

<sup>7</sup> J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 1969, n° 87.

<sup>8</sup> Riom, 9 juillet 1981, *JCP* 1982, II, 19799, note ALMAIRAC.

globalité un objectif propre, mais à l'intérieur, chaque corps de règles qui la compose répond à un déterminisme particulier<sup>1</sup>. Ainsi, chaque institution recouvre en définitive une multitude de finalités qui s'articulent toutes autour d'une idée centrale qu'elles tendent à promouvoir. Ainsi, le mariage a pour finalité l'organisation des rapports juridiques du couple, elle tend à promouvoir l'épanouissement de deux personnes au sein d'une entité juridique et sociale unique et déterminée en vue de la création d'une famille. À l'intérieur de ce cadre général figure un certain nombre de règles qui toutes ont une finalité précise : certaines tendent à l'organisation des rapports entre les conjoints, c'est-à-dire le couple<sup>2</sup>, alors que d'autres ont pour objectif la protection de la famille, c'est-à-dire l'organisation des rapports entre parents et enfants<sup>3</sup>. À côté de ces finalités généralistes figurent nombre de fins propres à chaque règle éparses liées à l'institution : par exemple l'article 21-2 du Code civil permet au conjoint étranger d'un ressortissant français d'acquérir la nationalité française sous certaines conditions. La finalité de cette disposition est l'intégration du conjoint étranger par l'unité nationale du couple ; elle est indépendante des autres en ce qu'elle ne dépend pas directement du mariage<sup>4</sup>, mais elle y est liée par la promotion de l'idée centrale.

**116** — En ce sens, le non-respect d'une des finalités du mariage n'est pas *a priori* une cause de nullité par détournement. Il faut que la finalité non respectée soit directement liée à l'idée centrale de l'institution, pour que l'ignorance de celle-là atteigne inéluctablement celle-ci. Autrement dit, l'observateur devra rechercher si le but recherché par le sujet de droit, lors de son entrée ou de sa sortie d'une institution finalisée, est conforme à l'idée centrale de cette dernière. Ainsi une adoption à des fins purement successorales constitue un détournement d'institution, sauf s'il existe un véritable lien entre l'adoptant et l'adopté, c'est-à-dire un lien susceptible de créer une apparence de filiation. À l'inverse, une adoption demandée à la suite d'une convention de mère porteuse ne constitue pas inéluctablement un détournement d'institution, car au-delà du procédé manifestement illicite se dissimule souvent, sinon toujours, la volonté de créer un véritable lien filial. En ce qui concerne le mariage, le juge recherche si ce but est ou non exclusif de la volonté de vivre une véritable union. Il ne peut être reproché à quiconque le souhait, plus ou moins important, d'obtenir par le mariage un avantage dont il ne pourrait bénéficier autrement. Ce constat n'est donc pas suffisant, les juges doivent de plus démontrer que les époux entendaient éluder toutes les autres conséquences du mariage. C'est en prouvant cette absence d'*affectio matrimonialis* qu'un mariage peut être annulé pour détournement, car la communauté de vie entre époux est très certainement, parmi toutes les finalités du mariage, celle qui exprime le mieux l'idée centrale de cette institution. C'est ce qui ressort notamment de l'article 146 bis du Code civil belge<sup>5</sup>. Ainsi, le mariage à des fins successorales n'encourt pas inéluctablement la nullité pour défaut de consentement, sauf s'il ne s'accompagne d'aucune intention matrimoniale et qu'il est conclu seulement pour permettre, à plus ou moins brève échéance, l'exécution de conventions matrimoniales<sup>6</sup>.

**117** — Qu'importe finalement les mobiles du mariage pourvu que l'idée centrale soit respectée. Car si le juge recherchait dans chaque cas les mobiles d'une union pour annuler

<sup>1</sup> De la même manière qu'il existe des institutions principales qui contiennent des institutions secondaires, v. G. RENARD, *La théorie de l'institution. Essai d'ontologie juridique*, 1930, p. 51.

<sup>2</sup> Art. 207-1, 208 à 210, 212, 214 à 225 du Code civil.

<sup>3</sup> Art. 203, 211, 213, 214, 220 du Code civil.

<sup>4</sup> V. les art. 21-1 et 21-5 du Code civil.

<sup>5</sup> Cité par J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... », *op. cit.*, n° 27.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, préc.

toutes celles qui ne reposent pas uniquement sur l'affection réciproque, « ce sont tous les mariages tardifs de concubins, voire les mariages *in extremis*, qui se trouveraient annulés »<sup>1</sup>. Finalement, le détournement permet mieux que n'importe quel autre concept d'expliquer le mariage blanc ou de complaisance. Si la fraude à la loi n'y parvient pas, c'est parce l'un de ses éléments essentiels – la loi éludée – n'est pas caractérisé. Le détournement sanctionne directement le moyen : la règle utilisée<sup>2</sup>. Si la réserve de la fraude à la loi permet de rétablir la prépotence de la loi éludée, le détournement promeut la cohérence des institutions juridiques. Or, si le mariage fictif est blâmable, ce n'est pas tant en raison des avantages qu'il peut offrir que du fait qu'il soit utilisé dans le but unique de satisfaire un intérêt particulier. « Le mariage fictif est l'union de l'intérêt sans le cœur »<sup>3</sup>. Dès lors, la notion de détournement d'institution permet aux « juges de défendre un ordre public « *notionnel* », en veillant sur le contenu des mécanismes que le législateur a institués et sur le respect des finalités qu'il leur a conférées »<sup>4</sup>. Endémique pour la fraude fiscale et dans la lutte contre les mariages blancs, la confusion des concepts régulateurs du droit s'est également manifestée à propos de la lutte, plus récente, contre le contournement communautaire.

## B. LA DIFFICILE DELIMITATION DE LA FRAUDE A LA LOI ET DE L'ABUS DE DROIT : L'EXEMPLE DU CONTOURNEMENT COMMUNAUTAIRE

**118** — La CJCE prit rapidement conscience du risque de contournement des règles nationales par l'exercice des libertés communautaires<sup>5</sup>. Depuis une trentaine d'années, la CJCE développe une jurisprudence « anti-contournement », dont les premiers arrêts posent les bases (1) alors que les plus récents précisent, mais sans véritablement offrir un schéma toujours cohérent, les domaines respectifs des notions de fraude à la loi et d'abus de droit (2).

### 1. La naissance des notions de fraude et d'abus en droit communautaire

**119** — L'arrêt fondateur a été rendu à propos de la liberté des prestations de services<sup>6</sup>. Dans cette affaire, la Cour considère que la condition de résidence imposée par la loi néerlandaise constitue une mesure restrictive ayant pour conséquence d'enlever tout effet utile à la liberté proclamée. Toutefois, sans que la question n'ait été directement posée, la Cour

<sup>1</sup> J. HAUSER, *RTD civ.* 1999, p. 605.

<sup>2</sup> J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », *op. cit.*, p. 444.

<sup>3</sup> J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 2003, n° 635.

<sup>4</sup> J.-P. GRIDEL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, préc., p. 22.

<sup>5</sup> L. NEVILLE-BROWN, « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law ? », in Mél. H. G. SCHERMERS, vol. II, éd. Dordrecht, 1994, p. 511 et s. ; M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », et J. VERHOEVEN, « Abus, fraude ou habileté ? A propos de l'arrêt Poulsen (CJCE) », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165 et s. et p. 407 et s. ; V. KARAYANNIS, « L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. À propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas E.A. / Elliniko Dimiosia (État hellénique) », *Cah. dr. eur.* 1999, p. 521 ; J.-S. BERGE, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206 ; *Europe* déc. 1999, chron. n° 12 ; M. GESTRI, « Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge : il caso Centros », *Riv. dir. inter.* 2000, p. 71 et s. ; D. TRIANTAFYLLOU, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cah. dr. eur.* 2002, p. 611 et s. ; F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *J.T.* 2003, p. 8 et s. ; S. CAFARO, « L'abuso di diritto nel sistema comunitario : del caso Van Bisbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali », *Il Diritto dell'Unione Europea*, n° 2-3/2003, p. 291 et s. ; D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in Mél. J.-V. LOUIS, éd. de l'ULB, vol. I, 2003, p. 595 et s.

<sup>6</sup> CJCE, 3 décembre 1974, *van Bisbergen*, aff. C-34/74, *Rec.* p. 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17.

admet quelques limites à cette liberté. Elle constate ainsi, à la suite de son avocat général<sup>1</sup>, que le déplacement à l'étranger du prestataire de services lui permet d'échapper aux prescriptions du droit national. En prenant acte, la Cour ajoute qu'on « ne saurait dénier à un État membre le droit de prendre des dispositions destinées à empêcher que la liberté garantie par l'article 59 soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État »<sup>2</sup>. Est consacrée ici la possibilité pour le juge national de contrôler l'exercice de la liberté de prestation de services proclamée par le droit communautaire. L'emploi du terme « soustraire » laisse penser que la Cour se réfère à la notion de fraude et non à celle d'abus de droit. La nuance n'est toutefois pas éclaircie et l'exercice de la liberté apparaît ici comme un moyen de soustraction législative.

**120** — Dans un arrêt rendu en 1979, la CJCE précise la notion dans le domaine de la liberté d'établissement et juge « qu'on ne saurait (...) méconnaître l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du traité certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale »<sup>3</sup>. Dans cette affaire, les juges semblent prendre parti pour la qualification abus de droit. Mais ils emploient également le terme soustraire et, au point 27, la notion de fraude à la loi, alors qu'en l'espèce, si le risque soulevé par le gouvernement visait une européanisation artificielle en vue de bénéficier des facilités du traité, la situation était déjà communautaire.

**121** — Dans une autre affaire, la Cour considère que la liberté de circulation des marchandises « ne s'applique pas dans les cas où des éléments objectifs établiraient que les [objets] en cause auraient été exportés aux seules fins de leur réimportation dans le but de tourner une législation »<sup>4</sup>. Si dans cette affaire la notion de fraude à la loi n'est pas employée, la structure du considérant s'en inspire directement. Son élément matériel – l'exportation avant réimportation – est bien mis en exergue ; l'élément légal consisterait en l'éviction – le fait de tourner – d'une législation nationale ; l'élément intentionnel est également présent – aux seules fins, dans le but de – lequel doit être prouvé par des éléments objectifs. Si la sanction est le refus de reconnaître la liberté en cause, c'est considérer la situation artificiellement communautaire comme une situation purement interne, qui l'est en tout cas demeurée. Relativement claire, cette décision demeure néanmoins trop restreinte dans ses termes, notamment en ce qui concerne l'élément légal et la sanction.

**122** — Dans une quatrième affaire, la CJCE fut saisie à propos des règles anglaises relatives à l'immigration, pour un risque de double manœuvre<sup>5</sup>. La première consiste pour un couple binational à s'établir à l'étranger et de revenir dans l'État membre d'origine d'un époux sans que l'autre, ressortissant d'un État tiers, se voie opposer la loi nationale en matière d'immigration. La seconde consiste pour le ressortissant d'un État tiers à contracter un mariage fictif avec le ressortissant d'un État membre afin de bénéficier des facilités d'entrée et de séjour. Dans sa décision, la Cour rappelle le droit pour un ressortissant d'un État membre de quitter son pays avec son conjoint étranger et de pouvoir ensuite y revenir avec lui<sup>6</sup>. Sans

<sup>1</sup> H. MAYRAS, concl. préc., p. 1316.

<sup>2</sup> CJCE, 3 décembre 1974, *van Bisbergen*, préc., pt. 13.

<sup>3</sup> CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. C-115/78, *Rec.* p. 399 et s., concl. REISCHL, pt. 25.

<sup>4</sup> CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. C-229/83, *Rec.* p. 1 et s., concl. DARMON, pt. 27.

<sup>5</sup> CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.* p. 4265 et s., concl. TESAURO.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pts. 22 et 23.

répondre directement aux craintes soulevées, sauf à préciser que le mariage n'était en l'espèce pas fictif<sup>1</sup>, la Cour admet néanmoins que, « selon la jurisprudence constante de la Cour (...), les facilités créées par le traité ne sauraient avoir pour effet de permettre aux personnes qui en bénéficient de se soustraire abusivement à l'emprise des législations nationales et d'interdire aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de tels abus »<sup>2</sup>.

**123** — Comme les trois précédentes, cette affaire montre que l'exercice des libertés accordées par le droit communautaire originaire et dérivé offre la faculté aux sujets qui en bénéficient de se soustraire à l'application de normes nationales plus contraignantes. Consciente de ce risque, la CJCE n'a eu de cesse de rappeler la possibilité de contrôle dont disposent les autorités nationales concernées. Si, au regard de ces quatre décisions, la consécration d'un principe de lutte anti-contournement ne fait aucun doute, les méthodes et les moyens offerts aux États membres ne sont pas clarifiés. En effet, le doute subsiste quant au fondement de la sanction : fraude à la loi ou abus de droit. Différents par leur nature, ces deux concepts sont néanmoins tour à tour évoqués dans les considérants fondateurs. Il en est de même de l'élément légal, qui réside dans l'éviction d'une loi nationale, ou encore de la sanction du contournement. Dans sa jurisprudence ultérieure, la CJCE tente de délimiter plus strictement, mais de façon pas toujours cohérente, les notions de fraude et d'abus.

## 2. La délimitation progressive des notions de fraude et d'abus en droit communautaire

**124** — Dans les affaires précédentes, la question du contournement n'était que secondaire et ce n'est qu'en 1994 que la CJCE se prononce directement sur une mesure de restriction fondée uniquement sur une soustraction à la loi nationale. Dans cette affaire, la Cour admet que le caractère communautaire de la situation est acquis même si la société s'est établie dans un autre État membre « dans le but de se soustraire à la législation applicable dans l'État de réception aux organismes nationaux de radiodiffusion »<sup>3</sup>. L'intention de contourner des prescriptions nationales est alors sans influence sur la validité intrinsèque de l'élément d'européanité qui permet la qualification communautaire de la situation litigieuse et, partant, l'exercice des libertés qu'il consacre. La modification de l'élément d'européanité est donc efficace en ce qu'elle permet effectivement et légalement un changement de loi applicable. La Cour estime cependant « qu'un État membre peut considérer comme un organisme national (...) un organisme (...) qui s'installe dans un autre État membre dans le but d'y prester des services destinés à son territoire, car cette mesure a pour objet d'empêcher que, à la faveur de l'exercice des libertés garanties par le traité, les organismes qui s'établissent dans un autre État membre puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale »<sup>4</sup>. Ici, l'État membre peut refuser de reconnaître la situation artificiellement communautaire et considérer que le prestataire de services est placé dans une situation purement interne. Il peut ainsi replacer le sujet de droit communautaire dans la situation qui était la sienne avant la modification incriminée. La sanction du contournement réside dans l'inopposabilité de son moyen, de son élément matériel.

**125** — La CJCE utilise toujours, cependant, l'expression « de se soustraire abusivement » alors que ces deux termes peuvent sembler antinomiques. La soustraction

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, pt. 12.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pt. 24.

<sup>3</sup> CJCE, 5 octobre 1994, *TV 10*, aff. C-23/93, *Rec.* p. 4795, concl. LENZ, pt. 16.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pt. 21.

renvoie en effet à la notion de fraude à la loi alors que l'abus de droit ne suppose pas une soustraction législative. Une autre interprétation pourrait alors être recherchée : l'utilisation des libertés communautaires est l'élément matériel de la fraude à la loi communautaire ; si cet exercice est justifié par la volonté exclusive de se soustraire à une législation nationale, il est susceptible de constituer un abus de droit. Dès lors, il n'y aurait plus de fraude à la loi, le moyen utilisé n'étant pas efficace. Il n'est pas certain que cette conception tienne au regard du principe selon lequel la communautarisation est efficace alors même qu'elle est justifiée par l'intention d'échapper à des obligations nationales. Elle seule peut néanmoins justifier l'emploi simultané de ces deux notions, à moins d'une confusion entre elles. La Cour ajoute enfin que cette restriction n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>. Cet examen de compatibilité montre que la sanction d'un contournement peut, le cas échéant, être elle-même limitée, voire contrôlée<sup>2</sup>, au regard de principes jugés supérieurs.

**126** — Le concept d'abus de droit est au centre d'un arrêt rendu en 1998<sup>3</sup> où la question est de savoir si le principe dégagé de la jurisprudence constante de la Cour est un principe général de droit communautaire ou s'il s'agit d'un pouvoir reconnu à chacun des États membres en vertu de leur propre législation. Sur ce point, la Cour décide qu'il « ne saurait être considéré comme contraire à l'ordre juridique communautaire que les juridictions nationales appliquent une règle nationale (...) pour apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé d'une manière abusive »<sup>4</sup>. La Cour considère ici que l'appréciation de l'abus relève de la compétence des juridictions des États membres. Elle refuse de consacrer un principe général d'abus de droit communautaire dont elle se réserverait la compétence d'appréciation<sup>5</sup>, certainement en raison des disparités nationales relatives à l'admission et l'appréciation de l'abus de droit<sup>6</sup>. Toutefois, la liberté offerte au juge national n'est pas complète et « la mise en œuvre d'une telle règle nationale ne peut pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres »<sup>7</sup>. En l'espèce, l'abus de droit n'est ainsi pas relevé<sup>8</sup>. Dans cette affaire, aucune loi nationale n'était éludée. La situation était déjà communautaire et la société ne s'est pas européanisée afin d'échapper aux prescriptions de sa loi nationale. N'est-ce pas alors sur ce constat matériel que doit être recherchée la qualification idoine ? Si la Cour vise à la fois les comportements abusifs et frauduleux, elle ne statue que sur l'abus de droit, dont elle précise le fondement.

**127** — Le retentissant arrêt *Centros*, est très certainement celui qui fit réellement prendre conscience de la question de la fraude à la loi communautaire<sup>9</sup>. Comme dans l'arrêt *Kefalas*, le contournement était l'unique problème posé à la Cour. Mais contrairement à ce

<sup>1</sup> *Ibid.*, pt. 23 et s.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pt. 24 ; – CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, pt. 41.

<sup>3</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, aff. C-367/96, *Rec.* I-2843, concl. TESAURO ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. LUBY ; *Rev. soc.* 1998, p. 794, note DANA-DEMARET ; *Europe* 1998, n° 225 et 247, obs. LAGONDET ; *Cah. dr. eur.* 1999, p. 521 et s., chr. KARAYANNIS, *op. cit.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, pt. 21.

<sup>5</sup> Dans le même sens, M. LUBY, obs. préc., p. 1001 ; F. LAGONDET, obs. préc., n° 247.

<sup>6</sup> G. TESAURO, concl. préc., n° 22.

<sup>7</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 22.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pt. 23.

<sup>9</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* I-1459 et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM.

même arrêt, la situation en l'espèce a été européanisée dans le but exclusif de contourner la législation danoise relative à la constitution et à la libération d'un capital social minimum. La situation s'inspire donc d'une typologie qui se rapproche plus de la fraude à la loi que de l'abus de droit. Néanmoins, le changement de loi provient de l'exercice d'une liberté. Sur ce schéma, la Cour continue d'utiliser alternativement les termes de fraude et d'abus. Après avoir rappelé le principe de la liberté d'établissement et la possibilité pour les États membres de contrôler son exercice, la Cour ajoute que les autorités nationales doivent, « dans l'appréciation d'un tel comportement, prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause »<sup>1</sup>. Le contrôle du contournement est donc bien limité par les principes généraux du droit communautaires qui traduisent, indirectement ou directement, les objectifs du Traité. Or en l'espèce, la Cour estime que « le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. En effet, [ce] droit (...) est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité »<sup>2</sup>. En ce sens, la lutte contre le contournement cède lorsque la liberté exercée comme moyen de ce contournement serait déniée par la remise en cause des droits acquis par cet exercice. Si la fraude à la loi est ici patente, sa sanction n'est pas opportune<sup>3</sup>. Toutefois, si l'État membre ne peut refuser l'immatriculation de la société, il peut néanmoins « prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même (...), soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné »<sup>4</sup>. La sanction de ce qui pourrait être une fraude aux droits des tiers est ici permise car elle n'affaiblit pas la liberté communautaire utilisée à cette fin. Reste à savoir ce que cette sanction recouvre et il n'est pas certain que l'inopposabilité soit visée par l'emploi du terme de fraude lorsqu'au même moment la Cour refuse de sanctionner ce qu'elle appelle un abus.

**128** — Dans une autre espèce d'exportation avant réimportation de marchandises, la Cour précise les éléments constitutifs de ce qu'elle qualifie d'abus de droit<sup>5</sup>. Dans cette affaire, la question de la fraude ou de l'abus n'était pas directement posée à la Cour. Néanmoins, la Commission, se référant à l'article 4 § 3 du Règlement n° 2988/95 du Conseil<sup>6</sup>, estime que ce texte est « l'expression d'un principe général de droit déjà en vigueur dans l'ordre juridique communautaire » et « que ce principe juridique général de l'abus de droit existe dans la quasi-totalité des États membres et qu'il a déjà été appliqué dans la jurisprudence de la Cour, bien que la Cour ne l'ait pas reconnu expressément comme un principe général du droit communautaire »<sup>7</sup>. Dans cet arrêt, la Cour confirme l'autonomie théorique d'appréciation du contournement en considérant qu'il appartient à la juridiction nationale d'établir l'existence d'un abus de droit en rapportant la preuve selon ses règles nationales, sous réserve des

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, pt. 25.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pt. 27.

<sup>3</sup> Sur l'ensemble de la question, cf. *infra* n° 811 et s.

<sup>4</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 38.

<sup>5</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec.* I-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON.

<sup>6</sup> Du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, non entré en vigueur au moment des faits.

<sup>7</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 38.

objectifs communautaires<sup>1</sup>. Toutefois, la Cour précise directement les deux conditions dans lesquelles la réserve de l'abus de droit peut être opposée. Il faut, « d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint »<sup>2</sup>. « Elle requiert, d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »<sup>3</sup>. Sont ici mis en évidence un élément matériel et un élément intentionnel de l'abus de droit, ainsi qu'un élément légal dans la mesure où la manœuvre a permis de créer artificiellement les conditions d'application d'une norme, en l'espèce communautaire. Ici, la Cour apprécie directement les éléments de fait invoqués et propose d'autres éléments d'appréciation. De plus, la Cour réfute l'argument de la société selon lequel à supposer l'abus établi, celui-ci ne pourrait être sanctionné faute de base légale. La Cour répond que cette mesure prise « dans une hypothèse où l'existence des deux éléments constitutifs d'une pratique abusive serait établie ne violerait pas le principe de légalité. En effet, l'obligation de remboursement ne serait pas une sanction, pour laquelle une base légale claire et non ambiguë serait nécessaire, mais la simple conséquence de la constatation que les conditions requises pour l'obtention de l'avantage résultant de la réglementation communautaire ont été artificiellement créées, rendant indues les restitutions octroyées et justifiant, dès lors, l'obligation de les restituer »<sup>4</sup>.

**129** — Replacée dans un contexte évolutif, la généralité des formules employées dans cette dernière décision fait d'elle une véritable décision de principe. Si la Cour ne consacre pas directement et de façon autonome un principe général d'abus de droit communautaire, elle témoigne en tout cas de sa volonté de mainmise sur l'appréciation des États membres. En façonnant progressivement les conditions de mise en œuvre et les modalités d'exercice du pouvoir de contrôle ; en appréciant directement et en proposant les éléments de faits susceptibles de révéler un comportement abusif ou frauduleux ; en déterminant la nature et les limites de la sanction de tels comportements, la CJCE tend à orienter la pratique des États membres et ainsi réaliser cette harmonisation des principes dont l'absence, révélée dans l'arrêt *Kefalas*, l'empêche aujourd'hui de consacrer un principe général. Néanmoins, si le principe du contrôle semble acquis, son fondement demeure plus ambigu. La Cour invoque en effet tour à tour les notions de fraude à la loi et d'abus de droit. Commentant cette jurisprudence anti-contournement, un auteur écrit, à propos de l'abus de droit, qu'il recouvre traditionnellement deux réalités : « D'une part, l'abus de droit concerne l'utilisation formellement légale d'un droit qui soit méconnaît l'intérêt des tiers (théorie subjective) soit contredit la fonction sociale assignée à la règle utilisée (théorie objective). D'autre part, l'abus de droit comprend la fraude à la loi, c'est-à-dire le fait de se prévaloir d'un droit alors que soit l'un des éléments qui justifie l'utilisation de ce droit est falsifié, soit un élément qui l'interdisait est dissimulé »<sup>5</sup>. Dans un sens identique un autre auteur écrit, à propos de l'arrêt *Inspire Art*<sup>6</sup>, que la réserve de l'abus de

<sup>1</sup> *Ibid.*, pt. 54.

<sup>2</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 52.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pt. 53.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pt. 56.

<sup>5</sup> F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *op. cit.*, p. 8.

<sup>6</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* I-10155, concl. ALBER ; *D.* 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; *D.* 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENJUCQ.

droit prévu par cet arrêt désigne « l'abus de droit communautaire ayant un sens très proche de la notion de fraude évoquée dans l'arrêt *Centros* qui avait semblé poser un principe de fraude communautaire consistant à utiliser de manière abusive un droit subjectif (...), moins pour éluder une règle de droit nationale que pour frauder les droits des tiers »<sup>1</sup>. Ces auteurs mêlent ici les notions d'abus de droit, de détournement, de fraude à la loi et de simulation, à l'intérieur d'un seul et même concept appelé « abus de droit », dont le contour et le contenu sont extrêmement larges. Or, malgré leur rapprochement historique, ces concepts restent fondamentalement distincts et ne sauraient, dès lors, intervenir pour les mêmes causes, ni produire les mêmes effets. Dans l'arrêt *Emsland*, il n'est d'ailleurs pas certain que la qualification d'abus de droit soit correcte. Ces confusions entre les concepts régulateurs de droit sont ainsi fréquentes et conduisent à l'élargissement de l'un des concepts, celui que l'auteur entend faire prévaloir, notamment celui de la fraude à la loi.

## § 2 – L'ELARGISSEMENT DU CONCEPT DE FRAUDE A LA LOI

**130** — La théorie de la fraude est constamment marquée par sa double conception : fraude au sens large et fraude au sens strict. Cette dichotomie traduit un élargissement du champ d'action du principe *fraus omnia corrumpit* qui se manifeste par une utilisation protéiforme de la notion de fraude (A). Elle traduit également une altération des conditions de la fraude à la loi au sens strict et la tendance à utiliser plutôt la notion large de la fraude. Cette altération est très perceptible en droit des conflits de lois (B).

### A. UNE UTILISATION PROTEIFORME DE LA NOTION DE FRAUDE

**131** — En tant que principe général du droit, l'adage *fraus omnia corrumpit* a vocation à intervenir comme concept régulateur de toutes les branches du droit. De fait, aucune d'elles n'ignore ou ne rejette ce principe, bien que la compatibilité de la théorie de la fraude à la loi soit parfois contestée pour certaines matières, comme en droit pénal<sup>2</sup>. Afin de s'adapter à la diversité des situations, la notion de fraude à la loi est souvent utilisée d'une manière protéiforme, ainsi en droit des étrangers (1) et en droit de la nationalité (2).

#### 1. En droit des étrangers

**132** — En droit des étrangers, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile n'utilise pas directement la réserve de la fraude à la loi. Les articles L. 552-4, L. 624-1 et L. 624-3 prévoient néanmoins que l'étranger qui se sera soustrait ou aura tenté de se soustraire à une mesure d'éloignement prise à son encontre est passible de sanctions pénales. La soustraction peut éventuellement être frauduleuse ou abusive, notamment lorsque l'étranger tente de se placer, postérieurement à la mesure d'éloignement mais avant son exécution, dans des conditions propres à faire tomber cette mesure, notamment en présentant *in extremis* une demande d'asile<sup>3</sup>. Seul l'article L. 741-4, 4° du même code, qui énonce l'un des cas exhaustifs de refus d'admission en France d'un demandeur d'asile, utilise la notion. Selon ce texte, la

<sup>1</sup> M. MENJUCQ, note préc., p. 926.

<sup>2</sup> Sur la compatibilité entre la fraude à la loi et le droit pénal, v. not. H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, op. cit., p. 77 et s. ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, op. cit., p. 327 et s. ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 103 et s.

<sup>3</sup> Civ. 2°, 26 septembre 2002, *RJPF*-2002-12/13, obs. PUTMAN.

demande d'asile peut être refusée lorsqu'elle « repose sur une fraude délibérée ou constitue un recours abusif aux procédures d'asile ou n'est présentée qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente »<sup>1</sup>. La circulaire du 8 février 1994 énonce les demandes simultanées dans le but de cumuler le bénéfice des allocations versées aux demandeurs d'asile, des demandes successives dans le but de se maintenir en France après un rejet définitif de la demande de statut de réfugié<sup>2</sup>. L'OFPRA et la Commission des recours<sup>3</sup> sont ainsi compétentes pour prononcer la déchéance d'un statut de réfugié obtenu par fraude.

**133** — Il n'est pas certain que ces références désignent une véritable fraude à la loi. L'association des termes frauduleux, abusif ou dilatoire<sup>4</sup> montre au contraire qu'il s'agit davantage d'une fraude au sens large, laquelle sera utilement sanctionnée par la simple découverte du mensonge, de l'absence de réalité de la manœuvre. À l'inverse, il serait possible de voir effectivement une fraude à la loi lorsque l'étranger saisit l'OFPRA à la suite d'une interpellation en exécution d'une reconduite à la frontière. La présentation d'une demande d'asile permettant à son auteur de bénéficier d'une admission au séjour valable trois mois, il y aurait dans cette hypothèse une obligation légale éludée – l'obligation de quitter le territoire français – par substitution d'une autre situation légale qui permet de faire échec à la première. L'intention frauduleuse résulterait du temps passé entre l'arrivée en France et le dépôt de la demande. Si le demandeur d'asile n'a pas l'obligation de former immédiatement une requête, sa célérité permet d'en apprécier la sincérité<sup>5</sup>. Néanmoins, une demande d'asile n'est pas frauduleuse, abusive ou dilatoire du seul fait qu'elle n'est pas formulée « immédiatement »<sup>6</sup>. En ce sens, une demande présentée alors que l'étranger fait l'objet d'une reconduite à la frontière ne peut être considérée comme frauduleuse, sauf s'il est démontré que l'étranger savait qu'il ne remplissait pas les conditions d'admission au titre de réfugié.

**134** — Hors des cas légaux, la jurisprudence admet que la fraude peut remettre en cause le statut de réfugié. Bien que la Convention de Genève ne prévoit pas cette hypothèse de retrait pour fraude, le Haut commissariat aux réfugiés estime que « des cas peuvent cependant se présenter où il apparaît ultérieurement qu'une personne n'aurait jamais dû être reconnue comme réfugié, par exemple lorsqu'il apparaît ultérieurement que le statut de réfugié a été obtenu par une présentation erronée des faits ou que l'intéressé possède une autre nationalité »<sup>7</sup>, « s'il est découvert des faits indiquant que les déclarations initialement faites étaient frauduleuses »<sup>8</sup>. Sur le fondement de la fraude, le Conseil d'État permet à l'OFPRA de retirer son statut au réfugié en dehors des cas énumérés par la Convention de Genève, notamment « en application des principes gouvernant le retrait des actes administratifs, au cas où les circonstances de l'affaire révéleraient que la demande au vu de laquelle le statut a été accordé à l'intéressé était entaché de fraude »<sup>9</sup>. De façon classique, « la notion de fraude

<sup>1</sup> Le texte prévoit également deux cas d'abus : TA Paris, 17 décembre 2003, *Aly K.*, 10 décembre 2003, *Julienne L.*, 10 décembre 2003, *Monique A.*, 10 décembre 2003, *Ronny Espinoza*, *JCP* éd. A. 2004, 1320, note CHAZAN.

<sup>2</sup> D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *Traité du droit de l'asile*, éd. Puf, 2002, n° 180.

<sup>3</sup> CRR, 26 juin 1956, *Blanch*, req. n° 3826.

<sup>4</sup> F. JULIEN-LAFERRIERE, *Droit des étrangers*, éd. Puf, 2000, p. 372.

<sup>5</sup> CE, 16 novembre 1983, *Bonkale*, *Rec.*, p. 292.

<sup>6</sup> CE, 26 mars 1997, *Lupu*, req. n° 178980.

<sup>7</sup> Citée par D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, n° 406.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 210.

<sup>9</sup> CE, 12 septembre 1986, *Tshibangu*, *Rec.* p. 279 ; *AJDA* 1987, p. 86, concl. BONICHOT ; *RFDA* 1987, p. 419. *Adde* CE, 26 février 1996, *Mercan*, *Rec. CRR*, p. 16 ; – CE, 5 décembre 1997, *Ovet*, *A.J.D.A.* 1998, p. 107, note GIRARDOT et RAYNAUD.

implique la réunion de deux éléments : d'une part un élément objectif tenant à ce que la demande adressée à l'administration ne correspond pas à la réalité, d'autre part, un élément subjectif tenant à la volonté de l'intéressé d'induire en erreur l'administration »<sup>1</sup>. L'élément objectif pourra être, comme pour les causes de refus, le dépôt de plusieurs demandes sous des identités différentes<sup>2</sup>, l'usage de faux documents<sup>3</sup>, des déclarations mensongères<sup>4</sup>, le silence gardé par le demandeur sur l'existence de causes d'exclusion<sup>5</sup>. Conformément au principe général, l'intention frauduleuse ne se présume pas et l'administration doit rapporter la preuve d'une intention dolosive<sup>6</sup>, recherche « peu habituelle pour l'administration ou le juge administratif »<sup>7</sup>. Cette preuve peut notamment être rapportée par la contradiction des pièces du dossier<sup>8</sup>. De plus, pour être sanctionnée, la fraude doit porter sur un élément déterminant de la décision qui reconnaît la qualité de réfugié, c'est-à-dire la fraude qui « a précisément pour objet de dissimuler l'absence de motifs légaux conditionnant la validité de l'acte »<sup>9</sup>. La fraude à l'entrée n'implique ainsi pas automatiquement celle à la demande du statut de réfugié<sup>10</sup>. Cette condition n'est qu'une conséquence du caractère efficace du moyen frauduleux. En revanche, l'OFPPA ne peut contester la décision de la Commission d'élever l'étranger à la qualité de réfugié, même si elle a été obtenue par fraude<sup>11</sup>. Cette solution présente l'inconvénient de laisser subsister une situation juridique malicieusement acquise alors qu'un recours en révision permettrait de concilier le respect de la chose jugée et la nécessité de sanctionner la fraude<sup>12</sup>.

**135** — Dans d'autres cas où la fraude n'est pas prévue directement par un texte, elle peut néanmoins justifier une mesure d'interdiction du territoire français, notamment lorsque l'étranger a dérobé des documents administratifs lui permettant d'usurper l'identité d'un tiers, afin de se maintenir en France alors qu'il était en situation irrégulière<sup>13</sup>. En cas de fraude, le préfet peut ainsi retirer le titre de séjour avant le terme<sup>14</sup>, notamment en cas de soupçon de mariage blanc, avant même l'annulation par le juge judiciaire<sup>15</sup>. Dans tous les cas cependant, la notion de fraude est entendue dans son sens large, incluant notamment l'abus de droit, et non dans son sens strict de fraude à la loi, tendance qui se retrouve en droit de la nationalité.

## 2. En droit de la nationalité

**136** — En droit de la nationalité, la notion de fraude apparaît plusieurs fois. Ainsi elle est utilisée directement par les articles 26-4 al. 3 et 27-2 du Code civil. La fraude ou le mensonge visés à la première phrase à l'article 26-4 al. 3 peut consister en une réticence, la

<sup>1</sup> J.-D. COMBREXELLE, concl. sous CE, 26 février 1996, *Mercan*, préc.

<sup>2</sup> CE, 12 septembre 1986, *Tshibangu*, préc. ; – CRR, 24 octobre 1997, *Okopu*, *Rec. CRR*, p. 73.

<sup>3</sup> CRR, 26 janvier 1989, *Makenzshi*.

<sup>4</sup> CRR, 15 novembre 1994, *Yasik*, *Rec. CRR*, p. 136 ; – CE, 26 février 1996, *Mercan*, préc.

<sup>5</sup> CRR, 20 mars 1998, *Lokoy Djo Djibrin*, *Rec. CRR*, p. 82.

<sup>6</sup> J.-C. BONICHOT, concl. sous CE, 12 septembre 1986, *Tshibangu*, préc.

<sup>7</sup> J.-D. COMBREXELLE, concl. sous CE, 26 février 1996, *Mercan*, préc.

<sup>8</sup> CRR, 26 mai 1998, *Pokou*, *Rec. CRR*, p. 83.

<sup>9</sup> M. LOMBARD, « Les limites de l'application du principe *fraus omnia corrumpit* en droit administratif français », *LPA*, 18 janv. 1995, n° 8.

<sup>10</sup> CE, 2 octobre 1996, *Gaz. pal.* 1997, 1, panor. adm., p. 83 ; *A.J.D.A* 1997, p. 98, concl. DELARUE.

<sup>11</sup> CE, 5 décembre 1997, *Ovet*, préc.

<sup>12</sup> D. ALLAND, C. TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, n° 408.

<sup>13</sup> TA de Lyon, 20 décembre 1995, *Gaz. pal.* 1996, 2, panor. adm., p. 123.

<sup>14</sup> CE, 13 juin 2003, *LPA* 2004, n° 95, p. 17, concl. DE SILVA.

<sup>15</sup> CE, 9 octobre 1992 *Abihilali*, préc.

dissimulation d'un élément de nature à influencer sur la décision du gouvernement<sup>1</sup>. La présomption de fraude visée par la seconde phrase est à juste titre condamnée par une grande majorité de la doctrine, car « présumer la fraude alors que les époux se séparent après trois ou quatre ans de vie commune est difficilement justifiable »<sup>2</sup>. En ce sens, la présomption de l'article 26-4 al. 3 devrait être une présomption simple, qui ne vaudrait que jusqu'à preuve du contraire<sup>3</sup>. La doctrine semble sur ce point unanime. Plusieurs arguments vont d'ailleurs en ce sens. L'un, légal, se déduit de l'article 1352 al. 2 du Code civil. L'article 26-4 al. 3 n'annulant directement l'enregistrement ni ne déniait toute action en justice, la présomption ne peut être que simple. D'autres arguments, pratiques, sont fondés sur le fait qu'une séparation entre époux peut être commandée par d'autres motifs que la volonté de dissoudre une union non voulue. Empêcher les époux de s'expliquer sur les motifs de leur rupture reviendrait à leur refuser l'un des attributs de la liberté du mariage : le droit de ne plus être marié. Des époux sincères seront obligés « de maintenir un simulacre de communauté de vie depuis le jour où ils se sont rendu compte qu'ils ne veulent plus ou ne peuvent plus vivre ensemble »<sup>4</sup>, afin de conserver un avantage qu'ils recherchaient certes, mais peut-être non de façon exclusive.

**137** — Néanmoins, la Cour de cassation semble considérer qu'il s'agit d'une présomption irréfragable de fraude<sup>5</sup>. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris, confirmant les juges de première instance, annula l'enregistrement de la déclaration de nationalité française. Dans son pourvoi, l'époux reproche à la cour d'appel d'avoir procédé ainsi alors que les époux avaient toujours une communauté de vie lors la déclaration. Sans contester la réalité de ces affirmations, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « l'existence d'une communauté de vie avant le mariage et dans les 2 premières années de celui-ci était sans incidence sur le litige, et que ce qui était en cause était la persistance de cette communauté de vie à la date de la déclaration de nationalité et la présomption de fraude que constituait sa cessation pendant le délai d'enregistrement de cette déclaration ». La communauté de vie ayant en l'espèce subsisté au jour de la déclaration de nationalité, au sens de l'article 21-2 du Code civil, c'est donc bien la seule cessation de cette communauté de vie pendant le délai d'enregistrement qui fonde son annulation. Il en résulte que la présomption de fraude visée par l'article 26-4 al. 3 du Code civil ne souffre d'aucune preuve contraire. Cette décision contestable illustre la pensée de M. le Pr. Paul LAGARDE qui juge choquante cette présomption de fraude en ce qu'elle « constitue une atteinte grave à l'égalité des époux dans le mariage, en ce qu'elle permet au conjoint français d'exercer contre l'autre un chantage au divorce ou à la séparation de nature à lui faire perdre sa nationalité française fraîchement acquise »<sup>6</sup>. Sans se prononcer directement sur la question, la Cour de cassation semble confirmer ce caractère irréfragable en jugeant qu'une déclaration de nationalité peut être annulée si au jour de cette déclaration les époux n'avaient plus de vie commune, alors même que cette vie commune a auparavant existé et que la procédure en annulation du mariage a été abandonnée<sup>7</sup>. Toutefois, dans une autre décision, la Cour semble admettre implicitement que la présomption puisse être

<sup>1</sup> Par ex. Paris, 24 mars 1998, *D.* 1998, p. 517, note GUIHO ; – Rouen, 13 juin 2001, *JCP* 2002, IV, 1952.

<sup>2</sup> H. FULCHIRON, « Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *J.-Cl. inter.*, fasc. 502-60, art. 17 à 33-2, 1995, n° 347.

<sup>3</sup> *Contra* G. BOURDEAUX, « La suspicion de fraude », *JCP* 1994, I, 3782, n°s 8, 9 et 19.

<sup>4</sup> V. BONNET, *Le mariage à l'épreuve de la volonté des époux*, thèse dact., Lyon III, 1995, n° 631.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, inédit, pourvoi n° 01-02398 ; *RJPF*-2003-6/18.

<sup>6</sup> P. LAGARDE, « Droit de la nationalité et droit de l'immigration. L'expérience française », *in* Mél. N. VALTICOS, éd. Pedone, 1999, p. 663 et s., spéc. p. 670.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n° 00-00711, inédit.

renversée, puisque les faits invoqués par l'époux étranger « *n'étaient pas de nature à anéantir* la présomption de fraude édictée par l'article 26-4, alinéa 2, du Code civil<sup>1</sup> en cas de cessation de la communauté de vie dans l'année de l'enregistrement de la déclaration »<sup>2</sup>. *A contrario*, la Cour de cassation semble implicitement admettre que certains faits peuvent être de nature à renverser cette présomption, autres que ceux qui établissent l'absence de mensonge<sup>3</sup>. Cette solution, si elle devait se confirmer, serait préférable aux précédentes, afin de ne pas voir une fraude – à retenir cette qualification – là où il n'y en a indubitablement pas une.

**138** — L'article 27-2 du Code civil dispose quant à lui que les « décrets portant acquisition, naturalisation ou réintégration peuvent être rapportés (...) si la décision a été obtenue par mensonge ou fraude, (...) dans le délai de deux ans à partir de leur découverte ». La fraude a ainsi pu être retenue lorsque l'intéressé a dissimulé son mariage antérieur célébré à l'étranger et/ou avec un étranger<sup>4</sup>. Elle peut encore venir d'une fausse déclaration quant à son état civil par l'intéressé<sup>5</sup>, lequel ne remplit pas alors « la condition de moralité exigée » pour la naturalisation<sup>6</sup>. Ce peut être la dissimulation d'un mariage, le candidat à la naturalisation se faisant passer pour célibataire<sup>7</sup>, ou célibataire sans enfant<sup>8</sup>. Pour qu'une fraude ou un mensonge soient caractérisés, il est nécessaire qu'ils portent sur un élément déterminant dans l'appréciation des conditions d'acquisition de la nationalité française<sup>9</sup>. Il faut de plus que l'administration rapporte elle-même la preuve de la fraude<sup>10</sup>, laquelle doit être certaine et ne pas se fonder sur de simples soupçons<sup>11</sup>. La fraude afin d'échapper aux obligations militaires est également sanctionnée en droit de la nationalité. Afin de l'éviter, l'article 23-2 du Code civil dispose que le Français âgé de moins de trente cinq ans ne peut répudier sa nationalité s'il n'a pas satisfait aux obligations militaires. Sans expressément viser la fraude, cette limite tend directement à l'éviter en empêchant à l'avance la réalisation de son élément matériel. En aval, le sujet de droit qui changeait de nationalité afin d'échapper à la conscription ne pouvait ensuite demander sa réintégration dans la nationalité française. L'article 2.2° de la loi du 28 décembre 1967 érigeait la fraude au service militaire en empêchement à la réintégration dans la nationalité française. Cet obstacle a toutefois été supprimé par la loi du 9 janvier 1973<sup>12</sup>. La fraude a encore été invoquée à l'encontre d'acquisitions de certificats de nationalité<sup>13</sup>.

**139** — Principe général du droit, la réserve de la fraude pourrait encore être invoquée à l'encontre de n'importe quel mode d'acquisition de la nationalité française. Ainsi la fraude peut-elle faire échec à la possession d'état de dix ans justifiant la déclaration de

<sup>1</sup> Devenu art. 26-4 al. 3 depuis la loi du 26 novembre 2003.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 2004, pourvoi n° 02-21555, inédit. C'est nous qui soulignons. *Adde* Paris, 13 janvier 2005, *JCP* 2005, II, 10068, note BOULANGER.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 2004, *Bull.* n° 228.

<sup>4</sup> Not. CE, 28 juin 2002, *RJPF*-2002-12/18 ; – 23 novembre 2001, *RJPF*-2002-3/19, obs. PUTMAN.

<sup>5</sup> Par ex. le lieu de sa naissance : CE, 15 février 1963, *Turnsek*, *JDI* 1964, p. 581, note AYMOND.

<sup>6</sup> CE, 13 février 1974, *Gosson*, *Rec.* p. 94.

<sup>7</sup> CE, 30 avril 2004, *RJPF*-2004-9/22, obs. PUTMAN ; – 28 juillet 2000, *D.* 2000, IR, p. 274. Ce second arrêt vise à la fois la fraude et le mensonge, seule cette seconde qualification est correcte ici.

<sup>8</sup> CE, 28 octobre 1994, *D.* 1994, IR, p. 262.

<sup>9</sup> V. par ex. CE, 4 janvier 1957, *Lévy*, *Rec.* p. 8 ; *Rev. crit. DIP* 1958, p. 693.

<sup>10</sup> P. LAGARDE, *La nationalité française*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1997, n° 206.

<sup>11</sup> CE, 30 mai 1994, *D.* 1995, somm., p. 178, obs. JULIEN-LAFERRIERE.

<sup>12</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 174.

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, somm., p. 682.

nationalité prévue à l'article 21-13 du Code civil<sup>1</sup>. Elle peut encore être invoquée à l'encontre de l'étranger qui aurait dissimulé une condamnation pénale s'opposant à une naturalisation en vertu de l'article 21-23 du Code civil<sup>2</sup>, ou entraîner le retrait d'un décret de naturalisation pour non assimilation lorsque l'intéressé a dissimulé son état de polygamie<sup>3</sup>. Elle peut encore être invoquée à l'encontre du Français qui demande le renouvellement de son passeport<sup>4</sup>. Elle pourrait également être invoquée à l'encontre de la rectification de la date de naissance de la mère inscrite dans l'acte de naissance d'un enfant dans le but de faire acquérir la nationalité française à l'enfant et par voie de conséquence une carte de résident aux parents<sup>5</sup>. Toutefois, dans la quasi-totalité de ces hypothèses, la fraude visée n'est pas une fraude à la loi *stricto sensu* dans la mesure où l'intéressé n'évade pas une obligation ou une prohibition préexistante, mais crée les conditions d'application d'une disposition qui lui permet de prétendre à une acquisition de la nationalité française. La fraude dont il est question ici sera alors un simple mensonge ou une simulation<sup>6</sup> mais elle témoigne d'une forte altération de la notion de fraude, également perceptible en droit des conflits de lois.

#### B. L'ALTERATION DE LA NOTION DE FRAUDE A LA LOI EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS

**140** — Née d'une jurisprudence séculaire bâtie sur les bases d'un droit international privé ayant essentiellement pour vocation de défendre l'impérativité de la loi du for, la théorie de la fraude à la loi a rapidement révélé ses limites à absorber tous les comportements malicieux. C'est sur ce constat que M. le Pr. AUDIT voulut l'étendre à toute violation internationale de la loi. De fait, la jurisprudence l'élargit et ne l'envisage plus seulement sous le terme de fraude à la loi. Les circonstances révélées par la modification du comportement des intéressés épousent en effet rarement la configuration originelle de la notion de fraude à la loi. Ainsi, il n'est plus besoin de modifier l'élément de rattachement pour provoquer la désignation d'une autre loi que celle qui aurait été compétente en vertu de la règle de conflit. C'est dans cette optique que la jurisprudence et la doctrine élargirent la notion de fraude pour l'entendre, selon les circonstances, comme une fraude au jugement, à la juridiction ou à l'intensité de l'ordre public. De même, si l'évolution de l'élément légal de la notion de fraude à la loi vers la prise en compte de la fraude à la loi étrangère<sup>7</sup> était attendue, la jurisprudence eut l'occasion, au cours des années quatre-vingts, de reformuler son élément matériel sans que la doctrine ait véritablement perçu à l'avance, à l'inverse de l'élément légal, les nécessités de cette extension.

**141** — Cet élargissement était nécessaire au regard d'une affaire qui fit prendre conscience d'une possibilité de fraude à la loi jusqu'alors ignorée<sup>8</sup>. L'affaire *Caron* est

<sup>1</sup> Paris, 13 mai 1993, *D.* 1993, p. 483, note GUIHO, qui vise la mauvaise foi, le mensonge plus que la fraude.

<sup>2</sup> CE, 20 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9203, note LANGAVANT ; *Rev. crit. DIP* 1957, somm., p. 705.

<sup>3</sup> CE, 21 février 1996, req. n° 146388.

<sup>4</sup> CE, 3 mars 2003, *RJPF*-2003-9/13, obs. PUTMAN.

<sup>5</sup> Caen, 7 août 2001, *Juris-Data* n° 2001-163355 ; *JCP* 2003, IV, 2060 et Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, *RJPF*-2004-4/13, chr. MASSIP. Cette affaire tomberait aujourd'hui sous le coup du nouvel art. 47 du Code civil.

<sup>6</sup> CJCE, 5 juin 1997, *Kol*, aff. C-285/95, *Rec. I*-3069 ; - 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec. I*-6369.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *JDI* 1977, p. 880, note A. H. ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 151, note AUDIT et Paris, 5 mars 1976, *JDI* 1977, p. 880, note A. H. ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 1<sup>re</sup> esp., note AUDIT ; C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact. Rouen, 2000, n° 63 et s.

<sup>8</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ et Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-

intéressante à un double titre : elle montre que la fraude à la loi ne suppose pas nécessairement la modification directe de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit, mais qu'elle peut s'effectuer par l'action sur les circonstances qui permettent de qualifier le rapport de droit. Elle révèle ensuite qu'une fraude à la loi est possible même dans les matières où l'élément de rattachement échappe, par nature, à la volonté des parties, tel le lieu de situation d'un immeuble. Les faits sont connus et relativement complexes. Schématiquement, Caron a pu ameubler un immeuble situé en France en constituant, aux Îles Vierges, une société civile immobilière de droit américain détenue par lui-même et sa secrétaire, à laquelle il vendit l'immeuble. Dans son testament, il a ainsi pu céder des parts sociales, meubles incorporels, soumises à ce titre, selon la règle de conflit française, à la loi du dernier domicile du défunt, à savoir la loi américaine qui ne connaît pas la réserve héréditaire, et non plus exclusivement à la loi française, normalement compétente en tant que loi du lieu de situation de l'immeuble et qui prévoit une réserve au profit des deux enfants de Caron. Cette affaire permet de mettre au jour, de manière concrète, la conception « étriquée »<sup>1</sup> de l'élément matériel de la fraude à la loi tel qu'il était traditionnellement entendu. La fraude à la loi n'est plus seulement constituée par une modification volontaire de l'élément de rattachement, elle peut également procéder d'une action sur la qualification du lien litigieux. Le sujet ne cherche pas à corrompre le jeu d'une règle de conflit, il en élude directement la compétence au profit d'une autre qui doit conduire à l'application d'une loi matérielle différente. C'est donc sur l'ensemble du règlement conflictuel de la situation internationale que l'intention frauduleuse peut s'exercer.

**142** — Si la notion de fraude à la loi apparaît souvent mal utilisée par les juges et finalement critiquée par la doctrine, c'est essentiellement en raison de sa conception restrictive. La définition déduite de la jurisprudence de la fin du 19<sup>e</sup> siècle enferma pendant longtemps l'étude de la fraude internationale sous le seul angle de la fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit de lois. Cette vision a été critiquée dès les premières pages de sa thèse par M. le Pr. AUDIT qui dénonce le « dérapage » dans l'étude de la fraude à la loi de droit international privé. Selon cet auteur, si cette matière se prête à l'étude de la fraude à la loi, « ce n'est pas à titre principal parce que l'on y recourt au procédé de la règle de conflit ; c'est parce que toute interposition d'une loi étrangère, même ne se recommandant d'aucune règle de conflit, appelle naturellement le qualificatif de fraude en raison du caractère *en tout cas* juridique du moyen : la loi étrangère, pour être étrangère, n'en est pas moins une loi, et cela suffit à parer la violation de la loi évincée d'une apparence de régularité »<sup>2</sup>. À sa suite, M. le Pr. Yvon LOUSSOUARN souligna que d'autres auteurs « avaient eu conscience du caractère inéluctable de l'élargissement de la fraude à la loi. Toutefois, prisonniers des données traditionnelles, ils avaient été contraints d'assigner à cette notion une dualité d'acceptions, distinguant la fraude au sens large et la fraude au sens étroit. Il en résultait certains chevauchements ou confusions »<sup>3</sup>. Cette dénonciation eut un écho doctrinal très fort<sup>4</sup> mais elle n'a jamais été vraiment suivie d'effet, les définitions étant restées les mêmes dans les enseignements<sup>5</sup>.

---

HOEGY. *Adde* Paris, 23 janvier 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 92, note LEQUETTE ; *JDI* 1990, p. 994, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1991, II, 21637, note BEHAR-TOUCHAIS.

<sup>1</sup> Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc., p. 73.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 3 et s.

<sup>3</sup> Y. LOUSSOUARN, préface de B. AUDIT, *op. cit.*, p. X.

<sup>4</sup> V. not. G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, éd. Dalloz, p. 117 et s.

<sup>5</sup> V. ainsi celles données par H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 370 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 265 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 269 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.2.

143 — Aussi exacte et pertinente soit-elle, cette dénonciation est aujourd'hui insuffisante : la fraude doit être envisagée plus globalement et ne plus être circonscrite à l'étude de la seule fraude à la loi. La seule théorie de la fraude à la loi – entendue au sens strict – n'est pas en mesure d'absorber tous les comportements qui peuvent être qualifiés de fraude au sens large. Cette dernière n'est en effet pas la fraude mais seulement une de ses hypothèses parmi d'autres, comme la fraude à la juridiction, la fraude au jugement ou la fraude à l'intensité de l'ordre public. S'il est certain que ces notions se chevauchent souvent, notamment la fraude au jugement ou celle à l'intensité de l'ordre public, lesquelles n'ont pas d'individualité propre<sup>1</sup>, il n'en est pas toujours ainsi. Face aux insuffisances d'une vision unique de la fraude, la jurisprudence et la doctrine ont recouru à de nouveaux concepts de fraude définis en fonction de leur objet. En effet, ce que la réserve de la fraude sanctionne, au-delà du moyen utilisé, est le but de la manœuvre qui s'exprime dans la réalisation d'un certain résultat. En ce sens, il est apparu nécessaire de caractériser exactement la nature de la fraude à sanctionner afin de protéger efficacement l'intégrité de l'élément légal éludé. Devant cette diversification des techniques et des objets de la fraude, une approche systématique de la notion peut sembler vaine. Elle n'est alors envisagée que sous un angle particulariste et très casuistique, par la création de multiples compartiments dans lesquels pourront être rangés et classifiés les comportements malicieux. La présentation de la fraude à la loi par M. le Pr. Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES est à ce titre révélatrice : si l'auteur en garde une présentation classique au regard de ses trois éléments constitutifs tirés de la définition historique, il s'efforce de montrer qu'elle n'est pas la seule catégorie de fraude mais qu'elle fait partie d'un « vaste ensemble de pratiques frauduleuses émaillant les rapports internationaux »<sup>2</sup>. Ainsi, il est tout à fait possible de relever une fraude à la juridiction, par exemple, sans qu'aucune fraude à la loi ne soit constituée<sup>3</sup>. Mais plus loin, ce n'est plus à la seule notion de fraude, quelle qu'en soit sa nature, qu'il faut s'arrêter : le droit international privé peut directement faire appel à d'autres principes correcteurs du droit et notamment à la réserve de l'abus de droit<sup>4</sup>.

144 — C'est très certainement influencée par l'affaire *Caron* que la Cour de cassation a donné une autre définition de la fraude à la loi qui intègre cette nouvelle donnée<sup>5</sup>. L'affaire *Caron* est en effet, très certainement, l'une des seules à avoir justement consacré une fraude à la loi française par application d'une loi étrangère. Définie comme l'utilisation à dessein du règlement conflictuel d'une situation internationale créée dans le but exclusif d'échapper à l'application de la loi normalement compétente, la fraude à la loi était caractérisée dans cette affaire. La situation internationale créée était constituée par le montage qui incluait la création d'une société à l'étranger et la vente de l'immeuble à cette société dont les actions furent réparties entre les trois protagonistes. Les actions que détenait Caron furent léguées à sa secrétaire pour partie par legs et pour l'autre partie par le biais d'un trust qui devait servir les revenus à cette dernière. Il y a bien ici création d'une nouvelle situation internationale différente de la situation qui existait antérieurement à la manœuvre : le statut successoral de l'immeuble situé en France a bien été modifié par le montage juridique de Caron. L'élément légal est également constitué dans la mesure où l'ameublissement ainsi effectué permet, par le jeu de la règle de conflit de lois, de provoquer l'application d'une loi autre que celle qui aurait

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 167 et s. pour la fraude au jugement et *infra* n° 729 et s. en ce qui concerne la fraude à l'intensité de l'ordre public.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », Rép. inter. Dalloz, 1998, n° 9.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 12. Sur la fraude à la juridiction, cf. *infra* n° 627 et s.

<sup>4</sup> Cf. *infra* n° 315 et s., n° 392 et s., n° 634 et s.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note ANCEL.

été compétente à défaut de manœuvres. Enfin, l'intention frauduleuse est dans cette affaire indéniable. Caron a clairement affiché, par échange de lettres relevées par la cour d'appel, son intention de gratifier sa secrétaire au détriment de ses enfants avec qui il vivait en mésentente. La vente de l'immeuble n'a présenté aucun intérêt pour son maître puisque réalisée à perte, ce dernier n'en restait pas moins propriétaire indivis par le biais des actions de la société et, de fait, il continuait à en jouir lors de ses venues en bord de mer<sup>1</sup>. Cette affaire tend également à démontrer la nécessité de rechercher l'intention frauduleuse pour sanctionner la fraude à la loi. La situation créée était tout à fait réelle et non fictive, de la société à la vente de l'immeuble en passant par le testament et le trust. Tous ces actes juridiques étaient intrinsèquement licites au regard du droit applicable. La *fraus* est primordiale et l'affaire *Caron* ne signifie nullement que tout apport en société d'un immeuble situé en France sera qualifié de frauduleux.

**145** — Une double fraude à la loi a également été soupçonnée, en matière d'adoption internationale, dans une affaire où les juges ont considéré que l'abstention de la requérante ne permet d'écarter ni la fraude à la loi brésilienne, ni la fraude à la loi française<sup>2</sup>. La situation offre un exemple significatif de fraude à la loi mais difficile à établir. L'élément matériel – la reconnaissance de l'enfant par un Français – sera efficace à condition d'être valable en vertu de la loi brésilienne compétente d'après l'article 311-14 du Code civil<sup>3</sup>. Les circonstances montrent cependant que le raisonnement doit s'effectuer selon la loi française. À raisonner selon le droit français, si la reconnaissance mensongère peut en elle-même être annulée, la reconnaissance d'un enfant naturel n'exige pas la preuve de la paternité du déclarant au moment de l'acte juridique, lequel est toujours présumé sincère jusqu'à preuve du contraire<sup>4</sup>. C'est en ce sens que l'acte juridique préparatoire est ici efficace : il est réel et non simulé comme peut l'être une naturalisation dont le bénéficiaire ne reconnaît pas les effets. Elle permet en outre l'attribution automatique de la nationalité française du déclarant au profit de l'enfant, dès sa naissance et non à partir de la reconnaissance<sup>5</sup>, si bien que la loi personnelle de l'enfant visée à l'article 311-14 du Code civil sera, par reconnaissance postérieure à la naissance, la nationalité française, alors que la nationalité de l'enfant aurait été, à défaut de reconnaissance, la loi brésilienne. Or, en vertu de la règle de conflit française alors en vigueur au moment de l'affaire, les conditions comme les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant ou celle des effets du mariage si l'adoptant est un couple marié<sup>6</sup>, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté<sup>7</sup>. La loi personnelle de l'enfant ici visée est celle au jour de la demande d'adoption, c'est-à-dire la loi française, que l'enfant ait ou non, en outre, la nationalité brésilienne<sup>8</sup>. Pour qu'il y ait fraude à la loi brésilienne, il faut donc que celle-ci fût compétente, à défaut de reconnaissance, pour régir les modalités du consentement à l'adoption en vertu de la règle de conflit française. Selon la cour d'appel, la loi brésilienne du 13 juillet 1990 exige que l'adoption d'un enfant brésilien par des étrangers soit autorisée par jugement des tribunaux

<sup>1</sup> G. DROZ, note sous Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Caron*, préc., p. 291.

<sup>2</sup> TGI Paris, 5 janvier 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 529, note POISSON-DROCOURT et RANGEL, confirmé par Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, note MUIR-WATT.

<sup>3</sup> N'ayant pas été reconnu par sa mère à la naissance, la loi applicable était la loi personnelle de l'enfant. Il semble que le Brésil attribue sa nationalité aux enfants nés sur son sol de parents inconnus.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 1999, *Dr. fam.* 1999, n° 123, note MURAT.

<sup>5</sup> Art. 20 du Code civil.

<sup>6</sup> En ce sens P. MAYER, V. HEUZE, n° 628.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 1984, *Torlet*, et 31 janvier 1990, *Pistre*, *GADIP* n°s 67-68.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 59, note BATIFFOL ; *GADIP* n° 46.

brésiliens<sup>1</sup>. Le but de la reconnaissance était donc d'éluder la loi brésilienne qui nécessite l'intervention du juge brésilien, laquelle intervention aurait été exigée du juge français s'il avait été saisi d'une demande d'adoption d'un enfant « véritablement » brésilien. D'autant que le refus éventuellement opposé par le juge brésilien aux adoptants français n'est pas considéré comme contraire à l'ordre public<sup>2</sup>. L'intention frauduleuse résulte enfin du caractère mensonger de la reconnaissance. Le refus du père de se soumettre à l'examen comparé des sangs et celui de son épouse d'apporter des éclaircissements sur la réalité de l'acte font douter de la réalité du lien de filiation, appréciation laissée à l'entière souveraineté des juges du fond<sup>3</sup>.

**146** — Depuis le début des années quatre-vingts, la jurisprudence témoigne d'une utilisation plutôt régulière de la notion de fraude, mais sans que le plus souvent la manœuvre sanctionnée constitue une véritable fraude à la loi. En matière de mariage, il a été jugé que le fait pour les parties « de se rendre spécialement en Israël pour s'y marier constitue d'évidence une fraude à la loi de la part de deux français domiciliés en France, pays où ils comprenaient manifestement eux-mêmes qu'ils ne pourraient se marier »<sup>4</sup>. Était ainsi caractérisée selon la cour une fraude à la loi française nonobstant toute modification d'un élément de rattachement, si ce n'est le lieu de célébration du mariage qui peut parfois avoir une influence sur le fond. La fraude résidait dans le fait pour Zagma de croire qu'il était dégagé des liens du premier mariage par le divorce rabbinique, lequel était inopérant entre deux époux de nationalité française. La preuve de cette intention frauduleuse fut d'ailleurs corroborée par la saisine, suite au divorce, d'une deuxième action en nullité du mariage dissous. La fraude à la loi vient immédiatement à l'esprit face à cette situation mais ses conditions d'application ne sont pas réunies. L'élément matériel résiderait dans le fait d'avoir procédé à la célébration à l'étranger, à l'instar des mariages clandestins. Ce déplacement de l'élément de rattachement – le lieu de conclusion de l'acte juridique – permettrait d'évincer la loi française compétente pour régir les conditions de fond par application de la loi hébraïque, en vertu de la règle de conflit de lois hébraïque. L'intention frauduleuse résulterait de la connaissance avérée des époux de l'impossibilité de la célébration selon la loi française, en raison de l'inefficacité intrinsèque du divorce rabbinique. Il n'en reste pas moins que le recours à la notion de fraude à la loi était inutile puisque le déplacement du lieu de célébration n'a aucune conséquence sur la loi applicable au fond du mariage, en vertu de la règle de conflit de lois française. Le second mariage était donc nul sans qu'il soit besoin d'évoquer une quelconque fraude à la loi. La cour d'appel la relève d'ailleurs au surplus, entendant simplement alourdir d'une connotation morale le comportement déjà répréhensible des époux. Dès lors, la Cour de cassation ne prendra pas le soin de statuer sur cette prétendue fraude à la loi, comme le moyen du pourvoi l'y invitait<sup>5</sup>.

**147** — Dans une autre affaire de célébration du mariage à l'étranger, la Cour d'appel de Paris étendit de façon contestable le domaine du non moins discuté ancien article 190-1

<sup>1</sup> *Adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 548, note MUIR WATT ; *JDI* 1995, p. 625, note MONEGER ; *D.* 1995, p. 544, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE ; *Defrénois* 1991, p. 331, note MASSIP ; *GADIP* n° 69.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1990, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1993, *Bull. civ.* I, n° 11 ; *Defrénois* 1993, p. 989, note MASSIP ; *RTD civ.* 1993, p. 811, obs. HAUSER.

<sup>4</sup> Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 297, note LEGIER et MESTRE, et TGI de Grasse, 5 décembre 1967, *JDI* 1969, p. 82, note LEHMANN ; *Gaz. pal.* 1968, 1, p. 91.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note BISCHOFF ; *JDI* 1983, p. 595, note LEHMANN ; *D.* 1983, p. 431, note AGOSTINI et somm., p. 151, obs. AUDIT. *Adde* Civ. Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.* 1973, p. 143, obs. WATTE.

du Code civil<sup>1</sup>. Célébrée au Maroc, cette union souffrait de deux vices : un vice de clandestinité en raison de la non publication des bans en France et un défaut de comparution du mari lors de la célébration. C'est sur ce dernier point que la cour d'appel fut saisie. Elle considéra que l'article 146-1 du Code civil, qui exige la présence des deux époux lors de la célébration du mariage à l'étranger, a créé un nouveau cas de clandestinité du mariage. Or, « le mariage clandestin est un mariage contracté dans le but de frauder la loi, particulièrement lorsqu'il est contracté à l'étranger » ; il fut par conséquent soumis à la prescription annale de l'ancien article 190-1 du Code civil. Cette décision est contestable en ce qu'elle fait l'amalgame entre la fraude et la clandestinité alors que celle-ci n'est pas exclusive de la bonne foi des époux. La jurisprudence, de manière constante, n'annule les mariages clandestins célébrés à l'étranger que si les époux ont voulu faire fraude à la loi<sup>2</sup>. Dans un arrêt plus récent, la Cour d'appel de Paris a ainsi jugé que « le défaut de comparution d'un époux lors de la célébration ne constitue pas une fraude à la loi, mais équivalant à une absence de consentement, la prescription de l'article 190-1 n'est pas applicable en l'espèce »<sup>3</sup>. Au demeurant, l'utilisation de la notion de fraude à la loi dans l'arrêt de 1997 procède d'une confusion entre moyen et but de la fraude. Instaurée par la loi du 24 août 1993 qui fit de la lutte contre le mariage naturalisant son objectif principal, la fraude à la loi de l'ancien article 190-1 visait le mariage en tant que moyen de fraude, c'est-à-dire utilisé par le sujet afin d'acquérir un droit que le statut de célibataire ne lui permettait pas d'obtenir. Différente est la situation où le mariage est le but de la fraude. Celle-ci consiste alors en un déplacement du lieu de célébration afin de le faire échapper aux prohibitions et empêchements de la loi du lieu naturel de célébration<sup>4</sup>.

**148** — Dans cette affaire comme dans toutes celles où la réserve de la fraude à la loi est invoquée au surplus, expressément ou non, consciemment ou non, elle n'a d'intérêt et de justification que dans l'opprobre supplémentaire que le juge entend faire peser sur le comportement des parties. Ces quelques exemples montrent qu'à côté de rares applications satisfaisantes de la notion de fraude à la loi, son altération dénoncée par M. le Pr. AUDIT dans sa thèse se confirma dans les affaires relevées postérieurement. Elle se manifesta également par l'extension de la théorie de la fraude à la loi vers la notion de fraude au jugement.

## SECTION 2

### L'EXTENSION A LA NOTION DE FRAUDE AU JUGEMENT

**149** — En marge de ces applications plus ou moins satisfaisantes de la notion de fraude à la loi, la jurisprudence invoqua celle de fraude au jugement, pendant une dizaine d'années, en matière de reconnaissance des décisions étrangères<sup>5</sup>. La conjonction de plusieurs données permit en effet d'offrir aux époux de nationalité étrangère commune domiciliés en France une option de compétence judiciaire qui cachait, au prix d'un voyage de courte durée,

<sup>1</sup> Paris, 2 octobre 1997, préc.

<sup>2</sup> Dernièrement, Nancy, 5 février 1999, *Dr. fam.* 1999, n° 76, 1<sup>re</sup> esp., obs. LECUYER ; – TGI Paris, 11 mars 1980, *JCP* 1980, II, 19412, note PAIRE.

<sup>3</sup> Paris, 19 février 2004, *Juris-Data* n° 2004-238498.

<sup>4</sup> En ce sens, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, note sous Paris, 2 octobre 1997, préc., n° 12 et s.

<sup>5</sup> Sur la fraude au jugement, v. C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, *op. cit.*, n° 102 et s.

une véritable option de législation. Afin de limiter cette *optio legis* indirecte, la jurisprudence invoqua le concept de fraude au jugement. Il conviendra dès lors de déterminer la nature de cette extension de la notion de fraude (§ 1) avant d'en apprécier la pertinence (§ 2).

## § 1 – LA NOTION DE FRAUDE AU JUGEMENT

**150** — La mise en valeur de l'individualité de la notion de fraude au jugement par rapport à celle de fraude à la loi (B) suppose d'étudier la typologie de la manœuvre frauduleuse qui rendit sa création apparemment nécessaire (A).

### A. TYPOLOGIE DE LA MANŒUVRE FRAUDULEUSE

**151** — La notion de fraude au jugement a essentiellement été invoquée à l'encontre de répudiations étrangères obtenues par le mari devant le juge de sa nationalité alors que le couple résidait en France et que l'épouse avait intenté, ou projetait de le faire, une procédure en France. Les époux étrangers domiciliés en France bénéficient en effet, en matière de divorce, d'une option de compétence. Cette option est directement offerte à l'article 11 al. 1 et 2 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981. Les époux marocains bénéficient d'une option de compétence entre le juge français de leur domicile commun et le juge marocain de leur nationalité commune. Cette option appartient également aux époux de nationalité française commune domiciliés au Maroc. Plus généralement, la même option de compétence découle des règles françaises de compétence directe et indirecte pour les étrangers de nationalité commune domiciliés en France, quelle que soit leur nationalité. Elle découle des chefs de compétence alternatifs posés par l'article 3 du Règlement (CE) de Bruxelles 2 *bis*. Elle est aussi offerte par la combinaison des règles de compétence internationale directes et indirectes<sup>1</sup>. La non-exclusivité des règles de compétence interne offre une option de compétence puisque aller plaider devant ses juges nationaux ne sera pas en soi considéré comme un motif de refus de reconnaissance, par le for du domicile, du jugement étranger obtenu. À la suite de cette décision, les juges reconnurent ainsi plusieurs divorces prononcés à l'étranger par des époux qui auraient pu relever de la compétence du juge français<sup>2</sup>.

**152** — Le choix d'un juge n'est toutefois intéressant que s'il s'accompagne d'un changement de loi applicable<sup>3</sup>. Le but de la saisine d'un autre juge est de rendre applicable une loi différente de celle qui aurait été appliquée par le juge concurrent. L'avantage peut résider dans des facilités de procédure ou des délais de prescription différents, il se trouvera plus souvent dans des divergences substantielles. Ainsi, en présence de deux époux de nationalité marocaine domiciliés en France, l'option de compétence permettra un choix de loi. Sous l'empire de la Convention franco-marocaine, si la même loi sera en théorie appliquée quel que soit le juge saisi, le juge français opposera l'ordre public français en matière internationale au droit de rupture discrétionnaire prévu par la loi marocaine. Quant au juge musulman, il

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70.

<sup>2</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 337, note LEQUETTE ; *JDI* 1988, p. 435, note JACQUET ; *D.* 1987, p. 467, note MASSIP ; – 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note ANCEL ; *D.* 1994, somm., p. 352, obs. AUDIT ; *Deffrénois* 1995, p. 312, obs. MASSIP.

<sup>3</sup> A. SINAY-CYTERMANN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721 et s., spéc. p. 727.

appliquera sa loi en raison de la nationalité et de la confession communes des époux<sup>1</sup>. Par conséquent, l'option de juridiction permet le choix indirect d'une loi. La situation sera identique sous le régime de droit commun en supposant que le juge étranger saisi applique une loi autre que la loi française, compétente en vertu de l'article 310 al. 2 du Code civil. Mais pour que l'option de compétence soit parfaite, encore faut-il que la décision obtenue soit valable dans le for concurrent. C'est justement ce que permet l'arrêt *Rohbi* en considérant la répudiation prononcée à l'étranger, entre deux époux dont le statut personnel l'autorise, valable au regard de l'ordre public pris dans son effet atténué<sup>2</sup>. L'effet atténué de l'ordre public s'oppose ainsi à ce que la nature propre de la répudiation étrangère soit à elle seule un motif de refus de reconnaissance. Cette impossibilité résulte expressément de l'article 13 al. 1<sup>er</sup> de la Convention franco-marocaine qui assimile la répudiation et le divorce classique, ce dont il résulte que l'ordre public ne peut en principe être opposé aux répudiations marocaines<sup>3</sup>.

**153** — Sous l'empire de ces trois données, les exemples se multiplient d'époux qui saisissent leur juge national afin de répudier leur épouse qui, souvent, avait intenté une action devant le juge français, en dissolution ou en contribution aux charges du mariage. La jurisprudence confirma sa position de mansuétude à l'égard de ces répudiations obtenues alors qu'une instance était en cours en France, soit afin d'obtenir une décision de divorce le plus souvent aux torts de l'époux<sup>4</sup>, soit afin d'obtenir une condamnation du mari au paiement des charges du mariage<sup>5</sup>. Dans la plupart des hypothèses, la répudiation ainsi obtenue permettait de faire échec à la procédure diligentée en France, faute de mariage à honorer ou à dissoudre. Une décision française ne peut en effet contredire une décision étrangère antérieurement et valablement reconnue<sup>6</sup>. La difficulté est alors de savoir à partir de quel moment un juge est valablement saisi. En effet, dans la quasi-totalité des hypothèses concernant une répudiation, l'époux saisit son juge national après qu'a été engagée par son épouse une procédure en France mais avant que soit rendu le jugement. Obtenu à l'issue d'une procédure rapide à l'inverse de celle portée devant le juge français, l'acte de répudiation intervient souvent entre le dépôt de la requête et le jour de l'assignation. Le juge français doit alors surseoir à statuer tant que n'a pas été tranchée la question de la reconnaissance de la décision étrangère<sup>7</sup>. La question est donc de savoir à quel moment l'instance est introduite devant le juge français. Sur ce point, les juges du

<sup>1</sup> J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et de systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, RCADI 1988-IV, t. 211, p. 9 et s., spéc. p. 174.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rohbi*, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 1<sup>re</sup> esp., note FADLALLAH ; *JDI* 1984, p. 339, note KAHN ; *JCP* 1984, II, 20131, concl. GULPHE ; *Deffrénois* 1984, p. 787, obs. REVILLARD ; *GADIP* n° 63.

<sup>3</sup> I. FADLALLAH, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rohbi*, préc., p. 333. *Adde* du même auteur, « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? », *Rev. crit. DIP* 1983, p. 17 et s. Ni la jurisprudence, ni la doctrine, ne s'estiment tenues de cette assimilation, v. not. F. MONEGER, « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ? », *JDI* 1992, p. 347 et s. ; Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, *JDI* 1994, p. 122.

<sup>4</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1987 et 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 733, note NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1989, p. 63, 2<sup>de</sup> esp., note MONEGER.

<sup>5</sup> TGI Dunkerque, 17 avril 1985, *D.* 1985, p. 551, note REMERY ; – Douai, 9 mars 1989, *JCP* 1989, II, 21388, note X.L. *Adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1978, *JCP* 1978, II, 18996, concl. GULPHE ; *D.* 1979, p. 301, note FENAUX ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 88, 1<sup>re</sup> esp.

<sup>6</sup> Agen, 22 juillet 1936, *D.H.* 1936, p. 544 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1976, *JDI* 1977, p. 99, note HUET. *Adde* D. ALEXANDRE, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 633, notes 67 à 69.

<sup>7</sup> Rouen, 24 avril 2005, *Dr. fam.* 2005, n° 189, note LARRIBAU-TERNEYRE.

fond oscillent entre la date du dépôt de la requête<sup>1</sup> ou celle de l'assignation<sup>2</sup>. Contrairement à la majorité de la doctrine<sup>3</sup>, la Cour de cassation prend parti pour la date de l'assignation<sup>4</sup>. Dans tous les cas, une demande de divorce formée en France est recevable tant que celle formée à l'étranger n'a pas fait l'objet d'une décision irrévocable<sup>5</sup>. Seule une répudiation intervenue après l'assignation pourrait justifier un dessaisissement de l'autorité saisie en second et donc, le cas échéant, la non-reconnaissance de la décision rendue par cette juridiction en raison de son incompétence. Faute de pouvoir opposer à la répudiation obtenue à l'étranger l'incompétence du juge qui a statué, l'antériorité de la saisine du juge français ou l'exception d'ordre public français en matière internationale, les juges durent s'orienter vers une appréciation subjective de la saisine du juge étranger.

## B. LA CONSECRATION DE LA NOTION DE FRAUDE AU JUGEMENT

**154** — La notion de fraude au jugement a pu être individualisée à partir des affaires de répudiations étrangères (2) dans la mesure où la conception traditionnelle de la fraude à la loi de droit international privé est apparue insuffisante pour contester ces manœuvres (1).

### 1. Nécessité de la notion de fraude au jugement au regard de la conception traditionnelle de la fraude à la loi

**155** — Apparue lors des affaires de répudiations étrangères, la notion de fraude au jugement avait en réalité été utilisée auparavant. Au début du 20<sup>e</sup> siècle, un contrat fut ainsi annulé au motif qu'il avait été conclu pour faire fraude à un jugement étranger<sup>6</sup>. Dans une autre affaire, le divorce obtenu aux États-Unis par le mari après qu'il fut débouté par le juge français, peut être interprété comme une fraude au jugement français antérieurement rendu<sup>7</sup>. La Chambre des requêtes ne tranche toutefois pas cette question, laquelle n'apparaît formellement que dans l'abstract publié à la Revue critique de droit international privé en marge de cet arrêt. Dans une autre affaire, la Cour de cassation refusa d'exonérer un époux de son obligation d'aliment en considérant qu'il « n'appartient pas, en effet, à un débiteur français, condamné en pays étranger, de se soustraire à son gré, en changeant de résidence, au paiement de l'intégralité de sa dette envers son créancier français demeuré en pays étranger »<sup>8</sup>.

**156** — Dans une affaire de divorce, les juges ont considéré que « le refus d'accepter le désistement tend à obtenir de la juridiction française un jugement qui serait inconciliable

<sup>1</sup> Colmar, 4 décembre 1992, confirmé, par substitution de motif, par Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1995, *JDI* 1995, p. 343, 2<sup>e</sup> esp., note KAHN ; *Rev. crit. DIP* 1995, p. 569, 2<sup>e</sup> esp., note DEPREZ.

<sup>2</sup> Douai, 22 septembre 1989, cité par F. MONEGER, « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ? », *op. cit.*, p. 350 ; – Versailles, 14 février 1991, cassé pour un tout autre motif, par Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 343, 1<sup>re</sup> esp., note KAHN.

<sup>3</sup> Not. F. MONEGER, *op. cit.*, p. 351 ; J. DEPREZ, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1995, préc., p. 571 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1987 et 6 juillet 1988, préc., p. 740.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1994, préc. ; – 31 janvier 1995, préc. *Adde*, en droit interne : L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 4<sup>e</sup> éd. Litec, 2004, n° 721 ; J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *Dissolution de la famille*, éd. LGDJ, 1991, n° 335. V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 2003, *Juris-Data* n° 2003-019451.

<sup>5</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 3 décembre 1997, *Bull. civ.* II, n° 293.

<sup>6</sup> T. civ. de la Seine, 20 mars 1907, *JDI* 1908, p. 155.

<sup>7</sup> Req., 11 novembre 1908, *JDI* 1909, p. 753, note J. P. ; S. 1909, I, 572 ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 227 ; D. 1914, I, 118 ; S. 1909, I, 572.

<sup>8</sup> Req., 29 juillet 1929, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 334.

avec la décision de la juridiction américaine » alors qu'un « tribunal français ne peut accepter de statuer sur une demande qui tendrait à mettre frauduleusement en échec un jugement étranger »<sup>1</sup>. L'emploi de la notion de fraude n'est ici pas opportun en raison de l'absence de hiérarchie entre les deux jugements étrangers<sup>2</sup>. Au-delà, aucune fraude à la loi ne pouvait être relevée, faute pour l'époux d'avoir procédé à une quelconque manipulation d'un critère de rattachement. La fraude pourrait néanmoins résulter de « la recherche d'un moyen qui eût permis de faire échec à un jugement étranger émanant d'une juridiction compétente et rendu après un débat véritable »<sup>3</sup>. À supposer cette définition valable, la fraude ainsi recherchée aurait nécessité l'examen comparé des deux jugements étrangers, ce que justement la cour d'appel refusa en déclarant abusif le refus de désistement d'instance de l'époux. La fraude ici invoquée n'est donc qu'une fraude au sens large du terme, à connotation éminemment morale, qui permet à la cour d'appel de passer outre le refus du défendeur lorsque celui-ci n'est fondé sur aucun motif légitime<sup>4</sup>. Dans une autre affaire et bien que la manœuvre ait été considérée comme une fraude à la loi, le fait de multiplier les instances en divorce devant des juridictions étrangères différentes alors que le juge français avait déjà débouté le mari, révèle davantage une fraude au jugement<sup>5</sup>. Le mari n'ayant pu obtenir une décision de divorce du juge français, il saisit celui de sa nouvelle résidence devant lequel il put l'obtenir. Le but de la manœuvre n'était ici pas tant d'évincer l'application de la loi française que d'obtenir d'un juge une décision déjà refusée par un autre. Dans ces quelques affaires où une fraude au jugement peut implicitement se révéler, ce concept n'est toutefois pas utilisé et analysé en tant que tel. La notion a été également citée sans plus de précisions par d'autres auteurs<sup>6</sup>.

**157** — Elle fut à l'inverse nettement séparée de la fraude à la loi par M. le Pr. Pierre MAYER lors de la recherche des moyens de lutte contre le *forum shopping*<sup>7</sup>. S'il est bien souvent « une possibilité sinon heureuse, du moins normale dans l'état actuel de division du monde en systèmes juridiques différents »<sup>8</sup>, cette diversité peut néanmoins facilement se prêter à la fraude. Préférant l'exception de fraude à la limitation du nombre des chefs de compétence, M. le Pr. MAYER montre que la fraude dont il est question ici n'est pas la fraude à la loi qu'invoque pourtant la jurisprudence. La fraude se réalise ici non pas directement devant l'autorité appelée à statuer mais « à l'égard du pays de la reconnaissance : elle consiste, sachant qu'on obtiendra pas dans ce pays (pays I) la décision que l'on espère, à saisir l'organe d'un autre pays (pays II) dans le but principal, sinon exclusif, de voir reconnaître dans le pays I la décision obtenue dans le pays II »<sup>9</sup>. C'est l'hypothèse classique des divorces migratoires qui, loin de révéler une fraude à la loi faute de procéder d'une modification d'un élément de rattachement, s'apparente à une « fraude à la décision française », c'est-à-dire une « fraude à la décision (virtuelle) qu'aurait prononcée l'organe français, par le moyen du détournement de la règle de compétence internationale indirecte »<sup>10</sup>. L'opposition entre les notions de fraude à la loi et de fraude à la décision française s'appuie sur leurs domaines respectifs : la première concerne les conflits de lois, la seconde les conflits de juridictions.

<sup>1</sup> Paris, 19 février 1960, *JCP* 1960, II, 11665, note AYMOND ; *Rev. crit. DIP* 1961, p. 182, note LAGARDE.

<sup>2</sup> P. LAGARDE, note préc., p. 190.

<sup>3</sup> P. AYMOND, note préc.

<sup>4</sup> Aujourd'hui à l'article 396 du ncp ; L. CADIER, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 887.

<sup>5</sup> TGI Paris, 6 juillet 1972, *JDI* 1973, p. 728, note AUDIT.

<sup>6</sup> H. BATIFFOL, note sous T. civ. de la Seine, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 679 et s., spéc. p. 682.

<sup>7</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, éd. Dalloz, 1973, n° 238 et s.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 238.

<sup>9</sup> *Ibid.*, n° 242.

<sup>10</sup> *Ibid.*

**158** — En visant, comme l'arrêt *Simitch*, les principes qui régissent la compétence judiciaire ou juridictionnelle internationale, les décisions qui utilisent la notion de fraude au jugement se réfèrent implicitement à cette conception d'une fraude liée aux conflits de juridictions. Tout en allégeant les conditions de reconnaissance de cette compétence indirecte du juge étranger, l'arrêt *Simitch* pose cependant deux limites : il faut que le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et que le choix de la juridiction n'ait pas été frauduleux. Si l'absence de liens caractérisés permet souvent de déduire la fraude, ces deux conditions sont assurément distinctes<sup>1</sup>. La fraude n'est pas exclusive de liens forts, voire prépondérants, entre la situation individuelle et le juge qui en est saisi, « sauf à priver de tout intérêt la distinction entre rattachement caractérisé et absence de fraude »<sup>2</sup>. La Cour de cassation prévient ici toute utilisation malicieuse de la pluralité de compétence qu'offre de façon inhérente l'internationalité d'une situation. La question est alors de savoir quelle fraude la Cour de cassation a voulu sanctionner. En n'employant pas directement l'expression « fraude à la loi » qu'elle avait redéfinie deux ans auparavant<sup>3</sup>, la Haute juridiction n'a certainement pas souhaité s'enfermer dans une définition qu'elle savait limitée à des hypothèses précises alors que la fraude, prise au sens large, apparaît protéiforme. Elle entendait alors placer la caractérisation de la fraude sur le terrain des conflits de juridictions, ce qui incite à voir dans la fraude visée une fraude à la compétence juridictionnelle<sup>4</sup>.

**159** — Transposée du raisonnement de la fraude à la loi, la fraude à la juridiction peut se définir comme le fait de provoquer volontairement la compétence d'un for déterminé, par la création artificielle d'un critère de compétence juridictionnelle, dans le but exclusif de soustraire le litige à ses juges naturels<sup>5</sup>. Cette fraude à la juridiction, concevable au stade de la reconnaissance d'un jugement étranger, ne peut pas être retenue en ce qui concerne les répudiations : l'époux ne crée pas un chef de compétence qui fonderait celle du juge musulman, il existe déjà en raison de sa nationalité étrangère. Le lien qui fonde cette compétence n'est donc pas artificiel et créé pour la circonstance, sans d'autre utilité pour l'intéressé. Entendue comme une fraude à la juridiction, la fraude visée par l'arrêt *Simitch* ne permet donc pas de lutter contre une répudiation obtenue à l'étranger, lorsque le mari ne fait que saisir le for de sa nationalité. De même, la notion de fraude à la loi ne peut expliquer les répudiations. La fraude à la loi suppose la modification d'un élément de rattachement. Or, pas plus qu'au sujet de la fraude à la compétence juridictionnelle, une modification d'un élément de rattachement conduisant à l'application d'une loi différente ne peut être relevée en ce qui concerne les répudiations. Dans ces affaires, la loi déclarée compétente l'a été au titre de loi du for ou en raison d'un lien de rattachement préexistant, sans qu'il soit besoin pour l'intéressé d'agir directement sur l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit de lois.

**160** — Ni fraude à la compétence juridictionnelle, ni fraude à la loi, le juge pourrait sanctionner une fraude à la loi couplée d'une fraude à la compétence, celle-ci n'étant que le

---

<sup>1</sup> Paris, 15 mars 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1998, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 662, note MUIR WATT.

<sup>2</sup> Th. VIGNAL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001, *JCP* 2002, II, 10039, p. 453.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge*, préc.

<sup>4</sup> Cf. *infra* n° 710 et s.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, préc. Cf. *infra* n° 627 et s.

moyen de celle-là<sup>1</sup>. Ici, la fraude à la loi résulte non pas directement d'une modification de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit française, mais de la création d'une compétence artificielle d'un juge étranger. En ce sens, à retenir la conception étroite de la fraude à la loi, cette qualification serait erronée à défaut d'une action directe sur la règle de conflit de lois, le juge étranger ayant simplement appliqué la loi désignée par sa propre règle de conflit<sup>2</sup>. En revanche, c'est la compétence frauduleuse du juge étranger qui a permis de provoquer celle de la loi étrangère, corrélativement l'éviction du juge et de la loi normalement compétents. En ayant une conception extensive de l'élément matériel de la fraude à la loi, celle-ci était alors qualifiée. Cette approche hybride a été retenue dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Paris<sup>3</sup>. Dans celle-ci, comme dans toutes celles relatives à une répudiation, aucune fraude à la loi ni de fraude à la juridiction ne peut être retenue puisque l'époux ne fait qu'exploiter, sans quelconque artifice, une option de compétence judiciaire préexistante.

## 2. L'individualisation de la notion de fraude au jugement

**161** — La nature de la fraude qui permet de sanctionner les répudiations doit donc être recherchée ailleurs. La fraude aux droits de l'épouse est parfois retenue, le choix par le mari de la procédure de répudiation lui permettant d'évincer son épouse des débats<sup>4</sup>. Reste qu'ici l'ordre public suffit au rejet de la décision étrangère<sup>5</sup>. À s'en tenir aux répudiations, une similitude ressort de ces affaires. Dans tous les cas où la fraude a été retenue, l'époux n'est allé demander une répudiation qu'après que son épouse a, en France, intenté une action en divorce ou en contribution aux charges du mariage. Le mari se rend alors devant son juge national afin d'obtenir dans les meilleurs délais une répudiation que, de retour en France, il invoque afin de faire échec à la procédure entamée par son épouse, laquelle devient effectivement sans objet faute de mariage à honorer ou à dissoudre. La fraude ne résiderait donc pas tant dans la compétence judiciaire ou législative éludée que dans le jugement auquel le sujet entend échapper, ce dans un schéma très proche de celui que M. le Pr. MAYER a décrit dans sa thèse<sup>6</sup>.

**162** — C'est l'argument invoqué à propos d'une répudiation algérienne<sup>7</sup>. Recourant au critère de l'arrêt *Simitch*, la Cour de cassation estime que si « les juridictions de l'État contractant dont les époux ont tous deux la nationalité peuvent être également compétentes pour prononcer la dissolution du mariage, quel que soit le domicile des époux au moment de l'introduction de l'instance, c'est à la condition que le choix de ces juridictions n'ait pas été fait dans un but frauduleux ». Ce but frauduleux consiste dans le fait de saisir un autre juge « dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français » condamnant, en l'espèce, le mari à contribuer aux charges du mariage. Cet argument de la fraude au jugement sera repris par la suite dans une série d'arrêts, presque tous rendus à propos de répudiations obtenues dans le seul but d'échapper aux conséquences d'un jugement d'ores et déjà ou en passe d'être

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 2<sup>de</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON. *Adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc. ; – 2 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>2</sup> H. GAUDEMET-TALLON, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, préc., p. 96.

<sup>3</sup> Paris, 6 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 2<sup>de</sup> esp., note FADLALLAH.

<sup>4</sup> Versailles, 7 janvier 1993, confirmé par Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 469.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, préc.

<sup>6</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op. cit.*, n° 242.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486, note MASSIP ; *Deffrénois* 1988, p. 726, obs. MASSIP.

rendu<sup>1</sup>. Ces décisions visent parfois une « manœuvre destinée à faire échec à la procédure de divorce intentée par l'épouse »<sup>2</sup>, « d'échapper aux conséquences de la procédure introduite antérieurement en France par son épouse »<sup>3</sup> ou effectuée « dans le seul but de se soustraire à la juridiction française déjà saisie »<sup>4</sup>.

**163** — La fraude au jugement a ainsi pu être définie comme « le fait d'aller plaider à l'étranger dans le but principal d'invoquer le jugement dans le pays où l'on vit, qui aurait refusé de le prononcer si ses juges avaient été saisis directement »<sup>5</sup>. Un autre auteur la définit comme « la modification objectivement licite du rapport contentieux entre les parties effectuée de manière à le porter à la connaissance d'un second juge (à l'étranger) dans le seul but d'obtenir de celui-ci une décision qui soit susceptible (d'être reconnue au for et) de neutraliser celle rendue par le juge (du for) »<sup>6</sup>. Comme la fraude à la loi, elle nécessite la réunion de trois éléments. L'élément matériel est la saisine d'une autorité, française ou étrangère, dont la compétence internationale directe et indirecte est reconnue. L'élément intentionnel est le fait pour le sujet de saisir une seconde autorité dans l'unique dessein, au-delà de l'obtention d'un résultat donné, d'opposer la décision obtenue à une autre décision, virtuelle ou existante, portant sur un objet différent ou identique, rendue par l'autre autorité potentiellement compétente. L'élément légal est la mise en échec de cette décision, française<sup>7</sup> ou étrangère<sup>8</sup>, par le biais d'une autre décision.

**164** — Sans forcément intervenir sur le même objet, les deux décisions doivent non seulement être inconciliables, mais surtout l'une – celle frauduleusement obtenue – doit être hiérarchiquement supérieure à l'autre – celle que l'autorité non saisie aurait ou a rendue. Cette hiérarchie peut s'exprimer de différentes façons : soit la décision provient d'une autorité directement supérieure ; soit elle rend caduque l'autre décision ou son prononcé. En droit international privé, le rapport de hiérarchie s'exprimera presque exclusivement sous cette seconde forme. Mais la première pourrait exister, notamment dans des circonstances proches de l'affaire jugée par la Cour d'appel de Paris<sup>9</sup>, si la juridiction new yorkaise avait été une

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, préc. ; – Paris, 15 novembre 1988, *D.* 1989, somm., p. 257, obs. AUDIT ; – Versailles, 9 octobre 1989, *D.* 1989, IR, p. 321 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; – 18 décembre 1990, *Bull. civ. I*, n° 295 ; – Versailles, 27 février 1992 et Paris, 22 avril 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, note MUIR WATT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPREZ ; – 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note ANCEL ; – 5 octobre 1994, *Bull. civ. I*, n° 266 ; – 13 décembre 1994, préc. ; – 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 321 ; *D.* 1995, IR, p. 204 ; – 14 janvier 1997, *Bull. civ. I*, n° 13 ; – Chambéry, 7 avril 1997, confirmé par Civ. 1<sup>re</sup>, 12 novembre 1998, *Bull. civ. I*, n° 310 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 704, note L. GANNAGE ; *D.* 2001, p. 3378, note NIBOYET ; *Dr. & Patr.* 2001, n° 97, p. 116, obs. MONEGER ; *JDI* 2002, p. 181, note KAHN ; *JCP* 2002, II, 10039, note VIGNAL ; *LPA* 2002, n° 108, note COURBE ; *Gaz. pal.* 2002, n° 109 à 110, p. 21, note DU RUSQUEC ; *RJPF*-2001-11/23, note MEYZEAUD-GARAUD ; *Dr. fam.* 2002, chr. FARGE, n° 17 ; – 29 janvier 2002, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 573, note ANCEL ; *Bull. civ. I*, n° 30 ; – Paris, 13 novembre 2002, *Juris-Data* n° 2002-207005 ; – Amiens, 29 avril 2003, *Juris-Data* n° 2003-217931 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, *JDI* 2004, p. 182, note MONEGER ; – 30 mars 2004, pourvoi n° 00-19675, inédit.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 1997, préc.

<sup>4</sup> Amiens, 29 avril 2003, préc.

<sup>5</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 393.

<sup>6</sup> B. ANCEL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, préc., p. 576.

<sup>7</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc. ; – 4 mai 1994, préc. ; – 13 décembre 1994, préc. ; – 14 janvier 1997, préc.

<sup>8</sup> Versailles, 27 février 1992, préc.

<sup>9</sup> Paris, 19 février 1960, préc.

juridiction fédérale, donc hiérarchiquement supérieure à celle de Reno. De façon plus précise, la fraude au jugement peut alors se définir comme le fait d'obtenir du for d'un pays donné une décision dans le but exclusif de l'invoquer à l'encontre d'une décision hiérarchiquement inférieure rendue, ou susceptible d'être rendue, par le for normalement compétent qui aurait refusé, s'il avait été saisi directement, de rendre une décision équivalente. Principe général du droit, la fraude au jugement doit d'office être recherchée par le juge de la reconnaissance<sup>1</sup>.

**165** — La fraude au jugement se distingue nettement de la fraude à la loi telle qu'elle est traditionnellement entendue<sup>2</sup>. L'autorité de contrôle peut donc être confrontée à trois situations. Elle peut tout d'abord être en présence d'une fraude à la loi sans fraude au jugement. C'est l'hypothèse où l'individu a modifié un critère de rattachement afin d'obtenir directement une décision que certes il n'aurait pas obtenue à défaut de modification, mais qui n'est pas destinée à remettre en cause une situation antérieure ou à venir créée par une autre décision. L'affaire *Vidal*<sup>3</sup> illustre cette hypothèse. Elle peut ensuite être confrontée à une fraude au jugement sans fraude à la loi, comme pour les affaires de répudiations. Elle peut enfin être en présence d'une fraude à la loi couplée d'une fraude au jugement lorsque le sujet a modifié un critère de rattachement afin de provoquer l'application d'une loi différente dans le seul but de mettre en échec une décision intervenue ou à venir dans le for dont il relève habituellement. Il apparaît néanmoins immédiatement que les liens entre les deux notions sont ténus et que souvent, sinon systématiquement, la fraude au jugement se double en réalité d'une fraude à la loi<sup>4</sup> et, plus loin, que les deux se confondent<sup>5</sup>.

**166** — En réalité, comme l'écrit Mme la Pr. Léna GANNAGE, l'individualité et donc l'utilité de la notion de fraude au jugement « ne saurait s'affirmer que si l'on adhère à la conception éminemment restrictive de la fraude à la loi qui prévaut au sein du droit international privé »<sup>6</sup>. Le rejet de la notion de fraude au jugement doit ainsi s'accompagner d'une redéfinition du concept de fraude à la loi et d'un appel à d'autres concepts régulateurs du droit, comme la réserve de l'abus de droit, capables d'absorber les comportements que cette première notion est censée atteindre. Si l'interrogation sur la pertinence de la notion de fraude au jugement garde un intérêt théorique, la jurisprudence semble se fixer, notamment au sujet des répudiations, vers un contrôle objectif fondé sur un ordre public multiforme : égalitaire<sup>7</sup>, procédural<sup>8</sup> voire « alimentaire »<sup>1</sup>. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation revient sur une

<sup>1</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc. ; – 18 juillet 1995, préc.

<sup>2</sup> En ce sens, P. MAYER, V. HEUZE, n° 390 ; H. MUIR WATT, J.-Cl. Inter., fasc. 584-4, 1990, n° 23 ; C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, op. cit., n° 174 et s.

<sup>3</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, D. 1878, 2, 6 ; S. 1879, 2, 205.

<sup>4</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », op. cit., n° 20.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 182 et s.

<sup>6</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, éd. LGDJ, 2001, n° 295.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 1997, D. 1997, p. 400, note NIBOYET ; JDI 1998, p. 110, note KAHN ; – 17 février 2004, arrêts nos 256 et 258, D. 2004, p. 824, concl. CAVARROC ; D. 2004, p. 815, chr. COURBE, et IR, p. 607 ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; JCP 2004, II, 10128, note FULCHIRON, et I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 124, note MONEGER ; *RJPF*-2004-5/11, chr. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note HAMMJE ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. MARGUENAUD ; *A.J.F.* 2004, p. 140, obs. DAVID ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 30-31 juill. 2004, somm., p. 32, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, chr. NIBOYET, p. 27.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, D. 1999, p. 671, note AGOSTINI ; *Dr. fam.* 2000, n° 54, note FULCHIRON ; JCP 2001, I, 293, obs. FARGE.

approche partiellement subjective du contrôle des répudiations et réintègre, après plusieurs années de silence, la condition selon laquelle le choix du tribunal par le mari ne doit pas avoir été frauduleux<sup>2</sup>. Assurément, la fraude visée ici est de même nature que celle utilisée par les arrêts antérieurs et signifie que l'existence de liens caractérisés entre le litige et le juge saisi n'est pas exclusive de toute fraude. Néanmoins, la formule retenue par la Cour de cassation est ambiguë sur l'autonomie du concept de fraude. Bien que les notions de fraude et d'ordre public soient différentes<sup>3</sup>, l'attendu principal mêle ici inopportunément les deux conditions, faisant apparaître l'absence de saisine frauduleuse, au même titre que les compensations pécuniaires et le respect du contradictoire, comme un élément d'appréciation de la conformité du jugement étranger à l'égard de l'ordre public international<sup>4</sup>. Cet arrêt vient accentuer le flou autour d'une notion, dont la pertinence est déjà douteuse, en lui déniait l'indépendance qui lui avait un temps été reconnue. Toujours est-il que la force avec laquelle la Cour de cassation repousse aujourd'hui les répudiations étrangères, sur le fondement de l'ordre public<sup>5</sup>, rend dorénavant, *a priori*, inutile le recours à la notion de fraude au jugement, au moins dans ce cas de figure. De même, un autre arrêt restreint directement l'utilité de la notion en jugeant, contrairement à ce qui avait été admis depuis l'arrêt *Simitch*<sup>6</sup>, que la nationalité étrangère commune des époux ne suffit pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée au for étranger, dès lors qu'ils sont domiciliés en France<sup>7</sup>. À la supposer acquise<sup>8</sup>, cette solution permet de rejeter les répudiations étrangères ayant donné lieu à la notion de fraude au jugement. En ce sens, elle pourrait réduire « le cas du choix frauduleux à une figure si rare qu'elle en devient improbable »<sup>9</sup>. Néanmoins, cette décision ne peut s'analyser comme une remise en cause de l'arrêt *Simitch*<sup>10</sup>. Fût-elle utile dans certains cas, il apparaît que la notion même de fraude au jugement est inadéquate.

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, « Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ? », (note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 14 mars 2002), *JCP* 2002, II, 10095.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001, préc.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 225 et s.

<sup>4</sup> En Belgique, la condition d'absence de fraude est également rattachée à la notion d'ordre public, en vertu de l'article 570 al. 2, 1° du Code judiciaire, J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance des répudiations », *RTD fam.* 1996, p. 131 et s., spéc. p. 137. Le Code de droit international privé intègre dans les conditions de reconnaissance l'absence de fraude à la loi (art. 25, § 1<sup>er</sup>, 3°). Le code prévoit également une disposition spéciale pour les répudiations à l'article 57. Pour être reconnues en Belgique, les répudiations devront ainsi respecter treize conditions ; S. DEBROUX, G. PIJCKE, « Efficacité des décisions étrangères en matière de dissolution de lien conjugal. État actuel et perspectives d'avenir », *Ann. dr. Louvain* 2001, p. 311 et s.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêts n°s 256 et 258, préc.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, préc.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 260, *Bull. civ.* I, n° 46 ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE, et IR, p. 607 ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *A.J.F.* 2004, p. 141, obs. DAVID ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 125, note MONEGER ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *JCP* 2004, I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 33, note NIBOYET ; *JDI* 2004, p. 867, note CUNIBERTI.

<sup>8</sup> Cette solution est en effet très contestable : H. FULCHIRON, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêts n°s 256 et 258, préc., p. 1483 ; M.-L. NIBOYET, *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 34.

<sup>9</sup> B. ANCEL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, spéc. p. 132, à propos de la solution rendue par l'arrêt d'appel, cassé, qui avait également jugé que « si aucune fraude n'est établie à l'encontre [du mari], il reste que la seule nationalité commune des parties est insuffisante à justifier la compétence du juge algérien alors que les époux ont tous deux leur domicile en France ».

<sup>10</sup> Cf. *infra* n° 372 et s. *Contra* P. COURBE, *op. cit.*, n° 16 et s. ; S. PRIGENT, *op. cit.*, p. 5 ; G. CUNIBERTI, note préc., p. 869 ; H. MUIR WATT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398 et s., spéc. pp. 400-401.

## § 2 – L'INADEQUATION DU CONCEPT DE FRAUDE AU JUGEMENT

**167** — La notion de fraude au jugement a été « inventée » en raison de la conception étriquée de celle de fraude à la loi. « C'est [également] la fidélité de la Cour de cassation à la théorie de l'effet atténué qui l'a contrainte à ces détours »<sup>1</sup>. C'est parce qu'une manœuvre peut conduire à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente, mais sans action directe sur la règle de conflit de lois, que la notion de fraude a été élargie à la fraude au jugement, cette fraude qui ne recherche pas tant une loi différente qu'une décision plus favorable. Si l'élément matériel est la cause du recours à cette notion, sa critique doit cependant s'orienter vers ses deux autres éléments constitutifs – légal et intentionnel – qui auto-délimitent le domaine d'intervention de la notion de fraude au jugement (A). Mais cette délimitation est insuffisante en ce qu'elle présuppose la validité même du concept. Or, celle-ci est largement douteuse. Au-delà d'un bornage des frontières de la notion de fraude au jugement, c'est son existence qui est contestable au regard du concept de la fraude à la loi (B).

### A. LE DOMAINE LIMITE DE LA FRAUDE AU JUGEMENT AU REGARD DE SES ELEMENTS CONSTITUTIFS

**168** — La délimitation de la notion de fraude au jugement peut être réalisée en fonction de son élément légal (1) puis intentionnel (2). Quant à l'élément matériel, il se constate et permet de marquer la différence avec la fraude à la loi.

#### 1. L'élément légal

**169** — L'élément légal de la fraude au jugement est... un jugement, ou plus largement une décision, c'est-à-dire, en matière de statut personnel, tout acte constitutif ou déclaratif d'état. Comme pour la fraude à la loi, la fraude au jugement nécessite la mise en opposition de deux décisions au moins : l'une que l'intéressé cherche à obtenir, l'autre à laquelle il tente d'échapper en lui opposant la première. Pour qu'il y ait opposition entre les deux décisions, plusieurs conditions doivent être réunies. Il faut tout d'abord que les décisions concernent les mêmes parties. Il faut ensuite qu'elles soient rendues par deux autorités de deux pays différents. Ces deux conditions n'appellent aucun commentaire particulier. Deux autres se prêtent davantage à la discussion : les conditions de temps et d'objet. Les deux décisions doivent-elles être concomitantes ou indépendantes ? Doivent-elles nécessairement porter sur le même objet<sup>2</sup> ? En combinant ces deux conditions, cinq situations se présentent à l'observateur.

**170** — Dans la première, l'époux demande et obtient une répudiation de son juge national et l'invoque en France avant toute procédure intentée dans ce pays par son épouse. S'il fallait parler de fraude au jugement ici, il s'agirait d'une *fraude à un jugement futur ou hypothétique*, dans la mesure où la répudiation ne fait pas échec à une procédure déjà engagée voire aboutie, mais seulement à un projet d'action en justice en France qu'aurait eu son épouse et qui aurait déterminé le mari à agir. L'hypothèse est donc relativement étroite et l'objet du projet d'action en justice de l'épouse n'influe pas sur la solution. La fraude à un jugement futur

<sup>1</sup> P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in Mél. F. RIGAUX, éd. Bruylant, 1993, p. 263 et s., spéc. p. 274.

<sup>2</sup> Pour les développements qui suivent, le raisonnement sera basé sur le postulat selon lequel les demandes de divorce, de séparation de corps, d'annulation du mariage et de répudiation ont le même objet. L'autre objet sera, dans l'hypothèse des répudiations, une demande en contribution aux charges du mariage intentée par l'épouse.

ou hypothétique est-elle envisageable ? En raisonnant du point de vue de la fraude à la loi, la loi éludée doit en principe être actuelle en ce sens qu'une loi future ne peut faire l'objet d'une fraude<sup>1</sup>. Mais la fraude peut en revanche consister en une « fraude par avance à une règle actuelle »<sup>2</sup>, laquelle signifie que si les « particuliers n'ont pas l'obligation de respecter une loi qui n'a pas encore un caractère obligatoire, et s'il leur est permis de mettre à profit les derniers temps qui précèdent sa mise en vigueur pour faire ce qu'elle interdira désormais, du moins doivent-ils s'abstenir de toute machination tendant à paralyser *par avance* ses effets »<sup>3</sup>. Deux situations peuvent ici être envisagées<sup>4</sup> : le sujet agit à un moment où l'obligation à laquelle il entend échapper existe déjà mais elle n'a pas encore été mise à exécution<sup>5</sup> ; le sujet agit par avance en prévision d'une situation ou d'une loi qu'il sait à venir<sup>6</sup>. Il a ainsi été jugé que « si en principe, l'acte critiqué doit être postérieur à la naissance de la créance, il n'en est plus ainsi lorsqu'il est démontré que *la fraude a été organisée à l'avance en vue de porter préjudice à des créanciers futurs* »<sup>7</sup>. En droit international privé, l'affaire *Caron*<sup>8</sup> permet d'illustrer la seconde situation : la manœuvre frauduleuse a devancé la règle obligatoire à laquelle il voulait échapper, la fraude à la loi ne devient actuelle qu'au moment où la succession est ouverte.

**171** — Si dans ces hypothèses la fraude peut être invoquée, c'est parce qu'une loi obligatoire a finalement été éludée, même si elle n'avait pas ce caractère au jour de réalisation de la manœuvre : il y a bien « fraude par avance à une règle obligatoire »<sup>9</sup>. À l'inverse, il n'y aurait pas eu fraude si la situation ou la loi à laquelle l'intéressé voulait échapper ne se réalisait finalement pas. Ainsi, les actes accomplis par le futur prodigue demeureront valables si le régime de protection n'est pas ouvert ; le débiteur ne sera pas en fraude si son créancier renonce à sa créance ; la fraude de Caron n'en aurait pas été une si ses héritiers avaient renoncé à leurs droits. En ce sens, la « fraude par avance » est conditionnelle : elle ne se réalise que si la situation à laquelle l'individu voulait échapper se réalise effectivement, que si la loi qu'il entendait évincer devient effectivement compétente. Or, tel n'est pas le cas en ce qui concerne la fraude au jugement futur ou hypothétique. En matière de répudiation, cette hypothèse peut s'illustrer par une affaire dans laquelle le mari algérien, reparti vivre en Algérie, saisit le juge algérien d'une demande de divorce unilatéral qu'il obtint en 1997. L'épouse restée en France semble avoir pu valablement exercer ses droits de la défense devant le juge algérien. Elle demanda néanmoins devant le juge français, un an plus tard, que son ex-mari soit condamné à contribuer aux charges du mariage. Le mari s'opposa à cette demande en invoquant le jugement algérien antérieur. Les juges du fond refusèrent de reconnaître ce jugement et se

<sup>1</sup> Civ., 26 mars 1810, *S. chron.* 1809-1811, 1, 167, col. 3 ; – 3 février 1813, *S. chron.* 1812-1814, 1, 272, col. 3. Adde H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 133 et s. ; L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Sirey, 1928, n° 178.

<sup>2</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *op. cit.*, p. 74. La fraude à la loi future n'était pas inconnue de l'Ancien droit, v. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 74.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 78.

<sup>4</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, introduction générale*, *op. cit.*, n° 817.

<sup>5</sup> C'est le cas de la traditionnelle fraude paulienne.

<sup>6</sup> C'est le cas du futur prodigue qui conclut, avant d'être placé sous un régime de protection, des actes juridiques qui lui seront interdits après : Req., 15 décembre 1879, *D.* 1880, 1, 177 ; *S.* 1880, 1, 129 ; – Req., 25 octobre 1920, *D.* 1921, 1, 31 ; *S.* 1921, 1, 108 ; – TGI Paris, 2 juillet 1971, *D.* 1972, p. 252, note FERGANI. Adde H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 142 et s. ; A. LIGEROPULO, *Le problème de la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 272 et s. ; L.-A. PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi. Son domaine d'application actuel en droit civil français*, thèse Bordeaux, 1937, p. 11 et s.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2004, inédit, pourvoi n° 03-10292. C'est nous qui soulignons.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>9</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 78.

prononcèrent favorablement sur la demande de l'épouse. Saisie du pourvoi, la Cour de cassation jugea que la cour d'appel a « souverainement estimé que la saisine du juge algérien, motivée par le souci d'échapper aux décisions *éventuelles* des tribunaux français, avait été frauduleuse »<sup>1</sup>. La Cour reconnaît ici une fraude au jugement futur, hypothétique, « éventuel ».

**172** — Si d'un point de vue intentionnel cette fraude peut se concevoir, elle n'en reste pas moins impossible à établir juridiquement. Si l'époux demande et obtient une répudiation définitive avant toute action en justice de son épouse, fût-il informé d'un tel projet et s'étant déterminé à agir sur cette crainte, la répudiation obtenue empêche le juge français de se prononcer sur une éventuelle demande ultérieure de l'épouse, quel que soit son objet. L'autorité de la chose jugée pourra être utilement opposée non pas au jugement à venir, mais plus globalement à la compétence du juge français, comme une fin de non recevoir<sup>2</sup>. En ce sens, la situation à laquelle l'époux voulait échapper ne pourra être créée. Certes, l'autorité de la chose jugée sera opposable sous réserve de la reconnaissance en France du jugement étranger<sup>3</sup> puis de la recevabilité de la fin de non-recevoir. Mais alors la fraude au jugement ou à la procédure ne pourra être invoquée à son encontre faute de jugement auquel le sujet voulut échapper ou de procédure déjà engagée. Ainsi dans une affaire, la Cour de cassation valide le raisonnement des juges du fond qui refusent de voir une fraude au jugement dans le fait pour le mari d'avoir saisi d'une demande de divorce un juge autrichien « antérieurement à la requête de la femme » devant le juge français<sup>4</sup>. Seules des conditions objectives pourront être opposées à la répudiation, telles que la contrariété à l'ordre public<sup>5</sup>, le non-respect des droits de la défense<sup>6</sup>, la révocabilité du jugement étranger au jour de la saisine du juge français<sup>7</sup>, voire l'incompétence du juge étranger, mais jamais une fraude au jugement<sup>8</sup>, même si l'immoralité de la saisine du juge étranger est avérée. Dans toutes les hypothèses où les juges sanctionnent une fraude au jugement, ils visent ainsi systématiquement tel jugement à intervenir – et non pas de façon abstraite un jugement à intervenir – ou la procédure déjà engagée – et non pas une procédure qui pourrait être engagée. Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation qui admet une fraude au jugement éventuel, la solution semble essentiellement motivée par le fait que le mari, avant son départ en Algérie, s'était désisté d'une demande de divorce engagée en France<sup>9</sup>. La fraude au jugement n'est donc pas envisageable lorsque la répudiation obtenue à l'étranger est antérieure et devenue définitive au moment où l'épouse saisit le juge français, lorsqu'il n'y a pas d'instance préalable en France<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, *JDI* 2004, p. 182, note MONEGER. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1972, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 83, note HOLLEAUX ; – Metz, 12 juillet 1984, confirmé par Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1987, préc. *Adde* D. ALEXANDRE, « Sur la possibilité d'obtenir le divorce en France lorsqu'un jugement a déjà été rendu à l'étranger à propos du divorce », *Rev. crit. DIP* 1983, p. 597 et s.

<sup>3</sup> D. ALEXANDRE, *op. cit.* Le juge peut alors ordonner un sursis à statuer afin de vérifier la régularité du jugement étranger : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1976, *JDI* 1977, p. 99, note HUET.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, *Bull. civ.* I, n° 266.

<sup>5</sup> Paris, 20 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 346, 3<sup>e</sup> esp., note KAHN.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, préc.

<sup>7</sup> Paris, 12 janvier 1995, *JDI* 1995, p. 348, 4<sup>e</sup> esp., note KAHN.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, préc.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, préc.

<sup>10</sup> Dans le même sens, J.-M. JACQUET, note sous Toulouse, 10 décembre 1991, *JDI* 1992, p. 950 ; J. DEPREZ, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai et 1<sup>er</sup> juin 1994, préc., p. 112 ; F. MONEGER, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, préc., p. 186, et « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ? », *op. cit.*, p. 350, qui propose de sanctionner la fraude aux droits de la défense ; M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, thèse Grenoble II, dact., 2000, n° 610.

173 — Dans la deuxième hypothèse, l'époux invoque à l'encontre d'une demande en contribution aux charges du mariage portée devant le juge français par l'épouse un acte de répudiation obtenu d'un juge étranger compétent, saisi après la demande en France, mais devenu définitif avant que le jugement français n'ait été rendu ou ne soit devenu définitif. Deux affaires illustrent ce cas de figure et ont sanctionné les cours d'appel de ne pas avoir recherché si la saisine du mari n'avait pas été réalisée dans un but frauduleux, dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français à intervenir<sup>1</sup>. Il s'agit alors d'une *fraude à un jugement virtuel hétérogène*. Virtuel car il n'est pas possible de préjuger de la solution qui sera, ou qui aurait été rendue par le juge français, même à défaut de répudiation. Hétérogène car les objets respectifs des deux demandes sont différents. Pour que la fraude soit ici concevable, il faut que la répudiation, en tant que telle et indépendamment de la question de sa validité, puisse mettre en échec l'action intentée par l'épouse. Dès lors et d'un point de vue général, aucune fraude au jugement ne saurait être reprochée au mari faute pour les époux d'avoir engagé la même procédure<sup>2</sup>. Une telle vision abstraite serait erronée car deux actions portant sur des objets différents peuvent avoir des répercussions, positives ou négatives, l'une sur l'autre. La différence d'objet n'est donc pas en tant que telle une cause de rejet de la notion de fraude au jugement virtuel hétérogène. Mais cette différence d'objet doit être seulement relative en ce sens qu'il doit nécessairement exister un rapport hiérarchique entre les deux objets, à l'avantage de celui du jugement invoqué par le supposé fraudeur. Ainsi, l'époux ne saurait être coupable d'une fraude au jugement s'il opposait un acte de répudiation à l'encontre d'une demande de pension alimentaire, intentée en France par son épouse, au bénéfice des enfants mineurs du couple. La répudiation n'a en effet, en principe et sous réserve du contenu de la loi applicable à la pension alimentaire, aucune influence sur les obligations du père à l'égard de ses enfants. L'exigence d'un tel rapport hiérarchique entre les deux objets, lorsqu'ils sont différents, découle du caractère nécessairement efficace du moyen frauduleux<sup>3</sup>. Comme pour la fraude à la loi, l'élément matériel de la fraude au jugement doit être efficace faute de quoi son élément légal ne pourra être caractérisé. Dans la mesure où la répudiation met fin au mariage, lequel peut seul justifier l'exigibilité des charges qui en découlent, le jugement obtenu par l'époux peut faire échec à la procédure engagée par l'épouse. En ce sens, la validité de l'acte de répudiation peut efficacement être refusée, sur le fondement de la fraude au jugement, ce qui permet au juge français de statuer sur la demande dont il a été saisi.

174 — Dans la troisième hypothèse, l'époux invoque, à l'encontre d'une demande en divorce ou en séparation de corps portée devant le juge français par l'épouse, un acte de répudiation obtenu d'un juge étranger compétent, saisi après la demande en France, mais devenu définitif avant que le jugement français n'ait été rendu ou ne soit devenu définitif. Trois affaires illustrent cette hypothèse. Les fraudes sanctionnées étaient une fraude destinée « à faire échec à la procédure régulièrement introduite à une date antérieure devant la juridiction française par sa femme »<sup>4</sup>, une fraude « aux conséquences du jugement français à intervenir »<sup>5</sup> et une fraude en vue « d'échapper aux conséquences de la procédure introduite antérieurement

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc. ; – 18 juillet 1995, préc.

<sup>2</sup> En ce sens, R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, éd. LGDJ, 2002, n° 416 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 58 et *infra* n° 466 et s. Pour une illustration de ce caractère nécessairement hiérarchique des objets en cas de fraude au jugement hétérogène, cf. *infra* n° 176 et Versailles, 27 février 1992, préc.

<sup>4</sup> Paris, 15 novembre 1988, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1994, préc.

en France »<sup>1</sup>. Un autre arrêt a également opposé la fraude au jugement à une décision iranienne d'annulation du mariage demandée par le seul mari<sup>2</sup>. Dans ces quatre hypothèses, deux demandes sont parallèlement portées devant le for de deux pays, sur des objets identiques et entre les mêmes parties. Il s'agirait alors d'une *fraude au jugement virtuel homogène*. Puisque les demandes sont identiques et que le juge de la répudiation est saisi en second lieu, il est aisé de faire l'économie du recours à la notion de fraude au jugement. Mais le juge français s'estime saisi au jour de l'assignation et non à celui de la requête. La litispendance ne peut donc fonctionner lorsque le juge saisi en second lieu est saisi entre ces deux moments. Dès lors, l'utilité de la réserve de la fraude au jugement virtuel homogène ne se pose que dans ce dernier cas de figure temporel. Puisque les deux demandes portent sur le même objet, il est certain ici que la décision rendue à l'étranger fera échec à la procédure engagée en France, à condition toutefois que la décision étrangère soit devenue irrévocable dans son pays<sup>3</sup> et qu'elle remplisse les conditions de validité pour être reconnue en France. L'identité des objets peut néanmoins apparaître comme un obstacle à l'admission de la notion de fraude en ce domaine. Ainsi, il n'y a fraude à la loi que parce que le sujet est parvenu, par application d'une autre loi, à un résultat prohibé ou en tout cas différent de celui qui est prévu par la loi normalement compétente. L'équivalence entre les résultats obtenus par l'application des deux lois en conflit artificiel s'oppose à la fraude faite d'un moyen efficace, faute d'une violation de l'esprit de la loi éludée<sup>4</sup>. En ce sens, pour qu'une fraude au jugement virtuel soit possible, il faut non seulement que la procédure intentée mette en échec la procédure antérieure, mais qu'en plus elle permette d'arriver à un résultat différent, par hypothèse au bénéfice du fraudeur, de celui qui aurait été atteint si la procédure antérieure avait abouti. Ainsi dans une affaire, les juges estiment que la saisine par l'épouse d'un juge français d'une demande en divorce pour faute – dont elle fut déboutée – puis d'une demande de répudiation – consentie par son mari – devant l'autorité marocaine, n'est pas frauduleuse. Les juges considèrent en effet que la procédure française, « fondée sur la faute imputée à l'époux, procédait d'une autre cause que celle invoquée devant l'autorité étrangère, qui aurait également pu être alléguée devant le juge français, et accueillie par ce dernier »<sup>5</sup>. L'absence de fraude est ici uniquement déduite de la concordance des objets – même si les causes sont différentes – entre les deux procédures. En l'espèce, c'est l'épouse qui demanda la répudiation, laquelle, consentie par le mari, pouvait s'apparenter à un divorce par consentement mutuel. Dans cette troisième hypothèse de fraude au jugement, celle concevable est seulement une *fraude au jugement virtuel relativement homogène*, ce qui est le cas des affaires de répudiations. Les décisions ne sont toutefois pas constantes. Dans des hypothèses similaires, les juges ont ainsi sanctionné la répudiation en raison des liens prépondérants des parties avec la France<sup>6</sup>, ou du non-respect des droits de la défense et de l'ordre public<sup>7</sup>. De même, dans une affaire de quelque mois postérieure à l'arrêt *Senoussi*<sup>8</sup>, la même première chambre civile de la Cour de cassation, sous l'autorité du même président de séance et du même rapporteur général, a réitéré la solution qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *Rohbi*<sup>9</sup> en admettant qu'une répudiation obtenue par le mari, entre le dépôt de la

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 1997, préc.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, préc.

<sup>3</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 3 décembre 1997, *Bull. civ.* II, n° 293. *Adde* R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *op. cit.*, n° 410 et s.

<sup>4</sup> V. par ex. Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 24 mai 1988, *RTD fam.* 1990, p. 382.

<sup>5</sup> TGI Paris, 26 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 58, note ALEXANDRE.

<sup>6</sup> Paris, 15 mars 1990, préc., alors que cette cour d'appel avait invoqué la fraude un an et demi auparavant.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup> 31 janvier 1995, préc., arrêt qui intervient un mois et demi après le dernier arrêt qui ait, dans la même hypothèse, invoqué la fraude au jugement, laquelle sera de nouveau utilisée en 1997.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, préc., lequel concerne la quatrième hypothèse de fraude au jugement envisageable.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, préc.

requête et le jour de l'assignation en divorce en France, puisse faire échec à celui-ci, en vertu de l'article 13 de la Convention franco-marocaine<sup>1</sup>. La fraude au jugement n'a pas été ici opposée à l'époux alors que le schéma matériel et temporel de cette affaire laissait davantage augurer une fraude que l'arrêt *Senoussi* lui-même.

**175** — Dans la quatrième hypothèse, l'époux invoque, à l'encontre d'un jugement français l'ayant condamné à contribuer aux charges du mariage, un acte de répudiation obtenu d'un juge étranger compétent, saisi après que le jugement français fut devenu définitif. Deux affaires illustrent cette hypothèse : « la fraude à la loi française en vertu de laquelle a été rendu le jugement de contribution aux charges du mariage »<sup>2</sup> et le fait d'avoir saisi le juge algérien « dans le seul but d'échapper aux conséquences de jugement français condamnant l'époux à contribuer aux charges du mariage »<sup>3</sup>. Ces affaires constituent les deux premiers cas d'application de la notion de fraude au jugement, même si l'arrêt de 1982 emploie le terme « fraude à la loi ». Cette hypothèse prendrait la forme d'une *fraude au jugement réel hétérogène*. Réel puisque la décision à laquelle le sujet tente d'échapper existe et est définitive. Pour qu'il y ait une fraude possible, il convient, à l'instar de la fraude au jugement virtuel hétérogène, de relever un rapport hiérarchique entre les deux objets, à l'avantage de l'objet du jugement invoqué par le prétendu fraudeur. La répudiation, en ce qu'elle met fin au mariage, rend caduc un jugement antérieur condamnant l'un des époux à contribuer aux charges du mariage, elle est hiérarchiquement supérieure aux obligations du mariage. Toutefois, pour que la fraude au jugement soit envisageable, il faut que ce jugement revête un caractère impératif pour celui qu'il concerne. Assurément, un jugement condamnant un époux à contribuer aux charges du mariage impose une véritable obligation dont le non-respect peut justifier le recours aux voies d'exécution forcée voire à des sanctions pénales. Néanmoins, à l'inverse du jugement virtuel hétérogène, le jugement réel hétérogène n'est impératif que tant qu'un jugement hiérarchiquement supérieur ne vient pas le contredire ou le rendre caduc. Ainsi, une condamnation à contribution aux charges du mariage peut tout à fait être révisée<sup>4</sup> voire renversée au détriment de l'autre époux. De même, un époux condamné par un tel jugement peut tout à fait demander le divorce, l'absence de contribution étant souvent un signe avant-coureur d'une rupture latente. La situation était différente en présence d'un jugement virtuel hétérogène : la procédure étant en cours, il n'appartenait plus à l'époux « en voie de condamnation » de décider s'il pouvait échapper à cette contribution, l'obligation découlait de son mariage dont il était demandé le respect d'une obligation. Dans le cas d'une procédure terminée, l'obligation qui résulte du jugement est donc conditionnelle, comme elle l'était en l'absence de procédure intentée en France, c'est-à-dire en présence d'un jugement futur ou hypothétique. En ce sens, la fraude au jugement réel hétérogène n'est guère envisageable du point de vue de son élément légal<sup>5</sup>. Cette remarque permet en outre de relativiser l'utilité de la fraude au jugement virtuel hétérogène dans la mesure où cet argument ne donne en réalité « à l'épouse qu'un répit de courte durée et à l'ordre juridique français qu'une satisfaction purement symbolique, car une fois le mari condamné à l'entretien du ménage par un jugement français, le mariage demeure bien évidemment soumis à l'éventualité d'une rupture »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 734, 2<sup>de</sup> esp., note NIBOYET-HOEGY.

<sup>2</sup> Paris, 6 juillet 1982, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, préc.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 360.

<sup>5</sup> Dans le même sens, J. DEPRESZ, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai et 1<sup>er</sup> juin 1994, préc., p. 112.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 113.

**176** — Une autre affaire atypique de répudiation frauduleuse peut être classée dans cette hypothèse de fraude au jugement réel hétérogène<sup>1</sup>. Dans cette espèce, une épouse a tenté d'utiliser les règles de compétence juridictionnelle directes françaises en vue de priver d'effet une répudiation mutuelle, prononcée régulièrement au Maroc et reconnue en France<sup>2</sup>, dont elle avait accepté les conséquences et alors qu'elle était remariée. La répudiation prévoyait que l'épouse supporterait toutes les charges afférentes à l'éducation des enfants selon des modalités légalement déterminées en vertu de la loi marocaine applicable, non contraire à l'ordre public français. En France, l'épouse intenta néanmoins une action en contribution aux charges du mariage. La cour d'appel rejeta sa demande au motif que « cette action a manifestement pour but de mettre en échec les décisions judiciaires régulièrement prononcées au Maroc ». Il s'agirait donc ici d'une fraude au jugement réel hétérogène. Toutefois, le rapport de hiérarchie est différent dans cette affaire à l'inverse des répudiations frauduleuses. En effet, l'objet de la demande de l'épouse, censée mettre en échec le jugement réel antérieur, est hiérarchiquement inférieur à l'objet de ce dernier. Elle demande une contribution aux charges d'un mariage qui a été légalement dissous. Dès lors, de deux choses l'une : soit la répudiation obtenue à l'étranger n'est pas reconnue en France, alors le mariage demeure valable et l'épouse peut tenter une action en contribution aux charges du mariage. Aucune fraude au jugement ne pourrait ici être invoquée faute d'une procédure déjà engagée en France. Soit au contraire la répudiation est reconnue en France, ce qui est le cas en l'espèce, alors la demande de l'épouse est irrecevable en raison de l'absence de mariage à honorer, sans qu'il soit besoin d'invoquer une quelconque fraude. La fraude au jugement réel hétérogène n'est ici pas constituée en raison de l'inefficacité du moyen employé qui ne permet pas, par ricochet, de caractériser l'élément légal. Le seul apport de cet arrêt, non négligeable, est que la fraude au jugement peut l'être à un jugement étranger, à l'instar de la fraude à la loi.

**177** — Dans la cinquième et dernière hypothèse, l'époux invoque à l'encontre d'un jugement français de divorce ou de séparation de corps une autre décision de divorce obtenue d'un juge étranger compétent, saisi après que le jugement français est devenu définitif. Dans cette hypothèse, un époux, peu satisfait du divorce prononcé en France, se rend à l'étranger afin de faire prononcer un divorce ou une répudiation qu'il invoquera ensuite en France dans l'espoir de mettre en échec le jugement français. Cette hypothèse peut être illustrée par une affaire qui n'utilisa toutefois pas le qualificatif de fraude au jugement, mais de fraude à la loi. Un mari français fut débouté en France de sa demande de divorce. Quelques années plus tard, alors qu'il était établi en Afrique du Sud, il saisit à nouveau et simultanément trois juges : un juge français qui se déclara incompétent, un juge congolais dont la solution n'est pas connue et un juge de Johannesburg auprès duquel il obtint le divorce. Il se remaria dans cette ville quelques jours plus tard. L'épouse s'opposa à la reconnaissance en France du jugement étranger ainsi obtenu. Le juge français considéra qu'il « ressort clairement de ces voies multiples qu'il a cherché à la fois à obtenir de juridictions étrangères, dans des conditions plus favorables, une décision que l'application des critères français en matière de compétence risquait au moins de retarder et à échapper à la compétence d'une juridiction française qui l'avait précédemment débouté »<sup>3</sup>. Il s'agirait ici d'une *fraude au jugement réel homogène*. Pour qu'elle soit possible, il faut lever plusieurs obstacles. Dans la mesure où il existe un jugement de divorce antérieur et définitif rendu en France, le prononcé d'une séparation à l'étranger

<sup>1</sup> Versailles, 27 février 1992, préc.

<sup>2</sup> La répudiation peut ici s'analyser comme un divorce par consentement mutuel, non contraire à l'ordre public international, v. par ex. Aix-en-Provence, 8 juin 2004, *Dr. fam.* 2005, n° 198, obs. FARGE.

<sup>3</sup> TGI Paris, 6 juillet 1972, *JDI* 1973, p. 728, note AUDIT.

suppose que le jugement français n'ait pas été reconnu dans ce pays. Dans le cas contraire, en vertu des règles de compétence internationale de cet État, le juge refusera certainement de statuer sur un litige qui a déjà été tranché. Toujours est-il que cette absence de reconnaissance, acte de souveraineté, est tout à fait plausible. Dès lors, l'éventualité d'une seconde procédure de séparation après celle de divorce n'est pas une hypothèse d'école. Ce jugement étranger permettra-t-il de faire échec à la décision française ? Pour y parvenir, la fraude doit être efficace. Le jugement étranger doit ainsi non seulement être reconnu en France mais également supplanter le divorce français. Or, dans cette hypothèse, aucune de ces deux conditions n'est réunie. Le jugement ne sera pas reconnu comme étant inconciliable avec une décision déjà rendue en France, bénéficiant de l'autorité absolue de la chose jugée<sup>1</sup>. La seconde condition ne se pose donc pas. Se poserait-elle que, portant sur le même objet, la seconde décision ne peut juridiquement remettre en cause une situation qui n'existe pas – le mariage étant déjà dissous – ou se substituer à une autre déjà créée – remplacer le divorce par la répudiation, ou admettre des causes de divorce qui n'ont pas été précédemment reconnues – faute pour la première décision d'être provisoire et pour la seconde d'être hiérarchiquement supérieure à la première. Intervenant dans un domaine très limité au regard de son élément légal, la fraude au jugement présente également de sérieuses difficultés de caractérisation de son élément intentionnel.

## 2. L'élément intentionnel

178 — L'élément intentionnel cristallise en général toutes les critiques adressées aux concepts subjectifs. Tel a été et est toujours le cas à propos de la fraude à la loi<sup>2</sup>. Toutefois, si cette difficulté intrinsèque est garante de son application exceptionnelle, le problème est généralement surmonté par l'examen des circonstances objectives qui entourent la manœuvre : refus des conséquences plus essentielles attachées à ce changement ; rapidité de la modification avant l'événement déclencheur de l'application de la loi éludée, etc. Épuisées à propos de la fraude à la loi, ces critiques se sont largement renouvelées en ce qui concerne la fraude au jugement. La configuration originale de celle-ci pose en effet une difficulté supplémentaire. Dans la mesure où la fraude au jugement s'exerce sans modification de l'élément de rattachement, l'observateur ne dispose pas du référent antérieur qui lui permet, à propos de la fraude à la loi, d'évaluer la réalité du nouveau rattachement au regard de l'ancien. Dans la fraude au jugement, les deux rattachements correspondent à une réalité objectivement identifiable et par hypothèse caractérisée<sup>3</sup>. La revendication des droits acquis de l'une ou de l'autre est donc *a priori* licite et légitime. En ce sens, la difficulté de caractériser l'intention malicieuse, nécessaire à la fraude au jugement, provient du fait qu'il s'agit non pas de l'exploitation d'une situation internationale créée à fin de fraude mais de l'exploitation à fin de fraude d'une situation internationale déjà créée ou préexistante. Dès lors, le choix entre l'un ou l'autre des systèmes juridiques correspond à l'exercice d'une liberté individuelle qui ne saurait être frauduleux. Ces critiques ont été fréquemment adressées à la fraude au jugement. Ainsi, « si l'attitude du mari s'empresse d'aller répudier sa femme à l'étranger pour éviter les conséquences d'un jugement français de divorce ou de condamnation aux charges du mariage est sans nul doute choquante, il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue pas une fraude au sens du droit international privé, surtout lorsque, comme c'est le cas de la Convention franco-

---

<sup>1</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 450.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 500 et s.

<sup>3</sup> Comp. B. AUDIT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 265.

marocaine, la compétence étrangère résulte directement d'un texte »<sup>1</sup>. L'accent est donc mis sur la liberté individuelle qui permet au sujet de choisir la solution la plus conforme à ses intérêts<sup>2</sup>. Il est en effet de l'essence de la liberté individuelle que de s'exercer de la manière la plus favorable. En ce sens, « on ne voit pas comment pourrait être considéré comme frauduleux le fait de profiter des facilités offertes pas la jurisprudence ou par les conventions »<sup>3</sup>, « sauf à suspecter de façon strictement objective cette fraude, dès lors que la répudiation paralyse une procédure précédemment introduite en France »<sup>4</sup>. Le « choix de la facilité ne saurait en soi être répréhensible, le "délit de facilité" n'existe pas »<sup>5</sup>.

**179** — L'exercice de l'option de compétence offerte par la jurisprudence ou certains textes internationaux, comme le Règlement de Bruxelles 2 *bis*, serait donc discrétionnaire. Cette conception n'a pas été sans séduire certains juges du fond pour lesquels « le mari n'a fait qu'user d'un droit que lui conférait la Convention franco-marocaine de 1981 et que l'exercice de ce droit, quel que soit le moment où il a été décidé d'en user, ne saurait être considéré comme frauduleux »<sup>6</sup>, « même si l'époux l'a intenté après son défaut de comparution »<sup>7</sup> lors de l'instance engagée en France par son épouse. Ainsi, la fraude au jugement virtuel hétérogène est théoriquement envisageable eu égard à son élément légal. Mais il est concevable qu'une demande reconventionnelle en désunion puisse valablement être intentée, en vertu de l'article 70 du npc, par le défendeur à une action en contribution aux charges du mariage, sans que le juge invoque une quelconque fraude au jugement<sup>8</sup>. Dans un sens identique, « on voit mal, en droit interne, un tribunal rejeter une demande en divorce au motif que l'époux l'a présentée dans le seul but d'échapper aux conséquences d'une décision le condamnant à contribuer aux charges du mariage »<sup>9</sup>. S'il doit conduire le juge à la prudence dans son appréciation de la fraude, cet argument de la licéité du procédé, de la liberté individuelle dont il est l'expression, ne saurait toutefois à lui seul emporter la conviction. Pour la fraude à la loi comme au jugement, l'élément matériel doit en effet être licite pour être efficace et donc justifier le recours à l'exception de fraude. Celle-ci est un procédé subsidiaire qui n'a lieu d'intervenir qu'en raison de l'inefficacité des sanctions directes, car « l'élément matériel de toute fraude est un acte intrinsèquement licite »<sup>10</sup>. L'exception de fraude trouve justement sa raison d'être et son utilité dans la sanction des comportements objectivement licites. En ce sens, la difficulté de la preuve de l'élément intentionnel ne réside pas dans le fait que les époux sont libres de saisir leur juge national et d'exercer leurs droits de la manière la plus favorable pour eux.

<sup>1</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, RCADI 1991-I, t. 226, p. 11 et s., spéc. n° 117, p. 267. Dans le même sens, J. DEPREZ, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai et 1<sup>er</sup> juin 1994, préc., p. 107.

<sup>2</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> D. ALEXANDRE, « La protection de l'épouse contre la répudiation », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, éd. LGDJ, 1993, p. 125 et s., spéc. p. 140.

<sup>4</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in Mél. R. PERROT, éd. Dalloz, 1996, p. 313 et s., spéc. p. 331.

<sup>5</sup> R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, *op. cit.*, n° 401.

<sup>6</sup> Motivation retenue par l'arrêt de cour d'appel cassé par Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, préc. *Adde* Douai, 9 mars 1989, JCP 1989, II, 21388, obs. X. L.

<sup>7</sup> Versailles, 16 janvier 1987, *Gaz. pal.* 1987, 2, somm., p. 383. *Adde* Versailles, 9 octobre 1989, D. 1989, IR, p. 321 ; D. 1990, somm., p. 99, obs. GROSLIERE.

<sup>8</sup> Laquelle pourrait alors être une fraude au jugement interne.

<sup>9</sup> P. COURBE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc., p. 599.

<sup>10</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, *op. cit.*, n° 300.

**180** — À la réflexion, l'écueil de l'élément intentionnel réside dans la démonstration pure et simple que le mari a saisi son juge national dans le but exclusif de faire échec à un jugement. Si la référence au « but exclusif » est inévitable d'un point de vue théorique, elle se révèle bien inconfortable en pratique. Il est apparu plus avant que la fraude au jugement, au regard de son élément légal, est théoriquement possible dans deux hypothèses : la fraude à un jugement virtuel hétérogène et la fraude au jugement virtuel relativement homogène. Or, dans ces deux cas, la preuve de l'intention frauduleuse sera difficile à rapporter. L'existence de la fraude suppose ici que la saisine du juge étranger ne puisse se justifier autrement que par la volonté du mari de faire échec au jugement à intervenir. À propos de la fraude à la loi, MM. les Pr. MAYER et HEUZE écrivent que l'intention frauduleuse se déduit du fait que l'intéressé modifie l'élément de rattachement afin d'obtenir le résultat recherché, « *sans accepter les conséquences plus essentielles normalement attachées à ce changement* »<sup>1</sup>. En transposant ce raisonnement à la fraude au jugement, l'observateur doit relever que le mari a saisi son juge national dans le but exclusif de faire échec à un jugement virtuel hétérogène, c'est-à-dire, *a contrario*, sans autre but et notamment pas celui de dissoudre le mariage. Cette intention exclusive signifierait que le mari a demandé la répudiation sans intention réelle de divorcer et qu'il entendait continuer une vie conjugale normale malgré la répudiation. L'absurdité de ce raisonnement concerne essentiellement la fraude à un jugement virtuel hétérogène. Dans ce cas en effet, l'intention frauduleuse exclusive de l'époux est en théorie incompatible avec sa volonté de divorcer, quelle qu'en puisse être la forme. Si l'époux avait également l'intention de divorcer, alors il ne pourrait y avoir fraude au jugement en vue de faire échec à une action en contribution aux charges du mariage, car telle n'aura pas été l'intention *exclusive* de l'époux dans sa saisine du juge étranger. À l'inverse, lorsque l'époux entend mettre en échec une procédure de divorce intentée en France, c'est-à-dire en présence d'une potentielle fraude au jugement virtuel relativement homogène, il est permis de supposer plus facilement que l'époux, en demandant hâtivement une répudiation, avait également l'intention de divorcer mais qu'il entendait y procéder de manière plus favorable pour lui. L'intention exclusive de faire échec au jugement à intervenir en France sur le divorce se confond alors inéluctablement avec celle d'obtenir la dissolution du mariage. Souvent donc, dans les hypothèses où la fraude au jugement est théoriquement envisageable, elle ne se démontrera en pratique qu'en vertu d'un « forçage »<sup>2</sup> de l'élément intentionnel.

**181** — Finalement, la fraude au jugement n'est théoriquement envisageable que dans deux hypothèses sur les cinq relevées, seulement si la répudiation est demandée et obtenue après l'introduction d'une instance en France et avant que le juge français ait statué. Mais, parmi ces deux hypothèses, la fraude au jugement virtuel hétérogène est largement contestable dans son élément intentionnel, soit parce que la preuve de la fraude ne résultera que d'un forçage de cet élément, soit parce que la décision sur la fraude n'aura aucune inefficacité pratique, l'époux fraudeur pouvant réitérer sa demande et démontrer alors sa véritable intention de divorcer, donc son absence d'intention exclusive de faire échec à un jugement. Seule la fraude au jugement virtuel relativement homogène est concevable mais sa maniabilité est réduite. Dans cette optique, si la notion de fraude au jugement constituait une arme « commode mais inappropriée »<sup>3</sup> face à l'exception d'ordre public aujourd'hui utilisée, elle apparaît essentiellement comme une « impasse »<sup>4</sup>, au mieux une « voie étroite »<sup>1</sup> ou « très étroite »<sup>2</sup>, qui

<sup>1</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 269.

<sup>2</sup> L. GANNAGE, *op. cit.*, n° 294.

<sup>3</sup> J. DEPREEZ, note préc., p. 114.

<sup>4</sup> P. COURBE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc., p. 601.

se révèle néanmoins souvent « insaisissable »<sup>3</sup> voire « introuvable »<sup>4</sup>. Mais dire que la fraude au jugement est une impasse ou une voie étroite présuppose sa réalité. Or, il est permis de penser que cette notion n'est qu'une vue de l'esprit destinée à compenser les insuffisances sémantiques et constitutives du concept de fraude à la loi, ce qui conduit à rejeter purement et simplement la notion de fraude au jugement en tant que concept juridique autonome.

## B. LE REJET DE LA NOTION DE FRAUDE AU JUGEMENT

**182** — Née d'une inadaptation du concept de fraude à la loi, la fraude au jugement apparaît en réalité, au-delà de ses imperfections techniques ou des difficultés de sa preuve, comme une notion contingente montée de toute pièce et perçue comme un expédient salutaire à une lacune créée par la combinaison d'une définition éculée de la fraude à la loi et par la politique jadis bienveillante de la Cour de cassation à l'égard des répudiations. Définie comme « le fait d'aller plaider à l'étranger dans le but principal d'invoquer le jugement dans le pays où l'on vit, qui aurait refusé de le prononcer si ses juges avaient été saisis directement »<sup>5</sup>, la fraude au jugement s'individualise de la fraude à la loi par le fait que l'intéressé recherche, par sa manœuvre, davantage une décision qu'une loi. Au-delà des différences quant à l'élément matériel respectif de ces deux types de fraude, la clef de la distinction réside dans cette opposition des éléments légaux. Lorsque l'observateur cherche à établir l'intention frauduleuse, c'est par l'analyse du comportement du sujet au regard de cet élément légal qu'il déduit sa volonté frauduleuse : se soumet-il pour l'ensemble de sa situation à la loi désignée par le nouveau rattachement, alors il n'y a pas fraude à la loi ; la décision obtenue est-elle simplement un moyen de faire échec à une autre décision, alors il y a fraude au jugement. La distinction entre les deux ramifications de la fraude de droit international privé réside donc sur cette opposition des buts de l'intéressé : le fraudeur à la loi manipule la règle de conflit de lois pour voir sa situation soumise à une loi autre que celle qui aurait été compétente ; le fraudeur au jugement utilise la règle de conflit de juridictions pour obtenir un jugement différent de celui qui aurait été rendu à défaut de cette utilisation orientée de la règle. La distinction ainsi créée entre la fraude à la loi et la fraude au jugement semble toutefois artificielle. En effet, en partant du postulat, semble-t-il unanime dans la doctrine malgré les critiques qui ne visent en général que ses modalités et non sa pertinence même, que la fraude au jugement existe, il est alors possible de montrer, par un jeu de miroir absurde, que toute fraude à la loi constitue une fraude au jugement (1) et, inversement, que toute fraude au jugement est une fraude à la loi (2).

### 1. Toute fraude à la loi constitue une fraude au jugement

**183** — Dire que le fraudeur à la loi cherche à appliquer une loi différente de celle qui aurait été normalement applicable est un travestissement de son intention réelle. En effet, le changement de loi qui découle de la manœuvre frauduleuse n'est que la conséquence directe de celle-ci. Ce qui motive le fraudeur à la loi dans la réalisation de sa manœuvre est d'obtenir un résultat qui lui aurait été interdit, ou moins favorable, si la loi à laquelle il veut échapper avait été appliquée. La fraude à la loi repose en effet sur « une construction bâtie *a posteriori* en

<sup>1</sup> J. MASSIP, notes sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *D.* 1988, p. 487 et *Deffrénois* 1988, p. 728.

<sup>2</sup> F. MONEGER, « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ? », *op. cit.*, p. 348.

<sup>3</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Civ. 1<sup>re</sup> 8 décembre 1987 et 6 juillet 1988, *préc.*, p. 739.

<sup>4</sup> H. MUIR WATT, note sous Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732 et s., spéc. p. 742.

<sup>5</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 393.

partant du postulat (rarement démontré) de la connaissance supposée des avantages liés à la mise en œuvre d'une règle de droit au détriment d'une autre »<sup>1</sup>. La preuve de l'intention frauduleuse est en effet difficilement compatible avec l'ignorance du contenu de la loi dont le sujet aurait frauduleusement déclenché la compétence. En ce sens, la finalité de l'action du fraudeur à la loi n'est pas la loi, elle est le résultat matériel de l'application de la loi déclarée artificiellement compétente. Le changement de loi n'est donc pas une fin en soi : elle n'est que le moyen de parvenir à une solution différente de celle qui aurait été donnée par l'autorité saisie à défaut de cette manipulation. Or, cette solution, prise en vertu d'une loi artificiellement compétente, provient d'une décision rendue par une autorité. Dès lors, le fraudeur à la loi recherche, par la manipulation de la règle de conflit, à obtenir une décision de la part d'une autorité, décision qui consacrerait un résultat différent de celui qui aurait été consacré par la décision qui aurait été rendue à défaut de manipulation de la règle de conflit. Une fois cette décision obtenue, la fraude à la loi se découvrira si l'intéressé refuse les conséquences plus essentielles attachées à ce changement de loi. En général, ce refus résultera du retour rapide du sujet dans le giron législatif de la loi éludée. Dans l'esprit du sujet, la situation qu'il aura acquise en vertu de sa manipulation sera valable dans le ressort de la loi éludée. Il va ainsi dans ce ressort se prévaloir de la décision – ou plus exactement du résultat acquis – à l'encontre de son ancienne situation en considérant cette dernière révolue par substitution d'une nouvelle situation. Or, en retenant une conception large du terme décision, laquelle « peut-être un jugement [mais] aussi un acte administratif ou législatif »<sup>2</sup>, alors il convient d'admettre que toute situation individuelle ou familiale résulte d'une décision prise par une autorité qui en a le pouvoir : un mariage, un divorce, un changement de nom, un lien de filiation, une adoption, etc. La fraude à la loi a donc, finalement, pour objectif d'obtenir un résultat, qui n'aurait pas été atteint sans manipulation, afin d'être invoqué à l'encontre d'une situation préexistante, elle-même née d'une décision. En ce sens, la fraude à la loi pourrait être définie comme « le fait d'aller plaider à l'étranger dans le but principal d'invoquer le jugement dans le pays où l'on vit, qui aurait refusé de le prononcer si ses juges avaient été saisis directement »<sup>3</sup>. La fraude à la loi n'est donc rien d'autre qu'une fraude au jugement. Quelques exemples historiques de recours, plus ou moins justifiés, à la théorie de la fraude à la loi permettront d'illustrer qu'en réalité ces hypothèses peuvent être considérées comme de véritables fraudes au jugement.

**184** — Ainsi, lorsque les époux Vidal se rendent en Suisse, y acquièrent la nationalité et saisissent un juge afin qu'il prononce leur divorce<sup>4</sup>, c'est bien parce que le juge français, s'il avait été directement saisi, aurait appliqué la loi française et n'aurait pas rendu une telle décision. En revenant peu après en France, les époux Vidal entendent revendiquer les droits acquis par ce nouveau statut à l'encontre du mariage qui avait été célébré entre eux par une autorité française. La manœuvre frauduleuse des époux Vidal n'avait donc pas pour objectif de déclencher l'application d'une autre loi, mais simplement d'obtenir un résultat impossible à atteindre de la part du juge français et de l'invoquer contre une autre décision française. Le changement de loi n'est que le moyen d'obtention de ce résultat, qu'importe alors la loi du moment qu'elle permet le résultat souhaité. En ce sens, l'affaire *Vidal* illustre une double fraude au jugement : une fraude au jugement futur ou hypothétique – la décision

<sup>1</sup> M. SIMONET, « L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français », in *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, sous la dir. de Ph. KAHN, éd. La documentation française 2001, p. 115 et s., spéc. p. 116.

<sup>2</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, op. cit., n° 242.

<sup>3</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 393.

<sup>4</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, préc. Le mari n'avait pas même quitté Paris.

française de divorce – et une fraude à une décision réelle – l’acte de mariage. Bien qu’elle ne constitue pas un cas d’application de la réserve de la fraude à la loi, l’affaire *de Bauffremont*<sup>1</sup> appelle un constat identique. La princesse est allée chercher à l’étranger une décision de divorce qu’elle n’aurait pu obtenir en France si elle avait directement saisi le juge français. La situation est identique en ce qui concerne les divorces migratoires de Ciudad Juarez ou de Reno<sup>2</sup>. Dans chaque cas, un époux ou les deux de concert sont allés demander un divorce qu’ils n’auraient pu obtenir directement s’ils avaient saisi leur juge naturel, fût-ce en provoquant artificiellement la compétence d’une loi autre. La fraude à la loi relevée dans ces hypothèses n’en était pas une : les époux n’avaient pas l’intention de provoquer l’application d’une loi autre que celle normalement compétente, ils voulaient uniquement obtenir un résultat déterminé, donc une autorité prompte à rendre une décision en ce sens. Dans toutes les hypothèses où une fraude à la loi a été relevée, il serait possible de voir dans la manœuvre une fraude au jugement. Certains auteurs ne s’y sont d’ailleurs pas trompés et, constatant que la manœuvre tenait davantage du conflit de juridictions que du conflit de lois, en ont conclu que la fraude à la loi stigmatisée par le juge était en réalité une fraude au jugement<sup>3</sup>.

**185** — Pour toutes ces affaires, les intéressés sont allés directement plaider à l’étranger, sans forcément modifier l’élément de rattachement qui permet la désignation de la loi applicable, profitant simplement de la compétence de la loi du for. Il ne s’agissait pas alors, à proprement parler, d’une fraude à la loi. Celle-ci est en effet parfaite lorsque le fraudeur modifie l’élément de rattachement retenu par la règle de conflit que va appliquer son juge naturel. L’individu ne s’adresse pas à une autorité étrangère pour ensuite invoquer le jugement dans le ressort du for naturel et/ou de la loi évincée, il trompe directement l’action du juge qu’il saisit en manipulant le fonctionnement de la règle de conflit que celui-ci appliquera. La fraude à la loi parfaite est illustrée par l’affaire *Caron*<sup>4</sup>, voire par l’affaire *Mihaesco*<sup>5</sup>, bien que dans cette dernière aucune fraude n’ait été relevée. Toujours est-il que même dans ces hypothèses parfaites de fraude à la loi, la loi n’est que le moyen d’atteindre une solution qui autrement n’aurait pas été rendue par le juge saisi. Le sujet, par manipulation de la règle de conflit de lois, trompe le juge sur la loi applicable et ainsi lui fait rendre un jugement qu’autrement il n’aurait pas prononcé. À défaut d’un ameublissement frauduleux des immeubles, les descendants de Caron en auraient hérité. Sans un changement de nationalité entre la première instance et l’audience d’appel, la paternité du Français n’aurait pas été déclarée à l’égard de l’enfant de la dame Mihaesco. Dans ces deux affaires, la fraude est ainsi une fraude au jugement qu’aurait rendu le juge saisi à défaut de manipulation. Finalement, en mettant en avant les éléments matériel et intentionnel de la fraude, au détriment de l’élément légal, la fraude à la loi n’est rien d’autre qu’une fraude au jugement. Le raisonnement inverse peut néanmoins être tenu, cette fois en privilégiant l’élément légal au détriment des deux autres conditions de la fraude.

<sup>1</sup> Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 1, 201, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6.

<sup>2</sup> Tels que Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janvier 1951, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESKAKIS ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *D.* 1952, p. 35 ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, 1, 210 ; *GADIP* n° 24 ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, 1<sup>re</sup> esp., p. 653, note MALAURIE et Paris, 18 juin 1964, *JDI* 1964, p. 815, note BREDIN ; *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPREZ ; – TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, *Gaz. pal.* 1965, 2, p. 411 ; – Paris, 5 mars 1976 et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> Not. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, op. cit., n° 242 pour l’affaire *Weiller* ; H. MUIR-WATT, note sous Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, spéc. n° 8.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>5</sup> T. civ. de Toulouse, 3 décembre 1917 et Toulouse, 15 juillet 1918, *S.* 1920, 2, 65, note AUDINET ; – Req., 8 juin 1921 *Mihaesco*, *JDI* 1924, p. 141, concl. TISSIER ; *S.* 1922, 1, 113, note AUDINET ; – Paris, 16 mai 1923, *JDI* 1924, p. 113, note J. P.

## 2. Toute fraude au jugement est une fraude à la loi

**186** — Puisque le jugement n'est que la conséquence de l'application de la loi, celle-ci est hiérarchiquement supérieure à celui-là. Le juge n'a en effet que le pouvoir d'appliquer la loi, de l'interpréter lorsqu'elle est obscure, mais il ne peut se suppléer au législateur. Le jugement qu'il rend n'est en théorie que l'expression fidèle de la loi qu'il a appliquée. Pour que la fraude au jugement soit concevable du point de vue de son élément légal, le jugement obtenu à l'étranger doit, effectivement et juridiquement, mettre en échec un jugement français, ou l'inverse. Cette condition a permis de restreindre le domaine de la notion à deux hypothèses : celle de la fraude au jugement virtuel hétérogène, à condition que l'objet du jugement que l'intéressé oppose soit hiérarchiquement supérieur à celui du jugement à intervenir ; celle de la fraude au jugement virtuel relativement homogène. Un double constat permet alors de montrer que la fraude au jugement est une fraude à la loi.

**187** — D'une part, dire que l'élément légal de la fraude au jugement est une décision, c'est dire que la fraude met en échec le prononcé d'une décision qui aurait dû intervenir à défaut de manœuvre. Mais, dans la mesure où cette décision n'est que l'expression d'une loi et qu'elle n'est pas encore, par hypothèse, intervenue<sup>1</sup>, c'est en réalité la loi que l'autorité devait appliquer qui est mise en échec. Certes, la compétence internationale de cette loi n'est pas remise en cause par cette manœuvre, or la fraude à la loi suppose en principe une loi éludée au stade de sa compétence. Dans ce cas de figure, c'est seulement l'application de la loi compétente qui est atteinte en raison de la disparition de son domaine d'intervention<sup>2</sup>. Toutefois, si la distinction entre compétence et application est exacte et importante pour la théorie générale du droit international privé, elle n'a, pour la fraude à la loi, aucune conséquence majeure. Que le sujet élude la compétence – en modifiant l'élément de rattachement – ou l'application – par exemple en dénaturant le contenu d'une loi étrangère afin de provoquer le jeu de l'exception d'ordre public – de la loi qui aurait dû être appliquée, sa volonté frauduleuse ne change pas de nature pour autant. Au-delà, le résultat est le même : la loi qui aurait dû être appliquée ne l'a pas été en raison d'un comportement déloyal. En ce sens, le jugement invoqué met en échec non pas un autre jugement, à défaut d'exister, mais véritablement la loi qui aurait dû s'appliquer. Le jugement étranger est ici le moyen d'écarter la compétence d'une loi qui avait normalement vocation à s'appliquer. C'est cette fraude que la Cour d'appel de Paris sanctionne lorsqu'elle stigmatise la « volonté de frauder la loi française en vertu de laquelle a été rendu le jugement de contribution aux charges du mariage »<sup>3</sup>.

**188** — D'autre part, la fraude au jugement s'effectue par le biais d'un jugement. Il s'agirait ainsi d'une fraude au jugement par un autre jugement. Sous réserve de ce qui vient d'être écrit, c'est le cas pour les affaires de répudiation. Toutefois, dans la mesure où le jugement n'est que l'expression de la loi, c'est en réalité cette dernière que l'intéressé utilisait pour mettre en échec la loi de la première autorité saisie. En effet, sa manœuvre n'a aucune influence sur le jugement à venir, ce dernier reste à la discrétion du juge qui est appelé à statuer. L'intéressé peut seulement influencer sur la compétence ou les modalités d'application de

<sup>1</sup> Si le jugement était déjà définitif, il s'agirait d'une véritable fraude au jugement sans fraude à la loi. Mais il a été constaté que les hypothèses de fraude au jugement réel, homogène et hétérogène, étaient erronées.

<sup>2</sup> Comp. P. MAYER, V. HEUZE, n° 392, selon lesquels la distinction entre l'éviction d'une loi au stade de sa compétence ou à celui de son application permet de séparer la fraude à la loi du *forum shopping*.

<sup>3</sup> Paris, 6 juillet 1982, préc. Même si le recours à la fraude à la loi est contestable dans cette affaire puisque le jugement de contribution aux charges du mariage était devenu définitif.

cette loi et ainsi orienter la solution à venir. En ce sens, le schéma de l'élément matériel de la fraude au jugement n'est pas très éloigné de celui de la fraude à la loi. Dans les deux cas, le sujet agit de façon à provoquer l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente. Dans les deux cas, il utilise à dessein le règlement conflictuel d'une situation internationale dans le but exclusif d'échapper à l'application de la loi normalement compétente. L'invention du concept de fraude au jugement tient à l'inadaptation de l'élément matériel de la fraude à la loi lorsque la situation internationale, dont le règlement conflictuel est utilisé à fin de fraude, n'a pas été créée à cette fin mais qu'elle existe déjà<sup>1</sup>. Or, l'élément matériel de la fraude à la loi ne peut se contenter d'être une simple modification d'un critère de rattachement, c'est plus largement toute action réalisée par le biais d'un acte ou d'un fait juridique, qui tend à provoquer l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente. Dans ce cadre, la modification de l'élément de rattachement n'en est qu'un exemple, l'exploitation d'une option de compétence un autre. Dans les affaires de répudiation, c'est bien la saisine d'un juge étranger qui provoque l'application d'une autre loi en raison du jeu d'une autre règle de conflit que la règle du for naturel saisi en premier. Le jugement obtenu n'est que le résultat de ce changement de loi applicable. Dès lors, par application de la loi étrangère, le jugement étranger invoqué en France dénie à la loi de l'autorité saisie en premier toute vocation à régir la situation qui lui est soumise. Il n'y a pas fraude au jugement, il y a fraude à la loi, laquelle pourrait consister ici « à transporter le débat devant un for islamique à seule fin d'éviter la compétence de la loi française et, s'agissant des répudiations, de bénéficier des facilités offertes à l'homme par la loi musulmane »<sup>2</sup>. Au demeurant, un raisonnement identique pourrait être mené à propos de la fraude à la juridiction. En effet, ce que l'intéressé recherche en saisissant un autre juge est l'obtention d'une décision autre que celle qu'aurait rendue le juge concurrent, donc l'application d'une loi autre qui permettra de rendre ladite décision. En ce sens, « la fraude à la compétence constitue un moyen et non une fin, laquelle réside dans le changement de loi »<sup>3</sup>.

**189** — En définitive, le constat est celui que les notions de fraude à la loi et de fraude au jugement recouvrent en réalité une seule et même situation. La fraude à la loi est une fraude au jugement et réciproquement. Se pose alors un problème : quelle dénomination retenir ? Il n'est en effet pas possible de conserver une double terminologie pour désigner une situation unique. Si, intentionnellement, le sujet recherche un résultat, donc le jugement, celui-ci ne doit sa solution qu'en raison d'une action, directe ou indirecte, sur la loi applicable au litige. La manœuvre frauduleuse vise donc à provoquer un changement de loi applicable, la décision prononcée n'est que la conséquence directe de ce changement de loi, donc de l'action du fraudeur sur la compétence de celle-ci. L'objet de la fraude est donc une loi, le jugement n'est que le résultat. La manœuvre – l'élément matériel – influe non pas sur le jugement prononcé mais directement sur la loi applicable. L'intention frauduleuse suppose une connaissance du contenu de la loi : l'intéressé choisit cette loi, par une action qui permet sa compétence, parce qu'il sait qu'elle lui apportera le résultat désiré. Ainsi, il convient de privilégier la qualification fraude à la loi sur celle de fraude au jugement et, finalement, de ne retenir que le second tableau du diptyque selon lequel la fraude au jugement ne fait que refléter sa propre image d'une fraude à la loi.

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 67 la définition provisoire de la fraude à la loi qui utilise le terme « créée ».

<sup>2</sup> J. DEPREEZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et de systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, op. cit., p. 175.

<sup>3</sup> B. AUDIT, obs. sous Paris, 15 mars 1990, D. 1990, somm., p. 263.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

190 — L'extension de la théorie de la fraude à la loi, en droit international privé comme en droit interne, provient de l'inadaptation de la notion traditionnelle de la fraude à la loi qui ne parvient plus, en raison de sa conception étroite, à absorber la diversité des comportements malicieux. Si la notion de fraude au jugement a pu un temps jouir d'une certaine faveur de la part de la jurisprudence pour sanctionner un comportement conjoncturel – les répudiations – qui se fondait mal dans le carcan structurel de la fraude à la loi, la doctrine a immédiatement relevé les difficultés de caractérisation et d'admission de cette « conception nouvelle de la fraude en droit international privé »<sup>1</sup>. Néanmoins, cette « nouveauté » ne résidait que dans l'appellation du motif de la sanction. Si la notion de fraude au jugement a pu paraître séduisante en ce qu'elle s'insérait dans un schéma aisément identifiable – deux instances simultanément ou consécutivement pendantes dont le résultat de l'une paralyse celui de l'autre, l'une ayant été justement introduite pour parvenir à ce résultat – et faisant naturellement naître un soupçon de fraude, il est apparu que la notion de fraude au jugement n'est qu'une création sémantique de circonstance. La fraude au jugement est en réalité une fraude à la loi dans la mesure où, pour les deux notions, à les supposer distinctes, la norme fraudée est toujours la même : la loi. En revanche, les comportements qui ont donné lieu à la création de la notion de fraude au jugement, telles les répudiations, ne constituent pas pour autant des fraudes à la loi, entendues au sens strict. Les répudiations relevaient en effet de l'exploitation d'une situation internationale préexistante et non de la création d'une nouvelle situation. Il n'en reste pas moins que ces manœuvres suscitent une certaine réprobation morale qu'il convient de traduire sur le plan juridique. Cette qualification ne peut passer que par une redéfinition du concept de fraude à la loi en droit international privé, mais également par la possibilité de recourir aux autres concepts régulateurs du droit, telle que la réserve de l'abus de droit. Ainsi, dans les hypothèses classiques où ces différents concepts étaient confondus en raison de l'extension et de la dénaturation de la notion de fraude, il apparaît qu'une analyse stricte du comportement malicieux doit permettre de dégager une qualification adéquate, sans confondre des théories proches mais fondamentalement différentes.

---

<sup>1</sup> C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, op. cit., n° 11 et n° 102 et s.

## CONCLUSION DU TITRE 1

**191** — Bâtie au regard d'un droit international privé inflexible et neutre, défendant une conception essentiellement souverainiste de la loi nationale de l'auteur de la règle de conflit, la théorie de la fraude à la loi, telle qu'elle est traditionnellement entendue, est le fruit d'une époque. Mal construite parce que fondée sur des hypothèses uniformes qui, d'un point de vue purement théorique, ne constituaient pas toujours de véritables fraudes à la loi, cette théorie vit ses conditions mal définies, prêtant alors le flanc à la critique doctrinale. L'étude de la jurisprudence récente en montre néanmoins un emploi relativement fréquent. Mais cette utilisation s'est accompagnée d'une extension de la notion de fraude à la loi afin de faire face à la diversité et l'évolution du comportement malicieux : sont ainsi apparues celles de fraude à la juridiction, de fraude au jugement, de fraude à l'intensité de l'ordre public<sup>1</sup> ou de fraude à la convention internationale<sup>2</sup> qui se démarquent nettement, *a priori*, de la fraude à la loi entendue au sens strict du droit international privé. Contestables dans leurs éléments constitutifs et au-delà dans leur existence même, les différentes ramifications de la notion de fraude doivent pour certaines être abandonnées. Toutefois, cet abandon ne peut passer que par un recadrage du concept de fraude à la loi et plus généralement de tous les concepts régulateurs du droit que sont, à côté de la fraude à la loi, la réserve de l'abus de droit, la simulation, le détournement d'institution<sup>3</sup>. Quant à la notion de fraude à la juridiction, elle conserve une utilité propre dans certains cas même si dans la plupart des hypothèses, la fraude à la compétence juridictionnelle n'est pas le but de la manœuvre mais seulement son moyen. Les facteurs intrinsèques de la crise de la théorie de la fraude en atteignent véritablement le crédit en offrant un tableau mitigé des éléments constitutifs de la fraude à la loi. Au-delà, l'évolution du droit international privé vient encore affaiblir cette théorie, découvrant ainsi les facteurs extrinsèques de la crise de la théorie de la fraude à la loi.

---

<sup>1</sup> I. FADLALLAH, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, préc., p. 336.

<sup>2</sup> J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux de droit privé », *D.* 2002, p. 228 et s., p. 345 et s., spéc. p. 236.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 325 et s.

## Titre 2

# LES FACTEURS EXTRINSEQUES DE LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

192 — La seconde tendance de la crise de la théorie de la fraude à la loi, plus récente, résulte de circonstances qui ne tiennent pas directement à sa conception traditionnelle. D'une manière générale, si la jurisprudence offre le constat d'une utilisation relativement fréquente de la notion de fraude eu égard à son caractère exceptionnel, elle est néanmoins devenue marginale en droit international privé. La démocratisation de la fraude n'a pas, au moins sur le long terme, véritablement permis son renouvellement. Deux phénomènes liés à l'évolution structurelle du droit international privé et à l'intangibilité de la conception classique, permettent d'expliquer ce déclin. D'une part, la théorie de la fraude à la loi tend à sanctionner la recherche d'un résultat matériel différent de celui qui aurait été obtenu par une application orthodoxe de la règle de conflit. L'intéressé doit donc effectuer une comparaison du contenu respectif de plusieurs lois afin de provoquer l'application de celle qui lui est la plus favorable. La réserve de la fraude à la loi apparaît alors comme un moyen de préserver la neutralité originelle de la règle de conflit que justement le sujet contourne. Neutre, la règle de conflit de lois l'est assurément lorsqu'elle désigne la loi applicable sans considération de son contenu matériel. Or, l'évolution du droit international privé est allée vers une matérialisation de plus en plus fréquente, non seulement des règles de conflit de lois mais également de l'ensemble de ses mécanismes régulateurs. En ce sens, l'objectif de la théorie de la fraude à la loi semble paralysé par la règle même qu'elle a vocation à préserver (Chapitre 1). D'autre part, la théorie de la fraude à la loi tend également à sanctionner la négation indirecte et licite de l'impérativité d'une règle de droit. Pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut que le sujet agisse sur le rattachement retenu par la règle de conflit afin de provoquer l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente à défaut de manœuvre. La réserve de la fraude à la loi apparaît alors comme le garde-fou de la rigidité originelle de la règle de conflit que le sujet cherche justement à obvier en agissant en amont de son application. Rigide, la règle de conflit, de lois comme de juridictions, l'est effectivement lorsqu'elle utilise un rattachement unique qui seul peut être pris en considération afin de désigner la loi ou le juge compétent. Toutefois, le droit international privé adopte de plus en plus souvent des règles de conflit flexibles, c'est-à-dire qui retiennent des rattachements en cascade ou qui s'adaptent à la situation concrète du rapport de droit. Le sujet de droit privé international dispose alors d'une batterie de rattachements sans qu'il soit besoin d'en créer de manière artificielle. Dans cette optique, la finalité de la théorie de la fraude à la loi – préserver l'impérativité de la règle de droit – semble perdre tout son sens dans la mesure où la règle à protéger permet directement ce contre quoi la réserve de la fraude à la loi entend lutter (Chapitre 2).



## Chapitre 1

# LA MATERIALISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

**193** — Devant la neutralité originelle de la règle de conflit, la « réalité du droit positif montre (...) un droit international privé assez différent de celui issu des dogmes habituels. L'on observe en effet que des réflexions liées à la teneur des lois matérielles pénètrent tant les règles de conflit que le principe du lien le plus étroit. La méthode traditionnelle porte en elle-même déjà l'incohérence de refuser l'influence des droits matériels en conflit sur la règle de conflit, alors qu'elle subordonne cette même règle à la réserve de l'ordre public et des lois d'application immédiate du for ou d'un État étranger, réserve qui a précisément pour but d'assurer au droit matériel le domaine d'application nécessaire à la réalisation de ses objectifs. »<sup>1</sup>. Le rapport privé international a ceci de spécifique qu'il met en opposition divers blocs de droits et d'intérêts eux-mêmes soumis à des ensembles législatifs différents. Or, il peut apparaître que tels intérêts doivent prévaloir alors qu'au contraire la règle de conflit abstraite désigne le système qui consacre l'autre bloc d'intérêts. Les mécanismes de droit international privé peuvent alors, de façon indirecte, rétablir l'équilibre qui faisait concrètement défaut. Plus directement, c'est la règle de conflit elle-même qui opère un rapprochement entre localisation et résultat matériel. Dans cette hypothèse, le résultat matériel peut corriger ou gouverner la localisation, il peut encore être contenu dans la règle de conflit elle-même<sup>2</sup>. En poussant cette matérialisation du droit international privé à son paroxysme, la règle de conflit perd sa fonction originelle de répartition. « Déchargée de toute mission répartitrice de souverainetés étatiques, la règle de conflit contemporaine se caractérise par son asservissement aux aspirations de droit privé. Procédé-outil qui subit, à chaque stade de sa mise en œuvre, la pression de considérations qui lui sont extérieures, elle tend à devenir un simple cadre de travail pour le juge, qui reste le véritable artisan du règlement substantiel »<sup>3</sup>. Le droit international privé contemporain s'affranchit de la neutralité de ses règles pour adopter une démarche fonctionnelle, soit directement, soit indirectement. Les conséquences de cette évolution sur la théorie de la fraude à la loi pourront alors être analysées au regard de cette matérialisation des règles de conflit de lois (Section 1) comme au regard des règles matérielles internationalement impératives (Section 2).

---

<sup>1</sup> A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1993-1995, p. 209 et s., spéc. pp. 216-217.

<sup>2</sup> Selon la classification retenue par J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, matérialisation et flexibilisation des règles de droit international privé*, *RCADI* 2002, t. 287, p. 9 et s., n° 229.

<sup>3</sup> H. MUIR WATT, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Arch. philo. dr.* 1997, t. 41, p. 207 et s., n° 7.

## SECTION 1

LE DOMAINE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI  
EN PRESENCE D'UNE REGLE DE CONFLIT MATERIELLE

**194** — Le droit international privé ne donne pas directement une solution matérielle mais recherche la loi compétente pour y parvenir, en fonction d'un critère de rattachement censé exprimer la meilleure localisation du rapport de droit. Considérant cette abstraction, le choix du critère dépend essentiellement de la nature du rapport de droit<sup>1</sup>. Dans cette optique, la règle de conflit de lois est neutre à un double titre : dans sa création et dans son application. Mais cette neutralité, sans être apostasiée, fait davantage partie des « mythes fondateurs de la matière »<sup>2</sup> que d'une réalité théorique observable<sup>3</sup>. D'un côté, le juge a parfois « la curiosité de rechercher dès le début du procès la teneur des différentes lois en présence »<sup>4</sup> afin d'orienter le choix de la loi applicable. Plus directement, nombreuses sont les règles de conflit qui prennent directement en considération des finalités substantielles<sup>5</sup>. Dans ces hypothèses, il apparaît que le recours à un mode de désignation de la loi applicable qui intègre une considération des intérêts privés trouve une racine semblable à celle qui postule à la fraude à la loi.

**195** — En réinterprétant son double fondement<sup>6</sup> – impératif et moral – au regard de la règle de conflit matérielle, la théorie de la fraude à la loi présente un double objectif. Le premier, qui découle du fondement impératif, est de corriger une localisation malicieusement créée en rétablissant dans sa prépotence la loi des liens réels, supposée plus étroite. Dans la quasi-totalité des affaires ayant sanctionné une fraude à la loi, les juges relèvent en effet que la

<sup>1</sup> M. F. C. de SAVIGNY, *Traité de droit romain*, vol. 8, trad. Ch. GUENOUX, Paris, 1851, § 348.

<sup>2</sup> H. MUIR WATT, « Law and economics » ; quel apport pour le droit international privé ? », in Mél. J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2001, p. 685 et s., n° 3, p. 689.

<sup>3</sup> Sur l'ensemble de la question, v. not. R. DE NOVA, « Solution du conflit de lois et règlement satisfaisant du rapport international », *Rev. crit. DIP* 1948, p. 179 et s. ; Y. LOUSSOUARN, *Cours général de droit international privé*, *RCADI* 1973-II, t. 139, p. 269 et s., spéc. p. 338 et s. ; I. FERRER-CORREIA, « Le procédé conflictuel en droit international privé et les solutions alternatives », in *Estudos vários de direito*, Combría, 1982, p. 399 et s. ; B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois)*, *RCADI* 1984-III, t. 186, p. 223 et s. ; « Flux et reflux de la crise des conflits de lois », *TCFDIP* 1985, Journée du Cinquantenaire, p. 59 et s. ; H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit*, thèse Paris II, 1985.

<sup>4</sup> Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, t. 2, p. 43 et s., spéc. p. 54.

<sup>5</sup> Sur ces dispositions connues, v. not. M. SIMON-DEPITRE, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1974, p. 591 et s. ; P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, *RCADI* 1977-II, t. 155, p. 1 et s., spéc. p. 90 et s. ; A. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, *RCADI* 1982-III, t. 176, p. 9 et s., spéc. p. 67 et s. ; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, éd. Georg, Genève, 1985, p. 241 et s. ; P. MAYER, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, n° 2, 1985, p. 129, n° 14 et s. ; H. GAUDEMET-TALLON, « L'utilisation des règles de conflit à caractère matériel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye) », in Mél. Y. LOUSSOUARN, éd. Dalloz, 1994, p. 181 et s. ; B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul ? », *R.I.D.C.* 1998, p. 421 et s. ; in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 583 et s. ; P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, *RCADI* 1999, t. 276, p. 9 et s., spéc. p. 84 et s. ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, matérialisation et flexibilisation des règles de droit international privé*, *op. cit.*, p. 309 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 70 et s.

situation privée internationale n'entretient que des liens très lâches avec la loi revendiquée par l'intéressé. La question est donc de savoir si la théorie de la fraude à la loi peut encore jouer ce rôle en présence d'une règle de conflit dont la fonction première n'est pas de localiser le litige. Le second objectif de la théorie de la fraude, qui se déduit de son fondement moral, est de sanctionner un résultat qui n'a été atteint que par la réalisation malicieuse d'un acte ou d'un fait juridique influant sur la détermination de la loi applicable. Lorsqu'il sanctionne une fraude à la loi, le juge met en effet en opposition le résultat atteint – par exemple l'obtention d'un divorce – et celui qui aurait été obtenu à défaut de manœuvre – le refus du divorce – en vertu de la loi normalement applicable. La question se pose donc de savoir si la réserve de la fraude à la loi peut encore remplir ce rôle de sanction du résultat lorsque ce résultat préside à l'application de la règle de conflit elle-même. Ces deux questions appellent des réponses combinées puisque de la manière de les envisager dépend le fait de savoir si un raisonnement fondé sur le résultat doit être validé (§ 1) ou contesté (§ 2).

### § 1 – LA VALIDATION D'UN RAISONNEMENT FONDE SUR LE RESULTAT

**196** — Par la méthode « téléguidée »<sup>1</sup> des règles de conflit de lois à coloration matérielle, le droit international privé s'éloigne inexorablement de la conception savignienne, simplement localisatrice et neutre. Alors que la mise en œuvre de cette dernière ne dépend pas, en théorie, du résultat à atteindre, celle de la règle de conflit substantielle suppose que « les appréciations et les considérations à caractère matériel jouent un rôle dès le début, en vue d'orienter directement le choix de la loi applicable : celle-ci est donc sélectionnée dès le départ en raison de son contenu et/ou en fonction des intérêts qu'elle permet matériellement de protéger »<sup>2</sup>. En ce sens, le fonctionnement d'une règle de conflit matérielle « suppose, soit de la part du juge, soit de la part du demandeur, une recherche préalable de la teneur respective des diverses lois en conflit. Le problème du conflit de lois se trouve ainsi subordonné au problème de fond et la règle de conflit perd dès lors une partie de son indépendance du fait de l'atténuation de sa neutralité »<sup>3</sup>.

**197** — Ces considérations montrent que le raisonnement conflictuel mené lors de la mise en œuvre d'une règle de conflit matérielle est proche du préalable frauduleux. La fraude à la loi suppose en effet une étude comparative de la teneur matérielle des lois potentiellement applicables en fonction de rattachements existants ou imaginaires. Si la loi désignée par l'un des seconds lui semble plus avantageuse, le sujet cherchera par un stratagème à provoquer son application. En ce sens, l'appréciation de la teneur respective des lois en conflit réel et provoqué préside nécessairement à la confection de la fraude à la loi de droit international<sup>4</sup>, même si cette recherche peut parfois sembler illusoire<sup>5</sup>. En aval, lorsqu'il cherchera à

<sup>1</sup> J. FOYER, « Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflit de lois », in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 149 et s., spéc. n° 195 et s.

<sup>2</sup> P. PICONE, *op. cit.*, n° 20.

<sup>3</sup> Y. LOUSSOUARN, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *TCFDIP*, journée du centenaire, 1985, p. 79 et s., spéc. p. 93.

<sup>4</sup> Cf. *infra* n° 522 et s.

<sup>5</sup> M. SIMONET, « L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français », in *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, sous la dir. de Ph. KAHN, éd. La documentation française 2001, p. 115 et s., spéc. p. 116.

sanctionner une fraude à la loi, le juge procèdera à la même comparaison. Il vérifiera notamment que le résultat atteint contrevient directement à la lettre de la loi éludée, condition nécessaire à la sanction de la fraude<sup>1</sup>. En grossissant le trait, il apparaît que la règle de conflit matérielle et la fraude à la loi reposent sur le même postulat – une loi peut être plus favorable qu’une autre – et la même finalité – découvrir et appliquer cette loi plus favorable.

**198** — À ce constat s’en ajoute un autre. Alors que la règle de conflit savignienne entend appliquer la loi des liens les plus étroits, la règle de conflit matérielle n’a pas, ou de façon très sporadique, cette vocation localisatrice. Les règles qui retiennent comme critère la loi la plus favorable ne l’ont certainement pas, à tel point qu’elles l’ignorent. Les règles de conflit alternatives intègrent une finalité localisatrice, mais celle-ci est reléguée au second plan, après l’objectif matériel. En ce sens, la règle de conflit matérielle illustre « l’acceptation du fait que soit désignée une loi qui n’est pas nécessairement celle des liens les plus étroits pourvu qu’elle consacre la solution estimée préférable »<sup>2</sup>. Ici encore, le raisonnement conflictuel est proche de celui qui préside à la fraude à la loi. Si l’individu recourt à un stratagème, c’est parce que la loi des liens les plus étroits, désignée par la règle de conflit, ne lui convient pas. Il cherche alors, par une manœuvre exogène, à sortir du giron législatif de cette loi pour se diriger vers une loi plus avantageuse. Or, dans la quasi-totalité des hypothèses, cette loi n’entretiendra que des liens très lâches, voire n’en aura aucun, avec la situation individuelle réelle antérieure du sujet. C’est d’ailleurs ce qui révélera la fraude à la loi plus que son résultat. La fraude à la loi est en effet souvent définie par rapport au refus des conséquences de la manœuvre, mise à part celle recherchée. Ce refus montre que l’intéressé n’entretient aucun lien avec l’État dont il revendique l’application de la loi, ce qui permet de révéler l’intention frauduleuse<sup>3</sup>. Car il est certain qu’un changement de rattachement et son résultat matériel seront admis si le lien qui unit la personne et la loi – nationalité, domicile, etc. – est réel et sérieux. En effet, il « n’y a pas lieu de parler de fraude à la loi lorsque le droit est mis en accord avec les faits »<sup>4</sup>. La réserve de la fraude à la loi apparaît alors comme un mécanisme qui permet d’assurer la loyauté d’une localisation internationale. Elle constitue en ce sens, au même titre que le renvoi, le conflit mobile ou la clause échappatoire, une véritable exception localisatrice. La fraude à la loi trouble la finalité localisatrice de la règle de conflit savignienne, la réserve de la fraude à la loi vient la réorienter vers la loi du lien le plus étroit. Or, si la règle de conflit frauduleusement appliquée n’a plus cette finalité localisatrice, tout porte à croire que la réserve de la fraude à la loi n’a plus de raison d’intervenir pour rétablir une localisation qui n’est plus essentielle.

**199** — De fait, la jurisprudence est sur la question inexistante. Pourtant, une tentative de fraude à la loi n’est pas complètement inconcevable. Le caractère substantiel de la règle de conflit et l’obligation qui est faite au juge de rechercher et d’appliquer la loi la plus favorable ne préjugent pas de son efficacité maximum. Le juge estimera naturellement que sa propre loi est plus favorable que les autres, notamment pour des raisons de commodité et d’économie, surtout pour ne pas directement critiquer une politique suivie par son législateur. D’autre part, il se peut qu’aucune des lois potentiellement applicables ne permette d’atteindre le résultat escompté. Lorsque la règle de conflit prévoit des rattachements alternatifs, l’hypothèse est facilement envisageable en raison du faible nombre de lois possibles.

<sup>1</sup> J. VIDAL, *Essai d’une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 156.

<sup>2</sup> B. AUDIT, « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul », *op. cit.*, n° 9.

<sup>3</sup> Not. P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 269.

<sup>4</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 336.

Lorsqu'en revanche la règle prescrit simplement de rechercher la loi la plus favorable, sans aucune restriction localisatrice, le juge doit en théorie toujours trouver une loi qui permet d'atteindre l'objectif matériel. Toutefois, il est fort probable qu'il n'étendra pas sa recherche au-delà des lois matérielles dont il devine l'application – à suivre un raisonnement conflictuel classique – au regard des éléments d'extranéité présents dans le débat. Il semble chimérique d'exiger du juge qu'il procède à un examen comparé beaucoup plus large. En ce sens, les parties et plus particulièrement le bénéficiaire de la règle de conflit peuvent directement influencer sur la mission du juge en étendant artificiellement sa sphère de recherche. Il suffit à la partie de présenter au juge des critères de rattachement artificiellement créés dans le but d'orienter le juge vers une loi qu'il n'aurait, à défaut, pas examinée.

**200** — Dans ce cadre, la fraude à la loi peut tout à fait permettre de réaliser pleinement l'objectif de la règle de conflit alors que sans elle cet objectif n'aurait pas été atteint. La fraude à la loi peut améliorer l'objectif de la règle de conflit en provoquant l'application d'une loi matériellement plus intéressante que celle qui aurait été appliquée par le jeu orthodoxe de la règle de conflit matérielle. Dans cette hypothèse, le destinataire de la règle de conflit est l'auteur direct ou complice de la fraude à la loi. Mais ce n'est pas toujours le cas, il peut s'agir de la fraude à la loi d'une autre personne, laquelle cherche à avantager le destinataire de la règle. Ce peut être le cas par exemple pour le représentant de l'enfant qui agit en son nom et pour son compte en demande de subsides. Par exemple, le créancier alimentaire, après une étude comparée des lois potentiellement compétentes, provoque l'application, par le biais d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire, d'une loi tierce, matériellement plus favorable. Il n'y aurait pas fraude à la loi si par sa manœuvre le bénéficiaire de la règle provoque l'application d'une loi qui permet d'atteindre le résultat défini par la règle de conflit, mais qui serait atteint dans des proportions matériellement plus intéressantes que celles qui auraient été obtenues par application d'une des lois normalement compétentes.

**201** — La sanction de la fraude à la loi serait en effet, ici, doublement illogique. Elle le serait d'une part en raison de la théorie de la fraude à la loi qui ne sanctionne que les comportements qui permettent d'atteindre un résultat interdit par la loi éludée. Si la fraude à la loi a pour résultat d'apporter plus que ce qu'une application orthodoxe de la règle eût permis, il paraît incongru de refuser ce résultat. La sanction aura ici pour effet de donner au destinataire de la règle de conflit des droits moindres que ceux qu'il avait grâce à la fraude, alors même que la règle de conflit n'attache qu'une attention secondaire, voire nulle, à sa fonction localisatrice. La sanction de la fraude à la loi serait ici, d'autre part, contraire à la teneur même de la règle de conflit que la réserve aurait pour but de protéger. La règle de conflit matérielle ne prescrit que la recherche d'un certain résultat. L'objectif de la règle est de trouver le meilleur résultat, surtout lorsque le critère est celui de la loi la plus favorable. En ce sens, sanctionner la fraude à la loi qui aurait pour résultat de favoriser davantage le destinataire de la règle de conflit remettrait directement en cause l'objectif de cette règle que justement la réserve de la fraude protège. La solution sera identique alors même que la loi malicieusement appliquée n'entretient que des liens très lâches avec le rapport juridique. Cette considération, souvent décisive lors de la sanction de la fraude à la loi, est inopérante en présence d'une règle de conflit matérielle qui par définition, mais sans toujours l'exclure complètement, n'a pas une fonction localisatrice. La réserve de la fraude à la loi sanctionne un comportement conforme à la lettre mais contraire à son esprit. La fraude à la loi en présence d'une règle de conflit matérielle, dont le résultat est plus avantageux que celui qui aurait été obtenu par une application orthodoxe de la règle, n'est ni contraire à la lettre, ni à l'esprit de la règle de conflit.

**202** — De ce double constat il est possible de déduire que la réserve de la fraude à la loi ne peut intervenir en présence d'une règle de conflit à coloration matérielle. La promotion de l'intérêt matériel l'emporte sur la localisation du rapport privé international. La réserve de la fraude à la loi ne peut sanctionner le résultat que la règle de conflit promeut directement. Il en découle également que les mécanismes de droit international privé destinés à corriger la localisation ne trouvent pas à s'appliquer. Ainsi, l'accord est-il presque unanime en doctrine pour exclure le renvoi en présence d'une règle de conflit matérielle<sup>1</sup>. Il en est de même de la clause d'exception. En effet, de manière générale, « là où le législateur entend favoriser certains effets matériels dans les relations internationales, une exception fondée sur la localisation n'a en principe pas de raison d'être »<sup>2</sup>. De même, l'exception d'ordre public international, sans être totalement exclue, voit son domaine s'éroder en présence d'une règle de conflit matérielle<sup>3</sup>. Il n'est donc en principe pas possible d'écarter la loi qui permet la réalisation du résultat recherché au motif qu'elle aurait un lien très lâche avec la situation privée internationale alors que celle-ci entretiendrait des liens plus étroits avec un autre État. Toutefois, le déclin de la théorie de la fraude à la loi en ce domaine est relatif et elle peut jouer un rôle subsidiaire de contestation du résultat.

## **§ 2 – LA CONTESTATION D'UN RAISONNEMENT FONDE SUR LE RESULTAT**

**203** — Malgré les développements qui précèdent, la réserve de la fraude à la loi pourrait, dans certaines circonstances, intervenir même en présence d'une règle de conflit à caractère substantiel. L'objectif assigné par la règle de conflit matérielle n'est pas toujours déterminé avec précision. Il en est ainsi pour les règles qui se contentent de prescrire au juge la recherche de la loi la plus favorable. Dans d'autres cas le résultat à atteindre est précisément défini, comme la validation d'un acte juridique, la reconnaissance d'un lien de filiation ou d'une créance. Dans tous les cas cependant, l'exigence d'un certain résultat ressort clairement de la règle de conflit. À défaut d'être précisément déterminé au cas par cas, il est facilement identifiable. Il s'agira toujours d'un sentiment de faveur à l'égard d'une des parties.

**204** — Or, la faveur accordée à une partie induit nécessairement un sentiment de défaveur à l'égard d'une autre. Il « n'y a pas des lois favorables en soi, on ne peut les appeler favorables que par rapport au destinataire de la faveur »<sup>4</sup>. Le cas est topique en matière d'obligations alimentaire ou délictuelle. Il peut l'être également de manière plus insidieuse en d'autres domaines. Ainsi, si la règle de conflit pose comme objectif la facilité de la constitution d'une situation, elle limitera réciproquement les possibilités de sa contestation. Il est par exemple admis qu'à l'application alternative de l'une quelconque des lois en concours pour l'établissement d'un lien de filiation correspond l'application cumulative de ces lois en cas de

<sup>1</sup> V. not. P. M. PATOCCHI, *op. cit.*, n° 571 et s. ; P. PICONE, *op. cit.*, n° 24 ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, n° 288 et s. ; Y. LEQUETTE, B. ANCEL, n° 51.12 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 226 ; B. AUDIT, n° 706.

<sup>2</sup> P. M. PATOCCHI, *op. cit.*, n° 500.

<sup>3</sup> D. ALEXANDRE, « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé français », in *Le droit de la famille en Europe*, sous la dir. de R. GANGHOFER, éd. PUS, 1992, p. 105 et s., spéc. p. 110 ; R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> s.*, sous la dir. de Th. REVET, éd. Dalloz, 1996, p. 65 et s., spéc. p. 71.

<sup>4</sup> I. KISH, « La loi la plus favorable. Réflexions à propos de l'article 9(3), 2 de la loi uniforme Benelux », in *Ius et Lex*, Mél. GUTZWILLER, éd. Topos Verlag, 1959, p. 373 et s., spéc. p. 388.

contestation<sup>1</sup>. Si la solution de défaveur semble alors logique puisque « cumul et concours se trouvent toujours interchangeables »<sup>2</sup>, elle peut toutefois se révéler en contradiction avec la vérité biologique dans l'hypothèse où une seule loi en concours refuse toute contestation même en face d'une expertise génétique ou d'une reconnaissance mensongère. De manière plus générale, si la manœuvre du destinataire de la règle de conflit matérielle ne peut être qualifiée de fraude à la loi, celle de l'autre partie est tout à fait concevable. Dans la mesure où la règle de conflit ne lui est par définition pas favorable, cette partie défavorisée peut chercher à orienter les recherches du juge vers une loi moins avantageuse pour le destinataire de la faveur. Deux hypothèses sont envisageables. Le sujet peut chercher à éviter que le résultat souhaité ou favorable se produise. Il peut ensuite atténuer le résultat, c'est-à-dire provoquer l'application d'une loi moins favorable. Ainsi le débiteur alimentaire provoque l'application d'une loi qui donne moins de subsides, qui prévoit des règles de calcul moins avantageuses, qui limite l'obligation alimentaire à la minorité de l'enfant ou prévoit un terme lorsqu'elle échoit à un époux. La fraude à la loi est donc théoriquement envisageable.

**205** — De façon classique, les règles de conflit matérielles fondées sur des rattachements alternatifs ou subsidiaires, voire cumulatifs, utilisent toutes des critères de rattachement objectifs. La recherche du résultat favorable ne s'effectue donc pas de manière totalement libre. La règle de conflit matérielle conserve une fonction localisatrice que la théorie de la fraude à la loi a vocation à préserver. Si la fonction localisatrice de la règle de conflit de lois à caractère substantiel n'est que secondaire, elle n'est pas absente. C'est le cas des règles qui utilisent des rattachements alternatifs fondés sur les critères géographiques traditionnels. En ce sens, si le degré d'intervention de la réserve de la fraude à la loi dans sa fonction localisatrice est faible, elle n'est pas théoriquement injustifiable en présence d'une règle de conflit *a minima* localisatrice. En revanche, la fonction localisatrice est absente de la règle de conflit matérielle ouverte, c'est-à-dire qui utilise la notion de loi la plus favorable. Les règles qui utilisent ce critère ne limitent pas en effet la sphère géographique des recherches menées par le juge. Dès lors, il a semblé que la réserve de la fraude à la loi ne pouvait intervenir faute de loi normalement applicable en raison d'un critère géographique. Néanmoins, de fait, le juge réintègrera une dimension localisatrice dans la mesure où il élargira son champ d'investigation, au plus large, à toutes les lois qui peuvent être rattachées à un élément d'extranéité présent dans le débat. Il est peu probable qu'il fasse des investigations plus larges et il s'en tiendra vraisemblablement à sa propre loi. Toutefois, cet état de fait ne permet pas de justifier une intervention de la réserve de la fraude à la loi. Il n'en reste pas moins que la théorie de la fraude à la loi peut demeurer compatible, en amont de l'application de la règle de conflit matérielle et en théorie, avec une règle de conflit à caractère substantiel.

**206** — L'élément localisateur n'est en effet que le préalable à la compatibilité de la théorie de la fraude à la loi avec la règle de conflit matérielle. Sa viabilité dépend de la comparaison entre le résultat atteint par la fraude à la loi et celui qui était souhaité par l'auteur de la règle de droit. De façon plus originale et adaptée à la nature et à la finalité de la règle de conflit matérielle, la théorie de la fraude à la loi pourrait ainsi jouer un rôle en aval de

---

<sup>1</sup> J. FOYER, note sous TGI Paris, 23 novembre 1993, 22 et 29 novembre 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 703 et s., spéc. p. 713 au sujet de l'article 311-17 du Code civil ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 1218. *Adde* Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 109 et s., note FADLALLAH ; *JDI* 1977, p. 656 et s., note FOYER ; *D.* 1976, p. 633 et s., note MASSIP ; – TGI Paris, 1<sup>er</sup> mars 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 110 et s., note LEQUETTE.

<sup>2</sup> I. KISH, *op. cit.*, p. 387.

l'application de la règle de conflit. Dans la mesure où la réserve de la fraude à la loi tend à sanctionner un résultat contraire non à la lettre mais à l'esprit de la règle de droit appliquée, elle pourrait intervenir comme une sorte de principe matériel ultérieur qui permet de réorienter la règle de conflit substantielle. La réserve de la fraude à la loi permettrait l'application de la loi la plus favorable que le sujet aurait tenté d'obvier, par exemple en agissant de sorte que le résultat matériel favorisé par la règle de conflit ne se réalise pas. La règle de conflit matérielle est ici replacée dans son contexte de défense d'une politique ou d'un objectif que l'auteur de la règle entend promouvoir.

**207** — Le raisonnement est alors proche de celui qui serait tenu en présence d'une fraude à la loi interne. Si par sa manœuvre le sujet provoque l'application d'une loi qui ne permet pas d'aboutir au résultat escompté, une solution subsidiaire « pourrait consister en une règle localisatrice : si la localisation s'estompe pour permettre de favoriser une solution matérielle donnée, elle peut prendre la relève de l'approche substantielle lorsque le critère matériel est inopérant »<sup>1</sup>. À défaut d'être directement prévue par la règle de conflit elle-même, la réserve de la fraude à la loi pourrait remplir ce rôle lorsque ses conditions sont réunies. Le raisonnement est ici le même que celui qui est tenu pour admettre le renvoi en présence d'une règle de conflit matérielle. Son exclusion est tempérée et le renvoi peut être admis « lorsque le résultat souhaité par le droit du for ne peut être atteint que par ce moyen »<sup>2</sup>, lorsque le renvoi agit *in favorem*. Dans ce cas, le renvoi permet « l'amplification du rattachement alternatif »<sup>3</sup> en étendant l'éventail des lois potentiellement favorables. L'admission de la réserve de la fraude à la loi en présence d'une règle matérielle, lorsque la fraude à la loi contredit la finalité de la règle en privant son destinataire de la faveur qu'elle lui témoigne, assure directement la pérennité de l'objectif matériel contre toute velléité frauduleuse du débiteur de la faveur.

**208** — La théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit de lois à caractère substantiel dépend ainsi, non pas directement de sa typologie habituelle, laquelle ne se trouve pas véritablement affectée par la nature différente de la règle de conflit, mais du résultat de la fraude à la loi comparativement à l'objectif matériel de la règle de conflit. Mécanisme qui sanctionne une méconnaissance non de la lettre mais de l'esprit d'une règle de droit, la réserve de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit matérielle ne pourra pas intervenir si le résultat de la fraude à la loi est favorable au destinataire de la règle. À l'inverse, la réserve pourra retrouver tout son empire lorsque le résultat de la manœuvre est défavorable au destinataire de la règle matérielle. Elle doit être admise lorsqu'elle sert l'objectif de la règle de conflit matérielle, c'est-à-dire lorsqu'elle conduit à la réalisation du résultat souhaité par l'auteur de la règle, elle doit au contraire être écartée lorsqu'elle conduit à un résultat inverse<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> P. M. PATOCCHI, *op. cit.*, n° 635.

<sup>2</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 311. Dans le même sens, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 349 qui parlent de renvoi sélectif.

<sup>3</sup> P. M. PATOCCHI, *op. cit.*, n° 575.

<sup>4</sup> Comp. P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986-I, t. 196, p. 11 et s, spéc. n° 44, à propos du renvoi.

## SECTION 2

### LE DOMAINE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI EN PRESENCE D'UNE REGLE MATERIELLE INTERNATIONALEMENT IMPERATIVE

**209** — Pour être efficace, la fraude à la loi doit permettre d'échapper à la loi qui était normalement compétente. La règle de conflit de lois, que la fraude à la loi détourne, voit son application limitée par le jeu d'éléments qui lui sont extérieurs. Les lois de police, le conflit mobile, les clauses d'exception ou l'exception d'ordre public sont autant d'obstacles qui peuvent anéantir l'efficacité de la fraude à la loi. Or, celle-ci intervient sur le même plan que ces quatre concepts. C'est peut-être encore plus vrai en ce qui concerne les lois de police (§ 1) et l'exception d'ordre public français en matière internationale (§ 2).

#### § 1 – LE JEU CONCURRENT DES LOIS DE POLICE ET DE LA RESERVE DE LA FRAUDE A LA LOI

**210** — L'opposition entre les lois de police et la réserve de la fraude à la loi est très souvent soulignée. Comme cette dernière, les lois de police protègent des valeurs considérées comme essentielles dans la société du for ou par la loi que le juge aurait dû appliquer. Dans la mesure où la fraude à la loi est traditionnellement considérée comme portant atteinte aux seules lois impératives, le jeu de la théorie de la fraude à la loi paraît considérablement réduit lorsqu'il est possible d'appliquer unilatéralement la loi évincée (A). Néanmoins, le caractère relatif de l'impérativité des droits permet de donner à la théorie un rôle non négligeable (B).

##### A. L'ANNIHILATION DE LA FRAUDE A LA LOI PAR L'APPLICATION UNILATERALE DE LA LOI ELUDEE

**211** — Il est classique de lire que la fraude à la loi est caractérisée lorsque les parties ont voulu échapper à une loi impérative ; il n'y aurait pas fraude à éluder la compétence d'une loi supplétive<sup>1</sup>. Or, si une loi est impérative au niveau interne, c'est qu'elle touche un domaine considéré comme trop important par l'État qui l'a édictée pour être laissée à la disposition de ses sujets. Dès lors, au niveau international, la loi interne impérative sera très fréquemment soit considérée comme une loi d'application immédiate, soit l'objectif qu'elle sous-tend pourra déclencher, s'il n'est pas respecté, l'exception d'ordre public. Dans la majorité des cas, les sujets seront ainsi rattrapés par l'impérativité à laquelle ils voulaient échapper, sans même qu'il soit besoin d'invoquer leur intention frauduleuse. Selon LAURENT, si « les particuliers font à l'étranger un acte juridique, dans le dessein d'échapper à une loi de l'État auquel ils appartiennent, il faudra voir si par là ils portent atteinte à un droit de la société »<sup>2</sup>. Le cas échéant, « l'article 6 [du Code civil] pose comme règle générale que l'on ne peut par des conventions déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ; or faire fraude à la loi, pour l'éluder et ne pas l'observer, c'est y déroger ; donc la dérogation est nulle »<sup>3</sup>. Cette annihilation de la fraude à la loi par le biais des lois de police se manifeste clairement dans l'affaire *de*

<sup>1</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 63 et s.

<sup>2</sup> F. LAURENT, *Droit civil international*, éd. Bruylant, t. II, 1880, n° 299.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 295.

*Bauffremont*<sup>1</sup>. Celle-ci n'est pas une hypothèse valable de fraude à la loi pour cette raison que la loi française devant impérativement s'appliquer, à l'époque, aux époux français mariés en France, elle n'a pu être éludée par naturalisation puisque de conflit de lois il ne pouvait y avoir dans cette hypothèse<sup>2</sup>. Surtout, « le divorce des nationaux naturalisés à l'étranger est nul, parce que l'interdiction du divorce subsiste exceptionnellement dans les rapports internationaux *en cas de fraude* »<sup>3</sup>. Sur ce fondement de l'article 6 du Code civil et en raison de cet arrêt faussement fondateur, la fraude à la loi de droit international s'apparente à une simple violation de la loi, par une projection directe de l'ordre public interne au niveau international.

**212** — Le cas est topique dans les matières où la désignation de la loi applicable est laissée à l'appréciation des parties. La crainte d'une utilisation frauduleuse de l'autonomie de la volonté entraîne que la quasi-totalité des règles de conflit autonomistes sont limitées non seulement par les dispositions impératives de l'État qui présente avec la situation des liens étroits – du for ou étrangères –, mais encore la loi choisie peut se heurter à l'ordre public de l'État du lieu où elle doit s'appliquer. Souvent en effet, « plus la volonté des parties est appelée à s'exprimer dans la détermination de la loi applicable, plus il est nécessaire de réserver l'application possible de dispositions impératives comme lois de police »<sup>4</sup>. Il ne convient pas de laisser aux parties le moyen d'échapper par leur seule volonté à des dispositions impératives par le choix d'une loi qui ne sera pas forcément celle des liens les plus étroits. Ainsi, lorsque la convention de Rome du 19 juin 1980 prévoit qu'elle s'applique aux « situations comportant un conflit de lois »<sup>5</sup>, lequel conflit de lois ne peut, s'il ne résulte que du choix d'une loi étrangère et éventuellement d'un for étranger, alors que « tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays », porter atteinte aux dispositions impératives de ce pays<sup>6</sup>, les rédacteurs de la convention préviennent implicitement un risque de fraude à la loi. À propos de son article 7, M. le Pr. LAGARDE est ainsi « de ceux qui pensent qu'il s'agit d'une disposition progressiste marquant une tentative de solidarité entre les États pour épauler mutuellement leurs politiques législatives et déjouer les manœuvres de ceux qui cherchent, en utilisant au maximum les possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté, à se jouer des ordres juridiques internationaux »<sup>7</sup>. La limite des lois d'application immédiate remet directement en cause l'objectif principal, sinon exclusif, de la fraude à la loi. L'internationalisation du contrat ou le choix d'une loi sans lien avec ce dernier ne peut faire échec aux dispositions que les parties cherchent à évincer. En imposant le respect des lois de police – françaises ou étrangères – nonobstant la loi choisie par les parties qui normalement permet de les exclure, la Convention de Rome prévient une violation indirecte de la loi. De manière générale, la qualification de loi de police peut dépendre du risque de fraude à la loi dans un domaine particulier. Il semble alors que « la fraude à la loi ne présente pas d'originalité marquée par rapport à la prise en considération des dispositions d'ordre public »<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Civ., 18 mars 1878, S. 1878, 1, 193, note LABBE ; D. 1878, 2, 1, note CAZALENS ; GADIP n° 6.

<sup>2</sup> Sur cette affaire, cf. *supra* n° 48.

<sup>3</sup> A. LIGERPOULO, L. AULAGNON, « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, p. 439 et s., spéc. n° 66 *bis*.

<sup>4</sup> B. AUDIT, n° 116.

<sup>5</sup> Art. 1<sup>er</sup>.

<sup>6</sup> Art. 3 § 3.

<sup>7</sup> « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », *Ann. suisse dr. inter.* 1979, p. 88.

<sup>8</sup> J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, éd. LGDJ, 1999, n° 496.

**213** — La fraude à la loi a ainsi été considérée comme une violation indirecte de la loi par certains auteurs. « La loi est (...) violée, soit parce qu'elle est détournée de son but, soit parce que son but est éludé »<sup>1</sup>. La théorie de la fraude à la loi ne serait pas alors un concept juridique indépendant mais une simple application de la sanction de l'illicite, projeté au niveau international. Cette conception peut se justifier. Le procédé de la règle de conflit n'est pas le seul en droit international privé. Les lois d'application immédiate ne doivent pas leur compétence à un rattachement prédéterminé. Or, la notion de fraude à la loi a été initialement conçue à partir du procédé de la règle de conflit de lois. La réserve de la fraude à la loi permet de corriger le rattachement invoqué par les parties et de rétablir le lien réel. L'intervention de ce mécanisme présuppose donc que la loi applicable le soit uniquement par l'intermédiaire d'une règle de conflit qu'il est possible de détourner. Dès lors, lorsque la loi est compétente sans l'intermédiaire d'une règle de conflit, la réserve de la fraude à la loi n'a, *a priori*, aucune vocation à intervenir. Si la loi de police a un titre quelconque à s'appliquer, elle ne le doit pas à un élément de fait ou de droit modulable par volonté frauduleuse. Elle ne s'applique que parce que la situation internationale entre dans la catégorie matérielle que cette loi a vocation à régir. En ce sens, une modification frauduleuse d'un critère de rattachement n'est d'aucune influence sur le titre à s'appliquer de la loi de police. Celle-ci, malgré la manœuvre frauduleuse, conserve une compétence pleine et entière. Si les parties ont revendiqué, par un moyen ou un autre, l'application d'une autre loi, il ne peut y avoir fraude à la loi, en raison de l'inefficacité de l'élément matériel et de l'inexistence de l'élément légal. Si les parties parviennent néanmoins à provoquer l'application de cette loi autre, la loi impérative n'est pas fraudée mais directement violée. Elle peut donc, sans intermédiaire, recouvrer sa compétence qu'en réalité elle n'avait jamais perdue.

**214** — Plus récemment, une conception de la répression de la fraude à la loi de droit international fondée sur l'application unilatérale de la loi du for a été défendue dans sa thèse par M. le Pr. AUDIT<sup>2</sup>. Dans la mesure où la fraude à la loi est une violation internationale de la loi, il est toujours possible de la sanctionner comme telle sans relever une quelconque intention frauduleuse. Dans de nombreux domaines où la fraude put trouver un terrain fertile, la réserve de la fraude à la loi n'était pas invoquée en raison de l'impérativité internationale de la loi éludée qui, dès lors, n'a pu l'être. « Confronté à une situation dans laquelle les parties ont introduit un élément étranger sans influence significative, mais dont elles se prévalent pour invoquer l'application d'une loi étrangère, le juge peut toujours affirmer le caractère d'ordre public de la disposition à laquelle les parties entendaient se soustraire »<sup>3</sup>. Ainsi dans les affaires *de Bauffremont*<sup>4</sup> et toutes les affaires de divorces migratoires, et même dans l'affaire *Caron*<sup>5</sup>, la manœuvre frauduleuse peut être directement remise en cause par une application unilatérale de la loi que le sujet tenta d'éluder<sup>6</sup>. Toutefois, cette conception repose sur le postulat que la loi éludée, essentiellement la loi du for, conserve en tout état de cause un titre à s'appliquer. Or, ce postulat, sans être rarement démontré, est largement relatif.

<sup>1</sup> A. LIGEROUPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928, n° 25, note 2, p. 60.

<sup>2</sup> *La fraude à la loi*, *op. cit.*, cf. *supra* n° 93 et s.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 480.

<sup>4</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER.

<sup>6</sup> Cette conception renvoie à l'opposition entre les tenants d'une théorie objective ou subjective de la fraude à la loi (cf. *infra* n° 499 et s.).

## B. LA RESURGENCE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI EN RAISON DU CARACTERE RELATIF DE L'IMPERATIVITE DES DROITS

**215** — Lorsqu'une loi est frauduleusement appliquée, le caractère indisponible de la matière semble s'opposer à toute utilité de la théorie de la fraude à la loi. L'internationalité du rapport de droit ne remet pas en cause cette conséquence inhérente de l'imperativité dans la mesure où le droit international privé a pour fonction de faire renaître, ou de préserver, l'imperativité qu'une loi a perdue en sortant de son cadre national. En ce sens, si les parties ne peuvent échapper à l'application d'une règle impérative au niveau interne, elles ne le pourraient pas davantage par le truchement d'un conflit de lois, réel ou frauduleux. La règle interne impérative perdrait ce caractère en raison même de la volonté des parties. Celles-ci s'arrogeraient alors un pouvoir contre-législatif. La critique est connue. La fraude à la loi étant l'expression d'une volonté afin d'échapper à l'application de la loi normalement compétente, la relativité des lois impératives au niveau international pourra être démontrée avec la règle de conflit autonomiste. En matière contractuelle, nombreux sont les auteurs qui circonscrivent le domaine de l'autonomie de la volonté aux seules lois supplétives<sup>1</sup>. Les destinées de cette critique sont également connues. Dans un article<sup>2</sup>, M. NEUMAYER distingua entre les dispositions simplement impératives et les dispositions internationalement impératives.

**216** — Constatant qu'il n'existe pas de législations supranationales à vocation universelle, l'auteur montre que le respect éventuel de dispositions impératives ne peut être regardé qu'au niveau national. Or, parmi les dispositions impératives internes, certaines tendent seulement à défendre un intérêt privé alors que d'autres visent au contraire à promouvoir des intérêts collectifs ou publics. Il existe ainsi deux catégories de règles impératives au niveau interne qui ne peuvent avoir la même vocation à s'appliquer au plan international. Il y a « d'un côté les règles qui, découlant de principes de droit interne, ne s'imposent qu'à l'intérieur du domaine d'application de la législation dont elles font partie et restreignent la liberté contractuelle au regard des règles de fond (ordre public interne), de l'autre côté les règles qui s'imposent même dans le cas de contrats régis par un statut étranger et qui restreignent la liberté contractuelle au regard du droit international privé et par là le principe du libre choix de la législation applicable en matière d'affaires internationales (ordre public international) »<sup>3</sup>. Pour que les secondes s'appliquent, il est nécessaire que le rapport de droit ait une assise territoriale significative avec l'État dont les dispositions impératives sont en cause, c'est-à-dire que « les règles qui sont impératives sur le plan international s'appliquent chaque fois que les éléments de fait visés par une disposition se réalisent en tout ou dans leur partie essentielle dans la sphère sociale relevant du législateur ayant édicté ladite disposition »<sup>4</sup>. Les lois de police sont en effet des règles de droit matériel autolimitées<sup>5</sup>. Le rattachement territorial significatif qui permet d'imposer l'application des lois de police devra être déterminé « en tenant compte des particularités individuelles de la règle à rattacher »<sup>6</sup>. Quant à la question

<sup>1</sup> Not. A. PILLET, *Principes de droit international privé*, éd. Pedone, 1903, n° 57, n° 223 et s. ; J.-P. NIBOYET, *La théorie de l'autonomie de la volonté*, *RCADI* 1927-I, t. 16, p. 5 et s.

<sup>2</sup> « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579 et s. ; 1958, p. 53 et s. Adde P. KAYSER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé et la jurisprudence française », *JDI* 1931, p. 32 et s., spéc. p. 55.

<sup>3</sup> K. NEUMAYER, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP* 1958, pp. 53-54.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>5</sup> P. KINSCH, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 403 et s., spéc. n° 14 et s.

<sup>6</sup> K. NEUMAYER, *op. cit.*, *loc. cit.*

de savoir comment déterminer quelles sont les lois impératives sur le plan interne qui perdent cette qualité au niveau international, un auteur propose de se référer au but de ces règles<sup>1</sup>. La Cour de cassation a plusieurs fois expressément admis qu'aucun principe de droit international privé n'empêche les parties d'écarter dans leur contrat la loi du lieu de conclusion, certaines de ses dispositions fussent-elles impératives<sup>2</sup>. Il est alors admis que la « liberté contractuelle dans le domaine international implique (...) l'éviction automatique de l'ordre public interne de toutes les lois non choisies par les parties »<sup>3</sup>. La situation est ici proche de celle qui préside à la réalisation d'une fraude à la loi. Celle-ci n'est en effet mise en œuvre que dans le but d'écarter les dispositions impératives de la loi frauduleusement non choisie.

**217** — L'intervention d'un élément d'extranéité dans le rapport de droit bouleverse l'application de la loi française. Celle-ci n'est plus appliquée automatiquement : elle ne le sera que si la règle de conflit a, au préalable, en vertu de son critère de rattachement, déclaré cette loi compétente. En ce sens, « l'impérativité des règles dans l'ordre interne est toujours relativisée par le conflit de lois : la loi ne doit être obéie que si elle est applicable »<sup>4</sup>. En effet, si la « plupart des règles en matière de divorce et de filiation sont des règles d'ordre public en droit interne, [nul] n'a jamais songé à soutenir qu'elles étaient des lois de police en droit international privé »<sup>5</sup>. D'une manière générale, pour savoir si une loi d'ordre public au niveau interne le devient au plan international, il faut être certain que « l'intensité des intérêts ainsi pris en compte est telle que l'intrusion de lois étrangères différentes sur ce point ne saurait être tolérée, du moins pour [les situations] présentant des liens suffisamment étroits avec l'ordre juridique du for »<sup>6</sup>. Domaine éminemment privé et indisponible en droit interne comme international, le droit de la famille est en grande partie épargné par les lois de police<sup>7</sup>. Le cadre familial français ne s'impose pas de manière impérative ni à tous les étrangers domiciliés en France, ni à tous les ressortissants français de l'étranger. En ce sens, la compétence de la loi du

<sup>1</sup> P. KAYSER, *op. cit.*, pp. 46 et 49-50.

<sup>2</sup> Civ., sect. comm. et fin., 14 octobre 1957, *Rev. crit. DIP* 1957, p. 685 et s., note MEZGER.

<sup>3</sup> J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 498.

<sup>4</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 42.3.

<sup>5</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 129.

<sup>6</sup> J.-M. JACQUET, note sous Com., 28 novembre 2000, *JDI* 2001, p. 511 et s., 1<sup>re</sup> esp., spéc. p. 519.

<sup>7</sup> Sans exhaustivité, ont pu être répertoriées comme lois de police en matière de statut personnel les articles 147, 311-15 et 170 du Code civil, la procédure judiciaire du divorce, la publicité du régime matrimonial dans l'acte de mariage (P. MAYER, V. HEUZE, n° 564, n°s 131 et 612, n° 592, n° 782) ; les règles sur l'enfance en danger (B. AUDIT, n° 113) ; les mesures d'assistance éducative et la déchéance de l'autorité parentale (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n°s 126 et 283, n° 355) ; les mesures provisoires prises par le juge au cours de l'instance de divorce (J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. V, n° 1513) ; l'article 165 du Code civil (J.-M. BISCHOFF, *Rép. inter. Dalloz*, 1998, v° « Mariage », n° 130 et J. MESTRE, *J.-Cl. inter. fasc. 546-20*, 1993, n° 103) ; « les dispositions sur le logement de la famille, la capacité d'un époux de passer seul les contrats concernant le ménage ou l'éducation des enfants, ou celle d'ouvrir un compte en banque » (A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, *RCADI* 2000, t. 283, p. 9 et s., n° 37). Les juges ont parfois donné ce caractère à la garde des enfants après divorce (TGI Toulon, 5 août 1980, *JDI* 1982, p. 138, 2<sup>e</sup> esp., obs. KAHN), à la pension alimentaire ou les réparations pécuniaires après divorce (Req., 27 mars 1922, *D.P.* 1923, 1, 11 ; – TGI Bobigny, 27 novembre 1973, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 240, note MASSIP), le régime matrimonial primaire, au moins pour certaines de ses dispositions (Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 540, note LEQUETTE ; *JDI* 1988, p. 446, note HUET. *Adde* P. MAYER, *Rép. Inter. Dalloz*, 1998, v° « Régimes matrimoniaux », n° 144 et s.). La Cour Internationale de Justice, dans l'arrêt *Boll*, a considéré qu'une règle d'assistance éducative des mineurs pouvait être considérée comme une loi de police (CIJ, 28 novembre 1958, *Rec. CIJ*, p. 55 ; *Rev. crit. DIP* 1958, p. 713). Cette qualification a été adoptée par la Cour de cassation en faveur de tous les mineurs résidant en France (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1964, *Rev. crit. DIP* 1965, p. 119, 1<sup>re</sup> esp.) avant que la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 ne lie les compétences judiciaire et législative.

for ne s'impose pas d'elle-même. Elle ne s'impose que de façon subsidiaire lorsque aucune loi étrangère ne se veut compétente ou lorsque la loi étrangère applicable est plus restrictive que la loi française. Ainsi, les règles relatives à la possibilité de divorcer ou l'égalité de droit dans la procédure du divorce, impératives au plan interne, ne le sont pas au niveau international. Elles appellent uniquement l'exception d'ordre public international. Les exemples pourraient être multipliés. Qu'il s'agisse de la capacité, des effets du mariage, de la filiation, des régimes matrimoniaux ou des successions, les règles de conflit permettent, et les tribunaux retiennent, l'application de lois étrangères sans imposer directement la loi française. Finalement, la loi applicable n'est pas impérative en tant que telle, elle ne l'est que parce qu'elle a été désignée par la règle de conflit en fonction du rattachement que celle-ci a retenu.

**218** — En ce sens, les lois de police et la théorie de la fraude à la loi ne sont pas toujours en concurrence. Les lois de police interviennent en amont du conflit de lois pour lui dénier ses effets, comme si le conflit de lois n'existait pas. À l'inverse, la réserve de la fraude à la loi intervient lors du raisonnement conflictuel, le jeu d'une loi de police peut alors l'annihiler avant même que l'interprète n'ait à se prononcer sur l'existence d'une fraude à la loi. Lorsque la fraude à la loi est dirigée dans le but de faire échec à une disposition impérative qui avait normalement vocation à s'appliquer, il est alors effectivement inutile de se prononcer sur cette fraude et l'autorité peut appliquer unilatéralement la loi de police. Toutefois, deux circonstances font que cette concurrence peut être largement nuancée.

**219** — D'une part, en matière de statut personnel, les lois impératives au niveau interne le sont rarement au niveau international. La concurrence entre la réserve de la fraude à la loi et les lois de police suppose que la fraude ait eu pour but *et pour effet* d'éluder la compétence d'une loi d'application immédiate. Que la loi soit impérative au niveau interne ne suppose pas son impérativité au plan international. Dès lors, une fraude à la loi intervenant en une matière ou pour des droits non régis normalement par une loi de police, ne peut être remise en cause sur ce fondement, faute d'exister. Le fait que ces droits soient considérés comme indisponibles pour les questions d'application d'office de la règle de conflit et de preuve de la loi étrangère ne modifie pas la solution ni ne justifie une application unilatérale de la loi impérative éludée. Ces deux mécanismes ne permettent pas en tant que tels au juge d'écarter une loi malicieusement appliquée en lieu et place d'une autre.

**220** — D'autre part, si les lois de police s'appliquent sans considération du conflit de lois et donc du rattachement de la situation internationale à un autre système juridique, elles ne peuvent cependant s'appliquer de façon arbitraire. Pour que les lois de police aient un titre à s'appliquer, il faut que le rapport de droit ait un lien étroit avec l'État dont les dispositions impératives sont en cause<sup>1</sup>. En effet, le juge peut appliquer aussi bien une loi de police du for qu'étrangère, il devra alors comparer, pour une même situation juridique internationale, laquelle a le plus de titre à s'appliquer. Or, ce titre à s'appliquer ne peut résulter que des liens matériels qui existent entre la loi de police et la situation en cause. La définition qu'en donnent MM. les Pr. MAYER et HEUZE est éloquent. La loi de police « est applicable même si l'ordre juridique auquel elle appartient n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'État qui l'a édictée estime nécessaire de la voir appliquée aux situations présentant avec lui un certain rattachement »<sup>2</sup>. Cette combinaison d'un objectif matériel et d'une condition localisatrice

---

<sup>1</sup> K. NEUMAYER, *op. cit.*, p. 73.

<sup>2</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 120.

s'exprime à l'article 38 al. 2 du Code tunisien de droit international privé<sup>1</sup>. Or, l'intensité de ces liens ne peut être déterminée qu'au moyen des critères de rattachements habituels. Une loi de police française n'a aucun titre à s'appliquer à une situation internationale qui ne présente aucun lien avec la France. Ce lien peut être la nationalité, le domicile, le lieu d'exécution d'un acte, la saisine d'un juge, etc. Or ces critères peuvent être frauduleusement manipulés pour justement écarter la vocation à s'appliquer d'une loi de police gênante.

**221** — Dès lors, si le juge entend appliquer une loi de police, fût-ce pour sanctionner directement une fraude à cette loi, il devra en tout état de cause justifier son titre d'application. Pour ce faire, il devra montrer en quoi la situation internationale se rattache à la sphère territoriale de l'État qui édicte la loi internationalement impérative. Objectivement, à supposer une fraude à la loi classique tendant à l'éviction d'une loi de police gênante, la situation internationale ne se rattache plus à l'État qui édicte cette loi mais à un autre système juridique plus avantageux. La loi de police éludée n'a donc objectivement aucun titre à s'appliquer. La fraude à la loi sera en effet efficace si elle permet de détacher complètement la situation internationale de l'État d'origine de la loi de police. Ce n'est donc que subjectivement que la situation internationale conserve des liens avec l'État d'origine de la loi de police éludée, en raison de la *fraus* des parties. Le juge devra donc relever cette intention frauduleuse afin de contester le rattachement objectivement valable, qui permettrait de détruire ce lien, pour rétablir l'existence du rattachement qui justifie l'application directe de la loi de police. Seule la réserve de la fraude à la loi le lui permettra. Dans le cas contraire, si la situation internationale présente toujours, nonobstant la fraude, un lien avec le for de la loi de police éludée, alors effectivement il est inutile de recourir à la notion de fraude à la loi et la loi de police éludée peut s'appliquer. Mais dans ce cas l'inutilité ne tient pas à la concurrence des deux mécanismes, laquelle suppose que leurs conditions respectives soient remplies. Elle découle du fait que la fraude à la loi n'aura pas été efficace. Il n'y a donc pas fraude à la loi.

**222** — La concurrence des lois de police et de la notion de fraude à la loi est perçue comme classique par la jurisprudence et la majorité de la doctrine. Elle apparaît en réalité largement flouée. L'opinion selon laquelle une fraude à la loi peut être utilement combattue par le biais des lois de police repose sur un double postulat. D'une part, la fraude à la loi intervient pour éluder une disposition impérative interne. D'autre part, cette loi impérative interne éludée est une loi de police au niveau international qui peut donc être appliquée. Or, ce postulat se révèle à l'analyse faux. Si la possibilité d'une fraude à une loi supplétive prête à discussion<sup>2</sup>, une loi impérative au niveau interne ne l'est pas *ipso facto* au plan international. Surtout, de deux choses l'une. Si la loi de police peut s'appliquer malgré une fraude à la loi, c'est qu'en réalité il n'y a pas véritable fraude à la loi, puisque celle-ci n'aura pas permis d'éluder l'application de la loi considérée. Faute d'une manœuvre efficace, c'est-à-dire qui permet d'atteindre le résultat escompté, il n'y a pas fraude à la loi. La loi de police peut alors s'appliquer normalement. À l'inverse, si la fraude à la loi est parfaite, alors la loi de police ne peut recevoir application, malgré son caractère, faute de titre juridique à s'appliquer, matérialisé par un rattachement de la situation avec l'État d'origine de cette loi, que la fraude a justement eu pour but et pour effet de détruire. Seule alors la réserve de la fraude à la loi permettra de lui rendre le titre juridique que la manœuvre frauduleuse lui avait fait perdre.

---

<sup>1</sup> *Rev. crit. DIP* 1999, p. 387.

<sup>2</sup> Sur laquelle, cf. *infra* n° 478 et s.

223 — Enfin, le mécanisme de la loi d'application immédiate est en lui-même vecteur de fraude à la loi ou à la loi de police étrangère. Puisqu'elle entraîne une interdépendance des compétences judiciaire et législative, qui permet au juge du for d'appliquer sa loi sans considération de l'extranéité de la situation en cause, donc de l'éventuelle compétence d'une autre loi, la loi de police est un vecteur de *forum shopping*. La saisine d'une autorité devient alors, comme la modification du critère de rattachement, un élément matériel de la fraude à la loi<sup>1</sup>.

## § 2 – LE JEU CONCURRENT DES EXCEPTIONS D'ORDRE PUBLIC ET DE FRAUDE A LA LOI

224 — L'opposition entre les exceptions d'ordre public et de fraude à la loi est ancienne et prégnante, à tel point que la seconde a souvent été, et est parfois encore, considérée comme un cas d'application de la première (A). Comme la réserve de la fraude à la loi en effet, l'exception d'ordre public réagit contre le résultat matériel obtenu de l'application de la règle de conflit de lois. La réception jurisprudentielle des répudiations étrangères permet d'illustrer ces liens consanguins mais néanmoins dissemblables (B).

### A. L'OPPOSITION TRADITIONNELLE ENTRE LES EXCEPTIONS D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET DE FRAUDE A LA LOI

225 — Plusieurs auteurs de la fin du 19<sup>e</sup> et de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècles estimaient que l'exception de fraude à la loi n'était qu'un cas d'application de l'exception d'ordre public international<sup>2</sup>. La sanction de la fraude à la loi était alors dictée non pas par l'immoralité ou l'insincérité de la manœuvre, mais par le trouble social que causait dans le for l'application d'une loi étrangère. Peu importe que des époux aient demandé une naturalisation dans le but exclusif d'obtenir un divorce prohibé par leur ancienne loi nationale, cette manœuvre sera valable si elle se réalise au profit de la loi française. NIBOYET fonde ce principe sur l'opposition entre les affaires *de Bauffremont*<sup>3</sup> d'une part, *Mancini*<sup>4</sup> et *Ferrari*<sup>5</sup> d'autre part. Dans la première, une femme française s'est vue refuser le divorce qu'elle a obtenu, après naturalisation, en vertu d'une loi étrangère, alors que la loi française le prohibait. Dans les secondes, une femme italienne, dont la loi nationale interdisait la dissolution du mariage, put l'obtenir en vertu de la loi française – qui l'avait depuis admise – après une naturalisation. Les faits de l'espèce étaient ainsi très proches, mais les solutions radicalement opposées. Elles permettaient d'absoudre toutes les fraudes à la loi réalisées en faveur de la loi française pour ne châtier que celles qui faisaient fi de son autorité. C'est en effet ce rattachement des notions de fraude à la loi et d'ordre public qui fonda le refus de sanctionner la fraude à la loi étrangère. Il

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 438 et s.

<sup>2</sup> Not. F. LAURENT, *Droit civil international*, t. II, *op. cit.*, n° 299 ; É. BARTIN, *Études de droit international privé*, 1899, pp. 192, 237 et 282 ; *Principes de droit international privé*, t. I, § 99 ; J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1926, p. 485 et s., spéc. p. 503 ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 184 ; J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, spéc. p. 195 et s.

<sup>3</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>4</sup> Civ., 5 février 1929, *S.* 1930, 1, p. 81, note AUDINET.

<sup>5</sup> Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT, et p. 714 ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12.

ne rentrait pas dans la mission du juge de faire respecter l'autorité de la loi étrangère<sup>1</sup>. L'argument selon lequel la loi étrangère tire elle-même son autorité d'une règle de droit – de conflit – française n'est d'aucun secours. Ce qu'il convient d'assurer est la compétence générale du droit français sur son territoire. Portant cette conception à son paroxysme, VERPLAETSE écrit ainsi que « L'admission de l'exception de la fraude consiste précisément dans le refus d'admettre l'application d'une loi qui n'est pas celle du souverain. Et cela nonobstant que le souverain avait accepté, par une disposition expresse de sa propre législation ou par une coutume ayant force de loi, l'application de la loi étrangère. Le mécanisme de la fraude repose entièrement sur l'absence d'une étroite collaboration entre nations »<sup>2</sup>.

**226** — Cette doctrine fondait la confusion entre l'ordre public et la fraude à la loi sur une jurisprudence abondante qui sanctionnait la seconde en vertu d'une atteinte au premier. Ainsi la fraude à la loi est sanctionnée parce qu'elle constitue une violation « des principes d'ordre et de morale constituant l'ordre public au sens international du mot »<sup>3</sup>. Cette confusion apparaît nettement dans l'arrêt *de Gunzburg*<sup>4</sup>. La Cour d'appel de Paris considéra que la fraude à la loi relève « de l'ordre public au nom duquel elle peut et doit, le cas échéant, être sanctionnée ». Pour les juges du fond, la fraude à la loi constitue une double violation de l'ordre public international. D'une part, « la fraude à la loi commise par les parties atteint l'ordre public international parce qu'elle constitue une violation manifeste et délibérée de la moralité juridique internationale ». D'autre part « elle atteint également un principe que le droit français tient pour inhérent à son propre ordre public (...) selon lequel nul ne peut compromettre sur une question d'état et singulièrement sur la dissolution du lien matrimonial ». Ce qui est contraire à l'ordre public international est tant la manœuvre frauduleuse que le résultat qu'elle a permis d'atteindre. Si cet arrêt admet de sanctionner une fraude à la loi étrangère, c'est à la condition que la fraude à la loi étrangère contrevienne à une disposition d'ordre public<sup>5</sup>.

**227** — La confusion des exceptions d'ordre public et de fraude à la loi était en effet permise à plusieurs niveaux : en ce qui concerne leur effet, la cause matérielle de leur intervention et, de façon subsidiaire, l'immoralité de la manœuvre. L'argument essentiel invoqué est la concordance des effets des deux exceptions : l'éviction de la loi déclarée compétente. Dans les deux cas, l'admission de l'exception conduit au rejet de la loi déclarée applicable par la règle de conflit. L'exception d'ordre public international n'intervenant qu'à l'encontre d'une loi étrangère, la pérennité de cet argument nécessitait un rejet catégorique de la sanction de la fraude à la loi étrangère. Ensuite, la confusion était dictée en raison de la cause matérielle commune de l'intervention des exceptions. Lorsqu'il recourt à une manœuvre

<sup>1</sup> J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, éd. LGDJ, 1959, n° 142, pp. 158-159.

<sup>2</sup> J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 198.

<sup>3</sup> Paris, 24 mars 1930, *Rev. crit. DIP* 1930, p. 272 ; *Gaz. pal.* 1931, 2, p. 504.

<sup>4</sup> Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPREGZ ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN.

<sup>5</sup> Fréquente en droit international privé de la famille, cette confusion est de mise en matière d'arbitrage en droit du commerce international. Si la fraude à la loi peut en effet être sanctionnée par l'arbitre en ouvrant même sur ce motif un recours en révision contre la sentence (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1992, *JDI* 1992, p. 974, note LOQUIN ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 699, note OPPETIT ; *Rev. arb.* 1993, p. 91, note DE BOISSEON), sa sanction est souvent prononcée sur le fondement de l'ordre public international (J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, n° 892 et s.), not. au visa de l'article 1502, 5° du npc : Paris, 10 septembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 349, note HEUZE ; *Rev. arb.* 1994, p. 359, note BUREAU, maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, inédit ; – Paris, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1996, p. 657, note BUREAU.

frauduleuse, l'individu recherche un résultat qu'il sait ne pas pouvoir obtenir dans le ressort de la loi évincée. Il provoque donc l'application d'une autre loi, soit directement devant la même autorité de la loi évincée, soit en se déplaçant à l'étranger et en revendiquant ensuite dans le ressort de la loi éludée les droits acquis en fraude à la loi. Si le résultat matériel obtenu par fraude ne pouvait être acquis par application de la loi éludée, c'est assurément parce que le système juridique dont cette loi est issue considère que ce résultat est contraire à ses traditions juridiques, donc à son ordre public. Dans ce cas, ce n'est pas l'intention frauduleuse qui est sanctionnée mais bien le trouble social que pourrait causer dans le for l'application d'une loi considérée comme choquante. Enfin, alors même que le résultat obtenu par la fraude à la loi n'est pas intrinsèquement contraire à l'ordre public international du for, la manœuvre qui a permis d'intégrer ce résultat dans le for fonde sa contradiction à l'ordre public international de ce dernier. La fraude à la loi peut être considérée comme un comportement directement contraire à l'ordre public international en raison de sa contrariété à la morale juridique, laquelle est une composante de l'ordre public interne comme international. Quel que soit le fondement, « L'ordre public appartient à l'empire de la *lex fori* et la fraude à la loi, étant reliée à l'ordre public, rentre dans le même empire et tous les deux sont des postes avancés de la territorialité surveillant le domaine évanescant de la personnalité »<sup>1</sup>.

**228** — Fréquente en doctrine et en jurisprudence, cette confusion se retrouve parfois dans les conventions, législations et codifications du droit international privé. La Convention de La Haye du 15 juin 1955 laisse aux parties le soin de déterminer, sans limite, la loi applicable à leur contrat<sup>2</sup>. L'éventualité d'une fraude à la loi était néanmoins présente à l'esprit des rédacteurs de la convention. Toutefois, faute de s'entendre sur un critère de délimitation de l'autonomie des parties, le « rapport invite à sanctionner une fraude éventuelle en invoquant la disposition de la Convention relative à l'ordre public, soit l'article 6 »<sup>3</sup>. En Belgique, la condition d'absence de fraude à la loi lors de la reconnaissance des décisions étrangères était, jusqu'au Code de droit international privé, incluse dans le respect de l'ordre public international belge<sup>4</sup>. Dans le nouveau Code civil de la Fédération de Russie, un article relatif à la fraude à la loi de droit international privé avait été prévu. Il a été exclu du projet final dans la mesure où ses auteurs ont considéré que le « but de protection de l'ordre juridique national est déjà suffisamment assuré par les dispositions sur l'ordre public et le respect des normes internationalement impératives »<sup>5</sup>. Sans forcément les confondre, certaines législations de droit international privé prévoient ces deux exceptions dans une disposition unique. Ainsi le projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé intégrait une disposition relative à la fraude à la loi<sup>6</sup> selon laquelle « Il est fait exception à l'application des dispositions de la présente loi, lorsque cette application porte atteinte à l'ordre public ou en cas de fraude à la

<sup>1</sup> J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 222.

<sup>2</sup> Art. 2.

<sup>3</sup> B. AUDIT, *Rép. inter. Dalloz*, 1998, v° « Vente », n° 33, citant le rapport de L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, relatif à la Convention de La Haye du 15 juin 1955, p. 22.

<sup>4</sup> Art. 570, al. 2, 1° du Code judiciaire. En ce sens, S. DEBROUX, G. PIJCKE, « Efficacité des décisions étrangères en matière de dissolution du lien conjugal. État actuel et perspectives d'avenir », *Ann. dr. Louvain* 2001, p. 311 et s., spéc. p. 322. Le Code de droit international privé belge mentionne, en son art. 25 § 1<sup>er</sup>, 3°, la condition d'absence de fraude, indépendante de celle de l'ordre public international.

<sup>5</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, « Loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la 3<sup>e</sup> partie du Code civil de la Fédération de Russie. Droit international privé », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 192 et s., spéc. p. 199.

<sup>6</sup> Art. 22. L. I. DE WINTER, « La nouvelle version du projet Benelux de loi uniforme de droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1968, p. 577 et s. ; F. RIGAUX, « Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé », *JDI* 1969, p. 334 et s.

loi ». De même au Québec, la condition d'absence de fraude en matière de reconnaissance des jugements étrangers est assimilée au respect de l'ordre public, en particulier des « principes essentiels de la procédure » dont le respect est exigé par l'article 3155.3° du Code civil<sup>1</sup>. Le Règlement (CE) du 22 décembre 2000, comme la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, ne prévoyant pas la réserve de la fraude à la loi, certains auteurs estiment que la fraude est « englobée dans la notion d'ordre public et par conséquent qu'un jugement étranger obtenu par fraude peut, dans certains cas, se heurter à un refus de reconnaissance ou d'exécution en vertu de l'article 27-1° »<sup>2</sup>.

**229** — BARTIN lui-même voyait cependant une différence entre ces deux notions : « quand l'idée d'ordre public est en jeu, l'éviction de la loi normalement applicable résulte invariablement de l'objet même de cette loi, tandis qu'elle résulte accidentellement, quand elle est due à l'influence de l'idée de fraude à la loi, de l'intention qu'a eue la personne engagée dans le rapport de droit litigieux d'éluder les dispositions de son statut personnel »<sup>3</sup>. Toutefois, cette différence n'est pas décisive. Pour BARTIN, soit la disposition éludée est directement d'ordre public, auquel cas l'intention frauduleuse est inutile, soit elle ne l'est pas, alors l'intention frauduleuse imprime à cette disposition son caractère d'ordre public. Ce rapprochement a rapidement été remis en cause, parfois par ceux-là mêmes qui l'avaient prôné et la doctrine est aujourd'hui unanime pour enseigner que les exceptions d'ordre public international et de fraude à la loi sont distinctes<sup>4</sup>. Répondant à l'argument de BARTIN, MAURY écrit que l'éviction de la loi normalement compétente par l'exception de fraude à la loi n'est pas fondée sur le défaut de communauté juridique des deux États<sup>5</sup>. Le rapprochement de l'exception de fraude à la loi avec celle de l'ordre public procède alors plus d'une confusion entre ordre public interne et international que du constat d'une convergence des effets des deux exceptions. En faisant de l'atteinte à l'ordre public international – et non de l'ordre public interne de l'État considéré – une condition de sanction de la fraude à la loi étrangère, l'arrêt *de Gunzburg*<sup>6</sup> mêle inopportunément les exceptions d'ordre public et de fraude à la loi de telle

<sup>1</sup> G. GOLDSTEIN, É. GROFFIER, J.-Cl. comp., v° « Canada (Québec et Provinces anglaises) », fasc. 5, 1996, n° 80. L'ordre public et la fraude sont au contraire distingués dans les Provinces anglaises.

<sup>2</sup> A. HUET, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, *JDI* 2003, p. 157 et les réf. citées. V. par ex. Douai, 20 mars 2000, (n° 98/04112), cité par M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *L'exequatur en France des jugements étrangers*, *Gaz. pal.* 16-17 juin 2004, n° spécial, spéc. p. 31, note 215.

<sup>3</sup> É. BARTIN, *Études de droit international privé*, op. cit., p. 252.

<sup>4</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. III, éd. Sirey, 1944, n° 1079 ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1947, n° 130 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 164 et s. ; A. LIGERPOULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », op. cit., n° 66 ; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, p. 286 et s. ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1949, n° 174 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 270 et s. ; H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1959, n° 375 ; P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. DIP* 1962, p. 1 et s., spéc. n° 10 ; R. VANDER ELST, *Répertoire pratique de droit belge*, complément, t. II, v° « Conflit de lois », 1966, n° 218 ; « La fraude à la loi en droit international privé », in *Mél. J. BAUGNIET*, éd. U.L.B., 1976, p. 789 et s., spéc. p. 795 ; Ph. FRANCESKAKIS, *Rép. inter. Dalloz*, 1<sup>re</sup> éd., v° « Fraude à la loi », 1968, n° 13 ; J.-G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.* 1964, p. 1 et s., spéc. p. 33 ; J.-F. PERRIN, « La fraude à la loi et l'ordre public », in *Mél. P. ENGEL*, Lausanne, 1983, p. 259 et s., spéc. p. 269 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 374 ; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, éd. Schulthess, 1999, n° 88 et s. ; A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1995, n° 201.

<sup>5</sup> J. MAURY, « Sur quelques questions de droit international privé », *Publications de l'Institut turc de droit international*, n° 5, 1948, p. 7 et s., spéc. p. 51.

<sup>6</sup> Paris, 18 juin 1964, préc.

sorte que « l'interprète doit l'amputer des développements surabondants, qui entretiennent une confusion sans profit » entre elles<sup>1</sup>. Les deux exceptions n'interviennent en effet pas au même niveau du raisonnement conflictuel. Alors que l'exception de fraude à la loi intervient au stade du rattachement de la situation privée à une loi donnée, l'exception d'ordre public suppose ce rattachement effectué et intervient au stade de l'application de la loi étrangère désignée<sup>2</sup>. Les deux exceptions sont encore distinctes parce que l'exception de fraude à la loi nécessite une intention frauduleuse dont l'exception d'ordre public se passe. Surtout, la fraude à la loi doit être sanctionnée pour elle-même et non simplement en raison du trouble social que l'effectivité de son résultat matériel pourrait causer. En ce sens, l'exception de fraude à la loi est appelée à intervenir quand bien même le résultat frauduleux ne serait pas intrinsèquement contraire à l'ordre public international, notamment lorsque la loi frauduleusement appliquée est la loi française. En ce sens, les « notions d'ordre public et de fraude à la loi, bien que poursuivant des buts analogues, sont différentes dans leurs techniques, elles ne jouent pas toujours parallèlement l'une à l'autre »<sup>3</sup>. Toutefois, l'actualité du droit international privé montre que la concurrence entre ces deux exceptions est encore vive et qu'elle s'effectue au détriment de l'exception de fraude à la loi, notamment en ce qui concerne les répudiations étrangères.

#### B. L'EXEMPLE DES REPUDIATIONS ETRANGERES

**230** — Face à l'exception d'ordre public international, le déclin de la réserve de la fraude à la loi en droit international privé est essentiellement perceptible en matière de divorces migratoires. Cet abandon est d'autant plus significatif que ces espèces sont le terreau historique de la fraude à la loi<sup>4</sup>. De la loi Naquet de 1884 à celle du 26 mai 2004 en matière de divorce, les exceptions de fraude à la loi et d'ordre public voient leur utilité diminuer dans la mesure où le franchissement de frontière n'est plus la seule issue au mariage, la loi française devenant elle-même plus permissive. La fraude à la loi ayant besoin pour se nourrir de lois matériellement plus permissives que celle normalement applicable, elle voit son domaine s'effriter à mesure qu'il est possible d'obtenir aujourd'hui ce qui était interdit hier. Il en est de même pour l'exception d'ordre public international qui doit s'adapter à l'évolution de l'ordre public interne. Les deux exceptions sont concurrentes non seulement dans leurs modalités de mise en œuvre, mais également dans le contexte législatif qui provoque leur intervention. L'exception d'ordre public international interviendra alors à l'encontre de lois étrangères plus permissives que la loi française. Elles peuvent l'être en permettant une dissolution unilatérale inégalitaire, une procédure rapide, un règlement asymétrique des conséquences du divorce, etc. De même, le sujet se tournera vers ces lois plus avantageuses pour lui. Il exploite les divergences législatives, lesquelles sont seules susceptibles de provoquer l'intervention de l'exception d'ordre public. En ce sens, la fraude à la loi peut être sanctionnée sans avoir l'invoquer, seulement parce que la loi appliquée contredit l'ordre public de la loi éludée.

**231** — Les répudiations étrangères illustrent cet équilibre perpétuel entre deux principes. Lorsqu'elles n'étaient pas considérées contraires à l'ordre public français en matière internationale, le mari put valablement répudier son épouse, sauf à se voir opposer la réserve de

<sup>1</sup> J.-D. BREDIN, note sous Paris, 18 juin 1964, *JDI* 1964, p. 810 et s., spéc. p. 819.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rép. inter.* Dalloz, 1998, v° « Fraude à la loi », n° 66.

<sup>3</sup> R. JAMBU-MERLIN, « Le rôle de l'ordre public et de la fraude à la loi dans le droit des prises maritimes », *Rev. crit. DIP* 1947, p. 381 et s., spéc. p. 397.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 47 et s.

la fraude au jugement<sup>1</sup>. Toutefois, depuis 1994, les répudiations ne jouissent plus de cette bienveillance née de la jurisprudence *Rohbi*<sup>2</sup>. Mais sans plus leur opposer une hypothétique fraude au jugement, les juges s'orientent vers un contrôle objectif, tourné vers le respect des principes fondamentaux, notamment l'égalité des époux prévue à l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>. Dès lors, tout jugement étranger de dissolution du mariage qui n'aurait pas respecté ce principe serait implacablement privé d'effet en France<sup>4</sup>, notamment la répudiation, « par essence inégalitaire »<sup>5</sup>. L'égalité, telle qu'elle découle de l'article 5 du protocole n° 7, suppose que les deux époux acquiescent dans les mêmes termes et dans les mêmes conditions à la dissolution de leur union. L'égalité n'est plus appréciée *in concreto* mais *in abstracto*, elle « ne peut s'accommoder d'aucune adaptation »<sup>6</sup>. L'évolution jurisprudentielle sur la question des répudiations est toutefois mouvementée. La Cour de cassation revint quelques années vers une conception *in concreto* du principe d'égalité des époux, tournée vers un ordre public procédural ou alimentaire, sans toujours faire référence à la CEDH<sup>7</sup>. Dans les arrêts du 17 février 2004, la Cour de cassation réaffirme avec force l'appréciation *in abstracto* de l'égalité des époux dans la dissolution du mariage<sup>8</sup>. Le mari ne peut donc plus tenter efficacement une procédure à l'étranger puisque le résultat de sa manœuvre sera anéanti sans qu'il soit besoin de relever une éventuelle intention frauduleuse.

**232** — Ici plus qu'ailleurs la jurisprudence évolue en « dents de scie »<sup>9</sup>, même si les arrêts du 17 février 2004 offrent une jurisprudence désormais fixée. S'il semble acquis que l'exception d'ordre public a pris le pas sur la réserve de la fraude, ce que d'aucuns regrettent, cette dernière trouve néanmoins encore sa place, à s'en tenir à l'arrêt de 2001. Mais son domaine d'intervention est aujourd'hui fortement réduit au regard des arrêts du 17 février 2004, voire quasiment nul. Il n'en reste pas moins qu'une tolérance procédurale ou alimentaire ne pourrait suffire à conserver à la fraude un terrain d'application dans ces hypothèses de répudiations. En se plaçant *a minima*, c'est-à-dire en admettant la répudiation si elle garantit à

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 149 et s.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 1<sup>re</sup> esp., note FADLALLAH ; *JDI* 1984, p. 339, note KAHN ; *JCP* 1984, II, 20131, concl. GULPHE ; *Defrénois* 1984, p. 787, obs. REVILLARD ; *GADIP* n° 63.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 103, 2<sup>de</sup> esp., note DEPPEZ ; *D.* 1995, p. 263, note MASSIP ; *GADIP* n° 64 ; – 31 janvier 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 569, note DEPPEZ ; *JDI* 1995, p. 343, 2<sup>de</sup> esp., note KAHN.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 1997, *D.* 1997, p. 400, note NIBOYET ; *JDI* 1998, p. 110, note KAHN.

<sup>5</sup> H. FULCHIRON, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *Dr. fam.* 2000, n° 54, p. 22.

<sup>6</sup> J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance des répudiations », *RTD fam.* 1996, p. 131 et s., spéc. p. 135.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *D.* 1999, p. 671, note AGOSTINI ; *Dr. fam.* 2000, n° 54, note FULCHIRON ; *JCP* 2001, I, 293, obs. FARGE ; – 3 juillet 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 704, note L. GANNAGE ; *D.* 2001, p. 3378, note NIBOYET ; *Dr. & Patr.* 2001, n° 97, p. 116, obs. MONEGER ; *JDI* 2002, p. 181, note KAHN ; *JCP* 2002, II, 10039, note VIGNAL ; *LPA* 2002, n° 108, note COURBE ; *Gaz. pal.* 2002, n° 109 à 110, p. 21, note DU RUSQUEC ; *RJPF*-2001-11/23, note MEYZEAUD-GARAUD ; *Dr. fam.* 2002, chr. FARGE, n° 17 ; – Civ. 2<sup>e</sup>, 14 mars 2002, *JCP* 2002, II, 10095, note FULCHIRON ; *JDI* 2002, p. 1062, note KAHN ; *A.J.F.* 5-2002, p. 179, note S. D.-B.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêts n° 256, n° 258 et n° 259, *Bull. civ.* I, n°s 47, 48 et 49 ; *D.* 2004, p. 824, concl. CAVARROC ; *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *JCP* 2004, II, 10128, note FULCHIRON, et I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 124, note MONEGER ; *RJPF*-2004-5/11, chr. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, 1<sup>re</sup> esp., p. 423, note HAMMJE ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. MARGUENAUD ; *A.J.F.* 2004, p. 140, obs. DAVID ; *Defrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 30-31 juill. 2004, somm., p. 32, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, chr. NIBOYET, p. 27.

<sup>9</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, débats sous J. MAURY, « La condition de la loi étrangère en droit français », *TCFDIP* 1948-1952, p. 135.

l'épouse des indemnités nécessaires, alors la répudiation ne présente plus guère d'intérêt par rapport à un divorce prononcé en France. Car au-delà de la rapidité et du contrôle unilatéral de la procédure, la répudiation présente essentiellement l'intérêt, pour le mari, de ne donner à l'épouse qu'un simple « don de consolation »<sup>1</sup>, peu comparable à une prestation compensatoire ou autres dommages et intérêts. Or, « l'ordre public alimentaire »<sup>2</sup>, sans imposer une véritable équivalence numéraire entre la pension obtenue à l'étranger et celle qui aurait été versée par un juge français, exige en tout état de cause un don de consolation proportionné aux besoins et aux ressources respectifs des deux époux<sup>3</sup>. En ce sens, l'intérêt d'obtenir une répudiation à l'étranger ne présentera guère d'intérêt pour le mari. À tout le moins est-il possible de voir dans la répudiation un moyen pour l'époux d'être condamné à une pension moins importante que celle qu'aurait prononcée le juge français. Cet intérêt se réduit encore en ce qui concerne les répudiations marocaines depuis la réforme du Code marocain de la famille par la loi du 5 février 2004<sup>4</sup>. Tout en maintenant le droit de répudiation discrétionnaire du mari, cette réforme en encadre plus strictement la réalisation judiciaire, notamment en ce qui concerne la convocation de l'épouse, ainsi que les garanties financières de celle-ci.

**233** — À situations égales en matière de répudiation et de divorces migratoires, les juges optent aujourd'hui pour un critère purement objectif d'appréciation de la situation créée, le cas échéant, par le biais d'une manœuvre frauduleuse et ignorent toute considération tenant aux mobiles ou intentions qui ont guidé les époux ou l'un d'eux. Ainsi, dans une autre affaire, la Cour de cassation rejette un pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel qui avait refusé de reconnaître une répudiation marocaine en raison d'une fraude aux droits de l'épouse<sup>5</sup>. La Haute juridiction estime que l'absence de l'épouse lors de la procédure constitue une atteinte à l'ordre public international. Elle estime alors que c'est à « juste titre *et malgré une impropriété de terme*, que l'arrêt attaqué retient qu'en l'absence de débats contradictoires, l'acte de répudiation (...) est manifestement incompatible avec l'ordre public français »<sup>6</sup>. Dans l'un des arrêts du 17 février 2004, l'argument de la fraude avait été relevé par la cour d'appel et critiqué dans les moyens du pourvoi. La Cour de cassation ne le reprit toutefois pas et se fonde sur la seule atteinte à l'ordre public international de fond<sup>7</sup>. Ce serait là un énième avis de décès de la réserve de la fraude à la loi puisque ses domaines de prédilection échappent désormais à son emprise par l'application unilatérale soit de la règle de conflit du for, soit de la loi française.

**234** — Cependant, cette concurrence entre les exceptions d'ordre public international et de fraude à la loi n'est que relative, pour au moins deux raisons. D'une part, l'exception d'ordre public réagit à l'encontre d'une loi étrangère et provoque l'application, à titre subsidiaire, de la loi du for. Dès lors, les deux exceptions entrent en concurrence seulement lorsque la fraude est à la loi française par application d'une loi tierce. Lorsque la fraude est à la loi étrangère par application de la loi française, l'exception d'ordre public international ne peut

<sup>1</sup> Sur le don de consolation, v. not. R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, éd. LGDJ, 2002, n° 133 et s.

<sup>2</sup> H. FULCHIRON, « Vers la fin de la prohibition de la répudiation musulmane ? », note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 14 mars 2002, préc.

<sup>3</sup> Paris, 7 mai 2003, *A.J.F.* n° 9/2003, p. 307, obs. S. D. ; – Toulouse, 16 octobre 2003, *RJPF*-2004-2/18, note GARE.

<sup>4</sup> Sur cette loi, v. F. SAREHANE, « Le nouveau Code marocain de la famille », *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 2 et s., spéc. p. 11 et s. à propos de la répudiation.

<sup>5</sup> Versailles, 7 janvier 1993, inédit.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, *Bull. civ.* I, n° 469. C'est nous qui soulignons.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 256, préc.

venir suppléer la sanction de la fraude à la loi, puisqu'elle ne peut réagir à l'encontre de sa propre source<sup>1</sup>. D'autre part, et les répudiations étrangères l'ont bien montré, l'ordre public international est une notion évolutive, qui s'adapte à la société dont elle est censée représenter l'état d'esprit. C'est également une notion actuelle : le juge doit apprécier l'ordre public au jour où il statue et non au jour de l'acte. Surtout, l'intervention de l'exception d'ordre public international est par définition exceptionnelle. Facteur de perturbation du règlement conflictuel, elle doit jouer seulement lorsque le résultat de l'application de la loi étrangère apparaît inadmissible et les juges doivent y recourir avec discernement<sup>2</sup>. En ce sens, l'ordre public international est une notion variable dont le déclenchement suppose une violation manifeste de principes fondamentaux reconnus par la loi du for. En ce sens, même si la fraude est à la loi française par application d'une loi tierce, la théorie de la fraude à la loi peut conserver une utilité théorique et pratique. Une loi intéressante pour le fraudeur n'est pas en effet obligatoirement une loi qui heurte l'ordre public. Le sujet devient alors un funambule qui doit constamment s'adapter à l'évolution réactive de l'exception d'ordre public afin de bénéficier frauduleusement d'une loi plus favorable, mais qui reste néanmoins en deçà de ce que les droits et principes fondamentaux de la loi éludée peuvent tolérer. Par conséquent, même si la concurrence entre les exceptions d'ordre public international et de fraude à la loi est réelle et qu'elle s'effectue au profit de la première, provoquant le déclin de la seconde, celle-ci conserve néanmoins son utilité théorique et pratique lorsque celle-là n'a pas vocation à intervenir.

---

<sup>1</sup> P. LAGARDE, *Rép. inter. Dalloz*, 1998, v° « Ordre public », n° 20.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 6.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

235 — La matérialisation du droit international privé entraîne une diminution substantielle du domaine de la théorie de la fraude à la loi en raison d'un double phénomène. D'une part, la matérialisation des règles de conflit de lois fait que le résultat matériel devient un critère de désignation de la loi applicable en mettant au second plan, voire en l'annihilant, le caractère localisateur du droit international privé. Dans son fonctionnement, la règle de conflit de lois suit le même raisonnement que le sujet dans la recherche de la loi la plus satisfaisante d'un point de vue matériel. Dès lors, la réserve de la fraude à la loi, qui est censée sanctionner la recherche d'un résultat différent de celui qui aurait été normalement obtenu, n'a plus de raison d'être opposée au sujet qui, au fond, respecte la finalité de la règle de conflit de lois elle-même. Néanmoins, la réserve de la fraude à la loi conserve une utilité justement pour rétablir l'objectif substantiel de la règle de conflit de lois matérielle, lorsque la manœuvre frauduleuse a eu pour but de priver le bénéficiaire de la règle de conflit de la faveur que celle-ci avait instituée à son profit. D'autre part, la matérialisation du droit international privé par les notions classiques des lois de police et d'exception d'ordre public international fait que la réserve de la fraude à la loi voit son domaine d'application concurrencé, à son détriment, par des limites objectives à la manœuvre potentiellement frauduleuse. Par sa manœuvre en effet, l'intéressé recherche des lois matériellement plus avantageuses que celle qui aurait été normalement applicable à défaut de manœuvre, c'est-à-dire, selon les cas, une loi plus restrictive ou plus permissive. Or, en raison de leur opposition matérielle et des objectifs qu'elles peuvent sous-tendre, la loi rendue frauduleusement compétente peut se révéler en contradiction avec la loi normalement applicable, à tel point que le recours à la notion de fraude à la loi devient inutile dans la mesure où l'opposition des principes supérieurs de la loi éludée suffit à rétablir sa compétence. Néanmoins, la théorie de la fraude à la loi conserve une certaine utilité dans les hypothèses, nombreuses, où le recours à ces concepts purement objectifs ne suffit pas à atteindre la diversité des manœuvres que la réserve de la fraude à la loi, par sa souplesse, peut éradiquer. Il n'en reste pas moins que le déclin de la théorie de la fraude à la loi est manifeste en présence de règles de conflit matérielles qui prennent essentiellement en compte le résultat à atteindre et tiennent pour accessoire la finalité localisatrice de la règle de conflit de lois. Il l'est encore lorsque les règles de conflit de lois, tout en conservant une finalité localisatrice, perdent leur rigidité originelle, que la réserve de la fraude à la loi a vocation à préserver, pour devenir flexibles.

## Chapitre 2

### LA FLEXIBILISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE ET LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI

236 — La conception classique de la fraude à la loi de droit international privé est de nature subjective. Des trois éléments constitutifs de la fraude à la loi – matériel, légal et intentionnel – le dernier est celui qui imprime son caractère et sa nature propre à cette théorie. La fraude à la loi se distingue de la violation de la loi parce qu'elle suppose une intention frauduleuse. Si une violation de la loi peut être intentionnelle, cet élément n'est pas nécessaire à sa sanction. En revanche, la démonstration de la *fraus* est indispensable à la sanction de la fraude. C'est essentiellement sur cet élément intentionnel que les critiques se sont cristallisées à l'encontre de cette théorie. L'opposition traditionnelle entre les subjectivistes et les objectivistes était forte au début du 20<sup>e</sup> siècle et elle fut relancée dans les années soixante-dix par M. le Pr. AUDIT<sup>1</sup>. Elle ne reçoit toutefois que peu d'écho en jurisprudence qui constamment réaffirme le caractère intentionnel de la fraude à la loi. Pourtant, cette opposition semble renaître à face à l'évolution du droit international privé. La théorie de la fraude à la loi s'est bâtie au sein d'un droit international privé conceptuellement de type savignien et impératif, fondé sur des rattachements déterminés à l'avance et fixes, à vocation purement localisatrice. La réserve de la fraude à la loi permet de préserver cette fixité et cette fonction localisatrice. Or, le droit international privé s'éloigne d'une méthode fixe et impérative et s'oriente vers une méthode plus flexible de détermination de la loi applicable. Cette flexibilisation de la règle de conflit de lois s'opère selon deux modalités. Elle peut d'une part se traduire de l'utilisation de « critères de rattachement concrets et spécifiques et en particulier (...) celui qui est exprimé par l'application de la loi de l'État avec laquelle le rapport en cause présente « les liens les plus étroits » »<sup>2</sup>. Dans cette hypothèse, la flexibilisation objective découle de l'affirmation du principe de proximité<sup>3</sup>. La flexibilisation du droit international privé est d'autre part subjective lorsque la règle de conflit de lois laisse aux parties le soin de déterminer la localisation de leur rapport de droit, de choisir la loi qui sera applicable. Ce critère, ancien dans le domaine contractuel ou en matière de régimes matrimoniaux, tend aujourd'hui à se développer dans d'autres domaines qui jusque là échappaient à toute emprise de la volonté individuelle, si ce n'est par le biais d'une manœuvre frauduleuse.

---

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 500 et s.

<sup>2</sup> P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI 1999, t. 276, p. 9 et s., spéc. n° 19.

<sup>3</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986-I, t. 196, p. 11 et s.

237 — La question peut alors se poser de la place de la théorie de la fraude à la loi dans un système de droit international privé flexible, alors même qu'elle a pour fonction de sanctionner une flexibilité malicieusement réalisée. Pour reprendre l'opposition traditionnelle entre les conceptions objective et subjective de la fraude, il apparaît que l'une et l'autre, et donc leur opposition, retrouvent une certaine actualité au regard de cette évolution du droit international privé. La flexibilisation objective permet au juge de rechercher la loi des liens les plus étroits sans s'arrêter à un critère de rattachement prédéterminé. Or, la fraude à la loi agit, dans sa conception classique, par le biais d'un critère de rattachement qui, dans la configuration flexible de la règle de conflit, n'existe plus ou n'est pas prépondérant. De plus, le rattachement que détourne la fraude à la loi est supposé fixe – avant comme après la fraude – si bien que le juge doit lui donner effet sans autre pouvoir d'interprétation objective. Selon la conception objective de la fraude à la loi, celle-ci peut être sanctionnée ou annihilée sans avoir recours à la *fraus*, en rétablissant la compétence de la loi éludée sur la seule base d'éléments objectifs. Si la règle de conflit de lois est objectivement flexible, le juge pourrait également donner effet à la loi éludée sans invoquer la *fraus*, en redonnant compétence à la loi des liens des plus étroits (Section 1). Quant à la flexibilisation subjective, elle laisse aux parties le soin de déterminer la loi applicable à leur rapport de droit. Or, la fraude à la loi n'est rien d'autre qu'une manifestation de volonté qui tend à la désignation de la loi applicable à un rapport de droit. La concordance entre les deux raisonnements conduit à s'interroger sur la place de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit autonomiste (Section 2).

## SECTION 1

### LA PLACE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI EN PRESENCE D'UNE REGLE DE CONFLIT DE LOIS OBJECTIVEMENT FLEXIBLE

238 — Alors que la réserve de la fraude à la loi est considérée comme une garantie de la fixité d'un rattachement, en fixant dans le temps ou dans l'espace un point de contact avec un système juridique, la flexibilisation croissante du droit international privé et ses conséquences sur la réalisation d'une fraude à la loi conduit à s'interroger sur la place de l'exception qui la sanctionne en présence d'une règle de conflit de lois objectivement flexible. La réserve de la fraude à la loi est un mécanisme régulateur de l'application de la règle de conflit de lois. Elle intervient, en fin de raisonnement conflictuel, pour corriger en l'annihilant un rattachement objectivement licite, mais subjectivement éloigné de la réalité de la situation qu'il est censé représenter. Elle s'intègre ainsi à un ensemble de concepts qui participent à la réglementation satisfaisante, ou supposée telle, des rapports privés internationaux. Figurent notamment, au nombre de ces concepts flexibilisateurs de la règle de conflit de lois, le conflit mobile et la clause d'exception. La théorie du conflit mobile flexibilise la règle de conflit de lois dans la mesure où elle permet de tenir compte de la modification du critère de rattachement sans indubitablement figer l'ancien critère. Si la clause d'exception n'est pas expressément connue du droit international privé commun français, elle inspire néanmoins l'existence ou l'application d'autres notions fondamentales du droit international privé. Ainsi, l'exception d'ordre public est parfois utilisée comme une véritable clause d'exception<sup>1</sup>. De même,

<sup>1</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité*, op. cit., n° 101 ; B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise » des conflits de lois)*, RCADI 1984-III, t. 186, p. 223 et s., spéc. p. 346 et s. ; N. SPIEGEL,

l'effectivité du rattachement retenu par la règle de conflit est parfois appréciée directement par le juge<sup>1</sup>. La théorie de la simulation participe également de ce mouvement de recherche de l'effectivité du rattachement, notamment du domicile. Si la nationalité ne se prête pas à la simulation, la plurinationalité peut donner lieu à une appréciation effective ou fonctionnelle selon la solution à apporter au cas d'espèce. La réserve de la fraude à la loi se voit ainsi concurrencée sur son propre terrain par des concepts non subjectifs qui, de ce fait, apparaissent plus maniables et induisent son éviction du système de droit international privé. En ce sens, l'autorité de contrôle dispose de moyens objectifs qui lui permettent, selon les cas, d'apprécier une modification temporelle (§ 1) ou spatiale (§ 2) du rattachement objet de fraude à la loi.

### § 1 – L'APPRECIATION TEMPORELLE DU RATTACHEMENT

**239** — D'un point de vue purement factuel, la fraude à la loi n'est qu'une variante du conflit mobile. Dans les deux cas il s'agit de la modification dans le temps de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit de lois. Dès lors, il peut sembler qu'une fraude à la loi peut être directement annihilée par le mécanisme du conflit mobile (A). Toutefois, cette concurrence trouve ses limites dans les conditions respectives de ces deux notions qui apparaissent, finalement, plus complémentaires (B) que concurrentes.

#### A. LA CONCURRENCE RELATIVE DU CONFLIT MOBILE ET DE LA RESERVE DE LA FRAUDE A LA LOI

**240** — Traditionnellement, la fraude à la loi suppose que la loi normalement compétente ait été éludée par l'application d'une autre loi déclarée applicable suite à la modification à dessein de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit. Elle suppose donc la concurrence d'au moins deux rattachements : un rattachement ancien, celui qui avait normalement vocation à entraîner la désignation de la loi applicable ; un rattachement nouveau, celui qui a été frauduleusement créé, qui se substitue à l'ancien rattachement et qui permet la désignation d'une loi autre que celle normalement applicable. La fraude à la loi apparaît alors souvent, sinon toujours, comme une hypothèse de conflit mobile. Une loi était désignée par un rattachement originel ; puis intervient une modification, par hypothèse licite, de ce critère, qui désigne une autre loi. Les deux théories sont ainsi fondées sur le même postulat de départ, celui qu'un élément de rattachement peut être modifié, volontairement ou non. Elles ont également la même finalité : déterminer, parmi les deux rattachements en conflit – le rattachement ancien et le rattachement nouveau – lequel doit être retenu pour déterminer la loi applicable au rapport de droit en cause. Elles ont enfin le même effet : évincer l'un des deux rattachements en privilégiant l'autre. Le conflit mobile et la fraude à la loi se distinguent cependant par le critère de l'intention : « dès lors que le bénéficiaire n'en porte pas directement la responsabilité, un changement de loi applicable ne résultant pas d'une opération réalisée par lui à cet effet mérite *a priori* d'être pris en compte par les tribunaux [comme une] hypothèse du conflit mobile »<sup>2</sup>. L'absence de fraude à la loi dans le déplacement de l'élément de rattachement peut alors être

---

« Rapport français », in D. KOKKINI-IATRIDOU (sous la dir. de), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, XIV<sup>e</sup> Congrès International de droit comparé, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 197 et s.

<sup>1</sup> Notamment afin de résoudre un conflit de nationalités étrangères : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1974, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 260, note NISARD ; *JDI* 1976, p. 298, note ALEXANDRE.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Rép. inter. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Fraude à la loi », 1998, n<sup>o</sup> 29.

considérée comme l'une des conditions pour qu'il y ait conflit mobile, tout du moins lorsque le changement est volontaire<sup>1</sup>. En ce sens, en cas de modification volontaire de l'élément de rattachement, le juge vérifiera si une intention frauduleuse est à l'origine de cette modification. « Si cette preuve n'est pas apportée, le changement de rattachement artificiellement créé doit être résolu comme un simple conflit mobile »<sup>2</sup>.

**241** — À envisager la fraude à la loi comme un conflit mobile, son règlement en faveur de l'ancienne loi rendrait inefficace la modification de l'élément de rattachement. Ainsi, un mariage célébré en vertu d'une loi ignorant le divorce ne pourrait être dissous même si les époux adoptaient la nationalité d'un État l'acceptant. Les droits ainsi créés seraient figés pour l'avenir. Cette utilisation de la doctrine des droits acquis n'est pas inconnue en matière de lutte contre la fraude à la loi. Les premiers arrêts rendus sur cette question, tout en retenant le grief de fraude à la loi, considéraient ainsi que « le Français, en se faisant naturaliser en pays étranger et en adoptant des lois nouvelles, ne peut cependant se soustraire aux engagements qu'il a précédemment contractés en France et mépriser les droits acquis aux tiers »<sup>3</sup>. Dans ces affaires, l'époux français marié en France bénéficiait d'un droit acquis à l'indissolubilité du mariage qu'aucun changement de nationalité ultérieur ne pourrait remettre en cause. Maintenir une situation sous l'ancienne loi malgré un changement de rattachement apparaît ainsi comme un moyen d'éviter les fraudes en empêchant de manière anticipée la réalisation de son résultat. Lorsque la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 prévoit que le changement de résidence de l'enfant n'influe pas sur les effets des mesures prises par les autorités de l'ancienne résidence, tant du moins qu'une nouvelle décision n'a pas été prise par les autorités de la nouvelle résidence et après avis de celles de l'ancienne<sup>4</sup>, c'est essentiellement pour assurer la continuité de la situation du mineur mais aussi afin de déjouer par avance les fraudes<sup>5</sup>. La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 prévoit une disposition proche selon laquelle la responsabilité parentale existant selon la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant subsiste après le changement de cette résidence habituelle dans un autre État<sup>6</sup>. En maintenant les parties sous l'empire de la loi en vertu de laquelle a été créée la situation examinée par le juge, la théorie du conflit mobile permet ainsi de couper la fraude à la loi à sa racine.

**242** — Au Liban, si la fraude à la loi a été invoquée afin de dénier tout effet à un changement de religion et ainsi maintenir l'intéressé sous l'empire de l'ancienne législation à laquelle il voulait échapper, la théorie du conflit mobile aurait permis la même solution<sup>7</sup>. Dans cette affaire, deux époux libanais de confession maronite se convertirent au rite grec orthodoxe et obtinrent rapidement une décision de divorce de l'autorité idoine. La Cour de cassation libanaise considéra que « le changement de communauté des époux (...) a été effectué par

<sup>1</sup> En ce sens, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 320 ; B. ANCEL, Rép. inter. Dalloz, v° « Conflits de lois dans le temps », 2000, n° 59.

<sup>2</sup> J. FOYER, P. COURBE, J.-Cl. inter., fasc. 533-2, 1995, n° 40.

<sup>3</sup> Req., 16 décembre 1845, S. 1846, 1, 100, note DEVILL ; D. 1846, 1, 7. *Adde* Paris, 17 juillet 1876, S. 1876, 2, 249 ; D. 1878, 2, 1, note CAZALENS ; – 30 juin 1877, D. 1878, 2, 6 ; S. 1879, 2, 205.

<sup>4</sup> Art. 5.

<sup>5</sup> G. DROZ, « La protection des mineurs en droit international privé français depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 », *JDI* 1973, p. 603 et s., spéc. p. 623 et s.

<sup>6</sup> Art. 16.3.

<sup>7</sup> Cass. (Liban) Civ. 1<sup>re</sup>, 29 septembre 1955, *JDI* 1961, p. 174, note GANNAGE. Sur le changement de religion à fin de fraude à la loi, v. A. K. EL GEDDAWY, *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, éd. Dalloz, 1971, n° 213 et s. ; M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, éd. Dalloz, 2005, n° 288.

fraude en vue de violer les règles d'ordre public et de transférer la compétence de la juridiction maronite à une autre juridiction ». Pourtant, dans cette hypothèse, « la fraude à la loi constitue ici la pierre d'achoppement de la thèse contractuelle. La jurisprudence libanaise y recourt comme un critère commode en vue d'étendre la compétence du droit originaire du mariage et d'écarter la distinction établie par le législateur libanais entre les effets du changement de communauté d'un époux et ceux des deux conjoints. Cette distinction ne se justifie pas, en effet (...) par les principes du règlement du conflit dans le temps »<sup>1</sup>. Selon M. le Pr. Pierre GANNAGE, nul n'est besoin de recourir à la réserve de la fraude à la loi pour sanctionner un changement de nationalité ou de religion. Lorsqu'une situation juridique a été formée sous l'empire d'une loi, compétente à raison d'un rattachement, son changement ultérieur ne doit pas venir modifier « l'unité de législation » afin d'assurer « la sauvegarde de la continuité du régime des actes juridiques qu'assure l'application de la loi ancienne »<sup>2</sup>. Ici, le changement ultérieur des conditions qui commandent le rattachement à un ordre juridique donné est sans influence non seulement sur les faits déjà accomplis, mais encore sur les faits futurs.

**243** — La fixation temporelle du critère de rattachement rend également impossible, en principe, toute fraude à la loi. Ainsi, la jurisprudence suisse antérieure à la LDIP de 1987 avait créé, en matière d'actions alimentaires en recherche de paternité, la règle de conflit selon laquelle l'action est soumise à la loi du domicile du père au moment de la conception. En fixant dans le temps le critère retenu, cette « solution présentait l'intérêt de rendre à peu près impossible toute fraude du père recherché [puisque] tout changement de domicile frauduleux ou non qui se produisait après la naissance restait sans influence sur la détermination de la loi applicable qui était définitivement fixée »<sup>3</sup>. C'est le cas également de l'article 311-14 du Code civil qui retient la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Si ce critère n'empêche pas la réalisation de tout conflit mobile, il impose aux juges de le trancher en faveur de la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Dès lors, ce rattachement ne dépend pas directement de la volonté individuelle des parties, notamment du père. Le père, qui voudrait échapper aux obligations engendrées par la naissance d'un enfant, ne peut échafauder un quelconque stratagème pour modifier l'élément de rattachement ainsi figé dans le temps.

**244** — La résolution du conflit mobile en faveur de la loi ancienne conduit à rendre inefficace le moyen frauduleux qui consiste à modifier l'élément de rattachement. Il en est de même lorsque le critère de rattachement est temporellement figé. Dès lors, faute d'être efficace, le moyen frauduleux ne peut donner lieu à une fraude à la loi. En ce sens, le conflit mobile et la réserve de la fraude à la loi ne sont pas à proprement parler des mécanismes concurrents. La concurrence implique en effet qu'ils soient tous deux susceptibles d'intervenir, que leurs conditions respectives soient remplies et qu'ils puissent, l'un et l'autre, être indifféremment appliqués. Or, si le conflit mobile se résout en faveur de la loi ancienne, le changement potentiellement frauduleux ne permettra pas de provoquer l'application d'une loi autre que celle normalement compétente. L'élément légal de la fraude à la loi ne sera pas relevé, faute pour l'élément matériel d'avoir été efficace. La solution est identique en présence d'un critère temporellement figé. Il n'en reste pas moins qu'en privant d'efficacité la manœuvre, le conflit mobile, dans ces hypothèses, vient directement jouer le rôle d'un mécanisme préventif à la fraude à la loi. Toutefois, ces hypothèses sont limitées à celles prévues. Surtout, la tendance dominante n'est pas de résoudre le conflit mobile en faveur de la loi ancienne, ni de figer

<sup>1</sup> P. GANNAGE, note préc., p. 180.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>3</sup> J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, éd. Dalloz, 1964, n° 44.

temporellement les rattachements retenus par les règles de conflits. Les deux mécanismes apparaissent alors davantage complémentaires que concurrents.

#### B. LA COMPLEMENTARITE EFFECTIVE DU CONFLIT MOBILE ET DE LA RESERVE DE LA FRAUDE A LA LOI

**245** — Le lien d'allégeance perpétuelle induit par l'application de la loi ancienne ou l'immobilité temporelle du critère de rattachement a été rapidement remis en cause et, de façon générale, le conflit mobile se résout traditionnellement, par analogie avec les règles de droit transitoire, en faveur du critère de rattachement actuel<sup>1</sup>. Ainsi, les deux Conventions de La Haye sur la protection des mineurs permettent de prendre de nouvelles mesures devant l'autorité et selon la loi de la nouvelle résidence<sup>2</sup>. Une telle solution permet ainsi de rendre une certaine utilité à la théorie de la fraude à la loi, car la « circonstance que le changement de législation dans le conflit mobile a pu dépendre de la volonté des parties ne paraît pas de nature à modifier la solution de principe, en dehors d'une intervention éventuelle de la notion de fraude à la loi »<sup>3</sup>. La pérennité de la fraude à la loi nécessite donc que la règle de conflit résolve le conflit mobile en faveur de la loi actuelle. D'ailleurs, si la résolution du conflit mobile en faveur de la loi ancienne peut être considérée comme un moyen de lutte contre la fraude à la loi, le système inverse conduit directement à la permettre. L'objet de la fraude à la loi est en effet d'échapper à l'ancienne loi en provoquant l'application de la loi nouvelle. Si le conflit mobile, pour une question déterminée, est résolu en faveur de la loi nouvelle, alors le changement frauduleux du point de rattachement portera ses fruits. Seule alors la réserve de la fraude à la loi permettra de remettre en cause le nouveau rattachement et de retenir, pour désigner la loi applicable, l'ancien rattachement. En ce sens, les théories du conflit mobile et de la fraude à la loi apparaissent complémentaires puisqu'elles interviennent chacune à des moments différents et dans des conditions distinctes, sans se juxtaposer.

**246** — En matière de statut personnel, sauf hypothèses particulières<sup>4</sup>, le rattachement pris en compte est celui existant au jour de l'introduction de l'instance<sup>5</sup>. Un changement de rattachement peu de temps avant l'introduction d'une instance permet ainsi un changement de loi applicable, condition de la fraude à la loi. Le nouveau rattachement est en principe pris en compte immédiatement et c'est ce qui permet au sujet, en pratique, d'exploiter la modification ourdie. Certaines législations adoptent néanmoins une voie médiane. Selon l'article 23 de la loi vénézuélienne de droit international privé du 6 août 1998<sup>6</sup>, le divorce sera régi par la loi du domicile du demandeur. Devant la facilité de modification du domicile, surtout lorsque celui-ci

<sup>1</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 320 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 230. Pour une solution plus nuancée, B. AUDIT, n° 229, ou adaptée à chaque catégorie, P. MAYER, V. HEUZE, n° 252 ; P. COURBE, « Divorce et conflit mobile », in Mél. D. HOLLEAUX, éd. Litec, 1990, p. 69 et s.

<sup>2</sup> Art. 5 al. 1<sup>er</sup> de la Convention du 5 octobre 1961 et art. 16.4 et 17 de la Convention du 19 octobre 1996.

<sup>3</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *loc. cit.*

<sup>4</sup> Par ex. l'article 311-14 du Code civil.

<sup>5</sup> Notamment en matière de divorce : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juillet 1980, *JDI* 1981, p. 75, note SIMON-DEPITRE ; *JCP* 1982, II, 19717, note COURBE, en ce qui concerne le domicile ; – 31 janvier 1984, *JCP* 1984, II, 20224, concl. GULPHE ; *Rev. crit. DIP* 1986, p. 689, note LABORDE, pour la nationalité. Adde P. MAYER, V. HEUZE, n° 586. Cette solution était également retenue avant la loi du 11 juillet 1975 par l'arrêt *Ferrari*, Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT, et p. 714 ; *D.P.* 1922, I, 137 ; *S.* 1923, I, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12. Elle l'est également par la majorité des législations étrangères, v. les réf. citées par P. COURBE, « Divorce et conflit mobile », *op. cit.*, note 27, p. 76.

<sup>6</sup> *Rev. crit. DIP* 1999, p. 395.

est défini comme le lieu où l'intéressé a sa résidence habituelle<sup>1</sup>, cette règle de conflit offre un moyen aisé de fraude à la loi par un choix de résidence juste avant l'introduction de l'instance. Très certainement pour éviter cette fraude, l'article 23 al. 2 soumet néanmoins les effets du changement de domicile à deux conditions : que le demandeur soit installé depuis au moins un an à la date de la demande et qu'il ait l'intention d'y fixer sa résidence habituelle. Cette temporisation du changement de domicile, uniquement prévue pour le divorce alors que le domicile est le rattachement de principe dans la loi vénézuélienne, est largement inspirée par la volonté d'éviter les changements frauduleux de domicile préalable à l'introduction d'une instance<sup>2</sup>. Cette règle crée une double présomption. Elle signifie qu'un domicile de moins d'un an est de manière irréfutable considéré comme n'étant pas assez significatif pour justifier la compétence de la loi de cet État. Lorsque le délai d'une année est passé, le domicile nouvellement acquis est présumé effectif. Mais cette présomption est simple puisque ce nouveau domicile ne pourra produire ses effets que si le demandeur s'y est installé « avec intention d'y fixer sa résidence habituelle ». En ce sens, le conflit mobile suffit à éliminer la fraude à la loi par changement de domicile puisque la recherche de l'intention domiciliaire permettra de ne pas tenir compte du changement de domicile, sans qu'il soit besoin de rechercher une intention frauduleuse. Toutefois, la réserve de la fraude à la loi pourrait avoir un rôle à jouer lorsque les deux conditions de l'article 23 al. 2 sont remplies. Un domicile effectif et voulu n'est en effet pas incompatible avec une fraude à la loi<sup>3</sup>.

247 — Une fois le procès engagé, la modification du critère de rattachement retenu par la règle de conflit ne permet pas un changement de loi applicable. Un changement de nationalité ou de domicile en cours d'instance serait ainsi inefficace sur la loi applicable au litige. Le rattachement existant au jour de l'introduction de l'instance et donc la loi en vertu de laquelle a été effectuée la demande, sont ainsi figés jusqu'au prononcé du jugement<sup>4</sup>. Le changement de rattachement ne pourra être ici frauduleux à défaut d'être efficace, n'ayant aucune conséquence sur la loi applicable au litige. Toutefois, la solution pourrait être différente en cause d'appel. Puisqu'il procède d'un véritable réexamen en fait et en droit, la loi applicable en appel peut être différente de celle qui a été appliquée en première instance. De manière générale, le conflit de lois peut en effet être soulevé en cause d'appel s'il n'a pas pour fin de modifier l'objet de la demande présentée en première instance, conformément aux articles 564 et 565 du npc. Ainsi et sous cette réserve, deux lois d'origine différente peuvent être successivement invoquées et appliquées<sup>5</sup>. De fait, la modification de l'élément de rattachement utilisé par la règle de conflit peut provoquer une telle situation. Dès lors, si le changement intervient après l'introduction de la première instance mais avant l'expiration du délai d'appel, les juges saisis en second pourront appliquer la loi nouvelle et ainsi, par exemple, accorder en vertu de celle-ci ce que la loi de l'ancien rattachement interdisait. Dès lors, la réserve de la fraude à la loi pourrait retrouver son office afin de sanctionner ce changement licite et efficace.

<sup>1</sup> Art. 11 de la loi vénézuélienne, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 393.

<sup>2</sup> En droit international privé suisse, P. LALIVE écrit ainsi que si « notre droit international privé se ralliait au principe du domicile en matière d'état, le même risque [de fraude] serait évité en grande partie (...) par la condition d'établissement, ou de domicile ininterrompu pendant plusieurs années », *Regards sur le droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhan, 1964, p. 188.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 264 et s.

<sup>4</sup> P. COURBE, « Divorce et conflit mobile », *op. cit.*, n° 14 et s ; Rép. Inter. Dalloz, v° « Divorce et séparation de corps », 1998, n° 122.

<sup>5</sup> H. MUIR-WATT, Rép. Inter. Dalloz, v° « Loi étrangère », 1998, n° 19.

**248** — Bien qu'elle ne fût pas jugée frauduleuse, l'affaire *Mihaesco* illustre parfaitement la potentialité d'une fraude à la loi par exploitation du conflit mobile ainsi créé<sup>1</sup>. Dans cette affaire, une Roumaine intenta une action en recherche de paternité devant le juge français à l'encontre d'un Français. Le Tribunal de Toulouse débouta la demanderesse en vertu de la loi roumaine compétente au titre de loi de l'enfant, laquelle refusait à l'époque l'établissement de la paternité naturelle. La mère demanda donc pour sa fille la nationalité française à laquelle elle avait droit, nationalité qu'elle obtint avant l'expiration du délai d'appel. La nationalité nouvelle de l'enfant fut ainsi retenue par les juges du second degré pour l'application de la règle de conflit de lois, ce qui permit de déclarer la paternité du Français en vertu de la loi française. Dans cette espèce, la nouvelle nationalité ne changeait en rien l'objet de la demande, simplement son fondement juridique. Elle modifia en revanche radicalement la solution matérielle qui y fut apportée. La résolution du conflit mobile ainsi créé en faveur du rattachement existant au jour de l'appel peut en l'espèce consacrer une véritable fraude à la loi. Dès lors, l'exception qui la sanctionne peut ici également retrouver une certaine utilité dans la mesure où l'appréciation temporelle du rattachement peut non seulement ne pas être toujours suffisante mais même offrir un moyen efficace de fraude à la loi. Dans l'affaire *Mihaesco*, il est d'ailleurs « incontestable que l'acquisition de la nationalité avait été réalisée dans l'intention précise de bénéficier de l'art. 340 nouveau du Code civil »<sup>2</sup>. La preuve de l'intention frauduleuse est ici déterminante pour faire la part entre un vrai conflit mobile et une fraude à la loi. Cet exemple pourrait facilement être transposé à toutes les matières dont la règle de conflit de lois ne retient pas un rattachement figé dans le temps.

**249** — Si d'ailleurs la fixation temporelle du critère de rattachement la rend en principe impossible, une fraude à la loi par manipulation de l'article 311-14 du Code civil, plus généralement de toute règle de conflit qui prévoit un rattachement temporellement figé, n'est pas théoriquement impossible. Puisque la fixation temporelle se fait au jour de la naissance de l'enfant, la mise en œuvre d'une fraude à la loi doit s'articuler autour de cet événement. Si le changement de nationalité intervient avant la naissance, la possibilité de fraude à la loi est aisément envisageable. Pour que cette fraude soit possible, il faudrait qu'une femme sur le point d'accoucher change de nationalité afin de provoquer l'application, après la naissance, d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente à l'établissement de la filiation de son enfant. Le jeu de la règle de conflit permettra l'application de la loi de la nouvelle nationalité et l'obtention du résultat matériel souhaité. En revanche, toute modification postérieure à la naissance de l'enfant semble *a priori* inefficace à entraîner un changement de loi applicable<sup>3</sup>. De fait, il n'existe aucun cas d'application de la réserve de la fraude à la loi en matière d'établissement de filiation par application de l'article 311-14 du Code civil<sup>4</sup>.

**250** — Cependant, l'impossibilité d'utiliser frauduleusement une règle de conflit de lois qui prévoit un rattachement temporellement figé n'est pas absolue. Même dans cette hypothèse, une manipulation efficace de l'élément de rattachement n'est pas à exclure. En

<sup>1</sup> T. civ. de Toulouse, 3 décembre 1917 et Toulouse, 15 juillet 1918, S. 1920, 2, 65, note AUDINET ; – Req., 8 juin 1921, JDI 1924, p. 141, concl. TISSIER ; S. 1922, 1, 113, note AUDINET ; – Paris, 16 mai 1923, JDI 1924, p. 113, note J. P.

<sup>2</sup> J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, op. cit., n° 146, note 180.

<sup>3</sup> J. FOYER, Rép. inter. Dalloz, v° « Filiation », 1998, n° 178.

<sup>4</sup> Plus généralement, les hypothèses de fraude à la loi en matière de filiations légitime et naturelle sont rares. En ce sens, J. FOYER, *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, op. cit., n° 120, note 76 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », op. cit., n° 37.

effet, la mère peut, dans une hypothèse précise au moins, changer de nationalité après la naissance de son enfant et invoquer efficacement cette nouvelle nationalité pour le jeu de l'article 311-14 du Code civil. Une femme mineure, de nationalité étrangère et qui n'a pas de filiation établie, met au monde un enfant, mais sa loi nationale lui interdit l'établissement de la filiation paternelle. Si, durant sa minorité, la filiation de la mère de l'enfant est établie à l'égard de deux ou d'un Français, alors celle-ci se voit attribuer la nationalité française dès sa naissance, en vertu des articles 18, 20 al. 1<sup>er</sup> et 20-1 du Code civil<sup>1</sup>. Dès lors, la loi nationale de la mère au jour de la naissance de son enfant est celle qui lui a été attribuée après cette naissance en vertu de l'effet rétroactif de l'attribution de la nationalité par filiation lorsque ce lien a été établi pendant sa minorité. Dans ce cas de figure, la mère pourra efficacement tenter une action en recherche de paternité en vertu de la loi française compétente. Cette situation appelle le qualificatif de fraude à la loi si l'établissement de la filiation de la mère est de pure opportunité, si la reconnaissance est mensongère. La mise en œuvre de la réserve de la fraude à la loi permettra ici d'annuler la reconnaissance et corrélativement de priver la mère de sa nationalité française, ce qui aboutira, en fin de compte, à rétablir la prépotence de la loi éludée, celle qui interdisait l'établissement de la filiation de l'enfant de cette mère. À l'inverse, il n'y aura évidemment pas fraude si l'établissement du lien de filiation est sincère et réel. L'hypothèse est certes marginale et étroite : l'établissement du lien de filiation de la mère et l'action en recherche de paternité intentée par celle-ci doivent avoir lieu dans un temps assez bref à compter de la naissance de l'enfant. Mais elle montre que la fraude à la loi est possible même en présence d'une règle de conflit qui retient un rattachement temporellement fixe.

**251** — Une autre hypothèse plus simple de fraude à la loi en matière d'établissement de la filiation par le jeu de l'article 311-14 du Code civil pourrait également intervenir après la naissance de l'enfant. Si la loi personnelle de la mère applicable interdit l'établissement du lien de filiation, les juges opposent à cette loi l'exception d'ordre public international<sup>2</sup>. Toutefois, cette exception intervient à condition que l'enfant ait un lien de proximité avec la France, c'est-à-dire qu'il soit lui-même français ou qu'il réside en France. Dès lors, une mère dont la loi personnelle au jour de la naissance de son enfant interdit l'établissement de sa filiation paternelle peut, avant d'engager l'action en recherche de paternité ou avant l'expiration du délai d'appel, créer frauduleusement les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public international de proximité. Cette manœuvre sera d'autant plus facile que les liens étroits sont ceux qui, traditionnellement, peuvent servir à la fraude. Dans cette hypothèse, seule la réserve de la fraude à la loi permet d'éviter l'intervention de l'exception d'ordre public international et donc de préserver l'application de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance.

**252** — Ces exemples montrent qu'un rattachement supposé temporellement figé n'est pas absolument intangible et peut également se prêter à la fraude à la loi, à défaut d'être appréhendé par la règle du conflit mobile. En ce sens, les deux concepts doivent ainsi rester complémentaires. Partant du principe qu'une modification volontaire du critère de rattachement n'est pas frauduleuse, le conflit mobile devrait se résoudre en faveur du nouveau rattachement et réserver les cas exceptionnels à la sanction par la réserve de la fraude à la loi. C'est le cas du Liban<sup>3</sup>. De même, selon l'article 29 de la loi tunisienne du 27 novembre 1998,

<sup>1</sup> F. JULIEN-LAFERRIERE, *Droit des étrangers*, éd. Puf, 2000, n° 220.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note FOYER ; *D.* 1994, p. 66, note MASSIP ; *D.* 1994, somm., p. 32, obs. KERCKHOVE ; *JDI* 1994, p. 124, note BARRIERE-BROUSSE ; *JCP* 1993, II, 3688, obs. FULCHIRON ; *Defrénois* 1993, art. 35611, note MASSIP.

<sup>3</sup> P. GANNAGE, *J.-Cl. comp.*, v° « Liban », 1994, n° 24 ; M.-Cl. NAJM, *op. cit.*, n° 288.

la loi applicable est désignée soit en fonction de l'élément de rattachement existant au moment de la naissance de la situation juridique, soit en vertu de celui existant au moment où se produisent ses effets<sup>1</sup>. Cette disposition permettrait de sanctionner une fraude à la loi sans la nommer. Toutefois, certaines dispositions donnent directement la solution. Ainsi en ce qui concerne le divorce, est compétente la loi nationale commune des époux au moment où l'instance est introduite, à défaut celle du dernier domicile commun<sup>2</sup>. Dans cette hypothèse, la réserve de la fraude à la loi telle qu'elle est définie par l'article 30 retrouvera son empire.

## § 2 – L'APPRECIATION SPATIALE DU RATTACHEMENT

**253** — Dans le cadre d'un droit international privé flexible, qui utilise des règles de conflit de lois à rattachement ouvert ou en cascade, ou qui corrige les règles traditionnelles par le jeu de clauses d'exception spéciales ou générales, la question se pose de la place de la réserve de la fraude à la loi. D'une part, la théorie de la fraude à la loi semble inutile dans la mesure où elle a pour fonction de préserver la fixité originelle du rattachement retenu par la règle de conflit. Or, cette fonction devient superfétatoire lorsque la règle de conflit elle-même perd sa rigidité et adopte un critère de rattachement flexible. D'autre part, l'utilité de la théorie de la fraude à la loi semble réduite car le juge dispose d'autres moyens afin de rétablir la compétence de la loi éludée. Si la fraude à la loi se définit comme la modification d'un critère de rattachement sans accepter les conséquences plus essentielles attachées à ce changement, le juge peut ne pas l'invoquer pour rétablir la compétence de la loi éludée. Le sujet n'accepte pas les conséquences essentielles de son nouveau rattachement parce qu'il a conservé des liens objectifs avec le système de son ancien rattachement. Le juge peut alors constater que les liens sont plus étroits avec l'État de la loi éludée puisque l'intéressé continue d'en revendiquer les droits, nonobstant la modification invoquée. Cette possibilité d'appréciation objective du point de rattachement retenu par la règle de conflit est particulièrement nette lorsque celle-ci utilise le critère du domicile (A) ou celui des liens les plus étroits (B).

### A. LE RATTACHEMENT AU DOMICILE ET LA RESERVE DE LA FRAUDE A LA LOI

**254** — L'hypothèse du règlement de la fraude à la loi par la théorie du conflit mobile montre que la modification d'un élément de rattachement dont dépend l'application de la règle de conflit peut être contrôlée par le biais de concepts objectifs. Le conflit mobile est surtout utilisable avec un rattachement fondé sur la nationalité. Quant au rattachement par le domicile, il semble qu'il est inutile de passer par le mécanisme du conflit mobile et, par extension, ni celui de la réserve de la fraude à la loi (1). Cette inutilité est cependant trompeuse et provient d'une négation de la distinction entre les notions de fraude à la loi et de simulation (2).

#### 1. L'inutilité apparente de la réserve de la fraude à la loi lors d'un changement de domicile

**255** — En cas de changement de domicile, une appréciation purement téléologique du rattachement créé suffira à déjouer la fraude à la loi qui en est le but. De fait, le rattachement du statut personnel au domicile au lieu de la nationalité est depuis longtemps

---

<sup>1</sup> *Rev. crit. DIP* 1999, p. 386.

<sup>2</sup> Art. 49, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 388.

considéré comme un puissant vecteur de fraude<sup>1</sup>. Pourtant, le domicile est un critère qui s'y prête assez mal et « le rattachement à la nationalité facilite plus fréquemment la fraude que le rattachement au domicile »<sup>2</sup>. Si le domicile est plus malléable que la nationalité dans la mesure où sa modification dépend directement de la volonté individuelle, alors que le changement de nationalité est avant tout un acte de souveraineté, son efficacité est en pratique moindre, voire nulle. En effet, pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut que le moyen employé soit juridiquement efficace : il doit non seulement être valable mais aussi permettre d'obtenir le résultat escompté. L'acquisition d'une nationalité, française ou étrangère, en raison de l'autorité qui s'attache à l'acte dont elle émane, est intrinsèquement valable, sous réserve qu'elle n'ait pas été acquise par mensonge ou dissimulation<sup>3</sup>. Le juge sera alors peu enclin à la considérer frauduleuse<sup>4</sup>, certainement pour ne pas atteindre le principe de séparation des pouvoirs.

256 — Or, dans la mesure où il ne procède que d'un acte de volonté individuelle ou collective, matérialisé par un établissement effectif au lieu choisi, le domicile ne bénéficie pas de ce paravent de légalité. Lorsqu'elle retient le domicile comme critère de rattachement, la règle de conflit définit ce qu'il faut entendre par cette notion<sup>5</sup> ou détermine selon quelle loi sera apprécié le domicile de l'intéressé<sup>6</sup>. En l'absence de précision, le domicile s'appréciera en fonction de la qualification et de la loi en vigueur dans le pays dont il s'agit d'appliquer la règle de conflit, c'est-à-dire celle qui attribue un effet au domicile<sup>7</sup>. Le juge peut donc – voire doit –, chaque fois qu'il désigne la loi du domicile, vérifier que celui invoqué par les parties répond aux conditions de sa loi. La fraude à la loi s'effectuant par un changement de domicile, le juge français pourra vérifier, en vertu de l'article 103 du Code civil, si les parties ont une habitation réelle dans un autre lieu – à l'étranger ou en France – et qu'elles ont bien l'intention d'y fixer leur principal établissement. Loin de devoir rechercher une fraude dans le changement de domicile, l'autorité de contrôle peut simplement constater que le domicile créé n'est pas réel, qu'il ne repose sur aucune base objective et/ou que les parties ne témoignent d'aucune intention domiciliaire<sup>8</sup>. La solution sera identique lorsqu'il s'agira d'apprécier la réalité d'une résidence. S'opposant au domicile, la résidence est une notion purement objective, qui s'apprécie directement, à l'exclusion de toute considération tenant à l'intention. La conséquence en est que la résidence n'est pas obligatoirement unique. C'est la raison pour laquelle son emploi s'accompagne généralement du qualificatif « habituelle ». Elle perd alors inévitablement son caractère purement objectif car il est « difficile de faire entièrement abstraction de l'intention de l'intéressé »<sup>9</sup> pour déterminer, parmi plusieurs résidences, celle qui doit être considérée comme habituelle. La définition de la résidence donnée par la CJCE est exemplaire en ce qu'elle assimile domicile et résidence, cette dernière étant « le lieu où

<sup>1</sup> Not. A. LIGERPOULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, p. 439 et s., spéc. n° 155 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 157.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 165.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 136 et s.

<sup>4</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco*, préc. ; – Civ., 5 février 1929, *Mancini*, S. 1930, 1, p. 81, note AUDINET.

<sup>5</sup> Par ex., en matière de conflit de lois, l'art. 11 de la loi vénézuélienne du 6 août 1998.

<sup>6</sup> Par ex. en matière de conflit de juridictions, l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> de la Convention de Bruxelles du 27 octobre 1968, devenu l'art. 59.1 du Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000.

<sup>7</sup> En ce sens, H. MUIR-WATT, « Le domicile dans les rapports internationaux », J.-Cl. inter., fasc. 543-10, 1994, n° 37 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 276 ; A. RICHEL-PONS, *La résidence en droit international privé (Conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse dact., Lyon 3, 2004, n° 87 et s.

<sup>8</sup> H. MUIR-WATT, *op. cit.*, n° 27.

<sup>9</sup> *Ibid.*, n° 7.

l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts, étant entendu qu'à fin de détermination de cette résidence, il importe de tenir compte de tous les éléments de fait constitutifs de celle-ci »<sup>1</sup>.

**257** — Dans la plupart des hypothèses de fraude à la loi par changement de domicile, les parties ont un établissement à l'étranger, mais celui-ci est de courte durée et ne peut dès lors être considéré comme une habitation à part entière. Toutefois, loin de retenir uniquement cet argument, les juges l'analysent comme la preuve d'une volonté frauduleuse. Ainsi, dans la quasi-totalité des divorces migratoires, le domicile ou la résidence « occasionnel(le) » à l'étranger permet de caractériser une fraude à la loi<sup>2</sup>. C'est également ce raisonnement qu'adopte la Cour de cassation dans la seconde affaire *Lemaire*<sup>3</sup>. Si dans ces espèces le domicile était déplacé à l'étranger, il peut également être créé en France afin de fonder dans l'esprit de l'intéressé, non pas la compétence de la loi française, mais celle d'une loi étrangère. Dans une affaire de divorce pour laquelle une Anglaise fixa son domicile à Paris, les juges considèrent que l'épouse « s'est, sans y être expressément autorisée et au bénéfice de l'autorisation de résider séparément accordée aux époux par le juge italien, créé en France un établissement dans l'intention évidente d'échapper à la règle italienne de l'indissolubilité du mariage et en fraude à cette règle »<sup>4</sup>. Ici, la précarité de l'établissement en France permet de dénier toute compétence au juge français. Mais le domicile précaire est essentiellement considéré, au niveau du conflit de lois, comme un moyen de fraude à la loi italienne par application de la loi anglaise. Les juges ont en effet considéré, après avoir relevé la fraude à la loi, que l'épouse « ne saurait *par suite* moins de dix mois après cet établissement précaire (et même si l'on admet à titre d'hypothèse que sa résidence provisoire définie ci-dessus puisse être assimilée à un domicile) prétendre indûment à l'application de son statut personnel britannique »<sup>5</sup>. L'établissement apparaît donc comme un simple moyen de fraude. D'ailleurs, les juges n'analysent pas davantage l'intention domiciliaire mais plus exactement une véritable intention frauduleuse : le domicile n'a été créé que pour faire échec à une disposition prohibitive sans qu'il soit reproché à l'épouse un défaut d'intention de s'établir en France.

**258** — Certains auteurs ont également proposé de recourir à la théorie de la fraude à la loi afin de déclarer inopposable le domicile nouvellement créé. Selon NIBOYET, « on peut concevoir que des individus cherchent à en changer uniquement en vue des résultats qu'il produira, par exemple, pour modifier la compétence judiciaire, et non pas parce qu'ils veulent sincèrement transporter leur domicile dans un lieu nouveau »<sup>6</sup>. La théorie de la fraude à la loi peut donc être utilement opposée à ce changement de domicile, ce qui permet de refuser les effets que l'intéressé recherchait, par application de la loi de l'ancien domicile. Mais le nouveau domicile reste valable pour le reste, l'individu pouvant s'en prévaloir. La sanction traditionnelle de la fraude à la loi est en effet l'inopposabilité du moyen frauduleux limitée à

<sup>1</sup> Selon A. BORRAS, « Rapport explicatif de la Convention de Bruxelles II du 28 mai 1998 », *JOCE* n° C 221 du 16/07/1998, p. 27 et s., spéc. n° 32.

<sup>2</sup> Not. Civ., 22 janvier 1951, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESCakis ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *S.* 1951, I, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, I, p. 210 ; *D.* 1952, I, 35 ; *GADIP* n° 24 ; – Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPRez ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 2<sup>de</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON.

<sup>4</sup> Paris, 10 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 218, note Ph. F. ; *JDI* 1960, p. 792, note PONSARD, confirmation de TGI de la Seine, 29 septembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 504, note Ph. F.

<sup>5</sup> Paris, 10 novembre 1959, préc. C'est nous qui soulignons.

<sup>6</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1947, n° 553. *Adde* t. III, n° 1088.

l'effet recherché, ce qui provoque une scission du rattachement et donc une dispersion de lois applicables<sup>1</sup>. Néanmoins, la conception de NIBOYET pêche par le fait qu'elle donne effet à un domicile non voulu, au moins pour les conséquences qui découlent du rattachement au domicile mais qui n'étaient pas frauduleusement recherchées par l'individu, alors même que le domicile n'est ici pas accepté dans son ensemble. Cette conception procède de plusieurs erreurs : elle oublie que la manœuvre frauduleuse doit être efficace pour appeler le qualificatif de fraude à la loi ; or un domicile non sincèrement voulu n'en est pas un au regard de la loi française exclusivement compétente, selon le même auteur, à la perte du domicile français<sup>2</sup>. Elle confond alors inopportunément les théories de la fraude à la loi et de la simulation, la seconde étant ici plus correcte en raison de l'absence de sincérité du nouvel établissement. Enfin, l'affaire citée sanctionne davantage une naturalisation frauduleuse que le changement de domicile en Suisse qui, à l'époque, était le corollaire de l'acquisition de la nationalité suisse<sup>3</sup>.

259 — Pour autant, une appréciation purement objective suffit à rejeter le changement de domicile et donc de conserver tous ses effets à l'ancien. Cette appréciation objective est souvent utilisée en matière de société afin de jauger la réalité du siège social d'une entreprise fixé en France ou à l'étranger, ce seul motif suffisant à fonder la solution<sup>4</sup>. L'ineffectivité du nouveau siège social, comme du nouveau domicile, permet ainsi de le tenir pour simulé. Le juge peut alors rétablir la réalité en donnant effet à l'ancien domicile qui, de fait, est demeuré l'unique domicile de l'intéressé<sup>5</sup>. Ainsi, dans les affaires de divorces migratoires, la simple constatation de la précarité du domicile – le juge de Reno, par exemple, se contente d'une résidence hôtelière de six semaines pour admettre sa compétence – suffisait seule pour refuser de reconnaître ses effets au nouveau domicile, sans qu'il soit besoin de relever la fraude à la loi, fût-elle présente dans l'esprit des parties<sup>6</sup>. Dans la première affaire *Lemaire*, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre un arrêt qui avait refusé de reconnaître un divorce prononcé en Haïti, au motif que les époux Lemaire étaient domiciliés à Paris et « qu'il n'est pas établi qu'à la même époque leur résidence ait été fixée en un autre lieu et particulièrement sur le territoire de la République d'Haïti » ; de nationalité française, les époux « n'étaient rattachés par aucun lien à l'ordre juridique haïtien »<sup>7</sup>. Si le pourvoi dans cette affaire fut rejeté pour d'autres raisons également, le domicile et la résidence à l'étranger dont se prévalaient les époux Lemaire ont été défavorablement appréciés sur le seul critère de l'établissement effectif, sans que son défaut soit analysé comme une volonté de faire fraude à la loi. De même, dans une intéressante affaire de surendettement des particuliers, un couple

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 569 et s.

<sup>2</sup> J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, n° 546. V. cep. du même auteur, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1926, p. 485 et s., spéc. p. 493 et s. où il estime, à propos de la nationalité des sociétés, que le recours à la notion de fraude à la loi n'est pas utile si le siège social fixé à l'étranger est fictif.

<sup>3</sup> Civ., 19 juillet 1875, *de Ramondenc*, *S.* 1876, 1, 289, note LABBE ; *D.* 1876, 1, 5.

<sup>4</sup> Paris, 16 février 2001, *Dr. & patr.* 2001, n° 99, p. 116, obs. MOUSSERON ; – 19 mars 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 759, § 245, note REBOUL.

<sup>5</sup> M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, éd. LGDJ, 1967, n° 232. Par ex. Crim., 22 janvier 1990, *D.* 1990, p. 453, note TIXIER et LAMULLE, à propos d'un domicile fictif à l'étranger à fins d'évasion fiscale ; – Com., 22 juin 1999, *Deffrénois* 1999, p. 1195, obs. HOVASSE, à propos d'un siège social. *Adde* C. CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, éd. LGDJ, 1998, n° 287 et s. En droit international privé suisse, v. F. GUILLAUME, *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Lausanne, 2001, p. 323 et s. ; J. A. REYMOND, « Sociétés étrangères en Suisse : exit fraus legis », in MéL. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 173 et s.

<sup>6</sup> Ph. MALAURIE, note sous TGI de la Seine, 14 mai 1962 et 6 juin 1962, *D.* 1962, jur., p. 653 et s., spéc. p. 656.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 1<sup>re</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON.

d'Allemands lourdement endetté en Allemagne, s'est installé en Alsace. Bien que le couple recevait du courrier, consommait du gaz et de l'électricité, réglait des taxes et redevances communales à ce domicile, il a été jugé que cette résidence ne peut être assimilée à un domicile au sens de l'article 102 du Code civil et que son choix a été largement inspiré par la volonté du couple de bénéficier des dispositions du droit local en matière de surendettement<sup>1</sup>.

**260** — L'ineffectivité du nouvel établissement permet en aval de caractériser le défaut d'intention domiciliaire<sup>2</sup>. Mais les deux conditions sont séparables en ce qu'un établissement effectif peut ne pas être considéré comme un véritable domicile mais comme une simple résidence si l'intention de s'y établir n'est pas réelle et définitive<sup>3</sup>. Dans les deux cas, le juge pourra ne pas tenir compte du nouveau domicile revendiqué sur l'unique constat que l'un des deux éléments constitutifs du domicile fait défaut, voire les deux. L'intention dont il sera question ici n'est pas une intention frauduleuse : il ne s'agit pas de rechercher si les parties ont voulu éluder la compétence de telle ou telle loi, mais simplement de déterminer si elles ont manifestement la volonté de s'établir dans le lieu indiqué. Appréciée souverainement par les juges du fond<sup>4</sup>, l'intention domiciliaire se manifeste par des éléments objectifs qui démontrent l'installation effective dans le nouvel établissement. Si cette preuve est moins difficile que celle de l'intention frauduleuse, il n'en reste pas moins que le fait que le demandeur ait conservé des attaches dans son pays d'origine ne le prive pas de son domicile ou de sa résidence habituelle dans un autre État<sup>5</sup>. En ce sens, une personne peut valablement avoir un domicile dans un État et conserver, à titre de résidence, son ancien domicile.

**261** — Dès lors, en présence d'une règle de conflit qui retient comme critère de rattachement le domicile ou la résidence, « la qualification de fraude est superflue »<sup>6</sup>. Cette conception est historiquement dominante en doctrine<sup>7</sup>. Elle est aujourd'hui majoritairement acceptée. La majorité des auteurs admet qu'un domicile puisse être considéré comme fictif et que cette seule constatation suffit à rejeter la compétence judiciaire ou législative prévue par la règle de conflit<sup>8</sup>. La solution a surtout été posée à propos du siège social des sociétés<sup>9</sup>. Elle peut, eu égard à leur commune nature juridique, être transposée au domicile des personnes physiques. Ainsi, les divorces migratoires, s'ils deviennent de moins en moins fréquents, ne se voient plus nécessairement opposer la fraude pour être dénués de tout effet en France. L'arrêt *Simitch*<sup>10</sup> prévoit trois conditions pour que la compétence internationale indirecte du juge étranger soit reconnue : les juridictions françaises ne doivent pas être exclusivement

<sup>1</sup> Colmar, 1<sup>er</sup> avril 1997, inédit, cité par J.-M. JUDE, *Le droit international privé des procédures de surendettement des particuliers*, éd. PUAM, 2003, n° 283.

<sup>2</sup> Poitiers, 11 janvier 1967, *Gaz. pal.* 1967, 1, p. 71, note BARBIER.

<sup>3</sup> G. CORNU, *Introduction. Les personnes. Les biens*, 11<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2003, n° 656. Le texte de l'article 103 du Code civil invite à une telle distinction.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 juillet 1973, *Bull. civ.* I, n° 253.

<sup>5</sup> En ce sens, H. MUIR-WATT, « Le domicile dans les rapports internationaux », *op. cit.*, n° 4.

<sup>6</sup> H. MUIR-WATT, *op. cit.*, n° 27.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 41 et s., n° 89.

<sup>8</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 193 et s. et « Fraude à la loi », J.-Cl. inter., 1995, fasc. 535, n°s 9 et 73 ; M. DAGOT, *op. cit.*, n° 232 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 266 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 270 ; J.-G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.* 1964, p. 1 et s., spéc. p. 16 et s. ; A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé (Conflits de juridictions et conflits de lois)*, *op. cit.*, n° 362 et s.

<sup>9</sup> V. par ex. T. com. Nancy, 18 décembre 1907, *JDI* 1907, p. 765.

<sup>10</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70.

compétentes ; le litige doit se rattacher d'une manière caractérisée avec le juge saisi ; la saisine ne doit pas procéder d'un choix frauduleux. Si ces deux dernières conditions ne sont pas synonymes, elles sont toutefois très complémentaires, l'absence de liens caractérisés permettant souvent de démontrer la fraude. Ces deux conditions sont néanmoins autonomes et la condition d'absence de fraude ne trouve sa véritable utilité qu'en cas de saisine d'un juge qui présente des liens caractérisés avec le litige<sup>1</sup>. Si l'autonomie de l'absence de fraude put s'illustrer avec les affaires de répudiations, celle du lien caractérisé était plus douteuse. Les arrêts qui ont eu l'occasion de constater cette absence de liens en ont souvent déduit, de ce fait, le choix frauduleux<sup>2</sup> ou une fraude à la loi<sup>3</sup>.

**262** — L'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 mai 1998<sup>4</sup> est explicite en ce qu'il sanctionne un divorce migratoire qui, en d'autres temps, aurait été condamné sur l'autel de la fraude, sans jamais invoquer ce moyen. En l'espèce, deux époux ont engagé plusieurs procédures de divorce en France puis en Californie où le mari résidait. Le juge américain ayant statué le premier, le mari opposa le jugement contre l'assignation française. La Cour d'appel de Paris refusa de reconnaître le jugement étranger en raison de l'incompétence du juge saisi. La Cour de cassation approuva cette décision en considérant que la résidence du mari aux États-Unis ayant un caractère provisoire, « le lien de nature à fonder la compétence internationale du juge saisi n'était pas caractérisé ». Au-delà de l'enseignement de cet arrêt qui indique qu'une résidence provisoire ne peut valablement fonder la compétence internationale indirecte d'un juge<sup>5</sup>, il convient de souligner que « l'incompétence du juge étranger est déduite de la seule qualité de ses liens objectifs avec le litige, indépendamment – semble-t-il – de toute considération relative aux comportements et intentions du demandeur »<sup>6</sup>. Ici, l'esprit de fraude était patent : le mari a saisi le juge américain postérieurement à l'assignation en France dans le but d'obtenir la garde des enfants communs. Il fit en effet, en France, l'objet d'une restriction territoriale d'exercice de ses droits parentaux suite à une non-représentation des enfants à leur mère. Cette restriction ne l'empêcha pas de les emmener aux États-Unis où il introduisit sa demande de divorce qu'il obtint neuf mois plus tard. Cependant, ni les juges du fond ni la Cour de cassation ne relèvent une fraude à la loi française, compétente en vertu de l'article 310 al. 1<sup>er</sup> du Code civil en raison de la nationalité française des époux. Si d'un point de vue théorique il était permis d'en voir une dans cette affaire, à l'image de toutes les autres espèces de ce type, le fait qu'elle n'ait pas été invoquée ne saurait surprendre. La Cour de cassation applique simplement *a minima* les conditions posées par l'arrêt *Simitch* : cumulatives, le non-respect de l'une d'elles suffit à déclarer le juge étranger internationalement incompétent. En ce sens, la seule constatation que le domicile invoqué par les époux n'en était pas un suffit à rejeter le divorce obtenu à l'étranger en raison de la précarité du domicile qui, à défaut d'intention domiciliaire, n'en était pas un.

**263** — Il n'est alors pas étonnant de constater que les codifications de droit international privé qui font une large place au domicile ne contiennent aucune disposition relative à la fraude à la loi. Alors que le projet initial prévoyait la réserve de la fraude, le Code

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 710 et s.

<sup>2</sup> Par ex. Versailles, 18 novembre 1986, *D.* 1987, somm., 1<sup>re</sup> esp., p. 346, obs. AUDIT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 295. *Adde* Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *JDI* 1997, p. 793, note LUCAS.

<sup>3</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, préc.

<sup>4</sup> *Rev. crit. DIP* 1998, p. 662, note MUIR WATT.

<sup>5</sup> Sur la question de l'appréciation objective de la compétence du juge, v. *infra* n° 622 et s.

<sup>6</sup> H. MUIR WATT, note préc., p. 664.

civil du Québec de 1991 n'en contient aucune référence. Selon un commentateur du texte, une « telle disposition a semblé inutile. En effet, la fraude à la loi en matière d'état se conçoit difficilement avec un facteur de rattachement comme le domicile. S'il n'y a pas intention réelle de changer de domicile, il n'y a tout simplement pas changement de domicile et il ne peut y avoir d'intention frauduleuse de manipuler le facteur de rattachement, condition de la fraude à la loi au sens où on emploie cette notion en droit international privé »<sup>1</sup>. De même, la loi vénézuélienne du 6 août 1998, qui utilise de façon presque exclusive le rattachement au domicile, ne prévoit aucune réserve générale, ni même particulière, de fraude à la loi<sup>2</sup>. À l'inverse, les législations qui utilisent le critère de la nationalité contiennent une disposition relative à la fraude, telles que la loi tunisienne du 27 novembre 1998, en son article 30<sup>3</sup> ou encore le Code de droit international privé belge, en son article 18. Toutefois, il convient d'admettre qu'un changement réel de domicile n'empêchera pas d'opposer, le cas échéant, la réserve de la fraude à la loi lorsque le changement est effectif.

## 2. La sanction du changement effectif de domicile par la réserve de la fraude à la loi

**264** — Dans l'Ancien droit, la sanction de la fraude à la coutume par changement de domicile divisait les auteurs<sup>4</sup>. Si tous s'accordaient à ne pas reconnaître un domicile purement fictif, une division se créait lorsqu'il s'agissait de donner effet à un domicile réel mais potentiellement frauduleux. Sur ce point, BOULLENOIS admettait que la théorie de la fraude puisse faire échec à un domicile effectif mais choisi dans le seul but de bénéficier d'une coutume différente. À l'inverse, POTHIER refusait le reproche de la fraude lorsque le transfert de domicile est effectif<sup>5</sup>. Ce refus procède d'une dénégation du principe même de la théorie de la fraude à la loi, qu'elle soit interne ou de droit international. Celle-ci n'a-t-elle pas vocation à sanctionner un comportement réel et licite ? Elle n'a pas d'autre utilité. En ce sens, si la théorie de la simulation permet dans la majorité des cas de sanctionner un changement de domicile sans recourir à la notion de fraude à la loi, cette dernière retrouvera un domaine d'application en présence d'un véritable changement de domicile, mais lorsque ce changement aura été exclusivement motivé par la volonté de faire échec à une autre loi<sup>6</sup>.

**265** — Si en effet la simulation est exclusive de toute fraude, l'absence de simulation n'est pas exclusive d'une fraude. Le jugement de première instance rendu dans l'affaire *de Gunzburg* est en ce sens explicite<sup>7</sup>. Après avoir considéré que le domicile de l'épouse au Mexique lors de la demande de divorce ne pouvait à lui seul fonder la compétence de la loi mexicaine, faute d'être réel, les juges estiment, de manière expressément surabondante – ce qui donne à l'affirmation tout son relief – qu'à supposer que l'épouse « ait acquis un domicile régulier à Ciudad Juarez, elle ne l'aurait acquis qu'en vue de donner frauduleusement compétence à la loi mexicaine pour éviter les rigueurs de la loi de New York et profiter des facilités existant au Mexique ». Les juges ajoutent par conséquent que « l'existence de cette

<sup>1</sup> É. GROFFIER, « La réforme du droit international privé québécois », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 596.

<sup>2</sup> *Rev. crit. DIP* 1999, p. 392 et s.

<sup>3</sup> *Rev. crit. DIP* 1999, p. 382 et s., spéc. p. 386.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 41.

<sup>5</sup> R.-J. POTHIER, *Œuvres annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. 7, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 21, p. 456.

<sup>6</sup> En ce sens, J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 161.

<sup>7</sup> TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, jur., p. 653, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE.

fraude enlève tout effet à un tel domicile et par là même toute compétence à la loi mexicaine ». En ce sens, considérer que la théorie de la fraude à la loi est incompatible avec un domicile effectif procède d'une confusion entre les théories de la fraude à la loi et de la simulation. La confusion provient de l'affirmation selon laquelle un domicile est réel ou fictif et que seule cette fictivité permet de lui refuser tout effet. En ce qui concerne le siège social, il serait ainsi « contradictoire » d'opposer la réserve de la fraude à la loi à un transfert de domicile qui remplit toutes les conditions de sa validité<sup>1</sup>. Plus généralement, à propos du domicile, « de deux choses l'une : ou bien le domicile constitué à l'étranger est un véritable domicile, et il doit emporter tous ses effets de droit à l'égard de la loi du for ; ou bien ce n'est pas un véritable domicile, et il ne doit pas être considéré comme tel pour l'application de la règle de conflit »<sup>2</sup>.

**266** — Si ces deux théories interviennent souvent pour contrôler les mêmes types de comportements, elles ne peuvent pour cette raison être confondues. Elles sont au contraire indépendantes et l'absence de simulation ne peut être exclusive de la fraude à la loi. Principe général du droit, la fraude peut toujours être réservée à l'exercice d'un droit. Cette réserve n'est pas intrinsèquement une condition de validité de l'acte ou du fait juridique. En ce qui concerne la nationalité des sociétés, seul le lieu du siège social permet de la connaître et donc d'appliquer la loi désignée. La réserve de la fraude à la loi intervient *a posteriori* ; elle ne se présume pas et n'est pas exigée dès l'origine. En ce sens, appliquer « la théorie de la fraude ne conduit donc pas le juge à exiger d'autres conditions positives pour déterminer la nationalité de la société, mais une seule condition négative : l'absence de fraude dans la localisation du siège social »<sup>3</sup>. La réserve de la fraude à la loi signifie que le siège social doit se rattacher de manière sérieuse à l'État dont il acquiert, par ce siège, la nationalité<sup>4</sup>.

**267** — La théorie de la simulation est alors antérieure à celle de la fraude à la loi. Le moyen frauduleux devant être efficace pour qu'il soit possible de parler de fraude, il doit être réel et non fictif. Dès lors, pour affirmer qu'un changement de domicile est frauduleux, l'autorité de contrôle doit faire œuvre de rigueur théorique et constater, au préalable, que le domicile revendiqué est réel, qu'il n'est pas simulé. Ce n'est qu'à partir de ce constat que le juge pourra relever, le cas échéant, une intention frauduleuse, dans le caractère non sérieux du nouveau domicile ou de la nouvelle résidence habituelle. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris selon lequel le « lieu de résidence est une notion de pur fait que le juge doit apprécier concrètement en la distinguant du simple déplacement temporaire sans réelle volonté de se fixer en un lieu donné, après avoir vérifié, par application d'un principe général de notre droit, que ledit époux n'a pas agi en fraude à la loi »<sup>5</sup>. L'intérêt de cette distinction peut essentiellement apparaître à propos du domicile précaire mais définitif qui témoigne, en ce sens, d'une véritable intention domiciliaire.

---

<sup>1</sup> M. E. CUQ, *La nationalité des sociétés*, thèse Paris, 1921, p. 72. Adde H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, n° 47, p. 254 ; P. ARMINJON, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409 et s., *JDI* 1921, p. 62 et s., p. 419 et s., spéc. p. 421 et *Précis de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1947, n° 135 ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, n° 1077 ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 513 et s.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 193. Dans le même sens, J.-G. CASTEL, *op. cit.*, p. 16.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 268. Adde A. LIGEROPULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928, n° 61, p. 170 ; A. LIGEROPULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 99 ; Y. LOUSSOUARN, *Les conflits de lois en matière de sociétés*, thèse Rennes, 1947, p. 82 et s.

<sup>4</sup> Y. LOUSSOUARN, *op. cit.*, p. 135.

<sup>5</sup> Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *D.* 1999, IR, p. 224.

**268** — Ainsi, lorsque la règle de conflit de lois en matière de succession mobilière retient comme critère de rattachement le dernier domicile du défunt, la potentialité de fraude à la loi par transfert de domicile est réelle<sup>1</sup>. Sentant sa fin proche, le *de cuius* change de domicile vers un pays dont la législation ignore la réserve ou exhérède un parent. Pour que son nouvel établissement soit perçu comme réel et voulu, il vend son ancien domicile et place le fruit de la vente sur un portefeuille de valeurs mobilières. Opérant une qualification *lege fori*, le domicile se détermine en vertu des règles françaises des articles 102 et s. du Code civil. Dans ce cas de figure, le dernier domicile du défunt est bien celui qu'il a choisi peu de temps avant son décès. C'était donc bien là son domicile, et ce malgré la faible durée d'établissement dans ce pays comparée à celle de son ancien domicile en France. La notion même de « dernier domicile » induit une absence de considération quant à sa durée : ce qui est pris en compte est le domicile au jour du décès. Il faut alors tenir compte du changement de domicile, même récent<sup>2</sup>, qui n'apparaît pas en l'espèce artificiel, donc non simulé, faute d'un autre domicile qui serait, celui-là, réel. Par conséquent, la modification de l'élément matériel est indubitable ; elle est efficace car elle permet un changement de loi applicable, laquelle désignation ne peut être contestée par d'autres moyens, notamment les lois de police<sup>3</sup> ou l'exception d'ordre public français en matière internationale<sup>4</sup>. Dans cette espèce, la fraude à la loi pourra être retenue s'il est prouvé que le *de cuius* n'a transféré son domicile à l'étranger que dans l'unique dessein de profiter des dispositions successorales de la loi de son dernier domicile. Or, une véritable intention domiciliaire n'est pas exclusive d'une intention frauduleuse. Les deux notions ne se recourent pas complètement. L'intention frauduleuse peut ainsi ressortir d'autres éléments que le refus de s'installer définitivement au lieu choisi comme domicile. Elle peut se déduire du transfert hâtif en fin de vie alors que le *de cuius* n'en avait jamais manifesté le souhait ; des rapports conflictuels entre lui et les héritiers exhéredés par sa manœuvre ; de la vente de l'ancien domicile et de l'utilisation des fonds ainsi obtenus vers des valeurs mobilières<sup>5</sup>, etc.

**269** — Si la sanction, par la réserve de la fraude à la loi, d'un domicile matériellement et intentionnellement réel peut apparaître excessive, c'est pourtant là que la théorie de la fraude à la loi retrouve son domaine d'application. Il suffit pour tempérer cette rigueur d'être circonspect dans l'appréciation de la volonté frauduleuse. D'ailleurs, dans les rares hypothèses où une fraude à la loi avait été soulevée afin de contrer un changement de domicile à l'étranger, les juges ont refusé de la sanctionner, estimant « qu'aucun soupçon de volonté frauduleuse ne peut être relevé quant au transfert de son domicile »<sup>6</sup>. Si donc la théorie de la fraude à la loi voit son domaine s'étioler par le recours à celle de la simulation, la première conserve néanmoins une certaine emprise qui intervient en second lieu.

<sup>1</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 270, note 153.

<sup>2</sup> M. REVILLARD, *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>e</sup> éd. Defrénois, 2001, n° 357.

<sup>3</sup> P. LAGARDE, Rép. Inter. Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1998, v° « Successions », n° 158 et s. ; B. AUDIT, n° 877 ; G. LEGIER, « Tradition et innovation dans le domaine des successions internationales », *JCP* éd. N. 2001, p. 92, n° 5 et s.

<sup>4</sup> Paris, 3 novembre 1987, *JDI* 1990, p. 109, note HERON. *Adde* P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 62 ; G. LEGIER, *op. cit.*, n° 9 ; S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, éd. Dalloz, 2004, n° 300 et s.

<sup>5</sup> Si le fait de conserver la propriété de l'immeuble qui servait d'ancien domicile n'est pas exclusif d'un changement réel de domicile par la propriété ou la location d'une nouvelle demeure, la vente de ce premier habitat est nécessaire afin de faire échapper la valeur qu'il représente à la loi, par hypothèse française, du lieu de sa situation.

<sup>6</sup> Paris, 6 juillet 1937, *D.H.* 1937, p. 473. *Adde* T. civ. de Meaux, 4 mai 1928, *JDI* 1928, p. 1223.

## B. LES RAPPORTS ENTRE LA CLAUSE D'EXCEPTION ET LA RESERVE DE LA FRAUDE A LA LOI

**270** — La clause d'exception ou clause échappatoire permet au juge, lorsqu'il constate, au vu des éléments de la cause, que la situation présente des liens plus étroits avec une loi autre que celle désignée par la règle de conflit, d'appliquer cette première loi en lieu et place de la seconde<sup>1</sup>. La clause d'exception n'a donc lieu d'intervenir que si le rattachement principal se révèle inadéquat et qu'il existe des liens manifestement plus étroits avec un autre pays<sup>2</sup>. Lorsqu'elle est prévue, la clause d'exception peut avoir pour conséquence de modifier le domaine des autres mécanismes. C'est le cas de l'exception d'ordre public qui voit son rôle diminuer en matière personnelle et familiale, puisque le juge peut rendre compétente la loi du for sans avoir à démontrer, en plus, que la loi étrangère désignée conduit à un résultat choquant<sup>3</sup>. La question se pose alors de savoir si la fraude à la loi est compatible avec une clause d'exception ou, plus exactement, si le jeu de la clause d'exception peut et suffit à sanctionner une fraude à la loi. Les liens étroits qui existent entre les deux mécanismes (1) ne peuvent toutefois permettre de les confondre (2).

### 1. Les liens étroits entre la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi

**271** — La fraude, telle qu'elle est traditionnellement entendue, suppose la modification artificielle du critère de rattachement. Il y a fraude à la loi parce que le sujet revendique une nouvelle situation qu'en réalité il ne souhaite pas et qui n'est pas pérenne. Dès lors, l'autorité de contrôle peut constater que la situation ne relève pas de la loi déclarée applicable par la règle de conflit mais qu'elle présente des liens plus étroits avec une autre loi, la loi éludée. Les raisonnements tenus pour la mise en œuvre de la réserve de la fraude à la loi et de la clause d'exception sont très proches. Pour la clause d'exception, par exemple celle de l'article 15 de la LDIP suisse, le juge doit relever deux conditions : la cause doit n'avoir « qu'un lien très lâche » avec le droit déclaré applicable et qu'il existe une « relation beaucoup plus étroite » avec un autre droit<sup>4</sup>. Le raisonnement n'est guère différent lorsqu'il s'agit de recourir à la réserve de la fraude à la loi. Pour relever la fraude, le juge doit tout d'abord constater que la règle de conflit désigne une loi. S'il soupçonne une fraude, il devra montrer que la loi désignée n'est pas la loi normalement applicable, qu'elle ne l'est qu'à la suite d'une volonté frauduleuse. Il démontrera cette intention malicieuse en prouvant que le rattachement

<sup>1</sup> Sur l'ensemble de la question, v. C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, éd. Georg, 1983 ; D. KOKKINI-IATRIDOU (sous la dir. de), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, XIV<sup>e</sup> Congrès International de droit comparé, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 1994 ; F. KNOEPFLER, « Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé », in Mél. R. JEANPRETRE, éd. Ides et calandes, 1982, p. 113 et s. ; C. PAMBOUKIS, « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions », *RHDI* 1994, p. 475 et s. ; P. REMY-CORLAY, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 37 et s. Adde A. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, *RCADI* 1982-III, t. 176, p. 9 et s., spéc. p. 186 et s. ; P. LAGARDE, *Le principe de proximité*, *op. cit.*, p. 97 et s. ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, matérialisation et flexibilisation des règles de droit international privé*, *RCADI* 2002, t. 287, p. 9 et s., spéc. n° 182 et s.

<sup>2</sup> P. RÉMY-CORLAY, *op. cit.*, p. 43. V. cep. Com., 4 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 285, note LAGARDE.

<sup>3</sup> En ce sens, à propos des Pays-Bas, D. KOKKINI-IATRIDOU, « Rapport général », in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>4</sup> B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3<sup>e</sup> éd. Helbing & Lichtenhahn, 2001, Art. 15, n° 13, p. 48 ; A. BUCHER, A. BONOMI, *Droit international privé*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2001, n° 390.

invoqué par le sujet n'a qu'un lien artificiel avec sa situation, un lien non réellement voulu, un lien très lâche qui ne tient qu'à une déclaration de volonté dénuée de toute pertinence. Pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut encore que le juge démontre qu'une loi a été éludée, qu'une autre loi que celle qui a été désignée par la règle de conflit aurait dû, normalement, recevoir application. Pour ce faire, il devra démontrer que la situation réelle de l'intéressé, celle qui se serait présentée au juge à défaut de manœuvre frauduleuse, se rattache à une autre loi que celle qui a été désignée. Il doit donc montrer, au regard des éléments objectifs de la cause, que celle-ci présente des liens manifestement plus étroits avec la loi éludée. En ce sens, une fraude à la loi pourrait très bien être sanctionnée par le biais d'une clause d'exception et les deux notions peuvent être considérées comme des « limites à l'application de la règle de conflit »<sup>1</sup>.

**272** — Cette conception a été défendue par certains auteurs, notamment suisses, pour qui l'abus de droit, réprimé par l'article 2 du Code civil suisse et applicable à la fraude à la loi<sup>2</sup>, pourrait être sanctionné par la clause d'exception<sup>3</sup>. En raisonnant à propos de l'abus de droit, un auteur explique que la clause d'exception se justifie en droit international privé dans la mesure où l'abus de droit, sanctionnant l'exercice d'un droit subjectif, ne peut être invoqué en matière de conflit de lois<sup>4</sup>. L'exclusion d'un concept justifie l'intervention d'un autre. Plus récemment et en ce qui concerne la nouvelle loi de droit international privé russe, ses commentateurs écrivent que la « place attribuée par le nouveau code aux principes du lien le plus étroit (...) explique le refus d'introduire dans le droit international privé russe la catégorie de la fraude à la loi »<sup>5</sup>. D'autres auteurs sont plus nuancés. Ainsi M. Georg A. LANG écrit, au sujet de la clause d'exception spéciale de droit suisse en matière de contrats, antérieure à la réforme de 1987, qu'en « ce qui concerne la fraude à la loi, la clause d'exception peut évidemment rendre service pour la sanctionner. Mais cette clause n'est applicable que pour un nombre restreint de cas, qui ressortent spécialement du domaine de la fraude aux contrats »<sup>6</sup>.

**273** — Dans sa thèse sur les clauses d'exception en droit international privé suisse, M. César E. DUBLER aborde les rapports entre cette notion et celles d'abus de droit et de fraude à la loi et adopte également une position nuancée. En ce qui concerne l'abus de droit, il considère que « les clauses d'exception concrétisent un aspect spécial du principe plus général

<sup>1</sup> F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3<sup>e</sup> éd. Stämpfli, 2005, n° 325.

<sup>2</sup> Ce rapprochement est fait par certains auteurs suisses (not. B. DUTOIT, *op. cit.*, Art. 15, n° 17 ; F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *op. cit.*, n°s 334 et 346) et par le Tribunal fédéral (ATF 97 II 201) mais il est vivement et justement contesté par d'autres. Sur cette question, v. J.-F. PERRIN, « La fraude à la loi et l'ordre public en droit privé », in Mél. P. ENGEL, Lausanne, 1983, p. 259 et s., spéc. p. 261 ; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Lausanne, 1984, p. 144.

<sup>3</sup> Not. H. MERZ, *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung*, Berne, 1966, n°s 79 et s., p. 247, cité par A. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, *op. cit.*, n° 454 ; EBENROTH, cité par J.-F. PERRIN, « Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique », in Mél. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 141 et s., spéc. p. 147, note 16 ; R.-G. MEBES, *Die Rechtsumgebung im internationalen Privatrecht der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Ehe-, Erb-, Vertrags- und Gesellschaftsstatuts*, Bâle, 1986, recension par F. KNOEPFLER, *Ann. suisse dr. inter.* 1988, p. 532, spéc. p. 533. *Adde* les auteurs cités par C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, *op. cit.*, n° 181, note 376.

<sup>4</sup> H. P. DIETZI, cité par C. E. DUBLER, *op. cit.*, n° 182.

<sup>5</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, « La loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 182 et s., spéc. p. 199.

<sup>6</sup> G. A. LANG, *op. cit.*, p. 194.

de l'interdiction d'abus de droit »<sup>1</sup>. Il estime néanmoins que ces deux notions ne s'excluent pas réciproquement mais qu'elles sont complémentaires : l'abus de droit intervient dans les domaines où la clause d'exception ne peut jouer, comme en matière d'autonomie des parties, et réciproquement<sup>2</sup>. S'agissant de la fraude à la loi, il adopte une position mixte tout en considérant que ces deux mécanismes sont distincts dans leur finalité et leurs effets. Pour lui, « les cas d'intervention de la théorie de la fraude à la loi ne sont pas forcément identiques à ceux des clauses d'exception. Il se peut toutefois que, dans certaines espèces particulières, l'application d'une clause d'exception ait pour effet de prévenir une fraude à la loi »<sup>3</sup>. Dans la mesure où cette dernière, telle qu'elle est traditionnellement entendue, suppose la modification d'un élément de rattachement dont dépend l'application de la règle de conflit, il est certain qu'une appréciation objective de l'ensemble de la situation de l'intéressé peut seule permettre de découvrir et sanctionner la fraude. Encore faut-il toutefois que les conditions d'intervention de la clause d'exception soient remplies. En ce sens, les deux mécanismes peuvent effectivement apparaître comme complémentaires, comme le sont, d'après le même auteur, la clause d'exception et l'abus de droit.

**274** — Plus spécifiquement, certaines règles de conflit peuvent prévoir une clause de réserve, proche de la clause d'exception, qui peut s'interpréter comme une volonté de réprimer, au moins d'éviter, une fraude à la loi, notamment lorsque la règle de conflit admet une option de législation. Dans ce cas, la clause d'exception classique est en effet écartée. Ainsi l'article 15.2 de la LDIP dispose que la clause d'exception « n'est pas applicable en cas d'élection de droit »<sup>4</sup>. L'article 3082 *in fine* du Code civil québécois prévoit également que la clause d'exception « n'est pas applicable lorsque la loi est désignée dans un acte juridique »<sup>5</sup>. Il en est de même au § 2 de l'article 19 du Code de droit international privé belge<sup>6</sup>. Cette exclusion est logique et permet de garantir la prévisibilité des parties, au même titre que l'exclusion du mécanisme du renvoi en matière de loi d'autonomie. Néanmoins, lorsqu'une règle de conflit retient comme critère de rattachement la volonté individuelle, il n'est pas rare qu'une réserve de proximité soit spécialement instituée afin de garantir la désignation d'une loi proche de la situation qu'elle devra régir. C'est le cas notamment de l'article 3 § 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 selon lequel la loi choisie par les parties au contrat ne peut faire échec aux dispositions impératives d'un pays vers lequel « tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix ».

**275** — De façon plus restrictive, la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 sur les successions prévoit également une clause de réserve. Si cette convention admet une *professio juris* limitée au choix entre deux rattachements, elle permet en réalité un choix relativement souple justifié par la prévisibilité de la désignation. En effet, en vertu de l'article 3, même si le défunt change de nationalité ou de résidence habituelle entre le moment de la désignation et l'instant du décès, « le choix de la loi continue à avoir effet »<sup>7</sup>. Les potentialités frauduleuses offertes par le texte en raison de cette permanence de la désignation sont patentes. Certains y

---

<sup>1</sup> C. E. DUBLER, *op. cit.*, n° 184.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 188.

<sup>4</sup> *Rev. crit. DIP* 1988, p. 411.

<sup>5</sup> *Rev. crit. DIP* 1992, p. 574.

<sup>6</sup> Sur ce texte, v. L. BARNICH, « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », in Mél. J. KIRKPATRICK, éd. Bruylant, 2004, p. 59 et s., spéc. p. 70.

<sup>7</sup> G. DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, RCADI 1991-IV, t. 229, p. 9, n° 255, p. 245.

voient un inconvénient majeur et une prime à la fraude à la loi puisqu'il « suffirait alors au testateur d'avoir une résidence habituelle dans un pays favorable à la liberté testamentaire, au jour de la rédaction de ses dernières volontés, pour échapper à vie à toute contrainte »<sup>1</sup>. D'autres soulignent les performances de l'outil ainsi mis entre les mains du *de cuius*<sup>2</sup>. Toutefois, pour pallier cette crainte légitime, une réserve d'effectivité permet à un État signataire de déclarer qu'il ne reconnaîtra pas une désignation faite conformément à l'article 5 par une personne qui, au moment de son décès, ne possédait pas ou ne possédait plus la nationalité de l'État dont la loi a été désignée, ou n'y avait pas ou n'y avait plus sa résidence habituelle, mais possédait alors la nationalité de l'État qui a fait la réserve et y avait sa résidence habituelle<sup>3</sup>. Contrairement à la réserve de l'article 24, celle-ci se justifie pour la seule raison que si le choix peut intervenir avant le décès, il convient de ne lui donner effet que dans la mesure où le *de cuius* a conservé, au moment de son décès, un lien avec la loi choisie. De façon encore plus restrictive, la LDIP suisse<sup>4</sup> et la loi italienne de 1995<sup>5</sup> soumettent l'effet de la *professio juris* au fait que le *de cuius* ait conservé, au jour de son décès, le lien de rattachement qui lui a permis, auparavant, de choisir la loi applicable pour le règlement de sa succession.

**276** — Dans tous les cas, ces clauses de réserve spéciales permettent d'obvier de façon objective, sans avoir à invoquer une quelconque *fraus* de la part du testateur, une tentative de ce dernier d'échapper aux règles successorales qui auraient été applicables à défaut de choix. Dans cette optique, la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi pourraient se confondre et s'appliquer de manière simultanée<sup>6</sup>. Toutefois, si les deux mécanismes sont relativement proches, il convient d'admettre qu'ils demeurent opposés dans leur fondement, leur raisonnement, leur finalité, leur domaine d'intervention et leur résultat.

## 2. L'opposition de nature entre la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi

**277** — La fonction première de la clause d'exception est de corriger la règle de conflit si, dans un cas concret, le rattachement utilisé par celle-ci apparaît inapproprié au vu des circonstances particulières de la cause. Elle « intervient à un moment bien précis du processus de la mise en œuvre de la règle de conflit : celui de la détermination de la loi applicable, et remplit une fonction précise : rétablir la justice de droit international privé qui s'est trouvée rompue par les faits particuliers de l'espèce »<sup>7</sup>. À l'inverse, la réserve de la fraude à la loi n'a pas pour finalité de corriger un rattachement inapproprié ni n'a pour but de désigner la loi applicable. Elle n'intervient pas au moment de cette désignation. Elle suppose au contraire cette désignation déjà effectuée pour ensuite la remettre en cause. La démonstration de l'élément légal de la fraude à la loi suppose en effet de montrer qu'une loi a été éludée par une autre loi. Celle de l'élément matériel conduit à vérifier que la manœuvre a permis cette

<sup>1</sup> M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, éd. Economica, 1994, n° 401. *Adde* l'exemple donné par P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 249 et s., spéc. n° 18.

<sup>2</sup> G. DROZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> Art. 24.1 c).

<sup>4</sup> Art. 90 al. 2 selon lequel le choix est caduc si, au moment du décès, le disposant n'avait plus la nationalité ou avait acquis la nationalité suisse.

<sup>5</sup> Art. 46 2, 2<sup>e</sup> phrase selon laquelle le choix reste sans effet si, au moment du décès, le déclarant ne réside plus dans cet État.

<sup>6</sup> C. E. DUBLER, *op. cit.*, n° 187.

<sup>7</sup> Ch. PAMBOUKIS, « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions », *op. cit.*, p. 478.

désignation et l'obtention d'un résultat matériel différent de celui qui aurait été obtenu en vertu de la loi éludée. La clause d'exception ne suppose pas cette confrontation légale et matérielle. Elle vient directement se substituer au jeu normal de la règle de conflit de lois alors que la réserve de la fraude à la loi le rétablit.

**278** — La clause d'exception s'analyse alors comme une véritable règle de conflit de lois, qui présente la particularité d'être ouverte et non limitée à un rattachement prédéterminé. À l'inverse, la réserve de la fraude à la loi est un mécanisme correcteur de l'application de la règle de conflit. Les deux mécanismes ne se situent donc pas au même stade du raisonnement conflictuel. En ce sens, la sanction de la fraude à la loi « ne peut être fondée sur la clause d'exception de l'art. 15 al. 1 [de la LDIP suisse] ; celle-ci suppose, en effet, qu'une règle de conflit ait régulièrement désigné un droit applicable dont les liens avec la cause apparaissent cependant trop lâches. Le concept de fraude à la loi intervient à un stade antérieur du raisonnement, empêchant toute désignation d'un droit sur la base d'un facteur de rattachement constituant une pure apparence. Il ne s'agit point de corriger le rattachement « normal », mais d'éliminer un rattachement vicié à sa base »<sup>1/2</sup>. En assimilant la fraude à la loi à l'abus de droit, la sanction de la fraude dans le recours à une règle de conflit de loi relève non pas de l'article 15 de la LDIP suisse mais de l'article 2 du Code civil suisse<sup>3</sup>. De manière générale, l'article 15 al. 1 de la LDIP « n'a pas été conçu pour réprimer les détournements de la loi suisse »<sup>4</sup>.

**279** — Si la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi sont deux mécanismes correcteurs de la règle de conflit, elles n'ont pas la même fonction correctrice. Comme la réserve de la fraude à la loi, la clause d'exception n'a qu'une fonction subsidiaire, mais elle « n'est pas censée se substituer à d'autres règles, comme celles qui découlent de la prohibition de l'abus de droit et qui permettent de sanctionner la fraude à la loi »<sup>5</sup>. La réserve de la fraude à la loi intervient dans les hypothèses où la correction s'impose en raison du résultat matériel obtenu par l'application d'une loi frauduleusement compétente. Elle n'a pas directement pour rôle de réaffirmer un principe de proximité. Si l'absence de proximité entre la loi appliquée et la situation réelle du sujet est souvent le révélateur de la fraude, la réserve de la fraude à la loi peut intervenir même à l'encontre d'une loi ayant des liens étroits avec sa situation réelle. L'effet sera d'aboutir à l'application d'une loi éloignée, celle qui était normalement applicable en vertu de la règle de conflit de lois fraudée. Contrairement à la clause d'exception, cette conséquence n'est pas contraire à la finalité de la réserve de la fraude.

**280** — En ce sens, le jeu de la clause d'exception suppose qu'il y ait une loi qui présente des liens plus étroits avec la situation en cause, ce qui n'est pas le cas de la réserve de

<sup>1</sup> A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1995, n° 198. L'emploi du mot « antérieur » est trompeur sur la fonction de la réserve de la fraude à la loi et procède d'une assimilation du mécanisme et de son effet direct, qui est l'éviction de la loi désignée par la loi normalement compétente. La réserve de la fraude à la loi n'a pas en effet pour fonction de désigner la loi applicable, comme la clause d'exception, mais de remettre en cause une désignation frauduleuse. Elle intervient donc à un stade postérieur au raisonnement conflictuel alors que la clause d'exception intervient au moment de cette désignation. *Adde* A. BUCHER, A. BONOMI, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 397.

<sup>2</sup> Cet auteur aurait auparavant tenu une opinion inverse en considérant que la clause d'exception est une expression particulière de l'abus de droit propre aux règles de conflit, qui a pour effet d'exclure la règle plus générale de l'art. 2 al. 2 CCS, selon C. E. DUBLER, *op. cit.*, n° 182.

<sup>3</sup> B. DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, *op. cit.*, Art. 15, n° 17.

<sup>4</sup> J. A. REYMOND, « Sociétés étrangères en Suisse : exit fraus legis », *op. cit.*, p. 176.

<sup>5</sup> F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, *op. cit.*, n° 334.

la fraude à la loi. La simultanéité des deux mécanismes correcteurs ne peut donc exister que lorsqu'il y a une telle loi de proximité. Mais même dans ce cas, la confusion est plus formelle que réelle. En effet, si la manœuvre frauduleuse conduit à l'application d'une loi qui ne présente qu'un lien très lâche avec la situation réelle du sujet, alors le juge pourra, par une interprétation téléologique du point de rattachement, rétablir objectivement la compétence de la loi éludée. Dans ce cas, la fraude à la loi n'aura pas été efficace puisqu'elle n'aura pu conduire à l'application de la loi souhaitée. Il n'y aura donc pas de fraude à la loi. De plus, pour que le juge puisse procéder à une telle interprétation du point de rattachement, il doit disposer d'une clause d'exception générale. Or, une telle clause n'existe pas en droit international privé français. Dès lors, il n'y a pas de simultanéité entre la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi, sinon par un abus de langage ou une extension du concept de fraude à la loi.

**281** — La clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi n'ont également pas le même domaine d'intervention. Principe général du droit, la seconde a vocation à intervenir en toutes matières, sans aucune limitation. Les incompatibilités ou les difficultés relevées entre une méthode conflictuelle particulière et la théorie de la fraude à la loi sont davantage techniques que théoriques. Dans tous les cas, que ce soit en présence d'une règle de conflit matérielle ou autonomiste, d'une loi de police ou d'une règle flexible, la théorie conserve un certain domaine d'application, fût-il restreint. Ainsi, la clause d'exception est incompatible avec une règle de conflit fondée sur la volonté individuelle alors que la réserve de la fraude à la loi ne l'est pas forcément<sup>1</sup>. De même, la clause d'exception ne devrait pas intervenir en présence d'une règle de conflit à caractère substantiel dans la mesure où elle a pour vocation de rechercher une proximité dont la règle de conflit matérielle se passe<sup>2</sup>. En revanche, la réserve de la fraude à la loi peut intervenir, même en présence d'une règle de conflit de loi matérielle, lorsque cette intervention garantit ou réalise le résultat recherché par la règle de conflit<sup>3</sup>.

**282** — La distinction de la clause d'exception et de la réserve de la fraude à la loi se manifeste encore en ce qui concerne leurs effets respectifs. Si les deux mécanismes peuvent provoquer l'application autant de la loi du for que d'une loi étrangère, ils ne le font pas de la même façon. La clause d'exception a pour effet de substituer à la loi normalement compétente – supposée éloignée de la cause – une loi considérée plus proche. L'effet de la clause d'exception est double : négatif lorsqu'elle évince la règle de conflit normalement compétente et positif lorsqu'elle se substitue à cette règle écartée. À l'inverse, la réserve de la fraude à la loi n'a pas pour effet d'écarter la règle de conflit normalement compétente, elle a justement pour fonction et pour effet de rétablir son intégrité rompue par la manœuvre frauduleuse. L'effet de la réserve de la fraude est double également. Toutefois, il ne porte pas seulement sur la règle de conflit mais aussi sur la loi déclarée applicable. Il est négatif lorsqu'il évince la loi désignée par la règle de conflit ; il est positif lorsqu'il rétablit le rattachement frauduleusement écarté. La réserve de la fraude à la loi opère un retour à la désignation de la loi normalement applicable, par un déplacement du moment de détermination du point de rattachement. Au contraire, la clause d'exception n'a pas pour effet de déplacer cette appréciation du rattachement, elle substitue un autre rattachement plus approprié au cas particulier de l'espèce.

---

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 302 et s.

<sup>2</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité*, *op. cit.*, n° 108 ; A. BUCHER, A. BONOMI, *op. cit.*, n° 393 ; Ch. PAMBOUKIS, *op. cit.*, p. 483 ; C. E. DUBLER, *op. cit.*, n° 78 et s. ; É. GROFFIER, « La réforme du droit international privé québécois », *op. cit.*, p. 593.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 203 et s.

**283** — Dans cette optique, la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi ne peuvent se confondre. Si la première peut, dans certains cas, jouer un rôle de prévention de la fraude, c'est seulement en raison d'une préqualification de fraude à la loi d'un comportement qui en réalité n'en est pas une, faute d'avoir été menée à son terme. Plus globalement, ces deux notions sont et demeurent fondamentalement différentes, même si certaines concordances peuvent être relevées. Dans l'un des rares cas où le Tribunal fédéral suisse a pu apprécier le mécanisme de l'article 15 LDIP, il jugea ainsi que la clause d'exception « n'a pas été conçue pour réprimer les détournements de la loi suisse, mais pour permettre au juge de trouver, dans l'intérêt des parties, la solution la plus adéquate dans une cause donnée »<sup>1</sup>. Il en résulte que si la place de la théorie de la fraude à la loi se réduit au regard du développement d'un droit international privé objectivement flexible, elle conserve néanmoins une utilité et un domaine d'application indéniables. Ainsi, dans le Code de droit international privé belge, une place est réservée aussi bien à la réserve de la fraude à la loi, en son article 18, qu'à une clause d'exception générale, en son article 19. Un constat identique peut être effectué au sujet des rapports entre la théorie de la fraude à la loi et les règles de droit international privé subjectivement flexibles.

## SECTION 2

### LA PLACE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI EN PRESENCE D'UNE REGLE DE CONFLIT DE LOIS SUBJECTIVEMENT FLEXIBLE

**284** — Expression d'une volonté individuelle, non pas directement sur la loi applicable au rapport de droit, mais sur le rattachement qui en permet la désignation, la fraude à la loi est condamnable puisqu'elle induit, indirectement, le déplacement d'une « matière aussi impérative que l'état des personnes dans le domaine de l'autonomie de la volonté »<sup>2</sup>. La réserve de la fraude à la loi permet alors d'annihiler ce déplacement par un retour au rattachement originaire. La déclaration de volonté du sujet est ainsi privée d'effet et l'état des personnes demeure une catégorie impérative. Toutefois, l'évolution contemporaine du droit international privé traduit une extension du rôle de la volonté individuelle dans les matières d'où elle était jadis exclue, notamment en droit de la famille et plus largement pour l'état et la capacité des personnes<sup>3</sup>. La question se pose alors de savoir si la théorie de la fraude à la loi

<sup>1</sup> ATF 117 II 494 (501) ; *RSDIE* 1991, p. 268.

<sup>2</sup> J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 491.

<sup>3</sup> Sur l'ensemble de la question, v. J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, 1992 ; P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 425 et s. ; A. VON OVERBECK, « La professio juris comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », in Mél. Baron L. FREDERICQ, 1965, t. II, p. 1087 et s. ; « L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé », Mél. F. RIGAUX, Bruylant, 1993, p. 619 et s. ; Th. VIGNAL, *La part de volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, thèse Paris II, 1993 ; M.-É. MATHIEU, *L'electio juris en droit international privé. Aperçu de droit comparé*, thèse dact., Paris II, 1998 ; D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de droit de la famille*, éd. LGDJ, 2000, n° 464 et s. ; D. FENOUILLET et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, (sous la dir. de), *La contractualisation de la famille*, éd. Economica 2001, spéc. p. 229 et s. V. pour une approche critique ou dubitative, V. HEUZE, « La volonté en droit international privé », *Droits*, n° 28, 1999, p. 113 ; D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in Mél. F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 285 et s. ; F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et*

peut conserver un domaine d'application lorsque la règle de conflit de lois permet directement ce contre quoi cette théorie est censée lutter. Les rapports entre la volonté individuelle en matière de conflit de lois et la théorie de la fraude à la loi sont anciens et ont donné lieu à des discussions importantes au sein de la doctrine. La fraude à la loi prenant pour base une déclaration de volonté individuelle, l'admission de la volonté individuelle pour la résolution du conflit de lois a pu apparaître, pour de nombreux auteurs, comme une incitation voire une admission de la fraude à la loi. Néanmoins, l'accord ne s'est jamais vraiment fait en doctrine sur la place de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit de lois autonomiste. L'étude des opinions montre en réalité un paradoxe certain entre l'admission de la volonté individuelle et la potentialité d'une fraude à la loi (§ 1). Né de la conception traditionnelle et étreuquée de la notion de fraude à la loi en droit international privé, ce paradoxe peut toutefois être contourné, dans le cadre d'une restructuration des éléments constitutifs de la fraude à la loi, et la théorie de la fraude à la loi conserver un domaine d'application, certes limité, même en présence d'une règle de conflit de lois subjectivement flexible (§ 2).

### § 1 – L'INFLUENCE PARADOXALE DE LA VOLONTE INDIVIDUELLE SUR LA QUALIFICATION DE FRAUDE A LA LOI

**285** — L'influence de la volonté individuelle en droit international privé noue des rapports paradoxaux avec la théorie de la fraude à la loi. Permettre aux sujets de désigner eux-mêmes la loi applicable à leur rapport international peut en effet être considéré soit comme un vecteur de fraude (A), soit comme une absolution de la fraude (B).

#### A. LA VOLONTE INDIVIDUELLE : VECTEUR DE FRAUDE A LA LOI

**286** — La règle de conflit de lois utilise généralement un rattachement objectif tel que le domicile, la nationalité ou le lieu de situation d'un bien. Acte de volonté individuelle, la fraude à la loi ne peut en principe être efficace que si le critère de rattachement dépend, de près ou de loin, de la volonté du sujet. Or, s'ils ne donnent pas directement à ce dernier le droit de choisir la loi applicable, les critères objectifs retenus par la règle de conflit dépendent indirectement de la volonté des individus, puisque le lieu de domicile ou le lieu de situation d'un bien, qu'il soit meuble ou immeuble<sup>1</sup>, dépend d'un acte de volonté individuelle. La nationalité dépend également, dans une certaine mesure, de la volonté individuelle puisque l'acquisition de la nationalité comme sa perte sont rarement imposées par l'État, elles découlent généralement d'un acte de volonté individuelle<sup>2</sup>. À l'inverse, les rattachements naturellement incompatibles avec la volonté individuelle le sont également avec la fraude à la

---

*allemand*, éd. LGDJ, 1996, p. 323 et s. ; M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, thèse dact., Grenoble II, 2000, p. 457 à 528 ; P. DECROUX, *L'autonomie de la volonté et l'ordre public en droit conventionnel marocain*, éd. LGDJ, 1952, p. 45. *Adde* en Allemagne, U. KÖTTERS, *Parteiautonomie und Anknüpfungsmaximen. Ein Vergleich des deutschen und U.S.-amerikanischen internationalen Familien- und Erbrechts*, thèse Francfort, 1989, recension par P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 412 ; en Espagne, J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho Internacional privado*, Grenade, 2000, recension par H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 390 et s.

<sup>1</sup> Si un immeuble ne peut en principe être déplacé, son propriétaire peut choisir à l'origine le lieu de sa localisation, lequel choix peut tout à fait être réalisé à des fins frauduleuses, par exemple si l'achat immobilier est simplement considéré comme un placement financier et non destiné à l'habitation personnelle.

<sup>2</sup> H. FULCHIRON, « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *TCFDIP* 1998-2000, éd. Pedone, 2001, p. 175 et s.

loi. Néanmoins, même à leur égard, la volonté individuelle peut retrouver une certaine influence. Ainsi, les rattachements supposés fixes, comme le lieu de situation d'un immeuble, peuvent également en être le moyen, soit par action sur la nature du bien<sup>1</sup>, soit par le choix roué d'un lieu déterminé<sup>2</sup>. Il en découle presque inéluctablement l'affirmation selon laquelle plus la volonté est appelée à jouer un rôle important dans la détermination de la loi applicable, plus l'éventualité d'une utilisation frauduleuse de la règle de conflit est grande.

**287** — Les liens presque consanguins qui existent entre la fraude à la loi et la volonté individuelle – la seconde étant un élément constitutif de la première – permettent en effet une telle crainte. En exprimant sa volonté, l'individu « s'érige en arbitre entre les législateurs concurrents et fait reconnaître la prédominance de celui qui, pour des raisons personnelles, lui plaît davantage »<sup>3</sup>. En d'autres temps, le reproche de la fraude avait été opposé à la jurisprudence *Bisbal* selon laquelle l'application de la règle de conflit, tout au moins lorsqu'elle conduit à la compétence d'une loi étrangère, est facultative pour le juge<sup>4</sup>. Il en résultait que des étrangers qui, en vertu de la règle de conflit française, relevaient de leur loi nationale, personnelle ou commune, pouvaient indirectement opter pour la loi française, sans qu'il soit besoin d'agir sur la règle de conflit mais seulement en ne revendiquant pas son application. Ainsi les époux Bisbal ont pu divorcer selon la loi française alors que la loi espagnole de leur nationalité commune, normalement compétente en vertu de l'arrêt *Rivière*<sup>5</sup>, prohibait le divorce. Si cette manœuvre ne constituait pas une fraude à la loi au sens du droit international privé, la situation appelait immanquablement l'idée de fraude, au sens large. La réserve de la fraude à la loi est alors conçue comme un moyen de rétablir l'impérativité de la loi éludée et, partant, de la règle de conflit, en empêchant les parties de transformer, par le passage d'une frontière, une matière impérative en un droit disponible<sup>6</sup>.

**288** — Si la potentialité de fraude à la loi naît de l'influence indirecte de la volonté individuelle sur la détermination de la loi applicable, alors « la possibilité théorique de fraude est à son comble »<sup>7</sup> lorsque le rattachement est directement fondé sur la volonté individuelle. Permettre aux parties de choisir la loi applicable à leur rapport de droit leur octroie assurément la possibilité de réaliser leurs desseins en optant pour celle qui correspond le mieux à leurs intérêts. L'option de législation ne serait alors qu'un moyen de donner aux parties la possibilité de réaliser leur dessein, de promouvoir des intérêts purement individuels en faisant de la règle de conflit un instrument à leur convenance, sabotant ainsi le droit international privé<sup>8</sup>. L'autonomie de la volonté est ainsi la simple expression d'un désir alors qu'un désir n'a aucun

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Caron*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER.

<sup>2</sup> Ainsi avant son décès, une personne peut faire échapper à la loi française un immeuble situé en France en le vendant afin d'acheter, par emploi, un immeuble localisé dans un État qui ne prévoit pas de réserve.

<sup>3</sup> P. WIGNY, « La règle de conflit applicable aux contrats », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1933, p. 677, spéc. p. 682.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 810, note SIALELLI ; *D.* 1960, p. 610, note MALAURIE ; *JCP* 1960, II, 11733, note MOTULSKY ; *GADIP* n° 32.

<sup>5</sup> Civ., 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATIFFOL ; *JDI* 1953, p. 860, note PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note BUCHET ; *GADIP* n° 26.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 71 et s.

<sup>7</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 166.

<sup>8</sup> D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, n°s 28 et 29 ; V. HEUZE, « La volonté en droit international privé », *op. cit.*, p. 124 et s. ; M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, *op. cit.*, n° 720.

droit à devenir un droit<sup>1</sup>. Cette recherche est inhérente à un rattachement fondé sur la volonté individuelle, à supposer connues la possibilité de choix et les divergences des législations matérielles en opposition. Puisque les parties peuvent choisir directement la loi applicable, il est certain que l'option sera guidée par leurs intérêts. La règle de conflit basée sur la volonté des parties est de façon inhérente une règle à coloration matérielle qui suppose, par définition, la confrontation substantielle des lois potentiellement éligibles. La crainte d'une utilisation frauduleuse de la loi d'autonomie ou de l'*optio juris*, vient alors à l'esprit. Cette crainte est prégnante en matière contractuelle où le choix n'est pas limité aux lois qui présentent un lien étroit avec le contrat. Elle l'est encore lorsque les parties peuvent écarter la loi normalement applicable par un accord procédural. Elle le demeure si les sujets ne disposent que d'une option entre deux ou plusieurs lois prédéterminées, comme en matière de régime matrimonial ou de succession dans certains États. Mais même dans ce cas, l'option est prédéterminée par des critères de rattachement classiques. Si le domicile est unique, la nationalité est souvent plurale. Dès lors, le choix de la loi nationale est démultiplié par autant de nationalités dont peut se prévaloir le sujet de droit<sup>2</sup>. La tendance est alors de ne pas donner en plus la possibilité de choisir la loi du for, justement pour éviter la fraude aux lois nationales ou du domicile<sup>3</sup>.

**289** — Les craintes émises face à l'influence grandissante de la volonté individuelle sur les conflits de lois ont surtout été invoquées à l'encontre de la *professio juris* dans le domaine des successions testamentaires. Car « si le testateur choisit la loi régissant la validité intrinsèque de ses dispositions testamentaires (...), il dispose unilatéralement des droits d'autrui »<sup>4</sup>. La crainte de l'option réside dans le choix d'une loi qui ne prévoit pas de réserve héréditaire. L'atteinte potentielle à la réserve héréditaire prévue par la loi non choisie est ainsi toujours invoquée à l'encontre de toute admission de la volonté en ce domaine et finalement, en général, en matière de statut personnel. La réserve est en effet inconnue des droits de *Common Law*. Ainsi, un *de cujus* anglais domicilié dans un État qui connaît de la réserve, pourrait choisir sa loi nationale pour le règlement de sa succession, choix qui aura pour conséquence d'exhérer ses héritiers<sup>5</sup>. Cet exemple permet aux anti-autonomistes d'affirmer que « c'est donc l'intérêt des tiers qui ne rend pas recommandable l'admission de l'autonomie de la volonté en matière successorale »<sup>6</sup>. Si le risque est possible, son éventualité n'a pas empêché des États qui connaissent de la réserve de permettre l'*optio juris* sans pour autant protéger les héritiers réservataires. Ainsi la Suisse, où l'admission « de la *professio juris* (...) est d'autant plus exemplaire qu'y est réelle l'ampleur des dispositions impératives, telle que celle instituant la réserve »<sup>7</sup>. Toutefois, la plupart des législations qui l'admettent limitent l'étendue de l'option par la protection des droits successoraux que les héritiers du testateur

<sup>1</sup> M. VILLEY, « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ* 1981, p. 166 et s.

<sup>2</sup> A. VON OVERBECK, « La Convention du 1<sup>er</sup> août 1989 sur la loi applicable aux successions pour cause de mort », *Ann. suisse dr. inter.* 1989, p. 138 et s., spéc. n° 30 ; P. LAGARDE, « La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 159 et s., spéc. note 39.

<sup>3</sup> J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, *op. cit.*, n° 246. *Contra*, v. la proposition du Groupe européen de droit international privé lors de la 13<sup>e</sup> réunion de travail, disponible sur le site [www.drt.ucl.ac.be/gedip](http://www.drt.ucl.ac.be/gedip).

<sup>4</sup> F. RIGAUX, « Commentaire des résolutions adoptées par le 7<sup>e</sup> Congrès de l'Union internationale du notariat latin », *Rev. crit. DIP* 1964, p. 168.

<sup>5</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 806 ; M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, *op. cit.*, n° 381.

<sup>6</sup> M. FERID, *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, *RCADI* 1974-II, t. 142, p. 71 et s., spéc. p. 188.

<sup>7</sup> M. GORE, *op. cit.*, n° 385.

tiennent de leur loi nationale<sup>1</sup>, mais cette protection peut être limitée, ce qui permet de rouvrir la voie de la fraude<sup>2</sup>. À l'inverse, la Suisse ne prévoit pas dans la LDIP la possibilité de dénuer tout effet à la loi désignée en cas d'atteinte à la réserve. Si le projet de 1978 a prévu une telle limite, la LDIP de 1987 a « admis la *professio juris* sans prévoir aucun moyen pour sauvegarder les intérêts des héritiers réservataires »<sup>3</sup>. Cette question est d'autant plus importante que le nombre de lois potentiellement éligibles ne se limite pas toujours à deux. Si certaines législations sont particulièrement restrictives, à l'instar de la loi allemande qui ne permet de choisir que celle-ci<sup>4</sup>, d'autres sont plus ouvertes. La LDIP suisse, si elle ne permet que le choix de la loi nationale en lieu et place de celle de la dernière résidence, vise le « droit de l'un de ses États nationaux » dans son article 90 al. 2. Ainsi, en cas de plurinationalité du *de cuius*, chacune des nationalités pourra être invoquée pour justifier le choix, la seule restriction est qu'il n'ait pas en même temps la nationalité suisse. La Convention de La Haye de 1989, en vertu de l'article 5, permet au *de cuius* de choisir la loi nationale ou de la résidence habituelle qu'il possédait « au moment de la désignation ou au moment du décès ». Dès lors, quatre lois sont théoriquement éligibles<sup>5</sup> : les lois de la nationalité ou de la résidence au moment de la désignation puis au jour du décès. Et si le testateur a plusieurs nationalités, il peut encore choisir la loi de chacun des États dont il est ressortissant<sup>6</sup>.

**290** — Le spectre de la fraude à la loi s'exprime encore dans les formes que doit revêtir l'option de législation. De formes libérales<sup>7</sup> aux plus exigeantes<sup>8</sup>, il ressort que « plus la matière est impérative, et plus les exigences de forme sont contraignantes »<sup>9</sup>. Ainsi les options prévues en matière de statut personnel ou de droit patrimonial de la famille s'expriment en général sous des formes strictes. Par exemple l'article 15.1 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 exige un écrit. En matière de succession, la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 prévoit que le choix du *de cuius* revête la forme d'une disposition à cause de mort. Mais c'est en matière de statut personnel strict que la forme que doit revêtir l'option prend la mesure de l'impérativité de la matière. Ainsi le choix prévu par l'article 311-16 al. 2 du Code civil devra être exprimé devant le juge compétent. À l'étranger, la loi allemande qui permet une option de législation pour les effets du mariage requiert, en vertu de son article 14.4, un acte notarié. La loi espagnole du 15 octobre 1990, à l'article 9 § 2 du Code civil, impose que le

<sup>1</sup> Not. art. 3099 du Code civil du Québec ; CS Montréal, 23 janvier 1980, cité par G. GOLDSTEIN et É. GROFFIER, J.-Cl. comp., v° « Canada (Québec et Provinces anglaises) », fasc. 5, 1996, n° 66.

<sup>2</sup> Not. art. 46 al. 2 de la loi italienne du 31 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 183. En vertu de ce texte, un « sujet étranger peut soumettre sa succession à la loi de l'État où il réside dans le but de déshériter ses enfants : si ce cas est soumis à la décision de nos juges, cette disposition testamentaire sera valable », T. BALLARINO, « Codification du droit international privé italien », *TCFDIP* 1990-1991, p. 95 et s., spéc. p. 102. *Adde* les débats, pp. 115 et 116.

<sup>3</sup> A. BONOMI, « La loi applicable aux successions dans le nouveau droit international privé italien et ses implications dans les relations italo-suisse », *RSDIE* 1996, p. 479 et s., spéc. p. 497.

<sup>4</sup> Art. 25 al. 2 de la loi de 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 178 ; F. STURM, « Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 33 et s., spéc. p. 73.

<sup>5</sup> A. VON OVERBECK, *op. cit.*, n° 27.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 30.

<sup>7</sup> Notamment en matière contractuelle ou délictuelle (par ex. l'art. 132 LDIP et l'art. 6 *in fine* de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité des produits) ou mobilière (par ex. l'art. 10 du décret-loi espagnol du 31 mai 1974, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 397, spéc. p. 411).

<sup>8</sup> Le choix doit être consigné dans un acte public devant l'officier d'état civil, un notaire ou un magistrat selon la nature de la question envisagée.

<sup>9</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, éd. LGDJ, 1996, n° 534.

choix de la loi des effets du mariage soit effectué par les deux époux « dans un document authentique établi avant la célébration du mariage ». L'option de législation proposée par le Groupe européen de droit international privé en matière de dissolution du mariage précise également que le « choix de la loi régissant le divorce doit être formulé de manière expresse devant le tribunal, en présence de l'autorité qui prononce le divorce, ou dans un document établi par un notaire, un officier public ou un avocat, et être signé des deux époux au moment du divorce. »<sup>1</sup>. Seule la loi néerlandaise permet, en son article 1<sup>er</sup> § 4, une option implicite, lorsque l'option exprimée par l'un des époux n'a pas été contestée par l'autre. De même, l'article 91 al. 3 de la LDIP suisse en matière de succession « se contente d'une *professio juris* implicite pourvu qu'elle résulte indubitablement de l'acte »<sup>2</sup>. Il n'en reste pas moins que l'option doit presque systématiquement s'exprimer dans une forme stricte, souvent différente de celle exigée en matière contractuelle<sup>3</sup>. L'exigence d'une forme écrite authentique, stipulée dans les mêmes termes et dans le même acte par toutes les personnes qui bénéficient de l'option peut constituer un puissant frein à une option purement utilitariste dans la mesure où les parties seront informées des tenants et aboutissants de leur choix, au moins lorsque le choix s'exprime devant un notaire ou un juge. Elle éviterait, selon un auteur, « les risques d'une fraude généralisée »<sup>4</sup> par un contrôle *a priori* de la sincérité et des objectifs du choix.

**291** — Le risque de fraude à la loi peut encore apparaître lorsqu'il s'agit de déterminer le moment du choix et surtout sa modification. Par souci « d'économie procédurale », il serait certainement préférable de rendre le choix irrévocable et immuable<sup>5</sup>. Irrévocable en ne permettant pas aux parties de revenir sur leur choix par une nouvelle option de législation ; immuable en déniait tout effet à un changement de l'élément de rattachement ayant permis l'exercice et forgé l'éventail de l'option. Cependant, cette solution n'est pas compatible avec le principe d'autonomie, ni avec l'option de législation. L'incompatibilité entre une alternative originelle et l'immutabilité du choix peut s'expliquer quelle que soit la nature donnée à la règle de conflit optionnelle. En effet, à envisager la possibilité d'élection comme une prérogative fondée sur la liberté individuelle des parties, cette liberté commande à ce que les parties ne soient pas éternellement enfermées dans un choix qu'elles ne souhaiteraient plus, qui ne serait plus en harmonie avec leur sentiment culturel. Si l'option est perçue comme un moyen de concilier nationalité et domicile en faisant de la volonté un facteur de localisation précis du rapport de droit, la mutabilité du choix s'impose pour que la loi applicable soit continuellement l'expression du principe de proximité. À envisager l'option comme un choix substantiel, si le législateur autorise les parties, au moment de la création du rapport de droit, à choisir la loi qui leur est favorable, alors aucune raison ne s'oppose à ce qu'il leur permette de modifier ce choix lorsqu'il ne répond plus aux objectifs que les parties avaient recherchés. En ce sens, la mutabilité de l'option semble nécessaire et la majorité des

---

<sup>1</sup> S. FRANCO, V. PIRONON, « Compte-rendu de la 13<sup>e</sup> réunion de travail du Groupe européen de droit international privé », disponible sur le site [www.drts.ucl.ac.be/gedip](http://www.drts.ucl.ac.be/gedip).

<sup>2</sup> « La codification du droit international privé en Suisse », rapport présenté par G. BROGGINI, *Rev. dr. suisse* 1971, II, p. 245 et s., spéc. p. 310. V. par ex. ATF 125 III 35 ; *RSDIE* 1999, p. 348, obs. BUCHER. Adde B. DUTOIT, « Le droit international privé suisse de la famille et des successions à l'épreuve du temps : dix ans de LDIP », *RSDIE* 2000, p. 279 et s., spéc. p. 294.

<sup>3</sup> V. par ex. l'art. 3 al. 1<sup>er</sup> la Convention de Rome du 19 juin 1980.

<sup>4</sup> A. BORRAS, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 629, à propos de l'article 9 § 2 du Code civil espagnol.

<sup>5</sup> P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, éd. Georg, Genève, 1985, n° 621.

auteurs s'accordent pour le penser<sup>1</sup>. Mais le caractère labile de l'option s'inscrit assurément dans un mouvement utilitariste propice à la fraude à la loi. Si la mutabilité se justifie essentiellement par la nécessité d'adapter le choix originel à l'évolution dans le temps et dans l'espace de la situation des parties, le caractère substantiel du changement de loi est inhérent à sa fonction même. S'il est envisageable que les parties ne se préoccupent pas du contenu matériel des lois en présence lorsqu'elles effectuent leur choix, la comparaison de la loi jusqu'à lors applicable avec le contenu de celle(s) que les parties peuvent désigner est de l'essence même de la mutabilité de l'option. Si en effet la volonté de changement peut être guidée par de simples considérations localisatrices, la mise en œuvre de cette volonté ne se fera qu'après un examen comparé des conséquences matérielles d'une modification au regard de la situation concrète actuelle. Le changement de la loi applicable aux régimes matrimoniaux permettra de prendre conscience des potentialités utilitaristes d'une nouvelle élection de droit.

**292** — Autorisé par l'article 6 de la Convention de La Haye du 14 mars 1978, le changement de loi applicable au régime matrimonial produit des conséquences matérielles que les époux ne peuvent ignorer et qu'ils auront forcément prises en considération. L'exigence de forme imposée par l'article 13, fût-elle souple, appelle l'intervention d'une autorité, le notaire en France, qui pourra évaluer toutes les alternatives. Or, le changement de loi aboutit corrélativement à un changement de régime matrimonial, soit parce que les époux ont, dans le même acte, directement désigné la nature du régime choisi par eux<sup>2</sup>, soit, en l'absence de désignation expresse, lorsque le régime légal de la loi nouvelle est différent de celui prévu par la loi jusqu'alors compétente<sup>3</sup>. Et même lorsque le changement de loi n'aboutit pas à un changement de régime, notamment lorsque le régime légal de chacune des lois – ancienne et nouvelle – est de même type, les règles matérielles applicables ne seront pas forcément identiques dans chaque loi<sup>4</sup>. La possibilité de changer de régime matrimonial par « simple » changement de loi applicable est surtout intéressante à plusieurs points de vue. D'une part, l'article 13 de la Convention exige que le changement de loi soit effectué sous la forme d'une stipulation expresse dans un écrit passé dans les formes des contrats de mariage alors qu'un changement de régime matrimonial, à le supposer permis par la loi applicable au régime, suppose généralement une procédure d'homologation judiciaire. En vertu des articles 6 de la Convention de 1978 et 1397-3 al. 3 du Code civil combinés, les époux peuvent choisir sans homologation judiciaire, même si la loi sous laquelle ils étaient soumis et celle qu'ils choisissent imposent une procédure judiciaire pour le choix d'un régime conventionnel, un régime autre que celui légal. Sans porter attention à l'intérêt financier d'une telle manœuvre, en lui-même non négligeable, elle présente l'avantage d'opérer un changement de régime matrimonial sans contrôle judiciaire, favorisant ainsi la réalisation d'une fraude à la loi à l'endroit d'héritiers ou de tiers<sup>5</sup>. Ensuite, puisque le contrat d'*electio juris* est séparable du contrat de mariage en tant que tel, l'immutabilité du second selon la loi qui le gouverne n'empêche pas les époux de choisir une autre loi, et par voie de conséquence un autre régime,

<sup>1</sup> J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, n° 268 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.*, n° 536 ; F. SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse dact., Paris I, 1995, n° 395 et s.

<sup>2</sup> Art. 1397-3 al. 3 du Code civil issu de la loi du 28 octobre 1997.

<sup>3</sup> G. DROZ, « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 631, spéc. n° 46 et s. La loi du 28 octobre 1997 permet aujourd'hui aux époux de désigner directement le régime sous lequel ils entendent se soumettre, le cas échéant sans procédure d'homologation judiciaire.

<sup>4</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 798 ; Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, *RCADI* 1994-II, t. 246, n° 190.

<sup>5</sup> V. cep. M. REVILLARD, « Premier bilan d'application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *in* Mélanges G. DROZ, Martinus Nijhoff, 1996, p. 369, spéc. p. 380.

faisant fi de l'immutabilité de l'ancien<sup>1</sup>. Enfin, même si la loi applicable autorise la mutabilité du régime de sorte qu'un changement préalable de loi applicable n'apparaisse pas indispensable, ce dernier peut toutefois se révéler utile, le changement de loi ayant un effet rétroactif alors qu'un changement de régime n'a généralement d'effet que pour l'avenir.

**293** — La crainte de la fraude à la loi peut encore se greffer sur la question du conflit mobile : en cas de modification du facteur de rattachement, faut-il maintenir la loi initialement désignée ou au contraire appliquer la loi nouvelle aux effets futurs ? Si l'option de législation est fondée sur le désir de prévision des parties, le conflit dans le temps entre deux ou plusieurs rattachements successifs ne devrait avoir aucune influence sur la loi désignée. Celle-ci doit en théorie demeurer la même tant qu'aucune volonté contraire ne s'est manifestée, encore que les circonstances qui ont permis de déterminer l'étendue de l'option n'existent plus, que ce changement soit fortuit ou volontaire. L'absence d'effet sur la loi choisie est ainsi affirmée en matière de régimes matrimoniaux par le droit commun français<sup>2</sup> et par la Convention de La Haye de 1978<sup>3</sup>. En matière de succession, la Convention de La Haye de 1989, en son article 5.1, règle la question du conflit mobile en l'annihilant. Conforme au droit à la prévisibilité du testateur, cette solution a toutefois été dénoncée comme une prime à la fraude à la loi en permettant au *de cujus* de choisir valablement la loi d'une résidence qu'il sait temporaire ou si le testament a été rédigé alors qu'il était jeune<sup>4</sup>. La convention a toutefois maintenu cette solution mais les États signataires peuvent, en vertu de l'article 24.1 d), protéger les héritiers réservataires d'un testament qui présenterait des liens trop lâches avec la loi choisie. Si donc la désignation de la loi applicable laissée à la volonté individuelle est souvent et à juste titre perçue comme une prime à la fraude à la loi et, de fait, la permet, la théorie et la pratique semblent à l'inverse, paradoxalement, ne pas refléter cette crainte.

## B. LA VOLONTE INDIVIDUELLE OU L'ACQUITTEMENT DE LA FRAUDE A LA LOI

**294** — La réserve de la fraude à la loi réagit à l'encontre d'une utilisation de la volonté individuelle dans un domaine où elle n'était pas permise ; la volonté exploite ainsi les divergences conflictuelles et matérielles des législations en présence. La réserve de la fraude à la loi apparaît alors comme un frein exceptionnel à l'exercice d'une liberté individuelle. La fraude aux droits des tiers comme l'abus de droit sont ainsi une application directe du principe selon lequel chacun est libre d'exercer ses droits de la manière dont il l'entend, sous réserve de ne pas nuire ou de ne pas atteindre la liberté des autres. Le jeu de la réserve de la fraude à la loi peut alors se comprendre dans un système où la liberté individuelle est restreinte, c'est-à-dire, en droit international privé, lorsque la loi applicable ne dépend pas, en théorie, de la volonté des parties. À l'inverse, si la règle de conflit de lois s'en remet directement à cette volonté des parties, le système juridique en question promeut la liberté individuelle de ses sujets. Dans le domaine contractuel, la loi d'autonomie est essentiellement fondée sur des raisons pratiques et économiques plus que philosophiques. Si l'autonomie laissée aux parties est un prolongement de la liberté individuelle<sup>5</sup>, ce fondement répond avant tout à un intérêt pratique et économique

<sup>1</sup> Par ex. Paris, 3 novembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 88, note LAGARDE ; *JDI* 1994, p. 148, note REVILLARD.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1973, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 247, note WIEDERKEHR.

<sup>3</sup> Art. 7 al. 2 de la Convention. Comp. avec l'art. 55 de la LDIP.

<sup>4</sup> P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *op. cit.*, n° 18.

<sup>5</sup> E. JAYME, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé post-moderne*, *RCADI* 1995, t. 251, p. 9 et s., spéc. p. 54 et s., p. 147 et s. ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un*

lié au commerce international. Il ne s'agit pas seulement de prolonger une liberté individuelle, au sens philosophique du terme. Toute autre est la justification de l'influence de la volonté individuelle en matière de statut personnel. Loin de répondre à des préoccupations purement économiques, l'option de législation répond ici, essentiellement, à deux objectifs : promouvoir la liberté individuelle et valoriser le sentiment d'appartenance sociale des personnes<sup>1</sup>. Si le rattachement à la loi nationale tend à donner à la règle de conflit une vocation récongnitive en conférant « un effet juridique à l'appartenance de l'individu »<sup>2</sup>, le rattachement par le domicile tend au contraire à intégrer l'étranger dans son milieu d'accueil<sup>3</sup>. Les deux vocations de la règle de conflit sont contradictoires : le rattachement au domicile dénie l'identité culturelle et personnelle de l'individu<sup>4</sup> alors que la nationalité l'enferme dans un statut personnel peut-être non effectif<sup>5</sup>. L'exclusivisme qui s'attache au rattachement unique est alors insuffisant lorsque la règle de conflit veut promouvoir le sentiment d'identité, soit en privilégiant l'aspect endogène du sentiment d'appartenance, soit en favorisant son expression exogène. Dès lors, « la règle de conflit ne saurait se donner pour objectif d'être exclusivement intégrative ou récongnitive : elle doit être tantôt l'une, tantôt l'autre. C'est dire que sa vocation est double »<sup>6</sup>.

**295** — En opposant ces deux vocations de la règle de conflit à la fraude à la loi, celle-ci peut être exacerbée lorsque justement celle-là impose une loi à un sujet de droit. S'il en préfère une autre, ce dernier doit alors recourir à des moyens détournés, potentiellement frauduleux, pour revendiquer indirectement un statut que la règle de conflit lui refuse directement. Les exemples de fraude en jurisprudence peuvent en effet s'interpréter comme un refus de se reconnaître dans la loi que la règle de conflit désigne, particulièrement en ce qui concerne les répudiations étrangères. En ce sens, l'option de législation permettrait de réduire la fraude à la loi, non pas complètement, mais de façon substantielle aux lois qui ne peuvent être choisies par le biais de l'option. Dans un sens identique, « l'admission des options peut considérablement diminuer les hypothèses de fraude (...) peut-être justement parce que ces options représentent une officialisation »<sup>7</sup>. Ainsi, donner à des époux musulmans domiciliés en France une option entre la loi de leur nationalité commune et celle de leur domicile, pour prononcer devant le juge français la dissolution de leur mariage, permettrait à ce dernier de contrôler directement la loyauté du choix de loi et éviter ainsi que le contrôle ne s'effectue en aval. Dans cette perspective, il est fort peu probable que le juge français relève une quelconque fraude à la loi, non pas en raison d'une incompatibilité de cette notion avec la loi d'autonomie, mais simplement parce le droit d'option incite le juge à donner plein effet à ce choix, sous réserve des principes fondamentaux défendus par la loi du for.

**296** — Loin de réserver l'usage de la volonté individuelle à la limite de la fraude à la loi, la pratique semble ainsi laisser produire à la déclaration de volonté la plénitude de ses

---

*concept*, Paris II, 1980 ; D. TERRE-FORNACCIARI, « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. mor. pol.* 1995, p. 255 et s.

<sup>1</sup> D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de droit de la famille*, op. cit., n° 479.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 446.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 455 et s.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 466 et s. Adde S. JAHEL, « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *RIDC* 1994, p. 31 et s., spéc. p. 36 ; P. GANNAGE, « Droit intercommunautaire et droit international privé. (À propos de l'évolution du droit libanais face aux droits proche-orientaux) », *JDI* 1983, p. 479, spéc. n° 15 p. 490.

<sup>5</sup> D. GUTMANN, op. cit., n° 474.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 475.

<sup>7</sup> Th. VIGNAL, *La part de volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, op. cit., n° 516.

effets. En matière de successions internationales, une juridiction suisse s'est prononcée sur le schéma type dénoncé par les anti-autonomistes. Dans cette affaire, un *de cuius* anglais avait choisi sa loi nationale pour régir sa succession, privant ainsi sa fille issue d'un premier mariage, ressortissante suisse et domiciliée en Suisse, de sa part héréditaire prévue par la loi suisse compétente à défaut de choix, au profit de sa seconde épouse. Toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas hésité à donner plein effet au choix de la loi anglaise en refusant de qualifier la réserve successorale suisse comme d'ordre public international<sup>1</sup>. Si la solution peut paraître contestable, elle s'inscrit dans une reconnaissance du choix de loi qui n'est pas seulement limité à la quotité disponible de la loi objectivement applicable. En ce sens, même lorsque le risque existe d'une utilisation malveillante de la liberté offerte à une partie, c'est-à-dire lorsque existe une différence de droit matériel assez importante pour attiser l'utilitarisme de la volonté, la jurisprudence refuse ici de remettre en cause l'option, alors même que le choix de la loi anglaise ne se justifie qu'en raison de sa divergence matérielle avec la loi suisse. Sous-jacente de l'option de lois, la liberté individuelle explique cette réticence du juge à sanctionner un choix directement offert par la règle de conflit<sup>2</sup>. Dire que la réserve héréditaire suisse est d'ordre public international c'est priver l'option de législation de son principal, voire son seul, intérêt. Car même en l'absence de choix, la loi objectivement désignée aurait certainement permis de gratifier une autre personne sur la quotité disponible. L'option de législation limitée par une loi de police ou l'ordre public quant à la réserve héréditaire ne ferait que dépecer inutilement la succession internationale, alors que la finalité de l'option est justement d'éviter un tel dépeçage<sup>3</sup>. La réserve de la fraude à la loi aurait le même effet et s'analyserait comme une atteinte à la liberté individuelle du *de cuius*. Il serait alors contradictoire d'autoriser le testateur à exhériter ses héritiers pour ensuite le lui reprocher. Dans ce cas de figure, lui permettre de choisir la loi applicable à sa succession doit conduire, presque inéluctablement, à ne pas limiter l'étendue de l'option sous peine de lui dénier tout intérêt et donc toute raison d'être. Plus généralement, c'est dans tous les domaines régis par la volonté individuelle que la fraude à la loi sera en principe tolérée. Ainsi, en « matière contractuelle, la difficulté provient de l'opposition apparente entre la notion de fraude (...) et la liberté des parties de choisir la loi qu'elles souhaitent appliquer à leur rapport contractuel »<sup>4</sup>. En ce sens, « aucune considération décisive ne peut être attribuée aux raisons, pour ainsi dire, subjectives qui amènent dans le cas concret les parties à user de leur autonomie, ou à déclarer applicable une loi et non une autre »<sup>5</sup>. Dans la mesure où de nombreuses divergences subsistent en matière de successions, peu de pays admettent l'option de législation en ce domaine, peut-être afin que la fraude à la loi ne puisse « s'abriter sous l'autorisation sanctificatrice de l'autonomie de la volonté »<sup>6</sup>.

297 — Si les divergences incitent les États à ne pas admettre trop largement la volonté des parties par crainte d'une utilisation frauduleuse de l'option ainsi offerte, la convergence des droits matériels permet à l'inverse l'accroissement de la volonté individuelle. Dans le cadre de la conférence de La Haye ou de l'Union européenne, la convergence des

<sup>1</sup> ATF 102 II 136, *Ann. suisse dr. inter.* 1977, p. 338, obs. LALIVE.

<sup>2</sup> J. THORENS, « Les droits des héritiers dans une succession soumise au droit suisse et le family trust de Common Law créé de son vivant par le de cuius. Une rencontre difficile », in *Mél. Cl. REYMOND*, éd. Litec, 2004, p. 317 et s.

<sup>3</sup> Sur cette question, v. P. LAGARDE, « Le « dépeçage » dans le droit international privé des contrats », *Riv. dir. inter. pr. proc.* 1975, p. 649 et s.

<sup>4</sup> Sentence du CCI n° 6773, 1992, *Bull. CIA/CCI*, mai 1995, p. 66.

<sup>5</sup> P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, op. cit., n° 61.

<sup>6</sup> J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit*, *Mél. F. TERRE*, éd. Puf, Dalloz, *Juris-Classeur*, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 442.

droits matériels des différents États membres permet l'évolution du droit international privé vers une plus grande liberté laissée aux parties. Cette convergence est perceptible dans le droit de la famille des États européens. Elle permet l'élaboration et l'adoption de la Convention européenne de Bruxelles 2 du 28 mai 1998, devenu le Règlement (CE) du 29 mai 2000, lui-même remplacé par le Règlement (CE) du 27 novembre 2003 dit de Bruxelles 2 *bis*. À l'inverse, l'exclusion du droit de la famille dans la convention de Bruxelles 1 fut justifiée par cette absence de convergence<sup>1</sup>. En ce sens, la volonté individuelle est appelée à intervenir dans des matières où la fraude à la loi n'a guère d'intérêt. Si les divergences matérielles entre les lois potentiellement éligibles incitent au choix orienté de la plus favorable, l'absence de divergence peut être considérée comme une non-éventualité de fraude à la loi. Un jugement belge est en ce sens révélateur puisqu'il évalue la probabilité d'une fraude à la loi en comparant les lois matérielles en conflit. Les juges estiment que « l'examen de la législation dominicaine ne relève aucune règle qui permettrait de supposer, qu'en s'y soumettant par le biais d'une élection de domicile artificielle, la partie demanderesse aurait entendu commettre une fraude quelconque à la loi »<sup>2</sup>. Les convergences matérielles des lois potentiellement éligibles annihilent fortement l'attrait utilitariste de l'option. La fraude à la loi, comme l'option de législation, n'est intéressante qu'en présence de lois dont les différences matérielles sont assez marquées. Or, c'est cette convergence des règles matérielles qui induit le développement de l'option de législation dans le domaine du statut personnel. Dès lors, l'accroissement du domaine de la volonté individuelle en matière de conflit de lois s'accompagne corrélativement d'une diminution de l'opportunité de la fraude à la loi. Le constat précédent, selon lequel la possibilité de fraude à la loi est à son comble chaque fois que la volonté individuelle joue un rôle important dans la désignation du droit applicable, semble alors s'inverser.

**298** — Ainsi, pour reprendre l'exemple de la réserve héréditaire et du choix du droit anglais, le constat est celui que la crainte soulevée par la *professio juris* permettant au testateur d'exhérer ses proches « est tout à fait exagérée. Il faut tout de même admettre qu'une bonne partie de la planète vit sous l'empire de règles qui ignorent la réserve héréditaire sans pour autant que règne au sein des familles arbitraire, captation, inégalité, égoïsme ou ingratitude ! L'expérience montre au contraire que, dans la pratique successorale anglo-américaine où l'on dispose d'une grande liberté de tester, les chefs de famille prennent le plus grand soin d'organiser leur succession d'une manière juste, équitable et souvent mieux adaptée aux besoins que ne le permettrait la rigidité des règles impératives d'Europe continentale »<sup>3</sup>. À supposer cette pratique démentie, l'absence de réserve héréditaire en droit anglais doit être relativisée par la protection judiciaire ou contractuelle qui peut bénéficier aux héritiers<sup>4</sup>.

**299** — Plus généralement, là où la loi d'autonomie est admise de longue date, il apparaît que la crainte de la fraude à la loi est essentiellement fantasmagorique, « l'expérience indiquant que le principe de libre choix est rarement utilisé à des fins frauduleuses »<sup>5</sup>, notamment en matière de contrat où la liberté de choix est totale. D'autant qu'en ce domaine, si

<sup>1</sup> A. BORRAS, « Rapport explicatif », *JOCE* C221 du 16 juillet 1998, p. 27 et s., n° 4.

<sup>2</sup> Civ. Bruxelles, 24 mai 1988, *RTD fam.* 1990, p. 382.

<sup>3</sup> G. DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, *op. cit.*, n° 251.

<sup>4</sup> B. DUTOIT, « L'ordre public : caméléon du droit international privé ? Un survol de la jurisprudence suisse », in Mél. G. FLATTET, éd. Payot, Lausanne, 1985, p. 455 et s., spéc. p. 463. Sur cette limite à la liberté de tester, v. L. N. BROWN, C.A. WESTON, J.-Cl. comp., v° « Grande-Bretagne », 1997, fasc. 2, n° 34 et s.

<sup>5</sup> B. AUDIT, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, *op. cit.*, p. 291 ; Rép. inter. Dalloz, 1998, v° « Vente », n° 33.

la fraude à la loi peut être soupçonnée, elle est tempérée par l'opposition des intérêts des parties qui réduit inévitablement les risques de collusion frauduleuse<sup>1</sup>. Le constat est le même en matière de régimes matrimoniaux. Si la jurisprudence française admettait une autonomie illimitée<sup>2</sup>, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 restreint la liberté de choix à des lois qui ont un lien objectif avec les époux. Cet encadrement de l'option est présenté comme un moyen de limiter les abus puisqu'une autonomie complète, avec faculté de dépeçage, permet assurément toutes les combinaisons utilitaristes. Pourtant, la pratique montre qu'il « n'est pas d'exemple en jurisprudence ou dans la pratique notariale recensée par les CRIDON de choix complètement arbitraire de loi n'ayant aucun rapport avec l'un ou l'autre époux »<sup>3</sup>, alors même que le choix de loi pouvait être limité en raison de l'abus qui consistait à opter pour une loi qui n'aurait aucun lien avec les époux dans le seul but de nuire aux intérêts d'un tiers<sup>4</sup>.

**300** — Dans toutes ces hypothèses, il semble que la notion de fraude à la loi trouve difficilement sa place dans les matières gouvernées par une règle de conflit autonomiste alors même qu'elle aurait pu y jouer un rôle majeur. De fait, la jurisprudence sur ces rapports de la fraude avec la loi d'autonomie est pratiquement inexistante. Enfin et de manière générale, de deux choses l'une : ou bien la règle de conflit autonomiste restreint le domaine de la loi d'autonomie aux lois de police et/ou à l'ordre public international, auquel cas la réserve de la fraude à la loi n'aura *a priori* aucun rôle propre à jouer ; ou bien aucune limite n'est posée, alors il convient de donner toute sa plénitude au contrat d'*electio juris*. Ainsi, dans le domaine des successions : ou bien le système de droit international privé qui admet la *professio juris* pose la limite de la réserve héréditaire et dans ce cas le choix de loi ne peut porter, comme en droit interne, que sur la quotité disponible ; ou bien aucune limite objective n'est posée et *a priori* le choix ne peut être contesté sous peine d'en nier l'existence. Toutefois, cette dernière remarque est à nuancer car il devrait toujours être possible de contrecarrer le choix de la loi par le recours aux principes généraux tels que l'abus de droit, principes qui n'ont pas besoin d'être prévus par la règle de conflit pour être mis en œuvre<sup>5</sup>. Dans les deux cas, l'objection principale tient au fait que la volonté d'un côté offerte est immédiatement retirée sur ce qu'elle peut présenter d'avantageux. Néanmoins, ces critiques sont sans fondement, la volonté des parties n'ayant jamais été accordée sans limites. Celles-ci peuvent répondre à des intérêts divers, en l'espèce ceux des tiers et celui de la moralité des actes, et illustrent que la possibilité de choix offerte à une personne n'est pas discrétionnaire : l'option de législation ne peut produire ses effets que si les conditions de sa validité sont remplies, que si la règle de conflit de lois qui la permet l'agrée. Si ces limites atteignent directement l'étendue de l'influence de la volonté, elles n'en atteignent toutefois pas le principe. Il convient d'admettre toutefois que leur rôle devrait demeurer faible. Allant plus loin, il apparaît que la théorie de la fraude à la loi est, mais dans une certaine mesure seulement, incompatible avec la loi d'autonomie.

<sup>1</sup> B. AUDIT, « Fraude à la loi », J.-Cl. inter., *op. cit.*, n° 44.

<sup>2</sup> Civ., 11 juillet 1855, *D.P.* 1856, 1, 9 ; *S.* 1855, 1, 699 ; – Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156, note BOULANGER ; *D.* 1996, *somm.*, p. 174, obs. AUDIT.

<sup>3</sup> G. DROZ, Rép. inter. Dalloz, 1998, v° « Régimes matrimoniaux », n° 32. *Adde*, du même auteur, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 76 et s., spéc. p. 87.

<sup>4</sup> V. par ex. T. civ. de Colmar, 12 juin 1951, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 313, note LOUSSOUARN ; – TGI Paris, 25 janvier 1967, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 563.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 315 et s.

## § 2 – LE DOMAINE LIMITE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI EN PRESENCE D’UNE REGLE DE CONFLIT DE LOIS SUBJECTIVEMENT FLEXIBLE

**301** — En prélude à sa rénovation<sup>1</sup>, les rapports entre la règle de conflit de lois subjectivement flexible et la notion de fraude à la loi montrent que cette dernière trouve un terrain d’application dans les seuls cas où les parties créent artificiellement la possibilité d’un contrat d’*electio juris* (A). Néanmoins l’hypothèse inverse d’exploitation d’un contrat d’*electio juris*, si elle est incompatible avec la théorie de la fraude à la loi, ne doit pas cependant rester sans limite, au risque de consacrer un droit discrétionnaire. À cet égard, il apparaît possible de recourir à la réserve de l’abus de droit (B).

### A. LA FRAUDE A LA LOI COMME LIMITE A LA CREATION ARTIFICIELLE DU CONTRAT D’ELECTIO JURIS

**302** — Admettre une certaine influence de la volonté des sujets en droit international privé doit nécessairement conduire à en déterminer les limites. Trois sont généralement retenues : l’internationalité de la situation ; les lois d’application immédiate et l’ordre public international. La condition d’absence de fraude à la loi n’est jamais prévue, par les conventions ou les législations de droit international privé, tout au moins directement. Il apparaît alors que la loi d’autonomie exclut directement la fraude à la loi. Ainsi, en ce qui concerne la nouvelle loi de droit international privé russe, les commentateurs écrivent que la « place attribuée par le nouveau code (...) au principe d’autonomie de la volonté explique le refus d’introduire dans le droit international privé russe la catégorie de la fraude à la loi »<sup>2</sup>. La limite de la fraude à la loi n’est pas non plus envisagée par les textes qui permettent une option de législation en matière de nom, de régimes matrimoniaux ou de successions. Toutefois, de rares exceptions admettent la limite de la fraude à la loi spécialement en matière contractuelle. Ainsi, la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d’un intermédiaire prévoit la réserve de la « fraude aux droits des tiers »<sup>3</sup>, même si ce n’est pas une fraude à la loi au sens du droit international privé. De même, la Convention de La Haye du 15 avril 1958 prévoit, en son article 5, les conditions de reconnaissance des jugements, parmi lesquelles figure l’absence de fraude dont le juge étranger n’a pas été appelé à connaître. Si cette hypothèse concerne la fraude à la loi lors de la reconnaissance des jugements, il est admis qu’elle n’est rien d’autre qu’une fraude à la loi classique<sup>4</sup>. De plus, les systèmes codifiés qui réservent, de manière générale, la fraude à la loi, n’excluent pas son intervention dans les matières ouvertes à la volonté individuelle des parties<sup>5</sup>.

**303** — Toujours est-il que, dans l’ensemble, la fraude à la loi ne figure pas parmi les exceptions au libre choix de loi des parties. Mais elle demeure néanmoins présente en arrière plan. En effet, si les trois limites précitées ont une individualité et une utilité propres, elles sont souvent révélatrices d’une volonté de lutte contre une utilisation frauduleuse de l’opportunité

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 325 et s.

<sup>2</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, « La loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie », *op. cit.*, p. 199.

<sup>3</sup> Art. 8, 2 a). Le texte de la convention est disponible sur le site de la Conférence de La Haye : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>4</sup> P. MAYER, V. HEUZÉ, n° 391.

<sup>5</sup> Par ex. la loi tunisienne de droit international privé du 27 novembre 1998, art. 30, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 386, ou le Code belge de droit international privé, art. 18, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 157.

qui est ainsi offerte aux parties d'échapper à des dispositions gênantes pour se diriger vers des législations plus favorables. Ainsi, lorsque la Convention de Rome du 19 juin 1980 dispose, dans son article 1, que la présente convention s'applique aux « situations comportant un conflit de lois » – lequel conflit de lois ne peut, en vertu de l'article 3 § 3, s'il ne résulte que du choix d'une loi étrangère et éventuellement d'un for étranger, alors que « tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays », porter atteinte aux dispositions impératives de ce pays –, l'objectif est de prévenir implicitement l'hypothèse d'une internationalisation frauduleuse du contrat<sup>1</sup>. La limite de l'ordre public permet également d'atteindre la fraude à la loi<sup>2</sup>, mais seulement celle qui s'opère au détriment de la loi du for<sup>3</sup>. Dans le même sens, la limite des lois d'application immédiate atteint l'objectif principal, sinon exclusif, de la fraude à la loi puisque l'internationalisation du contrat ou le choix d'une loi sans lien avec ce dernier ne peut faire échec aux dispositions que les parties tentent d'évincer<sup>4</sup>.

**304** — Cette dernière constatation est l'un des arguments des auteurs qui considèrent que la théorie de la fraude à la loi est incompatible avec un système de conflit de lois basé sur l'autonomie de la volonté des parties<sup>5</sup>. L'incompatibilité tient ici plus de l'inutilité de la réserve de la fraude en raison de son caractère subsidiaire. Il n'est pas rare en effet que les juges sanctionnent directement une fraude à la loi par le biais de ces concepts objectifs<sup>6</sup>. Mais l'argument essentiel et *a priori* irréfutable du rejet de la théorie de la fraude à la loi, lorsque les parties désignent elles-mêmes la loi qui régira leur contrat, provient de la définition traditionnelle de la fraude à la loi de droit international privé.

**305** — Pour être constituée, celle-ci nécessite la démonstration que la loi normalement applicable a été éludée par une autre loi moins compétente. Or, si les parties peuvent elles-mêmes désigner la loi applicable à leur contrat, elles ne peuvent commettre de fraude à la loi car quelle serait alors la loi normalement applicable dans la mesure où le choix peut porter sur une loi n'ayant aucun lien objectif avec le rapport de droit en cause ? La réserve de la fraude à la loi serait ici sans objet : « il n'y a pas de fraude possible parce qu'il n'y a pas

<sup>1</sup> En ce sens, v. not. M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in *La loyauté*, Mélanges É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165 et s., spéc. p. 169. Une limite semblable se retrouve à l'art. 1210 5° du Code civil de la Fédération de Russie, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 188.

<sup>2</sup> F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, éd. Dalloz, 1973, n° 315, p. 252.

<sup>3</sup> J. FOYER, « L'avant projet de Convention C.E.E. », *Rev. crit. DIP* 1976, n° 66, p. 582. Sur l'ensemble de la question des rapports entre les exceptions d'ordre public et de fraude à la loi, cf. *supra* n° 224 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 210 et s.

<sup>5</sup> J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, éd. Economica, 1983, n° 387 et s. ; F. DEBY-GERARD, *op. cit.*, loc. cit. ; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, éd. LGDJ, 1993, n° 457 et s. ; P. M. PATOCCHI, *L'autonomie de la volonté en tant que règle de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1980, n° 248 ; J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, p. 254 et s. ; P. ARMINJON, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 411 et s. ; *Précis de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1947, n° 138, p. 275 ; P. WIGNY, « La règle de conflit applicable aux contrats », *op. cit.*, p. 702 ; A. BUCHER, *Droit international privé*, *op. cit.*, t. I/2, n° 196 ; A. CURTI GIALDINO, *La volonté des parties en droit international privé*, *RCADI* 1972-III, t. 137, p. 743 et s., spéc. n° 138 ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, éd. Joly, 1990, n° 252 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 27 ; L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, éd. Bruylant, 2001, n° 252. Dubitatif, mais d'un point de vue général vis-à-vis de l'ensemble de la théorie de la fraude à la loi, J. AUBRY, « Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé », *JDI* 1896, p. 465 et s., p. 721 et s., spéc. p. 724 et s.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 1988, *D.* 1989, p. 577, note ROBERT ; – Soc., 9 décembre 1960, *JCP* 1961, II, 12029, note SIMON-DEPITRE.

de « loi prédestinée » à régir un contrat international »<sup>1</sup>, il n'y a pas de loi *normalement* applicable. Le choix peut en effet s'opérer « de manière inconditionnelle »<sup>2</sup> puisque « la localisation de fait n'est elle-même soumise à aucune norme et donc à aucune limite »<sup>3</sup>. Le concept de la fraude à la loi est ici incompatible avec la loi d'autonomie en raison de l'absence d'élément légal : il n'y a pas de loi éludée. Il serait ainsi contraire à la liberté proclamée des parties de choisir leur loi applicable, même une loi sans aucun lien avec leur contrat, que de leur reprocher après coup l'exercice de cette liberté. Ce « serait proprement absurde de relever dans ce domaine l'intention d'éluder une loi qui n'aurait précisément d'autre vocation à s'appliquer que celle qu'elle tiendrait du libre choix des parties »<sup>4</sup>. C'est en ce sens qu'a statué la Cour de cassation lorsqu'elle a considéré que « s'il appartient aux juges du fait de rechercher l'intention des parties et de déterminer le sens et la portée des conventions, ce pouvoir ne saurait aller jusqu'à refuser de les appliquer lorsqu'elles sont claires et précises »<sup>5</sup>.

**306** — Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, rendu à propos d'une demande d'exequatur d'un jugement nord-américain ayant condamné une société française à verser près de deux millions de dollars à son ancien dirigeant salarié de la filiale américaine, la fraude à la loi fut invoquée par la société à l'encontre du dirigeant en raison de la méconnaissance par le jugement de l'autorité de la chose jugée attachée à une sentence arbitrale qui aurait accordé au dirigeant ce que les arbitres lui auraient refusé. Les juges français, considérant que « la fraude à la loi vise à éluder l'application de la loi normalement désignée par la règle française de conflit, que les accords contractuels conclus entre les parties désignant le droit de l'État de New York dans le contrat de travail, le droit de l'État du Delaware dans le pacte d'actionnaires, et l'incompétence de la loi appliquée par le Tribunal américain n'étant ni prétendue, ni démontrée », jugèrent que « le grief de la société (...) manque de pertinence et ne peut aboutir à un refus d'efficacité du jugement »<sup>6</sup>. Dans cette affaire où l'internationalité des contrats était réelle, la fraude à la loi n'a pu valablement être opposée à la désignation subjective du droit applicable à chacun de ces actes. Contester le choix des parties au prétexte de la fraude à la loi remettrait donc en cause le principe même de l'autonomie de la volonté dont elles jouissent, dans la mesure où la recherche de la fraude réintroduirait une appréciation objective de la localisation du contrat. En définitive, à défaut de pouvoir démontrer une fraude à la loi dans le choix d'une loi lorsque celui-ci relève de la volonté des parties, la seule limite ne peut se trouver que dans les dispositions impératives du for ou étrangères.

**307** — Mais si la plupart des textes qui ouvrent à l'autonomie de la volonté des parties le soin de déterminer la loi applicable à leur rapport de droit posent une telle limite, celle-ci ne peut remettre en cause le choix de la loi que dans la mesure où la situation présente un lien avec le territoire qui entend appliquer impérativement certaines de ses dispositions<sup>7</sup>. Il s'ensuit que le reproche fait à la réserve de la fraude à la loi « d'objectiviser » la règle de conflit contractuelle peut être réitéré à l'endroit de la limite des lois d'application immédiate

<sup>1</sup> H. BATIFFOL, « Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats », in Mél. J. MAURY, t. 1, 1960, p. 39 et s., spéc. p. 55, relatant – seulement – la pensée de RABEL, seul subjectiviste qui refusait la réserve de la fraude à la loi dans le choix des parties.

<sup>2</sup> A. KASSIS, *op. cit.*, n° 459.

<sup>3</sup> J.-M. JACQUET, *op. cit.*, n° 396.

<sup>4</sup> F. RIGAUD, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, éd. Sirey, 1958, n° 41.

<sup>5</sup> Civ., 21 janvier 1931, *JDI* 1932, p. 93.

<sup>6</sup> Paris, 24 octobre 2002, *Juris-Data* n° 2002-203984.

<sup>7</sup> B. AUDIT, n° 116 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 120 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 132 ; H. GAUDEMET-TALLON, J.-Cl. Europe, v° « Convention de Rome », fasc. 3201, n° 91.

puisque le juge, avant de donner plein effet au choix des parties, devra rechercher, pour chaque système auprès duquel le contrat présente un lien étroit, si une loi impérative a vocation à s'appliquer. Ainsi, il apparaît que la volonté des parties dans le choix de la loi applicable n'a qu'un rôle subsidiaire : le choix n'est efficace qu'à défaut de loi d'application immédiate du for ou étrangère. D'autant que leur absence ne garantit pas la pérennité du choix : celui-ci peut encore être remis en cause au stade de l'application de la loi choisie par le jeu de l'exception d'ordre public. Ici également, le juge devra rattacher objectivement le contrat à un territoire donné – celui du for – au vu des éléments objectifs du contrat, ceux-là mêmes qui sont par hypothèse indépendants de la volonté des parties. En ce sens, les lois de police sont une atteinte fondamentale au principe même de la loi d'autonomie car en « présence d'une telle disposition, il ne reste rien de la prétendue autonomie de la volonté »<sup>1</sup>. La possibilité de choix n'aurait aucun sens puisque « habiliter le testateur à faire le choix d'institutions ou de législations autres que celles prévues par la loi successorale, mais à condition qu'il reste dans la limite des dispositions impératives de cette dernière, revient en fait à ne lui offrir qu'un champ d'action restreint »<sup>2</sup>. Toutefois, l'étendue du contrôle exercé par le juge semble fortement atténuée par l'ampleur de la tâche. S'il est vrai qu'il n'est pas possible d'épargner « au juge la peine d'examiner toutes les législations entrant en ligne de compte en vue d'établir s'il n'existe pas ici ou là une disposition impérative qu'il est tenu d'appliquer »<sup>3</sup>, la possibilité d'un tel contrôle est tributaire du nombre de systèmes juridiques auprès desquels la situation se rattache. Si ce nombre est trop important, il est tentant de croire que ce contrôle ne s'exercera pas, ou de manière imparfaite, ce qui revient au même. Le jeu de l'exception d'ordre public aurait le même effet dans la mesure où le développement de l'autonomie de la volonté en droit international privé de la famille risque d'accroître le recours à ce mécanisme<sup>4</sup>. En tout état de cause, le constat est celui que la volonté individuelle n'est pas illimitée : elle peut être quantitativement restreinte à un éventail plus ou moins étendu de lois ; elle peut encore être limitée par les lois d'ordre public. Le jeu de la volonté individuelle est donc en toute hypothèse conditionné par des limites qui lui sont extérieures.

**308** — En ce sens, la possibilité de restreindre l'exercice de la volonté individuelle à sa probité morale ne peut être absolument exclue. D'autant que la limite de la fraude à la loi ne semble pas avoir la même portée sur le principe d'autonomie que celle des lois impératives et de l'exception d'ordre public. Si elle remet en cause le choix de loi lorsqu'une manœuvre frauduleuse est caractérisée, cette limite ne le restreint pas, elle en garantit la réalité et la loyauté. La réserve de la fraude à la loi est ainsi majoritairement admise par la doctrine<sup>5</sup>. Elle a

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 480. Dans le même sens, H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 85.

<sup>2</sup> M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, *op. cit.*, n° 382.

<sup>3</sup> K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579 et s ; 1958, p. 53 et s., spéc. p. 74.

<sup>4</sup> J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, éd. Economica 1986, n° 200.

<sup>5</sup> La très grande majorité des auteurs soutient en effet la compatibilité de l'autonomie de la volonté avec la fraude à la loi : B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 166 et s., n° 470 et s. ; *Droit international privé*, n°s 169, 233 et 794 ; « Fraude à la loi », *J.-Cl. dr. inter.*, *op. cit.*, n° 42 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 700 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n°s 575 et 740 (comp. n° 371) ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 266 ; Ph. FRANCESKAKIS, *Rép. inter. Dalloz*, 1<sup>re</sup> éd., 1968, v° « Fraude à la loi », n° 57 et s. ; H. FULCHIRON, « La séparation du couple en droit international privé », in *Actualité du droit international privé de la famille*, *LPA* 2001, n° 62, p. 4 et s., spéc. p. 14 (comme limite à la *professio juris* en matière de succession) ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 48 et P. M. PATOCCHI, *L'autonomie de la volonté en tant que règle de rattachement à caractère substantiel*, *op. cit.*, n° 249 (seulement pour l'hypothèse d'une internationalisation artificielle du contrat) ; J.-G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé

plusieurs fois reçu application devant des juges étrangers<sup>1</sup> mais elle reste controversée devant le juge français<sup>2</sup>. Alors qu'ils sont souvent présentés comme tels, ces arrêts français ne sont

---

québécois », *op. cit.*, p. 22 ; « Principes généraux de droit international privé », in *Problèmes de droit contemporain*, Mél. L. BAUDOIN, éd. Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 237 et s., spéc. p. 299 (limite de la fraude fondée sur l'ancien et obscur article 8 du Code civil québécois qui consacrait l'autonomie contractuelle « à moins qu'il n'y ait quelque loi à ce contraire ») ; *Droit international privé québécois*, éd. Butterworths, 1980, p. 108 (l'auteur semble toutefois se contredire sur ce point puisqu'il écrit plus avant que la fraude à la loi ne peut se concevoir lorsque la loi éludée est facultative, et illustre son propos avec la loi d'autonomie contractuelle notamment, p. 98) ; F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd. Larcier, 1987, n° 544 (v. cep. du même auteur, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, n°s 41 et 42 où il adopte une position plus restrictive en admettant seulement l'intervention de la réserve de la fraude à la loi si le contrat ne présente aucun élément d'extranéité) ; M.-L. NIBOYET, « Contrats internationaux », *J.-Cl. inter.*, fasc. 552-30, 1998, n° 37 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Rép. inter. Dalloz*, v° « Obligations », 1998, n° 114 et s., n° 123 ; J. M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd. Litec, 2000, n° 124 ; J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 50 et s. et p. 255 et s. (seulement lorsqu'il s'agit de jouer sur un lien objectif du contrat qui permet d'éluder une loi déterminée ou un éventail de lois, car cet auteur est dans l'ensemble contre cette compatibilité) ; F. LAURENT, *Droit civil international*, éd. Bruylant, 1880, t. VIII, p. 307 ; F. SURVILLE et F. ARTHUYS, *Cours élémentaire de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. L.N.D.J., 1910, n° 252 ; H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 278 et s. qui considère toutefois le recours à la notion de fraude superflu ; A. LIGEROUPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, *op. cit.*, p. 174 et s. ; A. LIGEROUPOULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 127 ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 262 et s. ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, *op. cit.*, p. 159 ; P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. DIP* 1962, p. 1 et s., spéc. n° 14 ; G. A. LANG, *op. cit.*, p. 218 et s. ; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, *op. cit.*, p. 271 et s. ; Th. VIGNAL, *op. cit.*, n° 514 ; M.-É. MATHIEU, *op. cit.*, n° 498 et s. ; D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, éd. LGDJ, 1965, n° 333 ; Ph. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude de droit international privé français*, éd. LGDJ, 1993, n° 397 et s. (seulement lorsqu'il s'agit d'échapper aux dispositions impératives des art. 6 et 7 de la Convention de Rome) ; H. BATIFFOL, « Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 55 ; « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Arch. philo. dr.* 1957, éd. Sirey, p. 71 et s., spéc. p. 76 et s. ; *Rép. inter. Dalloz*, 1<sup>re</sup> éd. 1968, v° « Contrats et conventions », p. 562, n°s 11, 33 et 107 ; P. KAYSER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé dans la jurisprudence française », *JDI* 1931, p. 57 ; J. PERROUD, « De la loi applicable aux conditions de validité des contrats », *JDI* 1933, p. 296 ; G. VAN HECKE, « Signification et limitation du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *RDIDC* 1955, p. 81 et s., spéc. p. 86 ; Ph. FOUCHARD, « La loi régissant les obligations contractuelles en droit international privé français », *Colloque de Bâle*, 30 et 31 oct. 1980, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1983, p. 81 et s., spéc. n° 16 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome », *op. cit.*, n° 6 ; D. BUREAU, « L'influence de la volonté sur les conflits de lois », *op. cit.*, n° 7. Sur cette question, v. F. VIANGALLI, « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ* 2000-3, p. 1141 et s. L'Ancien droit n'ayant pas véritablement connu de théorie de l'autonomie de la volonté (en ce sens, G.-R. DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil (Contribution à l'histoire du droit international privé français)*, Paris, Sirey, 1947, p. 280 et s.), cette question de la compatibilité des deux théories n'a pu se poser. Toutefois, BOUHIER prive d'effet le contrat passé entre deux parties domiciliées sous l'autorité d'une coutume limitant le taux d'intérêt mais conclu sous l'empire d'une coutume plus permissive, car « on ne saurait trop obvier à ces sortes de fraudes, qui ne sont que trop ordinaires en cas pareil », *Œuvres de jurisprudence*, t. 1, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, 1787, chap. 21, n° 196, p. 613. Cet auteur n'admettait cependant pas la théorie de la fraude à la coutume, cf. *supra* n° 41.

<sup>1</sup> Deux décisions étrangères ont admis, en matière contractuelle, la réserve générale de la fraude à la loi : l'arrêt du Conseil privé du Roi d'Angleterre *Vita Foods Products v. Unus Shipping Co.* du 30 janvier 1939, *Rev. dr. inter. pr.* 1942, p. 420, note MEZGER ; et l'arrêt de la Cour Suprême des États-Unis *Lauritzen v. Larsen* du 25 mai 1953, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 166, note BONASSIES. *Adde* trois affaires de contrebande depuis l'Angleterre en direction des États-Unis, jugées par la Court of Appeal, 29, 30, 31 octobre, 1<sup>er</sup>, 2 novembre et 13 décembre 1928, *Foster c. Driscoll et autres, Lindsay c. Atfield et autres, Lindsay c. Driscoll et autres*, *JDI* 1929, p. 755. *Adde* Cass. (Sections réunies), 7 mai 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 612, note PRETELLI.

<sup>2</sup> Trois arrêts des juges du fond ont, en France, écarté la loi choisie par les parties au motif de la fraude : Rennes, 26 juillet 1926, *Rev. crit. DIP* 1927, p. 523, note NIBOYET ; *D.H.* 1926, p. 53 ; *Gaz. pal.* 1927, 1, p. 59 ; –

toutefois pas révélateurs d'une consécration ou d'une dénégation de la réserve de la fraude à la loi en matière de contrats internationaux. Si les juges invoquent une soustraction malicieuse, le contrat est annulé par la Cour d'appel de Rennes en raison du caractère d'ordre public de l'interdiction des clauses compromissaires, alors que la Cour de cassation tient le raisonnement inverse, cette interdiction ayant été levée par la loi française. La Cour d'appel de Rennes considère que les parties ne peuvent échapper, par l'adoption d'une simple fiction de signature du contrat à l'étranger, à la prohibition de la clause compromissoire. La clause est nulle parce que le contrat n'est pas international mais interne. Il est interne parce que l'élément étranger est non seulement fictif – c'est alors une simulation et non une fraude à la loi – mais en plus non déterminant, au cas où il aurait été réel. La Cour de cassation considère que « la clause compromissoire édictée à l'article 1006 cpc n'étant pas d'ordre public en France, les parties, mêmes françaises l'une et l'autre, ont pu valablement, dans un contrat conclu soit à l'étranger, soit en France, déroger aux dispositions de ce texte et se référer pour régir leurs accords à une loi étrangère (...) admettant la validité d'une pareille clause [sans] s'attacher à la volonté présumée des parties ». Dans les deux cas, ce n'est pas directement la fraude à la loi qui fonde la solution mais la qualification d'ordre public de la règle française relative à la clause compromissoire. Quant à la prétendue fraude à la loi invoquée dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en 2002, elle ne semblait pas viser directement le choix de la loi applicable dans les contrats mais plutôt la méconnaissance par le juge fédéral américain d'une sentence arbitrale antérieure ayant déjà statué sur l'affaire.

**309** — Dans un arrêt célèbre mais inhabituellement long si bien que la formule passa inaperçue à côté de son apport essentiel, la Cour de cassation jugea expressément que la fraude à la loi fait échec à l'autonomie de la volonté. Dans l'affaire *Caron*, les juges ont déclaré fait en fraude à la loi successorale française le montage orchestré par le biais d'une constitution de société, d'un trust et d'une vente. Tous ces actes procèdent d'une déclaration de volonté. Dans leur pourvoi, les bénéficiaires du montage contestent l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il a déclaré inopposable en France des actes régis par la volonté des parties<sup>1</sup>. Ils en concluent à la violation de l'article 1134 du Code civil. Peu sensible à cet argument, la Cour de cassation considère que le montage caractérise « l'existence de la fraude, qui tient en échec le principe de l'autonomie de la volonté »<sup>2</sup>. Si la limite posée au principe de l'autonomie de la volonté est claire, elle ne permet pas néanmoins d'en déduire que la théorie de la fraude à la loi est admise en matière de contrats internationaux. Dans cette affaire en effet, si les actes commis en fraude à la loi relevaient de l'autonomie des parties, ils n'étaient que le moyen de la fraude et non la fraude elle-même. La règle de conflit de lois française en matière de successions n'utilise pas en effet un rattachement subjectif. Cette affaire ne permet donc pas d'apprécier l'antinomie éventuelle entre l'autonomie reconnue aux parties dans le choix de la loi applicable et la réserve de la fraude à la loi. En ce sens, le montage réalisé par Caron, qui repose sur des actes juridiques préparatoires soumis à la volonté des parties, permet seulement de modifier la règle de conflit applicable en transformant la qualification des biens. Au-delà de l'originalité de l'élément matériel, l'affaire *Caron* est une hypothèse classique de fraude à la loi par

---

Douai, 1<sup>er</sup> décembre 1927, inédit ; – Limoges, 12 octobre 1928, *JDI* 1929, p. 355 ; *D.P.* 1928, 2, p. 49, note BAUDOUIN. Mais ils ont été cassés pour entrave au commerce international : Civ., 19 février 1930, *Rev. crit. DIP* 1930, p. 282 ; *JDI* 1931, p. 290 ; *D.H.* 1930, p. 228 ; *S.* 1933, 1, 41, 1<sup>re</sup> esp., note NIBOYET ; – 27 janvier 1931, *S.* 1933, 1, 41, 2<sup>de</sup> esp., note NIBOYET. Un autre arrêt plus récent a refusé le grief de la fraude à la loi : Paris, 24 octobre 2002, préc.

<sup>1</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

manipulation en amont de la règle de conflit. Elle révèle cependant que ces deux principes – autonomie de la volonté et théorie de la fraude à la loi – ne sont pas forcément incompatibles.

**310** — Ainsi en matière d'arbitrage international, la réserve de la fraude peut avoir un rôle à jouer<sup>1</sup>. Dans une sentence, les arbitres ont examiné le grief de fraude à la loi pour finalement le rejeter, mais sans considérer que la théorie de la fraude à la loi était incompatible avec la liberté contractuelle<sup>2</sup>. En effet, après avoir justement considéré qu'en « matière contractuelle, la difficulté provient de l'opposition apparente entre la notion de fraude (...) et la liberté de choisir la loi [que les parties] souhaitent appliquer à leur rapport contractuel », les arbitres considèrent que « la section 4 [de l'accord de Venise en cause] ne fait que prévoir un dédommagement et que son objectif n'est pas d'inciter les parties à commettre une violation [de la législation antitrust]. Si l'accord de Venise avait été au-delà de cette limite étroite, le tribunal aurait pu considérer que le recours à la loi française était une fraude à la loi ».

**311** — En ce sens, la limite tirée de la fraude à la loi ne remet pas en cause de façon générale et définitive le principe d'autonomie mais permet d'atteindre spécifiquement le choix opéré par telle partie placée dans telle situation. La sanction de la fraude à la loi est téléguidée alors que les lois impératives et l'ordre public français en matière internationale frappent à l'aveugle. La question principale est ainsi de savoir sur quels éléments le juge devra se baser pour caractériser une manœuvre illicite lorsque la liberté, même limitée à un nombre restreint de lois, est directement proclamée par la loi, ou indirectement permise par elle. La fraude à la loi en présence d'une règle d'autonomie doit s'orienter vers la recherche du but recherché par les parties. Car malgré l'absence d'élément légal relevée plus avant, la fraude à la loi en matière d'actes juridiques est indéniablement concevable, mais elle « n'est pas la fraude traditionnellement envisagée »<sup>3</sup>. L'intention frauduleuse que le juge devra rechercher n'est pas la simple intention d'échapper à une disposition impérative puisque cette possibilité est directement permise par la loi. Elle doit s'envisager autrement, sans procéder à une transposition du raisonnement relatif à l'intention frauduleuse dans la théorie de la fraude à la loi. En ce qui concerne l'élément légal de la fraude à la loi, son absence est relative en matière d'autonomie de la volonté en distinguant en fonction de la typologie de la manœuvre : l'action dans le cadre de la création d'un conflit et l'exploitation d'un conflit déjà existant.

**312** — Dans la première hypothèse, les parties internationalisent un contrat purement interne, dans le but de bénéficier du choix de la loi applicable, possible seulement en présence,

---

<sup>1</sup> J.-B. RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, éd. LGDJ, 1999, n°s 496, 892 et s., 970 ; C. SEREGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, éd. Dalloz, 2001, n° 637 et s. Ces deux auteurs considèrent cependant que la réserve de la fraude à la loi introduit une difficulté supplémentaire dans le respect des lois de police étrangères, à savoir l'élément intentionnel de la fraude. Il serait alors possible de faire l'économie de cette théorie : « la volonté de tourner la loi impérative revendiquant son application ne doit pas être une condition nécessaire à la prise en compte de cette loi : le plus souvent, la constatation d'une fraude n'ajoute rien à une solution déjà acquise ; et l'absence de fraude ne doit pas conduire au rejet systématique de la loi de police revendiquant son application. L'intérêt de la référence à la fraude ne peut être, et dans certains cas seulement, que psychologique », C. SEREGLINI, *op. cit.*, n° 638. Adde A. COURT DE FONTMICHEL, *L'arbitre, le juge et les pratiques illicites du commerce international*, éd. Panthéon-Assas, 2004, n° 55 et s., n° 975 et s. ; S. BOLLEE, *Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, éd. Economica, 2004, n° 517 et s.

<sup>2</sup> CCI, n° 6773 de 1992, *Bull. CIA/CCI*, vol. 6, n° 1, mai 1995, p. 66.

<sup>3</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 497. Selon cet auteur, la fraude concevable en cette matière est la fraude à la loi étrangère par application d'une disposition impérative du for, *adde* n° 495 et s.

en théorie, d'une situation internationale. Dans ce cas, il est possible de faire jouer la réserve de la fraude à la loi. C'est d'ailleurs l'exemple cité par les auteurs qui défendent la compatibilité<sup>1</sup>. La solution serait identique dans l'hypothèse inverse, lorsque les contractants éliminent un élément international du contrat pour le faire sortir du rayon d'action d'une loi de police<sup>2</sup>. La fraude pourrait également se former par l'adjonction d'un élément international à un contrat déjà international. La fraude à la loi classique peut être relevée car l'objection tirée du fait qu'il n'est pas possible de frauder une loi que les parties ont elles-mêmes désignée ne tient plus. La fraude provient en effet ici d'une manipulation classique d'un élément de rattachement objectif : la nationalité, le domicile, plus souvent le lieu de conclusion<sup>3</sup> ou d'exécution du contrat<sup>4</sup>. C'est ce dernier rattachement qui fut utilisé dans une importante affaire jugée en Belgique<sup>5</sup>. Dans cette affaire, la Cour de cassation belge juge que la clause compromissoire, intégrée à un contrat de concession, « ayant pour objet de simuler un élément d'extranéité contraire à la réalité des choses, et ayant pour but d'écarter par un artifice la loi belge normalement applicable au profit d'une loi étrangère, est constitutive d'une fraude à la loi ». Assurément, l'exécution « stipulée » des obligations des deux parties en Allemagne était fictive alors que les ventes s'effectuaient en Belgique et au Luxembourg. Le lieu d'exécution était donc bien simulé, ce qui permet aux juges de rejeter l'apparence pour s'en tenir à la réalité et constater le lieu d'exécution en Belgique, et ainsi de fonder la compétence du juge et de la loi belges. La Belgique – cette décision l'illustre – adopte une conception davantage objective que subjective de la fraude à la loi, en mêlant inopportunément fraude et simulation<sup>6</sup>. Cette décision montre que les matières régies par la loi d'autonomie peuvent être sujettes à une fraude à la loi, dès lors que les parties agissent directement sur la règle de conflit de lois qui ouvre l'*electio juris*. Si la simulation aurait été une qualification plus adéquate dans cette affaire, la réserve de la fraude à la loi pourrait être appelée à intervenir si l'exécution avait également eu lieu en Allemagne. La clause aurait alors été efficace, non simulée puisque correspondant à une réalité et certainement d'un intérêt majeur de concentration du litige vers un seul juge et une seule loi, lorsque l'exécution d'une obligation s'étend sur plusieurs pays.

**313** — Cette limite de la fraude à la loi est bien exprimée par un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles. Selon ses juges, « des contractants peuvent, volontairement, dans le but d'écarter les lois auxquelles ils ne désirent pas soumettre leur contrat, au sens le plus large, choisir la loi applicable grâce aux éléments d'extranéité qu'ils ont créés, la seule condition étant qu'ils n'utilisent pas la tromperie, qu'ils créent des éléments d'extranéité réels et invoquent pour user de leur liberté des vérités et non des mensonges et ne tirent pas arguments d'éléments d'extranéité simulés »<sup>7</sup>. Même si la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle est conçue en Belgique est différente de celle adoptée en France, cet arrêt montre bien la distinction qu'il est nécessaire d'effectuer afin de parvenir à la qualification adéquate. Il montre que si le choix de loi offert par la règle de conflit est absolu, sous réserve néanmoins des lois de police et de l'ordre public, voire de l'abus de droit, la situation contractuelle qui permet, par

<sup>1</sup> Par ex., parmi les réf. déjà citées *supra* n° 308, J. VIDAL, *op. cit.*, *loc. cit.* ; J. MAURY, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> F. VIANGALLI, *op. cit.*, n° 20 et s.

<sup>3</sup> Cour de cassation italienne, 26 juillet 1929, *Riv. dir. inter. pr.* 1931, p. 406.

<sup>4</sup> Bien que ce rattachement se prête moins à la fraude, B. AUDIT, « Fraude à la loi », *J.-Cl. inter.*, *op. cit.*, n° 43. V. cep. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, n° 138.

<sup>5</sup> Cass. civ. belge, 28 juin 1979 *Audi-nsu, Pas.* 1979, p. 1260, concl. KRINGS ; *RCJB* 1981, p. 332 et s., note R. VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », p. 347 et s.

<sup>6</sup> Sur cette conception objective de la théorie de la fraude à la loi en Belgique, cf. *infra* n° 509 et s.

<sup>7</sup> Civ. Bruxelles, 15 mars 1988, *RTD fam.* 1990, p. 376.

le jeu de la règle de conflit, de désigner une loi applicable, doit être véritablement et non artificiellement internationale. Il ne s'agit pas ici de savoir si une loi doit impérativement s'appliquer ou non, il s'agit simplement de savoir si le contrat doit être régi par la loi belge – prise ici comme loi interne devant s'appliquer à un contrat interne – ou si le contrat peut être soumis, en vertu de la règle de conflit de lois en matière contractuelle, à une loi étrangère. Autrement dit, il s'agit simplement de savoir si le contrat relève bien du droit international privé. La théorie de la fraude à la loi ayant justement pour finalité d'opérer le tri entre des situations véritablement internationales et d'autres qui ne le sont qu'artificiellement, elle peut naturellement être appelée à déployer ses effets dans ce type d'hypothèse. Elle permettra alors de déclarer inopposable – nul dans l'arrêt de la Cour de cassation belge de 1979 – le rattachement créé par les parties et, partant, de refuser de tenir compte de la loi choisie en vertu de ce rattachement artificiel. Sera alors déclarée applicable la loi qui avait été éludée, c'est-à-dire la loi qui aurait été objectivement désignée à défaut de manœuvre et de choix licite, ou la loi interne si le contrat a été frauduleusement internationalisé.

**314** — Autrement plus grande est la difficulté d'une réponse tranchée dans le cadre de l'exploitation d'un conflit déjà existant. La difficulté la plus sensible est ici de préserver la liberté individuelle des parties. Car au-delà de la difficulté théorique relevée plus avant selon laquelle la fraude à la loi en matière d'autonomie pêche par l'absence de loi éludée, c'est une incompatibilité naturelle entre l'autonomie de la volonté et la fraude à la loi qui est source de difficulté alors même que cette incompatibilité provient, paradoxalement, des liens étroits qui unissent ces deux notions. En effet, la fraude à la loi naît d'une expression de volonté et la volonté est vecteur de fraude à la loi : la « fraude se fait par l'intermédiaire de l'autonomie »<sup>1</sup>. Si cette dernière remarque est exacte d'un point de vue philosophique, à concevoir la fraude de manière large comme un comportement déloyal, elle ne se justifie plus d'un point de vue strict, au moment de sa caractérisation. C'est entre ces deux notions que s'opposent les partisans et les adversaires de la réserve de la fraude à la loi dans la mise en œuvre de la loi d'autonomie. Pour les premiers, la fraude à la loi est caractérisée du moment que les parties ont choisi une loi sans lien avec le contrat – ou un lien si ténu qu'il ne peut être objectivement considéré comme déterminant – et surtout, à l'inverse des lois normalement applicables<sup>2</sup>, plus permissive<sup>3</sup>. Ainsi, la jurisprudence grecque admet la limite de la fraude à la loi dans le choix de la loi applicable, que ce soit en vertu de la Convention de Rome<sup>4</sup> ou du droit commun lorsque celle-ci n'est pas compétente<sup>5</sup> pour, le cas échéant, appliquer le droit éludé. Si les hypothèses sont exactes et que

<sup>1</sup> J. VERPLAETSE, *op. cit.*, p. 254.

<sup>2</sup> C'est-à-dire qui auraient été compétentes en vertu de critères objectifs, à défaut de volonté expresse.

<sup>3</sup> V. par ex. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 575, p. 276 ; H. BATIFFOL, « Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats », *op. cit.*, p. 55 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 700.

<sup>4</sup> Tribunal de première instance du Pirée, 575/1997, *RHDI* 1999/2, p. 541, obs. TSOUCA. Cette décision est toutefois ambiguë en ce qu'elle a validé le choix d'une loi sans aucun lien avec le contrat et plus favorable dès lors que le but des parties n'était pas d'échapper frauduleusement à la loi grecque, mais tout en affirmant que selon la Convention de Rome du 19 juin 1980, l'autonomie de la volonté est absolue, susceptible de s'exercer même pour les contrats internes.

<sup>5</sup> Aréopage, 1302/1998, *RHDI* 1999/2, p. 535, obs. TSOUCA. Dans cette espèce qui concerne un contrat de travail non régi par la Convention de Rome, l'employeur a modifié la clause relative à la loi applicable, qui désignait le droit hellénique, pour choisir le droit anglais au cas où le travailleur accomplirait son travail en Angleterre. Ce dernier a ensuite été muté en Angleterre pour y être licencié. La juridiction grecque a considéré que ces manœuvres constituent une fraude aux dispositions impératives hellènes, plus favorables au travailleur. Si la Convention de Rome avait été applicable ici, l'article 6 aurait permis, le cas échéant, d'appliquer impérativement la loi de la résidence habituelle du travailleur, donc d'anéantir la fraude sans avoir à la constater dans la mesure où elle aurait été inefficace.

face à ces situations l'idée de fraude surgit à l'esprit de l'observateur, elle n'est qu'une réaction désapprobatrice empreinte de moralisme que le juge sanctionnera, par recours à cette notion fuyante qu'est la fraude, dans les hypothèses les plus scandaleuses. Mais l'arme utilisée ne sera pas la réserve de la fraude à la loi classique. Dès lors, de deux choses l'une, soit il faut « convenir que l'énoncé du principe de la loi d'autonomie ne peut pas ne pas être assorti de la réserve de la fraude. Ou alors il faut, suivant une démarche inverse, contenir la liberté des parties dans des limites objectives »<sup>1</sup>. Si ces deux affirmations sont incontestables, une troisième alternative semble en réalité plus adaptée. Ainsi, si le débat de la compatibilité entre l'autonomie de la volonté et la théorie de la fraude à la loi est éminent, il apparaît en réalité tronqué dans la mesure où aucune fraude à la loi ne semble, en théorie, pouvoir être relevée en présence d'une règle de conflit subjectiviste, alors que le choix de loi s'effectue en présence d'une situation déjà et valablement internationale.

#### B. L'ABUS DU DROIT D'OPTION LEGISLATIVE INTERNATIONALE COMME LIMITE A L'EXPLOITATION DU CONTRAT D'ELECTIO JURIS

**315** — Le caractère paradoxal de l'opposition entre la fraude à la loi et la volonté individuelle et la compatibilité incertaine entre la théorie de la fraude à la loi et la règle de conflit subjectivement flexible, proviennent du fait que la recherche d'une sanction en droit international privé s'est focalisée sur cette notion de fraude à la loi. Les autres concepts sont en effet peu adaptés au droit international privé dans la mesure où celui-ci n'est pas, en principe, un droit matériel mais qu'il est plutôt un droit de classement. En ce sens, le droit international privé n'a pas pour objet d'octroyer aux sujets qui en relèvent des droits subjectifs qu'ils pourraient utiliser dans un but autre que celui pour lequel ils ont justement été donnés. Or, cette incompatibilité de nature entre le droit international privé et la théorie de l'abus de droit tombe lorsque est admise une certaine influence de la volonté quant au choix d'un juge ou d'une loi. Le droit international privé crée dans ces hypothèses un véritable droit subjectif en faveur du sujet de droit : le droit subjectif de choisir la loi qui sera applicable à son rapport de droit parmi l'éventail, illimité ou prédéterminé, que le droit objectif lui ouvre ; le droit subjectif de porter son litige ou de se marier devant l'une quelconque des autorités que le droit objectif lui propose de choisir. Comme tout droit subjectif, ceux-ci peuvent faire l'objet d'abus. Dès lors, leur exercice, comme celui de tout droit subjectif, doit pouvoir être limité par la théorie de l'abus de droit, sauf à voir dans les options de compétences législative et judiciaire un droit subjectif discrétionnaire. À l'incompatibilité de la théorie de la fraude à la loi en matière d'autonomie correspond la compatibilité des concepts régulateurs de l'exercice des droits subjectifs tels que la réserve de l'abus de droit. En ce sens, une distinction s'impose pour parvenir à la qualification juridique adéquate : il y a fraude à la loi lorsque la situation a été artificiellement internationalisée afin de bénéficier de la règle de conflit autonomiste ou afin d'élargir l'éventail des lois applicables. Cette hypothèse appelle la réserve de la fraude à la loi. La théorie de l'abus de droit serait à l'inverse seule utilisable dans l'hypothèse de l'exploitation d'un conflit déjà existant, c'est-à-dire lors de l'exercice du droit de choisir la loi applicable lorsqu'une telle option est prévue et offerte au sujet de droit privé international par la règle de conflit, en fonction de la situation internationale dans laquelle il se trouve placé<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 167.

<sup>2</sup> V. cep. P. LAGARDE, « Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mél. Y. GUYON, éd. Dalloz, 2003, p. 571, spéc. p. 577 qui écrit, à propos de la suggestion d'un auteur allemand de soumettre la clause d'*electio juris* au contrôle des clauses abusives, que « ce contrôle menacerait la sécurité juridique apportée par le choix de la loi. On peut

**316** — L'admission de la théorie de l'abus de droit en droit international privé peut ainsi être acceptée malgré l'antinomie naturelle de cette notion avec cette matière. D'un maniement délicat en raison de l'atteinte qu'elle suppose aux libertés individuelles et de la relative incertitude de son contenu même, l'abus de droit en droit international privé se présente exactement sous la même forme que l'abus de droit interne. « Si, sans dépasser les limites matérielles, un individu se sert de son droit pour nuire à autrui ; si, tout en respectant la lettre, il en viole l'esprit, on dira qu'il abuse, non plus qu'il use, de son droit, et cet abus ne peut être juridiquement protégé »<sup>1</sup>. L'abus de droit est ainsi caractérisé lorsque l'usage d'un droit, sans utilité directe pour son titulaire, est exercé à seule fin de nuire à un tiers. Si ces trois éléments – l'inutilité, l'intention de nuire et le préjudice – sont souvent concomitants, ils peuvent également être indépendants l'un de l'autre. Ainsi, l'exercice d'un droit peut être utile pour son titulaire mais son exercice cause à autrui un préjudice qui aurait pu être évité par une utilisation différente du droit. De manière générale, l'exercice du droit subjectif ne doit pas être disproportionné, entre l'avantage qui en résulte pour son titulaire par rapport au préjudice que cet exercice peut causer à autrui.

**317** — L'abus de droit peut encore, selon la conception de JOSSERAND, être constitué sans qu'il y ait nécessairement intention de nuire ni même un préjudice. « Il y a droit et droit ; et l'acte abusif est tout simplement celui qui, accompli en vertu d'un droit subjectif dont les limites ont été respectées, est cependant contraire au droit envisagé dans son ensemble et en tant que juricité, c'est-à-dire en tant que corps de règles sociales obligatoires. On peut parfaitement avoir pour soi *tel droit* déterminé et cependant avoir contre soi *le droit* tout entier »<sup>2</sup>. Dans cette hypothèse, l'abus consiste en l'utilisation d'un droit détourné de sa fonction sociale : chaque droit ayant une finalité déterminée, il y a abus à utiliser ce droit pour un but autre que celui pour lequel il a été prévu. Tous les droits ont une fonction sociale et ce serait commettre un abus de droit si un acte était réalisé contrairement au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité. C'est en effet « parce que nos droits sont doués d'un certain esprit, d'une certaine finalité, qu'ils sont relatifs et que leur usage peut donc devenir abusif »<sup>3</sup>. Si la règle de conflit de lois autonomiste n'a pas, comme la règle de conflit basée sur un rattachement objectif, pour fonction première de rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits, elle doit néanmoins, au-delà de l'avantage recherché de manière inhérente par les parties, conduire à la désignation d'une loi prévisible.

**318** — Cette possibilité d'invoquer l'abus de droit en droit international privé sera reprise et développée dans le cadre de la rénovation de la théorie de la fraude à la loi, dans la recherche d'un moyen de contrôle du « *forum shopping malus* »<sup>4</sup>, c'est-à-dire de l'exploitation malicieuse d'une option de compétence judiciaire, car c'est à ce moment que la question de l'abus de droit se pose avec le plus d'acuité<sup>5</sup>. L'abus du droit d'option judiciaire internationale est dans cette hypothèse de même nature que l'abus du droit d'option législative internationale. Qu'elle concerne les conflits de lois ou de juridictions, la théorie de l'abus de droit est définie

---

contrôler l'existence de cette clause, on peut vérifier si les deux parties y ont effectivement consenti, mais il serait dangereux d'en contrôler le contenu ».

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, 27<sup>e</sup> éd. Puf, 2002, n° 183.

<sup>2</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1939, n° 245.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 305.

<sup>4</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 49 et s.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 381 et s., n° 634 et s.

de la même façon et repose sur les mêmes éléments constitutifs. Surtout, il convient d'admettre que cette notion, sans être uniquement un pis-aller, recevra nécessairement une application très exceptionnelle, limitée à des hypothèses flagrantes où le sujet de droit aura opté pour une loi ou aura saisi un juge sans plus d'utilité pour lui que de nuire à un tiers, lequel peut être une personne physique ou morale, voire la loi, représentée par l'État. Si dans les deux cas l'intervention de la théorie de l'abus de droit devra demeurer exceptionnelle, elle le sera davantage en matière de conflit de lois que de conflit de juridictions. En effet, dans le premier cas, l'abus de droit ne peut véritablement s'envisager qu'en présence d'une option en matière patrimoniale. Un abus de droit semble en effet plus difficilement identifiable dans le fait pour des époux de choisir la loi applicable au nom de famille, aux effets du mariage ou à sa dissolution. Mais il n'en est pas pour autant exclu dans la mesure où, même en droit de la famille extrapatrimonial, le choix d'une loi par une partie peut être préjudiciable à l'autre. L'*optio legis* doit ainsi, *a priori*, être de nature à causer un préjudice. La condition du préjudice semble d'ailleurs inhérente à la constatation d'un abus de droit lors de l'exercice d'une option de législation. L'abus doit essentiellement avoir pour fonction de protéger un tiers directement concerné par l'option et qui pouvait raisonnablement prévoir le choix effectué par son auteur. Autrement dit, seule une désignation *imprévue et préjudiciable* pourrait permettre la remise en cause du choix de loi par le biais de la théorie de l'abus de droit. Son domaine sera donc étroit en présence d'une simple option de législation limitée à deux lois, comme c'est généralement le cas. Toutefois, même dans cette hypothèse, l'abus de droit pourrait être retenu lorsque sera démontrée l'intention de nuire du titulaire du droit. L'abus de droit peut alors plus facilement s'envisager en ce qui concerne une option de législation unilatérale, comme en matière de succession. Il peut également être caractérisé dans le choix de la loi applicable au régime matrimonial, essentiellement lors de l'exercice de la mutabilité de l'option. Mais lorsque l'option est multilatérale, la concordance comme l'opposition d'intérêts des parties limitent les abus entre les parties au contrat de choix. Si par exemple, en matière de successions testamentaires, le choix d'une loi ayant pour effet de priver un héritier de la réserve héréditaire qu'il aurait pu tenir de l'autre loi potentiellement éligible, ne peut être considéré en tant que tel comme un abus de droit, sous peine d'en nier l'existence, il en irait autrement si le choix de cette loi avait été guidé par des considérations exclusivement nuisibles à l'égard de cet héritier. La preuve pourrait en être rapportée par l'ineffectivité de la loi choisie, la mésentente chronique entre l'héritier et son auteur, la rapidité avec laquelle le testateur a agi, notamment lors d'un changement de loi après une mésentente, etc. Ambiguë, difficile et exceptionnelle, la limite de l'abus de droit devrait ainsi être réservée lors de l'exercice du droit d'option dans le cadre d'une situation internationale préexistante, la théorie de la fraude à la loi ne pouvant, pour des raisons théoriques, recevoir application dans ce cas de figure.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

319 — La flexibilisation du droit international privé conduit à une réduction sensible du domaine de la théorie de la fraude à la loi en raison d'un double phénomène. D'une part, la flexibilisation objective des règles de conflit entraîne que celles-ci perdent, dans une certaine mesure, le caractère impératif qu'elles ont dans le cadre du droit international privé savignien. Dans sa mise en œuvre, la règle de conflit n'est qu'une alternative qui peut être remplacée ou contrariée par un autre mécanisme objectif dans l'optique de désignation de la loi normalement compétente. Or, la fraude à la loi, dans sa structure et sa finalité, contrarie cette impérativité de la règle de conflit. Dès lors, lorsque cette impérativité diminue, la théorie de la fraude à la loi, censée la préserver, a moins de titre à s'appliquer en présence d'une règle de conflit flexible qu'une règle de conflit traditionnelle. Cependant, la théorie de la fraude à la loi conserve une utilité et un titre d'intervention lorsque les mécanismes objectifs de correction ne permettent pas de préserver l'intégrité de la règle de conflit de lois. La réserve de la fraude à la loi est ainsi apparue complémentaire avec les clauses d'exception, la théorie du conflit mobile ou de la simulation. D'autre part, la flexibilisation subjective des règles de conflit induit presque naturellement une incompatibilité entre elles et la réserve de la fraude à la loi. Par sa manœuvre en effet, le sujet ne fait qu'exprimer une volonté individuelle, celle-là même que la règle de conflit lui permet d'extérioriser efficacement pour la désignation de la loi applicable. La réserve de la fraude à la loi contredirait alors la liberté individuelle ainsi offerte au sujet de droit. De plus, l'incompatibilité provient également du fait que l'objectif de relocalisation assigné à la réserve de la fraude à la loi est contrarié par la possibilité de délocalisation du rapport de droit international qu'induit la règle de conflit flexible. Néanmoins, l'incompatibilité de la théorie de la fraude à la loi avec les règles de conflit flexibles n'est que relative dans la mesure où la flexibilisation subjective n'est réservée, en principe, qu'aux rapports véritablement internationaux et aux rapports internationaux tels qu'ils existent. La réserve de la fraude à la loi peut donc retrouver une utilité certaine lorsque justement la manœuvre aura eu pour but et pour effet de modifier la possibilité ou l'assiette de l'option de législation. Dans les autres cas, elle ne peut être opposée mais cette incompatibilité théorique ne signifie pas l'impunité de l'exploitation du contrat d'*electio juris*, laquelle pourrait être remise en cause par la théorie de l'abus de droit.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**320** — Construite sous l'empire d'un droit international privé de conception savignienne et essentiellement souverainiste, la théorie de la fraude à la loi s'est difficilement adaptée à l'évolution du droit international privé. Alors que le droit international privé classique est neutre, le droit international privé contemporain devient de plus en plus souvent matériel. Dès lors, lorsque autant la règle de conflit de lois que la fraude à la loi recherchent la satisfaction du résultat matériellement le plus favorable, la réserve de la fraude à la loi ne peut plus véritablement être opposée à la manœuvre supposée frauduleuse. De même, alors que le droit international privé classique est rigide et impératif, le droit international privé contemporain tend à perdre cette rigidité pour s'adapter à la réalité géographique du rapport de droit et au sentiment d'identité culturelle des sujets qui composent ce rapport. Les règles de conflit deviennent alors flexibles, ce qui induit presque automatiquement une perte d'influence de la théorie de la fraude à la loi puisque celle-ci est censée protéger l'impérativité et la rigidité de cette règle de conflit.

**321** — Pour autant, la conception de la fraude à la loi est demeurée inchangée malgré cette évolution du cadre dans lequel elle évolue. Il en résulte des contradictions dans la place, le domaine et le rôle à donner à cette théorie lorsque la règle de conflit est matérielle ou flexible. D'un point de vue théorique, la notion de fraude à la loi telle qu'elle est traditionnellement envisagée se révèle fréquemment incompatible avec l'évolution matérielle et flexible du droit international privé, à moins de retenir de la fraude une conception large, la confondant avec la simulation, le conflit mobile ou la clause d'exception. D'un point de vue pratique, l'opposition de la fraude à la loi aux manœuvres potentiellement frauduleuses réalisées dans le cadre d'un droit international privé matériel ou flexible peut être concurrencée par d'autres mécanismes, souvent objectifs, propres à la théorie générale du droit ou du droit international privé. Néanmoins, ceux-ci ne peuvent absorber la diversité de ces manœuvres. La réserve de la fraude à la loi est ainsi un mécanisme complémentaire aux concepts objectifs, conformément d'ailleurs à son caractère subsidiaire<sup>1</sup>. Elle conserve donc un rôle, un domaine d'application et une place réels, même en présence de règles de conflit à coloration matérielle ou flexibles. Néanmoins, la définition et le cloisonnement précis de ce domaine supposent une restructuration des conditions et des modalités de sanction de la fraude à la loi. Seule cette restructuration permettra de rendre pleinement compatible, en droit et en fait, la théorie de la fraude à la loi avec les règles de droit international privé matérielles et flexibles et, plus loin, avec le droit international privé en général.

---

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 590 et s.

## CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

**322** — La crise de la théorie de la fraude à la loi en droit international privé est indéniable. La première partie de cette étude a permis de montrer que cette crise était double : interne et externe. Interne en raison de phénomènes à la fois restrictif et extensif qui, loin d'être contradictoires, en réalité se répondent. Restrictif en raison de l'étroitesse de la notion de fraude à la loi, de son élément matériel envisagé exclusivement comme une modification d'un élément de rattachement. Conservant contre vents et marées ce schéma, la théorie de la fraude fut alors élargie en sous-catégories de fraude : fraude à la loi, au jugement, à la compétence, à la juridiction, à l'intensité de l'ordre public afin d'absorber, autant que faire ce peut, les nouvelles manœuvres frauduleuses que la jurisprudence révélait et que la doctrine tenta de rattacher à ce concept devenu à contenu variable. Toutefois, si ces termes pouvaient avoir un sens dans le cas précis pour lequel ils ont été utilisés, leur opposition sémantique cachait difficilement une inadéquation et un dépérissement de la théorie de la fraude à la loi. À cette crise interne s'ajoute une crise externe. Façonnée sur le modèle d'un droit international privé neutre et globalement souverainiste, la théorie de la fraude à la loi, dans sa conception traditionnelle, ne put véritablement s'adapter à la matérialisation et la flexibilisation croissantes du droit international privé. Alors que la neutralité de la règle de conflit de lois était classée parmi les mythes fondateurs de la matière au gré de l'érosion de la théorie savignienne<sup>1</sup>, la théorie de la fraude à la loi demeura, malgré les assauts répétés dont elle put faire l'objet.

**323** — Bien que la crise de la théorie de la fraude à la loi en droit international privé repose sur une dualité de facteurs intrinsèques et extrinsèques à cette théorie, cette crise peut finalement s'analyser en une seule et même cause. Les imperfections originelles de la théorie de la fraude à la loi ont non seulement conduit à sa critique mais plus globalement à son inadaptation à répondre à la diversité des situations potentiellement frauduleuses et à l'évolution du droit international privé. Son caractère fuyant et la souplesse inhérente aux notions à contenu variable dont semble faire partie la théorie de la fraude à la loi, envisagée tour à tour dans sa conception large ou stricte, a toutefois permis sa pérennité, mais au prix d'une déformation de ses éléments constitutifs. Alors même que leur caractérisation peut sembler facilement identifiable à s'en tenir aux hypothèses anciennes des divorces migratoires, tels ceux de la princesse de Bauffremont<sup>2</sup> ou des époux Vidal<sup>3</sup>, envisagées au regard d'un droit international privé souverainiste et rigide, les trois conditions de la fraude à la loi deviennent finalement évanescences dès lors que les techniques malicieuses se développent et que la précellence de la conception savignienne du droit international privé s'estompe. Le cas est topique en ce qui concerne les répudiations étrangères contre lesquelles la jurisprudence et la doctrine ont cru pouvoir recourir à la notion de fraude au jugement. Il l'est encore lorsque la règle de conflit de lois offre une part plus ou moins large à la volonté désignative des sujets de droit et que le flou s'installe alors sur la portée, en apparence contradictoire, de la réserve de la fraude à la loi. Il l'est également lorsque la règle de conflit de lois est à coloration substantielle

<sup>1</sup> Sur laquelle, v. not. A. BUCHER, « Savigny sans siège en droit international privé », in *Pour un droit pluriel*, Mél. J.-F. PERRIN, éd. Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 167 et s.

<sup>2</sup> Civ., 18 mars 1878, S. 1878, 1, 193, note LABBE ; D. 1878, 2, 1, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6.

<sup>3</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

et que la réserve de la fraude à la loi ne peut plus, *a priori*, être opposée à une volonté malicieuse qui recherche la consécration d'une faveur que justement la règle fraudée promet. L'observateur est alors tenté de rechercher dans les concepts objectifs – lois de police, exception d'ordre public international, conflit mobile, clause d'exception – les moyens de trouver un remède salutaire afin de pallier l'infructueuse qualification de fraude. Bon an, mal an, il en découle une confusion des concepts née de quelques cas particuliers pour lesquels cette confusion put être masquée par une apparente efficacité, de fait ou de droit, du recours à ces concepts objectifs.

**324** — L'efficacité n'est pourtant qu'apparente et derrière ces quelques cas particuliers se cachent une multitude d'hypothèses qui ne peuvent être appréhendées sous le qualificatif de fraude à la loi. À s'en tenir à la conception traditionnelle de la fraude à la loi, qui mêle fréquemment plusieurs concepts, il apparaît que souvent un même comportement peut être à la fois qualifié de fraude, d'abus de droit, de simulation ou de détournement. Les exemples donnés en matière de divorces migratoires, de mariages, de contrats ou encore dans la jurisprudence anti-contournement de la Cour de justice des Communautés européennes en témoignent. Dès lors, leurs sanctions pourraient se cumuler et un même fait être sanctionné de la manière la plus utile, ou la plus efficace, par le choix, finalement lui-même instrumentalisé, de la qualification la plus facile à établir pour le cas d'espèce donné<sup>1</sup>. L'orthodoxie juridique suppose à l'inverse un changement radical de perspective. C'est en effet en changeant l'angle d'observation du mécanisme frauduleux qu'il sera possible de délimiter autant les conditions que le domaine de ces différents concepts régulateurs du droit en donnant à la théorie de la fraude à la loi une construction d'ensemble rénovée et cohérente.

---

<sup>1</sup> Ainsi J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994, n° 837 écrivent que « le choix de la technique utilisée est essentiellement affaire d'opportunité. La sanction mesurée de la fraude à la loi est, en certaines matières, préférable à l'annulation totale d'un acte pour cause illicite. Ailleurs, la souplesse de la responsabilité civile donne de meilleurs résultats que l'appel à la théorie de la fraude. Des traditions s'établissent selon les secteurs ; elles évoluent. De sorte qu'il paraît difficile et, en définitive assez vain, de tenter de fonder un principe de subsidiarité entre théories de portée également générale. Dans la mesure où leurs domaines d'application se recouvrent, un choix s'ouvre pour retenir la solution la plus adéquate eu égard aux circonstances ».

## Seconde partie

# LA RÉNOVATION DE LA THÉORIE DE LA FRAUDE À LA LOI

325 — Consacrée principe général du droit inhérent et indispensable à la mise en œuvre des règles juridiques, la théorie de la fraude à la loi doit être rénovée pour répondre à l'évolution des techniques et du droit international privé contemporain, notamment afin de relever le défi de la mondialisation du droit de la famille alors que « l'unification des règles matérielles en matière familiale ne paraît ni possible, ni sans doute souhaitable »<sup>1</sup>. Face à cette résistance des spécificités familiales nationales et malgré l'élaboration de règles conflictuelles communes, les principes correcteurs du droit peuvent se révéler, voire redevenir, des moyens efficaces de préservation de modèles familiaux. Leur efficacité suppose néanmoins qu'ils soient utilisés à bon escient et donc que soit précisément définis leurs modalités d'application comme leurs domaines d'intervention.

326 — La restructuration nécessaire de la théorie de la fraude à la loi ne peut en effet se réaliser autour de cette seule notion. C'est en la replaçant à l'intérieur des différents concepts régulateurs du droit que ses conditions pourront être redéfinies et son domaine d'application précisé. La qualification des mariages blancs a permis de montrer que plusieurs concepts – fraude à la loi, abus de droit, simulation, détournement – souvent considérés comme proches, voire identiques, pouvaient être néanmoins efficacement distingués par une reconsidération globale de leurs éléments constitutifs et de leur finalité<sup>2</sup>. Le constat est identique dans l'étude de la place de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit subjectivement flexible. Cette comparaison a montré qu'à partir de la conception classique de la fraude à la loi de droit international privé, il était possible de restructurer ses conditions et son domaine d'application sans dénaturer le sens. L'incompatibilité relative qui en découle peut alors laisser, comme pour les mariages blancs, la place à d'autres concepts régulateurs du droit dont la notion de fraude à la loi n'a pas l'exclusivité. Ce qui n'est pas de la fraude à la loi n'est pas inéluctablement licite, alors même que l'expérimentation juridique incriminée est légale. La manœuvre peut en effet recouvrir un abus de droit, un détournement ou une simulation. Elle peut enfin être totalement licite et s'analyser comme une habileté. La

---

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, « La famille face à la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, sous la dir. de É. LOQUIN et C. KESSEDIAN, éd. Litec, 2000, p. 479 et s., spéc. p. 491. Adde H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. philo. dr.* 2001, t. 45, p. 271 et s. ; J. FLAUSS-DIEM, « Querelles de famille(s) chez les comparatistes », in Mélanges J.-P. SORTAIS, éd. Bruylant, 2002, p. 181 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 107 et s.

restructuration entraperçue peut alors être généralisée à l'ensemble des règles de droit international privé, autant de conflits de lois que de conflits de juridictions dont l'interdépendance, au sujet de la fraude à la loi, n'a de cesse d'apparaître.

**327** — Sous peine de rester à jamais le fossile du droit international privé, la théorie de fraude à la loi doit donc être rebâtie dans le sens d'une adaptation non seulement à la pratique frauduleuse mais également à l'évolution de la discipline dont elle est censée être le gardien. Sans toujours renier la théorie classique, il est possible de proposer une conception renouvelée de la fraude à la loi en droit international privé par une relecture des applications jurisprudentielles exactes, contestables ou erronées de cette notion. L'objectif de cette rénovation est de proposer une grille de lecture renouvelée des éléments constitutifs et de la sanction de la fraude à la loi afin de permettre son recadrage. Il en résultera que certains comportements, autrefois considérés comme une fraude à la loi, ne pourront recevoir cette qualification. Ne devant néanmoins rester impunies, ces manœuvres pourront faire l'objet, dans certains cas, d'une autre qualification, sans qu'il soit nécessaire de dénaturer la notion de fraude par un forçage de ses limites. La rénovation de la théorie de la fraude à la loi passe donc par une restructuration de ses éléments constitutifs (Titre 1) et de sa sanction (Titre 2).

## Titre 1

# LA RESTRUCTURATION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FRAUDE A LA LOI

328 — Dans sa conception traditionnelle, la fraude à la loi se manifeste par la réunion de trois éléments. Cette trilogie est de l'essence même de la fraude et est irréductible. Si l'élément intentionnel est fréquemment contesté, dans son existence même et plus souvent en ce qui concerne sa démonstration, il est et demeure le centre névralgique de cette notion et se révèle identifiable dès lors que sont précisés son sens et sa nature (Chapitre 2). C'est essentiellement au regard des éléments objectifs de la fraude à la loi que la restructuration intervient. Ces deux éléments permettent seuls en effet de circonscrire la fraude à la loi par rapport à d'autres principes correcteurs du droit, tels que l'abus de droit et la simulation et, partant, de donner une exacte qualification à une manœuvre qui, en d'autres temps, aurait été considérée comme frauduleuse. Le but de la restructuration de ces éléments objectifs est donc de déterminer les critères qui permettent de faire le tri entre ce qui est de la fraude à la loi et ce qui n'en est pas, et corrélativement de la place qui peut être réservée à d'autres mécanismes correcteurs du droit, telle que la réserve de l'abus de droit. Les développements permettront ainsi de constater que l'erreur de la fraude à la loi en droit international privé est que la jurisprudence et la doctrine se sont focalisées sur cette seule notion, alors que les autres concepts régulateurs du droit, particulièrement l'abus de droit et la simulation, peuvent trouver un terrain d'application en droit international privé. L'étude des éléments constitutifs de la fraude à la loi de droit international privé devra ainsi permettre non seulement de caractériser le domaine exact de cette notion, mais également, par opposition, celui de l'abus de droit et de la simulation. Ces trois concepts, essentiellement la fraude et l'abus, seront ainsi mis en opposition tout au long des développements (Chapitre 1).



## Chapitre 1

# UNE CONSTRUCTION

**329** — La construction d'une fraude à la loi de droit international privé ne se réduit pas à la modification d'un élément de rattachement, comme dans l'affaire *Vidal*<sup>1</sup>. Elle ne se réduit pas non plus à la modification d'une catégorie de rattachement, comme dans l'affaire *Caron*<sup>2</sup>. Si ces deux circonstances peuvent conduire à la qualification de fraude à la loi, sa matérialité apparaît plus complexe. Surtout, la seule analyse des éléments matériel et légal n'est pas suffisante. Si elle est nécessaire, elle ne permet pas à elle seule de conclure à la fraude à la loi. La configuration de la situation du sujet au plan international, c'est-à-dire la manière dont cette situation à la base de l'instrumentalisation s'inscrit dans le conflit de lois ou de juridictions, est déterminante dans le choix de la qualification qui en sera donnée. Tout dépend de savoir si le sujet crée ou dénie une situation internationale ou s'il ne fait qu'exploiter une situation internationale préexistante. Dans le premier cas, la qualification de fraude à la loi pourra intervenir. Dans le second cas, elle ne pourra lui être opposée. La fraude à la loi de droit international privé suppose en effet une création, par opposition à la simple exploitation d'une situation internationale déjà existante (Section 1). Néanmoins, si la création ou la dénégation d'une situation internationale s'avère nécessaire à la qualification de fraude à la loi, cette création doit également être réelle pour justifier, *in fine*, la qualification de fraude à la loi. À défaut de réalité, la création ne sera pas frauduleuse et pourra, le cas échéant, entraîner l'intervention d'un autre mécanisme correcteur du droit (Section 2).

## SECTION 1

### UNE CREATION

**330** — Contrairement à la conception traditionnelle de la fraude à la loi, l'analyse de la configuration internationale de la situation de l'intéressé permet d'écarter du champ de la théorie de la fraude à la loi certaines manœuvres qui auparavant semblaient en faire partie, comme les affaires de répudiations étrangères. Dans cette hypothèse néanmoins, à l'absence théorique de fraude à la loi répond la possibilité d'un abus de droit (§ 2). Avant d'étudier cette

---

<sup>1</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.

<sup>2</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY.

distinction quant à la configuration internationale de la situation soumise à l'autorité étatique, il convient au préalable de montrer que l'intervention de la règle de conflit dans la résolution du rapport de droit, et donc de la potentialité de création d'une instrumentalisation internationale (§ 1), dépend avant tout de l'existence d'un rapport conflictuel international (§ préliminaire).

## § PRELIMINAIRE – L'EXISTENCE DU RAPPORT CONFLICTUEL INTERNATIONAL

**331** — L'existence d'un conflit de juridictions et de lois, nécessaire à la réalisation d'une fraude à la loi ou d'un abus de droit, suppose que soient distinguées les situations internes des situations internationales. Le droit international privé n'a en effet vocation à régir, en principe, que les seules situations internationales à l'exclusion des situations internes. Son intervention est donc conditionnée par cette distinction (A). Toutefois, le fait pour une situation d'être internationale n'engendre pas inéluctablement un conflit de lois. Il convient de distinguer également les faux des vrais conflits (B).

### A. LA DISTINCTION ENTRE LES SITUATIONS INTERNES ET INTERNATIONALES OU LA PERTINENCE DU FAIT A LA BASE DE LA FRAUDE A LA LOI

**332** — La distinction entre les situations internes et internationales constitue le fondement même du droit international privé. La sphère d'application du droit interne et la nécessaire intervention du droit international privé en dépendent puisque tous les faits et rapports ne peuvent être soumis au même droit interne et qu'il appartient au droit international privé de départager, le cas échéant, la compétence concurrente de plusieurs droits internes. Selon l'opinion communément admise, est internationale une situation qui présente au moins un élément d'extranéité<sup>1</sup>, lorsqu'il y a « contact d'un même rapport de droit avec plusieurs lois, et par conséquent, doute sur la législation à appliquer »<sup>2</sup>. Le contact peut être personnel, réel ou local<sup>3</sup>. La difficulté est de déterminer, parmi tous les éléments d'extranéité que présente un rapport de droit, lesquels sont pertinents et permettent le déclenchement du droit international privé. Car l'observateur parviendra toujours à découvrir un point de contact avec l'extérieur : « toute situation interne est en quelque sorte une situation internationale qui s'ignore »<sup>4</sup>. Ainsi un contrat signé et exécuté en France entre deux Français domiciliés en France peut cacher des éléments internationaux si l'objet de la vente est un produit fabriqué à l'étranger<sup>5</sup>.

**333** — Toutefois, pour que cet élément d'extranéité donne naissance à un conflit de lois, il faut encore qu'il s'agisse d'un élément de fait étranger *pertinent*. Ainsi, dans la vente d'un produit étranger, cet élément d'extranéité n'aura aucune influence sur la validité de celle-ci alors qu'il devra être pris en considération en ce qui concerne la responsabilité du vendeur.

<sup>1</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère », in *Justice et droits fondamentaux*, Mél. J. NORMAND, éd. Litec, 2003, p. 485 et s., spéc. p. 497 et s., v° « Litige international » ; J. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, RCADI 1936-III, t. 57, p. 325 et s., n° 43.

<sup>2</sup> A. PILLET, « Le droit international privé. Sa définition, son origine rationnelle, son domaine, ses conditions générales et son but », *JDI* 1893, p. 7 et s., p. 318 et s., spéc. p. 8.

<sup>3</sup> W. GOLDSCHMIDT, « Système et philosophie du droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1955, p. 639 et s., 1956, p. 20 et s., p. 223 et s., spéc. p. 644.

<sup>4</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 112.

<sup>5</sup> P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, RCADI 1977-II, t. 155, p. 1 et s., spéc. p. 18.

En ce sens, l'élément d'extranéité pertinent se confond avec l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit<sup>1</sup>. Il en découle que le sujet qui construit une fraude à la loi de droit international privé doit porter son action sur des éléments pertinents de sa situation, c'est-à-dire des éléments qu'il sait être influents devant l'autorité étatique qu'il saisira. Ainsi, dans l'affaire *Caron*<sup>2</sup>, le changement de nationalité du testateur n'aurait eu aucune influence sur la détermination de la loi applicable à la dévolution de la succession, car il ne s'agit pas d'un élément retenu par la règle de conflit en matière de succession. Dans cette espèce, cet élément de fait n'était pas pertinent, sa manipulation ne pouvait donc donner lieu à une fraude à la loi.

**334** — Néanmoins, l'internationalité d'une situation est souvent relative. Elle dépendra non seulement de la pertinence des éléments d'extranéité mais également de l'autorité étatique saisie. À ce propos, MM. les Pr. MAYER et HEUZE opposent les situations internationales subjectives et objectives<sup>3</sup>. Une situation est subjectivement internationale lorsque l'élément étranger change selon l'autorité étatique devant laquelle elle se présente. Une même situation peut également être à la fois interne et internationale selon l'autorité étatique saisie<sup>4</sup>. À l'inverse, une situation est objectivement internationale lorsque son internationalité dépend de facteurs intrinsèques à cette situation et non directement de l'autorité saisie. Qu'elle soit subjective ou objective, l'internationalité de la situation commande l'intervention du droit international privé. Du point de vue de la fraude à la loi, cette distinction entraîne que le sujet doit, lorsqu'il crée une situation subjectivement internationale, connaître l'élément d'extranéité retenu par la règle de conflit de l'autorité qu'il compte saisir afin de ne pas, notamment, transformer une situation interne en une autre situation interne, ou encore une situation interne en une situation internationale mais qui, selon l'autorité saisie, se règlera comme l'ancienne situation. Ainsi, un couple de Français domicilié en France entend échapper à la loi française change de domicile et saisit l'autorité étatique du domicile étranger. Si la règle de conflit de lois de cette seconde autorité retient comme critère de rattachement la nationalité commune, la situation initialement interne est certes devenue internationale mais elle est tranchée comme l'aurait été la première situation interne.

**335** — Dans un sens identique, le droit communautaire appelle une distinction entre les situations internes, intra et extracommunautaires. Si son application ne résulte pas de la résolution préalable d'un conflit de lois, le droit communautaire nécessite l'existence d'une situation véritablement communautaire<sup>5</sup>. Ainsi, sauf exception, il ne s'applique pas aux situations extracommunautaires<sup>6</sup>. Inversement et de manière générale, il n'a pas vocation à s'appliquer à un litige purement interne, c'est-à-dire dans les hypothèses qui ne comportent aucun élément « d'européanité » ou dans les situations non régies par le droit communautaire. Si la seconde exclusion paraît évidente, la première peut davantage surprendre. Pour l'internationaliste, la référence aux éléments d'extranéité présents dans une situation renvoie à l'existence d'un conflit de lois que le juge doit préalablement résoudre afin de trancher le litige.

---

<sup>1</sup> J.-L. ELHOUËISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39 et s. ; A. PRUJINER, « Le droit international privé : un droit de rattachement », in *Études de droit international en l'honneur de P. LALIVE*, éd. Helbing & Lichtenhaln, 1993, p. 161 et s., spéc. p. 166.

<sup>2</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc., maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>3</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 5.

<sup>4</sup> J.-L. ELHOUËISS, *op. cit.*, p. 45.

<sup>5</sup> V. not. É. PATAUT, « Qu'est-ce qu'un litige « intracommunautaire » ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement de Bruxelles I », in *Justice et droits fondamentaux*, Mél. J. NORMAND, éd. Litec, 2003, p. 365 et s.

<sup>6</sup> L. DUBOIS, Cl. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2004, n° 337.

Pour appliquer le droit communautaire, il ne suffit donc pas qu'il règle matériellement la question posée, il faut encore que le litige se rattache à la Communauté européenne, c'est-à-dire à deux États membres au moins<sup>1</sup>. Cependant, la présence d'un élément d'européanité ne suffit pas, il doit concerner directement la norme communautaire que le juge national est chargé d'appliquer. En effet demeure interne, nonobstant la présence matérielle d'un élément d'européanité, la situation qui « ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire »<sup>2</sup>. La nécessité d'un élément d'européanité pour l'application du droit communautaire intervient essentiellement dans les situations où ce dernier accorde aux ressortissants communautaires des droits qui vont au-delà du traitement national. En matière de libre circulation des personnes par exemple, la « question se présente lorsque le ressortissant d'un État membre se plaint de ce que le traitement que lui impose son droit national est moins favorable que celui dont bénéficient dans cet État les ressortissants des autres États membres qui invoquent le bénéfice des règles communautaires »<sup>3</sup>. Il s'ensuit un traitement inégalitaire au détriment du national. Qualifiées de discriminations à rebours<sup>4</sup>, ces situations tendent à s'estomper à mesure que s'accroissent la volonté et la nécessité d'harmoniser les législations nationales<sup>5</sup>. Néanmoins, l'exigence d'un lien d'européanité demeure une condition d'application du droit communautaire<sup>6</sup>.

**336** — Si la distinction entre les situations internes et les situations internationales est la base de l'intervention du droit international privé, cette relation de cause à effet n'est toutefois pas absolue. D'une part, des situations purement internes peuvent directement faire intervenir une règle de droit international privé. Ainsi un contrat purement interne peut être soumis à une loi étrangère, en vertu de l'article 3 § 3 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et donc donner lieu à un conflit de lois. De même en droit communautaire, la CJCE a accepté de répondre à une question préjudicielle qui concernait une réglementation nationale s'appliquant aux produits nationaux<sup>7</sup>. À l'inverse, une situation internationale peut ne donner lieu à aucun conflit de lois. Il en est ainsi des situations subjectivement internationales qui seraient purement internes pour l'une des autorités étatiques de rattachement, ou celles qui appellent une loi de police. Une situation internationale peut encore révéler une absence de conflit de lois lorsque les lois potentiellement compétentes conduisent à des résultats identiques, de sorte que la relation est d'ores et déjà « fixée »<sup>8</sup>. Cette circonstance appelle une sous-distinction, lorsque la situation est internationale, entre les faux et les vrais conflits.

## B. LA DISTINCTION ENTRE LES FAUX ET LES VRAIS CONFLITS

**337** — L'opposition entre les faux et les vrais conflits de lois n'est pas directement connue du droit international privé français. Elle a essentiellement été développée par la doctrine américaine, notamment par Currie et la méthode de l'*interest analysis*. Selon celle-ci, le for doit appliquer dans tous les cas sa propre loi, en présence d'un intérêt à son application,

<sup>1</sup> V. par ex. CJCE, 16 novembre 1995, *van Buynder*, aff. C-152/94, *Rec. I*-3981.

<sup>2</sup> CJCE, 2 juillet 1998, *Kapasakalis*, aff. C-225 à 227/95, *Rec. I*-4239. V. par ex. CJCE, 16 décembre 1992, *Poirrez*, aff. C-206/91, *Rec. I*-6685 ; – 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff. C-352/85, *Rec. p.* 2085.

<sup>3</sup> L. DUBOIS, Cl. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 90.

<sup>4</sup> Par ex. CJCE, 22 septembre 1992, *Petit*, aff. C-153/91, *Rec. I*-4973.

<sup>5</sup> C. NOURISSAT, *Droit communautaire des affaires*, éd. Dalloz, Hypercours, 2003, n° 168.

<sup>6</sup> L. DUBOIS, Cl. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 338.

<sup>7</sup> CJCE, 7 mai 1997, *Pistre*, aff. C-321 à C-324/94, *Rec. I*-2343 ; – 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec. I*-10663 ; *Rev. dr. UE* 1/2001, p. 25.

<sup>8</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 114.

même lorsque les lois d'un ou plusieurs autres États entendent régir la situation. Il doit appliquer la loi du seul État étranger intéressé lorsque le for n'a pas intérêt à appliquer la sienne. Il doit enfin appliquer la loi du for lorsque aucune loi étrangère n'a intérêt à sa propre application ou lorsque plusieurs lois étrangères ont un intérêt à s'appliquer<sup>1</sup>. De cette méthode ressort la distinction entre les faux et les vrais conflits de lois. « Un conflit de lois est un *vrai conflit* lorsque chacune des lois en présence a un intérêt à s'appliquer à la situation considérée, compte tenu de la politique législative (*policy*) qu'elle traduit et des rattachements que la situation présente avec elle ; c'est un *faux conflit* lorsqu'une des lois a un intérêt à s'appliquer, tandis que l'application de l'autre ne servirait que peu, ou pas, les objectifs qu'elle se propose »<sup>2</sup>. En abandonnant le critère de la politique législative pour ne retenir qu'un critère matériel, il y aura faux conflit lorsque les lois en concurrence ne diffèrent pas ou pas assez sur le fond, de sorte qu'il importe peu que l'une soit appliquée par préférence à l'autre<sup>3</sup>. En effet, si « toutes les législations étaient identiques, il est bien évident qu'aucune opposition ne serait concevable entre elles et qu'aucun intérêt ne s'attacherait à préférer l'une aux autres »<sup>4</sup>. Cette conception des faux conflits se retrouvait en matière de preuve de la loi étrangère, sous l'empire de l'arrêt *Amerford*<sup>5</sup>. À l'inverse, il y aura vrai conflit dans le cas d'une « situation qui comporte des liens réels ou « suffisants » avec deux ou plusieurs ordres juridiques, et dans lesquels ceux-ci reconnaissent tous la compétence directe de leurs propres organes »<sup>6</sup>, en supposant que les lois en conflit diffèrent dans leur contenu matériel respectif.

**338** — Dans sa thèse, M. le Pr. AUDIT circonscrit le domaine de la fraude à la loi à cette distinction entre faux et vrais conflits. En présence d'un vrai conflit et dans la mesure où toutes les lois en concurrence ont vocation à s'appliquer, l'application de l'une se fera toujours au détriment de l'autre, en violation de celle-ci. C'est le but même de la règle de conflit que de départager deux lois qui ont toutes deux vocation à s'appliquer. « C'est pourquoi il paraît justifié de ne pas parler de fraude à la loi par application d'une loi étrangère lorsque le conflit était un vrai conflit : la violation de la loi en pareil cas n'est pas substantielle mais secondaire »<sup>7</sup>. En revanche, il y aurait « fraude à la loi lorsqu'un faux conflit est résolu par l'application de la loi qui n'avait qu'un intérêt minime, ou pas d'intérêt, à s'appliquer »<sup>8</sup>. Dans ce cas, la loi appliquée l'aura été sans compétence véritable, si ce n'est celle qu'elle tient de la manœuvre frauduleuse, alors que la loi qui avait le plus de titre à s'appliquer a été évincée.

**339** — Si le principe même de la distinction peut être retenu pour expliquer le mécanisme de la fraude à la loi, il ne semble pas en revanche qu'elle permette véritablement une solution aussi tranchée. Même en présence d'un vrai conflit de lois, la pratique jurisprudentielle fait nettement apparaître que le sujet de droit peut utiliser de manière abusive la concurrence des fors et donc des lois qui s'offrent à lui. S'il est exact que dans ce cas l'application de l'une des lois ne peut être contestée du seul fait de l'éviction de l'autre, il n'en

<sup>1</sup> P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI 1999, t. 276, p. 9 et s., n° 17, p. 71 ; B. AUDIT, n° 120 et s. ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 242-1. V. par ex. Cour suprême de l'État de New York, 9 mai 1963, *Babcock v. Jackson*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 284.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 28.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 21.

<sup>4</sup> P. LOUIS-LUCAS, *J.-Cl. inter.*, 1959, fasc. 530-A, n° 2.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 322, note LAGARDE ; *JDI* 1994, p. 98, note DONNIER ; *GADIP* n° 82.

<sup>6</sup> H. MUIR WATT, note sous TGI Paris, 10 mai 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 391 et s., spéc. p. 400.

<sup>7</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 32. Dans le même sens, H. MUIR WATT, note préc., *loc. cit.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 33.

reste pas moins que les mobiles de cette application-éviction peuvent donner lieu à une forme de réprobation qui, en d'autres circonstances, se serait matérialisée sous le qualificatif de fraude à la loi. De même, réduire la qualification de fraude à la loi à l'hypothèse d'un faux conflit présuppose que la loi rendue compétente en raison de la manœuvre frauduleuse n'a, en soi, qu'un titre moindre à s'appliquer au regard de la loi par hypothèse évincée. Or, il revient à la réserve de la fraude à la loi elle-même de mettre en évidence ce faux conflit et non l'inverse. En effet, dans la mesure où la manœuvre frauduleuse doit être réelle, licite et efficace, elle crée nécessairement un vrai conflit, plus exactement un *faux vrai conflit*. En retenant les trois caractères du préalable matériel<sup>1</sup>, ce dernier peut encore créer un autre faux conflit, mais cette fois en faveur de la loi dont l'application découle de la manœuvre, au détriment de celle qui avait, auparavant, le plus de titre à s'appliquer. En d'autres termes, la manœuvre frauduleuse renverse le faux conflit en modifiant les titres respectifs des lois concurrentes à s'appliquer. Dans les deux cas, il appartient à la théorie de la fraude de révéler la fausseté ou de rétablir le faux conflit originel et ainsi d'assurer l'application de la loi évincée, c'est-à-dire celle qui avait normalement le plus de titre à s'appliquer. Si donc cette distinction entre faux et vrais conflits peut dans une certaine mesure expliquer le mécanisme de la fraude à la loi, elle ne permet pas d'en donner la solution à moins d'inverser leur relation de cause à effet. Elle pourra néanmoins être réutilisée afin de circonscrire le domaine de la fraude à la loi, en se basant cette fois non sur le titre respectif des lois à s'appliquer mais sur la configuration internationale de la manœuvre frauduleuse<sup>2</sup>.

### § 1 – LA REGLE DE CONFLIT : MOYEN DE CREATION D'UNE INSTRUMENTALISATION INTERNATIONALE

**340** — La conception étriquée de la théorie de la fraude à la loi traditionnelle vient essentiellement du fait que la fraude à la loi par le procédé de la règle de conflit n'était envisagée que par la modification d'un élément de rattachement ou d'une catégorie de rattachement. Or, c'est plus largement l'ensemble du raisonnement conflictuel qui permet la fraude à la loi. La règle de conflit peut être instrumentalisée lors de la résolution du conflit de juridictions comme du conflit de lois, de façon alternative ou cumulative et à n'importe quel stade du raisonnement conflictuel. La règle de conflit, quelle que soit sa nature, devient alors un véritable moyen de fraude à la loi, comme d'abus de droit. Un premier critère de distinction entre ces deux concepts peut d'ailleurs apparaître à ce stade selon que le sujet revendique une compétence, auquel cas la manœuvre appellerait la qualification éventuelle de fraude (A), ou qu'il exploite une option de compétence offerte par la règle de conflit, notamment par *forum shopping*, lequel appellerait davantage la qualification éventuelle d'abus (B).

#### A. LA CREATION D'UNE COMPETENCE

**341** — La fraude à la loi ne concerne pas seulement le conflit de lois mais peut également passer par une manipulation du conflit de juridictions. L'intéressé peut ainsi revendiquer frauduleusement la compétence d'un for (1), avec ou sans modification frauduleuse de la compétence législative (2).

<sup>1</sup> Le préalable matériel de la fraude à la loi doit être réel, licite et efficace, cf. *infra* n° 456 et s.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 405 et s.

### 1. La revendication frauduleuse de la compétence d'un for

**342** — Pour qu'une autorité étatique soit appelée à exercer ses pouvoirs sur un point de droit, elle doit tout d'abord devenir internationalement compétente. Par les différents critères de compétence qu'elle retient, la règle de conflit offre au sujet la possibilité de saisir une autorité à sa convenance, qui présente un lien de rattachement certain avec la situation en cause, mais dont la compétence apparaîtrait d'un autre point de vue contestable. Parmi les différents chefs de compétence en effet, certains donnent lieu plus que d'autres à des « abus de souveraineté » de la part des États qui les utilisent<sup>1</sup>. D'autres ne peuvent directement s'analyser comme des abus de souverainetés tant ils sont communs à la quasi-totalité des systèmes juridiques. Ils peuvent néanmoins donner lieu à des fraudes à la juridiction de la part de plaideurs qui les utilisent de façon à créer une compétence artificieuse bien que juridiquement réelle. En droit international privé de la famille, les principaux critères de compétence juridictionnelle utilisés sont le for du défendeur, le for du demandeur, le for commun, le for de la personne intéressée, le for du lieu de situation d'un bien ainsi que le for conventionnel.

**343** — La compétence fondée sur le domicile, la résidence ou la nationalité du défendeur jouit d'une légitimité certaine. Elle est généralement érigée au rang de compétence de principe. Tel est le cas en France en droit commun comme en droit réglementaire<sup>2</sup>. Supposé normal et ne procédant pas d'un abus de souveraineté<sup>3</sup>, le for du défendeur peut se révéler propice à une compétence artificielle dans la mesure où justement l'universalité du critère rend moins contestable une éventuelle utilisation détournée. Des systèmes dont la « compétence judiciaire [est] offerte à tout venant »<sup>4</sup> à ceux qui conditionnent la compétence du for du défendeur à un véritable critère d'effectivité, la marge de manœuvre du plaideur est assez large. Ainsi dans les pays de *Common Law* où compétence est reconnue au for de l'assignation du défendeur<sup>5</sup>, une personne peut saisir les tribunaux anglais en raison de la seule présence du défendeur sur le sol du for, voire dans son espace aérien. En matière de divorce, la seule présence des époux dans le ressort du Tribunal de Reno, quelle qu'en soit la durée, permet ainsi à l'un d'eux d'assigner l'autre devant ce juge.

**344** — Lorsque des fors du défendeur sont concurremment compétents, l'un peut être utilisé par le demandeur pour faire échec à un autre for qui ne lui serait pas favorable. Ainsi en droit français l'article 15 du Code civil permet à l'étranger de saisir le juge français de toute action engagée contre un Français<sup>6</sup>. Un étranger peut donc revendiquer la compétence du juge français, afin de faire échec à celle du domicile du défendeur. Toutefois, « cette règle ne saurait être invoquée par un étranger dans un but frauduleux »<sup>7</sup>. Cette décision montre que la fraude à la loi peut être déjouée au stade de sa réalisation lorsque celle-ci est conditionnée par l'intervention d'une autorité étatique<sup>8</sup>, laquelle peut alors refuser d'exercer sa compétence<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 40 et s.

<sup>2</sup> Not. les art. 42 et 1070 du npc et l'art. 15 du Code civil ; art. 3 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003.

<sup>3</sup> À propos de l'article 15 du Code civil, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, *RJPF*-2004-6/14, obs. PUTMAN ; *JCP* 2004, II, 10097, note EGEA ; *Gaz. pal.* 25-26 juin 2004, p. 16, note WEISSBERG ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 36, note NIBOYET ; *Dr. & patr.* 2004, n° 129, p. 124, obs. MONEGER ; *Deffrénois* 2004, p. 1235, note MASSIP.

<sup>4</sup> Ph. MALAURIE, note sous TGI de la Seine, 14 mai 1962 et 6 juin 1962, *D.* 1962, p. 653 et s., spéc. p. 655.

<sup>5</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 70.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 113, note BATIFFOL ; *GADIP* n° 49.

<sup>7</sup> TGI Paris, 12 novembre 1969, *JDI* 1971, p. 816, note MALAURIE.

<sup>8</sup> Cf. *infra* n° 438 et s.

<sup>9</sup> Cf. *infra* n° 620 et s.

**345** — Pour le demandeur, cette compétence n'est pas impérative, il peut dès lors saisir tout autre juge compétent. Fondé sur la nationalité française du défendeur au jour de l'introduction de l'instance<sup>1</sup>, l'article 15 peut être invoqué à l'encontre d'un Français qui était étranger au jour de la naissance du droit litigieux<sup>2</sup>. En revanche, il est inapplicable si la personne, bien que française au jour de la naissance du droit litigieux, est devenue étrangère au moment de l'assignation<sup>3</sup>. Il apparaît alors que le Français peut échapper à la compétence du juge français par acquisition d'une nationalité étrangère et la perte de la nationalité française. Toutefois, cette naturalisation étrangère sera inopérante si elle a été obtenue à cette fin de fraude et le juge français pourra se déclarer compétent<sup>4</sup>.

**346** — L'article 15 confère une compétence exclusive au juge français à l'égard du Français défendeur<sup>5</sup>. Ce dernier peut renoncer à ce privilège de juridiction et accepter d'être jugé devant un for étranger<sup>6</sup>. La Cour de cassation a cependant réservé cette possibilité de renonciation à l'absence de fraude à la loi<sup>7</sup>, laquelle pourrait ici jouer dans deux sens. D'une part, le défendeur peut renoncer à la compétence du juge français afin d'échapper, au-delà de cette compétence judiciaire, à celle de la règle de conflit française et, plus loin, à la loi moins favorable qu'elle désigne<sup>8</sup>. D'autre part, le défendeur peut, lorsqu'il est poursuivi devant un juge étranger, soit s'abstenir de se défendre en ne se présentant pas devant lui, soit se ménager une possibilité de renonciation, notamment en concluant au fond tout en faisant des réserves sur sa compétence. Cette temporisation de la compétence du juge étranger permet au défendeur d'attendre le résultat matériel de cette instance pour se décider sur l'opportunité de la décision. Si le résultat lui est favorable, l'acceptation de la décision vaudra renonciation. Si au contraire le résultat lui est défavorable, il pourra opposer à la reconnaissance en France de cette décision étrangère son privilège de juridiction auquel il n'aurait pas renoncé<sup>9</sup>. En ce sens, l'article 15 du Code civil « confère à tout Français défendeur une immunité d'exécution personnelle à l'encontre de tout jugement étranger »<sup>10</sup>, immunité qu'il invoquera ou non en fonction de ses intérêts propres. Il appartiendra alors au juge de la reconnaissance de vérifier la renonciation à l'article 15 du Code civil et d'apprécier, le cas échéant, si elle ne procède pas d'une fraude<sup>11</sup>.

**347** — En cas de pluralité de défendeurs, le demandeur peut saisir à son choix le for de l'un des défendeurs et y attirer tous les autres<sup>12</sup>. Afin de s'offrir la compétence d'un for favorable, le demandeur peut alors assigner un défendeur devant l'autorité d'un autre

<sup>1</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 678-1 ; B. AUDIT, n° 354 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 291.

<sup>2</sup> Req., 16 janvier 1867, S. 1867, 1, 159.

<sup>3</sup> Civ., 19 juillet 1875, de Ramondenc, S. 1876, 1, 289, note LABBE ; D. 1876, 1, 5.

<sup>4</sup> Req., 16 décembre 1845, Desprades, S. 1846, 1, 100, note DEVILL ; D. 1846, 1, 7 ; – Civ., 19 juillet 1875, de Ramondenc, préc. ; – T. civ. de la Seine, 4 février 1882, JDI 1882, p. 544.

<sup>5</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 1974, Rev. crit. DIP 1975, p. 299, note MEZGER ; – 27 janvier 1987, Rev. crit. DIP 1987, p. 605, note LAGARDE.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 1983, Rev. crit. DIP 1985, p. 100, note BATIFFOL ; JDI 1984, p. 887, note COURBE.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1965, JDI 1965, p. 628, note LEVEL ; Rev. crit. DIP 1966, p. 641, note DEHAUSSY.

<sup>8</sup> Not. Paris, 5 mars 1976, JDI 1977, p. 880, note A. H. ; Rev. crit. DIP 1978, p. 149, 1<sup>re</sup> esp., note AUDIT et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, Rev. crit. DIP 1978, p. 149, 2<sup>de</sup> esp., note AUDIT ; D. 1978, IR, p. 99, obs. AUDIT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, Lemaire, Rev. crit. DIP 1989, p. 89, 1<sup>re</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1987, Rev. crit. DIP 1987, p. 605, note LAGARDE.

<sup>10</sup> G. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », Rev. crit. DIP 1975, p. 1 et s., spéc. p. 19. Dans le même sens, H. MUIR WATT, « Les principes généraux en droit international privé », JDI 1997, p. 403 et s., spéc. p. 412.

<sup>11</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1965, préc.

<sup>12</sup> Not. art. 42 al. 2 du ncpc.

défendeur qui aura été désigné comme tel. La jurisprudence vient limiter cette manœuvre et il faut que « le co-défendeur se présente bien comme un véritable adversaire au procès, sans que sa mise en cause ait eu pour but de soustraire arbitrairement les autres co-défendeurs à leur juge naturel »<sup>1</sup>. Il en est ainsi lorsque le co-défendeur est fictif<sup>2</sup>, lorsque aucune condamnation n'est requise contre lui<sup>3</sup>. En droit international privé de la famille, les hypothèses de pluralité de défendeurs sont toutefois peu nombreuses. Elles peuvent se présenter en matière de successions, lorsqu'un litige oppose un héritier à d'autres héritiers ou à des créanciers de la succession, ou en matière de créances alimentaires, s'il y a plusieurs débiteurs.

**348** — La compétence fondée sur le domicile, la résidence ou la nationalité du demandeur apparaît moins naturelle que le for du défendeur. Elle est pourtant fréquemment retenue en raison d'une prise en considération des intérêts du demandeur<sup>4</sup>. Le for du demandeur est ainsi prévu à l'article 3 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003, qui permet à l'époux demandeur de saisir les juridictions de l'État de sa résidence habituelle. Toutefois, cette compétence est conditionnée par une durée de résidence avant l'introduction de l'instance, durée qui varie en fonction de la nationalité de l'époux demandeur. Cette condition temporelle témoigne du fait qu'en dehors des cas où il a pour fonction de protéger une partie faible, le for du demandeur n'est accepté que s'il s'inscrit dans le cadre d'une intégration effective du demandeur dans le système juridique dont il revendique la compétence. Elle illustre ainsi la suspicion qui entoure naturellement la compétence du for du demandeur. Sans cette condition temporelle, l'article 1070 al. 1, tiret 2 du n<sup>o</sup>pc permet à l'époux demandeur français de saisir le juge français, dans l'hypothèse courante où les époux de nationalité différente retournent s'installer dans leurs pays respectifs après la séparation, et ainsi de faire échec au for étranger du défendeur. À l'inverse et en raison du caractère hiérarchique de ses critères<sup>5</sup>, cette disposition permet également à l'époux avec lequel résident les enfants mineurs de faire échec à la compétence du juge français. Ainsi, dans une affaire, une mère était retournée avec les enfants mineurs du couple dans son pays d'origine. Les juges ont considéré que cette décision brutale n'était justifiée par aucun événement particulier et que la fraude à la loi de la mère, qui est ici constituée « lorsque l'un des époux prend avec lui les enfants contre le gré de l'autre », permettait au juge français de recouvrer sa compétence en vertu des règles normales de compétence<sup>6</sup>. Dans cette espèce, il semble que la mère avait véritablement fixé son nouveau domicile dans son pays d'origine. Si la fraude à la loi ne peut être effectivement retenue qu'en présence d'un véritable changement objectif de domicile, le recours à cette notion était ici inutile, le mari n'ayant pas renoncé au privilège de l'article 15 du Code civil.

<sup>1</sup> Rouen, 21 novembre 1963, *JDI* 1964, p. 322, 2<sup>de</sup> esp., obs. SIALELLI. Comp. avec l'article 6. 2 du Règlement (CE) du 22 décembre 2000 selon lequel une personne domiciliée dans un État membre peut être atraite dans un autre État membre, « s'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ». C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> T. com. de la Seine, 1951, *Gaz. pal.* 1951, 2, p. 278 ; *RTD com.* 1951, p. 639, note LOUSSOUARN ; – Paris, 22 janvier 1957, *Rev. crit. DIP* 1957, p. 486, note E. M. ; – Civ. 2<sup>e</sup>, 14 mars 1968, *Bull.* II, n<sup>o</sup> 84 ; – 15 mars 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 507, 2<sup>e</sup> esp., note NORMAND ; – Paris, 6 mars 1974, *Gaz. pal.* 1974, 2, p. 723.

<sup>3</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 16 juillet 1975, *JDI* 1975, p. 845, note KAHN ; *JCP* 1976, II, 18313, note DAIGRE.

<sup>4</sup> G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1995, p. 97.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 331, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1981, p. 360, note HUET.

<sup>6</sup> Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *D.* 1999, IR, p. 224. Pour une hypothèse inverse, mais sans recours à la notion de fraude, Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 477, note GAUDEMET-TALLON.

**349** — Prévu pour le défendeur, le privilège de juridiction fondé sur la nationalité bénéficie également au demandeur, en vertu de l'article 14 du Code civil. Pour en bénéficier, le demandeur doit être français au jour de l'introduction de l'instance, peu importe qu'il ait été étranger au moment où l'obligation litigieuse a été contractée<sup>1</sup>. Comme en matière de conflit de lois, une personne peut donc changer de nationalité afin de revendiquer la compétence du juge français sur ce fondement<sup>2</sup>, alors même que les tous autres éléments de la situation seraient localisés dans un pays tiers<sup>3</sup>. Dans cette affaire toutefois, les juges réservent l'abus et la fraude, lesquels pourraient faire échec au privilège de l'article 14 du Code civil. En l'espèce, la saisine du juge français n'avait directement que peu d'utilité dans la mesure où, faute de nationalité commune, la jurisprudence *Rivière*<sup>4</sup> conduisait à l'application de la loi italienne, prohibitive en matière de divorce et donc contraire à l'ordre public international. La fraude à la loi pourrait donc résulter de la connaissance supposée de l'intervention de l'ordre public international qui doit permettre à un Français d'obtenir le divorce à l'encontre d'une loi étrangère prohibitive<sup>5</sup>.

**350** — Ayant comme critère la nationalité française du demandeur, le privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil est indifférent à l'origine des droits acquis<sup>6</sup>. Il en résulte que si le demandeur français tient ses droits d'un tiers de nationalité étrangère, soit par l'effet de la loi<sup>7</sup>, soit d'un accord de volonté<sup>8</sup>, il peut néanmoins poursuivre l'autre partie devant le juge français, alors même que celle-ci n'en aurait pas prévu la compétence potentielle lorsqu'elle s'engagea avec un étranger. Car de fait, un étranger qui contracte avec un Français peut lui demander de renoncer à son privilège de juridiction, alors que l'étranger qui contracte avec un étranger ne peut véritablement songer à se protéger de cette compétence<sup>9</sup>. Il en résulte qu'un étranger peut s'entendre avec un subrogé français pour distraire le défendeur étranger de son juge naturel par l'exercice d'une action devant le juge français de la nationalité du subrogé ou du cessionnaire, « tribunal difficile d'accès pour le défendeur ou tenu d'appliquer une loi à laquelle celui-ci n'avait pas songé »<sup>10</sup>. Certains auteurs ont déduit de ce risque que cette règle jurisprudentielle « malheureuse »<sup>11</sup> devrait être abandonnée, au moins en matière contractuelle, en vertu du principe *nemo plus juris*<sup>12</sup>. D'autres ont estimé que le risque de fraude « est inhérent à tout mode volontaire de cession et mieux vaut attendre la preuve de la fraude que de la présumer »<sup>13</sup>. C'est cette dernière solution qu'adoptent les juges. En effet, le cessionnaire français d'une créance, notamment, ne pourrait invoquer le privilège de l'article 14 s'il apparaît

<sup>1</sup> Civ., 17 janvier 1899, *D.P.* 1899, 1, p. 329, note BARTIN ; *S.* 1899, 1, p. 177, note PILLET ; – Paris, 10 juillet 1946, *Rev. crit. DIP* 1947, p. 142, note BATIFFOL.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 308, note 1, p. 238.

<sup>3</sup> TGI de la Seine, 14 juin 1967, *JCP* 1968, II, 15423, concl. FABRE.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATIFFOL ; *JDI* 1953, p. 860, note PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note BUCHET ; *GADIP* n° 26.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *JDI* 1981, p. 812, note ALEXANDRE.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, *D.* 1966, p. 429, note MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note PONSARD ; *JDI* 1967, p. 380, note BREDIN ; *GADIP* n° 43.

<sup>7</sup> Par ex. en matière de succession, Req., 2 août 1876, *S.* 1877, 1, p. 97.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, préc. ; – 16 janvier 1973, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 92 ; *JDI* 1975, p. 336, obs. KAHN ; – 31 janvier 1995, *Bull.* I, n° 56 ; *D.* 1995, p. 471, note COURBE ; *RTD civ.* 1996, p. 162, obs. MESTRE.

<sup>9</sup> G. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *op. cit.*, p. 11 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 43.4.

<sup>10</sup> G. DROZ, *op. cit.*, p. 12.

<sup>11</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 291, note 23.

<sup>12</sup> G. DROZ, *op. cit.*, p. 13.

<sup>13</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 379.

que la cession est le moyen d'une fraude destinée à donner compétence au juge français et ainsi soustraire le défendeur à ses juges naturels<sup>1</sup>.

**351** — À mi-chemin entre le for du demandeur et celui du défendeur, le for de la personne intéressée permet également une instrumentalisation de la compétence internationale à fins de fraude. Ce critère concerne principalement les actions exercées au nom et pour le compte des incapables mineurs ou majeurs qui ne peuvent agir eux-mêmes, bien qu'ils soient juridiquement demandeur ou défendeur aux actions qui les concernent<sup>2</sup>. Tous ces textes ont en commun de donner compétence à l'autorité du domicile ou de la résidence habituelle de l'enfant ou du majeur incapable directement concerné par l'action intentée par une autre personne. Celle-ci peut donc revendiquer la compétence de l'autorité la mieux à même pour faire droit à une demande de pension alimentaire, une mesure relative à l'autorité parentale sur la personne ou les biens de l'incapable en déplaçant la résidence de l'incapable. L'hypothèse peut être fréquente en matière d'enlèvement international d'enfant, dans le cadre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Dans une affaire, la Cour de cassation a ainsi admis, de manière contestable, qu'un père ayant demandé et obtenu le transfert de l'autorité parentale et de la résidence de l'enfant à son profit, au cours de l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement, puisse échapper à la qualification de déplacement illicite d'enfant<sup>3</sup>. Cette solution est aujourd'hui rendue caduque<sup>4</sup> par l'interdiction, faite aux autorités de l'État sur lequel l'enfant aurait été illicitement déplacé, de prendre toutes mesures relatives à l'enfant, si ce n'est des mesures urgentes, et par l'exclusivité de la compétence des juridictions de l'État membre où se trouve la résidence habituelle de l'enfant immédiatement avant l'enlèvement<sup>5</sup>.

**352** — D'autres chefs de compétence peuvent faire l'objet d'une instrumentalisation de la part des personnes qui en relèvent. Ainsi le for commun aux époux, prévu notamment par les articles 1070 al. 1<sup>er</sup>, tiret 1 du npc et 3 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003, permet-il une fraude concertée de la part des époux qui, ensemble, établissent leur domicile sur le territoire d'un État plus permissif en matière de divorce. Un autre chef de compétence qui peut facilement donner lieu à une fraude à la loi est celui de la prorogation internationale de compétence. En principe prohibée en matière familiale<sup>6</sup>, une telle prorogation est possible, de façon implicite, par le biais des règles de compétence internationale directe et/ou indirecte. Ainsi, dans la mesure où il n'établit pas des chefs de compétence exclusifs<sup>7</sup>, l'article 1070 du npc ne s'oppose pas, pris en lui-même, à ce que les époux s'entendent pour saisir le for de

<sup>1</sup> Montpellier, 2 mai 1985, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 108, note DROZ, maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 364, note DROZ ; *JDI* 1988, p. 793, note LOQUIN ; *JCP* 1989, II, 21201, note BLONDEL et CADIET ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. MESTRE. Sur la fraude à la juridiction, cf. *infra* n° 627 et s.

<sup>2</sup> Not. les art. 46 et 1166 al. 1<sup>er</sup>, tiret 2 du npc ; art. 1 et 5 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 et 5 de celle du 19 octobre 1996 ; art. 10 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 ; art. 5 de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2002, *Dr. fam.* 2002, n° 137, obs. FARGE ; *JCP* 2003, II, 10155, note CASHIN-RITAINE ; *LPA* 2002, n° 242, p. 8, note BRIERE.

<sup>4</sup> En ce sens, É. CASHIN-RITAINE, note préc., p. 1738. V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 2003, *RJPF*-2004-2/39, note EUDIER ; *Deffrénois* 2004, p. 159, obs. MASSIP.

<sup>5</sup> Art. 7 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 et art. 10 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003.

<sup>6</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. inter. Dalloz*, v° « Compétence civile et commerciale », 1998, n° 77 ; B. AUDIT, n° 388 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 304.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70.

leur nationalité étrangère commune<sup>1</sup>. De même, en vertu de l'article 17 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003, le for d'un État membre peut devenir compétent, de par la seule volonté des époux, alors même qu'il ne le serait pas en vertu de ces textes. Selon ces articles, le juge de l'État membre saisi d'une affaire pour laquelle sa compétence n'est pas fondée aux termes du règlement et pour laquelle une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu du règlement, doit se déclarer d'office incompétent. Il en résulte *a contrario* que le juge saisi alors qu'il est incompétent en vertu du règlement pourra tout de même statuer si aucune autre autorité d'un État membre n'est elle-même compétente. Cette disposition permet à des époux de soumettre leur divorce à l'autorité d'un État membre alors même qu'aucun des chefs de compétence prévus par l'article 3 n'est rempli. Dans cette hypothèse, la compétence sera appréciée, en vertu de l'article 14 du Règlement de 2003, selon les règles de compétence propres à l'autorité saisie. La prorogation de compétence sera donc implicitement valable si la loi de l'autorité saisie ne permet pas ou laisse la faculté au juge de soulever d'office son incompétence. En droit français, la prorogation de compétence sera possible si toutes les parties s'entendent et si le juge s'accorde à demeurer compétent.

**353** — Il en résulte que la règle de conflit de juridictions, quelle que soit la nature du critère de compétence utilisé ou en fonction de son régime juridique, peut se prêter à la fraude en donnant à la partie les moyens de saisir, à sa convenance, un for compétent en créant artificiellement les conditions de cette compétence internationale. La fraude à la loi qui peut potentiellement en découler pourrait alors être sanctionnée dès l'origine, au stade de la compétence à intervenir de l'autorité étatique saisie, par le biais de moyens objectifs ou subjectifs<sup>2</sup>. Cette saisine frauduleuse, qui en soit peut seule suffire à modifier la loi applicable, peut également se coupler d'une modification frauduleuse de la compétence législative.

## 2. La modification frauduleuse de la compétence législative

**354** — La question de la modification de la compétence législative est l'hypothèse originelle de la fraude à la loi de droit international privé. C'est sous cet angle que la notion a en effet été étudiée, la fraude à la loi étant perçue comme une modification de la loi normalement applicable, par changement malicieux de l'élément de rattachement. Toutefois, la pratique et les développements précédents ont permis de montrer que la fraude à la loi ne se limite pas aux hypothèses rudimentaires illustrées par les affaires de divorces de la fin du 19<sup>e</sup> siècle. L'affaire *Caron* montre que la fraude peut résulter de la modification d'une catégorie de rattachement. Les répudiations étrangères illustrent deux exploitations de la règle de droit : l'exploitation d'une option de compétence, qui provoque l'application d'une loi, et l'action sur les conditions d'intervention de l'exception d'ordre public international, par l'opposition entre son effet plein et son effet atténué. Les divorces migratoires montrent que la fraude est rendue possible par la simple saisine d'une autorité étatique, laquelle appliquera sa propre loi. D'autres affaires montrent encore que l'action sur la compétence de l'autorité étatique n'est parfois pas suffisante pour conduire à la loi jugée opportune. Dans l'hypothèse d'une instrumentalisation du conflit de juridictions, la recherche de la loi la plus avantageuse pour le sujet découle immédiatement de la saisine d'une autorité étatique, par les liens entre le *forum* et le *jus*. En ce

<sup>1</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note ANCEL ; *D.* 1994, somm., p. 352, obs. AUDIT ; – 28 janvier 2003, *Lévy, Bull.* I, n° 23 ; *JDI* 2003, p. 468, note JACQUET ; *JCP* éd. N. 2003, 1543, note FRANÇOIS ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 96, note MONEGER ; *Deffrénois* 2003, p. 1086, obs. MASSIP ; *LPA* 2003, n° 200, p. 11, note MASSIP ; *JCP* 2003, IV, 1491 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, note MUIR WATT.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 620 et s.

sens, la seule revendication de la compétence d'une autorité ou l'utilisation d'une option de compétence suffit à provoquer celle de la loi désirée par le demandeur<sup>1</sup>. Dans d'autres cas, il faut qu'en plus le sujet agisse directement sur la compétence législative. Cette seconde modification sera nécessaire toutes les fois que l'élément ayant permis la compétence de l'autorité saisie n'est pas pertinent sur le plan du conflit de lois. Ainsi, si l'individu veut échapper à sa loi nationale en saisissant une autorité étrangère, laquelle fonde sa compétence sur le domicile mais dont la règle de conflit de lois utilise le critère de la nationalité, il devra non seulement changer de domicile – afin de fonder la compétence de l'autorité étrangère – mais également changer de nationalité afin de provoquer l'application d'une autre loi.

**355** — Au moyen de la règle de conflit de lois, la fraude à la loi est possible dans tous les cas où il y a « dans l'ordre juridique du for une norme disponible pour le fraudeur et qui lui procure le moyen de neutraliser l'impératif auquel il est assujéti »<sup>2</sup>. En reprenant les différentes étapes de la résolution du conflit de lois, le constat est celui que chacune d'elles offre ce moyen au sujet de s'affranchir de la loi à laquelle il était soumis ou celle à laquelle il aurait dû être soumis. La désignation de la loi applicable ne résulte pas du simple mécanisme de la règle de conflit, par l'effet du rattachement qu'elle retient, mais de l'ensemble d'un raisonnement conflictuel dont chacune des étapes a une influence sur la loi finalement désignée. Or, toutes ces étapes dépendent de près ou de loin d'une déclaration de volonté des parties<sup>3</sup>. C'est le cas pour les critères de rattachement. De même et malgré son impérativité naturelle, une loi de police ne sera appliquée que si la situation se rattache à l'ordre juridique qui entend la faire respecter<sup>4</sup>. Le domaine spatial de compétence des lois de police offre ainsi au sujet le moyen d'échapper à leur emprise ou de provoquer leur application en créant les conditions d'entrée ou de sortie de ce domaine. Au stade de l'application de la loi désignée, la méthode du droit international privé lui permet encore de provoquer la compétence de la loi du for par l'éviction de la loi étrangère applicable. Par le biais de l'exception d'ordre public international, il créera par exemple la proximité nécessaire à sa réaction. Par le biais de la preuve, il fera en sorte de rendre la loi étrangère inapplicable en n'en rapportant pas le contenu ou en exploitant des lacunes réelles ou imaginaires de la loi étrangère désignée, en en déformant le contenu ou l'interprétation qui pourrait en être donnée.

**356** — En droit communautaire également, les libertés instituées par les traités peuvent être utilisées afin d'échapper à l'emprise de la loi d'un État membre. Comme la règle de conflit de lois, le droit communautaire peut intervenir directement sur les conditions d'application des lois nationales des États membres mais sans régler directement et matériellement la situation en cause. Dans cette hypothèse, le droit communautaire interdit les traitements discriminatoires entre ressortissants de la Communauté européenne. Il impose aux États membres d'appliquer leur législation aux ressortissants des États membres de la même façon qu'ils le feraient pour leurs nationaux. Entrent dans ce schéma toutes les libertés prévues par le Traité CE : libre circulation des marchandises, des travailleurs, libre prestation de services et liberté d'établissement. Dans tous ces domaines, les libertés communautaires peuvent alors se révéler être un véritable moyen de fraude à la loi. C'est le cas notamment pour

---

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 376 et s.

<sup>2</sup> B. ANCEL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346 et s., spéc. p. 356.

<sup>3</sup> Et non d'une simple expression de volonté qui en soi est insuffisante pour modifier la compétence législative, B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, n° 160 et s.

<sup>4</sup> K. NEUMAYER, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579 et s ; 1958, p. 53 et s., spéc. p. 73. Cf. *supra* n° 215 et s.

les affaires *Centros*<sup>1</sup> et *Blood*<sup>2</sup> dans lesquelles les personnes juridiques ont utilisé une liberté communautaire afin de provoquer la désignation d'une loi d'un autre État membre, ou d'une autre loi d'un même État membre. Sans s'apparenter à un conflit de lois de droit international privé faute de loi normalement applicable, ces affaires, comme beaucoup d'autres, illustrent les potentialités de fraude à la loi offertes par les règles communautaires qui parfois jouent comme de véritables répartiteurs de compétence législative. Dans la première affaire, la société éluda, grâce à la liberté d'établissement, les règles danoises relatives à la constitution des sociétés en provoquant la compétence de la loi anglaise du lieu de son établissement. Dans la seconde, la libre prestation de services permit à Mme Blood d'éluder à la fois les lois anglaise et belge sur la procréation médicalement assistée afin de bénéficier de l'insémination post-mortem sollicitée. La CJCE, dans l'arrêt *van Bisbergen*, vise la manœuvre réalisée « en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État »<sup>3</sup>. L'arrêt *Knoors* précise l'origine nationale de la loi éludée et considère qu'un État membre peut empêcher « qu'à la faveur des facilités créées par le traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale »<sup>4</sup>. Dans ces deux arrêts, la Cour distingue bien les libertés communautaires de la loi nationale de l'État membre. La première n'est pas directement visée par la manœuvre, elle en fait partie intégrante, son exercice permet d'éluder une loi d'un État membre en provoquant l'application de celle d'un autre État membre. Seule alors la loi nationale est véritablement fraudée puisqu'elle seule est éludée et remplacée par la manœuvre. Ce schéma se retrouve dans la majorité des arrêts statuant sur un possible contournement, que ce soit en matière professionnelle<sup>5</sup>, de création de société<sup>6</sup>, de libre circulation des marchandises<sup>7</sup>, des personnes avec les lois nationales sur l'immigration<sup>8</sup>, de reconnaissance de formation reçue dans un autre État membre<sup>9</sup>, de sécurité sociale des travailleurs<sup>10</sup> ou en matière fiscale<sup>11</sup>.

**357** — La formule la plus exacte ressort toutefois des affaires relatives à la diffusion de programmes audiovisuels à destination d'un État membre par le biais d'une société installée dans un autre État membre. Dans ces espèces, la Cour vise plus précisément la possibilité pour l'État membre d'empêcher qu'à « la faveur de l'exercice des libertés garanties par le traité, les

<sup>1</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec.* I-1459 et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482, note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285, obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386, note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705, note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS.

<sup>2</sup> Court of Appeal (1997), 2 *All. ER* 687, *RTD eur.* 1998, p. 107, obs. DUTHEIL DE LA ROCHERE ; J.-S. BERGE, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206 et *Europe* déc. 1999, chron. n° 12. Adde J. FLAUSS-DIEM, « Insémination post-mortem : droit anglais et droit communautaire », in *Liber Amicorum M.-Th. MEULDERS-KLEIN*, éd. Bruylant, 1998, p. 217 et s. ; D. MORGAN, R.G. LEE, « In the name of the father ? Ex parte Blood : Dealing with Novelty and Anomaly », *M. L. Rev.* 1997, p. 840 et s. ; T. K. HERVEY, « Buy Baby : The european Union and Regulation of Human Reproduction », *Oxf. Jour. L. S.* 1998, p. 207 et s.

<sup>3</sup> CJCE, 3 décembre 1974, aff. C-34/74, *Rec.* p. 1299 et s., concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17, pt. 13.

<sup>4</sup> CJCE, 7 février 1979, aff. C-115/78, *Rec.* p. 399 et s., concl. REISCHL, pt. 25.

<sup>5</sup> CJCE, 3 octobre 1990, *Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec.* I-3551, pt. 15.

<sup>6</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. C-79/85, *Rec.* p. 2375, pt. 10.

<sup>7</sup> CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. C-229/83, *Rec.* p. 1 et s., concl. DARMON, pt. 27.

<sup>8</sup> CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.* p. 4265 et s., concl. TESAURO, pt. 24 ; – 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec.* I-6369, pt. 75.

<sup>9</sup> CJCE, 16 mai 2002, *Commission c/ Espagne*, aff. C-232/99, *Rec.* I-4235, pt. 35.

<sup>10</sup> CJCE, 30 mars 2000, *Banks*, aff. C-178/97, *Rec.* I-2005, pt. 24.

<sup>11</sup> CJCE, 3 octobre 2002, *Dieter Danner*, Aff. C-136/00, *Rec.* I-8147, concl. JACOBS, n° 76. Adde CJCE, 2 juillet 2002, *Andreas Hoves Internationaler*, aff. C-115/00, *Rec.* I-6077.

organismes qui s'établissent dans un autre État membre puissent se soustraire abusivement aux obligations découlant de la législation nationale »<sup>1</sup>. La fraude à la loi suppose en effet que le sujet échappe à une loi qu'il aurait dû respecter s'il était resté soumis à l'ordre législatif auquel il relevait normalement, à défaut de manœuvre. Le schéma ici relevé se rapproche véritablement de celui de la fraude à la loi de droit international privé.

**358** — Comme en droit international privé, la fraude à la loi communautaire provient des divergences matérielles entre les lois des différents systèmes juridiques. Cette absence d'harmonisation permet un « *law shopping* intracommunautaire »<sup>2</sup> par l'exercice des libertés communautaires<sup>3</sup>. Cette absence d'harmonisation est d'ailleurs perçue par la Cour elle-même comme un puissant vecteur de fraude à la loi. Ainsi, dans l'arrêt *Knoors*, elle précise, « au surplus, qu'il est toujours loisible au Conseil d'éliminer, en vertu des pouvoirs que lui donne l'article 57 du traité<sup>4</sup>, la cause d'éventuelles fraudes à la loi, en assurant l'harmonisation des conditions de formation professionnelle dans les différents États membres »<sup>5</sup>. Cette recommandation est réitérée dans l'arrêt *Centros* mais sans que la Cour n'utilise le terme de fraude à la loi<sup>6</sup>. S'il est indéniable que l'harmonisation des législations matérielles est de nature à limiter la fraude à la loi, il n'est pas certain que cette solution soit pleinement efficace. D'une part, une trop grande harmonisation restreindrait directement les libertés proclamées par le traité dans la mesure où les divergences matérielles donnent aux libertés communautaires leur principal intérêt. N'est-ce pas d'ailleurs la solution même de l'arrêt *Centros* dont la généralité en fait un principe ? D'autre part, comme en droit international privé, il n'est pas sûr que l'harmonisation matérielle des législations des États membres supprime l'intérêt du *law shopping* intracommunautaire. Tout au plus cette harmonisation peut-elle réduire cet intérêt dans certains cas particuliers, mais sans jamais pouvoir le supprimer totalement<sup>7</sup>. Ainsi, dans le domaine des prestations de services, tant que « l'autorisation d'exercer une activité émise par les autorités de l'établissement de l'entreprise est reconnue dans les autres États membres »<sup>8</sup>, la disparité des conditions de contrôle de l'activité en question rendra toujours attractif l'exercice circonstancié des libertés communautaires. Une harmonisation efficace en terme de lutte contre la fraude à la loi ne passe donc pas seulement par une uniformisation des législations matérielles mais également par celle des procédures de contrôle<sup>9</sup>. En tout état de cause, si le principe de la fraude à la loi issu de l'arrêt *Centros* est réel et dominant en pratique, il n'en recouvre pas toutes les hypothèses, notamment celles où la loi communautaire, comme la loi matérielle en ce qui concerne la fraude à la loi de droit international privé, est elle-même objet de fraude et non plus simplement moyen.

<sup>1</sup> CJCE, 3 février 1993, *Veronica*, aff. C-148/91, *Rec.* I-487, pt. 13 ; – 5 octobre 1994, *TV 10*, aff. C-23/93, *Rec.* p. 4795 et s., concl. LENZ, pt. 21. *Adde* CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-11/95, *Rec.* I-4115, pt. 65 ; – 5 juin 1997, *VT4 Ltd*, aff. C-56/96, *Rec.* I-3143.

<sup>2</sup> J.-Ph. DOM, note sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., n° 9.

<sup>3</sup> M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, éd. Montchrestien, 2001, n° 274.

<sup>4</sup> Devenu art. 47 § 2.

<sup>5</sup> CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, préc., pt. 27.

<sup>6</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc., pt. 28.

<sup>7</sup> F. FERRARI, « Forum shopping et Droit matériel uniforme », *JDI* 2002, p. 383 et s.

<sup>8</sup> M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165 et s., spéc. p. 188.

<sup>9</sup> Notamment dans le domaine de l'audiovisuel, J.-G. HUGLO, « Libre prestation de services et liberté d'établissement », *RTD eur.* 1997, p. 449 et s., spéc. p. 458. Dans le domaine des sociétés, V. MAGNIER, « La société européenne en question », *Rev. crit. DIP* 2004, p. 555 et s.

**359** — Il n'en reste pas moins que la fraude à la loi par modification directe de la compétence législative, autant en droit communautaire qu'en droit international privé, découle directement du rôle départiteur de la règle instrumentalisée. La théorie classique de la fraude à la loi de droit international privé a montré que la règle de conflit de lois abritait la fraude à la loi en en permettant la réalisation. Si l'affirmation est exacte, elle est néanmoins insuffisante car c'est l'ensemble du raisonnement conflictuel qui permet d'influer sur la désignation de la loi applicable. L'instrumentalisation du raisonnement conflictuel suppose un mouvement créatif : l'intéressé crée une situation nouvelle afin que le conflit de lois soit résolu d'une façon différente de celui qu'il aurait été à défaut de manœuvre. Dans d'autres cas, il n'est pas même besoin pour le sujet de créer une nouvelle situation, il peut directement exploiter la situation dans laquelle il se trouve afin de provoquer la compétence de la loi qu'il estime la plus favorable à ses intérêts. C'est le cas notamment lorsque le sujet bénéficie d'une option de législation directement offerte par la règle de conflit de lois. Le *law shopping* qui en résulte peut alors se révéler abusif<sup>1</sup>. De la même façon, une option de compétence judiciaire internationale offre une possibilité de *forum shopping*, elle-même potentiellement abusive.

## B. LE FORUM SHOPPING

**360** — La saisine d'une autorité étatique par l'exploitation d'une option de compétence est un moyen d'instrumentalisation du droit international privé à part entière. Si l'autorité est toujours appelée pour statuer sur une question de droit, le choix de celle qui sera compétente pour le faire peut se révéler déterminant quant à l'issue du litige. L'ordre « international contemporain présente en effet les deux facteurs propices au développement du *forum shopping* : d'une part, il laisse, en fait, la possibilité au plaideur d'un choix de for et, d'autre part, il lui fournit les motifs d'exploiter cette faculté »<sup>2</sup>. En ce sens, « lorsque survient un différend, chaque partie sera tentée de saisir les tribunaux du pays dont elle escompte qu'ils lui seront favorables »<sup>3</sup>, surtout lorsque la règle de conflit de juridictions offre au demandeur une pluralité de compétence (1). L'intérêt du *forum shopping* réside en effet dans la possibilité pour le demandeur de voir son procès jugé différemment, en raison des liens inhérents entre la compétence judiciaire et la compétence législative (2). Comme pour l'exploitation de l'option de législation, l'absence de modification de la situation doit néanmoins conduire, par la suite, à rejeter la qualification de fraude à la loi pour privilégier celle d'abus de droit<sup>4</sup>.

### 1. L'exercice d'une option de compétence à fin de forum shopping

**361** — D'un point de vue purement quantitatif, le *forum shopping* tend à prendre une importance inversement proportionnelle à la diminution des cas de fraudes à la loi au sens strict. Le développement contemporain des règles de compétence juridictionnelle internationale vers plus de souplesse, par l'octroi au demandeur d'une option de compétence internationale, permet directement un *forum shopping* non frauduleux (a). En droit international privé de la famille, cette possibilité est particulièrement nette en matière d'union et de désunion des personnes physiques (b).

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 315 et s.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 49 et s., spéc. p. 50.

<sup>3</sup> B. AUDIT, n° 378.

<sup>4</sup> Cf. *infra* n° 419 et s.

a) Le forum shopping ou l'exploitation orientée d'une option de compétence judiciaire internationale

**362** — Une personne dispose d'une option de compétence lorsque sa situation internationale existante lui permet de s'adresser, en vertu des règles de compétence internationale directe et/ou indirecte, à plusieurs autorités étatiques de différents pays qui pourront rendre un acte constitutif ou déclaratif d'état. Cette situation se différencie de celle qui appelle éventuellement le qualificatif de fraude à la loi dans la mesure où le demandeur n'a pas besoin de modifier sa situation pour entrer dans les conditions de la règle de conflit, il s'y trouve déjà. Il en découle une possibilité de *forum shopping*, c'est-à-dire la possibilité, pratique et théorique, pour le demandeur ou les deux parties de concert, de soumettre leur litige à un for déterminé en fonction du résultat matériel plus favorable qu'il pourrait obtenir. Le *forum shopping* « résulte de l'option devant laquelle se trouve souvent, en matière de compétence internationale, le demandeur, en raison de la pluralité fréquente des tribunaux éventuellement compétents pour trancher un litige international donné »<sup>1</sup>. Le terme n'est pas neutre et induit autre chose que le simple exercice de l'option de compétence. Le *forum shopper* choisit en effet le for devant lequel il portera son action, parmi tous les fors potentiellement compétents, en fonction d'un avantage présumé. Comme pour la fraude à la loi, le plaideur se livre à une simulation du résultat obtenu devant plusieurs fors, sinon tous, concurremment compétents. Certains auteurs définissent alors le *forum shopping* comme « l'activité de l'avocat qui consiste dans la recherche de la juridiction la plus favorable aux intérêts de son client »<sup>2</sup>. L'avantage est le plus souvent substantiel, il peut être également procédural. Dans tous les cas, l'avantage résulte de l'application d'une norme différente par le for choisi par rapport à celle qu'aurait

<sup>1</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Rép. inter. Dalloz, 1998, v° « Fraude à la loi », n° 21. Sur la notion et la pratique du *forum shopping*, v. A. NUYS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Juris Advances*, Vol. 3, Issue 1, article 2 ; in Mél. J. KIRKPATRICK, éd. Bruylant, 2004, p. 745 et s. ; F. FERRARI, « Forum shopping et Droit matériel uniforme », *op. cit.* ; G. MECARELLI, « À propos du caractère inévitable du forum shopping dans la vente internationale de marchandises », *RDAI* 2003, n° 8, p. 935 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *op. cit.* ; A. ATALLAH, « Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping » », *DMF* nov. 2001, n° 620, p. 867 et s. ; T. R. BRYMER, « Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais », *Rev. fr. dr. aérop.* 1992, p. 9 et s. ; G. FLECHEUX et I. HAUTOT, « Le forum shopping », *Dr. prat. com. inter.* 1988, p. 389 et s. Sur le *forum shopping* en droit anglo-saxon où cette pratique est en général bien acceptée, v. not. A. T. VON MEHREN, *Theory and practice of Adjudicatory Authority in Private International Law : a comparative study of the doctrine policies and practices of Common- and Civil-Law Systems*, *RCADI* 2002, t. 295, p. 9 et s., spéc. p. 306 et s. ; A. F. LOWENFELD, « Forum shopping, antisuit injunctions, negative declarations, and related tools of international litigation », *Am. J. Inter. L.* 1997, vol. 91, p. 314 et s. ; Th. M. DE BOER, *Facultative Choice of Law : The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, *RCADI* 1996, t. 257, p. 223 et s., spéc. p. 283 et s. ; K. M. CLERMONT, T. EISENBERG, « Exorcising the evil of forum shopping », *Corn. L. R.* 1995, p. 1507 et s. ; F. K. JUENGER, « What's wrong with forum shopping ? », *Syd. L. R.* 1994, p. 5 et s. ; J. J. FAWCETT, *Products Liability in Private International Law*, *RCADI* 1993-I, t. 238, p. 9 et s., spéc. p. 96 et s. ; P. HAY, *Flexibility versus Predictability and Uniformity in choice of law. Reflection on Current European and United States Conflicts Laws*, *RCADI* 1991-I, t. 226, p. 281 et s., spéc. p. 306 et s. ; P. NORTH, « Forum shopping reconsidered », *H.L.R.*, 103 (1990), p. 1677 et s. ; F. K. JUENGER, « Forum shopping, domestic and international », *T.L.R.* 1989, p. 553 et s. ; S. PEARL, « Forum shopping in the EEC », *Inter. bus. Law.* 1987, p. 391 et s. ; R. SCHUZ, « Controlling forum shopping : The impact of MacShannon v. Rockware Galss LTD », *Int. Comp. L.Q.* 1986, n° 35, p. 374 et s. ; T. O. MCGARITY, « Multy-party forum shopping for appellate review of administrative action », *U. Penn. L. R.* 1980, p. 302 et s. Adde M. C. MARTINEZ, « Fundamentos y limites del forum shopping : modelos europeo y angloamericano », *Riv. dir. inter. pr. proc.* 1998, p. 521 et s.

<sup>2</sup> F. FERRARI, « Forum shopping et Droit matériel uniforme », *op. cit.* p. 384.

appliquée un autre for. C'est le lien entre la compétence judiciaire et la compétence législative – matérielle ou procédurale – qui fonde l'intérêt du *forum shopping* et finalement sa conception même<sup>1</sup>. Le *forum shopping* serait alors la « pratique qui consiste pour un plaideur à utiliser une règle de conflit de juridictions en vue d'obtenir l'application d'une réglementation matérielle plus favorable que celle qu'appliquerait le tribunal normalement compétent »<sup>2</sup>. Connu en droit communautaire, notamment à propos de la mise en œuvre des règles issues de la Convention de Bruxelles 1, le *forum shopping* a pu être défini comme le « choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué »<sup>3</sup>.

**363** — Juridiquement, c'est la nature des règles de compétence juridictionnelle directe qui permet un tel choix pour le plaideur placé dans une situation internationale. Dans le cadre du droit commun, ces règles sont en effet unilatérales, chaque pays détermine les critères de compétence territoriale pour ses propres tribunaux, sans concertation entre les États ni répartition des compétences. « Cette situation est néfaste (...) en ce qu'elle provoque des cumuls de compétence. Ceux-ci sont à l'origine du *forum shopping* »<sup>4</sup>. Si un plaideur se trouve rattaché à plusieurs pays, les juridictions de chacun d'eux sont potentiellement compétentes pour examiner le litige en fonction de la teneur de leurs règles de conflits. Les conflits positifs de compétences « engendrent [alors] un risque de *forum shopping* de la part du demandeur qui sera tenté de choisir le tribunal qui lui convient le mieux, en considération des facilités de procédure, de coûts moindres, ou encore de la loi qu'appliquera le juge puisque la règle de conflit de lois est propre à chaque État »<sup>5</sup>. En droit conventionnel, le *forum shopping* est encore possible, malgré l'harmonisation des critères de compétence entre plusieurs États, notamment avec les règlements communautaires relatifs à la compétence en matières civile, commerciale et familiale. En effet, ces textes utilisent généralement, sinon toujours, non un chef de compétence unique mais une pluralité de critères, alternatifs et non hiérarchisés, qui crée des compétences concurrentes. Le demandeur, à qui est offerte cette option de compétence, peut alors arbitrer lui-même cette concurrence en saisissant effectivement le for devant lequel il obtiendra la solution la plus favorable, ou en en désignant un autre par le biais d'une clause attributive de juridiction. La finalité de cette option de compétence internationale est en effet « d'accroître la protection juridictionnelle du demandeur, de manière à lui assurer une opportunité suffisante de faire entendre sa cause en justice »<sup>6</sup>.

**364** — Le *forum shopping* n'est cependant pas caractérisé de manière inhérente par l'exercice de l'option de compétence. En effet, si l'option existe en théorie, plusieurs facteurs peuvent la rendre totalement inexistante en pratique. D'une part, il se peut que le sujet ignore complètement le choix qui s'offre à lui. Dès lors, l'exercice de l'option ne s'apparente pas ici à un *forum shopping* puisque celui-ci nécessite un choix conscient, effectué après avoir pesé les avantages et les inconvénients de la saisine de telle juridiction plutôt que telle autre. D'autre part, et inversement, le sujet est conscient du choix qui s'offre à lui mais, en étudiant les règles de conflit de lois, matérielles ou procédurales de chacun des fors concurrentement compétents, il

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 376 et s.

<sup>2</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 1.

<sup>3</sup> D. R.-J. COLOMER, conc. sous CJCE, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a.*, aff. C-440/97, *Rec. I*-6307, n° 19, note 11.

<sup>4</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 330. Adde L. COLLINS, *Essays in International Litigation and the Conflict of Laws*, Clarendon press, Oxford, 1993, p. 412.

<sup>5</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Rép. inter. Dalloz*, 1998, v° « Compétence civile et commerciale », n° 9.

<sup>6</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 9.

s'aperçoit que l'option est seulement formelle, qu'il existe une équivalence de résultat entre les juridictions en concours. En raisonnant au sujet de la loi appliquée, cette équivalence peut-être de deux ordres : elle peut tout d'abord être matérielle, chacun des tribunaux appliquera sa propre loi, ou en tout cas des lois différentes, mais ces lois aboutissent au même résultat matériel, en ce sens qu'aucune n'est plus favorable à l'autre. Dans cette hypothèse, le choix existe, le *forum shopping* est juridiquement envisageable mais matériellement inutile. L'équivalence peut ensuite être relevée au niveau de la désignation de la loi appelée à régir la situation envisagée. Les autorités en concours retiennent chacune un critère de rattachement – le même ou un critère différent – en vertu duquel la même loi sera appliquée quelle que soit l'autorité saisie. Cette équivalence est relativement fréquente en matière de statut personnel entre les pays qui retiennent la nationalité comme critère de rattachement. Dans cette hypothèse également le *forum shopping* est possible juridiquement mais il n'est *a priori* pas opportun d'un point de vue conflictuel et donc matériel. La même équivalence pourrait se retrouver au sujet de la procédure, de la prescription ou de tout autre avantage que l'agent recherchait<sup>1</sup>.

**365** — Le *forum shopping* apparaît ainsi comme un droit, une faculté offerte par la combinaison des règles de compétence internationale directes et indirectes. Dans la mesure où l'action en justice tend toujours à la réalisation ou la reconnaissance d'un droit pour le demandeur, il est logique que celui-ci se dirige, lorsqu'il en a la possibilité, vers le for qui réalisera ou reconnaîtra, de la manière la plus favorable, ses droits. Le *forum shopping* apparaît en ce sens tout à fait légitime. En dehors du droit de la famille, de nombreuses dispositions permettent, voire incitent, le *forum shopping*<sup>2</sup>. En revanche, lorsque ce droit est de nature extrapatrimoniaire, le *forum shopping* apparaît moins logique non seulement dans son existence même mais aussi dans son opportunité. Le droit international privé de la famille montre cependant que la possibilité de *forum shopping* est tout aussi importante, notamment en matière d'union et de désunion des personnes physiques.

#### b) L'exemple de l'union et de la désunion des personnes physiques

**366** — Dans la relation de couple, les éléments d'extranéité sont multipliés : chacun de ses membres peut avoir une nationalité ou un domicile propres, plusieurs nationalités différentes, une résidence habituelle propre tout en ayant un domicile commun. Ces différents critères peuvent encore se cumuler. Retenus comme des liens de proximité, tous ces éléments d'extranéité contenus dans une même situation peuvent chacun donner lieu à la compétence d'une autorité étatique. L'hypothèse est particulièrement nette en ce qui concerne la célébration du mariage, les partenariats enregistrés et le divorce.

**367** — En matière de célébration du mariage, la possibilité de saisir l'autorité étatique qui y procédera est relativement importante. En vertu des règles de célébration du mariage, les fiancés placés dans une situation internationale peuvent choisir la forme de célébration de leur union. Du caractère internationalement impératif de l'article 165 du Code civil<sup>3</sup> découle qu'un mariage célébré en France ne peut l'être que selon la forme française. Tout

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 376 et s.

<sup>2</sup> Not. en matière de transport aérien international : T. R. BRYMER, « Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais », *op. cit.* ; dans le domaine du droit maritime, A. ATALLAH, « Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping » », *op. cit.*

<sup>3</sup> J.-M. BISCHOFF, *Rép. inter. Dalloz*, 1998, v° « Mariage », n° 130 et réf. citées ; J. MESTRE, *J.-Cl. inter. fasc.* 546-20, 1993, n° 103.

mariage célébré selon une autre forme sera annulé<sup>1</sup>. En ce sens, la volonté des époux ne semble avoir aucune influence sur la forme de leur union. Cependant, les étrangers en France peuvent se marier, sous certaines conditions, devant leurs autorités consulaires et diplomatiques<sup>2</sup>. De la même façon, les Français de l'étranger disposent d'une option entre la forme locale étrangère, même si elle diffère fondamentalement de la célébration laïque française<sup>3</sup>, et la forme consulaire ou diplomatique<sup>4</sup>. En dehors de cette option, plusieurs législations étrangères offrent un tel choix de l'autorité de célébration aux futurs époux. C'est le cas par exemple en Suède, au Portugal, en Norvège, au Brésil, au Pérou, en Haïti, aux États-Unis et au Canada<sup>5</sup>, en Allemagne et en Grèce<sup>6</sup>, en Tanzanie<sup>7</sup>. C'est le cas encore en Espagne<sup>8</sup>, en Jordanie<sup>9</sup>, en Grande-Bretagne<sup>10</sup>, en Italie<sup>11</sup>, en Tunisie<sup>12</sup>, au Québec<sup>13</sup>, au Venezuela<sup>14</sup>, au Sénégal<sup>15</sup>. Dans un sens un peu différent, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 impose à ses ressortissants de se marier devant les agents diplomatiques du Maroc, lesquels ne peuvent célébrer qu'un mariage musulman<sup>16</sup>. En ce domaine, le régime de la célébration du mariage se caractérise « par une multiplicité extrême des lieux accessibles aux fiancés »<sup>17</sup>, qui tient essentiellement à l'absence de lien direct entre la célébration du mariage et ses effets, du point de vue de la compétence législative. Si la réserve de la fraude à la loi peut être opposée, notamment sur le fondement de l'article 170 du Code civil, c'est essentiellement parce que les époux n'auraient pas respecté des conditions de fond du mariage.

**368** — Or, dans la mesure où elle offre le statut d'époux, la célébration du mariage est vecteur de droits dont les fiancés peuvent rechercher l'obtention. Qu'il soit célébré en France ou à l'étranger, le mariage permettra de la même façon aux époux de prétendre à ces droits. Lorsqu'il est célébré en France, l'autorité étatique est à même de contrôler une tentative

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 61, note LAGARDE.

<sup>2</sup> J. MESTRE, *op. cit.*, n° 94 et s. ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 424 ; B. AUDIT, n° 644.

<sup>3</sup> Par ex. religieusement : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 1973, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 640, note NISARD ; *JDI* 1974, p. 341, note AUDIT ; par une cérémonie purement privée : Req., 26 octobre 1910, *JDI* 1913, p. 158 ; – Amiens, 24 mars 1927, *JDI* 1928, p. 738 ; ou sans cérémonie, par un mariage purement consensuel, *by cohabitation and reputation* : Req., 20 décembre 1841, *D.P.* 1842, 1, p. 34 ; – 13 janvier 1857, *D.P.* 1857, 1, p. 106 ; – Paris, 20 janvier 1873, *D.* 1873, 2, p. 59 ; – *contra* TGI de la Seine, 16 octobre 1967, *Gaz. Pal.* 1968, 1, p. 15.

<sup>4</sup> Art. 48 et 170 al. 2 et 3 du Code civil.

<sup>5</sup> F. BOULANGER, *Droit civil de la famille. Aspects comparatifs et internationaux*, t. I, 3<sup>e</sup> éd. Economica, 1997, n° 149 ; G. DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, *RCADI* 1991-IV, t. 229, p. 9 et s., spéc. n° 129 et s.

<sup>6</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, *RCADI* 1991-I, t. 226, p. 11 et s., spéc. p. 186 et s.

<sup>7</sup> J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, éd. Bruylant, 1992, n° 312.

<sup>8</sup> Art. 131 à 133 de la loi de 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 791.

<sup>9</sup> Art. 13-2 du Code civil de 1976, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 643.

<sup>10</sup> J.-Cl. Comp., v° « Grande-Bretagne », 1997, fasc. 2, n° 155.

<sup>11</sup> Art. 28 de la loi du 31 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 179.

<sup>12</sup> Art. 46 du Code tunisien de droit international privé de 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 388.

<sup>13</sup> Art. 3088 du Code civil, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 575.

<sup>14</sup> Art. 37 de la loi du 6 août 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 397.

<sup>15</sup> Art. 114 du Code de la famille, S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *R.I.D.C.* 1978, p. 811 ; G.A. KOUASSIGAN, « Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique noire francophone. Réflexions à partir de l'expérience sénégalaise », *Rev. crit. DIP* 1978, p. 641.

<sup>16</sup> Art. 6 al. 2.

<sup>17</sup> A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, *RCADI* 2000, t. 283, p. 9 et s., n° 61. Adde É. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé*, thèse dact., Paris II, 1998, nos 489 et 490.

de fraude à la loi, d'abus ou de détournement par le biais notamment du sursis à célébration ou de l'opposition du ministère public. Sous réserve de la loi de célébration, un tel contrôle ne sera pas effectué, ou plus difficilement, si le mariage est célébré à l'étranger. Il en résulte que l'entrée dans le statut d'époux sera plus aisée si la célébration est effectuée à l'étranger selon des formes qui ne permettent pas un contrôle *a priori* de l'intention réelle des fiancés. Si sur ce point l'article 170-1 du Code civil permet aux autorités diplomatiques ou consulaires de surseoir à la transcription du mariage en cas de soupçon d'une cause de nullité du mariage, cette formalité n'est pas strictement nécessaire à la validité internationale du mariage célébré à l'étranger. Ce texte ne concerne en pratique que les mariages célébrés entre Français ou entre un Français et un étranger devant ces autorités diplomatiques ou consulaires. À défaut, l'acte de mariage produira ses effets comme tout acte constitutif d'état, sans qu'il soit besoin d'une quelconque reconnaissance préalable<sup>1</sup>. Conscient de ces difficultés, le législateur, dans la loi du 26 novembre 2003 relative à l'immigration et à la nationalité, a néanmoins renforcé le mécanisme de lutte contre les mariages de complaisance célébrés à l'étranger<sup>2</sup>.

**369** — La question rebondit avec la multiplication des législations qui admettent le partenariat enregistré<sup>3</sup>, voire le mariage homosexuel<sup>4</sup>. Ces accords ne sont pas toujours limités par une condition de nationalité. C'est le cas par exemple en France pour le pacte civil de solidarité. La situation est identique dans la loi belge du 23 novembre 1998 et dans la loi hollandaise du 5 juillet 1997<sup>5</sup>. Les lois danoise du 7 juin 1989, suédoise du 23 juin 1994 ou islandaise du 4 juin 1996 ont prévu cette condition selon laquelle l'un des partenaires au moins doit avoir la nationalité de l'État qui permet le partenariat, ceci « afin d'éviter que des étrangers se rendent [dans ces pays] seulement pour y faire enregistrer leur partenariat »<sup>6</sup>. La condition de nationalité est cependant souvent alternative à celle de la résidence sur cet État, si bien que des étrangers peuvent valablement conclure un partenariat enregistré, alors même que leur loi nationale ne le prévoit pas, à condition de résider dans un État qui permet un tel statut. La condition de la nationalité a néanmoins été assouplie par la réforme de la loi danoise de 1999 qui prévoit désormais que deux étrangers peuvent faire enregistrer leur partenariat s'ils résident au Danemark depuis au moins deux ans<sup>7</sup>. Si chacun de ses membres en remplit les conditions, un couple de concubins peut ainsi librement choisir le partenariat qu'il lui sied le mieux parmi tous ceux qu'il a à sa disposition. Sans se déplacer vers un État qui permet un partenariat enregistré, deux personnes pourraient également conclure cet accord devant l'autorité diplomatique ou consulaire de l'État de leur domicile, à l'instar du mariage<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Civ., 9 mai 1900, *de Wrède*, *JDI* 1900, p. 613 ; *S.* 1901, 1, 185 ; *GADIP* n° 10.

<sup>2</sup> Sur ces procédures de contrôles préventifs du mariage, cf. *infra* n° 675 et s.

<sup>3</sup> Sur l'ensemble de la question, v. not. A. DEVERS, *Le concubinage en droit international privé*, éd. LGDJ, 2004 ; G. KESSLER, *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, éd. LGDJ, 2005.

<sup>4</sup> H. FULCHIRON, « Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000) », *D.* 2001, pt de vue, p. 1628 et s. ; « La reconnaissance de la famille homosexuelle aux Pays-Bas », *JCP* 2001, act., n° 21-22, p. 1033 et s. ; M. SCHMITT, « L'incidence en France des lois belge et néerlandaise introduisant le mariage homosexuel », *JCP* éd. N. 2004, 1006 ; É. FONGARO, « Mariage homosexuel : incidences juridiques et fiscales », *JCP* éd. N. 2004, n° 1461.

<sup>5</sup> A. DEVERS, *op. cit.*, n° 182.

<sup>6</sup> F. GRANET, « Concubinages, partenariats enregistrés et mariages entre homosexuels en Europe », in *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Mél. J. RUBELLIN-DEVICHI, éd. Litec, 2002, p. 375 et s., spéc. p. 379. *Adde* A. DEVERS, *op. cit.*, n° 181 et s.

<sup>7</sup> A. DEVERS, *op. cit.*, n° 182.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 353.

**370** — La diversité des partenariats ainsi proposés et les conditions relativement souples que les lois qui les instituent exigent, permettent aux futurs partenaires de se livrer à un véritable *partenariat shopping*. Chacune des lois définit en effet la propre compétence de l'autorité appelée à enregistrer le partenariat et les conditions dans lesquelles un tel accord peut être souscrit. Il en résulte qu'en fonction de la situation internationale existante des futurs partenaires, plusieurs partenariats différents pourraient être conclus, le cas échéant par des partenaires dont la loi nationale n'admet aucune forme de partenariat. Le choix orienté d'un partenariat au lieu d'un autre est d'autant plus probable que les différentes lois définissent également elles-mêmes les effets personnels et patrimoniaux des accords qu'elles instituent. En droit international privé, la pérennité du partenariat choisi dépendra de sa réception dans l'ordre juridique des partenaires et donc de la règle de conflit de lois en ce qui concerne sa formation et ses effets. En soumettant ces questions à la loi de l'institution<sup>1</sup>, le *partenariat shopping* peut s'avérer pérenne. La situation acquise à l'étranger pourra, en théorie, déployer ses effets dans le ressort d'une loi autre que celle qui a permis l'enregistrement du partenariat, comme si les partenaires étaient toujours sous l'empire de cette dernière. Le *partenariat shopping* doit donc pouvoir être limité par les concepts régulateurs du droit que sont les réserves de la fraude à la loi et de l'abus de droit. L'hypothèse d'un *forum shopping* pourrait également se retrouver lors de la rupture du partenariat enregistré, notamment avec l'institution d'un for de nécessité par les législations suédoise et hollandaise<sup>2</sup>.

**371** — En matière de divorce, la possibilité d'une option de compétence entre plusieurs autorités étatiques s'est déjà rencontrée à propos des répudiations étrangères<sup>3</sup>. L'option est offerte aux étrangers de nationalité étrangère commune, domiciliés en France, en vertu de la combinaison entre l'article 1070 npc, qui leur permet de saisir le juge français, et le cas échéant le for de leur nationalité commune, en raison du caractère non exclusif de ces chefs de compétence<sup>4</sup>. Cette non-exclusivité revient ainsi à donner une option de compétence puisque aller plaider devant le juge de la nationalité commune ne sera pas en soi considéré comme un motif de refus de reconnaissance du jugement étranger obtenu<sup>5</sup>. Cette solution doit être approuvée dans la mesure où les étrangers résidant en France ne peuvent être privés de la possibilité de demander leur divorce devant le juge de leur nationalité lorsque, dans le même temps, l'article 14 du Code civil donne à tout Français la possibilité de porter son litige devant le juge français sur le fondement de sa seule nationalité.

**372** — Toutefois, dans l'un des arrêts rendus le 17 février 2004, la Cour de cassation semble avoir mis fin à cette possibilité en jugeant que la nationalité algérienne commune des deux époux ne suffisait pas à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie alors qu'ils étaient domiciliés en France<sup>6</sup>. La Cour raisonne ici « en termes de proximité comparée »<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Ce qui d'un point de vue théorique semble le plus logique afin d'assurer la continuité du partenariat conclu. En ce sens, H. FULCHIRON, « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889 et s., spéc. p. 908 et s. ; « La séparation du couple en droit international privé », *LPA* du 28 mars 2001, n° 62, p. 4 et s. spéc. pp. 13-14 ; A. DEVERS, *op. cit.*, n° 310 et s.

<sup>2</sup> A. DEVERS, *op. cit.*, n° 595.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 151 et s.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486, note MASSIP.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 260, *Bull. civ. I*, n° 46 ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE, et *IR*, p. 607 ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *A.J.F.* 2004, p. 141, obs. DAVID ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 125, note MONEGER ; *Defrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *JCP* 2004, I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 33, note NIBOYET ; *JDI* 2004, p. 867, note CUNIBERTI. V. déjà

qui suppose que le lien résidentiel est plus fort que le lien national, ou que ce premier est suffisamment fort pour que le second ne permette pas de justifier la compétence du juge étranger. Il en résulte que la compétence du juge français, fondée sur l'article 1070 du npc, ne pourra être écartée, hors hypothèse de fraude, que si la compétence du for étranger se justifie non seulement par plusieurs liens entre lui et le litige, mais également que ces liens sont plus significatifs que ceux que les époux peuvent également entretenir avec la France. Cette solution apparaît cependant très contestable et elle semble condamnée et incomprise par une doctrine unanime<sup>2</sup>. Elle devrait plutôt être envisagée comme une solution d'espèce, destinée à renforcer la réprobation des répudiations étrangères. Il n'est pas certain que la Cour de cassation aurait adopté la même solution si le résultat matériel de la reconnaissance n'avait pas consacré, en tant que tel, une situation choquante, et si l'arrêt avait été isolé. Cette prise de position semble alors contingente. Elle est liée à la réprobation affichée à l'encontre des répudiations étrangères et s'analyse comme un argument supplémentaire à leur rejet. La Cour n'affirme d'ailleurs pas le caractère exclusif de l'article 1070 du npc, elle ne fait qu'appliquer l'un des critères de l'arrêt *Simitch* – la nécessité d'un lien caractérisé – à la situation qui lui est soumise. Le fait que la nationalité commune des époux ne constitue pas un lien caractérisé avec le for étranger pourrait en effet être admis si les époux n'ont que ce seul lien avec ce for, sans aucun sentiment d'identité personnelle<sup>3</sup>. Dans ce cas, la saisine du juge étranger de la nationalité commune des époux ne présente aucun lien caractérisé avec le litige. Mais dans ce cas seulement.

**373** — En tout état de cause, l'existence d'un lien caractérisé semble donc exiger, plus qu'un lien unique, une pluralité de liens entre le for et le litige<sup>4</sup>. Dans l'arrêt n° 260 du 17 février 2004, la Cour a ainsi considéré que « la nationalité algérienne commune *ne suffisait pas* à rattacher le litige d'une manière caractérisée à l'Algérie »<sup>5</sup>. Elle ne juge pas que la nationalité commune des époux *ne permet pas* de fonder ce lien caractérisé. Mais pour fonder ce lien, la nationalité commune doit être corroborée par d'autres liens avec le for de cette nationalité, ou encore être exclusive de tout autre lien avec un autre pays. C'est l'interprétation qui pourrait finalement être donnée à cet arrêt, plutôt que de voir en lui une remise en cause de l'arrêt *Simitch*, un revirement de jurisprudence<sup>6</sup>. En matière de statut personnel, la nationalité est un critère essentiel<sup>7</sup> et le droit accordé au Français de saisir le for de sa nationalité sur ce seul fondement doit inciter à reconnaître à l'étranger domicilié en France le droit de saisir le for de sa seule nationalité étrangère, sous réserve de l'absence de fraude. La jurisprudence<sup>8</sup> et la doctrine<sup>9</sup> ne semblent toutefois pas aller en ce sens. Sur le fond, cette appréciation du lien

---

Paris, 15 novembre 1988, *D.* 1989, somm., p. 257, obs. AUDIT ; – Paris, 15 mars 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT.

<sup>1</sup> P. COURBE, *op. cit.*, n° 18. *Adde*, du même auteur, « L'ordre public de proximité », in Mél. P. LAGARDE, éd. Dalloz, 2005, p. 227 et s.

<sup>2</sup> M.-L. NIBOYET, note préc. ; F. MONEGER, note préc. ; H. FULCHIRON, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêts n<sup>os</sup> 256 et 258, *JCP* 2004, II, 10128 ; P. HAMMJE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêts n<sup>os</sup> 256 et 258, *Rev. crit. DIP* 2004, 2<sup>de</sup> esp., p. 423 et s., spéc. p. 439.

<sup>3</sup> G. CUNIBERTI, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 260, préc., p. 871.

<sup>4</sup> Ph. FRANCESKAKIS, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt « Simitch » de la Cour de cassation », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243 et s., spéc. n° 41.

<sup>5</sup> C'est nous qui soulignons.

<sup>6</sup> Dans le sens de ce revirement, P. COURBE, *op. cit.*, n° 16 et s. ; S. PRIGENT, *op. cit.*, p. 5 ; G. CUNIBERTI, note préc., p. 869 ; H. MUIR WATT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, pp. 400-401.

<sup>7</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », *TCFDIP* 1987-1988, éd. du CNRS, 1989, p. 171 et s., spéc. p. 179.

<sup>8</sup> Versailles, 18 novembre 1986, *D.* 1987, somm., 1<sup>re</sup> esp., p. 346, obs. AUDIT.

<sup>9</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 180.

caractérisé permet « d'offrir un remède préventif à toute tentative de fraude au jugement »<sup>1</sup>. Elle rendra toute fraude au jugement soit inefficace, faute pour le juge étranger d'être reconnu compétent, soit plus difficile à établir, la compétence du juge étranger étant fondée sur plusieurs liens véritablement caractérisés<sup>2</sup>. Sur le principe, ce refus d'admettre la compétence indirecte du juge étranger fondée sur la nationalité d'un seul des époux est peu compatible avec le caractère exclusif des articles 14 et 15 du Code civil, comme avec les Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis* qui retiennent comme critère la nationalité de l'un des époux.

**374** — Présentée comme le corollaire inhérent à l'absence de coordination des règles de compétence directes et indirectes, le *forum shopping* devrait disparaître lorsque intervient un texte international dont le rôle est justement d'harmoniser, à défaut d'uniformiser, ces critères de compétence juridictionnelle. Mais paradoxalement, l'élaboration de conventions a souvent un effet inverse et offrent la possibilité de choisir, parmi les fors potentiellement compétents sur le territoire des États parties, celui qu'ils jugent le plus approprié pour trancher leur litige. Le Règlement (CE) du 29 mai 2000, comme celui du 27 novembre 2003, offrent ainsi une option de compétence aux époux qui veulent procéder à la dissolution de leur mariage sur le territoire d'un État membre. En effet, les critères énoncés ne sont ni cumulatifs, ni hiérarchisés<sup>3</sup>. De plus, le second critère – la nationalité des époux – désigne leur nationalité commune et non celle de chacun d'eux<sup>4</sup>. En vertu l'article 3 du Règlement de 2003 et selon les circonstances de fait, un époux a la possibilité de saisir jusqu'à trois fors différents.

**375** — C'est par exemple le cas lorsque les époux sont de même nationalité d'un premier État membre, qu'ils avaient leur résidence commune sur le territoire d'un deuxième, et, une séparation de fait ayant eu lieu, un époux s'installe sur le sol d'un troisième, l'autre époux restant au domicile conjugal. Ici, l'époux demandeur peut saisir, au choix, le for de la nationalité commune des époux ; celui de la dernière résidence habituelle, puisque l'un des époux y demeure toujours ; ou encore celui de la résidence habituelle du défendeur, ou de la résidence du demandeur selon les circonstances. Sans enfants mineurs ou s'ils résident avec la mère, le mari demandeur pourra saisir, en plus des deux premiers fors, celui de l'État membre où il réside depuis plus d'un an. Une option de compétence entre trois fors différents existera également, dans cette hypothèse, si le mari s'installe dans un autre État membre, sauf celui de sa nationalité. Un pareil choix sera offert aux deux époux s'ils forment une demande conjointe. Un quatrième for pourrait être envisageable en cas de binationalité commune des époux, chacun des fors faisant prévaloir sa nationalité pour retenir sa compétence<sup>5</sup>. L'option est donc relativement étendue et trouve son intérêt dans les liens entre le *forum* et le *jus*.

<sup>1</sup> P. COURBE, chr. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Sur l'opposition entre les deux conditions de l'arrêt *Simitch*, cf. *infra* n° 710 et s.

<sup>3</sup> A. BORRAS, « Rapport explicatif de la Convention de Bruxelles du 28 mai 1998 », *JOCE* C221 du 16 juillet 1998, p. 27 et s., n° 28 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs » », *JDI* 2001, p. 381 et s., n° 29 ; H. MUIR WATT, B. ANCEL, « La désunion européenne : le Règlement dit de « Bruxelles II » », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403 et s., n° 9.

<sup>4</sup> A. BORRAS, *op. cit.*, n° 33 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe », *Gaz. pal.* 1999, n° 351 à 352, p. 15 et s., spéc. n° 58 ; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 27 ; H. MUIR WATT, B. ANCEL, *op. cit.*, n° 9.

<sup>5</sup> A. BORRAS, *op. cit.*, n° 33 ; H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 28. V. cep. B. STURLESE, « Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce. Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil », *JCP* 2001, I, 292, n° 26.

## 2. L'intérêt du *forum shopping* : les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative

376 — La corrélation entre le *forum* et le *jus* peut jouer à double sens. Tantôt la loi applicable entraînera la compétence de l'autorité du même pays, tantôt la compétence de l'autorité étatique conduira à l'application de la loi du pays où elle siège<sup>1</sup>. Du point de vue de la fraude à la loi comme de l'abus de droit, c'est seulement l'influence de la compétence judiciaire sur la compétence législative qui se révèle être un catalyseur à la revendication ou l'exploitation orientée d'un chef de compétence. L'inverse ne s'y prête que peu, voire pas du tout, dans la mesure où la compétence législative est le but de l'instrumentalisation, la compétence judiciaire n'en étant que le moyen. Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative sont de trois ordres : un lien conflictuel, un lien procédural et un lien matériel. Le *forum shopping* peut ainsi être procédural, substantiel, matériel ou législatif<sup>2</sup>.

377 — Le lien conflictuel signifie que la compétence de l'autorité d'un pays entraînera le recours à la règle de conflit de lois de ce pays. Le for doit en effet recourir à son propre système de conflit de lois afin de déterminer la loi applicable, sans en principe avoir recours à un système de droit international privé étranger. Le lien procédural entre le *forum* et le *jus* signifie que l'autorité étatique doit suivre les règles de procédure que la loi de l'État qui l'a instituée prévoit<sup>3</sup>. La procédure relève en effet de la compétence de la loi de l'autorité saisie<sup>4</sup>. Quant au lien matériel entre le *forum* et le *jus*, il signifie que, dans de nombreuses hypothèses, la compétence de l'autorité étatique entraînera l'application du droit matériel du for. Il peut découler de l'application d'une loi de police du for<sup>5</sup>, d'une règle de conflit bilatérale qui donne compétence à la loi du for<sup>6</sup>, d'une règle de conflit unilatérale<sup>7</sup> ou d'une règle de conflit qui n'est pas d'office applicable<sup>8</sup>. La loi matérielle du for peut enfin devenir compétente à titre subsidiaire lorsque la loi étrangère est contraire à l'ordre public international du for, lorsque son contenu ne peut être prouvé ou qu'elle se révèle lacunaire sur la question de droit posée. En provoquant ou en revendiquant la compétence d'un for, le demandeur peut donc

<sup>1</sup> Sur l'ensemble de la question, H. BATIFFOL, *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Institut des Hautes Études internationales, 1960-61, spéc. p. 117 et s. en matière de statut personnel ; *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, RCADI 1967-I, t. 120, p. 165 et s. ; *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973-II, t. 139, p. 75 et s., spéc. p. 85 et s. ; « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *Choix d'articles*, éd. LGDJ, 1976, p. 303 et s. ; A. EHRENZWEIG, « La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », in *Mél.* Baron L. FREDERICQ, t. I, 1965, p. 399 et s. ; P. HEBRAUD, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. crit. DIP* 1968, p. 205 et s. ; D. MAYER, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse dact., Paris II, 1973 ; J. D. GONZALEZ CAMPOS, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977-III, t. 156, p. 227 et s.

<sup>2</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 2 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 52 et s.

<sup>3</sup> J. D. GONZALEZ CAMPOS, *op. cit.*, p. 291 et s.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1974, *JDI* 1974, p. 850, note PONSARD ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 695 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 103 ; B. AUDIT, n° 14 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 489.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 217 pour une liste non exhaustive de dispositions considérées comme impératives en matière de statut personnel.

<sup>6</sup> Par ex. en matière de protection des mineurs (art. 2 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961) ou d'effets de l'adoption (art. 370-4 du Code civil).

<sup>7</sup> Par ex. en matière de divorce l'art. 310 du Code civil.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, 1<sup>re</sup> esp., note MUIR WATT ; *Dr. & patr.* 1999, n° 77, p. 92, note MONEGER ; *Gaz. pal.* 2000, 1<sup>er</sup>/2 mars, p. 39, obs. NIBOYET ; *GADIP* n° 77.

bénéficiaire de toute une série d'avantages conflictuels, procéduraux et surtout matériels. En connaissant le raisonnement conflictuel effectué par chacun des fors potentiellement compétents, la procédure qui sera suivie devant lui et la loi matérielle qui devrait être finalement appliquée, le *forum shopper* dispose d'une compétence à la carte qu'il pourra utiliser au mieux de ses intérêts.

**378** — L'option de compétence n'a d'intérêt que si elle permet un règlement différent de la situation du demandeur, c'est-à-dire un choix de la loi applicable, le bénéfice de prescriptions différentes, de facilités de procédure, etc. Les Règlement (CE) du 27 novembre 2003 est à ce titre exemplaire. En plus de permettre la saisine de trois voire quatre fors différents, ce texte autorise implicitement, voire encourage, l'instrumentalisation de l'option de compétence par le jeu de ses autres dispositions. C'est la disparité matérielle des lois potentiellement compétentes qui excite l'instrumentalisation et qui, en retour, sert d'élément déclencheur des mécanismes correcteurs du droit. Or, l'article 25 interdit au juge de fonder le refus de reconnaissance de la décision étrangère sur le fait que la loi de l'État membre requis ne permet pas la désunion sur des faits identiques. Si la disparité matérielle des lois potentiellement compétentes n'est pas un motif de refus de reconnaissance, le règlement donne implicitement le droit pour l'époux de saisir l'autorité en fonction de cette disparité. Or, en ne prévoyant que des règles de compétence judiciaire, il laisse les questions de procédure et de fond à la compétence des règles nationales de l'autorité saisie. Ce texte offre ainsi à l'époux le plus diligent la possibilité de saisir le for qui satisfera le mieux ses intérêts, ou aux deux époux, de concert, de porter leur désunion vers un for qui autorisera un divorce refusé ailleurs<sup>1</sup>.

**379** — D'autant que l'intérêt d'un tel choix orienté n'est pas seulement théorique. Si les disparités substantielles entre les législations des États membres s'estompent, permettant l'élaboration de conventions régionales<sup>2</sup>, l'harmonisation n'est cependant que juridictionnelle et les divergences subsistent au niveau conflictuel et surtout matériel. En ce sens, si aujourd'hui la possibilité pour des époux de statut personnel prohibitif d'obtenir une désunion à l'étranger semble devenue une quasi hypothèse d'école, il n'en reste pas moins que des différences non moins essentielles subsistent. Avec l'élargissement des pays membres de l'Union européenne, la possibilité pour des époux de divorcer en contravention à leur loi nationale ressurgit, notamment dans les pays qui n'admettent pas le divorce par consentement mutuel, comme Chypre, le Danemark, l'Écosse, l'Irlande, la Pologne, le Royaume-Uni, l'Ulster et la Slovaquie. Malte se distingue en étant le seul pays européen à ne pas admettre le divorce<sup>3</sup>. De même, si l'Irlande l'a admis suite au référendum de 1995, il reste très restrictif<sup>4</sup>. Dans le même sens, si le divorce par consentement mutuel est prévu dans presque tous les États membres, ses modalités sont relativement différentes d'un pays à l'autre. C'est le cas par exemple du délai d'attente<sup>5</sup>. Ces divergences peuvent inciter des couples désireux de divorcer au plus vite de porter leur action devant le for d'un autre pays en y fixant leur résidence. D'un point de vue procédural, le règlement peut encore offrir de nombreux avantages aux époux

<sup>1</sup> A. BORRAS, *op. cit.*, n° 49.

<sup>2</sup> V. not. A. HUET, « Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen », in Mél. D. HUET-WEILLER, éd. Pus, 1994, p. 243 et s., spéc. p. 244 ; A. BORRAS, *op. cit.*, n° 4.

<sup>3</sup> *Le divorce en droit comparé*, vol. 1 : Europe, éd. Droz, 2000, sous la dir. de B. DUTOIT, p. 13.

<sup>4</sup> *Le divorce en droit comparé*, *op. cit.*, p. 205.

<sup>5</sup> Sans durée en France, il est d'un an en Grèce, en Lettonie, en Allemagne, en Espagne et en Roumanie ; de deux ans en Belgique et au Luxembourg ; *Le divorce en droit comparé*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; de trois ans en Italie, L. LENTI, J.-Cl. Comp., v° « Italie », 1997, n° 28 et s.

pressés d'obtenir une désunion simple et rapide auprès de la Grande-Bretagne<sup>1</sup> ou des pays du nord de l'Europe<sup>2</sup>. Les règles de procédure étant généralement soumises à la loi de l'autorité saisie, le choix d'un for influe sur les modalités procédurales d'obtention du divorce. L'intérêt procédural de l'option de compétence tiendra ainsi à toutes les notions qui reçoivent cette qualification, comme la preuve<sup>3</sup> la prescription dont « la qualification procédurale présente l'inconvénient de laisser au demandeur une liberté de manœuvre pouvant conduire au *forum shopping*, dans la mesure où il trouverait un tribunal acceptant des délais plus étendus »<sup>4</sup>.

**380** — Si l'intérêt de la revendication de la compétence d'un for se déduit des liens entre le *forum* et le *jus* et des divergences qui subsistent entre les ordres juridiques concurrentement compétents, l'harmonisation législative n'exclut pas les possibilités de *forum shopping*, au mieux peut-elle les atténuer. Dès lors, l'intérêt des mécanismes correcteurs du droit demeure entier. Pour lutter contre le *forum shopping*, il n'est cependant pas certain que la réserve de la fraude soit la mieux adaptée. En revanche, la théorie de l'abus de droit pourrait s'y substituer. Il convient alors de rechercher un critère de distinction entre ces deux théories afin de déterminer laquelle pourra être opposée à l'exercice d'une option de compétence.

## § 2 – LA CREATION D'UNE SITUATION INTERNATIONALE : CRITERE DE DISTINCTION ENTRE LA FRAUDE A LA LOI ET L'ABUS DE DROIT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

**381** — En droit interne, la distinction entre les théories de la fraude à la loi et de l'abus de droit a fait l'objet de nombreux développements, parfois contradictoires et les auteurs ne s'accordent pas toujours non seulement sur la réalité de cette distinction, mais également sur ses modalités et ses critères<sup>5</sup>. Elle est ainsi réputée difficile tant les deux concepts répondent à des caractéristiques proches et sont susceptibles d'intervenir pour les mêmes raisons et à l'encontre des mêmes manœuvres. Cette distinction est à tel point malaisée que la CJCE elle-même emploie presque indistinctement les termes « frauduleux » et « abusifs » dans sa

<sup>1</sup> M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.* 1989, p. 7 et s., spéc. n° 51 ; L. N. BROWN et C.A. WESTON, J.-Cl. Comp., v° « Grande-Bretagne », fasc. 1, 1997, n° 71 ; *Le divorce en droit comparé*, op. cit., p. 370.

<sup>2</sup> A. BORRAS, op. cit., n° 20 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, op. cit., n° 57 et s. ; *Le divorce en droit comparé*, op. cit., p. 23 et s. ; p. 135 et s. (Danemark) p. 328 et s. (Norvège), p. 418 et s. (Suède) ; M. BOGDAN, « Les aperçus de l'évolution des règles de conflits de lois dans les pays nordiques », *TCFDIP* 2000-2002, éd. Pedone, 2004, p. 195 et s.

<sup>3</sup> F. FERRARI, « Forum shopping et droit matériel uniforme », op. cit., p. 385. Ainsi les divorces migratoires au Nevada offraient aux époux des causes de divorce relativement vagues (l'extrême cruauté) dont la preuve pouvait résulter de l'aveu du seul époux qui s'en prétendait victime.

<sup>4</sup> B. AUDIT, n° 434. Adde B. FAUVARQUE-COSSON, « La prescription en droit international privé », *TCFDIP* 2002-2004, éd. Pedone, 2005, p. 235 et s., spéc. p. 244 et s.

<sup>5</sup> V. not. H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, n° 13 et s. ; A. LIGERPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse Aix, 1928, n° 50 et s. ; J. BAZ, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, thèse Lyon, 1938, p. 35 et s. ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 353 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *RCJB* 1976, p. 303 et s. ; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Lausanne, 1984, p. 141 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994, n° 833 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000, n° 144.

jurisprudence anti-contournement<sup>1</sup>. En droit international privé, bien que certains auteurs aient rattaché la théorie de la fraude à la loi à celle de l'abus de droit<sup>2</sup>, la doctrine considère avec raison que ces deux notions sont distinctes. Au demeurant, cette distinction peut apparaître, en cette matière, inutile, dans la mesure où la théorie de l'abus de droit n'y est traditionnellement pas reçue. Néanmoins, en octroyant directement des droits subjectifs aux sujets placés dans une situation internationale par le biais d'options de compétences judiciaire ou législative, le droit international privé contemporain ne peut plus faire l'économie de la réserve de l'abus de droit. Reste à savoir dans quelles hypothèses elle pourra intervenir et donc dans quels cas elle sera préférée à la réserve de la fraude à la loi ? Il convient pour cela de déterminer le critère de distinction entre les deux notions (B) après avoir mesuré les enjeux d'une telle distinction en droit international privé (A). Fondée sur le caractère préexistant de la situation soumise à l'autorité étatique, le critère de distinction met en évidence, par contrecoup, la nécessaire démonstration d'une création comme condition de la réserve de fraude à la loi.

#### A. L'ENJEU DE LA DISTINCTION : LA LUTTE CONTRE LE FORUM SHOPPING MALUS AU MOYEN DE LA RESERVE DE L'ABUS DU DROIT D'OPTION DE COMPETENCE INTERNATIONALE

**382** — La réserve de l'abus de droit est traditionnellement opposée à l'exercice des droits subjectifs. L'abus de droit suppose un droit subjectif, c'est-à-dire un droit dont l'exercice est licite. La possibilité d'invoquer la réserve de l'abus de droit en droit international privé (2) suppose de montrer en quoi le *forum shopping* est intrinsèquement licite (1).

##### 1. La distinction entre le *forum shopping bonus* et le *forum shopping malus*

**383** — Bien qu'elle ait suscité des réserves, la distinction entre le *forum shopping bonus* et le *forum shopping malus* apparaît évidente<sup>3</sup>. Elle montre d'un côté que le *forum shopping* est en soi une attitude tout à fait légitime et licite (a). Mais elle intègre une limite à cette licéité, laquelle ne peut complètement se retrouver dans la réserve de la fraude (b).

##### a) La licéité de principe du *forum shopping* issu de l'exploitation d'une option de compétence

**384** — Lorsqu'une option se présente à lui, le sujet a le droit, et non pas seulement la possibilité, de choisir l'alternative qui lui convient le mieux. Lorsque le demandeur dispose d'une option de compétence, ce droit naît de ce qu'aucun critère n'est plus déterminant qu'un autre. En ce sens, le juge naturel du litige est « introuvable »<sup>4</sup> puisque de « plus en plus souvent, la situation litigieuse apparaît comme « plurilocalisée » »<sup>5</sup>. La multiplicité et le caractère alternatif des chefs de compétence retenus par les Règlements de Bruxelles 2 et 2 bis en témoignent. Cette multiplicité permet au demandeur d'avoir l'éventail le plus vaste possible de fors compétents, afin qu'il dispose toujours d'une opportunité de plaider sa cause en justice. Le caractère alternatif des chefs de compétence, surtout, lui donne le droit de réaliser au mieux

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 118 et s.

<sup>2</sup> J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 165 ; F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, 3<sup>e</sup> éd. Stämpfli, 2005, n° 346.

<sup>3</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 51 et s.

<sup>4</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable « juge naturel » », in Mél. J. GAUDEMET, éd. Puf, 1999, p. 591 et s.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 609.

son action en saisissant le for le plus approprié sans que l'un lui soit imposé à la place d'un autre. En théorie, l'équilibre procédural entre les parties au stade de l'ouverture de l'instance n'est pas déséquilibré. La multiplicité et le caractère alternatif des chefs de compétence sont objectivement encadrés par leur exhaustivité et leur exclusivité. Un défendeur est donc en mesure de connaître à l'avance les fors devant lesquels il risque d'être traduit. Néanmoins, en pratique, l'avantage procédural qui appartient naturellement au demandeur peut se transformer en un véritable moyen pour celui-ci de rompre cet équilibre procédural, lorsque l'option de compétence est uniquement exercée en fonction des implications conflictuelles, procédurales et matérielles de ce choix<sup>1</sup>. La question est donc de savoir si cette rupture d'équilibre est licite. Le *forum shopping*, défini de manière neutre comme le « choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué »<sup>2</sup>, jouit à ce titre d'un statut véritablement ambigu.

**385** — D'un côté, le *forum shopping* est intrinsèquement illicite et doit être limité voire annihilé. Les causes de cette défaveur sont diverses. Le *forum shopping* atteindrait la crédibilité de la justice et de ses praticiens en offrant au public l'image d'une justice de marchandage<sup>3</sup>. Il détournerait le droit international privé de son rôle d'harmonie internationale des solutions en permettant au demandeur d'obtenir, par des moyens détournés, un résultat matériel qui lui aurait autrement été refusé<sup>4</sup>. Ce faisant, le *forum shopping* s'opposerait à la *Comity*<sup>5</sup>. Il serait encore contraire au besoin de certitude du commerce international et pourrait donc décourager les investissements, l'un des partenaires pouvant remettre en cause une prévision en saisissant un autre for<sup>6</sup>. Il coûterait cher en entraînant des procédures parallèles et éloignées l'une de l'autre ou du domicile des parties<sup>7</sup>. Dès lors, bien que l'internationalité soit propice au *forum shopping*, l'un des objectifs du droit international privé est de prévenir ou de réduire cette pratique<sup>8</sup>. De neutre, la définition du *forum shopping* devient à connotation péjorative lorsqu'il désigne « le fait qu'un plaignant évite le tribunal qui a naturellement compétence pour connaître d'une affaire et engage son action auprès d'un tribunal étranger susceptible de lui accorder des dommages-intérêts ou d'autres avantages qu'il n'aurait pu obtenir du tribunal naturellement compétent »<sup>9</sup>.

**386** — Bien qu'elle soit généralement vue avec défiance, le *forum shopping* n'en reste pas moins, en tant que tel, indiscutablement licite. Dans sa matérialité en effet, il découle d'une option de compétence devant laquelle se trouve le demandeur. La rupture d'équilibre au stade de l'ouverture de l'instance est inhérente à la qualité respective des parties dans le procès. En ce sens, la « différence qui est instaurée sur ce plan entre les parties est difficilement

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 361 et s.

<sup>2</sup> D. R.-J. COLOMER, conc. sous CJCE, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a.*, aff. C-440/97, *Rec. I-6307*, n° 19, note 11.

<sup>3</sup> Th. O. MCGARITY, « Multy-party forum shopping for appellate review of administrative action », *U. Penn. L. R.* 1980, p. 302 ; P. NORTH, « Forum shopping reconsidered », *op. cit.*, p. 1684.

<sup>4</sup> B. R. OPESKIN, « The price of forum shopping : A reply to professor Juenger », *Syd. L. R.* 1994, p. 14 et s., spéc. p. 17 et s.

<sup>5</sup> Th. O. MCGARITY, *op. cit.*, p. 313.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 317.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 318.

<sup>8</sup> Th. M. DE BOER, *Facultative Choice of Law : The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law*, *op. cit.*, p. 283.

<sup>9</sup> Lord PEARSON, aff. *Boys v. Chaplin*, (1971) AC 356, cité par T. R. BRYMER, « Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais », *op. cit.*, p. 9.

condamnable sur un plan général, car elle est liée à la maîtrise initiale du procès qui appartient forcément au demandeur »<sup>1</sup>. Cette rupture est compensée non seulement par l'exhaustivité et l'exclusivité des critères de compétence, mais également par les liens étroits qui existent entre le for saisi et la situation individuelle ou commune des parties. De plus, l'avantage procédural dont dispose le demandeur n'est que la réponse à une situation généralement créée par le défendeur et compense les risques inhérents à la mise en œuvre d'un procès<sup>2</sup>. La possibilité du *forum shopping* s'inscrit ainsi dans une balance entre droits et obligations attachées à une même situation. C'est le cas par exemple pour le plurinational dont le bénéfice d'avantages doublés, voire triplés, vient compenser le poids d'obligations elles aussi multipliées<sup>3</sup>.

**387** — Condamner en soi le *forum shopping*, c'est affirmer que la multiplicité des critères de compétence offerte par les règles de compétence internationales et réglementaires n'est pas opportune et que le choix doit s'exercer de manière neutre, sans aucune autre considération que celle de désigner le for compétent. C'est faire peu de cas de l'évidence selon laquelle en présence d'une option le choix s'effectue toujours en contemplation des avantages et des inconvénients respectifs de l'une ou l'autre des alternatives<sup>4</sup>. Le *forum shopper* apparaît en réalité comme un plaideur averti disposant d'un bon conseil qui remplit sa tâche conformément aux devoirs de sa fonction<sup>5</sup>. Le *forum shopping* est donc une réaction normale et même plutôt saine dans l'exercice de l'option de compétence internationale, qui démontre l'ingéniosité juridique du plaideur et de son défenseur. Il serait alors « paradoxal d'accuser de *forum shopping* le choix d'une démarche dont l'omission par le praticien engagerait certainement sa responsabilité professionnelle »<sup>6</sup>. Plus loin, « le *forum shopping* n'est pas nécessairement illégitime (...), il ne représente que l'expression d'une préférence, constituant plutôt un facteur d'émulation entre États et, partant, d'efficacité globale »<sup>7</sup>. Le demandeur s'adressera effectivement auprès de la meilleure justice, anglaise<sup>8</sup> ou française<sup>9</sup>.

**388** — Même si le choix d'un juge plutôt qu'un autre influe sur la détermination de la loi applicable et, partant, sur la solution du litige, et que le bénéficiaire de l'option l'a exercée justement en raison de cette conséquence, cette seule considération ne rend pas l'exercice du choix de for intrinsèquement illicite. Il « apparaît ainsi exagéré d'assimiler, de manière générale le phénomène du « *forum shopping* » à la fraude à la loi. (...) Il est inévitable, voire normal, que la sélection du for soit influencée par la question de la loi applicable »<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, éd. Bruylant, LGDJ, 2003, n° 431, p. 585 ; « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 3.

<sup>2</sup> G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 97.

<sup>3</sup> M. VERWILGHEN, *Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie*, RCADI 1999, t. 277, p. 9 et s., spéc. n° 369.

<sup>4</sup> V. not. Lord GLAISDALE, *The Atlantic Star*, [1974] AC 436 at 471, cité par F. K. JUENGER, « What's wrong with forum shopping ? », *op. cit.*, p. 12.

<sup>5</sup> F. K. JUENGER, *op. cit.*, p. 13.

<sup>6</sup> M. FALLON, « L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale », *Ann. dr. Louvain* 1994, p. 373 et s., spéc. n° 29.

<sup>7</sup> H. MUIR WATT, « Quelle méthode ? », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, sous la dir. de Ph. FOUCHARD, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2001, p. 39 et s., spéc. p. 43.

<sup>8</sup> Not. par Lord DENNING, *The Atlantic Star*, [1973] 1 QB 364 at 381-2, et *Smith Kline & French Laboratories Ltd v. Bloch*, [1983] W.L.R. 730, pp. 733-734, cité par F. K. JUENGER, *op. cit.*, pp. 13 et 9.

<sup>9</sup> J.-L. ROPERS, « La loi étrangère et le juge national », *JCP* 1967, I, 2101.

<sup>10</sup> A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. I/2, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1995, n° 200.

Toutefois, si le *forum shopping* est intrinsèquement licite, c'est « à condition qu'il n'ait pas pour effet d'opérer une rupture anormale d'équilibre entre les parties »<sup>1</sup>. Il faut donc nécessairement pousser le raisonnement plus loin et rechercher le critère de caractérisation d'un *forum shopping malus*. À ce titre, il apparaît que la théorie de la fraude est insuffisante à sanctionner l'ensemble des pratiques qui s'analyseraient comme un *forum shopping malus*, ce qui nécessite dès lors de s'orienter vers la limite de l'abus du droit d'option internationale.

b) L'insuffisance de la réserve de la fraude comme moyen de lutter contre le *forum shopping malus*

**389** — En droit international privé français, le *forum shopping* est généralement vu avec défiance. Partant de sa conception classique, la doctrine assimile généralement le *forum shopping* à la fraude, du moins à une sorte de fraude. Pour les uns, le « *forum shopping* dans son acceptation internationaliste n'est pas le choix d'un for, mais l'éviction du for normalement ou naturellement compétent. C'est une fraude »<sup>2</sup>. Il ne s'agit pas cependant d'une fraude à la loi dans la mesure où celle-ci porte sur le conflit de lois alors que celui-là porte sur le conflit de juridictions<sup>3</sup>. Le « *forum shopping* se caractérise donc par une manipulation des critères de *compétence juridictionnelle* »<sup>4</sup>. Les rapports entre la fraude et le *forum shopping* sont étroits dans la mesure où, bien que différents, le *forum shopping* peut se doubler d'une fraude à la loi<sup>5</sup>. Le plus souvent néanmoins, le *forum shopping* se réalisera sans fraude à la loi. Pour qu'il y ait un *forum shopping* assorti d'une fraude à la loi, il faut en effet que le demandeur non seulement exerce à dessein son option de compétence juridictionnelle, mais qu'ensuite il modifie les éléments de rattachement qui commandent la désignation de la loi applicable. Pour autant, le *forum shopping* pourrait réaliser une fraude à la loi lorsqu'il s'identifie à « la recherche par les particuliers dans l'ordre international d'une autorité complaisante (...) en vue d'obtenir ce qui ne pourrait l'être selon la loi applicable, et donc la fraude aux lois étrangères »<sup>6</sup>. De même, lorsque le *forum shopping* se réalise sans fraude à la loi, il conduit nécessairement à l'obtention d'un résultat différent de celui qui aurait été obtenu devant une autre juridiction. En ce sens, le *forum shopping* appelle le mécanisme de l'exception de fraude au jugement<sup>7</sup>, de fraude à la juridiction<sup>8</sup> ou éventuellement de la condition de la loi appliquée « pour repousser des décisions obtenues dans des conditions manifestement douteuses, c'est-à-dire pour sanctionner un *forum shopping* »<sup>9</sup>. Pour d'autres auteurs, cette pratique s'assimile à une violation pure et simple de la loi<sup>10</sup>. De manière générale, le *forum shopping malus* se distinguerait mal de la fraude au jugement<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> H. MUIR WATT, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> G. FLECHEUX et I. HAUTOT, « Le forum shopping », *op. cit.*, p. 389.

<sup>3</sup> V. cep. G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>4</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 267.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 391.

<sup>6</sup> B. AUDIT, n° 255.

<sup>7</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 393 et s. ; B. AUDIT, n° 666 ; Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, éd. LGDJ, 1993, n° 430.

<sup>8</sup> B. AUDIT, *loc. cit.*

<sup>9</sup> B. AUDIT, n° 465. V. cep. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 41.10.

<sup>10</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 448.

<sup>11</sup> V. les débats à la suite de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *op. cit.*, spéc. p. 77 et s.

**390** — Si la réserve de la fraude peut sanctionner un *forum shopping malus*, elle ne permettra pas cependant d'en atteindre toutes les formes. Deux sont à distinguer selon que le demandeur crée ou modifie une situation internationale ou qu'il exploite une situation internationale existante. Si le demandeur, préalablement à la saisine de l'autorité étatique, a artificiellement créé le chef de compétence de l'autorité saisie, alors il commet une fraude à la juridiction. Dans ce cas, le *forum shopping malus* sera frauduleux. C'est le cas dans l'affaire *Garret* où le demandeur français, par la cession de créance effectuée à son profit par une société étrangère, a rendu frauduleusement compétent le juge français<sup>1</sup>. Ici, le *forum shopping* ne provient pas de l'exploitation de la situation internationale préexistante. Avant la cession, celle-ci ne permettait pas de saisir le juge français, lequel ne doit sa compétence qu'à une extension frauduleuse de l'option de compétence initialement offerte. Il y aura ainsi un *forum shopping* frauduleux toutes les fois que le demandeur crée ou modifie, par un acte ou un fait juridique préparatoire, l'option de compétence juridictionnelle et qu'il saisit le for nouvellement compétent en vertu du préalable matériel à la fraude. Ce *forum shopping* frauduleux entraînera l'incompétence de l'autorité saisie<sup>2</sup>.

**391** — La seconde hypothèse est plus fréquente. Elle correspond à l'exploitation d'une situation internationale préexistante. Il ne s'agit pas ici de créer ou de modifier les critères de rattachement, il s'agit d'un choix entre des critères déjà existants. L'option de compétence qui permet le *forum shopping* ne provient pas d'une modification frauduleuse. L'option de compétence est possible *en raison de l'internationalité de sa situation personnelle qui préexiste à la saisine de l'autorité étatique*. La réserve de la fraude ne peut être opposée à la manœuvre consistant à exploiter une situation internationale préexistante dès lors que cette exploitation ne se traduit pas par une modification de la situation initiale<sup>3</sup>. Dans ce cas en effet, aucune autorité étatique et aucune loi dont la compétence serait évincée ne peut être relevée, faute de trouver une autorité ou une loi naturellement ou normalement compétente. Il en résulte que l'exploitation d'une situation internationale préexistante, quels qu'en soient les motifs et le résultat matériel, n'est jamais frauduleuse. C'est le cas des répudiations étrangères. Si la notion de fraude au jugement à laquelle ces affaires ont donné lieu, constitue en réalité une fraude à la loi<sup>4</sup>, cette dernière ne peut être opposée au mari ayant saisi l'autorité de sa nationalité. Celui-ci pouvait directement la saisir et la loi appliquée était compétente en raison de la situation *ante litis* du sujet et non de sa manœuvre. La réserve de la fraude sanctionne la ruse et non l'attaque directe. Elle sanctionne le comportement qui consiste pour le sujet à se créer les conditions d'exercice d'un droit dont il ne disposait pas auparavant, dans le seul but d'exercer ce droit. Lorsque le sujet exploite une option de compétence qu'il tient de sa situation internationale, il ne fait qu'user d'un droit qu'il a déjà à sa disposition. Ainsi en ce qui concerne les répudiations étrangères, si l'élément matériel se présente comme celui de la fraude à la loi, c'est-à-dire un préalable matériel – un déplacement hors des frontières – et la saisine d'une autorité étatique compétente, cette compétence ne découle pas de ce déplacement, elle existait avant sa réalisation, en raison de la nationalité étrangère commune des époux. L'action peut néanmoins être sanctionnée sur le fondement de la théorie de l'abus de droit, dont il convient de démontrer la compatibilité avec certaines règles de conflit.

<sup>1</sup> Montpellier, 2 mai 1985, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 108, note DROZ, maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 364, note DROZ ; *JDI* 1988, p. 793, note LOQUIN ; *JCP* 1989, II, 21201, note BLONDEL et CADIET ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. MESTRE.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 627 et s.

<sup>3</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 7.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 186 et s.

## 2. La compatibilité de la réserve de l'abus de droit avec certaines règles de conflit

**392** — L'incompatibilité de la théorie de la fraude à la loi avec l'exploitation d'une situation internationale préexistante ne signifie pas l'absence de toute sanction éventuelle de cette exploitation. C'est le cas notamment en ce qui concerne les répudiations étrangères. Dans ces affaires, si l'action intentée à l'étranger aboutit et qu'elle est reconnue en France, elle cause un déséquilibre entre les intérêts des parties. Alors même que la volonté du mari recouvre une véritable intention de divorcer, la saisine de l'autorité étrangère ne procède pas d'un choix totalement neutre et expurgé de toute autre intention. Si le mari choisit de saisir, parmi les autorités qui s'offrent à lui, celle qui convient le mieux à ses intérêts, c'est inéluctablement dans l'intention réciproque de porter atteinte aux intérêts de son épouse. De fait, la saisine de l'autorité étrangère sera généralement défavorable à l'épouse par rapport à la situation qui aurait été la sienne en cas de saisine de l'autorité française, soit en termes de droits de la défense, soit en termes financiers. En ce sens, l'exercice de l'option de compétence peut apparaître illégitime. Si à l'encontre de cette situation aucune fraude ne peut être relevée, il doit être possible de sanctionner un abus de droit.

**393** — Cette différence de domaines entre la fraude à la loi et l'abus de droit a bien été mise en évidence par FRANCESKAKIS au sujet d'un des épisodes de l'affaire *Weiller*, dans lequel la Cour de cassation jugea que « c'était sans fraude que Weiller avait, parmi les juridictions françaises internationalement compétentes (...) fait choix du Tribunal de la Seine pour y porter son action »<sup>1</sup>. Si la cour utilise ici la notion de fraude, il n'est pas certain qu'elle ne tienne pas pour synonymes les notions de fraude à la loi et d'abus de droit, recourant ici à la fraude dans son sens large. Dans sa note sous cet arrêt, FRANCESKAKIS estime à très juste titre que la notion d'abus est dans cette hypothèse préférable à celle de fraude. « Théoriquement (...) la notion de fraude (...) suppose l'influence *indirecte*, sur les droits des parties, d'une situation juridique indépendante de ces droits mais créée, et légalement créée, en vue de cette influence indirecte »<sup>2</sup>. Or dans cette affaire, la compétence du juge français est fondée non sur un élément créé pour l'occasion mais sur la nationalité française du mari, laquelle préexistait à la saisine de l'autorité étatique. L'auteur ajoute qu'il faut donc concevoir que « la notion de fraude ne puisse opérer dès lors qu'il s'agit, comme dans la présente espèce, non d'une règle objective mais de la faculté laissée à un individu de choisir. Le reproche théorique à l'emploi de la notion de fraude en la matière rejoint ainsi celui que lui adressent les partisans du libre choix de la loi applicable en matière de contrats : la fraude elle-même n'étant dans son résultat autre chose que l'exercice d'un choix, on ne conçoit pas qu'elle ait un sens si l'on admet la possibilité du choix »<sup>3</sup>. Néanmoins, loin de laisser cette faculté de choix sans contrôle, l'auteur précise que la « notion d'abus de droit est, en revanche ici, à sa place, puisqu'elle affecte directement *les limites de l'exercice des droits subjectifs*. Quelles que soient les controverses relatives à son contenu, on admettra que la notion d'abus de droit puisse opérer pour contrôler l'exercice non d'un droit proprement dit mais d'une faculté directement soumise par la jurisprudence à cette restriction »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1959, *D.* 1959, p. 377, 3<sup>e</sup> esp., note HOLLEAUX ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 495, note FRANCESKAKIS.

<sup>2</sup> Ph. FRANCESKAKIS, note préc., p. 500.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

**394** — Comme la théorie de la fraude à la loi, la réserve de l'abus de droit fait partie de ces concepts généraux du droit en apparence bien connus et depuis longtemps éprouvés autant par la jurisprudence, qui y recourt, que par la doctrine, qui les étudie. Mais dès que l'interprète veut les pénétrer plus avant, il se trouve souvent confronté au doute quant à leurs modalités d'application, sinon quant à leur existence même. Et bien souvent il les confond. Si la définition de l'abus de droit a déchaîné un temps les auteurs, en opposant les adversaires et les partisans de cette théorie, les premiers arguant aussi bien de l'illogisme du concept<sup>1</sup> que du désaccord des seconds sur ses éléments constitutifs ou sa sanction, la tendance contemporaine est plutôt au renoncement à toute systématisation<sup>2</sup>. C'est alors au cas par cas que sera apprécié un éventuel abus de droit, selon des modalités propres au droit subjectif exercé, notamment en matière contractuelle<sup>3</sup>, dans l'exercice du droit de propriété<sup>4</sup>, en droit de la famille<sup>5</sup>, en droit international public<sup>6</sup> ou dans le droit de recouvrer sa créance<sup>7</sup>. De fait, la jurisprudence ne s'est jamais embarrassée des querelles doctrinales et depuis le milieu du 19<sup>e</sup> siècle elle recourt à

<sup>1</sup> Not. de la part de PLANIOL selon qui « le droit cesse où l'abus commence », *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, n° 871. L'abus se confond alors avec l'illicite.

<sup>2</sup> Sur l'ensemble de la question, v. not. J. CHARMONT, « L'abus du droit », *RTD civ.* 1902, p. 113 et s. ; M. DESSERTAUX, « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD civ.* 1906, p. 119 et s. ; H. CAPITANT, « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365 et s. ; G. MORIN, « Quelques observations critiques sur le concept d'abus de droit », in Mél. É. LAMBERT, t. II, éd. Verlag, 1938, p. 467 et s. ; L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1939 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, p. 302 et s. ; J. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, thèse dact., Paris XII, 1977 ; M. ROTONDI, « Le rôle de la notion de l'abus de droit », *RTD civ.* 1980, p. 66 et s. ; L. CADIET, « Abus de droit », *Rec. Dalloz*, 1992 ; J. PREVAULT, « L'abus de droit », *Ann. de Clermont-Ferrand* 1991-1992, vol. 27/28, p. 129 et s. ; W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.* 1992, p. 305 et s. ; G. MACOURS, « L'abus de droits : esquisse de comparaison entre les théories romaine et contemporaine belge », in Mél. F. WUBBE, éd. Universitaires Fribourg, 1993, p. 301 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, *op. cit.*, n° 761 et s. ; G. COURTIEU, « Droit à réparation. Abus de droit. Notion », *J.-Cl. civ.*, Art. 1382 à 1386, fasc. 131-1, 1997 ; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, éd. LGDJ, 2001 ; P. ANCEL (sous la dir. de), *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, St-Étienne, 2001 ; M. SHOUAIB, « Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit », *RDIDC* 2001, p. 340 et s. ; *Rev. jur. et pol.* 2002, p. 245 et s. ; Ph. COPPENS, « Abus de droit et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mél. A. PIROVANO, éd. Frison-Roche, 2003, p. 323 et s. *Adde* *L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990.

<sup>3</sup> Not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 2000 ; P. WERY, « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in Mél. Ph. GERARD, éd. Bruylant, 2002, p. 127 et s.

<sup>4</sup> Not. J.-F. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter) », in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, *Rev. dr. U.L.B.* 2002-1, p. 185 et s.

<sup>5</sup> Not. A. GOUTTENOIRE-CORNUT, M.-C. RIVIER, « L'abus de droit en droit de la famille », in P. ANCEL (sous la dir. de), *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, *op. cit.*, p. 161 et s. ; L. CADIET, « Abus de droit », *op. cit.*, n° 158 et s. V. par ex. Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129, note DUBAELE ; – Rouen, 15 juin 2005, *Juris-Data* n° 2005-278689.

<sup>6</sup> T. SELEA, *La notion de l'abus du droit dans le droit international*, thèse Paris, 1940 ; A. Ch. KISS, *L'abus de droit en droit international*, thèse Paris, LGDJ, 1954 ; L. STORAT, *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, éd. LGDJ, 1959, spéc. n° 483 et s. ; É. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, éd. Pedone, 1977, spéc. n° 104 et s. ; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux en droit*, éd. Puf, 2000, spéc. p. 429 et s.

<sup>7</sup> J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance », in Mél. P. RAYNAUD, éd. Dalloz, 1985, p. 469 et s.

cette notion<sup>1</sup>, pour la consacrer au début du 20<sup>e</sup> siècle<sup>2</sup>. De même, bien que la notion ne soit prévue par aucun texte, la CJCE consacre l'abus de droit comme réserve générale à l'exercice des droits découlant des traités ou du droit communautaire dérivé, tels les règlements, même si la Cour mêle souvent dans ses attendus les théories de la fraude à la loi et de l'abus de droit<sup>3</sup>.

**395** — Il découle de cette jurisprudence et des nombreuses études consacrées à l'abus de droit qu'aucun élément de fait ne peut à lui seul expliquer toutes les hypothèses d'abus. Il n'existe pas de critère unique à l'abus de droit, mais plusieurs critères qui peuvent intervenir de manière alternative ou cumulative, selon l'espèce considérée. La contemplation de la jurisprudence et de la doctrine permet en général de dégager trois<sup>4</sup>, quatre<sup>5</sup>, cinq<sup>6</sup> ou six<sup>7</sup> critères de l'abus de droit, lesquels ne sont d'ailleurs pas toujours identiques. Il y a abus de droit en cas de faute dans l'exercice des droits ; en cas d'exercice d'un droit dans l'intention de nuire ; en l'absence d'intérêt légitime ; en cas de détournement du droit subjectif de sa finalité sociale ; en cas d'atteinte au droit d'autrui à la sécurité ; en cas d'exercice d'une option de façon la plus dommageable à autrui, pour un intérêt identique retiré par celui qui exerce ce choix ; en cas de disproportion manifeste des intérêts ou entre le préjudice causé à autrui dans l'usage du droit et l'avantage recherché et obtenu par le titulaire du droit. Pris en tant que tel, aucun de ces critères n'est pertinent dans la mesure où aucun ne peut embrasser la multitude des situations qui peuvent tomber sous le coup de l'abus de droit. Néanmoins, chacun peut conduire à la qualification d'abus de droit, avec plus ou moins de force, notamment en ce qui concerne les abus de procédure. En droit interne, l'abus de procédure est en effet sanctionné lorsque le comportement d'une des parties révèle l'un de ces éléments de fait, autant de la part du demandeur dans l'exercice de son droit d'action que du défendeur dans l'exercice du droit de se défendre<sup>8</sup>. Reste à savoir si cette limite peut être transposée au droit international privé.

**396** — Cette question de la compatibilité de la notion d'abus de droit avec le droit international privé a déjà été abordée à propos des rapports entre la théorie de la fraude à la loi et la loi d'autonomie<sup>9</sup>. Il a été montré que si la réserve de la fraude à la loi est incompatible avec le choix de la loi applicable lorsque ce choix existe indépendamment d'une modification de la situation internationale, l'abus de droit pourrait alors intervenir. Le raisonnement adopté

<sup>1</sup> Colmar, 2 mai 1855, *D.P.* 1856, 2, 9, affaire dite de la fausse cheminée.

<sup>2</sup> J. LEMEE, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, *op. cit.*, n° 14 et s., n° 162 et s. ; P. ANCEL, Cl. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XX<sup>e</sup> siècle », in P. ANCEL (sous la dir. de), *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, *op. cit.*, p. 51 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 118 et s.

<sup>4</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 778 et s.

<sup>5</sup> L. JOSSEMAND, *op. cit.*, n° 266 et s. ; R. KOLB, *op. cit.*, p. 464 et s.

<sup>6</sup> A. KARIMI, *op. cit.*, n° 153 et s.

<sup>7</sup> J.-F. ROMAIN, « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé... », *op. cit.*, n° 29. L'auteur en voit même un septième, plus rare, dans « l'exercice d'un droit de nature à causer à la collectivité un dommage hors de proportion avec l'avantage poursuivi par le titulaire du droit ».

<sup>8</sup> R. MARTIN, « De l'abus du droit d'action à l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile », *D.* 1976, chr., p. 287 et s. ; J. LEMEE, *op. cit.*, n° 413 et s. ; Y. DESDEVISES, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, p. 21 et s. ; L. CADIET, « Abus de droit », *op. cit.*, n° 87 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 803 ; F.-X. MATTEOLI, « L'abus de droit d'ester en justice », *Dr. & patr.* 2000, n° 83, p. 82 et s. ; J.-É. CALLON, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA* 28 mars 2000, p. 4 et s. ; H. BOULARBAH, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'abus de droit de conclure : vivacité d'une théorie », in Mél. Ph. GERARD, éd. Bruylant, 2002, p. 461 et s. V. not. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 novembre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 66, obs. HAUSER.

<sup>9</sup> Cf. *supra* n° 315 et s.

pour le choix d'une loi est le même que celui proposé pour l'option de compétence judiciaire, les développements consacrés à l'une ou à l'autre de ces deux propositions sont donc transposables aux deux hypothèses d'abus de droit en droit international privé. Si l'abus de droit peut sembler incompatible avec les règles de droit international privé, c'est parce que cette matière, dans sa conception traditionnelle, n'octroie pas de droits subjectifs aux individus dont elle régit la situation. Le droit international privé ne fait en principe que déterminer selon quelle loi ces droits subjectifs seront accordés et l'autorité compétente pour les protéger. Néanmoins, lorsqu'il permet directement au sujet qui en relève de choisir la juridiction internationalement compétente et/ou la loi applicable à sa situation juridique internationale, le droit international privé octroie alors un véritable droit subjectif dont le sujet peut user autant qu'abuser. En cas d'utilisation malicieuse de l'option de compétence judiciaire ou législative, la réserve de la fraude à la loi ne peut être opposée, faute pour l'intéressé d'avoir créé une nouvelle situation internationale artificielle et faute pour une autorité étatique ou une loi de voir sa compétence naturelle évincée<sup>1</sup>.

**397** — Prévoir la réserve de l'abus de droit est nécessaire dans la mesure où ne pas l'admettre conduirait à donner une totale liberté au demandeur dans l'exercice de son droit d'option, toutes les fois qu'aucune autre limite ne pourrait lui être opposée. Or, les limites traditionnelles en droit international privé n'atteignent pas toutes les situations de fait. Ainsi, si les lois de police ou l'exception d'ordre public international peuvent parfois apparaître comme concurrentes avec la réserve de la fraude – par extension avec la réserve de l'abus de droit – elles n'en restent pas moins différentes autant dans leurs conditions que dans leur domaine d'application, si bien que la réserve de la fraude à la loi est appelée à jouer un rôle complémentaire<sup>2</sup>. Dans ces conditions, ne pas admettre la réserve de l'abus de droit aurait pour conséquence de transformer l'option de compétence internationale en un droit discrétionnaire<sup>3</sup>, lorsque les lois de police et l'exception d'ordre public international ne peuvent intervenir.

**398** — Or, d'une manière générale, une telle solution serait inopportune et illogique. Un « droit absolu est inconcevable parce que l'ordre juridique a pour objet de *répartir et de délimiter* les compétences, facultés, libertés ou droits subjectifs »<sup>4</sup>. Droit fondamental du justiciable comme moyen d'accès au droit<sup>5</sup>, le droit d'accès à la justice n'en est pas pour autant un droit absolu. Le droit d'agir en justice est en effet considéré comme un droit fonction doué d'une finalité propre. Ce droit est accordé à son « titulaire dans le but bien précis de lui permettre d'assurer la reconnaissance de ses droits ou de se défendre contre des actions qui contesteraient à tort ses droits »<sup>6</sup>. En ce sens, l'action en justice « est destinée à faire triompher le droit et la vérité. L'utiliser à d'autres fins est un abus »<sup>7</sup>. En droit processuel français, la réserve de l'abus de droit dans l'exercice du droit d'agir en justice est ainsi réservée par

<sup>1</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 7.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 215 et s. pour les lois de police, et *supra* n° 225 et s. pour l'ordre public international.

<sup>3</sup> Sur lesquels, v. not. L. JOSSERAND, *De l'esprit de droits et de leur relativité*, *op. cit.*, n° 306 et s. ; L. CADIET, « Abus de droit », *op. cit.*, n° 12 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 773 et s. ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92 et s. ; G. COURTIEU, « Droit à réparation. Abus de droit. Notion », *op. cit.*, n° 30 et s.

<sup>4</sup> R. KOLB, *op. cit.*, p. 437.

<sup>5</sup> J.-M. COULON, M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit d'accès à la justice », in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, Th. REVET, 10<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2004, p. 423 et s.

<sup>6</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *op. cit.*, n° 7, p. 320. Adde A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, n° 533.

<sup>7</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 803.

plusieurs dispositions du nouveau Code de procédure civile<sup>1</sup>. Les juges sanctionnent le plaideur sur le terrain de l'abus de droit lorsque son action en justice constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou s'il s'agit d'une erreur grave équipollente au dol<sup>2</sup>.

**399** — Dans le cadre de sa jurisprudence anti-contournement, la CJCE consacre le caractère non discrétionnaire des droits découlant d'une disposition de droit communautaire. Ainsi, dans l'arrêt *Kefalas*, la Cour juge qu'une action en justice peut constituer un abus de droit si elle a été exercée « dans le but d'obtenir, au détriment de [l'autre partie], des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition »<sup>3</sup>. Par des décisions ultérieures, la CJCE confirme la possibilité pour les juridictions nationales de sanctionner l'exercice d'un droit d'origine communautaire lorsque celui-ci avait été utilisé dans un but étranger à sa finalité<sup>4</sup>. Tirant les conséquences de cette qualification en droit fonction du droit d'agir en justice, JOSSERAND écrivait « qu'il n'est pas jusqu'à la faculté accordée parfois au demandeur de choisir entre plusieurs tribunaux également compétents qui ne devienne l'occasion d'un abus dans le cas où elle est exercée dans un sens particulièrement préjudiciable au défendeur et sans profit ni avantage pour le demandeur »<sup>5</sup>. Si l'auteur n'avait certainement à l'esprit que la seule compétence interne, la réserve de l'abus de droit est incontestablement nécessaire en ce qui concerne la compétence internationale.

**400** — Elle pourrait même l'être davantage en comparant le préjudice que pourrait subir le défendeur suite à un abus de compétence au niveau interne ou international. Dans sa thèse, Mme la Pr. GAUDEMET-TALLON admet que l'abus de droit puisse faire échec à une prorogation de compétence internationale, pour deux raisons au moins : « en premier lieu parce que les conséquences de l'acte abusif seront beaucoup plus graves si l'attribution de compétence a eu lieu au profit d'un tribunal étranger, en second lieu parce que l'incertitude des règles de compétence judiciaire internationale rend la prorogation abusive à la fois plus facile à réaliser et plus difficile à apprécier »<sup>6</sup>. D'un point de vue matériel, la saisine d'une autorité étrangère augmentera les frais du défendeur, le contraindra à se déplacer vers une autorité dont il ne maîtrise pas forcément la langue, elle le privera certainement de témoins ou d'un conseil juridique avec lequel il peut aisément communiquer, les délais seront augmentés en raison des distances, les preuves seront plus difficiles à rassembler et nécessiteront des vérifications et traductions. D'un point de vue juridique, une autre loi sera souvent appliquée, laquelle peut prévoir une solution matérielle différente, une incertitude naîtra quant à la reconnaissance de la décision obtenue. Dans le même temps, l'abus d'option de compétence internationale sera plus facile à réaliser en raison soit de l'indétermination des règles de compétence judiciaire internationale, soit en raison de la multiplication des critères de compétence, qui rendent souvent aléatoire la prédétermination de l'autorité étatique que le demandeur saisira.

<sup>1</sup> Art. 32-1 et 103 du npc ; M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, éd. Dalloz, 2003, n° 440 et s.

<sup>2</sup> Civ., 7 mai 1924, S. 1925, 1, p. 217, note BRETHER DE LA GRESSAYE.

<sup>3</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, aff. C-367/96, Rec. I-2843, concl. TESAURO ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. LUBY ; *Rev. soc.* 1998, p. 794, note DANA-DEMARET ; *Europe* 1998, n°s 225 et 247, obs. LAGONDET, pt. 28.

<sup>4</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, Rec. I-1705, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY, pt. 38.

<sup>5</sup> L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, op. cit., n° 51, p. 75.

<sup>6</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de compétence de juridiction en droit international privé*, éd. Dalloz, 1965, n° 327 et s.

**401** — Le cas est topique dans le cadre des Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis* où, pour une situation internationale assez classique, jusqu'à quatre fors pourront être compétents pour statuer sur un litige familial<sup>1</sup>. De manière générale, la CJCE réserve l'exercice abusif d'un droit d'action issu des textes communautaires. Elle a en effet jugé que peut constituer un abus de droit le fait pour le sujet de choisir, « parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation (...) celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »<sup>2</sup>. Néanmoins, la réserve de l'abus de droit – comme celle de la fraude à la loi – n'est pas directement prévue par les règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis*. Il pourrait en être déduit que cette réserve ne peut venir limiter les chefs de compétence prévus par ces textes. Toutefois, l'application d'un texte n'est pas exclusive de celle des principes généraux qui peuvent alors remettre en cause l'autorité du règlement. Or, la CJCE a souligné de façon générale que « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre d'adopter, en l'absence d'harmonisation, des mesures destinées à éviter que les facilités créées en vertu du traité soient utilisées de façon abusive et contraire à l'intérêt légitime de cet État »<sup>3</sup>. Dès lors, « les principes relatifs à la théorie de l'abus de droit dégagés par la Cour de justice valent aussi pour les nouveaux règlements du droit judiciaire européen »<sup>4</sup>. En ce sens, les juridictions nationales devront sanctionner l'utilisation abusive des critères de compétence retenus par ces différents textes au regard de la conception de l'abus de droit façonnée par la Cour de justice à propos de l'exercice de droits matériels réglementaires. Cette possibilité a d'ailleurs été soulevée par un avocat général à propos des actions dénégatoires exercées en vertu de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Tatry*<sup>5</sup> et tout en approuvant l'application de la règle *Prior tempore...*, l'avocat général considère néanmoins qu'en « tout cas, il incombe au juge saisi de veiller à empêcher les abus éventuels »<sup>6</sup>. La réserve de l'abus de droit n'échappe donc pas, *a priori*, à la compétence judiciaire internationale issue des règlements communautaires. Si donc la Cour ne s'est pas – encore – directement prononcée sur la possibilité d'invoquer la réserve de l'abus de droit à l'encontre de l'exercice d'un droit d'option de compétence issu des règlements communautaires<sup>7</sup>, la communautarisation des règles de compétence des juridictions en matière familiale conduit à rechercher cette définition dans la jurisprudence de la CJCE, seule compétente pour en donner une interprétation uniforme au sein des États membres.

**402** — Cette notion d'abus du droit d'option pourrait être utilisée afin de limiter, à défaut de supprimer, le privilège de juridiction fondé sur la nationalité française prévu aux articles 14 et 15 du Code civil. C'est d'ailleurs dans cette hypothèse que des juges ont utilisé la notion d'abus de droit pour se déclarer incompétents. Si le défendeur n'a ni son domicile ni une résidence en France, la Cour de cassation rappelle en effet que « s'il est de principe que le défendeur étranger peut être cité devant le Tribunal du domicile du demandeur français, c'est à la condition que l'exercice de ce droit ne constitue pas un abus »<sup>8</sup>. De même, lorsque ni le

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 374 et s.

<sup>2</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, préc., pt. 43.

<sup>3</sup> CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.* I-1663, pt. 34.

<sup>4</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 8.

<sup>5</sup> CJCE, 8 décembre 1987, aff. C-144/86, *Rec.* p. 4861. Sur cette affaire, v. A. ATALLAH, « Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping » », *op. cit.*, p. 870 et s.

<sup>6</sup> G. TESAURO, concl. sous CJCE, 8 décembre 1987, *Tatry*, préc., n° 22.

<sup>7</sup> Elle s'est en revanche plusieurs fois prononcée en ce qui concerne la limite de la fraude à la juridiction dans le cadre de la Convention de Bruxelles 1 du 27 septembre 1968, cf. *infra* n° 630.

<sup>8</sup> Soc., 8 novembre 1956, *Bull.* IV, n° 822 ; – Paris, 11 juillet 1978, *JDI* 1979, p. 601, note ALEXANDRE. *Adde* Com, 19 mars 1979, *Rev. soc.* 1979 p. 567, note GUYON ; *Rev. crit. DIP* 1981 p. 524, note LAGARDE.

demandeur, ni le défendeur, n'ont leur domicile ou leur résidence en France, le demandeur peut saisir à son choix une juridiction française à condition que ce choix ne soit ni abusif ou frauduleux<sup>1</sup>, ni encore arbitraire<sup>2</sup>. Dans ce cas, l'abus de droit n'est d'ailleurs pas incompatible avec la saisine d'une autorité étatique qui correspond à une bonne administration de la justice. Car si ce dernier critère « est sans doute d'application relativement facile en droit interne ; il devient beaucoup plus incertain en droit international »<sup>3</sup> dans la mesure où les éléments du litige, sur lesquels le juge s'appuiera pour déterminer celle des juridictions qui sied le mieux à une bonne justice, se trouvent par nature disséminés dans plusieurs ordres juridiques. Par hypothèse en effet, chaque for, puisqu'il est compétent en vertu d'un élément de fait du rapport de droit existant *ante litis*, dispose d'un titre plus ou moins important à revendiquer sa compétence, et donc le fait qu'il soit bien placé pour exercer une bonne justice. Il serait alors « préférable de s'en tenir, dans l'ordre international, aux critères subjectifs de l'abus de droit et de rechercher seulement si l'intérêt commun des parties a été respecté »<sup>4</sup>.

**403** — Si les affaires citées relatives aux articles 14 et 15 du Code civil ne concernent pas à proprement parler la compétence internationale directe, elles montrent en tout cas qu'un critère de compétence ouvert se prête à l'abus lorsque le demandeur dispose d'une pluralité de fors compétents. La réserve de l'abus de droit peut dès lors être directement opposée à l'exercice du privilège de juridiction, empêchant la saisine du juge français. Il pourrait en être ainsi lorsque suite à un désistement d'instance à l'étranger, le demandeur saisit de la même affaire le juge français<sup>5</sup>. Abusant de cette règle, le demandeur peut ainsi engager une instance à l'étranger tout en se gardant de renoncer expressément au privilège de juridiction, puis attendre assez longtemps devant ce juge pour percevoir l'issue du litige. Si cette dernière ne lui semble pas favorable, il pourra se désister pour saisir à nouveau une autre juridiction, française ou étrangère, en vertu de son option de compétence. Dans une telle hypothèse, le juge saisi pourrait « décliner sa compétence s'il caractérisait un véritable abus de droit »<sup>6</sup>. De même, dans une affaire relative à un accident de la circulation survenu en Algérie, l'épouse de la victime intenta une action en responsabilité contre le conducteur, de nationalité algérienne et domicilié en Algérie, ainsi que la compagnie d'assurance française de ce dernier. Pour les juges, « l'action de la demanderesse n'aurait pour résultat que de soustraire son compatriote (...) à son juge naturel ainsi qu'elle même en vue de frauder la législation [algérienne], sans aucun intérêt avouable »<sup>7</sup>. Si le principe de cette solution peut être retenu en ce qui concerne la fraude à la loi algérienne, elle est tout de même contestable en ce qui concerne l'utilisation de la notion de fraude comme fondement de la compétence du juge, dans la mesure où cette compétence existait d'elle-même en raison de la nationalité française de l'assureur. Ici encore, il semble que les juges recourent à la notion de fraude au sens large, laquelle inclut l'abus de droit. Car la « fraude ourdie au moyen d'une prorogation artificielle de

<sup>1</sup> Colmar, 30 avril 1863, *S.* 1863, 2, 125 ; – T. civ. de Belfort, 28 mai 1924, *Gaz. pal.* 1924, 2, 229 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1959, préc. ; – Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juillet 1962, *JDI* 1963, p. 1056, note SIALELLI ; – Douai, 9 mars 1965, *Rev. crit. DIP* 1965, p. 715, 2<sup>de</sup> esp., note LAGARDE ; *JDI* 1966, p. 372, note SIALELLI ; – TGI de la Seine, 14 juin 1967, *JCP* 1968, II, 15423, concl. FABRE ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1968, *Bull.* I, n° 267 ; – TGI Paris, 12 novembre 1969, préc. ; – Paris, 22 février 2001, *RTD com.* 2002, p. 662, obs. LOQUIN.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 décembre 1961, *Bull. civ.* I, n° 459.

<sup>3</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, n° 331.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, *D.* 1993, p. 602, note MASSIP.

<sup>6</sup> J. MASSIP, note préc., p. 603.

<sup>7</sup> TGI Paris, 12 novembre 1969, préc.

la compétence juridictionnelle française implique que, dès l'origine, il n'y avait pas de compétence judiciaire véritable admise par la loi française »<sup>1</sup>.

**404** — Transposée à la compétence judiciaire internationale, la réserve de l'abus de droit peut ainsi intervenir pour sanctionner deux catégories d'abus d'option de compétence internationale. Une première catégorie serait la transposition de l'abus d'option de compétence interne : le demandeur introduirait une action internationale devant un for éloigné du domicile du défendeur dans le seul but de lui nuire. Dans cette hypothèse, l'action n'a d'autre but que de nuire au défendeur sans que l'objet même de l'action ait, en soi, un intérêt quelconque pour le demandeur. L'option de compétence internationale devient abusive lorsqu'elle est exercée contrairement à sa finalité. La seconde catégorie se rapproche plus d'une volonté malicieuse. En effet, dans « les litiges internationaux, l'abus ne réside pas tant dans la saisine du juge elle-même, que dans le choix de saisir un tribunal plutôt qu'un autre ordre juridique et juridictionnel »<sup>2</sup>. La saisine orientée d'une autorité étatique n'est en effet pas un but mais un moyen de parvenir à un résultat différent de celui qui aurait été obtenu si une autre autorité, parmi celles compétentes en vertu de l'option de compétence internationale, avait été saisie. Dans cette optique, l'exercice de l'option de compétence internationale peut constituer un abus de droit lorsqu'elle est exercée de manière orientée, dans le but de voir appliquée au litige une loi plus favorable. Dans ce cas, l'action en justice n'est pas exclusivement dilatoire et elle ne peut s'interpréter comme un détournement de la finalité du droit d'agir, le demandeur agissant, avant tout, dans le but de voir reconnu un droit subjectif. L'abus de droit sera alors révélé par la disproportion entre l'avantage recherché par le demandeur et l'inconvénient subi par le défendeur. Cette distinction permet de mettre en évidence les deux critères de l'abus de droit qui peuvent être utilisés en matière de compétence judiciaire internationale : le critère du détournement de la finalité du droit d'agir en justice et le critère de la proportionnalité<sup>3</sup>. La consécration de l'abus de droit par la CJCE et son application en droit judiciaire réglementaire permet de confirmer et de préciser cette possibilité pour le juge de sanctionner l'abus du droit d'option de compétence internationale, qu'il convient de distinguer de la fraude à la loi.

#### B. LE CRITERE DE LA DISTINCTION : LE CARACTERE PREEXISTANT DE LA SITUATION INTERNATIONALE SOUMISE A L'AUTORITE ETATIQUE

**405** — Des exemples tirés de la jurisprudence relative à la fraude à la loi de droit international privé, deux situations permettent de distinguer le domaine de la fraude et de l'abus. D'une part, le sujet de droit change de situation : d'une situation interne, il crée une situation internationale ; d'une situation internationale, il crée une situation interne ou internationalement remaniée. Dans les deux cas, la fraude à la loi résulte de la création ou de la dénégation d'une situation internationale (1). D'autre part, le sujet de droit peut déjà être placé dans une situation internationale qu'il n'a pas créée à dessein de fraude. S'avisant de ses potentialités, il décide d'exploiter cette internationalité préexistante afin de parvenir à l'application de la loi qui réalise au mieux les fins qu'il s'est fixées (2). Purement matérielle, cette distinction entre création et exploitation de la situation soumise à l'autorité étatique permet de circonscrire le domaine de la fraude à la loi avec celui de l'abus de droit. Celle-ci ne peut se trouver établie que dans la première hypothèse de création ou de dénégation d'une situation internationale. Seule en effet cette configuration permet de relever à la fois l'élément

<sup>1</sup> Ph. MALAURIE, note sous TGI Paris, 12 novembre 1969, préc., p. 819.

<sup>2</sup> M. RAIMON, « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP* 2000, I, 256, n° 6.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 648 et s.

matériel – un changement dans la situation du sujet – et l'élément légal – une éviction-substitution provoquée par ce changement – de la fraude à la loi. À l'inverse, lorsque le sujet ne fait qu'exploiter une situation préexistante, il ne modifie en rien sa situation internationale, celle-ci reste intrinsèquement identique alors même que le sujet met en avant l'un de ses aspects au détriment d'un autre. Néanmoins, si elle ne peut donner lieu à une fraude – faute de création ou de dénégation et faute d'éviction d'une loi normalement compétente – l'exploitation d'une situation internationale peut dégénérer en abus de droit.

### 1. La fraude à la loi suppose la création ou la dénégation d'une situation internationale

**406** — L'interposition d'une frontière à l'intérieur d'une situation donnée est un vecteur de conflit de législations dès lors que coexistent plusieurs systèmes juridiques, tant au niveau international que dans l'espace européen. Par le biais d'une création, la manœuvre frauduleuse peut procéder d'une transformation de la situation du sujet (a) et/ou de la transformation du raisonnement conflictuel mené devant l'autorité étatique (b).

#### a) La transformation frauduleuse d'une situation

**407** — En reprenant la distinction entre situations internes et internationales<sup>1</sup>, la création d'un conflit de lois résulte de l'adjonction d'un élément d'extranéité dans le rapport de droit interne afin de le soumettre, virtuellement, à une ou plusieurs autres lois. Par le biais d'un préalable matériel, le sujet transforme une situation purement interne, qui ne donnait lieu à aucun conflit de lois dans l'espace, en une situation internationale, créant ainsi un conflit de lois qui se révélera à l'autorité étatique saisie. À l'inverse, le sujet de droit placé dans une situation internationale peut transformer celle-ci afin que le conflit de lois qu'elle engendre soit dénié ou modifié dans un sens voulu. Dans les deux hypothèses, il s'agit toujours d'un acte créateur : le sujet transforme sa situation personnelle par le biais d'un acte ou un fait juridique préparatoire. Cette possibilité de transformation recouvre plusieurs hypothèses.

**408** — Le sujet peut, d'une situation interne française, créer une situation internationale en rattachant son rapport de droit à l'étranger. Du point de vue de l'autorité étatique française, il s'agit ici de l'hypothèse classique de fraude à la loi de droit international privé. Cette hypothèse concerne ainsi tous les cas de mariages clandestins célébrés à l'étranger par des Français<sup>2</sup>. Le déplacement effectué à l'étranger par les fiancés peu de temps avant le mariage crée une situation internationale et, par conséquent, un conflit d'autorités. L'autorité française et l'autorité étrangère devenaient en effet, en raison de ce déplacement, toutes deux compétentes pour célébrer le mariage. La première parce que ce déplacement ne leur avait pas fait perdre leur domicile en France, la seconde en vertu de ses propres règles de compétence. La configuration matérielle de la fraude à la loi est identique en ce qui concerne les divorces migratoires obtenus par des Français auprès de tribunaux étrangers souvent complaisants<sup>3</sup>. Il en est de même lorsqu'un couple se rend à l'étranger afin de conclure un contrat de maternité de substitution, qu'après la naissance l'homme reconnaît l'enfant puis obtient du juge étranger un

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 332 et s.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 435 les décisions qui ont annulé ces mariages célébrés en fraude à la loi française.

<sup>3</sup> Not. Req., 16 décembre 1845, *S.* 1846, 1, 100, note DEVILL ; *D.* 1846, 1, 7 ; – Req., 19 juillet 1875, *S.* 1876, 1, 289, note LABBE ; *D.* 1876, 1, 5 ; – Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205 ; – Civ., 25 mars 1889, *JDI* 1889, p. 642 ; – TGI de Paris, 5 juillet 1983, *Gaz. pal.* 1984, 1, somm., p. 190 ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 733 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986 et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, note GAUDEMET-TALLON.

transfert d'autorité parentale exclusive et enfin que l'épouse demande en France l'adoption de l'enfant de son conjoint<sup>1</sup> ou plus directement lorsque les deux membres du couple sont inscrits sur l'acte de naissance de l'enfant comme ses parents<sup>2</sup>. Il en est encore ainsi lorsque la création de la situation internationale a pour but un changement de nom<sup>3</sup> ou une adoption<sup>4</sup>.

**409** — Sans créer de toutes pièces une situation internationale à partir d'une situation interne, le sujet peut transformer une situation internationale existante. Ainsi, l'ameublissement de l'immeuble situé en France par Caron n'a pas eu pour effet de transformer une succession interne en une succession internationale<sup>5</sup>. La succession était déjà internationale. Néanmoins, la manœuvre a créé une autre succession internationale que celle qui aurait dû normalement se présenter à l'autorité. En transformant cet immeuble en meuble, Caron a créé relativement à ce bien un autre conflit de lois, donnant compétence celui-ci, toujours selon la règle française, à la loi américaine du dernier domicile du défunt. La situation de Caron était donc initialement internationale, elle l'était toujours après la manœuvre, mais il s'agissait d'une autre situation internationale, laquelle donna lieu à un autre conflit de lois.

**410** — Le sujet peut encore, inversement, créer à partir d'une situation internationale une situation purement interne ou virtuellement interne. La situation sera purement interne lorsque tous ses rattachements convergeront vers le seul système juridique de l'autorité étatique saisie. À l'inverse, la situation deviendra virtuellement interne lorsque le sujet créera des liens tellement forts avec un État, tout en conservant ses liens antérieurs avec l'extérieur, que les premiers seront seuls pris en compte par l'autorité saisie, au détriment des seconds. Ainsi l'étranger qui acquiert la nationalité française tout en conservant sa nationalité d'origine sera considéré par l'autorité étatique française comme un simple Français<sup>6</sup>. La situation ici demeure internationale mais elle est réglée comme si elle était interne. Dans les deux cas, la manœuvre permettra normalement d'atteindre le résultat escompté<sup>7</sup>. Mais elle sera plus efficace si elle crée une situation purement interne, la présence d'éléments étrangers pouvant conduire l'autorité étatique à apprécier l'effectivité des rattachements<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Paris, 15 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, 1<sup>re</sup> esp., note LABRUSSE-RIOU ; *JDI* 1990, p. 982, note GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER.

<sup>2</sup> Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2902, note GRANET ; *JCP* 2003, I, 101, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. HAUSER.

<sup>3</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *JDI* 1997, p. 793, note LUCAS.

<sup>4</sup> Douai, 12 décembre 1996, *Rev. dr. pays Afr.* 2000, p. 101, note MBARGA ; – Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *JDI* 2000, p. 55, note POISSON-DROCOURT ; – Riom, 15 mai 2001, *JCP* 2002, IV, 1692.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1968, *Kasapyan, Rev. crit. DIP* 1969, p. 59, note BATIFFOL ; *GADIP* n° 46.

<sup>7</sup> Par ex. un divorce : T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, *JDI* 1892, p. 933 ; – T. civ. de la Seine, 9 novembre 1892, *JDI* 1892, p. 1155 ; – 18 juin 1896, *JDI* 1896, p. 842 ; – Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT, et p. 714 ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12 ; – T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, *JDI* 1928, p. 1195, note J. P. ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 1<sup>re</sup> esp. ; – Civ., 14 mars 1928, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 2<sup>e</sup> esp. ; – 7 mai 1928, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 3<sup>e</sup> esp. ; – 5 février 1929, *Mancini, S.* 1930, 1, p. 81, note AUDINET. Ou encore l'établissement d'un lien de filiation : Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco, JDI* 1919, p. 347 ; *S.* 1920, 2, 65, note AUDINET.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juillet 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 85 ; – TGI Paris, 27 septembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 91, note LEQUETTE. *Adde* P. LAGARDE, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987) », *Rev. crit. DIP* 1988, p. 29 et s. ; Y. LEQUETTE, « La nationalité française dévaluée », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 349 et s., n° 52 ; D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des*

**411** — Dans le cadre de la création d'un conflit, le sujet peut encore, tout en restant rattaché au même État, exploiter les divergences juridiques entre les provinces de cet État. Il en est ainsi par exemple des États fédéraux tels que les États-Unis, les États pluricommunautaires comme le Liban ou encore les États divisés en provinces, notamment l'Espagne. La manœuvre consisterait ici à changer de province<sup>1</sup>, d'État fédéré<sup>2</sup> ou de religion<sup>3</sup> lorsque ce changement a une influence sur le droit applicable.

**412** — À l'instar de la fraude à la loi de droit international privé, l'élément matériel de la fraude à la loi communautaire est constitué par un changement. Changement de loi applicable par la modification de l'élément de rattachement en droit international privé, le changement dans la fraude à la loi communautaire réside dans la création ou l'abandon des conditions d'entrée ou de sortie de la sphère du droit communautaire. Dans la plupart des hypothèses de contournement, la manœuvre frauduleuse consiste ainsi à créer les conditions d'application ou de revendication des droits ou des libertés communautaires. Dans la mesure où les éléments d'eupéanité dépendent directement de la volonté individuelle, les sujets de droit peuvent les manipuler afin de se placer réellement, mais dans un but frauduleux, dans la sphère d'application du droit communautaire. Comme pour la fraude à la loi de droit international privé, l'élément matériel se compose d'un préalable matériel, c'est-à-dire un acte ou un fait juridique préparatoire. En second lieu, une autorité étatique interviendra directement ou indirectement dans la réalisation de la manœuvre ou à un stade postérieur.

**413** — Proche d'une hypothèse de droit international privé, l'arrêt *Micheletti* offre une véritable opportunité de fraude<sup>4</sup>. D'après cette décision, le ressortissant d'un État tiers qui possède également la nationalité d'un État membre doit être considéré, par l'ensemble des États membres, comme un ressortissant communautaire, alors même que la nationalité de l'État membre serait totalement ineffective. Il en résulte qu'un ressortissant d'un État tiers peut acquérir la nationalité de n'importe lequel des États membres pour ensuite bénéficier, dans l'ensemble de la Communauté, de la liberté de circulation ou d'établissement<sup>5</sup>. Ce schéma se retrouve dans plusieurs affaires<sup>6</sup>, de manière significative en matière d'établissement des

---

*personnes et de la famille*, éd. LGDJ, 2000, n° 603 et s. ; M. VERWILGHEN, *Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie*, op. cit., n° 515 et s.

<sup>1</sup> En Espagne : T. suprême civ., 18 novembre 1964, *JDI* 1973, p. 765, obs. CREMADES.

<sup>2</sup> Aux États-Unis : Paris, 27 novembre 1981, *D.* 1983, p. 142, note PAIRE et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Favreau, Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>3</sup> Au Liban : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 septembre 1955, *JDI* 1961, p. 174, note GANNAGE. Adde M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, éd. Dalloz, 2005, n° 288. En Syrie : T. des conflits, 12 juin 1925, *Rev. crit. DIP* 1926, p. 84. Au Maroc : Cour suprême de Rabat, 5 juillet 1974, *JDI* 1978, p. 681.

<sup>4</sup> CJCE, 7 juillet 1992, aff. C-369/90, *Rec. I*-4239 ; *R.G.D.I.P.* 1993, p. 103, note RUZIE ; *JCP* 1993, I, 3666, n° 1, obs. LABARDE.

<sup>5</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec. I*-6279, concl. STIX-HACKL.

<sup>6</sup> Not. CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. C-229/83, *Rec. p. 1* et s., concl. DARMON ; – 21 juin 1988, *Lair*, aff. C-39/86, *Rec. p. 3161* ; – 3 octobre 1990, *Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec. I*-3551 ; – 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec. p. 4265* et s., concl. TESAURO ; – 3 mars 1993, *General Milk Products*, aff. C-8/92, *Rec. I*-779 ; – 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec. I*-1663 ; – 9 août 1994, *Boterlux*, aff. C-347/93, *Rec. I*-3933 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, pt. 52, *Rec. I*-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON ; – 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-10/00, *Rec. I*-2357 – 21 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-298/99, *Rec. I*-3129 ; – 16 mai 2002, *Commission c/ Espagne*, aff. C-232/99, *Rec. I*-4235 ; – 3 octobre 2002, *Dieter Danner*, Aff. C-136/00, *Rec. I*-8147, concl. JACOBS du 21 mars 2002, spéc. n° 76 ; – Lyon, 14 février 2003, n° 2002/01085, inédit.

sociétés. Dans la mesure où les entreprises d'un État membre bénéficient d'un droit d'établissement sur le territoire de la Communauté, il suffit à une société de s'installer conformément à la législation de l'État membre d'accueil, en vertu des libertés communautaires, pour ensuite revendiquer les droits issus de la loi du nouvel État membre, en raison de son nouveau rattachement<sup>1</sup>. L'arrêt *Centros*<sup>2</sup> est à ce titre significatif et nombre de sociétés utilisent la liberté d'établissement afin de bénéficier d'un statut ou de dispositions plus favorables, pour elles-mêmes, leurs dirigeants, associés ou salariés<sup>3</sup>. À l'image de l'arrêt *TV 10*<sup>4</sup>, le secteur de l'audiovisuel permit à plusieurs reprises à la CJCE de se prononcer sur l'utilisation frauduleuse de la liberté de prestation de services par le biais d'un établissement dans un autre État membre<sup>5</sup>. À chaque fois, le contournement résultait de l'exercice successif des libertés d'établissement et de prestation de services. Une société de diffusion d'un État membre s'établit dans un premier temps sur le territoire d'un autre État membre puis, se prévalant de la liberté de prestation de services, entend diffuser l'ensemble de ses programmes exclusivement sur le territoire de l'État membre d'origine. Pour que l'élément matériel soit efficace, il faut que l'exercice concomitant des deux libertés soit directement reconnu par le droit communautaire. Or, cette efficacité résulte directement, notamment, des arrêts *van Bilsbergen*<sup>6</sup> et *Centros*<sup>7</sup>. Le premier rappelle que toute société d'un État membre a le droit, sans restriction, de s'établir dans un autre État membre. Le second précise qu'une société établie dans un État membre peut exercer ses activités, sans discrimination, dans un autre État membre. De la combinaison de ces deux libertés, il résulte que l'établissement d'une société d'un État membre sur le territoire d'un autre État membre à seule fin d'y exercer son activité à destination du premier État membre ne saurait à lui seul être constitutif d'une fraude à la loi<sup>8</sup>, sa preuve doit simplement résulter d'autres circonstances.

<sup>1</sup> M. SIEMS, « Convergence, competition, Centros and conflicts of law : European company law in the 21st century », *Eur. L. Rev.*, fév. 2002, p. 47 et s. Adde M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés en droit européen*, éd. LGDJ, 1997 ; M. PARIENTE, « Les obstacles à la libre mobilité des entreprises européennes à l'intérieur de l'Union », *Bull. Joly. Soc.*, janv. 2002, p. 21 et s. ; V. MAGNIER, « La société européenne en question », *Rev. crit. DIP* 2004, p. 555 et s.

<sup>2</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec.* I-1459 et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS.

<sup>3</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. C-79/85, *Rec.* p. 2375 ; – 10 février 2000, *Fitzwilliam Technical Services*, aff. C-202/97, *Rec.* I-883 ; – 14 décembre 2000, *AMID*, aff. C-141/99, *Rec.* I-11619 ; – 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-145/99, *Rec.* I-2235 ; – 5 novembre 2002, *Überseering BV*, Aff. C-208/00, *Rec.* I-9919, concl. COLOMER ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 524, note LAGARDE ; *JCP* 2003, II, 10032, note MENJUCQ ; *Europe* 2003, n° 19, obs. IDOT ; *Joly soc.* 2003, § 91, p. 452, note LUBY ; *JCP* 2003, I, 166, n° 7, obs. JAZOTTES ; – 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* I-10155, concl. ALBER ; *D.* 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; *D.* 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENJUCQ.

<sup>4</sup> CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-23/93, *Rec.* p. 4795 et s., concl. LENZ.

<sup>5</sup> CJCE, 3 février 1993, *Veronica*, aff. C-148/91, *Rec.* I-487 ; – 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-11/95, *Rec.* I-4115 ; – 5 juin 1997, *VT4 Ltd*, aff. C-56/96, *Rec.* I-3143.

<sup>6</sup> CJCE, 3 décembre 1974, aff. C-34/74, *Rec.* p. 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17.

<sup>7</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc.

<sup>8</sup> CJCE, 5 juin 1997, *VT4 Ltd*, préc., pt. 22.

## b) La transformation frauduleuse du raisonnement conflictuel

**414** — Le sujet placé dans une situation internationale peut également agir sur les éléments d'extranéité qui commandent l'existence et/ou la résolution d'un conflit. Ainsi, dans l'hypothèse d'une situation internationale sans conflit, l'intéressé peut ajouter un élément d'extranéité pertinent à sa situation afin de créer ce conflit de lois<sup>1</sup>. Plus généralement, c'est sur l'ensemble du raisonnement conflictuel que la manœuvre frauduleuse peut intervenir. Ainsi, l'exception d'ordre public international peut faire l'objet d'une manipulation, son intervention étant soumise à une condition de proximité<sup>2</sup>. L'individu placé dans une situation internationale soumise au juge français, dont la règle de conflit désignera une loi étrangère matériellement défavorable et potentiellement contraire à l'ordre public, peut créer ce lien de proximité. Que la manœuvre n'ait aucune influence directe sur la loi applicable en vertu de la règle de conflit de lois ne suffit pas à exclure la qualification de fraude à la loi. Celle-ci pourra résulter du déclenchement de l'exception d'ordre public international et donc de l'application subsidiaire de la loi française, alors que cette dernière n'aurait pas dû normalement s'appliquer. Dans cette hypothèse<sup>3</sup> et pour reprendre la formule de M. le Pr. FADLALLAH<sup>4</sup>, il y aurait fraude à la proximité de l'exception d'ordre public international, mais une fraude à la loi.

**415** — Une autre forme de manœuvre, plus simple, consisterait à dénier ou transformer sa situation internationale devant l'autorité étatique en dissimulant les éléments de fait ou de droit qui, dans le raisonnement conflictuel, permettent de résoudre le conflit de lois. Plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Sous l'empire de la jurisprudence *Bisbal*<sup>5</sup>, la manœuvre consistait pour des étrangers à rendre compétent le juge français et, devant lui, ne pas invoquer la loi étrangère éventuellement applicable et ainsi provoquer la compétence subsidiaire de la loi française. Maintes fois dénoncée par la doctrine, cette règle a pu être limitée sur le fondement de la fraude à la loi<sup>6</sup>. À dire vrai, cette limite n'était pas nécessaire, le juge disposant de la faculté d'appliquer la loi étrangère compétente<sup>7</sup>. Néanmoins, elle est révélatrice d'une « fraude au prétoire » qui « consiste en une dissimulation au juge des éléments qui auraient dû entraîner l'application d'une règle prohibitive étrangère »<sup>8</sup>. Les parties pourraient ainsi dissimuler aux juges les éléments d'extranéité du rapport de droit. En théorie, le juge ne peut relever d'office des éléments d'extranéité que les parties lui auraient sciemment dissimulés<sup>9</sup>. Il peut alors traiter le litige comme un litige interne<sup>10</sup>. Les parties peuvent alors « s'entendre sur l'application d'une loi autre que celle qui est désignée par la règle de conflit

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 116.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *JDI* 1981, p. 812, note ALEXANDRE ; – 10 février 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620, note FOYER ; *D.* 1994, p. 66, note MASSIP ; *D.* 1994, somm., p. 32, obs. KERCKHOVE ; *JDI* 1994, p. 124, note BARRIERE-BROUSSE ; *JCP* 1993, II, 3688, obs. FULCHIRON ; *Defrénois* 1993, art. 35611, note MASSIP.

<sup>3</sup> Empruntée à C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact., Rouen, 2000, n° 53.

<sup>4</sup> La « fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983 et Paris, 6 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325 et s., spéc. p. 336.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 810, note SIALELLI ; *D.* 1960, p. 610, note MALAURIE ; *JCP* 1960, II, 11733, note MOTULSKY ; *GADIP* n° 32.

<sup>6</sup> Paris, 6 avril 1962, *D.* 1962, p. 617, note MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 364, note BATIFFOL.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mars 1960, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 97, note BATIFFOL ; *JCP* 1960, II, 11734, note MOTULSKY ; *JDI* 1961, p. 408, note GOLDMAN ; *GADIP* n° 33.

<sup>8</sup> Ph. MALAURIE, note sous Paris, 6 avril 1962, préc., p. 619.

<sup>9</sup> En ce sens, Y. LEQUETTE, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277 et s., spéc. n° 14 et s.

<sup>10</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère », op. cit., p. 498.

dans des matières où elles ne disposent pas librement de leurs droits »<sup>1</sup> et ainsi réaliser une fraude à la loi<sup>2</sup>, laquelle peut être évitée en donnant au juge cette possibilité, voire l'obligation, de relever d'office les éléments d'extranéité non présents dans le débat<sup>3</sup>. Dans ces deux hypothèses de fraude à la loi par dissimulation des éléments de preuve ou d'extranéité, l'éventualité d'une fraude suppose toutefois la complicité de toutes les parties et la loi éludée ne peut être qu'une loi étrangère. Relativement à la preuve du droit étranger, cette fraude au prétoire pourrait se découvrir lorsque les parties omettent sciemment de prouver le contenu de la loi étrangère afin de provoquer la compétence subsidiaire de la loi française<sup>4</sup> ou d'entraîner le rejet de la demande<sup>5</sup>. Les parties peuvent encore présenter des certificats de coutume volontairement erronés ou interprétés afin de tromper le juge sur le sens exact de la loi étrangère. L'obligation du juge de rechercher d'office la teneur de la loi étrangère<sup>6</sup> rend néanmoins cette fraude à la loi par dissimulation ou falsification peu probable. Mais elle reste possible, les parties pouvant être appelées à apporter leur concours dans cette recherche<sup>7</sup>.

**416** — Comme en droit international privé, la fraude par création d'une situation communautaire peut se coupler d'un forçage ou d'une exploitation des différences et, plus loin, des divergences entre les qualifications communautaires. Dans cette optique, à l'instar de l'affaire *Caron*<sup>8</sup>, la manœuvre peut consister, en plus de sa communautarisation, à soumettre la situation à une catégorie communautaire plutôt qu'à une autre. Les droits octroyés par le droit communautaire sont en effet différents selon la catégorie – établissement, marchandises, personnes, services – envisagée. Le sujet peut alors exploiter ces divergences en faisant prévaloir tel ou tel élément de sa situation afin d'orienter la qualification communautaire<sup>9</sup>.

**417** — Dans le domaine de la bioéthique, la retentissante affaire *Blood*<sup>10</sup> illustre l'intérêt d'une européanisation orientée vers la qualification communautaire adéquate. Dans cette affaire, une femme obtint d'un médecin anglais le prélèvement de gamètes de son époux, alors plongé dans un coma profond. Le sperme congelé fut confié à un établissement agréé qui refusa à l'épouse, devenue veuve, l'insémination demandée, faute pour son mari d'y avoir, de son vivant, consenti. Saisis de l'affaire, les juges anglais ont considéré que le refus d'exporter le sperme congelé vers la Belgique, où une clinique privée était disposée à procéder à

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, « Le juge de la famille et la loi étrangère », *Dr. fam.*, mars 2000, p. 4 et s., spéc. p. 6.

<sup>2</sup> D. BUREAU, « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *JDI* 1990, p. 317, spéc. p. 326.

<sup>3</sup> M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 181.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 94, 2<sup>de</sup> esp., note LAGARDE.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 94, 1<sup>re</sup> esp., note LAGARDE.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, *JDI* 2003, p. 107, note PEREZ ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 86, 2<sup>e</sup> esp., note MUIR WATT ; *LPA* 2003, n° 27, p. 15, note MELIN, et n° 217, p. 9, obs. H. C. ; *D.* 2003, p. 1513, chr. LARDEUX ; – 28 janvier 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 462, note ANCEL ; *LPA* 2003, n° 217, p. 9, obs. H. C. ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 95, note MONEGER.

<sup>7</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 183 et s.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>9</sup> M. FALLON, *op. cit.*, p. 186 ; CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *Rec. I*-1417 ; – 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93, *Rec. I*-3803 ; – 30 mars 2000, *Banks*, aff. C-178/97, *Rec. I*-2005, pt. 24.

<sup>10</sup> Court of Appeal (1997) 2 *All. ER* 687 ; *RTD eur.* 1998, p. 107, obs. DUTHEIL DE LA ROCHERE ; J.-S. BERGE, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas Blood », *JCP* 2000, I, 206 et *Europe* déc. 1999, chron. n° 12. Adde J. FLAUSS-DIEM, « Insémination post-mortem : droit anglais et droit communautaire », in *Liber Amicorum M.-Th. MEULDERS-KLEIN*, éd. Bruylant, 1998, p. 217 et s. ; D. MORGAN, R.G. LEE, « In the lame of the father ? Ex parte Blood : Dealing with Novelty and Anomaly », *M. L. Rev.* 1997, p. 840 et s. ; T. K. HERVEY, « Buy Baby : The european Union and Regulation of Human Reproduction », *Oxf. Jour. L. S.* 1998, p. 207 et s.

l'insémination, empêchait Mme Blood de recevoir le traitement médical qu'elle souhaitait. Pour permettre cette circulation de produits humains, le juge anglais estima que l'insémination artificielle était un service et que le transport des gamètes était l'accessoire indispensable à ce service. Par ces qualifications communautaires de prestation de service et d'accessoire du service, le juge anglais permet la réalisation d'une intervention médicale prohibée autant par la loi anglaise de la nationalité commune et du domicile des époux, que par la loi belge du lieu d'exécution de la prestation de services<sup>1</sup>. Surtout, le choix de la qualification « accessoire à la prestation de services » permet directement le jeu des libertés communautaires en cause. Les gamètes ne peuvent en effet être qualifiés de marchandises, faute de pouvoir être qualifiés de « produits appréciables en argent et susceptibles de former comme tels l'objet de transactions commerciales »<sup>2</sup>. Invoquer la qualification « marchandises » aurait conduit les juges à refuser la libre circulation, du moins à ne pas voir le refus de l'établissement agréé comme une atteinte à un principe communautaire. Le droit communautaire est ici instrumentalisé, « utilisé tel un risque juridique par l'imaginaire d'un juge national dans le seul but de contourner des interdits étatiques »<sup>3</sup>, favorisant le « tourisme procréatif »<sup>4</sup>. Le sperme ayant été conservé, Mme Blood mit au monde un deuxième enfant en juillet 2002, sept ans après le décès du père.

**418** — Dans toutes ces hypothèses, une nouvelle situation est créée dans le but de conduire à l'application, par l'autorité étatique saisie, d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente à défaut de manœuvre. La situation nouvelle n'existe donc pas pour elle-même, elle n'est pas née spontanément. Mais la création du conflit ou la transformation d'un conflit existant n'est pas en soi répréhensible. Il n'y aura pas fraude à la loi si la situation est acceptée en tant que telle, dans tous ses effets, alors même qu'elle aurait été justifiée dans le but principal, mais non unique, de se soustraire à une loi normalement compétente<sup>5</sup>. C'est l'intention frauduleuse exclusive qui permet la qualification de fraude à la loi<sup>6</sup>. Néanmoins, la création ou la dénégation d'un conflit est la condition *sine qua non* de la fraude à la loi. Pour qu'il y ait fraude à la loi potentielle, il faut que la manœuvre ait transformé la situation initiale en une situation nouvelle. La définition donnée par la Cour de cassation dans son dernier état en témoigne : il y a fraude à la loi lorsque les parties ont « volontairement *modifié* le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »<sup>7</sup>. La fraude à la loi nécessite un acte positif, réel et efficace, qui offre à l'autorité saisie une image différente du rapport de droit que celle qu'elle aurait dû contempler, à l'inverse de l'abus de droit.

## **2. L'abus du droit d'option de compétence internationale suppose l'exploitation d'une situation internationale préexistante**

**419** — La préexistence d'une frontière à l'intérieur d'un rapport de droit est également un vecteur de conflit de législations qui peut être exploité de manière abusive (a) et contre laquelle la théorie de la fraude n'est pas en mesure de répondre (b).

<sup>1</sup> J.-S. BERGE, *op. cit.*, n° 7.

<sup>2</sup> CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c/ Italie*, aff. C-7/68, *Rec.* p. 617 ; J.-S. BERGE, *op. cit.*, n° 9.

<sup>3</sup> J.-S. BERGE, *op. cit.*, n° 3.

<sup>4</sup> J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », in *Actualité du droit international privé de la famille, LPA* 2001, n° 62, p. 24 et s. ; C. LABRUSSE-RIOU, « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question », *TCFDIP* 2000-2002, éd. Pedone, 2004, p. 47 et s., spéc. p. 59 et s. au sujet de l'affaire *Blood*.

<sup>5</sup> En ce sens, B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 117.

<sup>6</sup> Cf. *infra* n° 516 et s.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge*, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note ANCEL. C'est nous qui soulignons.

## a) L'exploitation potentiellement abusive d'une situation internationale préexistante

**420** — Le passage d'une situation interne vers une situation internationale n'est pas toujours réalisé à fin de fraude à la loi. Dans la quasi-totalité des cas, l'existence du conflit de lois est spontanée. La situation internationale a certes été créée mais elle l'a été parce qu'un élément d'extranéité s'y est greffé naturellement et non pour une fin autre. C'est le cas lorsqu'une personne change de nationalité ou en acquiert une nouvelle, change de domicile, acquiert un bien ou conclut un acte juridique à l'étranger, etc. La situation internationale peut également exister dès l'origine. Ainsi un enfant dont les parents sont de nationalité différente sera vraisemblablement binational. Dans ces hypothèses, la situation internationale existe pour elle-même et est complètement acceptée. S'avisant du conflit de lois qu'elle engendre, le sujet placé dans une situation internationale existante peut décider de l'exploiter en recherchant l'application de la loi la plus conforme à ses intérêts. Les exemples jurisprudentiels qui illustrent l'exploitation d'une situation internationale existante sont nombreux.

**421** — Il s'agit notamment de toutes les affaires relatives aux répudiations étrangères. Dans chacune d'elles, le couple avait des attaches avec la France – en raison de la nationalité ou plus souvent du domicile marital – mais aussi avec le pays de l'autorité étatique saisie – en raison du domicile conjugal ou plus souvent de la nationalité des conjoints – si bien que les deux autorités étatiques, française et étrangère, étaient compétentes pour statuer sur la dissolution du mariage<sup>1</sup>. En matière de divorce ou d'annulation du mariage, il s'agit des hypothèses où les époux saisissent une autorité étatique qui a un lien préexistant avec leur situation familiale internationale<sup>2</sup>. De même, les couples mixtes et/ou résidant à l'étranger peuvent naturellement se marier devant toutes les autorités étatiques qui présentent un lien de rattachement avec la situation personnelle respective de chacun des fiancés ou la situation commune du couple<sup>3</sup>. La même configuration internationale de la situation personnelle ou familiale permettra également de saisir les autorités étatiques potentiellement compétentes aux fins de changement de nom<sup>4</sup>, d'adoption<sup>5</sup> ou de rédaction d'un acte juridique, tel un testament<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Not. Paris, 6 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 2<sup>de</sup> esp., note FADLALLAH ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Boujlifa*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 733, 2<sup>de</sup> esp., note NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1989, p. 63, note MONEGER ; – 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486, note MASSIP ; – Versailles, 9 octobre 1989, *D.* 1989, IR, p. 321 ; *D.* 1990, somm., p. 99, obs. GROSLIERE ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *Alka*, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; – 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPREZ ; – 13 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 343, 1<sup>re</sup> esp., note KAHN ; – 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 321 ; – 19 décembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 469 ; – 14 janvier 1997, *Bull. civ. I*, n° 13 ; – 3 juillet 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 704, note L. GANNAGE ; *D.* 2001, p. 3378, note NIBOYET ; *Dr. & Patr.* 2001, n° 97, p. 116, obs. MONEGER ; *JDI* 2002, p. 181, note KAHN ; *JCP* 2002, II, 10039, note VIGNAL ; *LPA* 2002, n° 108, note COURBE ; *Gaz. pal.* 2002, n° 109 à 110, p. 21, note DU RUSQUEC ; *RJPF*-2001-11/23, note MEYZEAUD-GARAUD ; *Dr. fam.* 2002, chr. FARGE, n° 17.

<sup>2</sup> Not. Req., 11 novembre 1908, *JDI* 1909, p. 753, note J. P. ; *S.* 1909, I, 572 ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 227 ; *D.* 1914, I, 118 ; *S.* 1909, I, 572 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, *Bull. civ. I*, n° 266 ; – 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n° 160 ; – 28 janvier 2003, *Lévy*, *Bull. I*, n° 23 ; *JDI* 2003, p. 468, note JACQUET ; *JCP* éd. N. 2003, 1543, note FRANÇOIS ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 96, note MONEGER ; *Defrénois* 2003, p. 1086, obs. MASSIP ; *LPA* 2003, n° 200, p. 11, note MASSIP ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, note MUIR WATT.

<sup>3</sup> T. civ. de Marseille, 3 avril 1909, *Rev. crit. DIP* 1909, p. 862, note CHERVET ; – Alger, 3 février 1930, *Gaz. pal.* 1930, I, p. 656 ; – Paris, 2 octobre 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 424, note DE VAREILLES-SOMMIERES ; *Dr. fam.* 1998, n° 5, p. 8 ; *JCP* 1998, I, 101, n° 1, obs. FARGE.

<sup>4</sup> TGI Paris, 13 mai 1992, *JDI* 1994, p. 419, note LUCAS.

<sup>5</sup> Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732, note MUIR WATT.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 697, note MUIR WATT ; *D.* 2001, IR, p. 1590.

**422** — Ces hypothèses d'exploitation se retrouvent en droit communautaire. Ici, le sujet de droit est déjà placé dans une situation communautaire qui n'a pas été créée à seules fins de revendiquer les droits accordés par le droit communautaire ou de mettre en opposition deux lois nationales. Ainsi, dans l'affaire *Centros*<sup>1</sup>, il apparaît que la société, lorsqu'elle demande l'immatriculation d'une succursale au Danemark, est déjà placée dans une situation communautaire puisqu'elle est établie dans un autre État membre. La situation de *Centros* n'était alors à ce moment plus interne. Toutefois, si la société était valablement constituée à l'étranger, cet établissement était uniquement motivé par sa volonté d'échapper aux règles danoises relatives à la constitution des sociétés. À l'inverse, une situation est véritablement communautaire lorsqu'elle a été valablement créée, d'un point de vue objectif et subjectif.

**423** — Le sujet peut exploiter à son avantage ou pour causer un préjudice à un tiers les potentialités offertes par les libertés et les droits communautaires. Le ressortissant communautaire peut ainsi exploiter les droits ou les procédures prévus par des textes communautaires dont l'application sur un territoire étendu et par des juridictions différentes facilite une exploitation et une interprétation circonstanciées. En ce sens, le sujet de droit peut exploiter les divergences d'interprétation entre les juridictions nationales ; il peut encore profiter des distances entre son lieu de résidence et l'endroit où il fait valoir ses droits, distance qui limite l'efficacité d'un contrôle préalable de la sincérité de l'exercice des droits en cause. Dans une affaire qui donna lieu à deux arrêts<sup>2</sup>, la CJCE eut l'occasion de se prononcer sur un cas de figure de ce type. Dans le premier arrêt *Paletta*, la Cour n'a pas statué sur l'éventualité d'une fraude ou d'un abus<sup>3</sup>. Dans le second, elle relève que, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, l'employeur peut établir l'existence d'un comportement abusif ou frauduleux résultant du fait que le travailleur, bien qu'il fasse état d'une incapacité de travail, n'a pas été malade<sup>4</sup>. Dans cette hypothèse, deux qualifications pourraient être retenues. Si le travailleur se rend dans un autre État membre afin d'y bénéficier du régime de l'incapacité de travail, il peut y avoir fraude à la loi. En revanche si, comme en l'espèce, le travailleur est déjà détaché dans un autre État membre lorsqu'il invoque les dispositions communautaires, alors la fraude à la loi ne peut être relevée faute pour le sujet de créer les conditions d'intervention du droit communautaire et d'évincer une loi interne. D'autant qu'en l'espèce la fausse déclaration d'incapacité ne permet pas, en tant que telle, une fraude à la loi, faute d'être pleinement efficace. Elle permet en revanche un abus de droit dans la mesure où un certificat délivré par un médecin à l'étranger bénéficie d'une présomption d'exactitude<sup>5</sup>.

**424** — D'autres affaires illustrent encore cette possibilité d'invoquer de façon potentiellement abusive les dispositions communautaires lorsque le titulaire des droits en cause est déjà placé dans une situation communautaire. Dans trois affaires<sup>6</sup>, des actionnaires entendaient remettre en cause une augmentation de capital décidée par l'organisme chargé de redresser la société en difficulté. Dans ces trois arrêts, la Cour refuse d'admettre que l'exercice

---

<sup>1</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc.

<sup>2</sup> CJCE, 3 juin 1992, *Paletta*, aff. C-45/90, *Rec.* p. I-3423, concl. MISCHO et GULMANN ; – 2 mai 1996, *Paletta II*, aff. C-206/94, *Rec.* I-2357, concl. COSMAS.

<sup>3</sup> V. néanmoins les conclusions des avocats généraux M. MISCHO, n° 27 et s. et M. GULMANN, n° 12.

<sup>4</sup> CJCE, 2 mai 1996, *Paletta II*, préc., pt. 27.

<sup>5</sup> G. COSMAS, concl. préc., n° 41.

<sup>6</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc. ; – 12 mars 1996, *Pafitis*, aff. C-441/93, *Rec.* I-1347, concl. TESAURO ; *Europe* 1996, n° 189 et n° 201 ; – 23 mars 2000, *Diamantis*, préc.

du droit des actionnaires minoritaires puisse être constitutif d'un abus<sup>1</sup>. Mais la Cour admet cependant par principe que « les juridictions nationales peuvent (...), en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice de la disposition de droit communautaire invoquée »<sup>2</sup>. Dans ces affaires, les sociétés étaient déjà placées dans une situation communautaire qui permettait aux actionnaires minoritaires d'invoquer les dispositions d'une directive communautaire. Dans cette hypothèse, seule la directive – la loi nationale transposée – est en cause. Aucune loi n'est évincée ni substituée à une autre. Seuls sont en cause les droits exercés en vertu d'une norme communautaire. La fraude à la loi ne peut donc être opposée, à l'inverse de l'abus de droit.

b) L'incompatibilité de la réserve de la fraude en cas d'exploitation d'une situation préexistante

**425** — Dans la jurisprudence française relative à la fraude de droit international privé, la plupart de ces hypothèses d'exploitation d'un conflit existant ont donné lieu à la création de la notion de fraude au jugement<sup>3</sup>. En exploitant la situation internationale dans laquelle il se trouvait placé, le sujet n'a eu d'autre but que d'obtenir d'une autorité ce qu'il n'aurait pas obtenu de l'autre. Antérieur à la consécration véritable de la notion de fraude au jugement, une affaire de divorce migratoire illustre bien la difficulté pour les juges d'apprécier la validité d'une telle exploitation<sup>4</sup>. Pour refuser la décision étrangère, le tribunal estime que la saisine du juge étranger semble « abusive et frauduleuse ». L'emploi concomitant des termes d'abus et de fraude révèle la difficulté pour le juge de trouver un fondement juridique certain à une manœuvre qui ne rentre pas dans le cadre des conditions de la fraude à la loi, faute de création d'un conflit de lois. Les juges délaissent l'examen de la typologie de la manœuvre pour se focaliser sur les raisons du choix et sur son résultat matériel. Il ne s'agit plus d'un raisonnement purement conflictuel de sanction du comportement malicieux que la réserve de la fraude à la loi suppose. En intégrant un raisonnement matériel, la notion de fraude au jugement permet de sanctionner ces manœuvres fréquentes et éloignées de la fraude à la loi traditionnelle. La fraude au jugement s'est cependant révélée n'être, en théorie, qu'une fraude à la loi<sup>5</sup>.

**426** — Néanmoins, si la fraude au jugement est une fraude à la loi, les hypothèses qui ont donné lieu à une fraude au jugement ne peuvent recevoir la qualification de fraude à la loi. En effet, en l'absence de modification du rapport de droit, l'exploitation d'un conflit existant ne peut pas conduire à la qualification de fraude à la loi<sup>6</sup>. S'il y a un acte ou un fait juridique préalable qui peut être relevé, tels un franchissement de frontière et l'établissement d'une résidence provisoire le temps de l'instance, celui-ci n'est pas déterminant car il n'a aucune incidence conflictuelle et matérielle quant au résultat atteint. La situation internationale existante n'est pas transformée pour les besoins de la cause, ni par la suite déniée. Elle n'est donc pas en tant que telle artificielle, c'est-à-dire utilisée comme un instrument juridique pour les besoins d'une cause précise. Ainsi, dans une affaire de divorce migratoire relative à un couple domicilié en Israël, dont les deux membres ont la double nationalité française et israélienne, la Cour de cassation juge que « le choix de la juridiction israélienne n'avait pas été

<sup>1</sup> CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis*, préc., pt. 70 ; – 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 29 ; – 23 mars 2000, *Diamantis*, préc.

<sup>2</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, préc., pt. 34.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 149 et s.

<sup>4</sup> TGI de la Seine, 6 juin 1962, *D.* 1962, p. 653, 2<sup>de</sup> esp., note MALAURIE.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 186 et s.

<sup>6</sup> *Contra* B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 118 et s.

frauduleux »<sup>1</sup>. Il ressort de cette décision, comme le soulignent ses commentateurs, que la fraude apparaît incompatible en présence de liens caractérisés. Généralisant la formule, il convient d'admettre que la réserve de la fraude – à la loi comme à la juridiction – est incompatible dès lors que les parties ne font qu'exploiter les potentialités offertes par l'internationalité préexistante de leur situation. Dans l'hypothèse précédente de création ou de dénégation d'une situation internationale, ce qui permet la qualification de fraude n'est pas tant le résultat atteint – qui n'en est que la condition – que l'insincérité de la manœuvre, fût-elle réelle et licite. Dans le cadre de l'exploitation d'un conflit, la situation internationale n'est pas seulement réelle et licite, elle est naturelle et préexiste à toute intention malicieuse. Il n'est donc pas possible de contester l'exploitation d'un conflit existant de la même façon qu'un conflit créé ou dénié à fin de fraude.

**427** — Dans le second cas, c'est le caractère artificiel de la situation créée qui induit la fraude à la loi. Dans le premier cas, c'est le résultat obtenu qui est condamnable, c'est-à-dire l'utilisation qui est faite de la situation internationale. De même, dans le cadre de la création d'un conflit, le jeu de la réserve de la fraude à la loi est logique dans la mesure où son résultat direct est de rétablir la situation qui aurait dû exister à défaut de manœuvre. Ainsi, une situation interne frauduleusement internationalisée redeviendra, pour l'autorité étatique de contrôle, une situation interne par le jeu de l'exception de fraude à la loi. Elle aura donc pour effet de rétablir la compétence de la loi frauduleusement éludée. La situation créée sera ainsi transparente pour l'autorité de contrôle, elle ne sera pas prise en compte et ne saurait dissimuler l'effectivité de la situation antérieure. En revanche, recourir à la réserve de la fraude à la loi pour sanctionner l'exploitation d'une situation internationale préexistante conduit à dénaturer la finalité puisque cela reviendrait à remettre en cause une situation objectivement et subjectivement voulue et vécue. La théorie de la fraude à la loi a pour finalité de rétablir la réalité subjective d'une situation lorsque celle-ci ne correspond pas à une réalité objective<sup>2</sup>. Dès lors que ces deux composantes de la réalité de la situation internationale sont présentes et vérifiables, la réserve de la fraude à la loi n'a aucune raison théorique à intervenir. Dans ce cas, la situation antérieure n'est pas voilée par une situation artificiellement créée. La réalité originelle de la situation soumise à l'autorité étatique empêche d'invoquer la fraude à la loi, faute de voile à faire tomber.

**428** — Cette question du contrôle, par la réserve de l'abus de droit, de l'exploitation d'une situation internationale devient indispensable dans la mesure où l'évolution du droit international privé offre de plus en plus les moyens d'exploiter l'internationalité d'une situation par le biais d'options de compétence législatives et judiciaires. Cette nécessité peut encore apparaître dans l'espace européen où la CJCE, compétente pour interpréter les textes communautaires et notamment les règlements de Bruxelles 1, 2 et 2 *bis*, admet que l'exercice d'une liberté communautaire puisse être limité par la théorie de l'abus de droit. Il apparaît ainsi que la caractérisation d'une fraude à la loi de droit international privé suppose qu'une situation nouvelle ait été créée par le sujet. Au-delà, cette situation nouvelle, pour entraîner la qualification de fraude à la loi, doit encore être réelle.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy*, préc.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 457 et s.

## SECTION 2

### UNE CREATION REELLE

**429** — Le caractère réel de la création frauduleuse est de deux ordres. Il concerne d'une part la matérialité de la situation créée par le sujet à fin de fraude. Il s'agit de l'élément matériel de la fraude à la loi (§ 1). Le caractère réel concerne d'autre part les conséquences de la situation sur le conflit de compétence législative : l'éviction de la loi normalement compétente doit être réelle. Il s'agit de l'élément légal de la fraude à la loi (§ 2). Ces deux aspects de la réalité de la création frauduleuse, outre de caractériser l'existence d'une fraude à la loi, distinguent celle-ci de concepts traditionnellement considérés comme voisins, notamment la simulation, la violation de la loi, l'habileté et l'abus de droit.

#### § 1 – LA REALITE DE LA CREATION FRAUDULEUSE : CRITERE MATERIEL DE DISTINCTION DE LA FRAUDE A LA LOI AVEC DES CONCEPTS VOISINS

**430** — Il convient de définir la matérialité de la fraude à la loi de droit international privé (A) avant de montrer en quoi les conditions de réalisation de ce préalable matériel frauduleux permettent de caractériser la fraude à la loi et, par conséquent, de la distinguer de la simulation, de l'habileté et de la violation de la loi (B).

##### A. LA CONSTITUTION DE L'ELEMENT MATERIEL DE LA FRAUDE A LA LOI

**431** — L'élément matériel de la fraude à la loi est double. De façon irréductible, il se compose d'un *préalable matériel*, premier acte de la manœuvre. Sa nature est protéiforme (1). De manière non exclusive mais dans la quasi-totalité des hypothèses, le préalable matériel sera insuffisant à donner corps à la fraude. Il n'aura à lui seul aucun effet direct. La réalisation de l'effet recherché passera par l'intervention d'une autorité étatique (2).

##### 1. La création d'un préalable matériel réel

**432** — Le préalable matériel de la fraude à la loi est un acte ou un fait juridique préparatoire réalisé dans le dessein unique de modifier la situation existante du sujet (a). Il s'agit d'un préalable car l'acte seul ne suffit pas à provoquer le résultat : le préalable matériel est, en tant que tel, neutre et préparatoire (b). Mais il est nécessaire puisque la seule saisine d'une autorité, sans ce préalable matériel, ne pourra permettre le résultat souhaité. Le préalable matériel est un acte dont l'existence dépend de la volonté des parties. Il ne se réduit pas aux rattachements ou catégories retenus par la règle de conflit. Il se compose d'un ou plusieurs actes ou faits juridiques dont la réalisation a une influence directe sur la résolution du conflit.

a) La nature du préalable matériel : un acte ou un fait juridique

**433** — Le préalable matériel peut tout d'abord être un acte juridique. Conformément à la théorie classique de la fraude à la loi, l'acte matériel préalable peut être une naturalisation,

autant française<sup>1</sup> qu'étrangère<sup>2</sup>. L'acte préalable peut encore concerner un acte de l'état civil. Ainsi un divorce peut être prononcé afin de créer les conditions nécessaires d'un remariage, aux fins d'acquisition de la nationalité française<sup>3</sup>. Les intéressés peuvent encore demander l'annulation d'un divorce afin de rendre bigame la seconde épouse, ce qui entraîne l'annulation de son mariage pour bigamie et son exclusion de la succession du défunt, la première épouse pouvant à ce titre en bénéficier<sup>4</sup>. Parmi les actes de l'état civil, il peut encore s'agir d'une reconnaissance effectuée dans l'acte de naissance ou établie par une déclaration postérieure. Cette reconnaissance peut intervenir à la suite d'un contrat de mère porteuse<sup>5</sup>, dont la validité est admise dans de nombreux pays<sup>6</sup>. Elle peut encore avoir lieu sans aucun lien de filiation biologique<sup>7</sup>, notamment lorsqu'elle est réalisée dans un pays où l'organisation de l'état civil n'est pas fiable<sup>8</sup>, favorisant les fausses déclarations qui pourtant seront, de par leur nature,

<sup>1</sup> Alger, 27 janvier 1892, *JDI* 1892, p. 662 ; – T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, *JDI* 1892, p. 933 ; – T. civ. de la Seine, 9 novembre 1892, *JDI* 1892, p. 1155 ; – 18 juin 1896, *JDI* 1896, p. 842 ; – Civ., 6 juillet 1922, préc. ; – T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, *JDI* 1928, p. 1195, note J. P. ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 1<sup>re</sup> esp. ; – Civ., 14 mars 1928, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 2<sup>e</sup> esp. ; – 7 mai 1928, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 3<sup>e</sup> esp. ; – T. civ. de la Seine, 15 juillet 1935, *Rev. crit. DIP* 1936, p. 109 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *RJPF*-2004-2/36, note LE BOURSICOT ; *Defrénois* 2004, p. 155, obs. MASSIP ; *RJPF*-2004-1/35, obs. GARE ; *Gaz. pal.* 2004, somm., p. 1316, note MASSIP.

<sup>2</sup> Req., 16 décembre 1845, préc. ; – Civ., 19 juillet 1875, préc. ; – Paris, 30 juin 1877, préc. ; – Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6 ; – T. civ. de la Seine, 4 février 1882, *JDI* 1882, p. 544 ; – Civ., 25 mars 1889, *JDI* 1889, p. 642 ; – T. civ. de la Seine, 10 novembre 1905, *JDI* 1906, p. 145.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 669, note FOYER ; *D.* 1982, jur., p. 573, note GUIHO ; *JCP* 1982, II, 19842, note GOBERT ; *JDI* 1982, p. 448, note AUDIT.

<sup>4</sup> Paris, 10 juin 1972, *D.* 1973, p. 296, concl. CABANNES ; *JDI* 1974, p. 150, note DEBY-GERARD.

<sup>5</sup> Paris, 15 juin 1990, préc. ; – Rennes, 4 juillet 2002, préc.

<sup>6</sup> J. FLAUSS-DIEM, « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.*, 1996, p. 855 et s. ; M. GIROUX, « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », *Rev. gén. dr.* 1997, p. 535 et s. ; J. RUBELLIN-DEVICHI, « Droits de l'enfant et nouvelles techniques de reproduction : accessibilité et limites ; mesures et démesures », et M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Procréations médicalement assistées : à qui appartient l'enfant ? », in *Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures. Droits de la personne : « Les bio-droits ». Aspects nord-américains et européens*, sous la dir. de J.-L. BAUDOIN et S. LE BRIS, éd. Y. Blais, 1997, pp. 17 et s. et 61 et s. ; Ch. BIK, « Les enfants de la procréatique et le droit : disparités nationales et harmonisation européenne », *LPA* du 14 déc. 1994, p. 49 et s. ; J.-J. LEMOULAND, « Le tourisme procréatif », *op. cit.*, p. 24 et s. ; A. MORENO, « Aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 301 et s., p. 459 et s., spéc. n° 13 ; I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, éd. Bruylant, 2001, spéc. n° 204.

<sup>7</sup> TGI Paris, 5 janvier 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 529, note POISSON-DROCOURT et RANGEL, confirmé par Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, note MUIR WATT.

<sup>8</sup> Not. dans les pays en voie de développement. Ainsi au Cambodge, l'état civil est en pleine réorganisation depuis la fin de la guerre civile. Peu de Cambodgiens ont un acte de naissance et l'enregistrement des enfants à leur naissance n'est pas encore systématique. Chacun peut en demander la délivrance auprès de l'autorité administrative de la province de naissance lorsque son besoin s'en fait sentir. Dans la mesure où les déclarations sont invérifiables faute de registres anciens et en raison de la corruption quasi généralisée, le déclarant peut se façonner un état civil à la carte, notamment un statut d'époux, de divorcé ou de veuf, avec ou sans enfant. Il est ainsi possible d'obtenir un acte de mariage en prouvant sa célébration antérieure au moyen d'un simple faire-part. Faute également d'organisation d'ensemble, une même personne peut obtenir plusieurs actes de naissance, selon les nécessités du moment, moyennant une rémunération peu importante. Par exemple, avant son mariage avec un étranger, une Cambodgienne se fait inscrire comme veuve avec enfants, afin de pouvoir les emmener avec elle dans le pays de la nationalité de son époux. Sans être fréquentes, ces pratiques sont souvent réalisées à l'intérieur d'une même famille – élargie – par l'un de ses membres qui parvient à s'exiler, emmenant avec lui des enfants d'autres membres de sa famille, plus pauvres. Un étranger pourrait également se faire déclarer comme le père d'un enfant cambodgien, qu'il aurait eu avec une femme cambodgienne, celle-ci l'abandonnant à

empreinte de légalité<sup>1</sup>. Lors des débats pour le vote de la loi du 26 novembre 2003 relative à l'immigration, le rapporteur fit ainsi mention d'une étude du Ministère des affaires étrangères qui estime que les faux atteignent 80 à 90 % dans certains pays<sup>2</sup>. L'article 47 du Code civil permet de conditionner l'efficacité de plein droit des actes de l'état civil rédigés à l'étranger en permettant au Tribunal de grande instance de Nantes, lorsque « cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité », d'en contester la validité. Aux fins d'adoption, une *kafala* peut constituer le préalable matériel d'une fraude à la loi lorsqu'elle est prononcée dans le seul but de ramener l'enfant dans un pays étranger<sup>3</sup>. La *kafala* peut encore être utilisée afin de transférer le pouvoir de consentir à l'adoption de l'enfant au parent nourricier. La circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale prévoit ainsi que « l'ouverture d'une tutelle en France à la seule fin de recueillir un consentement à l'adoption constituerait un détournement de procédure, dès lors qu'elle aurait pour effet d'éviter les effets de la règle de solution de conflits de lois et d'écarter le principe du respect de la volonté des parents de l'enfant ou des autorités de tutelle de son pays d'origine »<sup>4</sup>. Sans viser directement la possibilité de fraude, la loi du 6 février 2001 confirme cette tendance en refusant l'adoption d'un mineur étranger dont la loi nationale prohibe l'adoption<sup>5</sup>.

**434** — L'acte matériel préalable peut encore être un acte juridique contractuel. Ainsi dans l'affaire *Caron*, il s'agit d'une « série d'opérations, harmonisées »<sup>6</sup>. Ces opérations étaient toutes des actes juridiques contractuels : constitution d'une société de droit américain puis d'un trust bénéficiaire des actions de cette société ; vente de l'immeuble situé en France à la société ; rédaction d'un testament authentique. L'originalité du montage résidait dans la coordination des opérations juridiques en ce sens qu'aucun acte pris en lui-même n'aurait permis à Caron de réaliser son dessein. L'acte juridique peut encore être une cession de droits<sup>7</sup>. Parmi les différents actes juridiques contractuels, certains font plus que d'autres peser un soupçon de fraude à la loi. Il en est ainsi du trust et de la fiducie qui, constitués à l'étranger en vue de la succession, permettraient d'exhérer un héritier réservataire selon la loi normalement compétente<sup>8</sup>. Dans le même but, pourraient s'y ajouter le pacte tontinier, la

---

son profit. Sur ce problème en général, v. I. GUYON-RENARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 541 et s., et CICE, Strasbourg, 2000.

<sup>1</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, *RJPF*-2004-4/13, chr. MASSIP. Sur cette affaire, cf. *supra* n° 139.

<sup>2</sup> Th. MARIANI, in *Débats devant l'Assemblée nationale*, *JO AN*, débats, 9 juillet 2003, amendement n° 138.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 330, note B. A. ; *D.* 1995, p. 544, 2<sup>de</sup> esp., note LARRIBAUTERNEYRE ; *D.* 1996, p. 622, note ENGEL et SINOPOLI. L'adoption est aujourd'hui refusée car la *kafala*, simple transfert d'autorité parentale sans perte du lien de filiation entre les parents et l'enfant, ne peut valoir consentement à l'adoption : Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *JDI* 2000, p. 737, note MONEGER ; *RJPF*-2000-2/34, obs. VASSAUX ; *Defrénois* 2000, p. 660, obs. MASSIP ; *Defrénois* 2000, p. 699, note REVILLARD ; – 22 octobre 2002, *RJPF*-2003-1/31, note LE BOURSICOT ; *LPA* 2003, n° 206, p. 12, note BRIERE ; *A.J.F.* n° 3/2003, p. 100, obs. S. D.-B ; *JCP* 2003, I, 148, n° 6, obs. FAVIER. *Adde* Rép. min. n° 27022, *JO AN Q*, 6 avril 2004, p. 2853.

<sup>4</sup> Al. 1.2.1.2., cité par H. MUIR WATT, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469 et s., spéc. note 34.

<sup>5</sup> Art. 370-3 al. 2 du Code civil.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, préc. ; – 14 décembre 2004, *D.* 2005, somm., p. 1264, obs. CHANTELOUP.

<sup>8</sup> J. HERON, *Le morcellement des successions internationales*, éd. Economica, 1986, n° 294 et s. ; TGI de Paris, 22 mars 1967 et Paris, 6 novembre 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 503, note BOULANGER ; W. YUNG, « Simulation, fiducie et fraude à la loi », in *Études et articles*, éd. Georg, 1971, p. 162 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc. *Adde* S. GODECHOT *L'articulation du trust et du droit des successions*, éd. Panthéon-Assas, 2004.

donation ou le pacte successoral<sup>1</sup>. En droit fiscal de la famille, la délocalisation de ces actes juridiques permet également d'éviter ou d'alléger la charge de droits normalement dus<sup>2</sup>.

**435** — Le préalable matériel peut également être un fait juridique. Sont concernées ici les hypothèses classiques de changement de domicile ou de résidence, notamment en matière de divorces migratoires. L'acte matériel préalable peut être constitué quel que soit le sens du déplacement : de la France vers l'étranger<sup>3</sup> ; de l'étranger vers la France<sup>4</sup> ; de l'étranger vers l'étranger<sup>5</sup> ; voire à l'intérieur d'un même État de type fédéral<sup>6</sup>. Tous les domaines dont la règle de conflit de lois ou de juridictions utilise comme critère de rattachement le domicile ou la résidence se prêtent à ce changement. Ainsi en matière de successions<sup>7</sup>, d'enlèvements internationaux d'enfants<sup>8</sup> et de manière plus générale dans toutes les hypothèses où le domicile et la résidence peuvent avoir une influence quelconque sur la résolution du conflit<sup>9</sup>. De façon encore plus rudimentaire, le fait juridique préalable matériel à la fraude peut être un simple franchissement de frontière. Cette hypothèse concerne essentiellement trois séries d'affaires. Les mariages clandestins d'une part, célébrés à l'étranger sans publicité préalable en France, afin d'échapper à un empêchement prohibitif prévu par la loi normalement compétente<sup>10</sup>. Dans

<sup>1</sup> R. CRONE, « Libéralités, institutions contractuelles et trust à l'épreuve du droit international privé », in *Actualité du droit international privé de la famille*, LPA 2001, n° 62, p. 54.

<sup>2</sup> S. NUDELHOC, « Modes d'utilisation de l'extranéité par les personnes physiques en vue d'alléger la charge des droits de succession », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Actes des journées d'études du Centre de droit international, ULB, éd. Bruylant, 2001, p. 117 et s.

<sup>3</sup> Req., 11 novembre 1908, préc. ; – T. civ. de la Seine, 4 novembre 1954, *JDI* 1955, p. 650, note A. P. ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 690, note LOUSSOUARN ; – TGI Paris, 6 juillet 1972, *JDI* 1973, p. 728, note AUDIT ; – Paris, 29 janvier 1985, *D.* 1985, IR, p. 181, obs. AUDIT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juillet 1989, *Bull.* I, n° 296 ; – Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc. ; – Amiens, 29 avril 2003, *Juris-Data* n° 2003-217931 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, *JDI* 2004, p. 182, note MONEGER.

<sup>4</sup> TGI de la Seine, 28 septembre 1959, *D.* 1960, p. 587, note Ph. M. ; *JCP* 1960, II, 11716, note BELLET ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 504, note FRANCESCakis et Paris, 10 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 218, note Ph. F. ; *JDI* 1960, p. 792, note PONSARD ; – Paris, 3 mars 1961, *Gaz. pal.* 1961, 2, p. 157 ; *JDI* 1962, p. 1020, obs. B. G. ; – TGI de la Seine, 13 septembre 1967, *JDI* 1968, p. 353, note KAHN ; – TGI Paris, 16 octobre 1970, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 532, note PONSARD ; – Limoges, 6 avril 2000, inédit, cassé par Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 477, note GAUDEMET-TALLON.

<sup>5</sup> Paris, 24 mars 1930, *Gaz. pal.* 1931, 2, p. 504 ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, jur., p. 653, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE et Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPRESZ ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN ; – TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, *Gaz. pal.* 1965, 2, p. 411 ; – Paris, 5 mars 1976, *JDI* 1977, p. 880, note A. H. ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 1<sup>re</sup> esp., note AUDIT et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 2<sup>de</sup> esp., note AUDIT ; *D.* 1978, IR, p. 99, obs. AUDIT.

<sup>6</sup> Paris, 15 décembre 1948, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 113, note FRANCESCakis ; *D.* 1949, p. 461, note SAVATIER ; *S.* 1949, 2, 69, note DELAUME ; *JCP* 1949, II, 4950, note SARRAUTE et TAGER ; – Civ., 22 janvier 1951, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESCakis ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, 1, p. 210 ; *D.* 1952, 1, 35 ; *GADIP* n° 24 ; – TGI de la Seine, 6 juin 1962, préc. ; – Paris, 27 novembre 1981, préc. et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc. *Adde* en Espagne, Tribunal suprême, 18 novembre 1964, *JDI* 1973, p. 765, obs. CREMADES.

<sup>7</sup> T. civ. de Meaux, 4 mai 1928, *JDI* 1928, p. 1223.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 1995, *D.* 1996, jur., p. 468, note MASSIP ; – 22 avril 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 746, note MUIR WATT ; – 19 mars 2002, préc. ; – 15 mai 2002, *RJPF*-2002-10/35, obs. BLANC ; – 9 juillet 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 466, note GALLANT ; *RJPF*-2002-12/38, note BLANC ; *Dr. & patr.* 2002, n° 109, p. 113, note MONEGER.

<sup>9</sup> Not. pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international, cf. *supra* n° 414.

<sup>10</sup> Parmi ces affaires, v. not. celles où le mariage a été annulé : Req., 9 novembre 1846, *D.* 1846, 1, 337 ; *S.* 1847, 1, 55 ; – 28 mars 1854, *D.* 1854, 1, 201 ; *S.* 1854, 1, 295 ; – Orléans, 14 avril 1886, *D.* 1887, 2, 95 et Civ., 15 juin 1887, *D.* 1888, 1, 412 ; – T. civ. de la Seine, 6 août 1886, *JDI* 1887, p. 187 ; – Req., 5 juillet 1905, *D.* 1905, 1, p. 471 ; *Rev. crit. DIP* 1905, p. 714 ; *S.* 1906, 1, 141 ; – 3 janvier 1906, *JDI* 1906, p. 1149 ; *Rev. crit.*

ces hypothèses, les fiancés ne se déplacent qu'en vue de la célébration du mariage et reviennent dans l'État initial immédiatement la cérémonie effectuée. Le préalable matériel est identique dans les affaires de répudiations étrangères, le mari s'étant simplement déplacé vers le pays de sa nationalité<sup>1</sup>. Cette hypothèse concerne enfin les adoptions prononcées à l'étranger, pour lesquelles les adoptants se rendent à l'étranger afin d'adopter un enfant sans passer par la procédure normale de l'adoption internationale<sup>2</sup>. Ce simple déplacement hors des frontières d'un État pourrait constituer le préalable matériel d'autres fraudes, comme en matière de changement de nom<sup>3</sup>, de divorce<sup>4</sup> ou en droit communautaire, notamment dans l'affaire *Blood*<sup>5</sup>.

#### b) Un préalable matériel neutre et préparatoire

**436** — Dans la majorité des hypothèses, le préalable matériel ne permet rien d'autre que ce qu'il apporte. Son résultat matériel ou juridique direct n'est pas celui qui est recherché par l'intéressé. Si tel était le cas, il n'y aurait pas fraude. Ainsi le changement de nationalité ne produit pas plus d'effet que l'acquisition d'une nouvelle nationalité et, éventuellement, la perte de l'ancienne. Le changement de domicile ou de résidence également, comme le franchissement d'une frontière. Toutefois, le préalable matériel sous forme d'acte juridique contractuel permet d'atteindre directement le résultat escompté. Néanmoins, la réalisation d'un acte supplémentaire peut ici s'avérer indispensable à la réalisation de la fraude à la loi. Ce second acte peut en effet être une condition de validité de l'acte lui-même, par exemple un testament qui devra être rédigé ou déposé chez un notaire. De plus, même dans les cas où le second acte n'est pas indispensable, il peut être rendu nécessaire par la configuration internationale de la fraude. Ainsi l'autorité de contrôle sera plus réticente à contester un acte authentique qu'un acte sous seing privé. L'intervention d'une autorité étatique pare le préalable matériel d'un voile de légitimité. Il apparaît donc que le préalable matériel est neutre : sa seule constatation ne permet pas de conclure à la fraude à la loi.

**437** — Pour constituer le préalable matériel de la fraude à la loi, ces changements – par acte ou fait juridique – ne doivent pas être voulus ni envisagés pour eux-mêmes, ils doivent être réalisés pour obtenir un autre effet, également matériel ou juridique. Ainsi, « l'initiative (...) de se rendre *spécialement* en Israël pour s'y marier constitue d'évidence une fraude à la loi de la part de deux Français domiciliés en France, pays où ils comprenaient manifestement eux-mêmes qu'ils ne pourraient se marier »<sup>6</sup>. Or, cet effet recherché ne découlant pas directement

---

*DIP* 1907, p. 211 ; *D.* 1906, 1, 207 ; – T. civ. de la Seine, 25 juin 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 375, 1<sup>re</sup> esp. ; – 23 novembre 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 375, 2<sup>de</sup> esp. ; – 22 octobre 1919, *Rev. crit. DIP* 1911, 1<sup>re</sup> esp., p. 240 ; – 1<sup>er</sup> juin 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 3<sup>e</sup> esp., p. 240 ; – Req., 7 janvier 1929, *S.* 1929, 1, 104 ; – TGI Metz, 22 décembre 1961, *D.* 1962, somm., p. 49 ; – TGI Troyes, 9 novembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 2<sup>de</sup> esp., note MALAURIE ; *JDI* 1968, p. 705, note AUDIT ; – Paris, 2 décembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE ; *JCP* 1967, II, 15278, note R.B. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2002, *JCP* 2003, II, 10007, concl. SAINTE-ROSE, note DEVERS ; *Defrénois* 2002, p. 1466, note MASSIP ; *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. HAUSER ; *Dr. & patr.* 2003, n° 111, p. 120, note MONEGER ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, note BOURDELOIS ; *RJPF*-2003-1/18, note OUDIN ; *LPA* 2003, n° 73, p. 18, note MASSIP, et n° 206, p. 12, note BRIERE.

<sup>1</sup> Sur ces affaires, cf. *supra* n° 149 et s.

<sup>2</sup> Par ex. Douai, 12 décembre 1996, préc. ; – Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc. ; – Riom, 15 mai 2001, préc.

<sup>3</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc.

<sup>4</sup> Not. en Haïti : TGI de Paris, 5 juillet 1983, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986 et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, préc.

<sup>5</sup> Sur cette affaire, cf. *supra* n° 417.

<sup>6</sup> Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 297, note LEGIER et MESTRE. C'est nous qui soulignons.

du préalable matériel, l'individu devra donc effectuer une autre action, postérieurement au préalable matériel, celui-ci n'ayant pour but que de préparer la fraude à la loi, et non de la réaliser entièrement. Le préalable matériel constitue alors un simple préparatoire à la fraude à la loi. La jurisprudence relève ainsi que l'acte ou le fait juridique a été prémédité<sup>1</sup>. Ce n'est qu'une fois le changement de domicile ou la naturalisation « à peine obtenue »<sup>2</sup> que le sujet, « à la veille des discussions judiciaires qui allaient éclater entre lui et sa femme »<sup>3</sup>, s'empresse de présenter une requête devant une autorité étatique<sup>4</sup>, vers laquelle il s'est domicilié pour les simples besoins de l'instance<sup>5</sup>. Lorsqu'il s'agit de célébrer un mariage clandestin, les fiancés auront « pris soin de quitter clandestinement la France et de tenir caché leur séjour en Écosse jusqu'à la célébration du mariage »<sup>6</sup>. Les actes juridiques contractuels de Caron ont été réalisés non pas pour eux-mêmes, pris dans leurs effets normaux, mais uniquement « en vue de son décès pour favoriser les époux Odell et faire en sorte que ses enfants ne soient pas gratifiés »<sup>7</sup>. Préparatoire, le préalable matériel est néanmoins indispensable dans la mesure où le second acte de l'élément matériel en dépend directement. Sans ce préalable matériel en effet, le sujet ne peut réaliser ce second acte ou tout du moins le rendre efficace. Le divorce des époux Taleb suivi de leur remariage immédiat l'atteste : sans cet acte préalable, les époux ne peuvent se présenter devant l'officier d'état civil pour que leur mariage soit célébré une seconde fois<sup>8</sup>. Sans saisir le juge, une naturalisation ou un changement de domicile ne peut seul(e) permettre un divorce. Au préalable matériel doit suivre la saisine d'une autorité étatique.

## 2. L'intervention d'une autorité étatique

**438** — Dans la quasi-totalité des cas, le seul préalable matériel ne suffit pas à réaliser une fraude à la loi. Pris en tant que tel, l'acte ou le fait juridique préparatoire ne permet pas la réalisation du résultat recherché. Il est insuffisant à donner au fraudeur un titre juridique qui lui permettra de revendiquer les droits issus de sa nouvelle situation ou de mettre sa manœuvre à exécution. L'intervention d'une autorité étatique est nécessaire à la réalisation de la fraude à la loi (a) et elle doit se dérouler selon certaines modalités (b).

### a) La nécessité de l'intervention d'une autorité étatique

**439** — M. le Pr. AUDIT a le premier mis en évidence la nécessité de l'intervention d'une autorité étatique dans la réalisation d'une fraude à la loi : si « l'intervention d'une loi étrangère dans une situation relevant de la loi du for n'avait pour support que la volonté des individus, son effet propre serait nul ; en revanche, la plus petite intervention d'une autorité publique étrangère suffit à lui conférer une apparence de validité »<sup>9</sup>. Il en est ainsi de deux époux qui soumettraient leur mariage à une loi qui accepterait le divorce par consentement mutuel. Cette seule circonstance ne suffirait pas à les considérer comme divorcés dans l'État de la loi évincée, ni d'ailleurs dans les autres États. En ce sens, le seul préalable matériel à la

<sup>1</sup> Orléans, 14 avril 1886, préc. ; – Paris, 15 décembre 1948, préc.

<sup>2</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>3</sup> Req., 19 juillet 1875, préc.

<sup>4</sup> T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, préc.

<sup>5</sup> Paris, 24 mars 1930, préc.

<sup>6</sup> TGI Metz, 22 décembre 1961, préc.

<sup>7</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, préc.

<sup>9</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 122.

fraude à la loi ne suffit pas à obtenir le résultat escompté. À l'inverse, si ces mêmes époux saisissent, après la réalisation du préalable matériel, une autorité étatique afin d'obtenir une décision prononçant ce divorce, alors ils pourront très certainement parvenir à leurs fins. Les exemples pourraient être multipliés. Ainsi, il ne suffit pas pour deux fiancés de se rendre dans un pays qui admet le mariage sans autorisation parentale pour qu'ils puissent se considérer comme mariés. Dans ce cas, le mariage sera inexistant. Le mariage devra être valablement prononcé par l'autorité étatique compétente pour qu'il puisse ensuite être opposé à ceux qui auraient dû y consentir et à l'État dans lequel les nouveaux époux vont établir leur domicile conjugal. En matière d'adoption, il ne suffit pas de se rendre à l'étranger et d'y accomplir les démarches pour entrer en contact avec un enfant et le recueillir. Il faut encore que l'adoption soit prononcée par l'autorité étatique compétente pour qu'elle soit juridiquement reconnue.

**440** — Lorsque le préalable matériel est un acte juridique contractuel, il peut dans certains cas permettre de parvenir au résultat matériel escompté. Toutefois, dans la mesure où il s'agit de réaliser une fraude à la loi de droit international privé, il y a entre l'acte juridique et son lieu d'exécution une frontière. À défaut de frontière, il s'agit d'une fraude interne, effective par le seul préalable matériel. Ainsi dans l'affaire *Caron*<sup>1</sup>, si l'immeuble était situé aux Îles Vierges, le montage aurait été une fraude interne qui n'aurait concerné que la loi de cet État, malgré la nationalité française du *de cuius* et de l'un des deux héritiers. Si la fraude ourdie par Caron était une fraude de droit international privé, ce n'est pas en raison de la nationalité des parties mais de la localisation de l'immeuble par rapport à celle de la succession. Pour mettre en exécution le testament afin d'entrer en possession de l'immeuble sis en France et priver les héritiers de leurs droits sur celui-ci, les légataires devaient ainsi saisir l'autorité étatique française compétente pour reconnaître le testament et en prononcer l'exécution<sup>2</sup>. Dans d'autres cas, l'intervention d'une autorité étatique sera nécessaire pour la constitution même du préalable matériel. Ainsi pour une naturalisation, une *kafala* ou un testament authentique qui ne peuvent exister sans avoir été prononcés ou rédigés par l'autorité étatique idoine.

**441** — Nécessaire tour à tour à la constitution du préalable matériel, à la réalisation de la fraude à la loi ou à la revendication des droits acquis en fraude, l'intervention de l'autorité étatique permet également de limiter les échecs de la fraude à la loi en offrant à la manœuvre un titre de validité que l'autorité de contrôle hésitera à sanctionner davantage qu'un simple acte dépourvu de cette validité formelle<sup>3</sup>. Sanctionner pour fraude à la loi un acte obtenu par une autorité étatique revient en effet à dire que cette dernière y a participé en offrant à la partie une compétence de complaisance, qu'elle n'exerce pas ou de façon insuffisante son pouvoir de contrôle. La saisine d'une autorité étatique apparaît ainsi nécessaire à la fraude à la loi. Elle n'en est pas le but ni l'objectif, mais simplement le moyen de sa réalisation. Pour constituer ce moyen, l'intervention de l'autorité étatique doit encore répondre à certaines conditions.

#### b) Les conditions d'intervention de l'autorité étatique

**442** — L'intervention de l'autorité étatique doit être définie quant à la nature de cette autorité (I), le moment de son intervention (II) ainsi que sa compétence à intervenir (III).

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>2</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 336, note REVILLARD ; *JDI* 1985, p. 115, note ANCEL ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 827 et s.

<sup>3</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 124.

## I. La nature de l'autorité étatique

**443** — La notion d'autorité étatique renvoie à une diversité de situations. Il ne s'agit pas seulement d'une autorité publique, terme utilisé par M. le Pr. AUDIT dans sa thèse, mais plus généralement de toute autorité reconnue par un État comme jouissant d'une compétence particulière pour accorder un droit, élaborer un acte récognitif ou constitutif, valider ou homologuer un acte, rédiger un acte, etc. La jurisprudence permet d'en distinguer quatre séries.

**444** — L'autorité étatique appelée à intervenir peut tout d'abord être un juge. C'est même l'autorité étatique par excellence eu égard à l'autorité qui s'attache à ses décisions. Forte pour les jugements internes, l'autorité des jugements étrangers rendus en matière d'état des personnes est également assurée sans reconnaissance ni exequatur, en droit commun<sup>1</sup> et conventionnel ou réglementaire<sup>2</sup>. Le juge appelé à intervenir dans la réalisation de la fraude à la loi peut être aussi bien français qu'étranger. Le juge français peut ainsi intervenir pour prononcer un divorce<sup>3</sup>, un lien de filiation<sup>4</sup>, une donation à cause de mort<sup>5</sup>. Le juge étranger intervient dans les mêmes domaines, notamment en matière de divorce<sup>6</sup> ou de répudiation<sup>7</sup>, pour l'annulation d'un divorce<sup>8</sup> ou d'un mariage<sup>9</sup>, pour un transfert d'autorité parentale<sup>10</sup>, un changement de nom<sup>11</sup>, une adoption<sup>12</sup> ou la modification d'un acte de l'état civil<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> Req., 3 mars 1930, *S.* 1930, 1, 377, note NIBOYET ; *JDI* 1930, p. 981 ; *Rev. dr. inter.* 1931, p. 329, note NIBOYET.

<sup>2</sup> Par ex. Art. 22.1. de la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 ; Art. 23.1. de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 ; Art. 14.1 du Règlement du 29 mai 2000 ; art. 21.1 du Règlement du 27 novembre 2003.

<sup>3</sup> Alger, 27 janvier 1892, préc. ; – T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, préc. ; – T. civ. de la Seine, 9 novembre 1892, préc. ; – 18 juin 1896, préc. ; – Civ., 6 juillet 1922, préc. ; – T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, préc. ; – Civ., 14 mars 1928, préc. ; – 7 mai 1928, préc. ; – Paris, 3 mars 1961, préc. ; – TGI de la Seine, 28 septembre 1959 et Paris, 10 novembre 1959, préc. ; – 13 septembre 1967, préc. ; – TGI Paris, 16 octobre 1970, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 1995, préc.

<sup>4</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco*, préc.

<sup>5</sup> Paris, 6 avril 1962, préc.

<sup>6</sup> Req., 16 décembre 1845, préc. ; – 19 juillet 1875, préc. ; – Paris, 30 juin 1877, préc. ; – T. civ. de la Seine, 4 février 1882, préc. ; – Civ., 25 mars 1889, préc. ; – Req., 11 novembre 1908, préc. ; – Paris, 24 mars 1930, préc. ; – Paris, 15 décembre 1948 et Civ. 22 janvier 1951, préc. ; – T. civ. de la Seine, 4 novembre 1954, préc. ; – 11 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9223, note LOUIS-LUCAS ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 128, note BELLET ; *JDI* 1956, p. 1022, note B. G. ; – Paris, 15 novembre 1960, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 397, note LOUSSOUARN ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962 et Paris, 18 juin 1964, préc. ; – TGI de la Seine, 6 juin 1962, préc. ; – 1<sup>er</sup> juillet 1965, préc. ; – TGI Paris, 6 juillet 1972, préc. ; – Paris, 5 mars 1976 et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc. ; – Paris, 27 novembre 1981 et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc. ; – TGI de Paris, 5 juillet 1983, préc. ; – Paris, 29 janvier 1985, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986 et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, préc. ; – 19 juillet 1989, préc. ; – 15 juin 1994, préc. ; – 5 octobre 1994, préc. ; – 21 mai 1997, préc. ; – Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy*, préc. ; – Amiens, 29 avril 2003, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-020396 ; *JCP* 2003, IV, 2828.

<sup>7</sup> Paris, 6 juillet 1982, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, préc. ; – 6 juillet 1988, *Boujlifa*, préc. ; – Paris, 15 novembre 1988, *D.* 1989, somm., p. 257, obs. AUDIT ; – Versailles, 9 octobre 1989, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc. ; – 4 mai 1994, préc. ; – 13 décembre 1994, préc. ; – 18 juillet 1995, préc. ; – 19 décembre 1995, préc. ; – 14 janvier 1997, préc. ; – 3 juillet 2001, préc. ; – 9 juillet 2003, préc.

<sup>8</sup> Paris, 10 juin 1972, préc.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, préc.

<sup>10</sup> Paris, 15 juin 1990, préc.

<sup>11</sup> TGI Paris, 13 mai 1992, préc.

<sup>12</sup> Douai, 12 décembre 1996, préc. ; – Paris, 27 mars 1997, préc.

<sup>13</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, préc.

**445** — L'autorité étatique peut être ensuite un officier d'état civil. Celui-ci intervient essentiellement afin de célébrer un mariage que ce soit en France<sup>1</sup> ou à l'étranger<sup>2</sup>. Il peut encore intervenir afin de prononcer un divorce<sup>3</sup>, rédiger un acte de naissance<sup>4</sup>. L'autorité étatique intervenante peut également être un officier ministériel ou un auxiliaire de justice. Ainsi un notaire peut être appelé afin de rédiger un testament pour lui conférer un caractère authentique<sup>5</sup>, pour célébrer un mariage<sup>6</sup>, prononcer un divorce ou une répudiation<sup>7</sup>, une adoption<sup>8</sup>. De même, les sollicitors anglais peuvent être compétents pour accorder un changement de nom<sup>9</sup>. L'autorité étatique peut enfin être une administration. Celle-ci peut intervenir pour la constitution du préalable matériel, tel qu'une naturalisation française<sup>10</sup> ou étrangère<sup>11</sup>. Plus souvent, elle interviendra comme les autres autorités étatiques afin de donner effet au préalable matériel, ainsi pour une adoption<sup>12</sup> ou un divorce<sup>13</sup>. De façon plus marginale, l'autorité étatique pourra être une instance étrangère implantée dans un autre État<sup>14</sup>.

**446** — Les exemples d'autorités étatiques citées ne sont pas exhaustifs et sont simplement tirés de la jurisprudence française relative à la fraude à la loi de droit international privé. La nature de l'autorité étatique intervenante ainsi que les matières dans lesquelles elle peut intervenir ne sont donc pas limitées à ces exemples. La portée de ces interventions n'est pas non plus la même selon la nature de l'autorité étatique. L'effet qui s'attache au titre créé ne jouira pas de la même force selon qu'il provient d'une décision judiciaire, auquel cas il sera

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, préc.

<sup>2</sup> Req., 18 août 1841, *D.* 1841, 1, 337 ; *S.* 1841, 1, 872 ; – 28 mars 1854, préc. ; – 19 février 1866, *S.* 1866, 1, 206 ; – 21 février 1866, *D.* 1866, 1, 278 ; – 20 novembre 1866, *D.* 1867, 1, 13 ; *S.* 1866, 1, 342 ; – 8 mars 1875, *D.* 1875, 1, 482 ; *S.* 1875, 1, 171 ; – Civ., 18 mars 1878, préc. ; – Lyon, 29 décembre 1881, *JDI* 1882, p. 534 ; – Orléans, 14 avril 1886 et Civ. 15 juin 1887, préc. ; – Amiens, 22 juillet 1886, *JDI* 1887, p. 188 ; – T. civ. de la Seine, 6 août 1886, préc. ; – 26 avril 1887, *JDI* 1887, p. 476 ; – Besançon, 4 janvier 1888, *JDI* 1888, p. 90 ; – T. civ. de la Seine, 12 juillet 1888, *JDI* 1889, p. 641 ; – Bourges, 13 juillet 1891, *JDI* 1891, p. 1211 ; – Orléans, 9 février 1900, *JDI* 1900, p. 592 ; – Aix, 20 décembre 1900, *JDI* 1903, p. 639 ; – Req., 5 juillet 1905, préc. ; – Paris, 13 juillet 1905, *JDI* 1906, p. 426 ; – Req., 3 janvier 1906, préc. ; – T. civ. de Marseille, 3 avril 1909, préc. ; – T. civ. de la Seine, 25 juin 1910, préc. ; – 23 novembre 1910, préc. ; – 22 octobre 1919, préc. ; – Paris, 11 février 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 2<sup>e</sup> esp., p. 240 ; – T. civ. de la Seine, 1<sup>er</sup> juin 1920, préc. ; – 18 janvier 1923, *Gaz. pal.* 1923, 1, p. 294 ; – Civ., 13 juillet 1926, *S.* 1926, 1, 263 ; – Montpellier, 21 juin 1928, *JDI* 1929, p. 1062 ; – Req., 7 janvier 1929, préc. ; – Alger, 3 février 1930, préc. ; – Rennes, 12 janvier 1933, *Gaz. pal.* 1933, 1, p. 691 ; – T. civ. de Colmar, 12 juin 1951, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 313, note LOUSSOUARN ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 300 ; – 13 février 1961, *D.* 1961, p. 349, note HOLLEAUX ; *JDI* 1961, note B. G. ; – TGI Metz, 22 décembre 1961, préc. ; – Paris, 2 décembre 1966, préc. ; – TGI Troyes, 9 novembre 1966, préc. ; – TGI de la Seine, 25 janvier 1967, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 563, note BATIFFOL ; – TGI Paris, 11 mars 1980, *JCP* 1980, II, 19412, note PAIRE ; – Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, préc. ; – Paris, 2 octobre 1997, préc. ; – Nancy, 5 février 1999, *Dr. fam.*, 1999, n° 7/8, p. 14, note LECUYER.

<sup>3</sup> Not. en Thaïlande : TGI Paris, 10 mai 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 391, note MUIR WATT. *Adde* M. JAMETTI-GREINER, « Les divorces privés thaïlandais peuvent en principe être reconnus », *Rev. état civ.* 1998, p. 198 et s.

<sup>4</sup> TGI Paris, 5 janvier 1994 et Paris, 19 septembre 1995, préc. ; – Rennes, 4 juillet 2002, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Caron*, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2001, préc.

<sup>6</sup> Par ex. en Grèce : Grenoble, 19 mars 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 99.

<sup>7</sup> En Égypte : TGI de la Seine, 23 mai 1960, *D.* 1960, p. 714, note MALAURIE.

<sup>8</sup> Par ex. au Guatemala : É. POISSON-DROCOURT, note sous Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *JDI* 2000, spéc. p. 61.

<sup>9</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc.

<sup>10</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco*, préc. ; – Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, préc.

<sup>11</sup> Req., 16 décembre 1845, préc. ; – 19 juillet 1875, préc. ; – Paris, 30 juin 1877, préc. ; – Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>12</sup> Not. au Vietnam : Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc. ; en Roumanie : Riom, 15 mai 2001, préc.

<sup>13</sup> Par ex. au Japon : TGI de Paris, 17 octobre 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 508, note MUIR WATT.

<sup>14</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 103, note MONEGER.

difficilement contestable, ou qu'il aura été obtenu auprès d'une autorité administrative ou privée. Ainsi, dans une affaire de changement de nom obtenu en Angleterre auprès de solicitors, la Cour d'appel de Paris émet des doutes sur la valeur d'une telle décision qui émanait d'une autorité, certes compétente selon la loi anglaise, mais rétribuée pour l'occasion<sup>1</sup>. La solution aurait peut-être été différente si le changement de nom avait été obtenu, à l'instar du droit français, par un décret<sup>2</sup>, voire par une juridiction. L'efficacité de l'élément matériel de la fraude à la loi dépendra ainsi de la valeur naturellement attachée à la décision obtenue en fonction de la probité qui s'attache à l'autorité étatique qui l'a rendue.

## II. Le moment de l'intervention de l'autorité étatique

447 — De manière schématique, la fraude à la loi de droit international privé se décompose en trois étapes<sup>3</sup>. Dans un premier temps, le sujet réalise un préalable matériel, sous forme d'acte ou de fait juridique préparatoire, qui lui permet de se placer sous l'empire d'un autre système juridique que celui vers lequel il était jusqu'alors rattaché. Dans un deuxième temps, il cherche à donner effet à son préalable matériel afin de parvenir au résultat pour lequel il l'a réalisé. Dans un troisième et dernier temps, il revendique les droits ainsi acquis dans le ressort d'une autre loi que celle qui a été appliquée. Il se déduit de ces trois temps de la fraude à la loi que l'autorité étatique peut intervenir à trois moments. Cette triple intervention n'est pas forcément cumulative, elle est essentiellement alternative : les trois autorités étatiques ne sont pas toutes nécessaires à la réalisation de la fraude à la loi. Des trois moments de l'intervention d'une autorité étatique, seul le deuxième apparaît véritablement nécessaire puisqu'il permet de donner effet au préalable matériel. À l'inverse, l'existence du préalable matériel n'est pas toujours conditionnée par l'intervention d'une autorité étatique. Ainsi un changement de domicile ou de résidence, un franchissement de frontière existent sans qu'il soit besoin de les faire admettre ou reconnaître par une autorité<sup>4</sup>. De même, la revendication des droits acquis n'est pas une condition matérielle de la fraude à la loi, elle est une composante de son aspect intentionnel<sup>5</sup>. En ce sens, l'élément matériel de la fraude à la loi est déjà réalisé avant sa revendication dans le for de la loi évincée dans la mesure où le sujet a effectivement obtenu le résultat matériel qu'il souhaitait, indépendamment de cette revendication.

448 — L'autorité étatique peut tout d'abord intervenir lors de la constitution du préalable matériel. Il en est ainsi par exemple de la naturalisation française ou étrangère qui est octroyée généralement par une décision gouvernementale<sup>6</sup>. C'est encore le cas pour tous les actes modificatifs d'état tels que la *kafala* de droit musulman<sup>7</sup>. Ce peut être encore l'officier d'état civil qui interviendra pour enregistrer la reconnaissance d'un enfant par ses parents réels ou fictifs, ou le notaire afin d'authentifier un acte juridique.

<sup>1</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc.

<sup>2</sup> Art. 61 al. 3 du Code civil.

<sup>3</sup> B. AUDIT, n° 234.

<sup>4</sup> Si ce n'est par l'octroi d'un titre de séjour, délivré par l'administration compétente de l'État d'accueil.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 530 et s.

<sup>6</sup> En France, art. 21-15 du Code civil.

<sup>7</sup> P. LAGARDE, « Rapport explicatif de la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants », Actes et documents de la Dix-huitième session, t. II, 1996, p. 533, n° 23.

**449** — L'autorité étatique peut ensuite intervenir au moment de la mise en œuvre du préalable matériel. Ainsi, après avoir obtenu une naturalisation, changé de domicile, passé une frontière ou conclu un acte juridique, l'intéressé saisira une autorité étatique afin d'obtenir le résultat matériel qui guida la réalisation de sa manœuvre. Le préalable matériel est la condition nécessaire à un changement de loi, il peut être aussi l'élément qui justifie l'intervention de l'autorité étatique. En ce qui concerne les divorces migratoires, les juges relèvent presque systématiquement que le choix d'une résidence dans un pays étranger n'est guidé par d'autre motif que de satisfaire aux conditions de la loi locale pour rendre compétent le juge local, et appliquer une autre loi<sup>1</sup>. La situation est identique lorsqu'il s'agit de célébrer un mariage devant l'autorité compétente selon la loi de la nouvelle résidence, ou de prononcer l'adoption de l'enfant recueilli, de fait ou de droit, à l'étranger. Dans ces hypothèses, l'autorité étatique saisie est amenée à prendre acte du préalable matériel et à en tirer les conséquences au niveau international, afin de résoudre un conflit de juridictions et un conflit de lois.

**450** — L'autorité étatique peut enfin intervenir au moment de la revendication des droits acquis en fraude dans un ressort autre que celui de la loi appliquée. Il s'agira ici de l'autorité chargée de se prononcer sur la reconnaissance et/ou l'exécution de la décision rendue par l'autorité précédente. Ainsi le divorce obtenu à l'étranger, s'il produit ses effets en France indépendamment de toute procédure de reconnaissance, pourra néanmoins faire l'objet d'un contrôle. En théorie, il le devra lorsque l'ex-époux voudra se remarier dans le système juridique évincé ou qu'il cherchera à échapper à une procédure déjà engagée ou à une décision de condamnation déjà obtenue. De même, un mariage célébré à l'étranger devra être transcrit sur les registres de l'état civil des intéressés<sup>2</sup>. De même, dans le cas d'une adoption obtenue à l'étranger, les adoptants, de retour en France, demanderont presque systématiquement au juge le prononcé d'une adoption plénière. Dans ces hypothèses, si l'effet propre de la décision obtenue en fraude n'est pas nécessairement subordonné à la saisine d'une autorité étatique, son intervention permet de valider, le cas échéant et de façon définitive, les droits acquis. La fraude à la loi existe déjà matériellement depuis que la deuxième autorité étatique a été saisie et qu'elle s'est définitivement prononcée. Ainsi, l'adoption ou la répudiation définitivement obtenues à l'étranger sont valables et ne peuvent, sauf hypothèse de fraude sanctionnée par la même autorité, être remises en cause. Elles sont définitivement acquises dans le ressort de la deuxième autorité. Mais par l'intervention d'une troisième autorité étatique, la fraude à la loi pourra déployer la plénitude de ses effets dans le ressort du système juridique évincé, ce qui est l'effet recherché par l'individu, traduisant son intention frauduleuse. Ainsi, à défaut de contestation par cette troisième autorité, l'adoption et la répudiation obtenues à l'étranger seront rendues efficaces en France, sans que par la suite elles puissent être niées. Enfin, quel que soit le moment où elle intervient, l'autorité étatique doit avoir compétence à intervenir.

### III. La compétence à intervenir de l'autorité étatique

**451** — La compétence à intervenir de l'autorité étatique est une condition d'efficacité de sa saisine et, plus loin, de la fraude à la loi. Cette compétence signifie que l'autorité saisie doit être compétente internationalement et matériellement au regard de la situation créée par le sujet et qu'elle doit disposer dans son système juridique des règles qui lui permettent de parvenir au résultat recherché. Cette compétence à intervenir est donc triple.

<sup>1</sup> Not. Paris, 5 mars 1976 et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Giroux*, préc. ; – Paris, 27 novembre 1981 et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Favreau*, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, préc.

<sup>2</sup> Art. 170-1 du Code civil.

**452** — L'autorité étatique doit être celle qui est matériellement compétente pour se prononcer sur la question juridique qui lui est soumise. Le sujet ne devra pas saisir n'importe quelle autorité mais uniquement celle qui est, à l'intérieur d'un système juridique, matériellement compétente dans un domaine particulier. Ainsi, le divorce prononcé à l'étranger devant une autorité administrative ou un officier d'état civil ne sera valable, donc efficace, que si l'État de cette autorité lui en accorde le pouvoir. Si le forgeron de Gretna Grenn pouvait marier des fiancés prodigues, c'est parce que la loi écossaise de l'époque l'autorisait directement<sup>1</sup>. D'un État à l'autre, l'autorité compétente n'est ainsi pas toujours de même nature<sup>2</sup>. Le demandeur devra donc connaître, parmi toutes les autorités instituées dans un pays, celle qu'il doit saisir, sous peine de voir sa manœuvre frauduleuse réduite à néant.

**453** — L'autorité étatique doit ensuite être internationalement compétente eu égard à la situation créée. C'est là aussi le but du préalable matériel que de rendre non seulement une loi applicable mais surtout une autorité étatique internationalement compétente. La conception traditionnelle de la fraude à la loi voyait dans le conflit de lois le seul vecteur de fraude. Les exemples de changement de nationalité ou de domicile n'étaient étudiés que sous le seul angle du conflit de lois. Ainsi l'époux souhaitant divorcer devant le juge français changeait de nationalité mais portait toujours sa demande en divorce devant le juge français, lequel devait appliquer une autre loi en raison du changement de nationalité. Cette hypothèse de fraude à la loi parfaite ne connaît aucun exemple, si ce n'est peut-être l'affaire *Mihaesco* en matière de filiation, laquelle n'a cependant pas été jugée frauduleuse<sup>3</sup>. Sans revenir sur cette conception étriquée de la théorie de la fraude à la loi<sup>4</sup>, la pratique frauduleuse montre au contraire que le préalable matériel agit d'abord sur la compétence internationale de l'autorité étatique avant d'influer sur le conflit de lois. Souvent même, le préalable matériel n'influe aucunement, du moins pas directement, sur le conflit de lois, l'autorité saisie appliquant la loi du for. En ce sens, l'efficacité de l'acte ou du fait juridique préparatoire sera le plus souvent jugée sur sa capacité à rendre internationalement compétente l'autorité étatique matériellement compétente. L'application d'une loi autre que celle qui aurait dû normalement s'appliquer n'étant alors qu'une conséquence de cette saisine. C'est le cas des divorces migratoires et des répudiations étrangères. La fraude à la loi peut alors s'analyser comme une fraude par la compétence judiciaire internationale. Il en résulte que la fraude à la loi peut être utilement combattue, de façon préventive, lorsque l'autorité étatique saisie apprécie sa propre compétence<sup>5</sup>.

**454** — L'autorité étatique doit enfin avoir compétence pour parvenir au résultat escompté. Le demandeur devra la choisir en fonction du résultat qu'il souhaite obtenir : l'autorité doit être en mesure de pouvoir lui octroyer le droit qu'il souhaite acquérir par sa manœuvre. Dans la plupart des cas, le sujet dispose en effet de plusieurs autorités étatiques prêtes à exercer leur compétence. Ainsi un époux de nationalité marocaine domicilié en France peut, en vertu de l'article 11 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, saisir à son choix l'autorité compétente marocaine ou française, laquelle devra appliquer la loi nationale commune des époux en vertu de l'article 9 de la convention. La loi marocaine sera donc compétente quelle que soit l'autorité saisie si les deux époux ont cette nationalité. Toutefois, le résultat matériel ne sera pas le même dans les deux cas. Si l'époux saisit le juge marocain,

---

<sup>1</sup> Not. TGI Metz, 22 décembre 1961, préc. ; – TGI Troyes, 9 novembre 1966, préc.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 443 et s.

<sup>3</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, préc.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 56 et s.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 620 et s.

celui-ci appliquera la loi marocaine et fera très certainement droit à la demande de répudiation du mari. À l'inverse, si l'époux saisit le juge français, celui-ci écartera assurément la loi marocaine au nom de l'ordre public international et appliquera la loi française. En ce sens, le simple fait de rendre internationalement compétente une autorité étatique matériellement compétente ne suffit pas à concrétiser une éventuelle fraude à la loi. Il faut encore que le demandeur saisisse une autorité dont il devinera à l'avance le raisonnement, afin de choisir celle qui lui permettra de parvenir à ses fins<sup>1</sup>. En d'autres termes, la réussite de la fraude à la loi suppose de saisir l'autorité étatique compétente et pertinente.

**455** — Pour exister structurellement, la fraude à la loi devra donc remplir certaines conditions. Elle se constituera en deux étapes : la réalisation d'un préalable matériel qui aura pour effet de rendre compétente une autorité étatique, laquelle appliquera la loi voulue par le sujet, en vertu de la règle de conflit de lois de cette autorité, qui permettra de parvenir au résultat matériel recherché. Néanmoins, si la réalisation d'une fraude à la loi passe par cette construction, la qualification de fraude à la loi, et donc sa distinction avec des concepts voisins, dépendent encore des conditions que doit remplir le préalable matériel.

#### B. LES CONDITIONS DU PREALABLE MATERIEL : CRITERES DE DISTINCTION ENTRE LA FRAUDE A LA LOI, LA SIMULATION, L'HABILETE ET LA VIOLATION DE LA LOI

**456** — Pour constituer le préalable matériel de la fraude à la loi, l'acte ou le fait juridique préparatoire doit répondre à trois conditions cumulatives. À défaut de l'une d'elles, il n'y aura pas fraude. Mais cette absence de qualification frauduleuse ne signifie pas une impunité. L'objet de ces trois conditions est essentiellement de distinguer entre des notions relativement proches qui se construisent à partir des mêmes faits : la fraude, la simulation, la violation de la loi. Elles permettent encore de distinguer la fraude de l'habileté non répréhensible. Ces trois conditions appartiennent à la conception traditionnelle de la fraude à la loi de droit international privé<sup>2</sup>. Elles sont relevées et considérées comme nécessaires par la quasi-totalité de la doctrine et ont déjà été bien étudiées<sup>3</sup>. Néanmoins, les critères proposés ne sont pas toujours harmonieux et leur analyse n'a pas toujours été satisfaisante, entraînant plusieurs confusions entre des concepts fondamentalement différents<sup>4</sup>. Dans le cadre de la restructuration de la théorie de la fraude à la loi, une analyse stricte des trois conditions du préalable matériel de la fraude à la loi doit permettre de mieux distinguer la fraude à la loi de la simulation, de la violation de la loi et de l'habileté non répréhensible. Les trois conditions du préalable matériel de la fraude à la loi tiennent soit à sa constitution – il doit être réel (1) et licite (2) – soit à son résultat – il doit être efficace (3).

##### 1. La réalité du préalable matériel et la distinction entre la fraude, la simulation et l'habileté

**457** — La mise en œuvre de la distinction entre ces trois concepts (b) suppose de définir le sens même de la condition de réalité du préalable matériel (a).

<sup>1</sup> Cette connaissance est ainsi nécessaire pour démontrer l'intention frauduleuse, cf. *infra* n° 522 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 58.

<sup>3</sup> Not. J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *op. cit.*, p. 154 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 105 et s.

## a) Le sens de la condition de réalité du préalable matériel

**458** — Le préalable matériel doit tout d'abord être réel : il doit exister réellement, en fait comme en droit, et ne pas se réduire à une simple apparence. Le préalable matériel n'est pas putatif, il ne résulte pas d'une erreur de droit ou de fait, fût-elle ancienne et donc pouvant, dans l'esprit du sujet, être devenu réel. En ce qui concerne le domicile, la réalité du préalable matériel entraîne que seul un véritable changement de domicile peut donner lieu à la mise en œuvre de la réserve de la fraude à la loi. Ce changement de domicile ou de résidence sera réel s'il se matérialise par un véritable transfert du centre de vie du sujet, même si ce transfert est finalement limité dans le temps, la durée n'étant pas une condition de la réalité du domicile. La naturalisation sera réelle dès lors qu'elle a été effectivement prononcée par l'autorité compétente et qu'elle n'a pas été retirée au jour où le sujet en revendique les effets. L'acte juridique contractuel sera réel s'il a été véritablement passé et si ses effets ont pu ou peuvent se réaliser entièrement. Un acte de l'état civil sera réel s'il a été véritablement obtenu dans les conditions définies par la loi compétente selon la règle de conflit du lieu où il est réalisé. Le préalable matériel ne doit donc pas être purement artificiel, car dans ce cas, « il n'y a plus véritablement de changement, et il n'y a donc pas lieu de modifier la détermination de la loi compétente, sans que l'on ait à recourir à l'idée de fraude. Ce n'est que lorsque la modification de l'élément de rattachement est réelle que l'on devra éventuellement utiliser l'exception de fraude à la loi pour faire échec aux conséquences normales de cette modification au plan de la détermination de la loi compétente »<sup>1</sup>.

**459** — Le caractère réel du préalable matériel de la fraude à la loi doit permettre, au-delà de la qualification de fraude, de distinguer trois notions souvent proches, voire confondues<sup>2</sup> : la fraude, la simulation et l'habileté non répréhensible. Afin de permettre cette distinction, il convient de rechercher un critère commun aux trois notions mais qui soit assez souple pour pouvoir se décomposer en trois aspects. Cette distinction a souvent été étudiée par les auteurs<sup>3</sup> et la jurisprudence ne semble pas toujours se satisfaire des critères proposés

<sup>1</sup> D. ALEXANDRE, note sous Paris, 11 juillet 1978, *JDI* 1979, p. 601 et s., spéc. p. 610.

<sup>2</sup> Not. par les auteurs belges, cf. *infra* n° 509 et s.

<sup>3</sup> Not. J. PERROUD, « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1926, p. 19 et s., spéc. p. 20 ; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, *op. cit.*, n° 9, p. 38 et s. ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 13 et s. ; L. JOSSERAND, « Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droit », in *Évolutions et actualités*. Conférences de droit civil, éd. Sirey, 1936., p. 112 et s. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, éd. Sirey, 1944, n° 1085-3° ; P. ARMINJON, *Précis de droit international privé commercial*, éd. Dalloz, 1948, n° 53 ; B. NAVATTE, « La fraude et l'habileté en droit fiscal », *D.* 1951, p. 87 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, *op. cit.*, p. 160 ; J. MATTHIJS, « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 et p. 563, n° 11 et s. ; J. VIDAL, *op. cit.*, pp. 94 et s., 183 et s. ; J.-G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.* 1964, p. 1 et s., spéc. p. 8 ; M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, éd. LGDJ, 1967, n° 56 et s. ; W. YUNG, « Simulation, fiducie et fraude à la loi », *op. cit.* ; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, *op. cit.*, p. 147 et s. ; B. ANCEL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, préc., p. 356 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc., p. 93 ; F. BOULANGER, « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP* 1993, I, 3665 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, *op. cit.*, n° 822 et s., n° 831 et s. ; J. VERHOEVEN, « Abus, fraude ou habileté ? À propos de l'arrêt Poulsen (CJCE) », in *La loyauté*, Mélanges É. CEREXHE, *op. cit.*, p. 407 et s. ; M. MENJUCQ, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, éd. LGDJ, 1997, n° 503 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, n° 226.3 ; S. NADAL, « L'habileté en droit privé », *RRJ* 2001, p. 1245 et s.

puisque'un même acte reçoit souvent des qualifications erronées ou contradictoires. Le critère de la réalité semble pouvoir être utilisé pour effectuer cette distinction.

**460** — Toutefois, la simple distinction entre le réel et l'irréel ne suffit pas. Ainsi, lorsque les auteurs distinguent la fraude de la simulation sur la seule base de l'opposition entre le réel et le fictif, ils en déduisent qu'il y a fraude lorsque l'acte est réellement voulu et simulation lorsqu'il est fictif. Si en théorie cette distinction est permise, elle se révèle en pratique difficile voire impossible à mettre en œuvre. Elle masque en effet une contradiction. Selon cette distinction, il y a fraude lorsque l'élément matériel est réel et il l'est lorsque l'intéressé accepte complètement le changement qu'il a créé. Or, pour conclure à la fraude, il faut ensuite démontrer l'intention frauduleuse laquelle se trouve rapportée, selon ces mêmes auteurs, si le sujet n'accepte pas les conséquences attachées à ce changement. C'est-à-dire que l'intention frauduleuse suppose de montrer que la réalité n'est qu'artificielle. Cette contradiction invite à déterminer le sens du terme « réel ». S'agit-il simplement d'une réalité objective, basée sur la conjonction matérielle de faits, ou également d'une réalité subjective à l'endroit du sujet qui s'analyserait en une acceptation sincère de toutes les conséquences attachées à ce nouveau statut ? Il y aurait une sorte de degré dans la réalité d'un acte matériel dans la mesure où la réalité suppose une double condition : qu'elle soit effectivement tangible et qu'elle soit véritablement acceptée comme telle. Un acte est entièrement réel s'il l'est objectivement et subjectivement. Il est partiellement réel s'il manque l'un des deux aspects de la réalité. Il est irréel s'il manque les deux branches de la réalité. Si ce triptyque peut paraître théorique, il est déterminant afin de dissocier la fraude de la simulation et de l'habileté.

b) La mise en œuvre du critère de la réalité

**461** — Il y aura fraude lorsque l'acte matériel préparatoire est objectivement réel, sans l'être subjectivement. La fraude suppose une réalité objective du préalable matériel, mais qui a été voulu non pas pour lui-même, mais seulement pour un effet particulier. Dès lors, le préalable matériel n'est pas réellement voulu. Ainsi l'épouse Vidal ne réside en Suisse que le temps nécessaire à l'obtention du divorce. Le droit de bourgeoisie obtenu en Suisse est objectivement réel, puisque donné par une autorité étatique. Néanmoins, il n'a pas été voulu en tant que tel, puisque les époux Vidal n'ont jamais eu l'intention de s'y établir, qu'ils n'ont pas exercé les droits ni exécuté les obligations qui découlaient de leur nouvelle nationalité<sup>1</sup>. De même, Caron a bien vendu l'appartement situé en France à la société américaine qu'il avait créée pour l'occasion. Les actes juridiques contractuels étaient donc bien réels en soi. Toutefois, en continuant à jouir de toutes les prérogatives d'un propriétaire sur cet appartement, Caron n'a pas eu la volonté d'aliéner de son vivant ses droits sur l'immeuble, le transfert de propriété n'était donc pas subjectivement réel<sup>2</sup>.

**462** — À l'inverse, le préalable matériel serait une simple habileté non frauduleuse dès lors qu'il est réel objectivement et subjectivement : il a été réellement passé et il a été voulu pour lui-même, le sujet en tire et en assume toutes les conséquences de fait ou de droit, même si l'une d'elles a particulièrement motivé sa constitution. Ainsi dans l'affaire *Caron* toujours, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, avant de relever la fraude, considère que « la loi de la situation de l'immeuble était déterminée mais rien n'empêchait M. Caron d'en éviter

<sup>1</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

l'application en modifiant la composition de son patrimoine de telle manière qu'à son décès il ne possède *réellement* plus d'immeuble en France »<sup>1</sup>. L'emploi du mot « réellement » ne désigne pas seulement une réalité objective puisque Caron n'était plus juridiquement propriétaire de l'immeuble. La cour relève en effet la fraude à la loi alors qu'elle constate que l'immeuble ne figure plus dans le patrimoine du défunt. Si la fraude à la loi existe, c'est parce que la réalité subjective de l'opération n'est pas conforme à sa réalité objective. Dès lors, l'affirmation de la cour d'appel de la possibilité de modifier son patrimoine – finalement une habileté non répréhensible – suppose une double réalité objective et subjective, sous peine de se contredire avec sa propre solution. Néanmoins, l'habileté peut se transformer en abus de droit en fonction des conditions dans lesquelles elle est exercée et de ses conséquences. Enfin, le préalable matériel découvrira une simulation lorsqu'il n'est pas réel objectivement, alors même qu'il le serait subjectivement<sup>2</sup>. Le critère principal de distinction est donc l'intention d'accepter la réalité du préalable matériel, si celle-ci est établie. En morcelant de la sorte le critère de la réalité, les notions de fraude, de simulation et d'habileté non répréhensible peuvent être distinguées, tout en conservant à chacune leur spécificité constitutive.

## 2. La licéité du préalable matériel et la distinction entre la fraude et la violation de la loi

**463** — Le préalable matériel doit ensuite être licite. La fraude à la loi est un moyen de contourner la loi, d'atteindre le résultat prohibé par elle mais sans en violer directement les dispositions. Le préalable matériel n'attaque pas de front, il emprunte des chemins de traverses, loin des sentiers battus de l'interdiction. Selon M. le Pr. José VIDAL, le moyen de la fraude doit être efficace juridiquement<sup>3</sup>. Il ne saurait être question de fraude lorsque la loi elle-même, par ses propres mécanismes, peut combattre la manœuvre. C'est dans ce caractère licite du préalable matériel que la théorie de la fraude trouve sa raison d'être. Elle n'a lieu d'intervenir que lorsque la loi est défaillante à se protéger elle-même, imprimant par-là le caractère subsidiaire de la sanction par le biais de l'exception de fraude<sup>4</sup>. Les sujets sont libres d'effectuer les actes et faits juridiques qu'ils souhaitent, tant que la loi est respectée, tant qu'ils en respectent les conditions. Ils peuvent ainsi demander une naturalisation, changer de domicile ou de résidence, se déplacer hors des frontières, conclure un acte juridique, faire prononcer en leur faveur une adoption ou une *kafala*, etc. La seule condition de cette autorisation est le strict respect de la loi. Lorsqu'ils cherchent à sanctionner une fraude à la loi, les juges relèvent presque systématiquement la licéité de la manœuvre. Ainsi, « il est permis aux citoyens français de se faire naturaliser en pays étranger et même d'y emmener leurs femmes françaises, pour les y soumettre aux lois du pays qu'ils adoptent », mais lorsque cette manœuvre est réalisée à fin de fraude, elle peut être remise en cause sur ce fondement<sup>5</sup>.

**464** — Toutefois, la licéité du préalable matériel conduit souvent les juges à ne pas le sanctionner, dans la mesure où l'inverse conduirait à priver d'effet l'exercice d'une liberté individuelle. C'est le cas dans l'affaire *Mihaesco* où la fraude à la loi était patente. Néanmoins, les juges refusent de la sanctionner au motif qu'aucune « fraude n'est alléguée à l'encontre de

<sup>1</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> Sur la simulation en droit international privé, v. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, éd. LGDJ, 1984, n° 504 et s.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 172 et s.

<sup>4</sup> Cf. *infra* n° 590 et s.

<sup>5</sup> Req., 16 décembre 1845, *Desprades*, préc.

la dame Mihaesco, qui n'a fait qu'user d'un droit que lui accordait la loi, et que la déclaration qu'elle a valablement faite a eu pour effet de conférer irrévocablement la nationalité française à la mineure »<sup>1</sup>. Si ce raisonnement procède d'une erreur, il reflète surtout la volonté des juges de ne pas prononcer une sanction, par faveur pour l'enfant, qui aurait eu pour effet direct de la priver de paternité naturelle<sup>2</sup>. Cette erreur a été réitérée à propos des répudiations, certains juges ayant refusé de voir une fraude là où le mari n'avait fait qu'user d'un droit<sup>3</sup>.

**465** — Condition d'intervention de la réserve de la fraude à la loi, la licéité du préalable matériel permet surtout de distinguer la fraude à la loi de la violation pure et simple de la loi<sup>4</sup>. Pour certains auteurs, les liens entre ces deux notions étant particulièrement consanguins, la fraude à la loi s'apparente à une violation indirecte de la loi<sup>5</sup> ou à une violation internationale de la loi<sup>6</sup>. Les deux notions doivent cependant être nettement distinguées comme ne répondant ni aux mêmes conditions ni à la même finalité. La violation de la loi se contente d'un critère objectif : le non-respect de la loi dans ses conditions de fond et/ou de forme. À l'inverse de la fraude à la loi, elle n'exige aucune intention de violer la loi. Les auteurs qui d'ailleurs estiment que la fraude à la loi n'est qu'une variante de la violation de la loi, minimisent voire éludent l'aspect intentionnel de la fraude et adoptent une conception objective de celle-ci<sup>7</sup>. D'un point de vue technique, la distinction entre ces deux notions ne pose pas de difficultés majeures. En droit international privé, la seule question est de savoir en vertu de quelle loi doit s'apprécier la licéité du préalable matériel. Conformément à la théorie générale du droit international privé, la règle de conflit de lois de l'autorité de contrôle déterminera, en fonction de la nature du préalable matériel, la loi compétente pour en apprécier la légalité. Ainsi une naturalisation, acte de souveraineté, sera valable si elle a été légalement obtenue en vertu de la loi de l'État qui octroie cette nouvelle nationalité. En ce qui concerne le domicile et la résidence, la loi applicable à sa détermination sera celle de la loi de l'État dont la règle de conflit utilise ce rattachement. La solution sera identique pour les actes de l'état civil comme le mariage, le divorce ou l'adoption, ainsi que pour les actes juridiques contractuels.

### 3. La double efficacité matérielle et conflictuelle du préalable matériel

**466** — Le préalable matériel doit enfin être efficace. L'efficacité signifie que l'acte ou le fait juridique préparatoire doit permettre le résultat matériel escompté par le sujet. À défaut, par exemple en cas de simple tentative ou si le résultat n'est pas atteint, la réserve de la fraude à la loi ne pourra intervenir dans la mesure où elle n'a pas vocation à sanctionner une simple intention. En effet, « l'exigence de l'*efficacité matérielle* du moyen employé découle du principe selon lequel la fraude ne doit être sanctionnée que si elle a réussi »<sup>8</sup>. Le moyen

<sup>1</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, préc.

<sup>2</sup> Sur cette interprétation de l'affaire *Mihaesco*, cf. *infra* n° 778.

<sup>3</sup> Versailles, 16 janvier 1987, *Gaz. pal.* 1987, 2, somm., p. 383 ; – Douai, 9 mars 1989, *JCP* 1989, II, 21388, obs. X. L. ; – Versailles, 9 octobre 1989, préc. C'est également la motivation retenue par l'arrêt de cour d'appel cassé, pour ce motif, par Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, préc.

<sup>4</sup> Sur cette distinction, v. not. H. DESBOIS, *op. cit.*, p. 15 et s. ; L.-A. PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi. Son domaine d'application actuelle en droit français*, thèse Bordeaux, 1937, p. 145 et s. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, n° 1084 ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 172 et s. ; G. A. LANG, *op. cit.*, p. 170 et s.

<sup>5</sup> A. LIGEROPULO, *op. cit.*, n° 52.

<sup>6</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.* Cf. *supra* n° 93 et s, *infra* n° 505 et s.

<sup>7</sup> Cf. *infra* n° 501 et s.

<sup>8</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 154.

frauduleux sera efficace s'il permet d'atteindre le résultat recherché ou un résultat équivalent<sup>1</sup>. La condition d'efficacité s'inscrit surtout dans la théorie générale de la fraude à la loi. Elle exprime la finalité même de cette théorie qui protège l'esprit de la loi lorsque sa lettre n'y parvient plus. En ce sens, la loi est fraudée lorsque les sujets de droit, malgré l'interdit qu'elle pose, aboutissent au résultat escompté. C'est seulement dans cette hypothèse que la réserve de la fraude à la loi trouve sa vocation défensive. En droit interne, l'efficacité du moyen frauduleux renvoie seulement à une efficacité matérielle. La condition est plus complexe pour la fraude à la loi en droit international privé dans la mesure où elle fait intervenir deux corps de règles : une règle de conflit et une règle matérielle. Pour être pleinement efficace, le préalable matériel doit jouir d'une double efficacité, conflictuelle et matérielle.

**467** — L'efficacité conflictuelle signifie tout d'abord que le préalable matériel doit intervenir sur un élément pertinent du conflit, c'est-à-dire un élément de rattachement retenu par la règle de conflit qui permet de désigner une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente à défaut de manœuvre. Ainsi, si la règle de conflit en matière de statut personnel utilise le critère de la nationalité, un changement de domicile n'interviendra pas sur un élément pertinent du conflit de lois, il n'aura aucune influence sur le règlement du conflit de lois. De même, pour qu'un changement soit efficace sur le plan conflictuel, il faut qu'il s'agisse d'un changement véritable. Ainsi le changement de nationalité ne sera efficace que s'il s'accompagne de la perte de la nationalité antérieure. À défaut, le conflit de nationalités pourra être résolu en faveur de la nationalité du for<sup>2</sup> ou de la nationalité étrangère la plus effective<sup>3</sup>. Ensuite, l'efficacité conflictuelle suppose que la manœuvre permette véritablement de désigner la loi voulue par l'intéressé, ou au moins une loi matériellement équivalente. Cet aspect de l'efficacité conflictuelle présuppose que le sujet connaisse exactement la manière dont l'autorité saisie va raisonner afin de résoudre le conflit de lois. En effet, « par le jeu de ses propres règles de conflit de lois, la juridiction étrangère [ou française] est en effet parfaitement en mesure de désigner la loi même à laquelle l'on entendait échapper »<sup>4</sup>. Tous les mécanismes généraux qui appartiennent à la théorie du droit international privé peuvent en effet contrarier l'efficacité conflictuelle du moyen frauduleux. Les lois de police<sup>5</sup>, le conflit mobile<sup>6</sup>, le renvoi, les règles de l'office du juge et de la preuve de la loi étrangère, l'exception d'ordre public international<sup>7</sup>, la clause d'exception<sup>8</sup> et l'exception de fraude à la loi sont autant d'obstacles pour le sujet et autant de moyens pour l'autorité saisie d'éviter, consciemment ou non, l'application de la loi objet de la manœuvre.

**468** — Le préalable matériel de la fraude à la loi doit enfin être matériellement efficace de la même façon que doit l'être une fraude à la loi de droit interne. La loi désignée par la règle de conflit doit permettre d'obtenir le résultat matériel qui motiva l'intéressé dans sa manœuvre. Cette efficacité suppose plusieurs conditions : que la loi désignée prévoie exactement le résultat que le sujet recherche ou un résultat équivalent ; que l'intéressé entre

<sup>1</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 59, note BATIFFOL ; *GADIP* n° 46.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1974, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 260, note NISARD ; *JDI* 1976, p. 298, note ALEXANDRE.

<sup>4</sup> M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », *op. cit.*, p. 173.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 210 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 239 et s.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 224 et s.

<sup>8</sup> Cf. *supra* n° 270 et s.

bien dans son champ d'application ; que cette loi existe et qu'elle n'ait pas été modifiée ou abrogée au jour où l'autorité doit l'appliquer ; que le résultat ne soit pas impossible à atteindre.

**469** — L'analyse stricte des trois conditions du préalable matériel de la fraude à la loi de droit international privé permet ainsi non seulement de déterminer ce qu'est cette fraude, notamment par rapport à la fraude de droit interne, mais également de faire le tri entre des concepts relativement proches mais fondamentalement distincts. La fraude à la loi peut ainsi se distinguer de la simulation, de la violation pure et simple de la loi et de l'habileté. Pour qu'il y ait fraude à la loi, encore faut-il que le préalable matériel produise les effets qui ont guidé sa constitution, c'est-à-dire qu'il permette une éviction puis une substitution de loi.

## **§ 2 – L'EVICION REELLE DE LA LOI NORMALEMENT COMPETENTE : CRITERE LEGAL DE DISTINCTION DE LA FRAUDE A LA LOI AVEC DES CONCEPTS VOISINS**

**470** — Pour qu'il y ait une fraude à la loi, il faut non seulement démontrer qu'une loi a été malicieusement appliquée, mais également qu'une autre loi a été évincée par la même manœuvre. En droit interne, la loi fraudée est celle qui interdit le résultat matériel que la fraude à la loi a permis d'atteindre. La loi appliquée est celle dont le sujet a provoqué la compétence en créant artificiellement les conditions d'intervention. En droit international privé, la situation est différente, la fraude à la loi faisant intervenir deux normes distinctes : une règle de conflit et une règle matérielle. Vis-à-vis de l'élément légal, la première constitue le moyen de la fraude à la loi alors que la seconde en constitue l'objet. À l'inverse, si l'abus de droit se commande également, dans son moyen, de la règle de conflit, il ne suppose ni n'entraîne une éviction-substitution de loi. L'objet de la fraude à la loi est une loi. Le but de l'intéressé, en plaçant entre lui et la loi à laquelle il est soumis un élément d'extranéité, est de provoquer l'application d'une autre loi. L'objet de la fraude à la loi revient alors à déterminer la nature de la loi fraudée (A) avant de dégager le critère légal de la fraude à la loi, qui parachève la distinction de la fraude à la loi avec les autres principes régulateurs du droit (B).

### A. LA NATURE DE LA LOI FRAUDEE

**471** — La nature de la loi fraudée pose la question de savoir quel type de loi peut faire l'objet d'une fraude à la loi, c'est-à-dire quelle est son origine nationale : loi du for ou loi étrangère (1), et si le caractère impératif ou supplétif de la loi évincée a une conséquence sur la qualification de fraude (2). À ce titre, il ne faut pas « avoir une conception trop étroite de la règle faisant l'objet de la fraude, ni quant à son origine ni quant à son contenu »<sup>1</sup>.

#### **1. L'origine nationale de la loi fraudée**

**472** — La question de savoir si la réserve de la fraude à la loi peut sanctionner la fraude à la loi étrangère « n'embarrasse plus le droit positif »<sup>2</sup>. Il est admis depuis la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle que le juge français peut sanctionner la fraude à la loi étrangère aussi bien que la fraude à la loi française. Cette solution a été admise expressément, qu'il s'agisse d'une

<sup>1</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, *op. cit.*, n° 817.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 24.

fraude à la loi étrangère par application de la loi française<sup>1</sup> ou d'une fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce<sup>2</sup>. La Cour de cassation ne distingue donc plus aujourd'hui selon l'origine de la loi éludée, se contentant de voir une fraude à la loi lorsque la loi normalement applicable a été évincée<sup>3</sup>, comme la doctrine qui est unanimement acquise à cette solution<sup>4</sup>.

**473** — Avec certes l'aide précieuse du recul, il faut admettre que cette harmonisation était inéluctable. L'opposition quant à l'origine de la loi fraudée reposait en effet sur des bases relativement fausses. À supposer que l'arrêt *de Bauffremont* soit une véritable consécration de la théorie de la fraude à la loi<sup>5</sup>, le fait qu'il ne sanctionne qu'une fraude à la loi française ne peut en soi exclure la prise en compte de la fraude à la loi étrangère. D'une part, la solution de l'arrêt s'explique par les faits de l'espèce et les limites du pourvoi. Dans son attendu sur la fraude, la Cour de cassation n'affirme d'ailleurs pas un principe de manière générale, comme elle le fait par exemple dans l'arrêt *Lafarge*<sup>6</sup>, elle se cantonne strictement à l'hypothèse qui lui est soumise en s'adressant toujours à *la princesse* pour lui reprocher *sa* manœuvre ourdie à l'encontre de *son* mari<sup>7</sup>. D'autre part, l'arrêt ne comporte aucune condamnation expresse de la sanction de la fraude à la loi étrangère. Si effectivement certains juges du fond ont expressément<sup>8</sup> ou implicitement<sup>9</sup> refusé de sanctionner une fraude à la loi étrangère, la Cour de cassation n'a jamais eu à se prononcer directement sur la question, si ce n'est pour l'admettre.

**474** — Deux arrêts rendus par la Cour de cassation ont toutefois été interprétés comme un refus de sanctionner la fraude à la loi étrangère<sup>10</sup>. Dans ces deux affaires, un conjoint italien séparé de corps en Italie, ayant acquis la nationalité française par naturalisation, porte devant le juge français une demande de conversion de la séparation de corps en divorce. Dans l'arrêt *Mancini*, la Cour de cassation admet le raisonnement de la cour d'appel selon lequel elle ne peut répondre aux allégations de l'épouse italienne de fraude à ses droits acquis de la loi italienne dans la mesure où « il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité et la valeur de l'acte du gouvernement français qui a prononcé la naturalisation ». Loin de se situer sur le plan de la fraude à la loi, l'arrêt *Mancini*, comme l'arrêt *Ferrari*, fonde sa solution sur le

<sup>1</sup> T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, préc. ; – Paris, 3 mars 1961, préc. ; – Paris, 6 avril 1962, préc. ; – TGI de la Seine, 13 septembre 1967, préc. ; – TGI Paris, 12 novembre 1969, préc. ; – Versailles, 27 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, note MUIR WATT ; – TGI Paris, 5 janvier 1994, préc., et Paris, 19 septembre 1995, préc. ; – Pau, 12 décembre 1994, *D.* 1995, p. 544, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE. Pour une fraude à la loi étrangère de compétence juridictionnelle : Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, préc.

<sup>2</sup> T. civ. de la Seine, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 679, note H. B. ; – Paris, 10 novembre 1959, préc. ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, préc., et Paris, 18 juin 1964, préc. ; – TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, préc. ; – Paris, 5 mars 1976, préc., et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc. ; – Paris, 27 novembre 1981, préc., et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge*, préc.

<sup>4</sup> V. not. P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. DIP* 1962, p. 1 et s. ; P. SPITERI, « La fraude à la loi étrangère », *Ann. Fac. Toulouse* 1967, t. XV, fasc. 2, p. 37 et s. ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 373 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 268 ; B. AUDIT, n° 238 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 460 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 274 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.7 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, *loc. cit.* Sur l'évolution de la question, v. C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, *op. cit.*, n° 32 et s., n° 63 et s.

<sup>5</sup> Sur cette affaire, cf. *supra* n° 48 et s.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, préc.

<sup>7</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>8</sup> T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, *JDI* 1892, p. 933 ; – T. civ. de la Seine, 4 novembre 1954, préc.

<sup>9</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco*, préc.

<sup>10</sup> Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, préc. ; – Civ., 5 février 1929, *Mancini*, *S.* 1930, 1, p. 81, note AUDINET.

principe de la séparation des pouvoirs et des ordres de juridictions. En demeurant sur le plan de l'appréciation de la légalité de l'acte de gouvernement, la Cour de cassation laissait ouverte la question de son utilisation frauduleuse. La fraude aurait ainsi permis, comme pour les naturalisations obtenues par des Français à l'étranger, de la déclarer inopposable à l'époux qui en aurait été victime, comme l'ont suggéré certains juges du fond<sup>1</sup>. Cette solution est d'ailleurs admise aujourd'hui que le juge judiciaire peut, sans la remettre directement en cause, considérer qu'une naturalisation a été obtenue à des fins frauduleuses et donc d'en limiter les effets<sup>2</sup>. Mais les conditions mêmes de l'acquisition de la nationalité française par naturalisation rendent très improbable, comme dans l'affaire *Mancini*, l'hypothèse d'une fraude<sup>3</sup>.

**475** — De même, le refus de sanctionner la fraude à la loi étrangère était souvent présenté par les juges et la doctrine comme une conséquence du rattachement de cette notion à l'ordre public international français. Considérée comme un trouble social pour l'État, la fraude à la loi étrangère n'atteignait que l'autorité du souverain étranger qui avait édicté la loi évincée et qui seul avait la charge de son respect. Envisagée dans son fondement impératif<sup>4</sup>, il n'appartenait pas au juge français d'assurer le respect des règles étrangères, faute de trouble social en France, par le biais de la réserve de la fraude à la loi. Toutefois, cet argument ne pouvait non plus tenir, les exceptions de fraude à la loi et d'ordre public international étant fondamentalement différentes, l'une ne pouvant servir à justifier le mécanisme de l'autre<sup>5</sup>.

**476** — De plus, en admettant que la fraude à la loi étrangère ne cause aucun trouble social, l'atteinte indirecte à l'autorité de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois constitue une atteinte directe à l'autorité de cette règle de droit française. La règle de conflit de lois est en effet un acte de réception d'une norme : si le juge français doit respecter et appliquer une loi étrangère, c'est parce qu'une règle de droit française lui en fait l'obligation. L'impérativité de la loi étrangère sur le territoire du for<sup>6</sup> ne provient pas d'elle-même, elle découle de l'impérativité de la règle de conflit de lois à l'égard des autorités françaises. En ce sens, « la fraude à la loi étrangère peut apparaître comme une fraude à la loi française de conflit qui avait donné compétence à la loi étrangère »<sup>7</sup>, causant un trouble social dans l'État du for. Enfin, quelle que soit l'origine nationale de la loi fraudée et à l'envisager dans son fondement moral<sup>8</sup>, la réserve de la fraude à la loi intervient dès lors que la manœuvre réalisée est empreinte de mauvaise foi<sup>9</sup>. Ainsi, à se placer sur le terrain de son double fondement – impératif et moral – la sanction de la fraude à la loi étrangère apparaît dans toute son évidence. Il n'en reste pas moins que l'origine de la loi éludée aura des conséquences sur les modalités de la sanction de la fraude à la loi<sup>10</sup> et qu'elle permettra, mieux que pour la fraude à la loi française, d'en apprécier l'opportunité<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Alger, 27 janvier 1892, préc. ; – T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, préc.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, n° 65.

<sup>3</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.13.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 71 et s.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 225 et s.

<sup>6</sup> Car la loi étrangère bénéficie d'une impérativité intrinsèque qui dépend du système qui l'a édictée.

<sup>7</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 373.

<sup>8</sup> Cf. *supra* n° 76 et s.

<sup>9</sup> P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *op. cit.*, n° 11.

<sup>10</sup> Cf. *infra* n° 564 et s.

<sup>11</sup> Cf. *infra* n° 774 et s.

477 — En droit international privé comparé, certaines législations se refusent encore, au moins en théorie, à sanctionner une fraude à la loi étrangère<sup>1</sup>. C'est le cas notamment de la Hongrie<sup>2</sup>, de la Roumanie<sup>3</sup>, de l'ancienne Yougoslavie devenue la République de Serbie-Monténégro<sup>4</sup>, du Sénégal<sup>5</sup>, de l'ex-Yémen du Sud<sup>6</sup>, du Mexique<sup>7</sup>, du Vietnam<sup>8</sup>, du Bélarus, du Kazakhstan et de l'Ouzbékistan<sup>9</sup>. C'est le cas encore de l'Espagne<sup>10</sup> ou de la Suisse, la LDIP de 1987 prévoyant seulement un cas particulier de fraude à la loi suisse en matière de mariage<sup>11</sup>. Toutefois, la pratique dépasse souvent la rigidité d'une règle codifiée et admet la sanction de la fraude de la loi étrangère, notamment par analogie<sup>12</sup> ou de manière autonome<sup>13</sup>.

## 2. Fraude à la loi impérative et fraude à la loi supplétive

478 — Il est traditionnellement enseigné que la fraude à la loi « suppose toujours une règle de conduite *impérative*, à laquelle le sujet passif désire se soustraire »<sup>14</sup>. Si le sujet recourt à un stratagème plus ou moins élaboré, c'est pour échapper à une obligation ou à une prohibition qui s'impose à lui de manière impérative. Si en effet il était soumis à une loi supplétive, il n'aurait pas besoin d'utiliser la ruse pour se placer en dehors de son champ d'application : il lui suffirait d'une déclaration de volonté de ne plus s'y trouver soumis. En ce sens, il serait illogique de qualifier de frauduleuse une déclaration de volonté directement permise par la loi. Toujours en reprenant le double fondement – impératif et moral – de la

<sup>1</sup> V. le texte de ces dispositions, *supra* n° 54.

<sup>2</sup> Art. 8, cité par O. ZOLTAN, « La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé », *R.I.D.C.* 1980, p. 87 et s., spéc. p. 90. Cette disposition ne permet pas de sanctionner la fraude à la loi étrangère par application de la loi hongroise alors que la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce semble entrer dans le cas de figure de cet article. M. ZOLTAN ne fait pas cette distinction et écrit qu'en « cas de fraude à la loi il faut appliquer le droit qui devrait être appliqué (soit le droit hongrois, soit le droit étranger) » (p. 90). L'auteur semble donc admettre la possibilité de sanctionner la fraude à la loi étrangère).

<sup>3</sup> Art. 8 al. 1<sup>er</sup>, b) de la loi du 22 septembre 1992, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 173.

<sup>4</sup> Art. 5 de la loi du 15 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 354.

<sup>5</sup> Art. 851 du Code de la famille.

<sup>6</sup> Art. 29 du Code civil, cité par A. MOULAY RCHID, *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, *RCADI* 1997, t. 268, p. 9 et s., n° 306.

<sup>7</sup> Art. 15 § 1 du Code civil, cité par G. PARRA-ARANGUREN, *General Course of Private International Law : Selected Problems*, *RCADI* 1988-III, t. 210, p. 9 et s., n° 138 ; J. LISBONNE, *J.-Cl. comp.*, v° « Mexique », 1999, n° 437.

<sup>8</sup> L'art. 828 du Code civil et l'art. 9 du Code civil, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 299.

<sup>9</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, « La loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 182 et s., spéc. p. 199.

<sup>10</sup> Art. 12 § 4 du Code civil, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 420.

<sup>11</sup> Art. 45 al. 2, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 416 ; Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *J.-Cl. comp.*, v° « Suisse », 2000, n° 22. Avant la LDIP, l'art. 7 f de la loi fédérale du 25 juin 1891 ne sanctionnait également que la fraude à la loi suisse, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, n° 1086, note 1.

<sup>12</sup> Not. en Espagne, J. C. FERNANDEZ ROZAS, S. ÁLVAREZ GONZALEZ, *J.-Cl. comp.*, v° « Espagne », fasc. 3, 2000, n° 35. Avant l'entrée en vigueur de ce texte, seule était sanctionnée la fraude à la loi espagnole : Direction Générale des registres et du Notariat, 14 mars 1967, *JDI* 1973, p. 778, obs. CREMADES.

<sup>13</sup> A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. I/2, *op. cit.*, n° 193 et s. ; F. KNOEPFLER, Ph. SCHWEIZER, S. OTHENIN-GIRARD, *Droit international privé suisse*, *op. cit.*, n° 335 et s. ; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, éd. Schulthess, 1999, n° 87 et les réf. citées ; G. A. LANG, *op. cit.*, p. 201 et s. ; F. KNOEPFLER, *Ann. suisse de dr. inter.* 1988, p. 532. La solution était identique avant la LDIP de 1987, F. KNOEPFLER, « Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé », in Mél. R. JEANPRETRE, éd. Ides et calandes, 1982, p. 113 et s., spéc. p. 119.

<sup>14</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 63. C'est nous qui soulignons.

théorie de la fraude<sup>1</sup>, il apparaît que la fraude à une loi supplétive ne fait de l'intéressé ni un rebelle à sa loi, ni un être immoral. Faute d'échapper à une obligation ou à une prohibition, le sujet ne dénie pas l'autorité de la loi à laquelle il était soumis. Il la respecte au contraire pleinement puisqu'il ne fait qu'user d'une liberté de choix directement prévue par elle. De même, l'usage de cette liberté de choix ne trahit pas *a priori* une intention malveillante, même si le résultat matériel atteint est plus favorable que celui qui aurait été obtenu par un choix différent. Il n'y a en effet rien d'immoral en soi à opter pour le système le plus favorable à ses intérêts lorsque l'option est directement offerte par la loi. En ce sens, la fraude à la loi recouvre seulement les hypothèses où le sujet, soumis à une obligation ou à une prohibition, tente d'y échapper en échafaudant un subterfuge propre à le faire sortir du carcan législatif dans lequel il se trouve. De fait, lorsqu'elle sanctionne la fraude à la loi, la jurisprudence souligne assez régulièrement le caractère prohibitif de la loi éludée<sup>2</sup> ou le fait que l'intéressé ait voulu échapper aux exigences<sup>3</sup> ou aux obligations<sup>4</sup> de la loi normalement compétente. De même, les définitions de la fraude à la loi intègrent souvent le caractère impératif de la loi éludée pour en faire un aspect autonome de l'élément légal de la fraude à la loi<sup>5</sup>.

**479** — Cette opposition *a priori* naturelle entre la fraude à la loi et la loi supplétive s'est déjà rencontrée à propos de la loi d'autonomie en droit international privé et de ses rapports avec la théorie de la fraude à la loi<sup>6</sup>. Cependant, cette confrontation montre que l'incompatibilité entre celle-ci et celle-là n'est que relative. Si la fraude à la loi ne peut être relevée lors de l'exercice du choix de loi, elle peut toutefois être opposée à l'encontre d'une manœuvre tendant à augmenter ou à restreindre le choix offert par la règle de conflit de lois. Il apparaît alors que le caractère impératif de la loi éludée ou, en droit international privé, de la règle de conflit de lois utilisée, n'est pas un élément déterminant de la qualification de fraude à la loi. Deux arguments peuvent être avancés pour ne pas donner au caractère impératif de la loi éludée l'importance qui lui est traditionnellement attachée.

**480** — D'une part, la distinction même entre les règles impératives et les règles supplétives de volonté n'est pas absolue. De manière générale, c'est l'impérativité des droits elle-même qui est relative<sup>7</sup>. Plus loin, c'est encore la distinction entre les lois impératives et supplétives qui est relative. Si elle est réelle dans la mesure où certaines lois s'imposent sans possibilité de volonté contraire, alors que d'autres ne s'appliqueront aux individus qu'autant qu'ils n'ont pas manifesté de volonté différente<sup>8</sup>, elle est relative puisqu'une loi supplétive a toujours vocation à devenir obligatoire, dès lors que ses conditions d'application sont réunies et à défaut de volonté contraire<sup>9</sup>. En ce sens, quelle que soit la nature impérative ou supplétive de la loi éludée, la fraude à la loi est potentiellement envisageable, notamment dans le cas où, « n'ayant pas exprimé en temps utile cette volonté contraire, le sujet s'en repentant, modifie

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 70 et s.

<sup>2</sup> Par ex. Req., 21 février 1866, préc. ; – Paris, 30 juin 1877, préc. ; – Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>3</sup> Req., 7 janvier 1929, préc. ; – Paris, 3 mars 1961, préc. ; – 15 décembre 1948, préc. ; – 10 novembre 1959, préc.

<sup>4</sup> Req., 9 novembre 1846, préc. ; – 28 mars 1854, préc. ; – 5 juillet 1905, préc.

<sup>5</sup> Not. J. VIDAL, *op. cit.*, p. 208 ; B. AUDIT, « Fraude à la loi », J.-Cl. inter, fasc. 535, 1995, n° 7, parmi les définitions relevées *supra* n° 63 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 294 et s., n° 302 et s.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 215 et s.

<sup>8</sup> J. CARBONNIER, *Introduction*, 27<sup>e</sup> éd. Puf, 2002, n° 126.

<sup>9</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.6. Dans le même sens, J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail*, thèse dact., Limoges, 1979, spéc. p. 402.

ultérieurement le rapport de droit de manière à le soustraire aux dispositions de la loi que sa carence a rendu applicable »<sup>1</sup>. Ainsi en matière de régimes matrimoniaux, des époux peuvent utiliser la règle de conflit de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 afin de provoquer un changement de loi applicable<sup>2</sup>. Or, ce changement de loi permet corrélativement celui du régime matrimonial ou l'application d'une loi matériellement différente. Les règles relatives au régime matrimonial sont pourtant, en droit français, doublement supplétives : en droit interne puisque les époux peuvent y déroger par un contrat de mariage et en droit international privé, puisque la Convention de La Haye de 1978 permet aux époux de choisir la loi applicable à leur régime. Dès lors, « L'atteinte au caractère obligatoire de la règle éludée est, dans cette hypothèse, la même que celle où les dispositions bafouées sont impératives et il n'y a donc pas lieu de lui réserver un traitement différent. C'est dire que toute norme est susceptible d'être l'élément légal de la fraude, dès lors qu'elle est obligatoire pour le sujet »<sup>3</sup>.

**481** — D'autre part, « une disposition impérative au plan interne ne l'est *plus* nécessairement au plan international »<sup>4</sup>. L'interposition d'une frontière remet directement en cause la qualité impérative d'une loi ou d'un droit<sup>5</sup>. La loi française impérative au niveau interne, notamment en droit de la famille, ne l'est plus au niveau international du simple fait de l'existence d'une règle de conflit de lois qui relativise cette compétence naturelle et impérative. Fût-elle d'ailleurs considérée comme une loi de police au niveau international, la loi française doit également avoir un lien de proximité avec la situation pour la régir.

**482** — La solution est identique pour la loi étrangère. Alors même qu'elle serait impérative dans l'ordre juridique dont elle émane, elle perd ce caractère impératif direct au niveau international. La loi étrangère doit être réceptionnée par la règle de conflit du *for* afin de retrouver le caractère impératif qu'elle tient de l'autorité qui l'a instituée, mais qu'elle a perdu en traversant une frontière. Le droit international privé français est de conception dualiste, à l'inverse du droit communautaire qui est moniste. Applicable immédiatement, primant sur le droit national en créant directement dans le patrimoine des droits et des obligations, le droit communautaire jouit *a priori* d'une prépotence substantielle. Dans la mesure où il s'intègre au système normatif du juge national, ce dernier n'a pas à en justifier l'application. Il doit seulement démontrer que le droit communautaire règle la question qui lui est soumise en lieu et place de la loi interne. L'application du droit communautaire n'appelle pas un raisonnement conflictuel, il n'appelle « aucune mesure portant réception dans le droit national »<sup>6</sup>. En ce sens, contrairement aux situations purement internes ou communautaires pour lesquelles la loi applicable garde en elle-même l'impérativité qu'elle tire de l'autorité qui l'a forgée, la loi appelée à régir une situation internationale ne doit son impérativité qu'à une règle de conflit qui peut autant la reconnaître que la lui dénier. Une loi étrangère est ainsi impérative en France que tant et dans la seule mesure de ce que lui reconnaît la règle de conflit de lois française.

**483** — Dans cette optique, ce n'est pas tant l'impérativité des droits, laquelle est éminemment relative en droit international privé, que la théorie de la fraude à la loi protège mais plutôt l'impérativité de la règle de conflit elle-même, laquelle est, en matière d'état et de

---

<sup>1</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 292.

<sup>3</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *loc. cit.*

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 35.5.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 215 et s.

<sup>6</sup> CJCE, 10 octobre 1973, *Variola*, aff. C-34/73, *Rec.* p. 981, concl. TRABUCCHI, spéc. p. 990.

capacité des personnes, impérative autant pour les parties<sup>1</sup> que le juge<sup>2</sup>. Dès lors du point de vue de la fraude à la loi, peu importe que la règle éludée soit considérée comme impérative ou supplétive dans l'État qui l'a édictée, il « suffit que cette règle ait été la règle normale et évidente : normale quant à sa compétence, évidente quant à son objectif »<sup>3</sup>. La loi est fraudée lorsque la règle de conflit n'est pas appliquée normalement, lorsque la loi désignée n'est pas celle qui aurait dû être normalement applicable, cette dernière ayant été éludée dans son application. La jurisprudence évite ainsi les références à une loi impérative ou prohibitive pour caractériser la fraude à la loi lorsque la manœuvre a conduit à l'éviction de la loi normalement compétente par l'application d'une autre loi. Cette opposition entre la loi frauduleusement appliquée et la loi frauduleusement évincée permet de découvrir le critère légal de la fraude à la loi sans considération ni de son contenu, ni de son origine.

## B. LE CRITERE LEGAL DE LA FRAUDE A LA LOI

**484** — La fraude à la loi, du point de vue de son élément légal, suppose une double constatation : l'éviction d'une loi et la substitution d'une autre loi (1). Comme pour son élément matériel, ce critère légal permet de distinguer la fraude à la loi de l'abus de droit (2).

### 1. La nature du critère : l'éviction et la substitution d'une loi

**485** — En droit interne comme en droit communautaire, la fraude à la loi n'implique qu'une seule loi : la manœuvre frauduleuse, pour être efficace, doit permettre au sujet de revendiquer des droits ou d'échapper à une obligation à laquelle il était soumis au moment de la constitution de l'acte frauduleux. Très souvent, la fraude permettra du même coup d'échapper à une obligation ou à une prohibition et de créer les conditions d'acquisition de droits nouveaux et contraires. Ainsi, le médecin qui épouse un patient en fin de vie échappe à la prohibition de l'article 909 du Code civil et peut, grâce à son statut de conjoint, venir à la succession du *de cuius*. Mais ces deux effets de la fraude de droit interne ou de droit communautaire peuvent également intervenir l'un sans l'autre. Ainsi le débiteur qui crée son insolvabilité échappe à une obligation sans pour autant créer des droits nouveaux. Si les exemples sont connus en droit interne, ils méritent d'être précisés en droit communautaire.

**486** — Le sujet placé dans une situation purement interne peut revendiquer les effets du droit communautaire en créant une situation communautaire dans ce seul but. Aucune obligation ni prohibition n'est éludée mais le sujet a créé les conditions d'octroi d'un avantage communautaire auquel il n'avait originellement pas droit, faute d'en remplir les conditions. La manœuvre prend ici la forme d'une fraude à la loi interne. Ainsi le travailleur qui vient dans un État membre exercer une courte activité professionnelle afin de bénéficier d'un système d'aide aux étudiants sans que des restrictions d'origine nationale puissent lui être opposées<sup>4</sup> ; celui qui entend bénéficier d'un régime communautaire favorable d'incapacité de travail<sup>5</sup> ; de la

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 514, note FAUVARQUE-COSSON ; *JDI* 1997, p. 804, note BUREAU ; *GADIP* n° 78.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707, 2<sup>de</sup> esp., note MUIR WATT ; *LPA* n° 241 du 3/12/1999, p. 18, note MASSIP ; *JCP* 1999, II, 10192, note MELIN ; *Deffrénois* 1999, p. 1261, obs. MASSIP ; *GADIP* n° 78.

<sup>3</sup> P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *op. cit.*, n° 14.

<sup>4</sup> CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, préc., pts. 41 et 43.

<sup>5</sup> CJCE, 2 mai 1996, *Paletta II*, préc., pt. 24.

reconnaissance facilitée d'un diplôme obtenu dans un autre État membre<sup>1</sup>. Plus significatives sont les affaires relatives à l'exportation avant réimportation de marchandises. Dans ces espèces, le but de la manœuvre n'est pas forcément d'utiliser une liberté pour mettre en concurrence deux lois nationales<sup>2</sup>. Il peut également consister dans le fait d'utiliser une liberté afin de bénéficier de droits pécuniaires directement prévus par la Communauté. Ainsi des sociétés exportent puis réimportent des biens afin de bénéficier des restitutions à l'exportation<sup>3</sup>. Le but est le même lorsque les marchandises font le chemin inverse<sup>4</sup>. Il y a bien ici création d'un élément d'eupéanité qui permet, non pas d'éviter une obligation ou une prohibition nationale, mais simplement d'entrer dans le champ d'application du droit communautaire.

**487** — À l'inverse, le droit communautaire permet également d'évincer une obligation ou une prohibition. Au lieu de créer frauduleusement les conditions d'entrée dans sa sphère d'application, le sujet de droit crée une situation extracommunautaire afin d'échapper à ses prescriptions. Il efface l'élément d'eupéanité déterminant qui le rattachait à la Communauté, à son système législatif. Ainsi dans l'affaire *Poulsen*<sup>5</sup>, un bateau de pêche – l'Onkel Sam – commandé par un Danois, composé d'un équipage danois et immatriculé au Danemark, fut vendu à une société panaméenne puis immatriculé à Panama. Propriétaire exclusif de la société panaméenne, le propre frère du capitaine engagea ce dernier pour commander le bateau, ainsi que quatre hommes d'équipage, tous ressortissants danois et rémunérés au Danemark. L'Onkel Sam n'a en réalité jamais rejoint les Amériques. Battant pavillon panaméen, le navire put alors pêcher dans l'Atlantique Nord des *Salmo trutta*, contrairement à la législation européenne. Un navire étant soumis à la loi de son pavillon, seuls les navires de la Communauté européenne sont soumis à cette législation. Par son pavillon panaméen, le bateau de *Poulsen* pouvait légalement pêcher en contradiction avec cette législation puisqu'il n'en relevait pas, malgré ses nombreuses attaches avec le Danemark. La CJCE rappelle en effet « qu'en vertu du droit international un bateau n'a en principe qu'une seule nationalité, à savoir celle de l'État dans lequel il est enregistré »<sup>6</sup> « alors même que le seul lien rattachant le bateau à l'État dont il a la nationalité est la formalité administrative de l'enregistrement »<sup>7</sup>. Toutefois, les trois conditions de la fraude étaient en l'espèce réunies : l'élément matériel est licite et pleinement efficace : le pavillon de complaisance ne peut être directement sanctionné faute d'une règle de droit l'interdisant<sup>8</sup>, malgré la convergence de tous les rattachements vers le Danemark. L'élément légal : une loi obligatoire éludée : le règlement communautaire sur la pêche applicable à tous les bateaux battant pavillon d'un État membre. La *fraus* est établie : en s'immatriculant au Panama, *Poulsen* n'avait d'autre but que de contourner les restrictions prévues par le règlement et non de bénéficier de la protection et de la zone de pêche panaméennes.

<sup>1</sup> CJCE, 21 mars 2002, *Commission c/ Italie*, préc., pt. 33.

<sup>2</sup> V. not. CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, préc.

<sup>3</sup> CJCE, 9 août 1994, *Boterlux*, préc., pt. 30 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 59. *Adde* CJCE, 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-10/00, *Rec.* I-2357.

<sup>4</sup> CJCE, 3 mars 1993, *General Milk Products*, préc., pts. 21 et 22.

<sup>5</sup> CJCE, 24 novembre 1992, aff. C-286/90, *Rec.*, p. 6019, concl. TESAURO. *Adde* J. VERHOEVEN, « Abus, fraude ou habileté ? À propos de l'arrêt Poulsen (CJCE) », *op. cit.*, p. 407 et s.

<sup>6</sup> CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen*, préc., pt. 13.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pt. 15.

<sup>8</sup> Sur cette question, v. not. B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, n° 96 et s ; P. BONASSIES, *Problèmes relatifs à la loi du pavillon*, RCADI 1969-III, t. 128, p. 505 et s. ; R. PINTO, « Les pavillons de complaisance », *JDI* 1960, p. 345 et s. ; J.-M. ROUX, *Les pavillons de complaisance*, éd. LGDJ, 1961.

**488** — La fraude à la loi dont il est question ici n'est toutefois pas une fraude à la loi au sens du droit international privé. La situation ne présentait aucun conflit de lois. La question n'était pas ici de savoir sous quelle loi le bateau était soumis, mais de déterminer si la loi danoise – la loi communautaire – devait régir la situation de l'Onkel Sam. Dans cette espèce, une « seule loi était fondamentalement en cause : la loi danoise (communautaire). L'objectif est simplement de se soustraire à ses prohibitions. L'hypothèse est, partant, beaucoup plus proche de la fraude à la loi au sens du droit interne, l'applicabilité de la loi dont M. Poulsen cherche à tourner les dispositions n'étant pas fonction de quelque facteur de rattachement »<sup>1</sup>. Si la fraude à la loi de droit international est souvent perçue comme une fraude à la loi de droit interne, elle demeure toutefois différente dans son élément légal. Dans la mesure où elle se base sur une règle de conflit et qu'elle utilise l'interposition d'une frontière, la fraude à la loi de droit international privé se caractérise, par rapport à celle de droit interne ou de droit communautaire, par la confrontation de deux lois concurrentement compétentes. La réserve de la fraude à la loi ayant pour effet de rétablir la compétence de la loi éludée par l'éviction de la loi frauduleusement appliquée, l'autorité de contrôle doit nécessairement démontrer que la loi rendue compétente par la manœuvre n'est pas celle qui aurait dû normalement s'appliquer parce que l'intéressé s'est soustrait à sa compétence.

**489** — Ainsi dans les affaires de divorces migratoires, que ce soit par la modification d'un élément de rattachement ou la saisine directe d'une autorité étrangère, les époux créent ou modifient leur situation internationale afin d'échapper à la loi normalement compétente, afin de se placer sous l'empire d'une loi plus permissive. Ce qui dans ces affaires caractérise la fraude à la loi, c'est le fait que les époux se soustraient à la loi normalement compétente pour revendiquer la compétence d'une autre loi qui, sans manœuvre, ne l'aurait pas été<sup>2</sup>. Dans l'affaire *Caron*, il y a fraude à la loi de droit international privé car la règle de conflit a été volontairement utilisée « à seule fin d'é luder l'application d'une loi compétente »<sup>3</sup>. Relevant cette application et cette éviction, le juge peut invoquer la réserve de la fraude à la loi et renverser l'opposition des deux lois en faveur de celle frauduleusement écartée.

**490** — Par l'arrêt *Centros*<sup>4</sup>, la CJCE semble opérer une distinction entre la loi éludée suivant que les intéressés cherchent à éviter des règles relatives à la constitution des sociétés ou les règles relatives à l'exercice de certaines activités professionnelles. Si tous les commentateurs de cet arrêt ont souligné la consécration d'un principe général de fraude en droit communautaire<sup>5</sup>, consécration d'autant plus éclatante que la manœuvre n'est pas sanctionnée en l'espèce<sup>6</sup>, certains ont considéré que la fraude ne pouvait être retenue que dans la seconde hypothèse et que l'éviction d'une loi nationale en matière de constitution de société, par l'exercice du droit d'établissement, n'était pas une fraude à la loi<sup>7</sup>. Cette conception

<sup>1</sup> J. VERHOEVEN, *op. cit.*, p. 415.

<sup>2</sup> Not. Req., 16 décembre 1845, préc. ; – 28 mars 1854, préc. ; – Paris, 30 juin 1877, préc. ; – Civ., 18 mars 1878, préc. ; – 25 mars 1889, préc. ; – 22 janvier 1951, préc. ; – Paris, 10 novembre 1959, préc. ; – 3 mars 1961, préc. ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, préc. ; – 6 juin 1962, préc. ; – 1<sup>er</sup> juillet 1965, préc. ; – Paris, 5 mars 1976, préc., et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc. ; – Paris, 27 novembre 1981, préc., et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc. ; – TGI de Paris, 5 juillet 1983, préc. ; – Paris, 29 janvier 1985, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>4</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc.

<sup>5</sup> V. not. A. LA PERGOLA, concl. sous CJCE, 9 mars 1999, préc., n° 20.

<sup>6</sup> En ce sens, M. MENJUCQ, note sous CJCE, 9 mars 1999, *D.* 1999, p. 550, spéc. p. 555 et s.

<sup>7</sup> Not. G. PARLEANI, note sous CJCE, 9 mars 1999, *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., n° 4 et s.

apparaît toutefois erronée. Dans la mesure où la réserve de la fraude à la loi est un mécanisme subsidiaire, l'élément matériel de la fraude doit être licite pour justifier l'emploi de ce mécanisme. En ce sens, comme pour les options de compétences et de législations en droit international privé, le fait qu'une liberté soit directement octroyée par un texte communautaire n'interdit pas son contrôle par le biais d'un principe correcteur du droit. Cet arrêt entend seulement montrer que la lutte contre la fraude ne peut justifier un refus d'immatriculation<sup>1</sup>. Il ne s'agit pas alors de rejeter la notion de fraude à la loi mais plutôt d'apprécier l'opportunité de sa sanction au regard des objectifs du Traité<sup>2</sup>. L'arrêt *Centros* reprend également la distinction classique entre la fraude à la loi et la fraude aux droits des tiers. La Cour distingue les fraudes consistant pour les ressortissants des États membres à « se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale »<sup>3</sup> de celles réalisées par la société ou ses associés qui « cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis de créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné »<sup>4</sup>. Cette distinction, en pratique envisageable, est théoriquement non fondée<sup>5</sup>. Dans les deux cas, il s'agit toujours d'éluder une disposition impérative issue d'une norme légale ou contractuelle.

## 2. L'effet distinctif du critère entre la fraude à la loi et l'abus de droit

**491** — Si pour relever la fraude à la loi l'autorité de contrôle doit à la fois constater qu'une loi a été évincée et qu'une autre a été appliquée à la place, c'est essentiellement la démonstration de l'éviction de la loi normalement compétente qui constitue le critère déterminant de la qualification. Pour ce faire, l'autorité de contrôle doit montrer en quoi la situation internationale, prise dans sa configuration originelle, c'est-à-dire juste avant la réalisation du préalable matériel, relevait d'une loi déterminée ou déterminable, en vertu de la règle de conflit compétente. Or, toutes les situations internationales ne donnent pas lieu à la démonstration de l'existence d'une loi normalement compétente. C'est le cas dans toutes les hypothèses où les parties peuvent elles-mêmes désigner la loi applicable à leur rapport juridique. Il n'y aurait pas ici de fraude à la loi possible dans la mesure où il n'y a pas de loi prédestinée à régir la situation juridique internationale<sup>6</sup>. En effet, tant que l'option n'est pas exercée, chacune des lois en option est normalement applicable et aucune ne bénéficie, vis-à-vis des autres, d'une compétence prédéterminée et exclusive. Ce n'est qu'une fois l'option exercée que la loi applicable peut être déterminée. La fraude à la loi ne peut être relevée si le sujet n'a fait qu'exploiter une situation internationale préexistante, mais elle le pourrait si le sujet avait artificieusement créé les conditions de l'option.

**492** — Par conséquent, le critère légal de la fraude à la loi se découvre dans l'opposition entre une loi éludée normalement applicable et une loi artificiellement appliquée. Pour pouvoir opposer la réserve de la fraude à la loi au règlement conflictuel d'une situation internationale, l'autorité étatique de contrôle doit non seulement montrer qu'une loi a été frauduleusement appliquée, mais en plus démontrer en quoi la loi prétendument évincée était normalement applicable. Elle doit procéder à un double examen de compétence. D'une part, elle doit vérifier que la situation était soumise, au moment où le sujet accomplit sa manœuvre,

<sup>1</sup> En ce sens, L. IDOT, obs. sous CJCE, 9 mars 1999, *Europe* 1999, n° 183, spéc. p. 18.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 811 et s.

<sup>3</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc., pt. 24.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pt. 38.

<sup>5</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 65 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 304 et s.

à l'autorité d'une loi. D'autre part, elle doit constater que la manœuvre a permis de le faire échapper à l'emprise de cette loi pour le soumettre à une autre loi. Cette double démonstration ressort de la définition de la fraude à la loi issue de l'arrêt *Lafarge* selon laquelle il y a fraude à la loi lorsque les parties ont « volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »<sup>1</sup>. Une situation juridique étant nécessairement soumise à une loi, l'éviction de l'une entraîne de *facto* la compétence d'une autre. La détermination du critère légal de la fraude à la loi invite dès lors à mesurer ses conséquences sur la qualification à donner à la manœuvre.

**493** — En l'absence de loi évincée, la qualification de fraude à la loi ne sera pas envisageable, dans la mesure où elle suppose une soustraction législative. Or, la manœuvre, prise en tant que telle, peut néanmoins appeler une sanction, notamment en raison de son caractère immoral ou de son effet préjudiciable. Dans cette hypothèse, la manœuvre donne seulement lieu à l'application d'une loi donnée, peut-être au détriment d'une autre, mais sans que cette dernière n'ait été normalement applicable. Ainsi l'exercice d'une option de compétence et/ou de législation entraîne la compétence d'une loi qui peut, dans son application matérielle, causer préjudice ou être défavorable à un tiers, dans des conditions qui appellent une certaine réprobation. C'est le cas pour les répudiations étrangères. L'intervention du juge étranger et l'application de la loi étrangère seront défavorables à l'épouse, comparativement à la situation qui aurait été la sienne si le juge français avait été saisi. De même, l'exercice d'une option de législation peut causer un préjudice aux tiers, notamment en matière successorale pour les héritiers légaux ou en matière de régime matrimonial pour les créanciers des époux. Dans toutes ces hypothèses, l'absence de loi éludée ne permet pas de recourir à la théorie de la fraude à la loi. En revanche et sous réserve de le démontrer, l'autorité de contrôle pourrait opposer la théorie de l'abus de droit à la saisine du juge étranger ou au choix d'une loi.

**494** — En effet, l'abus de droit suppose uniquement une loi appliquée et la soustraction législative est incompatible avec cette notion. La théorie de l'abus de droit pourrait alors prendre le relais de celle de fraude à la loi lorsque les conditions de celle-ci ne sont pas réunies, sous réserve de la réunion des conditions de celle-là<sup>2</sup>. En ce sens, une distinction s'impose pour parvenir à la qualification juridique adéquate du point de vue de l'élément légal : il y a fraude à la loi lorsque la situation malicieusement créée permet au sujet de se soustraire à l'application de la loi normalement compétente par l'application d'une autre loi artificiellement compétente ; il y aurait abus de droit lorsque le sujet, sans évincer une loi normalement compétente, a provoqué l'application d'une loi dont l'effet matériel ne peut être normalement accepté. Valable en ce qui concerne l'élément légal de la fraude à la loi, cette distinction se retrouve également au sujet de l'élément matériel. Dans la totalité des hypothèses en effet, la soustraction législative se produira seulement lorsque le sujet crée ou dénie une situation internationale alors que l'exploitation d'une situation internationale existante ne donne lieu à aucune soustraction législative mais seulement à l'application d'une loi.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, préc.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 635 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**495** — La fraude à la loi ne se limite pas à la modification d'un élément ou d'une catégorie de rattachement. Elle peut porter sur l'ensemble du raisonnement conflictuel. Le sujet peut agir sur tous les mécanismes qui permettent, directement ou indirectement, la résolution du conflit de lois comme de juridictions et qui dépendent, de près ou de loin, d'une déclaration de volonté. Pour relever une fraude à la loi, il convient donc d'envisager l'élément matériel de la fraude dans un sens plus technique. Celui-ci se décompose en deux étapes. Dans un premier temps, le sujet crée une nouvelle situation par le biais d'un préalable matériel, sous la forme d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire. Dans un second temps, le sujet présente cette nouvelle situation à une autorité étatique afin que celle-ci concrétise sa manœuvre, en faisant jouer la règle de conflit qui doit permettre d'atteindre le résultat matériel escompté.

**496** — Du point de vue de l'élément légal, la qualification de fraude à la loi ne dépend pas directement de la manière dont la règle de conflit est utilisée mais plutôt du résultat conflictuel auquel cette utilisation conduit. Le critère se trouve dans l'objet de la loi, dans le titre comparé de la compétence de la loi appliquée par rapport à la loi évincée normalement applicable. La fraude à la loi suppose une éviction et une substitution de loi que l'autorité de contrôle devra nécessairement démontrer, afin de rétablir la compétence de la loi évincée. En pratique, la qualification de fraude à la loi dépendra essentiellement de l'existence d'une loi évincée, c'est-à-dire de la démonstration qu'une loi était normalement applicable, prédestinée, à défaut de manœuvre frauduleuse. Ce critère permet d'exclure de la qualification de fraude à la loi toute forme d'exercice d'une option de compétence, judiciaire ou législative. Dans ces deux cas, il n'y a pas de loi prédestinée ni de juge naturel. La fraude – à la loi ou à la juridiction – ne peut être relevée faute d'éviction d'une loi ou d'un juge. En revanche, la réserve de l'abus de droit pourrait intervenir pour sanctionner une option de compétence législative ou judiciaire. L'abus de droit ne suppose pas une soustraction législative, il s'attache à la loyauté du titre à s'appliquer de la loi désignée ou de ses conséquences matérielles.

**497** — Du point de vue de l'élément matériel, l'analyse des conditions dans lesquelles se réalise le préalable matériel, au-delà de la qualification de fraude à la loi qu'elle permet, conduit également à donner des critères de distinction entre les différents concepts régulateurs du droit, autrefois souvent confondus. Ainsi, le caractère nécessairement réel du préalable matériel de la fraude à la loi permet de distinguer cette dernière de la simulation et de l'habileté. Son caractère licite permet de différencier la fraude de la violation pure et simple de la loi. Enfin, l'analyse de la configuration de la situation internationale dans laquelle se trouve le sujet permet de circonscrire le domaine de la fraude à la loi à la seule hypothèse de création et de dénégation d'une situation et, de manière corrélative, d'ouvrir à la réserve de l'abus de droit les hypothèses d'exploitation d'une situation préexistante. L'étude de l'élément intentionnel de la fraude à la loi, qui met au jour le caractère artificieux de la manœuvre frauduleuse, permet de parachever ces distinctions.



## Chapitre 2

# UNE CONSTRUCTION ARTIFICIEUSE

**498** — Pour qu'il y ait fraude à la loi, il ne suffit pas qu'une loi ait été appliquée, par une autorité étatique, en lieu et place d'une autre loi normalement compétente en raison de la réalisation d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire. Cette situation n'a en effet rien de répréhensible en soi et elle correspond, prise dans ses seuls éléments objectifs, à un banal conflit de lois. Pour que ce conflit soit qualifié de frauduleux, il faut un élément supplémentaire et déterminant, sans lequel toute fraude est inexistante. Pour qu'il y ait fraude à la loi de droit international privé, comme de droit interne ou communautaire, il faut que le préalable matériel n'ait été réalisé, que l'autorité étatique n'ait été saisie, que dans l'intention délibérée et exclusive de créer ou modifier le conflit de lois, d'évincer la loi normalement compétente en provoquant l'application d'une loi autre. L'élément intentionnel est nécessaire à la qualification de fraude à la loi (Section 1), il devra toutes les fois être démontré (Section 2).

## SECTION 1

### LA PERENNITE DU CARACTERE ARTIFICIEUX DE LA FRAUDE A LA LOI

**499** — Afin de démontrer le caractère subjectif de la théorie de la fraude à la loi (§ 2), il n'est pas inutile de revenir sur les thèses objectivistes qui, sans pouvoir être suivies, apportent des éclaircissements essentiels sur la notion et la fonction de l'intention frauduleuse (§ 1). Dans l'ensemble bien connues, magistralement contestées par M. le Pr. José VIDAL<sup>1</sup> et surtout sans réelle influence sur le droit positif, ces thèses objectivistes et leur remise en cause précisent la distinction entre la fraude à la loi et les autres concepts régulateurs du droit.

### § 1 – LES THESES DE LA FRAUDE A LA LOI SANS FRAUS

**500** — Élément déterminant de la théorie de la fraude à la loi pour les partisans de l'école subjectiviste, l'intention frauduleuse a fait l'objet de multiples contestations quant à sa pertinence même et non plus seulement en ce qui concerne les difficultés de sa démonstration. Ces critiques ont été diverses : tantôt elles tendaient à minimiser le rôle de l'intention

---

<sup>1</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, spéc. p. 111 et s.

frauduleuse, tantôt elles le reniaient complètement. Souvent, cette contestation de l'élément intentionnel avait pour conséquence de fondre la théorie de la fraude à la loi dans une autre notion, comme la violation de la loi ou la simulation. Dans d'autres cas, la théorie conservait son autonomie, mais avec un champ d'application très restreint. Ces critiques se sont développées autant en droit privé général (A) qu'en droit international privé (B).

#### A. EN DROIT PRIVE GENERAL : FRAUDE A LA LOI ET VIOLATION INDIRECTE DE LA LOI

**501** — L'opposition entre les doctrines objectivistes et subjectivistes était particulièrement vive au début du 20<sup>e</sup> siècle. La thèse objectiviste connut essentiellement des partisans en Allemagne, en Italie et en Suisse<sup>1</sup>. Le point de départ se situe dans une conception de la fraude en terme de violation de la loi : pour sanctionner la fraude à la loi, point n'est besoin d'examiner la conscience du sujet, il faut s'attacher au résultat atteint par la manœuvre et le comparer avec la volonté du législateur quant à la loi fraudée. « Si l'*in fraudem legis agere* ne se distingue pas du *contra legem agere* que pour être une violation moins patente de la loi, on ne peut comprendre qu'on en subordonne l'existence à la reconnaissance de l'intention d'éluder la loi ; quand on recherche si un acte a été fait en fraude à la loi, on se demande seulement s'il est contraire à la volonté du législateur, au but de la loi. En conclusion, ou bien l'acte considéré est contraire à la volonté du législateur et en fraude à celle-ci, par conséquent nul, même si les parties n'ont pas pensé à frauder la loi, ou bien, il n'est pas contraire à la *mens et sententia* de la règle légale par opposition à la « littera » ; il est valable, quand bien même il aurait été conçu à seule fin de violer la loi »<sup>2</sup>. Une loi est fraudée dès lors que son esprit ou son but n'est pas atteint, alors même que sa lettre aurait été respectée. Selon LIGEROPOULO, « l'élément intentionnel n'est pas de l'essence même de la notion » de fraude<sup>3</sup> car la fraude à la loi existe sans avoir à rechercher une quelconque intention dès lors que le résultat atteint est défendu par la loi. De plus, l'intention frauduleuse serait-elle démontrée qu'elle n'aurait aucune conséquence sur la sanction, qui résulte de la seule constatation du résultat illicite. Pour l'école objectiviste, la fraude à la loi n'est pas une notion autonome, c'est une application de celle de violation de la loi. Toutefois, la loi n'est pas heurtée de front, sa lettre est en effet respectée, seul le résultat qu'elle prohibe est atteint. Dès lors, il s'agirait d'une « violation indirecte de la loi »<sup>4</sup>. Enfin et surtout, dans presque toutes les hypothèses où le législateur utilise la notion de fraude, il ne fait jamais référence à la condition de l'intention frauduleuse. La définition de la fraude à la loi est donc expurgée de l'élément intentionnel, quoique de manière non absolue, révélant par-là les limites de la conception objectiviste<sup>5</sup>.

**502** — Cette conception connut peu de partisans en France mis à part LIGEROPOULO. De manière générale, PRAT-ROUSSEAU, s'il consacre une section sur l'élément psychologique

<sup>1</sup> H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, n° 5 ; A. LIGEROPOULO, *Le problème de la fraude à la loi*, thèse Aix, 1928, n° 22 ; A. LIGEROPOULO, L. AULAGNON, « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, p. 439 et s., spéc. n° 68 ; J. VIDAL, *op. cit.*, p. 111, note 2 ; J. MATTHIJS, « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 et s., p. 563 et s., spéc. note 33 b) ; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Lausanne, 1984, p. 53 et s.

<sup>2</sup> OTTOLENGHI, *La fraude à la loi et la question des divorces entre italiens naturalisés à l'étranger*, Turin, 1909, cité par H. DESBOIS, *op. cit.*, n° 5, pp. 22-23.

<sup>3</sup> A. LIGEROPOULO, *op. cit.*, n° 24, p. 57.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 24, p. 59.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 25.

de la fraude à la loi, ne le retient pas parmi les éléments constitutifs de la notion<sup>1</sup>. En droit des obligations, le Doyen CARBONNIER émet des doutes quant à l'élément intentionnel. Si de tous temps les sujets ont tenté de ruser avec la loi, là « où la loi n'est pas d'interprétation littérale, sa violation indirecte (la violation de son esprit) doit tout naturellement être assimilée à la violation de sa lettre. Le centre de gravité n'est plus alors dans la psychologie des contractants, mais dans celle de la loi »<sup>2</sup>. DEMOGUE allait dans le même sens : la « fraude à la loi ayant un caractère objectif, l'acte entaché de fraude est un acte illicite »<sup>3</sup>.

**503** — Une conception objectiviste a été soutenue plus récemment en droit du travail<sup>4</sup>. L'auteur fonde sa conception sur la distinction entre la fraude à la loi et la violation de la loi puis entre l'habileté et la fraude à la loi. Ce faisant, il conteste la notion d'efficacité juridique du moyen, paravent de l'absence de violation de la loi. Pour cet auteur, « de deux choses l'une, ou le résultat est interdit en lui-même et tout moyen qui le procure est illicite et tombe sous le coup de la loi qui le proscriit ; ou le résultat n'est pas interdit, la loi prohibe seulement le moyen qui le procure en raison de sa nature particulière, mais non en raison de la situation qu'il produit, alors l'usage d'un autre moyen pour obtenir le résultat est parfaitement licite, même si le sujet a eu l'intention d'échapper à la prohibition du moyen »<sup>5</sup>. Il n'y a donc plus vraiment de différences entre violation et fraude à la loi. La seconde peut être sanctionnée comme la première, la loi rendue inapplicable par la manœuvre frauduleuse ne l'étant qu'en apparence, conférant artificiellement une efficacité juridique au moyen. Seulement, pour sanctionner cette apparence, il n'est plus besoin de rechercher l'intention du sujet. Selon M. le Pr. MOULY, le « fraudeur a réussi à interposer une règle en apparence applicable et qui légitime le comportement litigieux. Il suffit cependant de résoudre le conflit entre la règle interposée et la règle évincée pour découvrir la réalité. La règle éludée est seulement en apparence inapplicable, mais elle est en réalité compétente. Dès lors, la règle interposée n'a plus aucun titre à s'appliquer ; elle n'a plus vocation à régir la situation. Son application se trouve exclue et le comportement du sujet perd toute base juridique. Au contraire, il apparaît qu'il tombe sous le coup de la règle évincée rétablie dans son domaine d'application intégral »<sup>6</sup>. Cette opinion reprend en l'adaptant la distinction entre les faux et les vrais conflits<sup>7</sup>. Créant un faux conflit en évinçant la loi compétente pour donner compétence à une autre loi en principe inapplicable, la manœuvre peut être déjouée en rétablissant la loi éludée dans sa prépotence qu'elle n'avait jamais perdue en raison de la comparaison des titres respectifs des deux lois à s'appliquer<sup>8</sup>. Ce raisonnement a été approuvé dans une thèse plus récente, sans dénier tout rôle à l'intention<sup>9</sup>.

## B. EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

**504** — En droit international privé, une conception objectiviste a été soutenue pour minimiser (1) ou parfois dénier (2) le rôle de l'intention frauduleuse.

<sup>1</sup> L.-A. PRAT-ROUSSEAU, *La notion de fraude à la loi. Son domaine d'application actuelle en droit français*, thèse Bordeaux, 1937, p. 161.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22<sup>e</sup> éd. Puf, 2000, n° 76.

<sup>3</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, Paris, 1933, nos 1127 et 1139, spéc. n° 1127.

<sup>4</sup> J. MOULY, *La fraude à la loi en droit du travail*, thèse dact., Limoges, 1979, spéc. p. 379 et s.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 387.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 337 et s.

<sup>8</sup> J. MOULY, *op. cit.*, p. 406.

<sup>9</sup> P. HOUZELOT, *Des moyens de fraude aux droits d'autrui. Contribution à la théorie générale de la fraude en droit privé*, thèse dact., Bordeaux, 1996, n° 289.

### 1. Le caractère intentionnel minimisé : fraude à la loi et violation internationale de la loi

**505** — Fondant la sanction de la fraude à la loi sur la distinction entre les faux et les vrais conflits de lois<sup>1</sup>, M. le Pr. AUDIT est conduit dans sa thèse à minimiser le rôle de l'élément intentionnel de la théorie de la fraude. Pour déterminer si le sujet commet une fraude à la loi, l'interprète doit comparer les titres respectifs des lois à s'appliquer. En présence d'un vrai conflit, c'est-à-dire si toutes les lois ont un titre au moins égal à exercer leur compétence, il ne peut être question de fraude à la loi dans la mesure où l'application de l'une ne consacrera pas une violation substantielle de l'autre. C'est seulement dans l'hypothèse d'un faux conflit que la fraude à la loi est envisageable. Dans ce cas en effet, les lois en concurrence n'ont pas le même titre à s'appliquer. Si le sujet revendique l'application de la loi qui en a le moins, au détriment de celle qui en a le plus, alors cette dernière est violée, il y a fraude à la loi<sup>2</sup>. C'est pourquoi l'auteur préfère l'expression de *violation internationale de la loi* plutôt que celle de fraude à la loi, qui est trompeuse. Elle est trompeuse car en se fondant sur l'intention du sujet, la théorie de la fraude à la loi ne prend en compte ni la spécificité de la loi étrangère qui reste inférieure à la loi du for<sup>3</sup>, ni l'aspect théorique du conflit de normes ainsi créé.

**506** — Dès lors, la *fraus* du sujet n'a plus d'influence notable sur le principe de la sanction<sup>4</sup>. De plus, au-delà des difficultés techniques de sa preuve, la *fraus* est en réalité peu compatible avec la volonté de lui apporter une sanction. En effet, l'intention frauduleuse ne se révèle pas au début de la manœuvre mais nécessite l'écoulement d'un certain temps. Des trois stades de la fraude à la loi de droit international – la création ou l'exploitation d'un faux conflit, l'intervention d'une autorité publique, la revendication des droits acquis dans le ressort de la loi évincée – seul le troisième permet de révéler objectivement l'intention frauduleuse<sup>5</sup>. Néanmoins, l'intention frauduleuse doit être prouvée au moment où le sujet accomplit sa manœuvre. Dès lors, en adoptant une conception subjective, l'interprète est contraint de laisser se pérenniser la fraude afin de faire ressortir les éléments objectifs nécessaires à sa démonstration. Or, plus le temps s'écoule, moins la sanction de la fraude est opportune<sup>6</sup>. Enfin, si le sujet n'exerce pas ses droits acquis dans le ressort de la loi évincée mais dans celui d'une loi tierce, l'intention frauduleuse sera plus difficile à admettre bien que dans ce cas également la manœuvre aura conduit à l'application d'une loi ayant moins de titre à s'appliquer que celle qui a été évincée. Sans qu'il soit besoin d'invoquer la notion de fraude à la loi, la violation internationale de la loi peut être corrigée par le rétablissement direct de la compétence de la loi ayant le plus de titre à s'appliquer, qu'il s'agisse de la loi française ou d'une loi étrangère<sup>7</sup>.

**507** — En minimisant l'élément intentionnel, M. le Pr. AUDIT met en exergue l'élément légal qui seul permet de conclure à l'existence d'une violation internationale de la loi, donc d'une fraude à la loi. Celle-ci se réduit à une question d'interprétation des lois en concurrence, de leurs titres respectifs à s'appliquer. Dans sa thèse, M. LANG adopte une

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 144.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 40.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 227 et s.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 280.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 187.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 207. Sur ce point de l'influence temporelle sur l'opportunité de la sanction, cf. *infra* n° 795 et s.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 93 et s. Adde C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact., Rouen, 2000, n° 88 et s. ; P. HOUZELOT, *op. cit.*, p. 280 et s. ; P. LAGARDE, Recension de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 858 et s.

position relativement proche, selon laquelle la fraude à la loi se découvre par l'interprétation des règles matérielles évincée et appliquée ainsi que de la règle de conflit ayant servi à la substitution de lois<sup>1</sup>. Pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut que les deux règles – matérielle et conflictuelle – aient été détournées. En ce sens, « la répression de la fraude par l'application de la règle éludée ne doit avoir lieu que si l'analyse de l'esprit de la loi substantielle indique qu'elle entend régler la situation également sur le plan international et qu'en plus la règle de conflit a été utilisée elle aussi contrairement à son but »<sup>2</sup>. Dès lors, « Nul n'est besoin, pour l'identification de la fraude, d'une intention frauduleuse ou d'une machination insolite ou artificielle »<sup>3</sup>. Seule l'interprétation de la loi permet la sanction de la fraude à la loi et si elle n'y parvient pas, c'est en raison d'une lacune de la loi que le législateur doit combler afin de faire cesser le profit frauduleux que les sujets en tirent<sup>4</sup>. L'auteur reprend en la réinterprétant une thèse objectiviste allemande qui utilise comme critère de la fraude « l'aspiration ou la vocation à l'application internationale des lois »<sup>5</sup>.

**508** — D'autres auteurs ont proposé une conception objectiviste de la fraude à la loi. Ainsi MARIDAKIS<sup>6</sup>, prenant l'exemple du mariage de deux mineurs allemands en Angleterre, estime que la création de ce lien de rattachement constitue autant une violation du droit matériel qui devait s'appliquer au rapport en cause qu'une violation des règles de droit international privé<sup>7</sup>. Or, toute violation de la loi est intrinsèquement contraire à la bonne foi et aux bonnes mœurs et nul ne peut revendiquer la pérennisation d'une situation ainsi acquise. En ce sens, « la contravention de cet acte à la bonne foi et aux bonnes mœurs suffit pour écarter le droit anglais, c'est-à-dire le droit qui paraît légalement applicable uniquement à cause de l'acte des mineurs, sans qu'il soit nécessaire de prouver qu'ils se sont rendus en Angleterre « dans l'intention manifeste » d'éluder le droit matériel allemand »<sup>8</sup>. Consacrant une double violation de la loi, la fraude sera combattue en passant outre le lien de rattachement créé afin de « régler le rapport en conformité au droit qui aurait régi le rapport si ce lien n'existait pas »<sup>9</sup>.

## 2. Le caractère intentionnel rejeté : fraude à la loi et simulation de l'extranéité

**509** — En Belgique, un auteur proposé une conception objective de la fraude à la loi en droit international privé, en privilégiant cette fois l'élément matériel et non l'élément légal. Comme souvent chez les objectivistes, M. le Pr. Raymond VANDER ELST part de la critique de l'élément intentionnel qui, en donnant au juge le pouvoir « de scruter les consciences ou de

<sup>1</sup> G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, op. cit., p. 183 : « il y a fraude à la loi lorsque le droit substantiel interne d'un ordre juridique donné contenant une interdiction de but est éludé par les règles matérielles internes d'un autre pays. Il faut que selon son esprit la règle éludée ait une vocation à être appliquée dans le contexte international et qu'en même temps et cumulativement la règle de collision de l'ordre juridique évincé soit appliquée contrairement à son esprit ».

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 182.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 123 et s.

<sup>5</sup> G. RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen internationalen Privatrecht*, Berlin, 1955, p. 67, cité par G. A. LANG, op. cit., p. 181. Adde J.-G. VERPLAETSE, Recension de G. RÖMER, op. cit., *Rev. crit. DIP* 1956, p. 185 et s., spéc. p. 186, qui souligne également le caractère résolument objectiviste de cette thèse.

<sup>6</sup> G. S. MARIDAKIS, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », in Mél. J. MAURY, éd. Dalloz, 1960, t. I, p. 231 et s., spéc. pp. 241-242.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 242.

sonder les cœurs (...) risque de faire prévaloir un « univers juridique concentrationnaire sur la liberté humaine »<sup>1</sup>, puisqu'une loi serait ainsi érigée « en inéluctable « prison sans barreau », en camp de concentration juridique »<sup>2</sup>. Au-delà des mots, les citoyens sont toujours libres, quelle que soit leur intention immédiate et réelle, de se placer en dehors du champ d'application d'une loi qui ne leur convient plus. Toutefois, cette liberté est conditionnée par la réalité de l'élément d'extranéité. « La seule condition est qu'ils n'utilisent pas de tromperie, qu'ils créent des éléments d'extranéité réels et invoquent, pour user de leur liberté, des vérités et non des mensonges »<sup>3</sup>. L'auteur en vient alors à proposer une conception de la fraude à la loi qui, à première vue, est d'une simplicité pleine de bon sens. L'autorité de contrôle doit seulement vérifier que l'élément d'extranéité créé par les parties est réel et non simulé. Si tel est le cas, il n'y aura pas fraude, alors même que cette création aurait été dictée par la volonté d'échapper à une loi contraignante pour se placer sous l'empire d'une loi plus favorable<sup>4</sup>. Expurgée de toute recherche d'intention frauduleuse, c'est donc « la simulation de l'élément d'extranéité que doit sanctionner la théorie de la fraude à la loi »<sup>5</sup>.

**510** — Pour certains, cette théorie objectiviste semble l'emporter en Belgique<sup>6</sup>. Dans une thèse récente, un auteur belge reprend à son compte cette conception pour en proposer une mixte : mi-objectiviste, mi-subjectiviste, sans toutefois bien s'expliquer sur la raison et le fondement de cette opposition<sup>7</sup>. Selon M. BARNICH, la nécessité de rapporter la preuve d'une intention frauduleuse dépend du lieu d'accomplissement de l'acte juridique en cause. « Lorsque l'acte litigieux est accompli dans l'État du for, l'élément matériel ou objectif de la fraude, c'est le facteur de rattachement allégué, lequel est jugé artificiel ou simulé. Dans cette hypothèse, il n'est pas indispensable de relever une intention ou une volonté de tourner la loi compétente. Il suffit d'appliquer le rattachement véritable qui est indiqué par la règle de conflit du for »<sup>8</sup>. De fait, l'auteur illustre sa pensée à l'aide de seules hypothèses où effectivement le sujet s'invente une nationalité ou déclare faussement qu'un acte a été conclu à l'étranger, toujours en contradiction avec la réalité. Il en déduit logiquement que dans ce cas, « la fraude à la loi se confond avec la simulation » et qu'il n'est donc pas nécessaire de pousser l'investigation vers les mobiles du sujet<sup>9</sup>. En revanche, lorsque l'acte juridique est conclu à l'étranger, qu'il est réel et valable juridiquement, la recherche de l'intention frauduleuse redevient nécessaire afin de contester les effets acquis par cet acte. En effet, il « ne suffit plus, dans une telle hypothèse, de démontrer la simulation de l'élément d'extranéité, lequel a d'ailleurs été jugé véritable et sincère dans l'ordre juridique en question. Il faut démontrer que la personne qui invoque l'acte s'est placée volontairement dans un ordre juridique étranger en

<sup>1</sup> R. VANDER ELST, « La fraude à la loi en droit international privé », in Mél. J. BAUGNIET, Bruxelles, 1976, p. 789 et s., spéc. p. 794. *Adde* du même auteur : Rép. prat. dr. belge, complément, t. II, 1966, v° « Conflit de lois », spéc. n° 213 et s. ; « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *RCJB* 1981, p. 332 et s., spéc. n° 14 ; *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. 1, Conflits de lois, éd. Bruylant, 1983, n° 85 et s.

<sup>2</sup> R. VANDER ELST, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 799.

<sup>3</sup> R. VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, n° 14.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 16.

<sup>5</sup> R. VANDER ELST, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 800.

<sup>6</sup> S. DEBROUX, G. PIJCKE, « Efficacité des décisions étrangères en matière de dissolution du lien conjugal. État actuel et perspectives d'avenir », *Ann. dr. Louvain* 2001, p. 311 et s., spéc. p. 322.

<sup>7</sup> L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, éd. Bruylant 2001, n° 247.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 252.

<sup>9</sup> *Ibid.*

vue d'obtenir un acte qu'elle n'aurait pu obtenir dans l'ordre juridique du for<sup>1</sup>. À suivre l'auteur dans sa distinction, il faut en conclure que l'acte juridique accompli réellement dans l'État du for ne peut être remis en cause faute d'être simulé, malgré l'éventuelle intention frauduleuse de son auteur. En revanche, cette remise en cause est possible si l'acte est accompli à l'étranger, à condition qu'il ne soit pas simulé, auquel cas la théorie de la fraude n'aurait pas lieu d'intervenir, en raison de son caractère subsidiaire, faute pour l'élément matériel d'avoir été efficace. La théorie objectiviste trouva également quelques échos dans la jurisprudence, suisse<sup>2</sup>. Toujours est-il que présent dès l'origine de la théorie de la fraude à la loi<sup>3</sup>, l'élément intentionnel est demeuré une tendance stable – la seule – de ce concept.

## § 2 – LA STABILITE DU CARACTERE SUBJECTIF DE LA FRAUDE A LA LOI

**511** — Contesté dans son principe et dans les modalités de sa démonstration, le maintien de l'élément intentionnel (B) est commandé par sa fonction même (A).

### A. LA FONCTION DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**512** — Même si elles relèvent parfois du bon sens ou encore traduisent une certaine réalité appliquée à une situation particulière, les thèses objectivistes ne furent jamais consacrées en droit positif. Elles ont été magistralement remises en cause par M. le Pr. VIDAL dans un vif plaidoyer en faveur de la nécessité de la recherche d'intention comme critère de la sanction de la fraude à la loi<sup>4</sup>. Mis à part les auteurs cités, tous s'accordent à faire de la *fraus* l'élément déterminant de la théorie de la fraude à la loi<sup>5</sup>. Les auteurs initialement objectivistes ont d'ailleurs pour la plupart rejoint l'école subjectiviste ou n'ont jamais exclu de façon absolue toute influence de l'intention frauduleuse. Ainsi LIGEROUPOULO adopte finalement une conception objective nuancée. Il suffit pour s'en convaincre de relire la définition qu'il propose, dans laquelle il ressort clairement que les hypothèses de fraude à la loi sans *fraus* ne sont qu'une exception à la règle<sup>6</sup>. Il est alors amené à constater que la *fraus* est « un élément constitutif des fraudes (...) qui s'analysent en un exercice abusif de droits accordés sans restriction »<sup>7</sup>. Et même dans les hypothèses de fraude qui s'analysent comme une « violation de la loi », la preuve de l'intention frauduleuse est parfois nécessaire, notamment en droit international privé, dans l'affaire *de Bauffremont* en particulier<sup>8</sup>. Quelques années plus tard, le même auteur présente une conception subjectiviste de la fraude et considère qu'il « faut, de

<sup>1</sup> *Ibid.*, n° 254.

<sup>2</sup> J.-F. PERRIN, « Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique » et J. A. REYMOND, « Sociétés étrangères en Suisse : exit *fraus legis* », in Mél. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 141 et s., p. 173 et s. ; A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1995, n° 207 ; F. GUILLAUME, *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Lausanne, 2001, p. 323 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 39 et s.

<sup>4</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 111 et s.

<sup>5</sup> Cf. les définitions de la fraude à la loi proposées par la doctrine, citées *supra* n° 63 et s.

<sup>6</sup> A. LIGEROUPOULO, *op. cit.*, n° 25 : « Il y a fraude à la loi toutes les fois que, par des actes réels et volontaires, quoique parfois non intentionnels, on crée une situation conforme à la loi, prise dans sa lettre, mais la violant, néanmoins, dans son esprit ».

<sup>7</sup> *Ibid.*, n° 44, p. 119.

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 44, pp. 118-119.

toute évidence, que les actes incriminés aient été, en premier lieu, accomplis dans l'intention d'éluder la loi »<sup>1</sup> pour justifier la sanction de la fraude à la loi. Si toutefois il tempère à nouveau cette nécessité et admet quelques cas de fraude à la loi sans *fraus*, c'est en soulignant au préalable que présentée « sous cette forme absolue, cette opinion est manifestement excessive »<sup>2</sup> et que la question ne se pose pas en droit international privé<sup>3</sup>.

**513** — M. le Pr. MOULY reconnaît également que la *fraus* a une influence sur la sanction de la fraude à la loi lorsqu'elle en constitue le fondement logique, c'est-à-dire qu'elle permet de caractériser l'illicéité du comportement<sup>4</sup>. Néanmoins, si la recherche de la *fraus* est nécessaire, c'est parce que les hypothèses sanctionnées constituent un détournement de pouvoir, un abus de droit ou une cause illicite<sup>5</sup>. Ces notions étant subjectives, l'intention doit être relevée, mais « la fraude n'est jamais réprimée pour elle-même »<sup>6</sup>. Ce refus de reconnaître l'autonomie de la notion de fraude à la loi pour la fonder dans d'autres notions à la fois objectives – violation de la loi – et subjectives – abus de droit, cause illicite, détournement de pouvoir – permet à l'auteur d'éviter la contradiction. Enfin, M. le Pr. AUDIT précise, après avoir relevé qu'elle n'influe ni sur l'opportunité de la sanction ni sur sa portée, que la « *fraus* du sujet peut en revanche influencer sur le mode de sanction »<sup>7</sup>, notamment par le biais de l'exception de fraude à la loi. Il apparaît ainsi qu'il ne conteste pas le caractère subjectif de la fraude à la loi et de l'exception qui la sanctionne, il entend plutôt démontrer que l'exception de fraude n'est pas le mécanisme le mieux approprié pour sanctionner l'utilisation malicieuse de l'internationalité d'un rapport de droit<sup>8</sup>. Dans ses écrits ultérieurs, l'auteur adopte une conception purement subjectiviste, en considérant que le « grief de la fraude suppose (...) que l'intéressé n'a pris ces initiatives que dans l'intention d'éluder les dispositions impératives qui lui étaient applicables »<sup>9</sup>, que ce « qui est frauduleux est une modification affirmée mais non traduite dans les faits, ou dont on ne peut établir d'autre finalité que le changement de loi »<sup>10</sup>.

**514** — Si elles n'ont pas été consacrées, les thèses objectivistes apportent néanmoins de précieux éclaircissements sur les autres éléments de la théorie de la fraude à la loi. Alors que la théorie subjectiviste voit dans l'intention le critère déterminant qui fait basculer une manœuvre du licite vers l'illicite, les auteurs objectivistes recherchent dans l'un des deux autres éléments – légal et matériel – le critère de la fraude à la loi. Pour MM. VANDER ELST et BARNICH, l'élément matériel est déterminant ; pour LIGEROPOULO, MARIDAKIS, MM. AUDIT et LANG, il s'agit de l'élément légal. Les premiers ont montré que la fraude à la loi suppose un acte matériel réel et non fictif. À défaut, l'élément d'extranéité ne serait que simulé, la fraude n'aura pas été efficace. Mais si le sujet se trouve placé dans les conditions juridiques pour réaliser le préalable matériel, il ne peut y avoir fraude. Les seconds ont montré la nécessité d'une opposition de normes : le critère légal oppose une loi éludée normalement applicable et une loi artificiellement appliquée, deux lois dont les titres à s'appliquer divergent.

<sup>1</sup> A. LIGEROPOULO, L. AULAGNON, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 35.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 69.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 73.

<sup>4</sup> J. MOULY, *op. cit.*, p. 417 et s.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 424.

<sup>7</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 280.

<sup>8</sup> B. AUDIT, note sous Paris, 5 mars 1976 et Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, spéc. p. 162.

<sup>9</sup> B. AUDIT, « Fraude à la loi », *J.-Cl. inter.*, 1995, fasc. 535, n° 10.

<sup>10</sup> B. AUDIT, n° 234.

**515** — Si donc la théorie subjectiviste s'impose, elle n'a pu trouver une base solide que dans les enseignements issus de la théorie objectiviste. Elles apparaissent ainsi complémentaires dans la mesure où cette confrontation permet de bâtir une théorie de la fraude à la loi autonome par rapport à d'autres concepts régulateurs tels que la violation de la loi ou la simulation. La fonction de l'élément intentionnel est donc avant tout de caractériser la fraude à la loi. La réunion des deux premiers éléments ne permet pas à elle seule d'y conclure. En droit privé général, l'élément intentionnel permettra la distinction entre la fraude et la simulation – si le préalable matériel est fictif, apparent – et entre la fraude et la violation de la loi – si les conditions de la loi évincée demeurent remplies malgré la manœuvre. En droit international privé, l'intention frauduleuse permettra de distinguer la fraude à la loi du simple conflit mobile, puisque celui-ci découle directement de la constatation des éléments légal et matériel de la fraude<sup>1</sup>. L'intention frauduleuse est donc inhérente à la théorie de la fraude à la loi et la jurisprudence lui a toujours été fidèle.

#### B. LE MAINTIEN DE LA CONDITION DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**516** — La théorie de la fraude à la loi est subjectiviste. La fraude se distingue de la violation pure et simple de la loi en ce que le sujet respecte la lettre de la loi mais en viole son esprit. La réserve de la fraude à la loi permet de combattre un comportement objectivement licite mais subjectivement vicié. Théoriquement nécessaire dans ses éléments constitutifs, la *fraus* est la condition *sine qua non* de la sanction d'une fraude par l'exception de fraude. La théorie de l'abus de droit est également subjectiviste, sa démonstration est généralement rapportée, mais pas exclusivement, par l'intention de nuire du titulaire du droit. Malgré les assauts répétés de la doctrine contre l'élément intentionnel de la fraude à la loi, soit pour en contester la nécessité, soit pour en souligner la difficulté de sa preuve, la jurisprudence a toujours témoigné une fidélité sans faille à la nature subjective de la théorie de la fraude à la loi de droit international privé. Sans exception, la jurisprudence relève une fraude à la loi lorsque les parties ont modifié le rapport de droit « à dessein »<sup>2</sup> ou dans « le dessein »<sup>3</sup>, « prémédité »<sup>4</sup> ou « frauduleux »<sup>5</sup>, dans le « but »<sup>6</sup>, « le seul but »<sup>7</sup> ou « le but unique »<sup>8</sup>, sans « autre but »<sup>9</sup> ou « autre motif »<sup>10</sup>, « à seule fin »<sup>11</sup>, dans « l'intention »<sup>1</sup>, « la seule intention »<sup>2</sup>, l'intention

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 239 et s.

<sup>2</sup> Req., 28 mars 1854, *D.* 1854, 1, 201 ; *S.* 1854, 1, 295 ; – Orléans, 9 février 1900, *JDI* 1900, p. 592.

<sup>3</sup> Paris, 29 janvier 1985, *D.* 1985, IR, p. 181, obs. AUDIT.

<sup>4</sup> Paris, 15 décembre 1948, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 113, note FRANCESCAKIS ; *D.* 1949, p. 461, note SAVATIER ; *S.* 1949, 2, 69, note DELAUME ; *JCP* 1949, II, 4950, note SARRAUTE et TAGER.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 2<sup>de</sup> esp., note AUDIT ; *D.* 1978, IR, p. 99, obs. AUDIT.

<sup>6</sup> T. civ. de la Seine, 4 février 1882, *JDI* 1882, p. 544 ; – Req., 5 juillet 1905, *D.* 1905, 1, p. 471 ; *Rev. crit. DIP* 1905, p. 714 ; *S.* 1906, 1, 141 ; – T. civ. de la Seine, 1<sup>er</sup> juin 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 3<sup>e</sup> esp., p. 240 ; – 4 novembre 1954, *JDI* 1955, p. 650, note A. P. ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 690, note LOUSSOUARN.

<sup>7</sup> Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6 ; – Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note ANCEL ; – 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486, note MASSIP ; – 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; – 13 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 343, 1<sup>re</sup> esp., note KAHN.

<sup>8</sup> T. civ. de la Seine, 10 novembre 1905, *JDI* 1906, p. 145.

<sup>9</sup> Civ., 19 juillet 1875, *S.* 1876, 1, 289, note LABBE ; *D.* 1876, 1, 5 ; – T. civ. de la Seine, 6 août 1886, *JDI* 1887, p. 187.

<sup>10</sup> Paris, 5 mars 1976, *JDI* 1977, p. 880, note A. H. ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 1<sup>re</sup> esp., note AUDIT.

<sup>11</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER.

« évidente »<sup>3</sup> ou « manifeste »<sup>4</sup>, « sciemment »<sup>5</sup>, par un « concert frauduleux »<sup>6</sup>, qui montre que le préalable matériel a été réalisé « exclusivement »<sup>7</sup> ou « uniquement »<sup>8</sup> en vue de faire fraude à la loi, avec « préméditation, et dans un esprit de fraude à la loi »<sup>9</sup>, traduisant la « mauvaise foi »<sup>10</sup>, la « volonté »<sup>11</sup> « délibérée »<sup>12</sup> ou « très arrêtée »<sup>13</sup> de se soustraire à la loi normalement compétente. De même, lorsqu'ils concluent à l'absence de fraude à la loi, les juges relèvent que la manœuvre « n'a eu ni pour but ni pour effet » de soustraire les parties à la loi normalement compétente<sup>14</sup>. Ainsi, un mariage clandestin ne peut être sanctionné par la nullité « si une intention de frauder les dispositions de la loi française n'est pas établie »<sup>15</sup>, lorsqu'il n'est pas démontré que « l'omission de ces formalités ait été intentionnelle avec, pour but, de faire fraude à la loi française »<sup>16</sup>, lorsqu'il a été conclu « sans aucun dessein de dissimulation suspecte »<sup>17</sup> ou sans « la moindre volonté de fraude »<sup>18</sup>. Quels que soient les termes employés, la jurisprudence consacre pleinement la nature subjectiviste de la théorie de la fraude à la loi. Cette conception a été également adoptée par le premier projet de codification du droit international privé français, en ses articles 64 et 70 à propos du mariage<sup>19</sup>. Si la disposition générale ne mentionne pas expressément l'intention<sup>20</sup>, elle ne l'excluait certainement pas étant donné que son inspirateur – NIBOYET – était lui-même acquis à l'école subjectiviste<sup>21</sup>.

**517** — Cette conception est également celle retenue en droit international privé comparé, par la majorité des textes qui sanctionnent la fraude à la loi<sup>22</sup>. C'est le cas notamment en Suisse<sup>23</sup>, en Belgique<sup>1</sup>, en Espagne<sup>2</sup>, en Roumanie<sup>3</sup>, en Yougoslavie devenue la République

<sup>1</sup> Civ., 22 janvier 1951, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESKAKIS ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *S.* 1951, I, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, I, p. 210 ; *D.* 1952, I, 35 ; *GADIP* n° 24 ; – TGI Troyes, 9 novembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 2<sup>de</sup> esp., note MALAURIE ; *JDI* 1968, p. 705, note AUDIT ; – Paris, 6 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 2<sup>de</sup> esp., note FADLALLAH.

<sup>2</sup> Nancy, 5 février 1999, *Dr. fam.*, 1999, n° 7/8, p. 14, note LECUYER.

<sup>3</sup> Paris, 10 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 218, note Ph. F. ; *JDI* 1960, p. 792, note PONSARD.

<sup>4</sup> Paris, 3 mars 1961, *Gaz. pal.* 1961, 2, p. 157 ; *JDI* 1962, p. 1020, obs. B. G. ; – 2 décembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE ; *JCP* 1967, II, 15278, note R. B.

<sup>5</sup> T. civ. de la Seine, 22 octobre 1919, *Rev. crit. DIP* 1911, 1<sup>re</sup> esp., p. 240.

<sup>6</sup> Req., 9 novembre 1846, *D.* 1846, I, 337 ; *S.* 1847, I, 55.

<sup>7</sup> Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.

<sup>8</sup> T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, *JDI* 1928, p. 1195, note J. P. ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 1<sup>re</sup> esp. ; – Paris, 27 novembre 1981, *D.* 1983, p. 142, note PAIRE et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>9</sup> Orléans, 14 avril 1886, *D.* 1887, 2, 95.

<sup>10</sup> T. civ. de la Seine, 12 juillet 1888, *JDI* 1889, p. 641 ; – Civ., 25 mars 1889, *JDI* 1889, p. 642.

<sup>11</sup> TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, *Gaz. pal.* 1965, 2, p. 411.

<sup>12</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire, Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 2<sup>de</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON.

<sup>13</sup> Req., 3 janvier 1906, *JDI* 1906, p. 1149 ; *Rev. crit. DIP* 1907, p. 211 ; *D.* 1906, I, 207.

<sup>14</sup> Amiens, 22 juillet 1886, *JDI* 1887, p. 188.

<sup>15</sup> Req., 8 mars 1875, *D.* 1875, I, 482 ; *S.* 1875, I, 171.

<sup>16</sup> T. civ. de Marseille, 3 avril 1909, *Rev. crit. DIP* 1909, p. 862, note CHERVET.

<sup>17</sup> Paris, 11 février 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 2<sup>e</sup> esp., p. 240.

<sup>18</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 février 1961, *D.* 1961, p. 349, note HOLLEAUX ; *JDI* 1961, note B. G.

<sup>19</sup> *Rev. crit. DIP* 1950, pp. 118 et 119.

<sup>20</sup> Art. 25, *Rev. crit. DIP* 1950, p. 114. Adde P. LOUIS-LUCAS, « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1951, p. 393, p. 597, et 1952, p. 55.

<sup>21</sup> Not. *Traité de droit international privé français*, t. III, éd. Sirey, 1944, n° 1083.

<sup>22</sup> V. le texte de ces dispositions, *supra* n° 53 et s.

<sup>23</sup> Art. 45 al. 2 de la LDIP, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 416. Avant la LDIP de 1987, l'art. 7 f de la loi fédérale du 25 juin 1891 adoptait également une conception subjectiviste, cité par J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, op. cit., n° 1086, note 1.

de Serbie Monténégro<sup>4</sup>, au Portugal<sup>5</sup>, en Tunisie<sup>6</sup>, au Sénégal<sup>7</sup>, dans l'ex-Yémen du Sud<sup>8</sup>, au Mexique<sup>9</sup>, à Macao<sup>10</sup>, au Vietnam<sup>11</sup>, ainsi qu'au Belarus, au Kazakhstan et en Ouzbékistan<sup>12</sup>, au Japon et en Argentine<sup>13</sup>. Cette conception est encore consacrée en Afrique du Sud<sup>14</sup>, en Belgique<sup>15</sup>, aux États-Unis<sup>16</sup>, en Grèce<sup>17</sup> et au Luxembourg<sup>18</sup>. De même la Convention Inter-Américaine de droit international privé, ratifiée par la Colombie, l'Équateur, le Pérou et l'Uruguay, adopte une conception subjective de sa réserve de la fraude à la loi<sup>19</sup>. Certains pays adoptent toutefois une conception apparemment objectiviste en annihilant la fraude à la loi par le biais d'autres mécanismes objectifs, comme la théorie du conflit mobile, notamment en Autriche<sup>20</sup> ou au Liban<sup>21</sup>, ou encore par celle de la simulation, comme en Hongrie<sup>22</sup>.

<sup>1</sup> Art. 18 du Code de droit international privé, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 157.

<sup>2</sup> Art. 12 § 4 du Code civil, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 420.

<sup>3</sup> Art. 8 al. 1<sup>er</sup>, b) de la loi du 22 septembre 1992, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 173.

<sup>4</sup> Art. 5 de la loi du 15 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 354.

<sup>5</sup> Art. 21 du Code civil (Décret-loi du 25 novembre 1966), *Rev. crit. DIP* 1968, p. 370.

<sup>6</sup> Art. 30 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 27 novembre 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 386.

<sup>7</sup> Art. 851 du Code de la famille.

<sup>8</sup> Art. 29 du Code civil, cité par A. MOULAY RCHID, *Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans*, *RCADI* 1997, t. 268, p. 9 et s., n° 306.

<sup>9</sup> Art. 15 § 1 du Code civil, cité par G. PARRA-ARANGUREN, *General Course of Private International Law : Selected Problems*, *RCADI* 1988-III, t. 210, p. 9 et s., n° 138 ; J. LISBONNE, *J.-Cl. comp.*, v° « Mexique », 1999, n° 437.

<sup>10</sup> Art. 19 du Code civil de 1999, cité par A. MARQUES DOS SANTOS, « The new Private International Law Rules of Macao », *Yearbook* 2000, p. 133 et s., spéc. p. 140.

<sup>11</sup> Art. 828 et 9 du Code civil, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 299.

<sup>12</sup> N. BOGDANOVA, D. LITVINSKI, « La loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie », *Rev. crit. DIP* 2002, p. 182 et s., spéc. p. 199.

<sup>13</sup> D. GUZMAN LATORRE, *Tratado de derecho internacional privado*, ed. Juridicia de Chile, 1989, p. 421 et s.

<sup>14</sup> E. KAHN, *J.-Cl. comp.*, v° « Afrique du Sud », 1996, n° 77.

<sup>15</sup> Avant le Code de droit international privé : T. civ. d'Anvers, 1<sup>er</sup> juin 1898, *JDI* 1903, p. 410 ; – Cass. Civ. 27 février 1986, *Rev. not. Belge* 1986, p. 475, note VANDER ELST ; – Civ. Bruxelles, 15 mars 1988, *RTD fam.* 1990, p. 376 ; – 24 mai 1988, *RTD fam.* 1990, p. 382. *Adde* J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, p. 55 et s. ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000, n° 228 et s. ; M. VERWILGHEN, *J.-Cl. comp.*, v° « Belgique », 1988, n° 32 et s. ; M. FALLON, « Les heures sombres du facteur de la nationalité belge en droit international privé belge », *J.T.* 1978, p. 641 et s., n° 27 et s.

<sup>16</sup> J.-W. REBOUL, *J.-Cl. comp.*, v° « États-Unis d'Amérique », 1997, n° 66 et s.

<sup>17</sup> Tribunal de première instance du Pirée 575/1997, *RHDI* 1999/2, p. 541, obs. TSOUCA ; – TGI d'Athènes 9970/1997 et 9971/1997, *RHDI* 1999/2, p. 556, obs. TSOUCA ; – Aréopage 1302/1998, *RHDI* 1999/2, p. 535, obs. TSOUCA. *Adde* G. S. MARIDAKIS, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 239 et s. ; Ph. DRAKIDIS, *J.-Cl. comp.*, v° « Grèce », 1999, n° 39.

<sup>18</sup> A. WEITZEL, G. RAVARANI et L. WEITZEL, *J.-Cl. comp.*, v° « Luxembourg », 2001, n° 10.

<sup>19</sup> Art. 6, cité par A. M. VILLELA, « L'unification du droit international privé en Amérique latine », *Rev. crit. DIP* 1984, p. 233 et s., spéc. p. 263 ; G. PARRA-ARANGUREN, *op. cit.*, n° 140 ; D. OPERTTI BADAN, *L'adoption internationale*, *RCADI* 1983-II, t. 180, p. 295 et s., n° 102.

<sup>20</sup> Art. 7 IPRG, cité par W. OGRIS, P. OBERHAMMER, *J.-Cl. comp.*, v° « Autriche », 1997, n° 279.

<sup>21</sup> Selon P. GANNAGE, *J.-Cl. comp.*, v° « Liban », 1994, n° 24 ; M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, éd. Dalloz, 2005, n° 288.

<sup>22</sup> Art. 8, cité par O. ZOLTAN, « La nouvelle réglementation hongroise du droit international privé », *R.I.D.C.* 1980, p. 87 et s., spéc. p. 90.

**518** — En droit communautaire, si la nécessité d'un élément intentionnel afin de sanctionner la fraude à la loi ou l'abus de droit communautaire n'a jamais été exclue, il faut attendre les arrêts *Centros*<sup>1</sup> et surtout *Emsland*<sup>2</sup> pour que cette conception subjective soit expressément consacrée. Comme pour la fraude à la loi interne ou internationale, la preuve de l'intention frauduleuse est primordiale, l'élément matériel étant intrinsèquement licite. Seule alors la *fraus* du sujet communautaire peut conduire à lui refuser les effets de l'exercice de sa manœuvre juridique. Dans ses conclusions sous l'arrêt *Emsland*, l'avocat général souligne ainsi, à la suite de la Commission, que la « circonstance objective de la réimportation ne suffit (...) pas à elle seule pour conclure que l'objectif [du traité] n'a pas été atteint »<sup>3</sup>. Il ajoute que « s'il devait s'avérer qu'il n'y a jamais eu d'intention réelle d'exporter les marchandises aux fins de leur commercialisation hors de la Communauté, il serait vraisemblablement à présumer que les règles relatives à l'exportation n'ont pas atteint leur objectif »<sup>4</sup>. En ce sens, « La condition sine qua non d'un droit à remboursement rédigé sous la forme d'une clause générale ou fondé sur des principes généraux du droit est par conséquent l'élément subjectif résidant dans l'intention frauduleuse »<sup>5</sup>. Dans l'arrêt *Emsland*, la Cour juge alors que la « constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive suppose l'existence d'une volonté, dans le chef de cet exportateur communautaire, de bénéficier d'un avantage résultant de l'application de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions pour son obtention »<sup>6</sup>. Dans une affaire du même type, la CJCE considère ainsi que « la fraude suppose une intention »<sup>7</sup>. Mais le problème classique que sous-tend la conception subjective est celui de prouver l'intention frauduleuse. Si la difficulté est réelle, elle est néanmoins souvent exagérée. De fait, elle confère à ces deux concepts régulateurs du droit leur caractère exceptionnel.

---

<sup>1</sup> CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Rec. I-1459* et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS.

<sup>2</sup> CJCE, 14 décembre 2000, aff. C-110/99, *Rec. I-11569*, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON.

<sup>3</sup> S. ALBER, concl. préc., n° 71.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 72.

<sup>5</sup> S. ALBER, concl. préc., n° 80.

<sup>6</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 53. Cet arrêt utilise toutefois la notion d'abus de droit de manière erronée.

<sup>7</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, aff. C-210/00, *Rec. I-6453*, pt. 69.

## SECTION 2

### LA DEMONSTRATION DU CARACTERE ARTIFICIEUX DE LA CREATION FRAUDULEUSE

**519** — Critère nécessaire et fondamental, l'élément intentionnel doit impérativement être démontré par l'autorité de contrôle afin d'opposer la réserve de la fraude à la loi. Les modalités de cette démonstration concentrèrent la plupart des critiques. Notion subjective et donc informelle, par nature cachée, de surcroît lorsqu'elle est malicieuse, l'intention apparaît souvent comme une notion sibylline non seulement dans son contenu mais aussi dans la manière de la démontrer. La démonstration de l'intention frauduleuse suppose donc d'en connaître le sens (§ 1) avant de savoir selon quelle méthode l'interprète devra la prouver (§ 2).

#### § 1 – LA DETERMINATION DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**520** — La détermination de l'intention frauduleuse suppose de savoir autant ce qu'elle recouvre (A) qu'en quel lieu et à quel moment elle se révèle (B).

##### A. L'OBJET DE LA DEMONSTRATION : LA NOTION D'INTENTION FRAUDULEUSE

**521** — Pour parvenir à la qualification de fraude à la loi, l'autorité de contrôle doit démontrer que le sujet connaissait les implications conflictuelles et matérielles de sa création (1), puis l'absence de tout motif légitime et déterminant, autres que ces implications (2).

##### 1. La connaissance des implications conflictuelles et matérielles de la création frauduleuse

**522** — Les expressions utilisées par la jurisprudence afin de caractériser l'intention frauduleuse montrent que celle-ci n'est établie que s'il est constaté que l'intéressé avait connaissance non seulement du résultat matériel qu'il souhaitait atteindre mais également du moyen pour y parvenir. En ce qui concerne l'élément légal, la loi est à la fois moyen et objet de la fraude à la loi. Toutefois, le critère légal réside dans l'objet de la fraude à la loi, plus particulièrement dans l'opposition de deux normes dont l'une est appliquée alors que l'autre est évincée<sup>1</sup>. La distinction entre moyen et objet de la fraude à la loi retrouve son importance en ce qui concerne l'élément intentionnel. Puisque la fraude à la loi sanctionne un comportement réalisé au moyen de l'internationalité d'une situation qui permet d'atteindre un résultat matériel, la démonstration d'une intention frauduleuse suppose de prouver que le sujet connaissait l'issue conflictuelle et matérielle de sa manœuvre au moment où il l'a réalisée.

**523** — L'intention frauduleuse suppose ainsi la connaissance de la teneur respective des lois matérielles en conflit et des règles de conflit qui permettent d'en départager la compétence. S'il n'est pas nécessaire que le sujet ait connaissance de toutes les conséquences de l'élément matériel, il est indispensable qu'il obtienne le résultat qu'il attendait et pour lequel il a élaboré son stratagème, ou au moins un résultat équivalent. En ce sens, la réalisation d'une fraude à la loi suppose de la part de l'intéressé une étude comparative préalable de la teneur matérielle des lois potentiellement applicables en fonction de rattachements existants ou

---

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 484 et s.

simulés. Si la loi désignée par l'un des seconds lui semble plus avantageuse, il cherchera par des moyens détournés de provoquer son application, notamment en créant le rattachement préalablement simulé. En ce sens, l'appréciation de la teneur respective des lois en conflit réel et provoqué préside nécessairement à la confection de la fraude à la loi, même si cette recherche peut parfois sembler vaine ou reposant sur un postulat « rarement démontré »<sup>1</sup>.

**524** — Si effectivement cette recherche est rarement démontrée, c'est parce que la mise en œuvre de la réserve de la fraude à la loi revêt un caractère exceptionnel et qu'il n'y a pas de fraude à la loi lorsque les parties acquièrent un droit par hasard, au gré d'une modification de leur situation. Car c'est faire peu de cas de l'ingéniosité des plaideurs et de leurs conseils que de croire qu'ils n'essaient pas de préjuger à l'avance la manière dont sera tranché le conflit de lois dans son ensemble avant de se déterminer pour façonner une situation internationale sur mesure. Un individu ne change pas de nationalité ou de domicile, il ne saisit pas une autorité étatique à fin de fraude sans connaître ou préjuger par avance les conséquences juridiques de sa manœuvre. Si tel était le cas, il n'y aurait tout simplement pas de fraude, puisque le sujet n'aurait pas eu ce comportement dans le seul but ou à dessein d'obtenir un résultat qu'il n'avait pas soupçonné, fût-il prohibé par la loi antérieurement compétente. La fraude à la loi s'oppose par nature à cette absence de connaissance, elle suppose un montage plus ou moins élaboré qui doit tendre vers un résultat matériel concret. Elle suppose une connaissance conflictuelle et matérielle du droit de plusieurs pays ; elle suppose pour l'individu de présumer le raisonnement de l'autorité étatique qu'il va saisir.

**525** — L'ingéniosité juridique de la manœuvre ourdie par Caron et ses conseils, que les juges ne peuvent que constater pour relever l'intention frauduleuse, en témoigne : « il résulte de cette correspondance [entre Caron et le notaire] que toutes les opérations ont été harmonisées par M. Caron en vue de son décès pour favoriser les époux Odell et faire en sorte que ses enfants ne soient pas gratifiés sans que la vente de l'immeuble à la Société C.C. puisse être considérée comme fictive ». Les juges du fond considèrent alors que « parfaitement renseigné, M. Caron savait que sa succession en général serait soumise à la loi des Îles Vierges qui ignore la réserve au profit des descendants directs mais que la dévolution de la propriété [en France] serait régie par la loi française prévoyant une réserve du tiers pour chacun de ses enfants »<sup>2</sup>. Le sujet recourt à la méthode dite de la simulation que doit effectuer tout praticien du droit. « Avant d'arrêter sa stratégie, celui-ci se doit, sous peine d'engager sa responsabilité professionnelle, d'isoler, parmi les systèmes institutionnels que le rapport juridique est susceptible d'intéresser, celui qui est de nature à emporter la solution la plus favorable. (...) la simulation ainsi suggérée consiste à anticiper le raisonnement de fors hypothétiques, non point à simuler par un artifice une condition posée par la loi... »<sup>3</sup>. C'est là le moins qu'un plaideur peut demander au professionnel du droit auquel il s'adresse. Tout porte à croire alors que le sujet animé d'une pensée de fraude procèdera à cette simulation, par conseils juridiques interposés, de manière plus approfondie que le plaideur ordinaire.

<sup>1</sup> M. SIMONET, « L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français », in *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, sous la dir. de Ph. KAHN, éd. La documentation française 2001, p. 115 et s., spéc. p. 116.

<sup>2</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc.

<sup>3</sup> M. FALLON, « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165 et s., spéc. p. 173.

**526** — Lorsque les juges sanctionnent l'intention frauduleuse qui préside à la réalisation d'une manœuvre, ils relèvent souvent cette connaissance des effets attachés à l'application de l'une ou l'autre loi en opposition. Ainsi dans l'affaire *Zagha*, les juges considèrent que l'initiative des époux « de se rendre spécialement en Israël pour s'y marier constitue d'évidence une fraude à la loi de la part de deux Français domiciliés en France, pays où ils comprenaient manifestement eux-mêmes qu'ils ne pourraient se marier »<sup>1</sup>. De même, en ce qui concerne les divorces migratoires, caractérise l'intention de fraude à la loi « la volonté délibérée de voir appliquer à leur divorce des dispositions moins contraignantes que celles de leur loi nationale, normalement compétente »<sup>2</sup>. Les juges relèvent ainsi la volonté de l'époux « d'éviter les rigueurs de la législation [évincée] et de profiter des facilités existant [dans le for] en matière de divorce »<sup>3</sup>. Les époux peuvent vouloir « obtenir un divorce sur lequel ils étaient d'accord et qu'ils ne pouvaient demander » en vertu de l'ancienne loi<sup>4</sup>, « croyant ainsi (...) échapper aux exigences de la loi de l'État de Pennsylvanie ou de l'État de New York, plus sévères en matière de divorce que celle de la loi française »<sup>5</sup>, afin de « profiter des moyens de preuve interdits par la loi française, en matière de divorce »<sup>6</sup> ou encore pour « écarter l'interdiction de toute procédure judiciaire de divorce figurant alors dans la loi commune des époux »<sup>7</sup>. En matière de nom, constitue une fraude à la loi le fait pour une Française d'avoir demandé un changement de nom en Grande-Bretagne, c'est-à-dire un « acte qu'elle savait ne pouvoir obtenir dans les mêmes conditions de l'autorité publique française »<sup>8</sup>. Ces exemples montrent que « cet élément subjectif requiert la conscience et la volonté de l'acte et de ses conséquences, donc une intention déterminée »<sup>9</sup>. En ce sens, la démonstration de l'intention frauduleuse suppose de constater que l'intéressé a procédé à une simulation, partant d'une connaissance des règles conflictuelles et matérielles d'au moins deux systèmes juridiques, en présumant à l'avance le raisonnement conflictuel et matériel de l'autorité étatique saisie.

## 2. L'absence de motif légitime et déterminant

**527** — Il en découle que la manœuvre des parties qui serait fondée sur un motif déterminant et légitime exclura la qualification de fraude<sup>10</sup>, alors même que cette manœuvre produirait un résultat prohibé qui, s'il avait été déterminant, aurait entraîné ce qualificatif de fraude à la loi. Par exemple, des époux soumis à un statut personnel prohibitif qui acquièrent une autre nationalité dans un but autre que celui d'échapper à ce statut, notamment en raison de leur intégration dans le pays de cette nouvelle nationalité, ne pourraient se voir reprocher une quelconque fraude si, s'avisant de la plus grande permissivité de leur nouveau statut, ils en revendiquaient l'application. Aucune fraude à la loi ne pourrait également leur être opposée par le pays de leur ancienne nationalité si l'un d'eux venait à s'y réinstaller. Il en est ainsi parce que les époux, au moment du changement, n'ont pas eu connaissance du résultat matériel qui leur est reproché ni des moyens conflictuels pour y parvenir. Le changement de nationalité n'a

<sup>1</sup> Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 297, note LEGIER et MESTRE.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, préc.

<sup>3</sup> TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, préc.

<sup>4</sup> Paris, 24 mars 1930, *Gaz. pal.* 1931, 2, p. 504.

<sup>5</sup> Paris, 3 mars 1961, préc.

<sup>6</sup> TGI de la Seine, 6 juin 1962, *D.* 1962, p. 653, 2<sup>de</sup> esp., note MALAURIE.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc.

<sup>8</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *JDI* 1997, p. 793, note LUCAS.

<sup>9</sup> J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 236.1

<sup>10</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994, n° 819 ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 236.2.

pas été réalisé dans le seul but de parvenir à ce résultat. De même, si le médecin épouse sa patiente en dernière maladie, il ne saurait lui être reprochée une fraude à la loi au moment de son envoi en possession, si son mariage n'a pas été uniquement guidé par cette perspective.

**528** — La question se pose alors de savoir ce que recouvre le motif légitime qui exclut la qualification de fraude à la loi, s'il a été déterminant. Il ne faut pas en effet se méprendre sur le sens à donner à cette légitimité de l'acte. Par exemple, en matière de mariage de complaisance, la jurisprudence a semblé un temps faire une distinction entre les mariages célébrés sans véritable consentement mais dans un but légitime et ceux réalisés dans les mêmes conditions mais dans un but illégitime<sup>1</sup>. Ainsi serait légitime, bien que non réellement voulu, le mariage célébré en vue de légitimer un enfant alors que serait illégitime le même mariage célébré en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale, comme l'acquisition de la nationalité française. Cette distinction est aujourd'hui justement abandonnée et la jurisprudence sanctionne le mariage conclu en l'absence d'intention matrimoniale, quel que soit le but recherché, puisse-t-il être dans son résultat considéré comme légitime ou non<sup>2</sup>. Ce qui est illégitime dans le mariage de complaisance est de considérer cette institution comme un simple instrument au service d'un but particulier sans en accepter le principe même et toutes les autres conséquences. Une fois le but atteint, l'intéressé se détourne de l'instrument : les époux divorcent ou en demandent l'annulation.

**529** — Le raisonnement est transposable à la fraude à la loi. Un changement de nationalité ou de domicile, la saisine d'une autorité étatique, n'est pas légitime ou illégitime en fonction du but qui l'a commandé(e). Que ce soit pour obtenir un divorce prohibé ou pour adopter un enfant abandonné et miséreux, ce préalable matériel est illégitime s'il n'est pas réalisé et accepté pour lui-même et en tant que tel. Ce qui est légitime ou illégitime vis-à-vis de la qualification de fraude à la loi ne dépend pas du résultat matériel atteint par la manœuvre mais de la réalité de l'acceptation de celle-ci et de ses conséquences les plus essentielles. Toutefois, la légitimité du but peut avoir une influence sur l'opportunité de la sanction<sup>3</sup>. L'intention frauduleuse dépendra ainsi du lieu où le sujet revendiquera les droits acquis par sa manœuvre, seul élément qui peut témoigner de la réalité de l'acceptation du préalable matériel.

## B. LE LIEU ET LE MOMENT DE REVELATION DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**530** — Comme l'a montré M. le Pr. AUDIT, « L'internationalisation d'une situation interne, la saisine d'un tribunal sans lien avec le litige, ne constituent pas des fins pour le sujet. Elles ont pour but de faire appliquer par une autorité publique une loi incompétente, de façon à se constituer un titre ou à présenter la violation de la loi impérative évincée sous une apparence de régularité juridique, lorsque dans un stade ultérieur les droits acquis seront exercés »<sup>4</sup>. En matière de statut personnel, l'exercice des droits acquis signifie que l'intéressé entend jouir de son nouvel état immédiatement après qu'il ait été constitué ou déclaré. De fait, le sujet exerce toujours les droits qu'il a acquis, directement ou non, lorsqu'il accepte la décision rendue. Ce

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1963, *Appietto*, *JCP* 1964, II, 13498, note MAZEAUD ; *D.* 1964, p. 465, note RAYMOND ; *RTD civ.* 1964, p. 286, note DESBOIS.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 782 et s. Le mariage de complaisance ne recouvre toutefois pas une fraude à la loi mais un détournement d'institution (cf. *supra* n° 107 et s.). Néanmoins, il suppose pour être sanctionné comme tel la démonstration d'une intention qui est très proche de l'intention frauduleuse.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 775 et s.

<sup>4</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 129.

n'est donc pas la revendication en tant que telle qui conduit à la qualification de fraude à la loi. L'élément déterminant est de savoir en quel lieu le sujet exerce les droits ainsi acquis. Pour être frauduleuse, la création ou la dénégation d'une situation internationale doit avoir été réalisée dans le seul but d'évincer la loi normalement compétente en provoquant la compétence d'une loi autre. Ainsi, un changement de nationalité ou de domicile est réalisé dans le but exclusif d'évincer la loi normalement applicable s'il n'est pas accepté en tant que tel dans toutes ses conséquences, lorsqu'il n'est effectif que le temps nécessaire à l'obtention du résultat recherché. Or, le facteur qui met au jour cette volonté exclusive est le lieu d'exercice des droits acquis suite à la manœuvre. Trois hypothèses sont envisageables.

**531** — Dans la première, le sujet exerce les droits acquis dans le ressort de la loi appliquée. Dans ce cas, il s'est complètement affranchi de la compétence de la loi évincée. L'acte ou le fait juridique préparatoire n'a pas été réalisé dans le but exclusif d'évincer une loi en provoquant la compétence d'une autre puisque le sujet accepte toutes les conséquences attachées à cet acte ou ce fait juridique, alors même que le but déterminant – mais non exclusif – de la manœuvre a été celui de bénéficier du nouvel état acquis. Ainsi, une personne de statut matrimonial prohibitif qui acquiert la nationalité française ne peut se voir reprocher une quelconque fraude à la loi lorsqu'elle demande le divorce devant le juge français, en vertu de sa nouvelle nationalité, si elle a également l'intention de s'installer, même provisoirement, en France. C'est le cas de l'affaire *Ferrari*<sup>1</sup> dans laquelle l'épouse, revenant vivre en France, exerce les droits acquis dans le ressort de la loi française appliquée et non dans celui de la loi italienne évincée. Ce faisant, elle accepte entièrement les conséquences attachées à sa nouvelle nationalité, laquelle n'a pas été acquise dans le seul but d'obtenir le divorce. La situation était proche dans l'affaire *Mancini* dans laquelle le divorce ne fut demandé au juge français qu'après un délai assez long de domicile en France, délai qui permit à l'époux italien d'être naturalisé français<sup>2</sup>. Les droits ainsi acquis sont exercés en France, même si l'épouse retournée en Italie se voit opposer ce nouveau statut. Dans cette hypothèse d'exercice des droits acquis dans le ressort de la loi appliquée, l'intention frauduleuse exclusive ne peut pas être relevée puisque l'obtention du résultat n'est pas le but unique du préalable matériel, en fût-il le but déterminant.

**532** — Dans la deuxième hypothèse, le sujet exerce les droits acquis dans le ressort de la loi évincée. Dans ce cas, le sujet retourne, immédiatement ou très peu de temps après avoir obtenu le résultat matériel recherché, dans le ressort de la loi évincée. Le sujet abandonne la situation qu'il a créée pour reprendre celle qui était la sienne avant la réalisation du préalable matériel. Ici, la « fraude à la loi est donc parfaite si le sujet parvient à jouir paisiblement de son état nouveau dans le ressort même de la loi dont il relevait avant son changement d'état »<sup>3</sup>. Cette situation démontre que l'obtention du résultat matériel était le but exclusif de la manœuvre, que l'acte ou le fait juridique préparatoire puis la saisine de l'autorité étatique n'avaient d'autre but que celui d'obtenir d'une loi plus permissive un droit qui aurait été refusé par la loi normalement compétente, afin de l'opposer au système juridique de cette dernière. Le préalable matériel n'était pas voulu pour lui-même mais seulement accepté dans les limites de ce qui était nécessaire pour l'obtention du résultat recherché. Une fois celui-ci obtenu, le sujet renie ce préalable et se replace dans la situation qui était sienne avant la manœuvre. Cette hypothèse correspond notamment à la plupart des divorces migratoires. Ainsi dans l'affaire

<sup>1</sup> Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT, et p. 714 ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12.

<sup>2</sup> Civ., 5 février 1929, *S.* 1930, 1, p. 81, note AUDINET.

<sup>3</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 132.

*Vidal*<sup>1</sup>, les époux n'ont demandé et exercé leur droit de bourgeoisie suisse que le temps nécessaire au prononcé de leur divorce. Une fois celui-ci obtenu, ils retournent immédiatement vivre en France afin, notamment pour la femme, de s'y remarier. Le mari n'avait d'ailleurs jamais quitté Paris. Ce retour presque immédiat dans le ressort de la loi évincée montre que le sujet ne s'est jamais considéré comme rattaché au ressort de la loi appliquée, y fût-il lié par sa nationalité ou son domicile. Son comportement témoigne au contraire qu'il n'a jamais cessé de se considérer comme rattaché au système juridique de la loi évincée. Dans cette optique, le but qu'il recherchait par le biais du préalable matériel et de la saisine de l'autorité étatique était bien exclusif de toute intention d'accepter les conséquences plus essentielles attachées à sa manœuvre. Cette hypothèse pourrait encore être illustrée par l'affaire du changement de nom en Grande-Bretagne, l'intéressée n'ayant jamais eu l'intention d'y demeurer plus que le temps nécessaire à ce changement<sup>2</sup>. Il y a donc place pour le jeu de la réserve de la fraude à la loi.

**533** — Dans la troisième hypothèse, le sujet exerce les droits acquis dans le ressort d'une loi tierce. Dans ce cas, la possibilité d'invoquer la fraude à la loi est moins évidente. Il semble en effet que la loi considérée comme normalement applicable n'est pas évincée de manière artificieuse. En ne retournant pas dans le ressort de la loi évincée, le sujet entend ainsi se placer, au moins provisoirement, en dehors de l'autorité de cette loi. Le jeu de la réserve de la fraude à la loi peut alors sembler discutable<sup>3</sup>. Une telle manœuvre a pourtant été reconnue dans l'affaire *Weiller*<sup>4</sup>. Dans celle-ci, les époux domiciliés aux États-Unis dans l'État de New York obtinrent du juge de Reno, dans le Nevada, une décision de divorce. Puis l'épouse partit se marier à Londres, pour y vivre semble-t-il, et le mari vint s'installer en France. La Cour d'appel de Paris puis la Cour de cassation ont alors considéré, de manière surabondante, que l'épouse avait commis une fraude à la loi française. Dans son principe, cette solution doit être approuvée. Ce qui caractérise la fraude à la loi, c'est l'éviction de la loi normalement compétente par l'application d'une autre qui ne doit sa compétence qu'à la suite d'une manœuvre artificieuse puisque non réellement voulue, d'un point de vue subjectif. Si dans la première hypothèse il n'y a pas fraude à la loi, c'est parce que la manœuvre est acceptée en tant que telle, même si finalement une loi est évincée, cette éviction étant inévitable dès lors qu'il y a un conflit de lois. La loi qui est finalement appliquée a un véritable titre de compétence. Le préalable matériel est dans ce cas objectivement et subjectivement réel. S'il y a une intention, il n'y a pas de fraude mais seulement une habileté non répréhensible. Ce n'est pas le cas dans la deuxième hypothèse. Ce n'est pas non plus le cas dans la troisième hypothèse puisque la loi finalement appliquée l'a également été au moyen d'un préalable matériel et de la saisine d'une autorité étatique qui n'ont pas été voulus pour eux-mêmes, mais seulement pour obtenir un résultat matériel déterminé. Il y a donc bien, lorsque le sujet revendique les droits acquis dans le ressort d'une loi tierce, une loi normalement applicable évincée et une loi frauduleusement appliquée, un préalable matériel objectivement mais non subjectivement réel.

**534** — Du point de vue de son élément intentionnel, la réserve de la fraude à la loi peut donc être opposée au sujet qui exerce ses droits acquis dans un ressort autre que celui de la loi appliquée, que ce soit dans celui de la loi évincée ou dans celui d'une loi tierce, puisque cet « exercice démontre objectivement le défaut d'effectivité du changement et, partant, la volonté

<sup>1</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>2</sup> Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc.

<sup>3</sup> En ce sens, B. AUDIT, *op. cit.*, n° 139.

<sup>4</sup> Paris, 15 décembre 1948, préc. ; – Civ., 22 janvier 1951, préc.

d'échapper à la loi évincée »<sup>1</sup>. Le schéma parfait de la fraude à la loi dans ces deux hypothèses est celui où l'intéressé revendique les droits acquis immédiatement ou dans un délai assez court, qui témoigne de l'absence de volonté d'être rattaché au for saisi et à la loi appliquée. Dans ce cas la fraude à la loi est évidente. Néanmoins, si le sujet ne revendique pas dans ce court délai les droits acquis, la fraude à la loi sera moins évidente puisque « la loi est de moins en moins fraudée à mesure que le temps s'écoule »<sup>2</sup>. Ayant développé ses effets pendant une certaine durée, la situation acquise peut apparaître consolidée. Dans ces hypothèses, la fraude à la loi existe en théorie, il y a bien eu une loi évincée et une loi frauduleusement appliquée. Toutefois, sa sanction n'est pas forcément opportune et l'autorité de contrôle doit pouvoir, sans s'arrêter à la qualification de fraude à la loi, apprécier l'opportunité de sa sanction<sup>3</sup>.

## § 2 – LA PREUVE AU CAS PAR CAS DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**535** — Épreuve délicate mais nécessaire, la preuve de l'intention frauduleuse obéit à un régime particulier (A) et repose sur la conjonction d'un ensemble d'éléments objectifs (B).

### A. LE RÉGIME DE LA PREUVE DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**536** — Nécessaire en raison de l'absence de présomption de fraude (2), le régime de la preuve de l'intention frauduleuse suppose d'en déterminer la loi applicable (1).

#### 1. La loi applicable au régime de la preuve de l'intention frauduleuse

**537** — La preuve de la fraude à la loi répond aux conditions générales relatives à l'objet, la charge et les modes de la preuve. Partout sans doute la charge de la preuve pèse sur le demandeur<sup>4</sup> et la présomption de bonne foi est universelle. Néanmoins, son intensité peut varier d'un système à l'autre si bien que la question de la loi applicable peut être déterminante. Les présomptions qui déterminent l'objet de la preuve et qui en renversent la charge sont généralement soumises à la loi qui régit le fond de la situation<sup>5</sup>. Vis-à-vis de la fraude à la loi, l'objet et la charge de la preuve doivent donc dépendre en principe de la loi applicable au rapport de droit en cause dans la réalisation de la fraude, donc de la loi évincée. L'objet de la preuve c'est la fraude. Dès lors, la sanction de la fraude à la loi étrangère dépend avant tout de savoir si cette loi étrangère sanctionne la fraude à la loi commise contre sa propre autorité. *A priori*, il s'agit là d'un faux problème et sans nul doute aucune loi, fût-elle des plus tolérantes, n'acceptera d'être éludée lorsque les conditions de sa compétence seront réunies. C'est encore un faux problème dans la mesure où « la fraude à la loi étrangère peut apparaître comme une fraude à la loi française de conflit qui avait donné compétence à la loi française »<sup>6</sup>. La jurisprudence ne s'est d'ailleurs jamais posée cette question de la preuve de la fraude à la loi en terme de conflit de lois. En ce sens, quelle que soit la loi applicable à l'objet et à la charge de la preuve, il appartiendra à celui qui l'invoque de démontrer la fraude à la loi. Lié au procès, le mode de preuve des éléments qui en commandent l'issue est une question de procédure,

<sup>1</sup> B. AUDIT, n° 234.

<sup>2</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, n° 140.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 795 et s.

<sup>4</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 501 ; B. AUDIT, n° 436.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 373.

relevant à ce titre de la loi du for<sup>1</sup>. Il faudra donc tenir compte des règles prévues par la loi de l'autorité étatique saisie afin de sanctionner la fraude à la loi. Devant l'autorité française, la preuve de la fraude à la loi est libre<sup>2</sup>. En Belgique, où le principe est identique, la Cour de cassation a jugé que la preuve littérale de l'article 1341 du Code civil « n'est pas applicable au mode de preuve de la fraude à une disposition légale d'ordre public »<sup>3</sup>. La fraude à la loi peut donc être prouvée par tout moyen afin de contrarier la non-présomption de fraude.

## 2. La non-présomption de fraude

**538** — L'absence de présomption de fraude à la loi en droit international privé est une constante de la jurisprudence. Les juges considèrent en effet que « la fraude ne se présume pas »<sup>4</sup>, ni qu'elle se suppose<sup>5</sup>. Ils peuvent rendre un arrêt avant dire droit en cas de soupçon de fraude<sup>6</sup>, lequel ne peut établir de manière certaine la fraude à la loi<sup>7</sup>. Aucune circonstance ne pourrait en principe présumer la fraude, « même au terme d'un raisonnement d'objectivation par référence au standard de comportement du bonus vir, et ce dans le domaine de la fraude et de la faute intentionnelle »<sup>8</sup>. Dans tous les cas où les juges sanctionnent une fraude à la loi, ils prennent soin de relever l'intention frauduleuse à l'appui de plusieurs arguments de fait.

**539** — En droit communautaire également la fraude ne se présume pas. Ainsi, il arrive que « la règle nationale litigieuse (...) revient à présumer l'existence d'une fraude ou d'un abus (...). Une telle situation est en contradiction avec une jurisprudence bien établie dont il découle que les autorités d'un État membre ne sauraient présumer l'existence d'une fraude ou d'un abus du simple fait de l'exercice par un opérateur d'une liberté découlant du traité »<sup>9</sup>. La non-présomption de fraude ou d'abus se déduit du principe de bonne foi. Elle interdit qu'un droit soit refusé en raison d'une intention malicieuse soupçonnée, tant que celle-ci n'a pas été démontrée. Ainsi, la jurisprudence anti-contournement « n'autorise pas un État membre à exclure de façon générale que certains services puissent être fournis par des opérateurs établis dans d'autres États membres, car cela reviendrait à supprimer la libre prestation de services », ni n'autorise cet État à soumettre l'accès au réseau câblé de programmes étrangers à une autorisation préalable<sup>10</sup>. De même, soumettre le conjoint non européen d'un ressortissant communautaire aux règles anglaises relatives au contrôle de l'immigration, dissuaderait le ressortissant communautaire à quitter son pays d'origine avec son conjoint s'il n'avait pas la garantie de pouvoir y revenir avec lui<sup>11</sup>. En ce sens, l'intention malicieuse doit résulter d'une preuve positive et non négative : il n'appartient pas au ressortissant qui utilise les facilités offertes par le traité de démontrer sa bonne foi, il appartient aux États membres de rapporter la

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1959, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 368, note Y. L. ; *D.* 1959, p. 485, note MALAURIE.

<sup>2</sup> Art. 1353 du Code civil ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, op. cit.*, p. 433.

<sup>3</sup> Civ., 19 mai 1961, *Pas.* 1961, I, p. 1008 et s.

<sup>4</sup> T. civ. de la Seine, 11 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9223, note LOUIS-LUCAS ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 128, note BELLET ; *JDI* 1956, p. 1022, note B. G.

<sup>5</sup> Req., 21 février 1866, *D.* 1866, I, 278.

<sup>6</sup> TGI Paris, 5 janvier 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 529, note POISSON-DROCOURT et RANGEL, confirmé par Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, note MUIR WATT.

<sup>7</sup> Soc., 18 novembre 1999, *Dr. ouv. janv.* 2000, p. 35.

<sup>8</sup> J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 334.

<sup>9</sup> J. MISHO, concl. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, aff. C-436/00, *Rec.* I-10829, n°s 50 et 51.

<sup>10</sup> CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-11/95, *Rec.* I-4115, pts. 65 et 86.

<sup>11</sup> CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.* p. 4265 et s., concl. TESAURO, pts. 19 et 20. *Adde* CJCE, 30 mars 2000, *Banks*, aff. C-178/97, *Rec.* I-2005, pts. 40 à 42.

preuve de l'utilisation contournée du droit communautaire. Cependant, cette non-présomption cède parfois devant des impératifs propres à certaines matières.

**540** — Dans certains cas en effet, la loi présume la fraude ou en tout cas un comportement qui s'en rapproche<sup>1</sup>. C'est le cas en matière de mariage de complaisance, avec les articles 26-4 al. 3 du Code civil<sup>2</sup> et 175-2 du même code<sup>3</sup>. Si les présomptions expresses de fraude sont rares, de nombreux textes en revanche sont justement édictés pour éviter que des fraudes – au sens large – ne se réalisent dans des hypothèses où elles peuvent être redoutées. Dans le Code civil, c'est notamment l'article 23-2 en matière de nationalité, l'article 909 s'agissant du mariage<sup>4</sup>, les articles 450 al. 3, 903, 904 et 907 en matière de tutelle, l'article 918 en matière de succession<sup>5</sup>. C'est le cas encore, en matière d'adoption internationale, de l'article 348-5 du Code civil qui prévoit la remise de l'enfant de moins de deux ans à un service agréé, lorsqu'il n'existe pas de lien de parenté entre l'adopté et l'adoptant<sup>6</sup>.

**541** — Cette possibilité de prévenir la fraude à la loi est également reconnue en droit communautaire. Ainsi, à propos d'une affaire d'exportations et de réimportations frauduleuses, la Cour rappelle que « le législateur communautaire s'est prémuni contre le risque d'une telle réimportation frauduleuse en exigeant que l'exportateur soit en mesure d'apporter la preuve de la mise en libre pratique »<sup>7</sup>. Dans cette affaire, l'exportateur invoque sa bonne foi et prétend n'avoir pas eu connaissance de la volonté de l'importateur du pays tiers de renvoyer la marchandise à destination d'un autre État membre. La Cour estime cependant que « la bonne foi de l'exportateur ainsi que sa non-participation à la fraude (...) ne peuvent davantage être prises en compte. Conformément à une jurisprudence constante de la Cour (...), l'exportateur peut s'assurer, par des mesures contractuelles, que les acheteurs ne détourneront pas frauduleusement la marchandise de sa destination. Il lui appartient ainsi de prendre des précautions appropriées (...) »<sup>8</sup>.

**542** — Ces hypothèses de contrôles renvoient à une mesure de prévention. Mais elle aboutit en retour à créer, parfois, une présomption irréfragable de fraude qui sanctionne un simple manque de diligence. D'autant que leur efficacité peut être aléatoire. Ainsi, en matière d'entrée et de séjour, la Cour souligne que « l'efficacité d'un tel système de contrôle préalable repose dans une très large mesure sur l'exactitude des déclarations faites par les intéressés au moment où ils sollicitent un visa d'entrée auprès des services compétents dans leur État d'origine ou bien lors de leur arrivée dans l'État membre d'accueil »<sup>9</sup>. Cette circonstance pourrait expliquer la rigueur de la solution dans l'affaire *Boterlux*. Dans une affaire plus

<sup>1</sup> Sur l'ensemble de la question, v. F. DEFFERRARD, *La suspicion légitime*, éd. LGDJ, 2000 ; G. BOURDEAUX, « La suspicion de fraude », *JCP* 1994, I, 3782. Adde J. BEDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale*, t. II, Paris, 1851, n° 645 et s.

<sup>2</sup> Sur cette présomption de fraude et son caractère apparemment irréfragable, cf. *supra* n° 136 et s.

<sup>3</sup> Sur ce moyen pour l'officier de l'état civil de surseoir à la célébration du mariage, cf. *infra* n° 675 et s.

<sup>4</sup> Req., 7 avril 1863, *D.P.* 1863, I, 231 ; – 29 juillet 1891, *D.P.* 1892, I, 260 ; – TGI de la Seine, 4 juin 1964, *D.* 1965, p. 271 ; *RTD civ.* 1965, p. 689, obs. SAVATIER.

<sup>5</sup> Civ., 13 mai 1952, *D.* 1952, p. 505, note LALOU.

<sup>6</sup> H. MUIR WATT, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469, spéc. n° 10 et s.

<sup>7</sup> CJCE, 9 août 1994, *Boterlux*, aff. C-347/93, *Rec.* I-3933, pt. 33.

<sup>8</sup> *Ibid.*, pt. 36. Adde CJCE, 27 octobre 1987, *Theodorakis*, aff. C-109/86, *Rec.* p. 4319, pt. 8 ; – 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-10/00, *Rec.* I-2357, pt. 29.

<sup>9</sup> CJCE, 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec.* I-6369 ; *JDI* 2002, p. 588, obs. LUBY, pt. 71.

récente, la CJCE relève en effet « les difficultés inhérentes à la preuve d'une intention frauduleuse » en raison des méandres dans lesquels, souvent, elle s'inscrit<sup>1</sup>, justifiant les obligations qui pèsent sur les opérateurs<sup>2</sup>. Une telle mesure de prévention de la fraude est ici admise si, comme pour sa sanction, elle ne porte pas atteinte à la liberté prévue par le traité<sup>3</sup>.

**543** — Il découle du principe de non-présomption de fraude que les juges sont tenus de rechercher, lorsque la question est soulevée par l'une des parties, si la situation internationale qui leur est soumise n'a pas été créée à des fins frauduleuses. Cette obligation a été rappelée par la Cour de cassation, en ce qui concerne les affaires de répudiations étrangères, qui n'hésite pas à casser les décisions des juges du fond n'ayant pas procédé à cette recherche, alors que l'hypothèse a été soulevée par l'épouse<sup>4</sup>. En revanche, la Cour de cassation laisse aux juges du fond le soin d'apprécier souverainement l'existence d'une fraude à la loi. Ainsi, au sujet d'un mariage clandestin, elle juge qu'il « appartient au juge du fait de décider, par une appréciation souveraine des faits et circonstances de la cause, si les parties, qui sont allées contracter mariage en pays étranger, ont entendu faire fraude à la loi française et éluder les formalités exigées par celle-ci »<sup>5</sup>. La solution est demeurée constante, quelle que soit la matière<sup>6</sup>, et laisse aux juges du fond le soin de découvrir les éléments de preuve.

#### B. LES ELEMENTS DE PREUVE DE L'INTENTION FRAUDULEUSE

**544** — La preuve de l'intention frauduleuse est souvent considérée comme la pierre d'achoppement de la théorie de la fraude à la loi. S'il est exact qu'une intention est toujours délicate à démontrer, étant par nature dissimulée surtout lorsqu'elle est frauduleuse et qu'une fraude savamment orchestrée sera souvent indécélable, il n'en reste pas moins que faute d'être entièrement voulue, la manœuvre, si elle est véritablement frauduleuse, se révélera rapidement sous son vrai visage. L'élément essentiel est ici de vérifier, à un moment où la réalité de la manœuvre est démontrée, si l'agent a, ou non, accepté les conséquences les plus essentielles normalement attachées à ce changement<sup>7</sup>. Si en effet la manœuvre est voulue en tant que telle, le sujet en acceptera toutes les conséquences les plus essentielles. Aucune intention frauduleuse ne pourra être relevée faute pour le résultat matériel prohibé, le cas échéant, d'avoir été le but exclusif de la création ou la dénégation de la situation internationale. À l'inverse, si le sujet n'a réalisé le préalable matériel et saisi l'autorité étatique que dans le but exclusif de provoquer l'application d'une loi autre que celle normalement applicable, alors il dénierait la situation qu'il

<sup>1</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Käserer Champignon Hofmeister*, préc., pt. 61. *Adde* TPICE, 4 juillet 2002, *SCI UK Ltd c/ Commission*, aff. T-239/00, *Rec. II-2957*, pt. 58.

<sup>2</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Käserer Champignon Hofmeister*, préc., pt. 63 ; – TPICE, 4 juillet 2002, *SCI UK Ltd c/ Commission*, préc., pt. 55. *V. cep.* TPICE, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt c/ Commission*, aff. T-42/96, *Rec. p. II-401*, pt. 163 et s. ; – 17 septembre 1998, *Primex Produkte Import-Export c/ Commission*, aff. T-50/96, *Rec. p. II-3773*, pt. 141 et s. ; – 4 juillet 2002, *SCI UK Ltd c/ Commission*, préc., pt. 59.

<sup>3</sup> CJCE, 21 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-298/99, *Rec. I-3129*, concl. ALBER, spéc. concl. n<sup>os</sup> 41 et 69, arrêt pts. 33 et 37. *Adde* pour la fraude fiscale : F. G. JACOBS, concl. sous CJCE, 3 octobre 2002, *Dieter Danner*, aff. C-136/00, *Rec. I-8147*, n<sup>o</sup> 83. *Cf. infra* n<sup>o</sup> 811 et s.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc. ; – 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPREZ ; – 13 décembre 1994, préc. ; – 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 321 ; *D.* 1995, IR, p. 204.

<sup>5</sup> Req., 5 juillet 1905, préc.

<sup>6</sup> Req., 21 février 1866, préc. ; – 3 janvier 1906, préc. ; – Civ., 13 juillet 1926, *S.* 1926, 1, 263 ; – Rennes, 12 janvier 1933, *Gaz. pal.* 1933, 1, p. 691 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 13 février 1961, préc. ; – 11 juillet 1977, préc. ; – 2 octobre 1984, préc. ; – 22 avril 1986, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 1<sup>re</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON ; – 19 juillet 1989, *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 296 ; – 21 mai 1997, *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 160 ; – 13 novembre 2002, pourvoi n<sup>o</sup> 00-20831, inédit.

<sup>7</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n<sup>o</sup> 269.

aura créée aussitôt après avoir obtenu le résultat matériel recherché. En ce sens, c'est « la disproportion entre la portée du moyen mis en œuvre et l'utilité qu'on prétend en retirer qui signe la fraude »<sup>1</sup>. En dehors des cas où la *fraus* ne laisse « guère de place au doute »<sup>2</sup>, celle-ci se révélera par toutes les circonstances objectives qui entourent la manœuvre et qui permettent d'apprécier, avec suffisamment de certitude, que l'intéressé s'est soustrait, malgré l'apparence de licéité derrière laquelle il se retranche, à la loi normalement applicable. Il convient donc de déterminer la qualité des éléments de preuve de l'intention frauduleuse (1) avant de montrer que cette preuve ne sera rapportée que par la conjonction de plusieurs éléments de fait (2).

### 1. La qualité des éléments de preuve

**545** — L'étude de la jurisprudence relative à la fraude à la loi de droit international privé montre que « l'intention ne se révèle que par voie de conjecture »<sup>3</sup>. En effet, même si elle peut sembler évidente à l'observateur, les éléments objectifs qui entourent la manœuvre ne sont toujours que des suppositions qui, au mieux, peuvent rendre hautement probable, à défaut d'être complètement certaine, l'intention frauduleuse. Par nature subjective et dissimulée, l'intention frauduleuse dépendra uniquement de la conviction personnelle du juge dans l'interprétation des faits. La preuve de la fraude à la loi ne dépend que de présomptions et en cela elle n'est que toujours présumée. C'est ce qui résulte notamment de l'article 1350, 1<sup>o</sup> du Code civil. La loi n'exige pas ici une fraude certaine pour prononcer l'annulation d'un acte, mais simplement une fraude présumée. En érigeant ces dispositions spéciales de la loi en présomption légale, le législateur permet de donner force à des éléments de preuve qui, de manière inhérente, n'en auront jamais assez. En vertu de l'article 1352 du Code civil, ces présomptions de fraude seront irréfragables, à moins que la loi n'en dispose autrement. Dans les cas plus fréquents où la loi n'aura pas établi une présomption légale de fraude, sa preuve sera déduite des faits, de présomptions de l'homme qui, selon l'article 1353 du Code civil, sont laissées « aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes »<sup>4</sup>. En ce sens, la valeur des éléments de fait qui tendent à démontrer l'intention frauduleuse ne provient pas directement de ces seuls éléments mais plutôt de l'effet que la loi ou les juges leur donnent. Cette absence de force intrinsèque attachée aux éléments de preuve de la fraude à la loi traduit leur relativité. Un élément révélateur d'une fraude dans un cas précis ne le sera pas forcément dans d'autres hypothèses. Si donc l'intention ne se révèle que par voie de conjecture, tout est question de conjoncture.

**546** — De fait, s'il est possible de relever un certain nombre de décisions ayant sanctionné une fraude à la loi de manière quelque peu hâtive, il apparaît que globalement la jurisprudence est toujours demeurée circonspecte quant à la démonstration de l'intention frauduleuse. Son étude permet de dénombrer un certain nombre d'éléments de fait qui lui ont permis, à plusieurs reprises, de sanctionner une fraude à la loi, ou tout du moins une manœuvre qualifiée comme telle. Il en est par exemple de la précipitation entre la réalisation du préalable matériel et la saisine de l'autorité étatique, qui révèle que le premier n'a été réalisé que dans le

<sup>1</sup> Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66 et s., spéc. p. 75 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n<sup>o</sup> 6.9.

<sup>2</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n<sup>o</sup> 372.

<sup>3</sup> J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, op. cit., n<sup>o</sup> 24, p. 242.

<sup>4</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 266 ; D. 1994, IR, p. 234.

but de saisir la seconde<sup>1</sup>. Dans l'affaire *Vidal*, les juges soulignent ainsi que l'autorité suisse a été saisie « à peine » la naturalisation obtenue. Dans l'affaire *Weiller*, la compétence de l'autorité saisie ne résultait que d'une résidence éphémère, mais néanmoins déclarée définitive par l'épouse « l'avant-veille du divorce ». Peut encore démontrer l'intention frauduleuse la précipitation entre le moment où le résultat est obtenu et celui où la situation créée est déniée. Lorsqu'il y a fraude en effet, la situation internationale créée ou la situation faisant suite à une dénégation de la situation internationale existante ne dure que le temps nécessaire à l'obtention du résultat matériel souhaité<sup>2</sup>. Ainsi dans l'affaire *Vidal* toujours, les juges relèvent que l'épouse n'a acquis la nationalité suisse et donc perdu la nationalité française « que pour échapper par le divorce aux liens de son précédent mariage et pour en contracter aussitôt un second, par lequel elle a recouvré la qualité qu'elle venait d'abdiquer ». C'est également l'élément de preuve essentiel pour qualifier de frauduleux les mariages clandestins. Les fiancés ne se déplacent en pays étranger que le temps nécessaire aux noces et reviennent immédiatement, dans tous les cas où une fraude est relevée, dans l'État de leur domicile initial. De cette double précipitation se déduit un autre élément de preuve, à savoir l'absence de lien sérieux entre la situation créée et l'autorité étatique, si ce n'est celui issu du préalable matériel. Celui-ci est alors jugé artificiel, sans fondement ou en tout cas inapte à fonder une compétence sérieuse de l'autorité étatique saisie<sup>3</sup>. Ces trois éléments sont les plus fréquemment invoqués par les juges. De fait, ils sont révélateurs de l'insincérité de la manœuvre puisqu'une situation légitimement voulue ne sera pas rapidement remise en cause par celui-la même qui l'a créée et elle présentera un caractère effectif au regard du système juridique auquel elle prétend être rattachée. Ainsi à l'inverse, lorsque les juges constatent que la situation internationale présente des liens forts et étroits avec l'autorité saisie, ils concluent à l'absence de fraude à la loi<sup>4</sup>. Dans

<sup>1</sup> Not. Req., 19 juillet 1875, préc. ; – Paris, 30 juin 1877, *Vidal*, préc. ; – Req. 5 juillet 1905, préc. ; – T. civ. de la Seine, 23 novembre 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 375, 2<sup>de</sup> esp. ; – T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, préc. ; – Paris, 15 décembre 1948, *Weiller*, préc. ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, p. 653, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE.

<sup>2</sup> Not. Paris, 30 juin 1877, *Vidal*, préc. ; – Civ., 15 juin 1887, *D.* 1888, 1, 412 ; – T. civ. de la Seine, 23 novembre 1910, préc. ; – Paris, 15 décembre 1948, préc. ; – Civ., 22 janvier 1951, préc. ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, préc. ; – 1<sup>er</sup> juillet 1965, préc. ; – Paris, 5 mars 1976, préc. ; – 27 novembre 1981, préc. et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> Not. Paris, 30 juin 1877, préc. ; – Civ., 15 juin 1887, préc. ; – Req., 3 janvier 1906, préc. ; – T. civ. de la Seine, 22 octobre 1919, préc. ; – Paris, 24 mars 1930, préc. ; – 15 décembre 1948, préc. ; – 31 octobre 1957, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 345, note Y. L. ; – TGI de la Seine, 28 septembre 1959, *D.* 1960, p. 587, note Ph. M. ; *JCP* 1960, II, 11716, note BELLET ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 504, note FRANCESKAKIS, et Paris, 10 novembre 1959, préc. ; – TGI Metz, 22 décembre 1961, *D.* 1962, somm, p. 49 ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, préc. ; – 6 juin 1962, préc. ; – Paris, 5 mars 1976, préc. ; – 27 novembre 1981, préc. et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc. ; – TGI de Paris, 5 juillet 1983, *Gaz. pal.* 1984, 1, somm., p. 190 ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 733 ; – Paris, 29 janvier 1985, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, préc. ; – 18 décembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 295 ; – Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, préc. ; – 1<sup>er</sup> juillet 1999, *D.* 1999, IR, p. 224 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 477, note GAUDEMET-TALLON.

<sup>4</sup> Not. Req., 9 novembre 1846, préc. ; – T. civ. de Lille, 16 juin 1904, *Rev. crit. DIP* 1906, p. 190 ; – T. civ. de la Seine, 10 novembre 1905, préc. ; – T. civ. de Marseille, 3 avril 1909, préc. ; – Alger, 3 février 1930, *Gaz. pal.* 1930, 1, p. 656 ; – T. civ. de Colmar, 12 juin 1951, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 313, note LOUSSOUARN ; – TGI de la Seine, 25 janvier 1967, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 563, note BATIFFOL ; – TGI Paris, 11 mars 1980, *JCP* 1980, II, 19412, note PAIRE ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 275, note LEQUETTE ; – Paris, 15 novembre 1988, *D.* 1989, somm., p. 257, obs. AUDIT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juillet 1989, préc. ; – 5 octobre 1994, préc. ; – Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732, note MUIR WATT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy, JDI* 2003, p. 468, note JACQUET ; *JCP* éd. N. 2003, 1543, note FRANÇOIS ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 96, note MONEGER ; *Defrénois* 2003, p. 1086, obs. MASSIP ; *LPA* 2003, n° 200, p. 11, note MASSIP ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, note MUIR WATT.

toutes ces hypothèses, les sujets n'ont pas agi avec précipitation. Ils n'ont pas créé une situation internationale, il s'agissait de la simple exploitation d'une situation internationale préexistante, laquelle ne donne pas lieu au jeu éventuel de la réserve de la fraude à la loi<sup>1</sup>.

**547** — D'autres éléments de preuve peuvent encore être relevés de la jurisprudence. Il en est ainsi de la contradiction entre la situation créée et l'attitude du sujet<sup>2</sup>. Dans l'affaire *Vidal*, l'époux, bien que juridiquement de nationalité suisse et domicilié en Suisse n'a en réalité « pas quitté la France et (...) a continué de résider à Paris, où il habite encore » au moment où les juges statuent. De même, dans l'affaire *Caron*, si le *de cuius* a vendu son appartement sis en France à une société américaine, il est en réalité « demeuré propriétaire et (...) s'est réservé le droit de jouir, d'user et de disposer de l'immeuble apparemment sorti en tant que tel de son patrimoine »<sup>3</sup>. Dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Paris en 1997, les époux n'étaient pas présents lors de la célébration du mariage à l'étranger.

**548** — Un autre élément de preuve de l'intention frauduleuse a été essentiellement utilisé pour les affaires de répudiations étrangères. Il s'agit du rapprochement de deux décisions contradictoires ou risquant de l'être, généralement rendues par deux fors différents, sur le même objet ou non, ayant des effets différents ou inconciliables. Les juges relèvent ainsi que le mari est allé obtenir une décision de rupture du mariage alors que l'épouse avait préalablement intenté une procédure de divorce ou en contribution aux charges du mariage<sup>4</sup>. La Cour de cassation considère d'ailleurs, inversement, qu'il n'y a pas fraude dans le fait pour le mari d'avoir saisi d'une demande de divorce un juge étranger, antérieurement à la requête de la femme présentée devant le juge français<sup>5</sup>. Ce rapprochement entre deux décisions a également été utilisé dans des affaires de divorce. Ainsi lorsque les frères d'un défunt saisissent un juge pour annuler le jugement de divorce entre le défunt et sa première épouse, afin de faire annuler le second mariage de celui-ci pour que la seconde épouse ne lui succède pas et que la première recouvre sa qualité d'héritière<sup>6</sup>. Lorsqu'un époux intente plusieurs procédures de divorce dans différents pays, « il ressort clairement de ces voies multiples qu'il a cherché à la fois à obtenir de juridictions étrangères, dans des conditions plus favorables, une décision que l'application des critères français en matière de compétence risquait au moins de retarder et à échapper à la compétence d'une juridiction française qui l'avait précédemment débouté »<sup>7</sup>. Demander le divorce à l'étranger permet ainsi, dans l'esprit de l'époux, de remettre en cause une décision ayant refusé d'annuler le mariage<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 381 et s.

<sup>2</sup> Not. Paris, 30 juin 1877, *Vidal*, préc. ; – 24 mars 1930, préc. ; – Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc. ; – Paris, 2 octobre 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 424, note DE VAREILLES-SOMMIERES ; *Dr. fam.* 1998, n° 5, p. 8 ; *JCP* 1998, I, 101, n° 1, obs. FARGE.

<sup>3</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc.

<sup>4</sup> Paris, 6 juillet 1982, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, préc. ; – Paris, 15 novembre 1988, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, préc. ; – 18 décembre 1990, préc. ; – Versailles, 27 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, note MUIR WATT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1994, préc. ; – 18 juillet 1995, préc. ; – 14 janvier 1997, *Bull. civ.* I, n° 13.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, préc. ; – 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note ANCEL ; *D.* 1994, somm., p. 352, obs. AUDIT. Sur ces oppositions et la notion de fraude au jugement, cf. *supra* n° 169 et s.

<sup>6</sup> Paris, 10 juin 1972, *D.* 1973, p. 296, concl. CABANNES ; *JDI* 1974, p. 150, note DEBY-GERARD.

<sup>7</sup> TGI Paris, 6 juillet 1972, *JDI* 1973, p. 728, note AUDIT.

<sup>8</sup> T. civ. de la Seine, 4 février 1882, préc.

**549** — La preuve de l'intention frauduleuse peut encore être rapportée par le secret qui entoure la réalisation du préalable matériel et la saisine de l'autorité étatique. Cet élément de preuve concerne essentiellement les mariages clandestins ainsi que les divorces migratoires demandés par un époux à l'insu de l'autre<sup>1</sup>. À l'inverse et dans ces hypothèses de mariages clandestins, il n'y a pas de fraude à la loi lorsque le mariage n'a pas été dissimulé<sup>2</sup> ou lorsque les époux ont publiquement revendiqué leur nouvel état sans que les personnes en droit de s'y opposer n'aient agi<sup>3</sup>. Dans un sens identique, le mensonge et la dissimulation devant l'autorité saisie de la véritable situation du plaideur sont parfois retenus par les juges comme élément de preuve de la fraude à la loi, ce moyen permettant d'induire en erreur l'autorité saisie sur sa compétence judiciaire et celle de la loi qu'elle doit appliquer<sup>4</sup> ou sur la possibilité pour le défendeur d'organiser sa défense<sup>5</sup>. Cette preuve peut encore ressortir de l'aveu même de l'intéressé, judiciaire ou extrajudiciaire. Ainsi dans l'affaire *Caron*, les juges relèvent qu'il « résulte de [la] correspondance [entre Caron et son notaire] que toutes les opérations ont été harmonisées par M. Caron en vue de son décès pour favoriser les époux Odell et faire en sorte que ses enfants ne soient pas gratifiés sans que la vente de l'immeuble à la Société C.C. puisse être considérée comme fictive »<sup>6</sup>.

**550** — Les juges utilisent enfin un autre élément de preuve plus subjectif que les précédents, celui de la connaissance évidente, par le sujet, des avantages offerts par le système juridique de l'autorité saisie<sup>7</sup>. C'est le cas notamment avec les divorces migratoires prononcés par le juge de Reno, dans l'État nord-américain du Nevada. La complaisance avec laquelle le système juridique et judiciaire de cet État permet à des époux venant de tous horizons d'obtenir de manière expéditive, sans preuve et sans débat, la dissolution de leur mariage est mondialement connue. Il en découle une véritable présomption de fraude à la loi dans le fait de s'adresser à ce juge, alors même parfois que le rapport de droit n'est pas plus rattaché à cet État qu'à un autre, pourtant jugé plus normal. Cette présomption de fraude ressort clairement d'une affaire qui concernait un couple franco-américain « en perpétuel déménagement »<sup>8</sup>. Dans leur décision, les juges reprochent à l'épouse d'avoir saisi le juge américain plus complaisant tout en admettant la compétence du juge français. Le tribunal reconnaît donc implicitement la

<sup>1</sup> Not. Orléans, 14 avril 1886, préc. ; – Civ., 15 juin 1887, préc. ; – Req., 3 janvier 1906, préc. ; – T. civ. de la Seine, 23 novembre 1910, préc. ; – TGI Metz, 22 décembre 1961, préc. ; – TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, préc. ; – TGI Troyes, 9 novembre 1966, préc.

<sup>2</sup> Not. Req., 20 novembre 1866, *D.* 1867, 1, 13 ; *S.* 1866, 1, 342 ; – 8 mars 1875, préc. ; – Amiens, 22 juillet 1886, préc. ; – T. civ. de la Seine, 12 juillet 1888, préc. ; – Bourges, 13 juillet 1891, *JDI* 1891, p. 1211 ; – Aix, 20 décembre 1900, *JDI* 1903, p. 639 ; – Paris, 13 juillet 1905, *JDI* 1906, p. 426.

<sup>3</sup> Not. Amiens, 22 juillet 1886, préc. ; – Montpellier, 21 juin 1928, *JDI* 1929, p. 1062 ; – Rennes, 12 janvier 1933, préc. ; – Nancy, 5 février 1999, préc.

<sup>4</sup> Not. Req., 11 novembre 1908, *JDI* 1909, p. 753, note J. P. ; *S.* 1909, 1, 572 ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 227 ; *D.* 1914, 1, 118 ; *S.* 1909, 1, 572 ; – Paris, 24 mars 1930, préc. ; – 15 décembre 1948, préc. ; – 2 décembre 1966, préc. ; – Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2902, note GRANET ; *JCP* 2003, I, 101, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. HAUSER.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-020396 ; *JCP* 2003, IV, 2828. *Adde* TGI de Créteil, 28 septembre 1999 (n° 99/00059), cité par M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *L'exequatur en France des jugements étrangers*, *Gaz. pal.* 16-17 juin 2004, spéc. p. 22, note 115.

<sup>6</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc. L'aveu d'une fraude par le fraudeur lui-même, s'il peut en théorie être accepté afin de sanctionner la fraude à la loi, doit néanmoins être lui aussi interprété dans la mesure où le fraudeur peut, en avouant sa fraude, réaliser une autre fraude à la loi, cf. *infra* n° 600 et s.

<sup>7</sup> Not. Paris, 15 décembre 1948, préc. ; – TGI de la Seine, 6 juin 1962, préc. ; – Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc. ; – Douai, 12 décembre 1996, *Rev. dr. pays Afr.* 2000, p. 101, note MBARGA.

<sup>8</sup> TGI de la Seine, 6 juin 1962, préc.

compétence des deux autorités puisqu'en proposant aux époux de saisir le juge français lors d'un simple passage en France, il admet nécessairement que les époux puissent également saisir une autre autorité, pour la même raison, tant qu'elle se rattache à leur situation. Pour justifier la non-reconnaissance, le tribunal estime alors que la saisine du juge étranger paraît « abusive et frauduleuse » car « la raison [que les époux] donnent au choix de l'État du Nevada est fallacieuse, et que cette désignation ne peut s'expliquer que par leur désir de profiter des moyens de preuve interdits par la loi française ». Il apparaît ici que le simple fait de vouloir tirer avantage d'un système juridique trop connu pour sa complaisance constitue une preuve de l'intention frauduleuse. Cet argument est en ce sens contestable étant donné que la recherche d'un avantage précède souvent sinon toujours la saisine d'une autorité étatique, surtout lorsque le demandeur dispose, comme en l'espèce, d'une option de compétence. Toujours est-il que tous ces éléments de fait objectifs qui entourent la manœuvre montrent que le résultat matériel n'est pas « la conséquence possible et éventuelle d'un changement de statut personnel, mais sa cause déterminante »<sup>1</sup>. Ils permettent alors de démontrer l'intention frauduleuse du sujet et appellent, en cela, le jeu éventuel de la réserve de la fraude à la loi.

**551** — Plus récente que la jurisprudence relative à la fraude à la loi, la jurisprudence anti-contournement de la CJCE est source d'enseignement dans la recherche des éléments de preuve de l'intention frauduleuse. En ce qui concerne les modalités de cette démonstration, la CJCE est longtemps restée relativement muette. Elle se contenta de fournir quelques exemples ou d'apprécier les motifs invoqués par les parties. Mais elle ne donnait jamais de directives générales. Ainsi, l'arrêt fondateur *van Bisbergen* se contente-t-il de viser l'hypothèse du « prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée » vers un État membre « au cas où il serait établi » sur le territoire d'un autre État membre<sup>2</sup>. De cet exemple, il apparaît que la preuve de l'intention frauduleuse peut se découvrir dans l'observation des conditions objectives qui entourent la réalisation de la manœuvre. L'emploi des termes « entièrement ou principalement » demeure néanmoins ambigu. Si le prestataire a également une activité dans l'État d'établissement, il paraît difficile de lui refuser de proposer ses activités vers un autre État membre. Dès lors, l'autre critère semble mieux refléter la recherche d'intention. Le fait que l'opérateur n'exerce aucune activité sur l'État d'établissement peut effectivement démontrer l'intention frauduleuse. L'établissement dans un autre État de celui où l'opérateur exerce ses activités ne présente en effet, *a priori*, d'autre intérêt que celui d'utiliser la frontière comme un moyen de bénéficier d'avantages financiers, sociaux ou législatifs. Mais cet argument n'est pas infaillible et la Cour en a considérablement réduit la portée. Elle a en effet estimé que « le traité n'interdit pas à une entreprise d'exercer la liberté de prestation de services lorsqu'elle n'offre pas de services dans l'État membre dans lequel elle est établie »<sup>3</sup>. La Cour juge alors que « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. III, *op. cit.*, n° 1083.

<sup>2</sup> CJCE, 3 décembre 1974, aff. C-34/74, *Rec.* p. 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17, pt. 13.

<sup>3</sup> CJCE, 5 juin 1997, *VT4*, aff. C-56/96, *Rec.* I-3143, pt. 22.

<sup>4</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. C-79/85, *Rec.* p. 2375, pt. 16 ; – 9 mars 1999, *Centros*, *préc.*, pt. 29 ; – 9 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* I-10155, concl. ALBER ; *D.* 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; *D.* 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENJUCQ, pt. 96. *Adde* O. LENZ, concl. sous CJCE, 5 juin 1997, *VT4*, *préc.*, n° 38 ; J. MISHO, concl. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, *préc.*, n° 52.

**552** — Sur ces considérations casuistiques, la CJCE put dégager un principe général selon lequel, « dans de telles circonstances, les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées »<sup>1</sup>. Ainsi, dans la mesure où la fraude à la loi communautaire procède d'une action sur l'élément d'européanité, qui résulte ou se combine à l'exercice d'une liberté communautaire, la recherche de l'intention frauduleuse consistera pour l'essentiel à apprécier cet élément de rattachement à l'ordre juridique communautaire. Dans la majorité des cas, cette appréciation ne sera guère différente de celle effectuée en droit international privé. Toutefois, le droit communautaire étant à vocation principalement économique, la fraude à la loi est ici essentiellement le fait de société. Lorsqu'il s'agit d'apprécier le comportement frauduleux de personnes physiques, comme dans les affaires *van Bisbergen*, *Knoors* ou *Bouchoucha*, l'analyse des intentions est plus facilement envisageable. À l'inverse, l'intention d'une société est plus énigmatique. Une personne morale n'a, par définition, aucune intention propre et seuls ses dirigeants, ses associés ou ses actionnaires sont à même de l'exprimer. Lorsque la société est individuelle ou gérée par un nombre limité de personnes, l'intention des dirigeants peut se confondre avec celle de la société. Toutefois, dès lors que plus d'une personne a, sur la société, un pouvoir de décision, la question est celle de savoir si l'intention frauduleuse doit être partagée par tous les associés. En droit français, après avoir exigé que la fraude soit partagée par tous les associés<sup>2</sup>, la Cour de cassation admet « qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du motif déterminant de la conclusion du contrat »<sup>3</sup>. Il en résulte que l'associé innocent peut, en droit français, demander la nullité d'une société qui n'a été, pour l'autre associé, qu'un instrument de fraude<sup>4</sup>. Dans l'affaire *Centros*, la société était constituée de deux personnes, dont les relations familiales laissent penser qu'elles étaient douées de la même intention. Mais il est certain que l'appréciation de l'intention frauduleuse ou abusive sera difficile si la société est composée d'un nombre important d'associés.

**553** — Cette difficulté est exacerbée en droit communautaire dans la mesure où la CJCE, si elle veut construire un principe général, doit tenir compte des spécificités de chaque État membre. Or, en l'absence d'harmonisation du droit des sociétés, cette appréciation peut se révéler insurmontable. Face à cette difficulté, un avocat général estime qu'il « y a lieu de s'en tenir à des critères objectifs pour la constatation d'un contournement de législation commis par une personne morale »<sup>5</sup>. Il s'agirait d'une véritable conception objective de la fraude à la loi. Il ne semble pas cependant que la difficulté, réelle, d'établir l'intention frauduleuse d'une personne morale doive conduire à une telle dénaturation de la théorie de la fraude à la loi. L'intention résulte en tout état de cause des éléments objectifs qui entourent la manœuvre. En ce sens, la *fraus* se déduit directement des mêmes éléments qui serviraient à démontrer une fraude à la loi objective. La recherche de cette intention procède simplement d'une interprétation des tenants et des aboutissants des circonstances objectives. Ainsi, le même avocat général propose d'établir la fraude de la société en appréciant, par exemple, la date de la mise en œuvre, le contenu et l'objet de l'activité<sup>6</sup>. L'élément intentionnel suppose une

<sup>1</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc., pt. 25. *Adde* CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, préc., pt. 143.

<sup>2</sup> Com., 28 janvier 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 419, note LE CANNU.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 1998, *D.* 1998, p. 563, concl. SAINTE-ROSE.

<sup>4</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 17<sup>e</sup> éd. Litec, 2004, n° 222.

<sup>5</sup> O. LENZ, concl. sous CJCE, 5 octobre 1994, *TV 10*, aff. C-23/93, *Rec.* p. 4795 et s., n° 61.

<sup>6</sup> *Ibid.*, n° 65.

opération réalisée à seule fin d'utiliser les règles communautaires. Ce sera le cas, par exemple, si la société cesse toute activité faute pour elle d'avoir pu réaliser l'objectif qu'elle s'était fixé. En revanche, parmi les critères objectifs à prendre en compte pour cette appréciation, celui de la nationalité des personnes physiques attachées à la société semble devoir être proscrit<sup>1</sup>. Dans un environnement fortement mondialisé, il est peu probable en effet que ce critère soit pertinent. Il pourrait néanmoins jouer non pas pour apprécier la création d'une société mais pour évaluer l'effectivité d'un transfert de siège social. Ainsi, dans l'affaire *Poulsen*<sup>2</sup>, le bateau était immatriculé au Danemark avant son transfert de pavillon à Panama. Or, les dirigeants et les employés de la société exploitante et du bateau sont restés les mêmes, tous de nationalité danoise. Si la Cour refusa de voir dans ce montage une fraude à la loi, l'intention de la société et du capitaine du bateau était de faire échec au règlement relatif à la pêche dans l'Atlantique Nord. D'autant que le bateau est demeuré, malgré son changement de pavillon, accosté et enregistré au même port danois. Si ce dernier élément, objectif et indépendant de la nationalité des dirigeants, peut sembler déterminant dans la qualification de fraude, il n'est pas certain qu'un bateau panaméen, commandé par et composé d'un équipage panaméen, puisse recevoir la qualification de fraude alors même qu'il resterait à quai danois. En ce sens, si la nationalité des personnes physiques ne peut être l'élément objectif unique et déterminant pour démontrer l'intention frauduleuse de la société, elle peut néanmoins, parfois, être prise en compte.

## 2. La quantité des éléments de preuve

554 — Le principe dégagé par l'arrêt *Centros* est source d'enseignement autant pour la fraude à la loi en droit communautaire que pour celle de droit international privé. D'après les juges de Luxembourg, « les juridictions nationales peuvent, au cas par cas, en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées »<sup>3</sup>. Cette formule résume à elle seule tous les développements qui précèdent sur la démonstration de l'intention frauduleuse : la preuve est question de conjoncture, elle se révèle au cas par cas, en fonction des éléments objectifs qui entourent la manœuvre. L'emploi du pluriel dans cette dernière expression n'est également pas le fruit du hasard. Les juges estiment que « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce ses activités uniquement dans l'État membre de sa succursale *ne suffit pas* à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux »<sup>4</sup>. Ils montrent d'une part que la preuve de la fraude ou de l'abus ne peut résulter d'un unique élément. Cet unique élément fût-il déterminant ou significatif, il doit être corroboré par d'autres circonstances. Il signifie d'autre part que le droit d'établissement n'est pas intrinsèquement incompatible avec la fraude à la loi. La solution matérielle de l'arrêt *Centros* ne peut en ce sens être considérée comme une pétition de principe. Selon cet arrêt, l'exercice d'une liberté communautaire ne peut à lui seul être considéré comme abusif. Mais il pourrait le devenir si l'abus était caractérisé par d'autres éléments. En revanche, un exercice non abusif d'une liberté communautaire peut être constitutif d'une fraude à la loi. Cette solution ressort expressément de l'arrêt *Centros*, même si la fraude visée en l'espèce était une fraude aux droits des tiers, laquelle n'est qu'une catégorie de fraude à la loi. Cette solution est implicitement confirmée par d'autres affaires. Toujours dans le domaine des sociétés et se référant directement à l'arrêt *Centros*, la Commission estime

<sup>1</sup> En ce sens, O. LENZ, concl. préc., nos 63 et 66.

<sup>2</sup> CJCE, 24 novembre 1992, aff. C-286/90, *Rec.*, p. 6019, concl. TESAURO. *Adde* J. VERHOEVEN, « Abus, fraude ou habileté ? À propos de l'arrêt Poulsen (CJCE) », in *La loyauté*, Mél. É. CEREXHE, *op. cit.*, p. 407 et s.

<sup>3</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 25.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pt. 29. C'est nous qui soulignons.

que « l'exercice d'une activité dans un autre État membre par l'entremise d'un établissement stable ne saurait *en soi* être considéré comme étant un indice de fraude ou d'abus »<sup>1</sup>.

**555** — Le principe dégagé par l'arrêt *Centros* est entièrement transposable à la fraude à la loi de droit international privé. Parmi les éléments de preuve objectifs relevés de la jurisprudence de droit international privé, la quasi-totalité des décisions qui sanctionnent la fraude prennent soin d'en relever plusieurs et non un seul. Dans toutes ces hypothèses, « la preuve de la fraude, ou plus exactement de l'intention de fraude, si elle doit résulter d'éléments objectifs, ne peut découler que d'un *ensemble* d'éléments objectifs »<sup>2</sup> ou encore d'un « ensemble de faits »<sup>3</sup>. La doctrine, sans toujours le dire expressément, admet implicitement la nécessité de plusieurs éléments objectifs, par l'emploi quasi systématique du pluriel dans les modalités de démonstration de l'intention frauduleuse<sup>4</sup>. Dans le même sens, la CJCE estime que « *le seul fait* que toutes les émissions et tous les messages publicitaires sont exclusivement destinés au public flamand ne permet pas (...) de démontrer que VT4 ne puisse pas être considérée comme étant établie au Royaume-Uni »<sup>5</sup>. L'exercice d'une liberté communautaire n'est donc pas exclusif de toute intention frauduleuse. Toutefois, l'intention doit résulter de plusieurs éléments concordants, « des preuves complémentaires peuvent ainsi être exigées lorsqu'il est soupçonné ou établi que des abus ont été commis »<sup>6</sup>.

**556** — Si en principe un élément unique ne peut suffire à démontrer l'intention frauduleuse, certaines circonstances peuvent néanmoins se révéler, à elles seules, efficaces. Ainsi en droit interne, la jurisprudence considère que l'article 1353 du Code civil ne s'oppose pas à ce que le juge forme sa conviction sur un fait unique si celui-ci lui paraît de nature à établir la preuve nécessaire<sup>7</sup>. Par exemple, lorsque l'acte préparatoire lui-même a fait l'objet d'une condamnation pour fraude, cet élément de preuve suffit à établir l'intention frauduleuse en ce qui concerne la manœuvre prise dans son ensemble<sup>8</sup>. De même, si le changement de nationalité est lui-même entaché de fraude, les droits acquis par ce changement, mais avant son annulation, pourront être refusés au nom de la réserve de la fraude sur la seule démonstration de cette seule circonstance. Mais dans ces hypothèses, l'intention frauduleuse avait déjà été démontrée. Il ne s'agit alors que d'une illustration du principe selon lequel la fraude corrompt tout – *fraus omnia corrumpit* – et s'étend à tous ses fruits. La solution est identique en matière de mariage naturalisant, le gouvernement pouvant récuser la nationalité française d'un époux de mauvaise foi dont le mariage a été par la suite annulé pour détournement<sup>9</sup>.

**557** — Dès lors, le jeu de la réserve de la fraude à la loi nécessite que l'intention frauduleuse soit démontrée à l'aide de plusieurs éléments objectifs, afin de maintenir son caractère exceptionnel et non arbitraire. L'intention frauduleuse ne se présume donc pas et doit être rapportée au cas par cas par des éléments objectifs. « L'insincérité du fraudeur éclatera

<sup>1</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *AMID*, aff. C-141/99, *Rec.* I-11619, pt. 22. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> M. FALLON, « Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge », *J.T.* 1978, p. 641 et s., spéc. n° 32.

<sup>3</sup> T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, préc.

<sup>4</sup> Par ex. P. MAYER, V. HEUZE, n° 269 ; B. AUDIT, n° 234 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 267 ; J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> CJCE, 5 juin 1997, *VT4*, préc., pt. 22. C'est nous qui soulignons.

<sup>6</sup> CJCE, 9 août 1994, *Boterlux*, préc., pt. 27.

<sup>7</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 28 novembre 1972, *Bull. civ.* III, n° 636 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 5 février 1991, *D.* 1991, p. 456, note MASSIP.

<sup>8</sup> CJCE, 5 juin 1997, *Kol*, aff. C-285/95, *Rec.* I-3069, pt. 28.

<sup>9</sup> Art. 21-5 du Code civil.

chaque fois que se prévalant du changement de loi applicable, il sera dans l'impossibilité d'opposer une justification plausible à qui aura démontré l'écart entre la portée juridique de l'élément matériel et l'exploitation trop limitée, sélective, qui en est faite »<sup>1</sup>. Il en résulte que l'absence d'intention frauduleuse ou abusive ne permet pas de sanctionner le sujet.

---

<sup>1</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.10.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**558** — L'intention frauduleuse est nécessaire à la qualification de fraude à la loi. Elle en constitue même le centre névralgique et permet, *in fine*, de distinguer la fraude à la loi de la simple habileté non répréhensible. La théorie objectiviste n'a pu prospérer en raison de la confusion qu'elle induisait entre la fraude à la loi et la violation de la loi. Elle permet d'ailleurs, paradoxalement, de mieux affirmer la pertinence de la conception subjectiviste en explicitant de manière plus approfondie les deux autres éléments de la fraude à la loi. L'exclusivité qui s'attache à l'intention frauduleuse dans la réalisation du préalable matériel et de la saisine de l'autorité étatique permet également de faire le tri entre des comportements licites et frauduleux, en fonction du lieu où s'exercent les droits acquis par la manœuvre. Elle donne ainsi à la théorie de la fraude à la loi son caractère exceptionnel, conséquence de la difficulté de sa démonstration. Cette difficulté se révèle toutefois relative dès lors qu'est connu le sens même de la notion d'intention frauduleuse. Celle-ci suppose une connaissance conflictuelle et matérielle du droit de plusieurs pays dont la concurrence est artificiellement recherchée. Elle nécessite alors pour l'individu de simuler le raisonnement des autorités étatiques qu'il compte éventuellement saisir afin de déterminer celle qui rendra la décision matériellement la plus proche de son but. À défaut de pouvoir démontrer cette pré-connaissance et cette simulation du raisonnement conflictuel et matériel, réel ou supposé, de plusieurs autorités étatiques, deux au moins, la *fraus* n'est pas caractérisée et la réserve de la fraude à la loi ne peut être opposée à la manœuvre. L'intention frauduleuse doit donc être prouvée au cas par cas, à l'aide d'éléments objectifs et pertinents qui entourent la manœuvre. Elle ne se présume pas et ne peut en principe se déduire de présomption – sauf hypothèses légales souvent contestables – ou d'un seul élément objectif.

## CONCLUSION DU TITRE 1

**559** — Bien qu'elle ne se détache pas complètement de la conception traditionnelle issue de la jurisprudence *de Bauffremont*<sup>1</sup> ou *Vidal*<sup>2</sup>, la restructuration des conditions de la théorie de la fraude à la loi de droit international privé est apparue nécessaire au regard de l'évolution des comportements malicieux et surtout de l'évolution de la matière dont elle doit assurer l'intégrité théorique. L'intérêt de cette restructuration a été de montrer autant ce qu'est la fraude à la loi que ce qu'elle n'est pas. La fraude à la loi s'analyse comme la création ou la modification d'une situation internationale, réalisée dans l'unique dessein de provoquer l'application d'une loi autre que celle normalement compétente. Cette création doit être réelle et licite. À la différence de la théorie de la simulation qui sanctionne un comportement fictif, la réserve de la fraude à la loi sanctionne un acte objectivement réel mais qui n'est pas voulu en tant que tel d'un point de vue subjectif. À la différence de la violation pure et simple de la loi, qui sanctionne un acte ne respectant pas les conditions légales, la réserve de la fraude à la loi sanctionne un acte intrinsèquement licite mais qui viole l'esprit de la loi en parvenant à consacrer le résultat qu'elle prohibe. Quant à l'exploitation d'une situation déjà internationale, qui correspond aux hypothèses d'exercice d'une option de compétence, législative ou judiciaire, elle ne peut être appréhendée par le biais de la notion de la fraude à la loi, faute pour le sujet d'avoir présenté à l'autorité étatique une vision artificielle de sa situation et faute pour une loi normalement compétente d'avoir été évincée. Dans ce cas, la réserve de l'abus de droit, dont il conviendra de déterminer les conditions et le régime juridique en droit international privé, dans une matière où elle n'est pas traditionnellement admise<sup>3</sup>, peut venir prendre le relais d'une notion de fraude à la loi défaillante. Ainsi recadrée, la théorie de la fraude à la loi pourra retrouver une légitimité que ses dévoiements successifs lui avaient fait perdre.

**560** — Des développements qui précèdent, il est possible de donner une définition renouée de la fraude à la loi en droit international privé<sup>4</sup>, dont il conviendra ensuite de déterminer la sanction.

*Il y a fraude à la loi lorsque le sujet, par le biais d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire générateur d'un conflit, parvient à provoquer l'application, par une autorité étatique, d'une loi autre que celle qui aurait été normalement compétente, dans le dessein exclusif d'en revendiquer les effets dans un ressort différent de celui de la loi appliquée.*

---

<sup>1</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>2</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 634 et s.

<sup>4</sup> Comp. avec la définition provisoire proposée *supra* n° 67.



## Titre 2

# LA RESTRUCTURATION DE LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI

**561** — À la variété des techniques de fraude à la loi correspondrait une diversité des modes de sanction. À chacun sa fraude, à chaque fraude sa sanction : la fraude à la loi est sanctionnée par le rétablissement de la prépotence de la loi éludée ; la fraude au jugement par la non-reconnaissance de la décision obtenue ; la fraude à la juridiction par l'incompétence de l'autorité saisie ; la fraude à l'exception d'ordre public international par le rétablissement de son effet plein. Pour parvenir à ces résultats, l'interprète devrait mettre en œuvre une variété de mécanismes, tous prompts à lui offrir le sésame qui lui permettra de briser le droit déclaré afin de rétablir le droit originel. Ces mécanismes peuvent encore intervenir à des moments différents. La fraude à la loi peut être sanctionnée de façon préventive, avant même sa réalisation, notamment par le biais de présomption de fraude, de limitations de droit voire d'interdictions. Elle peut encore être sanctionnée en cours de réalisation, notamment en donnant à l'autorité étatique les moyens de refuser son intervention. Elle peut enfin être sanctionnée après sa réalisation, lors de la revendication des droits acquis, lorsque la fraude a déjà produit ses effets, par la non-reconnaissance de la décision obtenue à l'étranger, ou l'annulation de la décision obtenue devant le for. L'interprète semble donc disposer d'une multitude de mécanismes de nature à remettre en cause une manœuvre frauduleuse. Mais au-delà de leur diversité, tous ces mécanismes de sanction permettent d'atteindre un même objectif : l'inefficacité de la manœuvre. Leur but est de remettre en cause la situation créée par l'intéressé ou le résultat issu de l'exploitation abusive du sujet placé dans une situation internationale. Tous les mécanismes de sanction s'articulent autour de cet objectif d'inefficacité de la manœuvre, réalisant par-là leur unité fonctionnelle (Chapitre 1).

**562** — Néanmoins, la sanction de la fraude à la loi présente certaines limites qui rendent ses effets inachevés ou son prononcé parfois inopportun. Dans le premier cas et bien que la fraude ait été sanctionnée pour elle-même, l'effet de la sanction n'est que partiel, la situation frauduleuse n'est pas complètement remise en cause et ses effets peuvent se maintenir dans le temps ou dans un autre espace. Dans le second cas, si le principe de la sanction est acquis, son prononcé peut se révéler inopportun pour des raisons qui tiennent à l'objet de la fraude, aux conséquences de sa sanction. À la diversité des fraudes correspond également une diversité des limites de la sanction, laquelle doit tenir compte de la spécificité propre à chaque situation qu'elle est appelée à remettre en cause. Néanmoins, dans tous les cas, la sanction est limitée dans ses effets ou son intervention en raison de la réalité de la situation frauduleuse, imprimant par-là l'unité structurelle des limites de la sanction (Chapitre 2).



## Chapitre 1

# L'UNITE FONCTIONNELLE DES MECANISMES DE SANCTION : L'INEFFICACITE DE LA MANŒUVRE

**563** — La fraude à la loi appelle une sanction lorsque ses trois éléments constitutifs sont relevés : un préalable matériel et la saisine d'une autorité étatique, l'éviction d'une loi par la substitution de compétence d'une autre, une intention exclusive. C'est autour de ces critères que s'articulent les mécanismes de sanction. Le premier – le préalable matériel – sera l'objet ou la cible de la sanction ; le second – l'autorité étatique – sera à la fois organe et moyen de la sanction ; le troisième – la loi évincée – sera le but correctif de la sanction. La fraude à la loi se construit dans le temps et dans l'espace. Elle suppose l'intervention de plusieurs actes ou faits juridiques, d'une ou plusieurs autorité(s) étatique(s), d'une revendication des droits acquis dans un ressort différent de celui de la loi appliquée. En ce sens, la fraude à la loi, par nature cachée, s'expose à la sanction – préventive ou curative – à tous les stades de sa construction, parfois avant même sa réalisation, le plus souvent lorsque ses effets se déploient. Quel que soit son fondement, le mécanisme utilisé ou le moment auquel elle intervient, la sanction de la fraude à la loi s'articule autour d'un même objectif et d'un même effet : l'inefficacité de la manœuvre. Dans un sens plus particulier, la fraude à la loi procède de la saisine d'une autorité étatique. Si elle est nécessaire, la saisine n'est toutefois pas, dans l'esprit du fraudeur, le but de la fraude. Ce but est de provoquer l'éviction d'une loi et l'application d'une autre. En ce sens, la fraude à la loi peut s'analyser comme une fraude par la compétence judiciaire et peut, à ce titre, être directement sanctionnée par l'autorité étatique. Dès lors, il apparaît que la fraude à la loi se décompose en deux formes de sanction : une sanction générale, qui sanctionne la fraude à la loi en tant que telle, par le biais de l'exception de fraude à la loi (Section 1) ; une sanction particulière, qui sanctionne une fraude par la compétence judiciaire (Section 2).

## SECTION 1

### L'INEFFICACITE DE LA MANŒUVRE : SANCTION GENERALE DE LA FRAUDE A LA LOI

**564** — Pour être valablement sanctionnée, la fraude à la loi doit être déclarée inefficace, c'est-à-dire que la sanction par le biais de l'exception de fraude à la loi doit permettre de replacer l'intéressé dans la situation qui était la sienne avant la réalisation de sa manœuvre, afin de rétablir dans sa compétence la loi à laquelle il tenta d'échapper. Pour ce

faire, l'autorité de contrôle dispose *a priori* de plusieurs méthodes – lois de police, conflit mobile, exception d'ordre public international, clause d'exception, etc.<sup>1</sup> – qui toutes peuvent tendre indirectement au même objectif : l'inefficacité de la manœuvre. Si aucun de ces mécanismes ne peut remettre en cause la manœuvre, l'exception de fraude à la loi pourra alors intervenir dans sa vocation subsidiaire, afin de parvenir à cet objectif d'inefficacité (§ 1) dont il conviendra d'analyser le régime (§ 2).

## § 1 – L'OBJECTIF D'INEFFICACITE

**565** — Dès lors qu'elle est relevée, la fraude à la loi doit être sanctionnée par l'autorité de contrôle, au besoin d'office, afin de la rendre inefficace, de priver l'intéressé de l'effet recherché. La diversité des sanctions parfois attachées à la notion de fraude à la loi suppose de définir le mode de sanction par le biais de l'exception de fraude (A). Ce mécanisme ne pourra pas cependant être opposé dans tous les cas, notamment lors de l'exploitation d'une situation internationale préexistante. Pour celle-ci, la réserve de l'abus de droit semble plus adaptée. Malgré leur diversité conceptuelle, ces deux mécanismes répondent à cet objectif d'inefficacité de la manœuvre. Au-delà de leur unité fonctionnelle, ils n'interviennent cependant pas de la même façon. Ils peuvent en ce sens être de nouveau distingués, cette fois au niveau de leur sanction, dans la mesure où l'étendue de l'inefficacité diffère selon qu'est en cause l'exception de fraude à la loi ou la réserve de l'abus de droit. La première répond par une inefficacité permanente de la manœuvre frauduleuse (B) alors que la seconde sanctionne la manœuvre abusive par une inefficacité ponctuelle.

### A. LE CHOIX DU MODE DE SANCTION

**566** — Les querelles doctrinales vis-à-vis de la théorie de la fraude à la loi ne concernaient pas seulement ses conditions de mise en œuvre, mais également les modalités de sa sanction. Relayée par la jurisprudence, la divergence entre les partisans de la sanction par la nullité et ceux favorables à l'inopposabilité donnait l'apparence d'une diversité des modes de sanction de la fraude à la loi (1). Cette diversité apparente masque cependant une unité réelle du mode de sanction de la fraude à la loi, qui réside dans l'inopposabilité du moyen frauduleux, c'est-à-dire du préalable matériel (2). Le choix du mode de sanction pose également la question d'éventuelles sanctions particulières ou accessoires (3).

#### 1. La diversité apparente des modes de sanction : l'opposition traditionnelle entre inopposabilité et nullité

**567** — La nature de la sanction de la fraude à la loi a longtemps été sujette à controverse entre les auteurs qui prônaient la nullité absolue et ceux qui optaient pour l'inopposabilité<sup>2</sup>. L'opposition naquit de l'affaire *de Bauffremont*. Le prince demanda en effet l'annulation de l'acte de naturalisation saxe-altenbourgeois et du mariage avec le prince Bibesco. Après avoir considéré que « le tribunal n'a pas à décider que les actes dont la nullité est poursuivie, demeureront valables ou seront désormais sans effet dans l'étendue de

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 192 et s.

<sup>2</sup> En droit interne, v. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 2001, *LPA* 2002, n° 124, p. 15, note COURTIER ; *D.* 2002, p. 2217, note BONNET ; *RJPF*-2002-4/27, note VAUVILLE.

territoires qui échapperaient à la souveraineté française, qu'il n'a même pas à examiner quelle peut être leur valeur intrinsèque au regard de la loi étrangère », les juges prononcèrent néanmoins, mais en vertu de la loi française, la nullité du mariage berlinois à la suite de celle de l'acte de naturalisation<sup>1</sup>. La Cour d'appel confirma le jugement entrepris sauf en ce qui concerne la sanction par la nullité de l'acte de naturalisation qui devait seulement être déclaré inopposable au mari, en raison du respect mutuel du principe de souveraineté<sup>2</sup>. La cour d'appel se prononça alors pour l'inopposabilité du moyen de fraude – l'acte de naturalisation – et la nullité de sa conséquence – le mariage – lorsqu'elle estima « qu'en supposant possible cette naturalisation à l'étranger, les effets mêmes [que la princesse] veut en tirer seraient immédiatement annulés par ceux du mariage qui, toujours subsistant, lui impose la nationalité du mari ». La Cour de cassation fit droit à ce raisonnement<sup>3</sup>.

**568** — Dans ce schéma tracé par la jurisprudence, la question de la nature de la sanction de la fraude à la loi doit se décomposer en deux parties : la sanction du moyen et la sanction du résultat. Car opposer les modes de sanction de la fraude, sans procéder à cette distinction, est en réalité peu porteur d'un point de vue théorique. Les auteurs qui se prononcent en faveur de la nullité comme sanction de la fraude à la loi ne visent d'ailleurs que la nullité de l'acte obtenu au moyen de la fraude et non celle du moyen de fraude<sup>4</sup>. Sans qu'une réponse affirmative n'ait été véritablement donnée, il semble également que la majorité des auteurs de l'Ancien droit sanctionnait la fraude à la coutume par la nullité de l'acte obtenu en fraude<sup>5</sup>. Ceux qui optent pour l'inopposabilité visent tour à tour le résultat obtenu par fraude<sup>6</sup> ou directement le moyen qui a permis de l'obtenir<sup>7</sup>. La question essentielle et préalable est donc de savoir ce que l'exception de fraude à la loi sanctionne : le moyen ou le résultat. Mais sur ce point également une réponse nette ne peut être donnée. Dans la mesure où la fraude suppose un moyen efficace, qui respecte les conditions légales, l'exception de fraude à la loi ne peut faire double emploi avec la violation de la loi. Il y a fraude non pas en raison de l'illicéité du moyen employé mais parce qu'un acte intrinsèquement licite a permis d'atteindre ce que la

<sup>1</sup> T. civ. de la Seine, 10 mars 1876, *D.* 1878, 2, 4.

<sup>2</sup> Paris, 17 juillet 1876, *S.* 1876, 2, 249 ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS.

<sup>3</sup> Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6.

<sup>4</sup> V. par ex. P. ARMINJON, *Précis de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1947, n° 142 ; « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409 et s., *JDI* 1921, p. 62 et s., p. 419 et s., spéc. p. 425 et s. ; F. LAURENT, *Droit civil international*, t. II, éd. Bruylant, 1880, n° 297 et s. ; H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927, n° 15.

<sup>5</sup> G.-R. DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil (Contribution à l'histoire du droit international privé français)*, Paris, Sirey, 1947, p. 161.

<sup>6</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1947, n° 331, et t. III, éd. Sirey, 1944, n° 1090.

<sup>7</sup> J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p. 167 et s. ; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, *loc. cit.* ; P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Précis de droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1954, n° 263 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *Rép. inter. Dalloz*, 1998, n° 64 et s. ; J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, n° 34, p. 260 ; A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, t. I/2, 1995, n° 198 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000, n° 239 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 269 ; B. AUDIT, n° 237 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 274. Sur le sens du terme inopposabilité en droit international privé, v. P. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, éd. Dalloz, 1961, n° 172, note 2. Sur les arguments en faveur de l'une ou l'autre des sanctions, v. not. J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, éd. Butterworths, 1980, p. 109 et « Principes généraux de droit international privé », in *Problèmes de droit contemporain*, Mél. L. BAUDOIN, éd. Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 237 et s., spéc. p. 300 et s.

loi réproûve. Dès lors, il est acquis que l'exception de fraude n'a pas pour objectif de remettre en cause le moyen frauduleux – puisque ce moyen est licite – mais seulement de dénier ses effets, de priver le fraudeur du résultat recherché et obtenu : l'exception de fraude sanctionne le résultat. Ainsi, selon NIBOYET, la « notion d'inopposabilité neutralise (...) l'effet de la fraude à l'égard de ceux qu'elle devait atteindre, mais laisse intact l'acte vis-à-vis des autres, en raison de ce qu'il possède tous les éléments de validité »<sup>1</sup>. C'est la solution qui s'exprime dans l'affirmation selon laquelle « l'existence de la fraude à la loi a pour effet sa propre inefficacité »<sup>2</sup> : il n'est pas possible de remettre en cause la fraude car les conditions de l'acte ou du fait juridique qui lui a donné corps sont réunies. En revanche, la *fraus* du sujet permet au juge d'en invalider les effets. L'inopposabilité aura ainsi pour conséquence que « le procédé techniquement régulier, s'il s'agit d'un acte juridique, un changement de nationalité, par exemple, n'est pas, en lui-même, frappé de nullité (...) ; mais le résultat, la fin qui ont été, par ce moyen frauduleusement poursuivis, l'application de la loi d'un État donné à une situation ou rapport déterminé, sera inopposable aux intéressés »<sup>3</sup>. Ces opinions donnent une image confuse et créent l'impression d'une diversité des modes de sanction par le biais de l'exception de fraude à la loi. Toutefois, s'il est exact que celle-ci sanctionne le résultat, cet objectif ne peut être atteint qu'en condamnant directement le moyen. À défaut, la prépotence de la loi éludée ne peut être affirmée. Cette diversité des modes de sanction de la fraude à la loi n'est ainsi qu'apparente lorsque s'affirme l'unité réelle du mode de sanction.

## 2. L'unité réelle du mode de sanction : l'inopposabilité du préalable matériel frauduleux

**569** — La mise à l'écart de l'effet de la fraude passe par l'épuisement de sa source. Si l'exception sanctionne le moyen, alors l'inopposabilité s'impose, car son but est de rétablir la situation originelle. Surtout, les conditions du préalable matériel étant réunies, celui-ci ne peut être annulé. De plus, l'internationalité de la fraude à la loi s'oppose, en fait et en droit, à la sanction par la nullité<sup>4</sup>. Le principe de souveraineté prive en effet les autorités judiciaires d'un État du droit d'apprécier la validité d'une naturalisation accordée par un autre État<sup>5</sup>. Elles ne peuvent davantage annuler un décret de naturalisation française<sup>6</sup>. Plus largement, ce sont tous les actes publics étrangers qui ne peuvent être annulés par le juge français car la loi française ne saurait « prononcer la nullité des opérations frauduleuses que dans la mesure où ces opérations » en relèvent<sup>7</sup>. La Cour de cassation l'a réaffirmé en considérant que « même dans le cas où la fraude serait établie, le juge français n'a pas le pouvoir ni d'annuler l'acte public étranger ni de prendre les mesures requises de mention en marge de l'acte faux et d'injonction à l'officier public étranger dépositaire de l'acte litigieux »<sup>8</sup>. L'article 47 du Code civil prévoit

<sup>1</sup> J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofia del derecho internacional privado*, t. I, p. 171 ; J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 372.

<sup>3</sup> J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>4</sup> A. LIGEROUPOULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, p. 439 et s., n° 88.

<sup>5</sup> J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, *JDI* 1892, p. 933 ; – T. civ. de la Seine, 9 novembre 1892, *JDI* 1892, p. 1155 ; – 18 juin 1896, *JDI* 1896, p. 842 ; – Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT, et p. 714 ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12 ; – 5 février 1929, *S.* 1930, 1, 181, note AUDINET ; – T. civ. de la Seine, 15 juillet 1935, *Rev. crit. DIP* 1936, p. 109.

<sup>7</sup> P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. DIP* 1962, p. 1 et s., spéc. p. 17.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 697, note MUIR WATT.

ainsi que l'acte de l'état civil rédigé à l'étranger fait foi, mais sa « validité » peut être vérifiée s'il s'avère « irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Dans ce cas, l'autorité de contrôle ne pourra que refuser de reconnaître l'acte en question, sans pouvoir l'annuler. En ce sens, l'inopposabilité s'impose pour ces moyens de fraude à la loi. Elle peut encore s'imposer en raison de la nature factuelle du moyen utilisé. Ainsi le domicile, comme la résidence, ne s'annule pas, il se constate. L'inexistence est plus adaptée que la nullité aux notions de résidence et de domicile. Le rattachement au lieu de conclusion d'un acte ne peut également être annulé. Ou bien les parties ont fictivement déclaré avoir conclu un acte juridique en un endroit déterminé, auquel cas la constatation du caractère mensonger du lieu de conclusion suffit à l'écarter ; ou bien elles ont réellement conclu l'acte litigieux à l'endroit déclaré, auquel cas, sous réserve de sa validité en vertu de la loi du lieu de conclusion, il peut seulement être déclaré inopposable puisque le for ne peut directement le remettre en cause. La situation est identique en ce qui concerne le lieu de situation du bien.

**570** — Dès lors, la sanction par l'inopposabilité tient davantage à la nature du moyen de fraude qu'à un véritable principe juridique. Il en résulte qu'exceptionnellement, lorsque sa nature s'y prête, la nullité du préalable matériel peut être prononcée. En ce sens mais de manière trop absolue, AUBRY et RAU distinguaient la sanction de la fraude à la loi en fonction de la nature du moyen frauduleux. Selon eux, « Lorsque la fraude à la loi a été réalisée au moyen d'un acte juridique, non seulement cet acte n'a pu réaliser le résultat désiré par son auteur, mais encore il doit être considéré comme nul à tous égards lorsque du moins il n'a pas eu d'autre but que de réaliser une fraude à la loi. Si, au contraire, la fraude a été réalisée par un acte matériel, la situation qui en découle demeure un fait dont il faudra tenir compte à tous autres égards, seul étant exclu le changement frauduleux de la loi applicable »<sup>1</sup>. La solution n'est pas illogique, le propre de l'exception de fraude à la loi étant de provoquer la remise en cause du résultat recherché par la manœuvre. Si l'inopposabilité s'impose en général, il ne s'agit pas d'un principe absolu et la nullité permet de réaliser l'objectif de la sanction. Cette dernière peut alors s'adapter à la configuration concrète de la fraude qu'elle atteint. Ainsi, dans un arrêt considéré de principe<sup>2</sup>, la Cour de cassation de Belgique prononça la nullité d'une clause contractuelle, constitutive d'une fraude à la loi<sup>3</sup>. Si l'affaire ne concerne pas le droit international privé de la famille et qu'elle constitue une application particulière de la notion de fraude, elle révèle que la nullité du moyen frauduleux peut, dans certains cas, constituer la sanction par l'exception de fraude à la loi. Tout dépend du rattachement utilisé par le sujet. L'utilisation d'une clause contractuelle rend possible la sanction par la nullité, celle-ci ne pouvant se voir opposer ni l'obstacle de la souveraineté, ni celui de l'incompatibilité factuelle. Transposée au droit international privé de la famille, il serait possible de sanctionner par la nullité la fraude à la loi consistant, dans les matières soumises pour partie à la volonté individuelle, à insérer une clause dans le contrat d'*electio juris* par laquelle les parties élargiraient l'éventail de lois éligibles. Cependant, une telle transposition n'est pas envisageable lorsque le choix de lois est limité à des lois objectivement prédéterminées par la nationalité ou le domicile, la fraude consistant à élargir ou modifier l'option de législation n'étant possible que par la création ou la modification des éléments de rattachements retenus, dont la nature appelle une sanction par l'inopposabilité.

<sup>1</sup> AUBRY et RAU, *Droit civil français*, t. I, 7<sup>e</sup> éd. Techniques, 1964, par P. ESMEIN et A. PONSARD, n° 135.

<sup>2</sup> Not. J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 228.3.

<sup>3</sup> Cass. civ. (Belgique), 28 juin 1979, *Pas.* 1979, I., p. 1260, concl. KRINGS ; *RCJB* 1981, p. 332 et s., note VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé ».

**571** — Ainsi, il apparaît que l'exception de fraude à la loi sanctionne non pas le résultat de la manœuvre, mais la manœuvre elle-même<sup>1</sup>. La sanction du résultat n'est que la conséquence de la mise en œuvre de l'exception de fraude à la loi, la sanction des effets de la fraude ne lui est jamais propre. S'agissant de la loi applicable<sup>2</sup>, la question de savoir si l'exception de fraude à la loi peut être mise en œuvre et quelle sanction peut y être opposée relève de la loi de l'autorité saisie. Comme pour la réserve de l'abus de droit<sup>3</sup>, la compétence de la loi du for se justifie par le caractère d'ordre public du principe *fraus omnia corrumpit*, caractère qui impose à l'autorité française de sanctionner la fraude à la loi, quelle que soit l'origine nationale de la loi évincée. S'il s'agit d'une autorité française, la fraude à la loi pourra être sanctionnée car la loi française du for le permet, même si la loi éludée est une loi étrangère qui ne connaît pas la théorie de la fraude à la loi, hypothèse purement d'école<sup>4</sup>. En revanche, s'agissant de la sanction du résultat, le jeu de l'exception de fraude à la loi entraînera que « les actes incriminés n'auront qu'à être soumis aux dispositions mêmes qu'ils visaient à éluder : ils seront annulés si ces dispositions prévoyaient déjà cette sanction pour violation directe ; ils seront seulement, dans d'autres cas, réduits aux proportions fixées par la loi ou ramenés au respect des restrictions édictées par elle »<sup>5</sup>. En ce sens, la sanction du résultat de la manœuvre dépendra des dispositions de la loi éludée dont la compétence est rétablie après qu'ait été déclaré inopposable le préalable matériel qui a provoqué la compétence d'une autre loi.

**572** — La jurisprudence anti-contournement de la CJCE permet de confirmer la nature de la sanction qu'appelle la fraude à la loi. Ici plus qu'ailleurs, la CJCE ne donne que des réponses évasives. Une tendance générale peut toutefois se dessiner. Dans ses premières décisions, la Cour jugea que les États membres ont « le droit de prendre les dispositions destinées à empêcher »<sup>6</sup> que les libertés communautaires ne soient utilisées pour se soustraire à l'emprise d'une législation nationale. Elle les autorise aujourd'hui à prendre toutes « les mesures »<sup>7</sup> nécessaires ou « tous les moyens appropriés »<sup>8</sup> afin d'empêcher, de prévenir ou de sanctionner les comportements frauduleux ou abusifs. Dans la plupart des hypothèses, la Cour n'apporte pas de précisions supplémentaires et se contente d'agréer ou de rejeter, au regard des

<sup>1</sup> V. ainsi l'art. 30 al. 2 de la loi tunisienne de 1998 ; l'art. 18 du Code de droit international privé belge.

<sup>2</sup> V. not. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Rép. Inter. Dalloz, v° « Obligations », 1998, n° 114 et s. ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 541 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 665.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 637 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 53 et s.

<sup>5</sup> A. LIGERPOULO et L. AULAGNON, *op. cit.*, n° 59 ; P. ARMINJON, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, p. 427 ; J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1926, p. 485 et s., spéc. p. 505 ; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois, op. cit.*, p. 109.

<sup>6</sup> CJCE, 3 décembre 1974, *van Bisbergen*, aff. C-34/74, *Rec. p.* 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17, pt. 13.

<sup>7</sup> CJCE, 27 septembre 1989, *Van de Bijl*, aff. C-130/88, *Rec. p.* 3039, pt. 26 ; – 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec. p.* 4265 et s., concl. TESAURO, pt. 24 ; – 3 février 1993, *Veronica*, aff. C-148/91, *Rec. I-487*, pt. 12 ; – 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec. I-1663*, pt. 34 ; – 5 octobre 1994, *TV 10*, aff. C-23/93, *Rec. p.* 4795 et s., concl. LENZ, pt. 21 ; – 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec. I-1459* et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS, pt. 38 ; – 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec. I-10155*, concl. ALBER ; *D.* 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; *D.* 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENJUCQ, pt. 136. *Adde* J. MISHO, concl. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, aff. C-436/00, *Rec. I-10829*, n° 49.

<sup>8</sup> CJCE, 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-10/00, *Rec. I-2357*, pt. 29.

objectifs du traité, la mesure prise par l'État membre. Néanmoins, lorsque la manœuvre consiste à utiliser les libertés communautaires à fin d'évincer une législation nationale, les juges de Luxembourg admettent que « de tels abus ne sont pas couverts par le droit communautaire »<sup>1</sup> ou que « l'application des règlements communautaires ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives »<sup>2</sup>. La primauté du droit communautaire est donc exclusive d'une revendication frauduleuse ou abusive de ses principes. Il en découle un rétablissement de compétence de la loi nationale éludée<sup>3</sup>. Dès lors, une mesure nationale s'apparentant à une restriction contraire au traité ne serait plus considérée comme telle dans le cas d'une utilisation abusive ou frauduleuse de la liberté communautaire en cause<sup>4</sup>. À l'inverse, un droit communautaire doit toujours bénéficier au ressortissant communautaire placé dans son champ d'application sauf lorsqu'une telle situation relève d'une manœuvre artificielle<sup>5</sup>. Si le résultat de la sanction semble acquis, la manière d'y parvenir reste en suspens. La nullité comme l'inopposabilité du moyen frauduleux permettent en effet d'aboutir à ce résultat.

**573** — Dans le domaine de l'audiovisuel, la CJCE a clairement eu recours à une sanction par l'inopposabilité de la manœuvre frauduleuse. Elle jugea en effet « qu'un État membre peut considérer comme un organisme national de radiodiffusion un organisme de radio et de télévision qui s'installe dans un autre État membre dans le but d'y prester des services destinés à son territoire »<sup>6</sup>. Dans cette hypothèse, la juridiction de renvoi, sous réserve de respecter les objectifs du traité, peut ainsi ignorer l'élément d'européanité qui fonde la compétence ou la possibilité d'exercer une prérogative communautaire. Sans l'annuler, elle l'écarte de la solution du litige pour raisonner sur une apparence de rattachement direct à son ordre juridique, c'est-à-dire par rapport à la situation originelle à laquelle le sujet voulait échapper<sup>7</sup>. L'apparence permet ainsi de rétablir l'impérativité de la loi éludée lorsque ses objectifs, reconnus par le droit communautaire, ont été contournés. Dès lors, la sanction pratique dépendra de la teneur de la loi nationale éludée dont l'autorité rétablit la compétence. La sanction matérielle pourra donc résulter d'une inopposabilité du résultat ou de la nullité du moyen. L'affaire *Centros* permet d'illustrer cette double possibilité. D'un côté est déniée la possibilité de refuser l'immatriculation de la société. De l'autre sont autorisées les mesures prises pour sanctionner les fraudes contre des tiers. Dans cette seconde hypothèse, la sanction peut alors viser soit la société soit les associés. En ce qui concerne la première, l'inopposabilité offre une sanction adéquate. La nullité pourrait néanmoins s'avérer plus efficace, notamment lorsque la société n'a d'autre objet que de réaliser une fraude. Malgré la jurisprudence *Marleasing*<sup>8</sup> la nullité pour fraude pourrait être retenue<sup>9</sup>. Mais la difficulté est que l'État de la succursale ne peut déclarer fictive ou frauduleuse, *a fortiori* nulle, une société dont le siège est

<sup>1</sup> CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. C-39/86, *Rec.* p. 3161, pt. 43.

<sup>2</sup> CJCE, 11 octobre 1977, *Cremer*, aff. C-125/76, *Rec.* p. 1593, pt. 21 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec.* I-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON, pt. 51.

<sup>3</sup> Par ex. CJCE, 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec.* I-6369, pt. 75.

<sup>4</sup> CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. C-229/83, *Rec.* p. 1 et s., concl. DARMON, pt. 27.

<sup>5</sup> CJCE, 3 mars 1993, *General Milk Products*, aff. C-8/92, *Rec.* I-779, pt. 22 ; – 5 juin 1997, *Kol*, aff. C-285/95, *Rec.* I-3069, pt. 28 ; – 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *Rec.* I-1705, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY, pt. 34.

<sup>6</sup> CJCE, 5 octobre 1994, *TV 10*, préc., pt. 21.

<sup>7</sup> *Adde* CJCE, 5 juin 1997, *Kol*, préc., pt. 28. ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 56.

<sup>8</sup> CJCE, 13 novembre 1990, aff. C-106/89, *Rec.* I-4135 ; *Bull. Joly* 1991, p. 123, note SAINTOURENS ; *JCP* 1991, II, 21658, note LEVEL ; *Rev. soc.* 1991, p. 532, note CHAPUT.

<sup>9</sup> En ce sens, M. MENJUCQ, note sous CJCE, 9 mars 1999, préc., p. 557 ; G. PARLEANI, note sous CJCE, 9 mars 1999, préc., n° 8. V. cep. Paris, 21 septembre 2001, *Dr. & Patr.* 2002, n° 106, p. 103, obs. PORACCHIA.

situé dans un autre État membre<sup>1</sup>. Envers les associés, la sanction sera pleinement atteinte par l'inopposabilité de la société aux créanciers lésés, lesquels pourront alors « s'adresser directement aux associés qui ne pourraient ni se cacher derrière le voile de la personnalité morale ni se prévaloir des dispositions de la loi applicable à leur société »<sup>2</sup>.

**574** — Plus généralement, les mesures prises par les juridictions nationales afin de sanctionner un comportement abusif ou frauduleux permettent de refuser à l'intéressé « le bénéfice des dispositions du droit communautaire invoquées »<sup>3</sup>. Elles peuvent encore « justifier une restriction à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité »<sup>4</sup> ou encore « un traitement différencié »<sup>5</sup>. En pratique, « la conséquence juridique peut être le retrait de l'avantage obtenu »<sup>6</sup>. L'autorité peut ainsi retirer le document<sup>7</sup> ou refuser le droit au maintien de l'avantage obtenu par fraude<sup>8</sup>. La nature de la sanction dépendra finalement de la loi nationale éludée dont l'exception de fraude permet de rétablir la compétence. Si la sanction de la fraude est directement prévue par une norme communautaire et une disposition nationale, les sanctions pourront d'ailleurs se cumuler afin d'avoir, notamment, un effet dissuasif sur les intéressés et une certaine diligence des personnes concernées<sup>9</sup>. Elle dépendra également de l'objectif de la sanction. L'effet de la sanction n'est toutefois pas limité au moyen frauduleux ni au résultat qui en découle directement. En vertu du principe *fraus omnia corrumpit*, la remise en cause d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire conduit à refuser l'avantage obtenu. C'est l'effet direct de l'exception de fraude, lequel s'étend également à tous les actes obtenus à la suite de la manœuvre frauduleuse<sup>10</sup>.

**575** — Dans l'opposition entre la nullité et l'inopposabilité, la nullité de l'acte obtenu par fraude n'est donc que la conséquence de l'inopposabilité de la manœuvre frauduleuse. Dans tous les cas, il s'agit d'une nullité directement prévue par la loi éludée et prononcée au visa de celle-ci. La fraude à la loi, sanctionnée par le rétablissement de l'impérativité de la loi éludée, s'analyse en une violation indirecte de cette loi. La fraude a pour but, dans l'esprit du sujet, de réaliser un acte que la loi normalement compétente ne permet pas. Il est par conséquent logique d'apprécier la validité de l'acte obtenu par fraude au regard de ses dispositions. En déclarant le rattachement né de la manœuvre inopposable, le juge ne tient pas compte de la loi désignée en vertu de celui-ci : il applique la loi qui aurait dû être déclarée compétente à défaut de manœuvre, « la situation sera examinée par le juge en l'état dans lequel elle se serait trouvée si la manœuvre n'avait pas eu lieu »<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> G. PARLEANI, note préc., n° 19.

<sup>2</sup> M. MENJUCQ, note préc., p. 556.

<sup>3</sup> CJCE, 2 mai 1996, *Paletta II*, aff. C-206/94, *Rec.* I-2357, concl. COSMAS, pt. 25 ; – 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 25.

<sup>4</sup> F. G. JACOBS, concl. sous CJCE, 3 octobre 2002, *Dieter Danner*, aff. C-136/00, *Rec.* I-8147, n° 63.

<sup>5</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. C-79/85, *Rec.* p. 2375, pt. 17.

<sup>6</sup> S. ALBER, concl. sous CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., n° 72.

<sup>7</sup> CJCE, 5 juin 1997, *Kol*, préc., pt. 9 ; – 30 mars 2000, *Banks*, aff. C-178/97, *Rec.* I-2005, pt. 43 ; – 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, préc., pt. 70.

<sup>8</sup> CJCE, 9 août 1994, *Boterlux*, aff. C-347/93, *Rec.* I-3933, pt. 37 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 56 ; – 11 juillet 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, aff. C-210/00, *Rec.* I-6453, pt. 66 ; – TPICE, 4 juillet 2002, *SCI UK Ltd c/ Commission*, aff. T-239/00, *Rec.* II-2957, pt. 55.

<sup>9</sup> CJCE, 11 juillet 2002, *Käserei Champignon Hofmeister*, préc., pt. 66.

<sup>10</sup> CJCE, 5 juin 1997, *Kol*, préc., pt. 27. *Adde* CJCE, 20 septembre 1990, *Sevince*, aff. C-192/89, *Rec.* I-3461 ; – 16 décembre 1992, *Kus*, aff. C-237/91, *Rec.* I-6781.

<sup>11</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 64.

**576** — En ce sens, la sanction de l'acte obtenu par fraude se déduit de l'application de la loi éludée, sanction qui en vertu de cette loi peut être, notamment, la nullité ou l'inopposabilité. Ainsi, dans l'affaire *Vidal*, la cour d'appel a pu ne pas tenir compte de la naturalisation et du divorce qu'ont obtenus les époux afin de déclarer nul, pour bigamie, le second mariage de l'épouse<sup>1</sup>. De même, en ce qui concerne les mariages clandestins, « la cause immédiate de la nullité n'est-elle pas la fraude à la loi, mais l'inobservation des conditions de formes édictées par la loi [évincée] »<sup>2</sup>, c'est-à-dire la loi rendue compétente en vertu de l'exception de fraude à la loi. Toutefois, dans la mesure où elle dépendra de la teneur de la loi éludée, la sanction de la fraude à la loi ne résidera pas toujours « dans l'anéantissement de la situation créée. S'agissant de rendre inefficace le subterfuge, la mesure de la sanction sera fournie par ce qu'exige le rétablissement de l'autorité de la loi tournée »<sup>3</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Caron*, les juges ont pu rétablir les héritiers réservataires dans les droits qu'ils tenaient de la loi française tout en maintenant la libéralité pour le surplus<sup>4</sup>. Enfin, lorsque la loi éludée est une loi étrangère, le jeu de l'exception de fraude à la loi la rend compétente pour déterminer la sanction du résultat. Mais si cette loi étrangère ne connaît pas la théorie de la fraude ou si, de manière plus générale, elle ne permet pas de sanctionner une manœuvre considérée par le for comme frauduleuse, alors elle peut être contraire à l'ordre public international français, auquel cas la loi du for sera applicable pour sanctionner le résultat frauduleux.

### 3. La possibilité de sanctions complémentaires

**577** — Dans certaines hypothèses, le recours à la notion de fraude à la loi ne conduit pas seulement à l'inopposabilité de la manœuvre et l'application de la loi éludée. La sanction générale peut se combiner avec des sanctions accessoires<sup>5</sup>. De façon générale, la « théorie de la fraude n'exclura nullement l'application d'autres institutions, telles que celle de la cause illicite ou l'engagement d'une responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle. Un cumul d'actions est concevable, sous réserve de leurs particularités »<sup>6</sup>. L'éventualité d'un cumul d'actions doit néanmoins être tempérée par le caractère subsidiaire de l'exception de fraude<sup>7</sup>. Il ne peut être question d'introduire, en parallèle, plusieurs actions qui auraient la même finalité. L'exception de fraude à la loi ayant pour finalité de remettre en cause le résultat obtenu par la manœuvre frauduleuse, cette action ne pourra être engagée que si aucune autre action ne permettrait de parvenir à la même solution. En ce sens, si un cumul d'actions est théoriquement possible entre les mêmes parties et à l'occasion de l'examen d'une même situation litigieuse, l'objet de la demande doit être différent<sup>8</sup>. En pratique, il sera accessoire à l'inopposabilité de la manœuvre.

<sup>1</sup> Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.

<sup>2</sup> É. CROTEAU, « La fraude à la loi de la province de Québec en matière de mariage », *Rev. jur. Thémis* 1966, p. 187 et s., spéc. p. 194.

<sup>3</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 6.14.

<sup>4</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ, et Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER. Les héritiers ont pu récupérer ce dernier tiers : Paris, 23 janvier 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 92, note LEQUETTE ; *JDI* 1990, p. 994, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1991, II, 21637, note BEHAR-TOUCHAIS.

<sup>5</sup> En droit privé, v. par ex. les art. 801 et 1426 du Code civil.

<sup>6</sup> J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, op. cit., n° 239.

<sup>7</sup> Cf. *infra* n° 590 et s.

<sup>8</sup> En droit interne, un créancier peut introduire une action en simulation afin de dévoiler l'acte réel, puis une action paulienne afin de le sanctionner, J. MESTRE, obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 14 décembre 1983, *RTD civ.* 1985, p. 370.

**578** — Concrètement, il s'agira essentiellement d'une demande en dommages et intérêts en raison du préjudice, au moins moral, causé par la manœuvre frauduleuse. En droit international privé, une telle demande relèvera de la *lex loci delicti* ou de la *lex loci dammi*. Un époux pourrait ainsi être condamné à payer des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel et moral causé à son conjoint par l'annulation du remariage, suite la non-reconnaissance pour fraude d'un divorce prononcé à l'étranger, dans la mesure où l'époux avait conscience de la précarité de son divorce et donc du vice affectant son remariage, notamment sous la forme d'une pension afin de compenser le préjudice résultant de la perte du devoir de secours<sup>1</sup>. Une telle demande accessoire n'est pas propre à la théorie de la fraude, elle pourrait également intervenir en marge de la mise en œuvre de la réserve de l'abus de droit. Enfin l'intention frauduleuse, synonyme de mauvaise foi entraînant une autre, l'époux fraudeur lors de son divorce ne pourrait invoquer sa bonne foi lors de la célébration de son second mariage pour bénéficier du mariage putatif au moment de son annulation pour bigamie<sup>2</sup>.

**579** — Ces sanctions accessoires sont fréquentes en ce qui concerne les mariages de complaisance. Ainsi, l'époux innocent, qui ne connaissait pas l'intention véritable de son conjoint étranger, peut, en plus d'obtenir le mariage putatif, se voir octroyer des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil<sup>3</sup>. La conclusion d'un mariage fictif peut également déclencher à l'encontre de l'étranger des poursuites pénales au titre de l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, pour entrée ou séjour irrégulier sur le territoire français, ou encore en vertu de l'article 441-6 du Code pénal pour prise de fausse qualité<sup>4</sup>, ou encore pour délit d'obtention indu de documents administratifs et de séjour irrégulier en France<sup>5</sup>, mais pas pour escroquerie<sup>6</sup>. Les sanctions accessoires peuvent encore viser le conjoint français complaisant de l'étranger, en vertu de l'article L. 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, pour facilitation à ce séjour irrégulier<sup>7</sup>. Afin de réprimer cette « délinquance en robe blanche »<sup>8</sup>, la loi du 26 novembre 2003 sur l'immigration a créé une infraction spécifique de conclusion d'un mariage de complaisance, prévue aux articles L. 623-1 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le texte punit autant les époux que les organisateurs de tels mariages, comme des agences matrimoniales qui seraient spécialisées dans ce genre d'unions. De même, la conclusion d'un mariage de complaisance, par la suite annulé comme tel, peut avoir des conséquences après un remariage, lors de la demande d'un titre de séjour<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>2</sup> Paris, 27 novembre 1981, *D.* 1983, p. 142, note PAIRE, maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> Paris, 10 octobre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. HAUSER. V. cep. Y. GUYON, « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *RTD civ.* 1964, p. 473 et s., spéc. n° 11.

<sup>4</sup> Crim., 4 novembre 1992, *Bull. crim.* n° 357 ; *Dr. pén.* 1993, n° 59, obs. VERON ; *R.S.C.* 1994, p. 566, obs. SAINT-HILAIRE ; – 26 octobre 1994, *Bull. crim.* n° 341 ; *Dr. pén.* 1995, n° 65, obs. VERON.

<sup>5</sup> Crim., 18 mai 1993, *Bull. crim.* n° 185 ; *Gaz. pal.* 1993, 2, somm., p. 557, note DOUCET ; – 8 juin 1993, *Gaz. pal.* 1993, 2, somm., p. 467, note DOUCET.

<sup>6</sup> Crim., 26 octobre 1994, préc.

<sup>7</sup> Crim., 4 novembre 1992, *Gaz. pal.* 1993, 1, somm., p. 162. V. cep. TGI Toulouse 30 octobre 1995, *D.* 1996, p. 101, note MAYER et CHASSAING.

<sup>8</sup> Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, éd. Defrénois, 2004, n° 204.

<sup>9</sup> CE, 29 juillet 1998, *Gaz. pal.* 1999, 1, panor. adm., p. 46. Cette solution est contestable, la conclusion d'un mariage de complaisance ne préjuge pas de la sincérité d'une union subséquente à l'annulation de la première.

**580** — Dans un sens identique, des sanctions pénales et civiles peuvent également être prononcées à l'encontre des adoptants ou des responsables de filières d'adoptions internationales, notamment en cas de provocation à l'abandon d'enfant et l'entremise à but lucratif entre le candidat à l'adoption et le candidat à l'abandon<sup>1</sup>. Du point de vue civil, celui qui a servi illégalement d'intermédiaire ne peut pas réclamer en justice le paiement de ses indemnités conventionnelles si les candidats à l'adoption venaient à ne pas respecter leurs engagements<sup>2</sup>. Sur le plan du droit des étrangers, le visa d'entrée en France peut également être refusé à l'enfant dont l'adoption par des étrangers a été réalisée dans un but autre que ceux qui sont protégés par l'article 8 de la CEDH<sup>3</sup>. Cette solution est logique et n'est que la conséquence de la fraude qui peut entacher une adoption internationale. Toujours en matière de filiation, une substitution de maternité peut constituer le délit de simulation et de dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un mineur, réprimé à l'article 227-13 du Code pénal<sup>4</sup>.

**581** — Enfin, une sanction particulière pourrait atteindre l'autorité étatique qui est intervenue dans la réalisation de la fraude à la loi, lorsqu'elle s'y est sciemment prêtée ou si elle a fait preuve d'une négligence coupable eu égard à sa charge. Ainsi, le notaire est tenu de veiller à la régularité des actes qu'il rédige et de procéder aux vérifications nécessaires à cette régularité. Son omission peut alors engager sa responsabilité si elle est la cause d'un préjudice<sup>5</sup>. Une telle sanction aurait pu être prononcée à l'encontre du notaire de Caron, dont la correspondance entre eux montre que, sciemment, il a façonné le montage juridique permettant au *de cuius* d'exhérer ses héritiers<sup>6</sup>. Cette sanction complémentaire, comme les autres, peut intervenir aussi bien en marge de la sanction de la fraude à la loi lors de la résolution du conflit de lois que lors de la reconnaissance d'une décision étrangère. Elle participe à l'objectif d'inefficacité de la manœuvre frauduleuse, inefficacité dont il convient de définir l'étendue.

#### B. L'ETENDUE DE LA SANCTION : L'INEFFICACITE PERMANENTE DE LA MANŒUVRE FRAUDULEUSE

**582** — La sanction de la fraude à la loi permet le rétablissement de la compétence de la loi évincée et l'éviction subséquente de la loi frauduleusement appliquée. Sur ce point, la théorie classique de la fraude à la loi n'a toutefois pas apporté de réponse claire quant à l'étendue de cette inefficacité : vaut-elle seulement pour l'effet qui était recherché ou plus globalement pour l'ensemble de la situation frauduleusement créée ? À ce stade du raisonnement et pour reprendre la distinction effectuée entre la fraude à la loi et l'abus de droit<sup>7</sup>, il apparaît qu'un nouveau critère de distinction peut être trouvé entre ces deux théories, cette fois au niveau de l'étendue de leur sanction respective. Dans la mesure où la fraude à la loi procède de la création d'une situation artificieuse, il semble naturel de pouvoir la remettre en cause dans son ensemble et non pas seulement pour refuser à l'intéressé l'effet matériel qu'il recherchait. La réserve de la fraude à la loi ne sanctionne en effet pas directement le

<sup>1</sup> Art. 227-12 et 227-14 du Code pénal. V. par ex. TGI Paris, 4 mai 1998, *D.* 1999, p. 15, note POISSON-DROCOURT. *Adde* A. MORENO, « Aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 301 et s., p. 459 et s., spéc. n° 17.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juillet 1987, *D.* 1988, p. 172, note MASSIP ; *RD sanit. soc.* 1988, p. 351, note MONEGER.

<sup>3</sup> CE, 31 juillet 1996, *D.* 1996, IR, p. 202 ; *Gaz. pal.* 1997, 1, panor. adm., p. 49.

<sup>4</sup> Riom, 12 mars 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 11, note CASTELLA, et Crim., 23 juin 2004, *D.* 2004, IR, p. 2084.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 513, note MUIR WATT ; *Gaz. pal.* 2001, n° 346-347, p. 22, note HABU GROUD ; *Dr. & patr.* 2001, n° 97, p. 115, obs. MONEGER.

<sup>6</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 381 et s., n° 491 et s.

résultat, mais le moyen frauduleux. La sanction du résultat n'est que la conséquence de la sanction du moyen. Le moyen doit être déclaré inefficace parce qu'il n'a eu d'autre but que de frauder la loi, il ne doit son existence qu'à cet objectif et donc ne peut légitimement prétendre à se maintenir en dehors de la simple sanction du résultat recherché. À l'inverse, la réserve de l'abus de droit est opposée non à la création artificieuse d'une situation, mais à l'exploitation d'une situation préexistante. En ce sens, il s'agit ici de sanctionner, plus que la manœuvre, le résultat atteint par l'exercice abusif d'un droit. La sanction de l'abus de droit ne consiste pas à remettre en cause l'ensemble de la situation internationale, qui est en tant que telle légitime, mais simplement l'utilisation qui en est faite dans le cas considéré, afin d'atteindre spécifiquement le résultat recherché. Dès lors et du point de vue de l'étendue de l'inefficacité de la manœuvre, l'exception de fraude à la loi et la réserve de l'abus de droit se distinguent en ce que la première entraîne une inefficacité permanente de la manœuvre frauduleuse alors que la seconde ne provoque qu'une inefficacité ponctuelle de la manœuvre abusive<sup>1</sup>.

**583** — En droit privé, l'inopposabilité s'oppose à la nullité en ce que l'acte nul n'est valable à l'égard de quiconque alors qu'un acte inopposable ne l'est qu'à l'égard de personnes déterminées, il reste valable pour toutes les autres. Ainsi l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil ne produit d'effet qu'à l'égard du créancier demandeur<sup>2</sup>, le bien frauduleusement aliéné retombe dans le patrimoine du débiteur à seule fin de saisie au bénéfice de celui-là, l'aliénation demeurant valable à l'égard des tiers, notamment les autres créanciers ou le tiers complice<sup>3</sup>. En ce sens, le résultat de l'action paulienne est seulement de remettre en cause le but recherché par l'agent et non de le replacer pour l'ensemble dans la situation originelle. De manière générale et excepté quelques cas particuliers où le législateur sanctionne directement une manœuvre frauduleuse, soit par l'inopposabilité<sup>4</sup>, soit par la nullité<sup>5</sup> ou encore en permettant l'exercice d'une action en justice afin de vaincre une prescription<sup>6</sup> ou un jugement<sup>7</sup>, il est admis que l'inopposabilité est la sanction du principe *fraus omnia corrumpit*. Bien que cette opposition ne soit pas absolue, l'inopposabilité s'impose en général sur la nullité car il « est en effet parfaitement inutile de frapper un acte plus qu'il n'est nécessaire pour que soit atteint le but visé par le législateur. La volonté de l'auteur de l'acte doit être respectée jusque et dans la mesure où cet acte ne contrevient pas à la règle juridique. L'inopposabilité parvient à ce résultat. Elle modère la sanction à l'exacte gravité du vice »<sup>8</sup>. En droit privé, l'opposition entre la nullité et l'inopposabilité n'a ainsi de sens qu'en ce qui concerne l'étendue des effets de la sanction d'un vice affectant l'acte juridique : effet *erga omnes* pour la nullité ; effets à l'égard des tiers concernés pour l'inopposabilité. En ce sens, une inopposabilité générale équivaldrait à une nullité. Il n'en reste pas moins que le choix de l'inopposabilité comme sanction de la fraude ne peut être absolu et la nullité s'impose lorsque la simple inopposabilité, qui maintient la validité de l'acte entre les parties, empêche les tiers d'exercer leurs droits bafoués par la fraude<sup>9</sup>. Toutefois, cette opposition n'a pas la même portée en droit international privé.

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 634 et s.

<sup>2</sup> Req., 28 août 1871, S. 1878, I, 316 ; *GAJC*, t. II, n° 236.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1975, *Bull. civ.* I, n° 213 ; – 29 janvier 2002, *JCP* 2002, IV, 1411.

<sup>4</sup> Art. 1421 du Code civil.

<sup>5</sup> Art. 262-2, 622 et ancien art. 190-1 du Code civil.

<sup>6</sup> Art. 316 al. 3 du Code civil.

<sup>7</sup> Art. 350 al. 6 et 353-2 du Code civil.

<sup>8</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *op. cit.*, p. 391.

<sup>9</sup> V. par ex. Cass. Ch. réunies, 21 mai 1952, *D.* 1952, p. 537, concl. BESSON, note SAVATIER.

**584** — Transposée au droit international privé, l'étendue de la sanction de la fraude à la loi pose la question de savoir si l'inopposabilité vise uniquement le résultat que le fraudeur cherchait à atteindre, le rattachement produisant ses effets à l'égard des autres questions de droit qui se poseraient ; ou si l'inopposabilité produit un effet général – permanent – et concerne le nouveau rattachement en tant que tel, remplaçant pour l'ensemble le sujet dans la situation qui était la sienne immédiatement avant la manœuvre. Ainsi, lorsque la Cour de cassation retient la naturalisation frauduleuse de la princesse de Bauffremont<sup>1</sup>, cette naturalisation est-elle inopposable seulement sur le point de la dissolution du mariage, la princesse demeurant allemande pour le reste de son statut personnel ; ou la naturalisation est-elle inopposable en tant que telle, conduisant le for à lui dénier tout effet et à considérer que la princesse n'a jamais perdu sa qualité de Française ? Dans les deux cas, l'effet à l'égard du mari est identique : le divorce obtenu en vertu de la loi allemande lui est inopposable, entraînant l'inopposabilité – s'il a été célébré à l'étranger – ou la nullité – s'il a été célébré en France – du mariage subséquent. Mais d'un point de vue d'ensemble, les conséquences sont radicalement opposées puisque la première solution reviendrait à fragmenter artificiellement le statut personnel de l'intéressée alors que la seconde en rétablirait l'unité pour le tout. La jurisprudence ne permet pas d'affirmer l'une ou l'autre des deux solutions.

**585** — La première – l'inopposabilité du moyen limitée à la remise en cause du seul effet recherché – semble plus logique eu égard à la nature de la sanction par l'exception de fraude dont le but est d'atteindre et de remettre en cause ce résultat recherché. Ainsi, lorsque les époux de Bauffremont et Vidal invoquent la naturalisation frauduleuse de leur épouse respective, ils demandent uniquement la remise en cause du divorce et du remariage plus que leur réintégration dans la nationalité française. La sanction de la naturalisation frauduleuse n'est pas l'objet de la demande, elle est seulement le moyen de celle-ci. Or, ce but est pleinement atteint par une inopposabilité circonscrite à la question de la dissolution du mariage. En ce sens, l'inopposabilité « partielle » semble plus adaptée à l'esprit de l'exception de fraude à la loi qui sanctionne, par l'intermédiaire de la manœuvre, le résultat qui était exclusivement recherché par le stratagème. Dès lors, « seuls les effets qu'on escomptait frauduleusement seront inopposables à ceux qu'ils devaient atteindre, tandis que les autres dérouleront leurs conséquences normales »<sup>2</sup> car « il semble difficile d'ignorer la réalité du rattachement « frauduleux » et de refuser d'en tirer les conséquences »<sup>3</sup>. Ainsi, la naturalisation frauduleuse sera simplement neutralisée dans le cas considéré afin de parvenir à la remise en cause du divorce, mais elle sera maintenue en ce qui concerne tous les autres effets qui pourraient dépendre de la nationalité du sujet. NIBOYET montre ainsi qu'un « français peut donc acquérir une nationalité étrangère et perdre la nationalité française malgré une intention frauduleuse, mais il ne réalisera pas pour cela la fin coupable qu'il se proposait puisque la notion d'inopposabilité le privera de son bénéfice utile »<sup>4</sup>. La Cour de cassation, dans l'affaire *de Ramondenc*, déclare la naturalisation inopposable mais seulement à l'égard de l'autre

---

<sup>1</sup> Civ., 18 mars 1878, préc.

<sup>2</sup> J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, op. cit., p. 109. Dans le même sens, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, op. cit., n° 1092 et s. ; Ph. FRANCESKAKIS, « Fraude à la loi », Rép. inter. Dalloz, 1<sup>re</sup> éd. 1968, p. 54 et s., spéc. n° 111 ; A. LIGERPOULOU et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », op. cit., n° 60 bis ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 274.

<sup>3</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, n° 459. Sur la réalité de la situation frauduleuse, cf. *infra* n° 759 et s.

<sup>4</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, op. cit., n° 331. *Adde* n° 553 pour le domicile.

conjoint<sup>1</sup>. Dans deux affaires plus récentes, la Haute juridiction sanctionne la manœuvre mais seulement pour atteindre les effets frauduleusement recherchés, sans remettre en cause la situation pour l'ensemble. Ainsi, dans l'affaire *Taleb*, le mariage est maintenu dans tous ses effets sauf en ce qui concerne la possibilité d'acquérir la nationalité française<sup>2</sup>. De même, dans l'affaire *Caron*, le montage frauduleux n'a été remis en cause qu'à hauteur de la réserve héréditaire prévue par la loi française éludée, la libéralité ayant été maintenue pour le reste<sup>3</sup>.

**586** — Néanmoins, dans la mesure où la fraude dont il est question ici est une fraude à la loi, les conséquences attachées à la manœuvre frauduleuse ne se limitent pas aux buts qui l'ont guidée. Cette solution, logique, n'est pas acceptable car si le changement a été motivé par un objectif particulier, lequel doit évidemment être sanctionné, il n'en reste pas moins que c'est l'ensemble de la situation internationale qui est frauduleuse et donc contestable. Pour être pleinement efficace, l'exception de fraude à la loi doit non seulement avoir pour objectif et résultat de remettre en cause les effets directement recherchés par la manœuvre, mais elle doit également, plus loin, atteindre l'ensemble de la situation frauduleusement créée dans la mesure où cette situation, si elle est par définition réelle, demeure artificielle dans ses fondements.

**587** — La seconde solution, qui consiste à déclarer inopposable l'ensemble de la situation frauduleusement créée sans se limiter au but initialement recherché par le sujet, apparaît en ce sens plus efficace : elle permet d'atteindre directement la manœuvre en tant que telle. Elle est conforme au rôle de la réserve de la fraude à la loi, lequel est de sanctionner le moyen, la sanction du résultat n'en étant que la conséquence. Le résultat recherché et par hypothèse obtenu suite à l'exécution de la manœuvre, n'est que la cause et le révélateur de la fraude à la loi. D'ailleurs, la distinction entre une inopposabilité partielle et une inopposabilité générale n'a de sens que dans l'opposition, essentiellement pratique, entre la fraude à la loi et la fraude aux droits des tiers. En admettant cette distinction comme point de départ pour finalement renverser la proposition selon laquelle toute fraude aux droits des tiers n'est qu'une variété de fraude à la loi<sup>4</sup>, il est possible de distinguer deux victimes de la fraude : la fraude aux droits des tiers concerne une ou plusieurs personnes déterminées alors que la fraude à la loi concerne la société dans son ensemble. Dans le premier cas, le sujet rompt un lien qui existait entre lui et un tiers ; dans la seconde, il rompt le pacte social qui le lie, comme tout un chacun, à la société, représentée par la loi. En ce sens, la sanction de la fraude doit s'adapter au but qu'elle est censée atteindre. Dans le cas de la fraude aux droits des tiers, puisque l'acte frauduleux ne concerne qu'un nombre restreint de personnes, la sanction peut efficacement ne concerner qu'elles. À l'inverse, la sanction de la fraude à la loi doit, pour être efficace, replacer l'individu à l'intérieur de ce pacte social. Or, ce résultat ne peut être atteint que par une inopposabilité non pas seulement de la manœuvre dans le cas qui l'a motivée mais pour l'ensemble de la situation artificiellement créée. Si l'objectif de la sanction de la fraude aux droits des tiers est de permettre à ces derniers de les exercer malgré la fraude, celui de la sanction de la fraude à la loi est de rétablir la prépotence de la loi éludée dans son ensemble et non pas seulement pour les quelques dispositions matérielles qui ont motivé le fraudeur. La réserve de la fraude à la loi ne sanctionne pas le résultat de la fraude, elle châtie son moyen. En

<sup>1</sup> Civ., 19 juillet 1875, S. 1876, 1, 289, note LABBE ; D. 1876, 1, 5.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 669, note FOYER ; D. 1982, jur., p. 573, note GUIHO ; *JCP* 1982, II, 19842, note GOBERT ; *JDI* 1982, p. 448, note AUDIT.

<sup>3</sup> Aix-en-Provence, 9 mars 1982, préc. et Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>4</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 65 et s.

ce sens, la sanction de la fraude à la loi doit avoir pour objectif, au travers du cas considéré, de replacer le sujet de droit dans la situation qui était la sienne avant la manœuvre frauduleuse.

**588** — Dans l'affaire *de Bauffremont*, les juges ont ainsi considéré que la princesse est demeurée française, sans *a priori* limiter cette solution à la question de la validité du mariage. La même solution fut prononcée à propos des deux dernières épouses de Desprades qui n'ont pas cessé d'être françaises, n'ayant pu acquérir la nationalité suisse que leur époux n'a lui-même obtenue qu'à la suite d'une naturalisation frauduleuse<sup>1</sup>. Dans le même sens, dans l'affaire *Vidal*, les juges ont considéré que la naturalisation frauduleuse « ne saurait être invoquée à l'encontre des intérêts d'ordre public et d'ordre privé que [la loi française] a pour but de protéger », sans restreindre l'inopposabilité aux seules prohibitions que les époux entendaient éluder<sup>2</sup>. Certains auteurs insistent sur le fait que la solution correspondrait à la volonté du sujet qui, n'ayant pas obtenu ce pourquoi il eut recours à la fraude, n'y trouverait plus intérêt. Le maintenir dans une situation non désirée et donc non effective reviendrait à aggraver inutilement la sanction en travestissant la réalité<sup>3</sup>. Toutefois, un tempérament devra être prévu. Puisque la naturalisation n'a pu être annulée en tant que telle, et si l'État qui l'a accordée ne la sanctionne pas lui-même, le sujet de droit demeure, en droit, titulaire d'une autre nationalité que celle que lui reconnaît le for. Or, l'inopposabilité initiale risque rapidement de se révéler inopportune, notamment si le sujet de droit conserve et exerce effectivement cette nouvelle nationalité. L'étendue de l'inopposabilité ne saurait dès lors appeler une réponse globale et définitive. Il faudrait par exemple « tenir compte de la volonté de l'intéressé sur ce point une fois la fraude reconnue »<sup>4</sup>. Plus généralement, des tempéraments devraient être prévus dans le sens d'une inopportunité de la sanction afin de l'adapter à la situation concrète de l'individu<sup>5</sup>. Il n'en reste pas moins que s'agissant l'étendue de l'inefficacité, la fraude à la loi doit être sanctionnée par l'inefficacité permanente de la manœuvre frauduleuse. À l'inverse, l'inefficacité de la manœuvre ne sera que ponctuelle lorsqu'il s'agira de sanctionner un abus du droit d'option de compétence internationale<sup>6</sup>. Définie dans son mode de sanction et son étendue, l'inefficacité de la manœuvre frauduleuse doit encore être étudiée quant à son régime.

## § 2 – LE REGIME DE L'INEFFICACITE

**589** — Conformément à la double condition d'efficacité matérielle et conflictuelle<sup>7</sup>, l'exception de fraude à la loi ne peut être mise en œuvre que si aucun autre mécanisme ne permet d'atteindre la manœuvre, en raison de son caractère subsidiaire (A). Afin de permettre une sanction la plus large possible, l'action peut être exercée non pas seulement par la victime de la fraude ou par le ministère public, mais également par l'intéressé lui-même, sous réserve toutefois des mobiles qui peuvent l'inciter à dénoncer sa propre fraude (B).

<sup>1</sup> Req., 16 décembre 1845, S. 1846, 1, 100, note DEVILL ; D. 1846, 1, 7.

<sup>2</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>3</sup> En ce sens B. AUDIT, « Fraude à la loi », J.-Cl. inter., fasc. 535, 1995, n° 14 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 375. *Adde* Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 269 en faveur d'une telle solution.

<sup>4</sup> B. AUDIT, n° 237.

<sup>5</sup> Cf. *infra* n° 774 et s.

<sup>6</sup> Cf. *infra* n° 634 et s.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 466 et s.

## A. LE CARACTERE SUBSIDIAIRE DE L'EXCEPTION DE FRAUDE A LA LOI

**590** — Si le principe de subsidiarité de l'exception de fraude à la loi rend son intervention peu fréquente (1), elle permet de justifier le rôle et, plus fondamentalement, la nécessité de la théorie de la fraude à la loi dans le comblement des lacunes du droit (2).

## 1. Le principe de subsidiarité de l'exception de fraude à la loi

**591** — Pour être relevée, la fraude à la loi suppose, selon la définition proposée par M. le Pr. José VIDAL<sup>1</sup>, l'emploi d'un moyen efficace qui rend le résultat de la fraude inattaquable sur le terrain du droit positif. La fraude résulte d'un moyen réel et intrinsèquement licite qui permet, sans qu'aucun obstacle n'ait pu l'empêcher, la réalisation du but recherché. La « fraude ne pose de problème que si elle réussit, c'est-à-dire si le résultat interdit par la règle se trouve atteint et inattaquable. Elle suppose donc la production d'un résultat interdit par une règle obligatoire sans que cette dernière soit violée, sans que les sanctions efficaces dont sa violation est assortie soient applicables »<sup>2</sup>. Si la fraude est efficace, la règle de droit n'est pas violée, elle a été éludée par le sujet qui s'est placé, par un moyen licite, en dehors de son champ d'application. Dans ce cas seulement l'exception de fraude est appelée à jouer un rôle car le droit ne dispose plus que de ce moyen ultime pour assurer le respect de son autorité. La fraude constitue ainsi « la réserve dernière que l'on fait donner lorsque la bataille semble sur le point d'être perdue »<sup>3</sup>, c'est un « *ultimum remedium* »<sup>4</sup>. Si la loi est directement violée, alors il est inutile de recourir au principe *fraus omnia corrumpit* pour atteindre la manœuvre, pour empêcher que le résultat se produise. De même, si le rattachement créé n'est pas réel, alors le juge pourra utilement constater qu'il n'est pas suffisant à constituer un critère de compétence législative et judiciaire<sup>5</sup>. En ce sens, « le mécanisme de l'exception de fraude postule la régularité juridique de la situation, régularité sans laquelle sa mise en œuvre serait inutile »<sup>6</sup>. Reconnue en droit interne<sup>7</sup>, la subsidiarité l'est également en droit international privé<sup>8</sup> et par la CJCE dans sa jurisprudence anti-contournement<sup>9</sup>.

**592** — En droit international privé, au-delà de la légalité ou de la réalité de la manœuvre en tant que telle, la subsidiarité de l'exception de la fraude à la loi signifie que, pour

<sup>1</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 208.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>3</sup> H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, op. cit., p. 293.

<sup>4</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, op. cit. n° 1084.

<sup>5</sup> V. par ex. Paris, 16 février 2001, *Dr. & Patr. déc.* 2001, n° 99, p. 116, obs. MOUSSERON.

<sup>6</sup> A. SINAY-CYTERMANN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721 et s., spéc. p. 728.

<sup>7</sup> F. TERRE, *Introduction générale au droit*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2003, n° 398 ; G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle *Fraus omnia corrumpit* », *D.* 1961, chr., p. 169 et s., spéc. p. 171. V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1999, *RJPF*-1999-4/36, obs. VAUVILLE ; *Deffrénois* 1999, art. 37017, n° 60, note CHAMPENOIS ; – 24 septembre 2002, *RJPF*-2003-1/19, obs. VAUVILLE ; *JCP* éd. N. 2003, 1575, obs. SIMLER ; – 4 décembre 2001, préc.

<sup>8</sup> Not. J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », op. cit., p. 487 ; *Traité de droit international privé français*, t. III, op. cit. nos 1080 et 1084 ; A. LIGEROPOULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », op. cit., n° 34 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente*, op. cit., p. 158 ; P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », op. cit., n° 6 ; J.-G. CASTEL, « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.* 1964, p. 1 et s., spéc. p. 9 ; Ph. FRANCESKAKIS, « Fraude à la loi », op. cit., n° 11 ; G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, éd. Dalloz, p. 117 et s., spéc. p. 119 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », op. cit., n° 52. Sous l'Ancien droit, v. G.-R. DELAUME, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, op. cit., p. 147.

<sup>9</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 52.

prosperer et donc justifier l'intervention de l'exception qui la sanctionne, la manœuvre à l'origine de la fraude à la loi doit ne pas pouvoir être atteinte par l'un des mécanismes généraux du droit international privé. Or, tous ces mécanismes peuvent contrarier l'efficacité conflictuelle du moyen frauduleux, notamment les lois de police<sup>1</sup>, le conflit mobile<sup>2</sup>, la clause d'exception<sup>3</sup>, le renvoi, ou l'exception d'ordre public international. Ainsi, pour cette dernière et dans la mesure où les mêmes oppositions substantielles entre les lois en conflit stimulent à la fois le fraudeur et l'exception d'ordre public, il sera peu fréquent qu'une loi soit en même temps intéressante pour lui tout en étant conforme à l'ordre public international de la loi éludée. Le cas est topique en ce qui concerne les répudiations étrangères<sup>4</sup>. En ce sens, lorsque l'application des règles normales de conflit suffit à annihiler la manœuvre, la fraude n'a pas à être relevée<sup>5</sup>. Le caractère subsidiaire de l'exception de fraude à la loi signifie alors que la sanction n'interviendra pas si l'un quelconque de ces mécanismes permet de rétablir la compétence de la loi éludée<sup>6</sup>. De même, au stade de la reconnaissance des décisions étrangères, si la condition d'absence de fraude à la loi figure, de manière autonome, parmi les conditions de reconnaissance<sup>7</sup>, les juges ne prennent souvent pas soin de la vérifier, alors même qu'ils en ont rappelé l'existence, lorsque les autres conditions suffisent à rejeter la décision étrangère<sup>8</sup>.

**593** — Si les différents mécanismes du droit international privé ne font que rendre la fraude plus difficile à réaliser et en expliquent la rareté, la subsidiarité de l'exception justifie son existence même dans la mesure où, en vertu de ce caractère, elle ne fait pas double emploi avec les autres mécanismes. Il convient toutefois de nuancer cette remarque car les tribunaux ont souvent recours à la notion de fraude, soit comme unique motif mais le plus souvent de façon consciemment surabondante, alors que l'inefficacité du moyen utilisé ou l'inapplicabilité de la loi artificiellement compétente suffisait. Ces invocations *a priori* inutiles de la réserve de la fraude à la loi, sans jouer un rôle direct de sanction, apparaissent néanmoins comme un moyen complémentaire qui vient en soutien de la sanction préalablement obtenue par le biais d'un concept objectif. De plus, si le juge relève la fraude de manière surabondante dans un très grand nombre de décisions, notamment lors de la reconnaissance d'un jugement étranger, c'est aussi au cas où sa juridiction supérieure ne le suivrait pas sur le terrain des autres conditions<sup>9</sup>. Cette utilisation accessoire de la notion de fraude à la loi montre que le principe *fraus omnia corrumpit* n'a pas uniquement un rôle subsidiaire. Celui-ci est ainsi réfuté par des auteurs qui placent l'exception de fraude à un niveau au moins égal à celui d'autres mécanismes en expliquant qu'il « paraît très difficile et, en définitive assez vain, de tenter de fonder un principe de subsidiarité entre théories de portée également générale. Dans la mesure où leurs domaines d'application se recouvrent, un choix s'ouvre pour retenir la solution la plus

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 210 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 239 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 270 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 230 et s.

<sup>5</sup> R. SAVATIER, note sous Paris, 15 décembre 1948, *D.* 1949, p. 461 et s., spéc. p. 464.

<sup>6</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2002, *JCP* 2003, II, 10007, concl. SAINTE-ROSE, note DEVERS ; *Deffrénois* 2002, p. 1466, note MASSIP ; *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. HAUSER ; *Dr. & patr.* 2003, n° 111, p. 120, note MONEGER ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, note BOURDELOIS ; *RJPF*-2003-1/18, note OUDIN ; *LPA* 2003, n° 73, p. 18, note MASSIP, et n° 206, p. 12, note BRIERE.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note BATIFFOL ; *JDI* 1964, p. 302, note GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note ANCEL ; *GADIP* n° 41.

<sup>8</sup> Par ex. Paris, 25 mars 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 119, note MUIR WATT. Cf. *infra* n° 708 et s.

<sup>9</sup> P. BELLET, « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *TCFDIP* 1962-1964, p. 251 et s., spéc. pp. 270-271 à propos de l'affaire *Gunzburg*.

adéquate eu égard aux circonstances »<sup>1</sup>. L'exception de fraude aurait alors un rôle auxiliaire ou un « caractère complémentaire »<sup>2</sup> : elle participe au maintien de l'intégrité et de l'autorité des règles de droit par une action correctrice adventice à défaut d'être indépendante. Un auteur a ainsi récemment montré que les causes invoquées pour fonder la subsidiarité des principes généraux du droit privé, parmi lesquels figure la maxime *fraus omnia corrumpit*, étaient largement contestables et démenties par le droit positif : la « subsidiarité ne résulte donc pas tant de l'examen du droit positif que du *vœu* de la doctrine de ne pas voir un principe bouleverser l'économie du système juridique. Elle sera le boulet attaché à titre préventif au pied du principe qui l'empêchera d'évincer les autres règles de droit. »<sup>3</sup>.

**594** — Il n'en reste pas moins que dans la mesure où la fraude à la loi n'est constituée que lorsque le moyen utilisé est efficace et inattaquable sur le terrain du droit positif, l'exception qui la sanctionne ne peut en théorie n'avoir qu'un caractère subsidiaire puisque sa mise en œuvre suppose justement que soient relevés ces deux caractères du moyen. La logique l'exige. Lorsque la fraude est relevée de façon surabondante, son invocation vient, de façon complémentaire, alourdir d'un fardeau moral un comportement déjà intrinsèquement illicite. La fonction complémentaire de la notion de fraude tient alors à sa conception extensive – prise en tant que notion de fait – et non à celle de fraude à la loi – concept juridique autonome – qui garde, à côté de la notion large de fraude, sa propre spécificité. L'exception de fraude à la loi demeure subsidiaire et si les juges invoquent souvent, au surplus, l'existence d'une fraude, c'est pour mieux affirmer aux sujets l'existence d'un moyen ultime en cas d'insuffisance des mécanismes objectifs du droit international privé. À envisager la fraude à la loi comme une atteinte à la souveraineté, certains auteurs ont pu écrire que ce caractère supplétoire du principe *fraus omnia corrumpit* « n'enlève rien à l'adage : n'est-il pas habituel d'engager d'abord les régiments de ligne et de réserver la garde pour le cas où la bataille plierait ? »<sup>4</sup>. En ce sens, la subsidiarité de l'exception de fraude est garante de sa spécificité et de son utilité même si en pratique elle conduit à sa rareté. Mais l'exception de fraude à la loi n'est subsidiaire qu'avec les mécanismes qui permettent d'atteindre le but qu'elle se fixe, c'est-à-dire la remise en cause du moyen frauduleux afin de priver le sujet du résultat qu'il recherchait. En revanche, un cumul d'actions sera possible lorsque ces actions ont des finalités différentes. Ainsi, celui qui invoque la fraude à la loi pourra également engager la responsabilité de son adversaire si la fraude lui a causé un préjudice<sup>5</sup>. Dans sa fonction ultime, la théorie de la fraude à la loi apparaît alors comme une méthode de comblement des lacunes du droit.

## **2. Le fondement du caractère subsidiaire : le rôle de la théorie de la fraude à la loi dans le comblement des lacunes du droit**

**595** — La théorie de la fraude à la loi aura toujours une utilité en tant que principe correcteur des lacunes du droit. La fraude, qui exploite les lacunes et les possibilités qu'offre le droit, sera inlassablement en avance sur la loi elle-même et sur la doctrine et pourra ainsi

<sup>1</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994, n° 837. Adde J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, *op. cit.*, n° 336.

<sup>2</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *op. cit.*, p. 3 et p. 162.

<sup>3</sup> P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, n° 578.

<sup>4</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd. Litec, 1999, p. 290.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 577 et s.

trouver un terrain d'application. L'affaire *Caron*<sup>1</sup> a ainsi surpris la doctrine en montrant que la fraude à la loi, contrairement à ce qui était partout enseigné<sup>2</sup>, pouvait intervenir dans des matières qui ne dépendent pas directement de la volonté des parties. Cette affaire amena alors la Cour de cassation à reformater l'élément matériel de la fraude, comblant ainsi la lacune qu'elle avait elle-même créée en donnant une conception étroite de cette notion. Principe général correctif des lacunes du droit, la théorie de la fraude participe pleinement à « l'évolution cohérente du droit positif »<sup>3</sup>. Plus généralement, à l'envisager comme un principe subsidiaire, l'exception de fraude à la loi est susceptible d'intervenir lorsque les limites objectives ne peuvent être utilisées, telles que les lois de polices ou l'exception d'ordre public. La mise en œuvre de ces deux mécanismes suppose en effet pour le premier la reconnaissance d'une disposition impérative sur le plan international. Or les lois de police sont relativement rares en droit de la famille malgré son caractère impératif en droit interne<sup>4</sup>. Quant à l'exception d'ordre public, sa complémentarité avec l'exception de fraude à la loi concerne uniquement la fraude à la loi française et la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce mais non la fraude à la loi étrangère par application de la loi française<sup>5</sup>, bien que dans cette hypothèse la sanction de la fraude à la loi puisse déclencher, en retour, le jeu de l'exception d'ordre public<sup>6</sup>. L'exception d'ordre public ne pourrait non plus être opposée aux dispositions et conséquences des statuts personnels spécifiques encore reconnus aux sujets français originaires de territoires d'outre-mer<sup>7</sup>. Enfin, ces deux mécanismes supposent un conflit de lois. Or, la fraude à la loi peut justement avoir pour effet de nationaliser une situation internationale<sup>8</sup>. De même, en ce qui concerne l'exception d'ordre public ou les lois de police, leur intervention nécessite à tout le moins l'existence d'un lien objectif entre la situation litigieuse et l'ordre juridique concerné. Or une manœuvre peut justement avoir pour but de détruire ce lien objectif ou de le rendre insuffisant. Enfin, si l'arrêt *Rivière*<sup>9</sup> distingue les effets plein et atténué de l'exception d'ordre public, il limite le second à l'absence de fraude dans la création des droits à l'étranger. Il faudra donc relever une fraude à la loi dans la situation acquise à l'étranger pour faire jouer l'exception d'ordre public dans son effet plein lors de sa reconnaissance en France<sup>10</sup>. La théorie de la fraude à la loi trouve donc son utilité pratique dans la distinction qu'elle permet de faire entre une internationalisation réelle et voulue et une autre artificielle, lorsque dans ces deux cas la situation est inexpugnable autrement.

**596** — Mécanisme subsidiaire qui n'est appelé à intervenir qu'en dernier recours, l'exception de fraude à la loi apparaît comme l'auxiliaire de la règle de droit lorsque celle-ci

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, préc.

<sup>2</sup> Not. B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 159 ; P. LAGARDE, recension de B. AUDIT, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 859 ; G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Lausanne, 1984, p. 214 ; H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1959, n° 372 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 7<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1981, n° 371 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Droit international privé*, 1<sup>re</sup> éd. Dalloz, 1978, n° 266 ; P. MAYER, *Droit international privé*, 1<sup>re</sup> éd. Montchrestien, 1977, n° 178 ; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, *op. cit.*, pp. 96-97.

<sup>3</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 497.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 217 et s.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 225 et s.

<sup>6</sup> Cf. *infra* n° 810.

<sup>7</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1997, *D.* 1997, p. 453, note FULCHIRON ; *JCP* 1997, II, 22968, note BARRIERE et GARE ; *Dr. fam.* mai 1997, n° 70, note MURAT ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602, note DROZ.

<sup>8</sup> V. Paris, 30 octobre 2001, *A.J.F.* n° 1/2002, p. 26.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATIFFOL ; *JDI* 1953, p. 860, note PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note BUCHET ; *GADIP* n° 26.

<sup>10</sup> Cf. *infra* n° 729 et s.

n'est plus à même de pourvoir à sa propre sécurité. Cette subsidiarité est garante de son utilité. En effet, « ou bien la notion de fraude à la loi permet de sanctionner des dispositions de la loi, qui peuvent l'être normalement sans elle, et alors elle est inutile (...); ou bien elle permet d'attaquer des actes et de leur dénier des effets que sans cela ils produiraient, et en pareil cas sa nécessité comme son utilité sont justifiées »<sup>1</sup>. De création jurisprudentielle, la théorie de la fraude à la loi trouve son utilité première dans le comblement des lacunes de la loi, lorsque celle-ci ne parvient plus à faire respecter son autorité : elle est « l'outil forgé par la jurisprudence pour sanctionner la fraude à la loi chaque fois que l'action du législateur s'est révélée insuffisante ou inexistante »<sup>2</sup>. Ces deux notions de fraude et de lacunes ont en commun une définition aléatoire. Si en effet les « lacunes semblent échapper à l'audacieux qui cherche à les appréhender, comme s'il voulait saisir le vide »<sup>3</sup>, elles peuvent cependant « être révélées dans toutes les situations qui ont normalement vocation à être couvertes par le droit et, pourtant, ne le sont pas »<sup>4</sup>. Face à ce vide juridique, le juge doit néanmoins apporter une solution au litige : il doit, en vertu de l'article 4 du Code civil, combler la lacune, qu'elle soit volontaire – lorsque le législateur emploie des notions vagues comme le bon père de famille – ou involontaire – la loi n'a pas directement prévu la situation soumise au juge – sans pouvoir s'abriter derrière le silence de la loi, sous peine de déni de justice.

**597** — Le droit international privé connaît, comme le droit privé général, un certain nombre de lacunes. Le laconique article 3 du Code civil, restreint à la délimitation du domaine de la loi française, en certaines matières seulement, sans véritablement résoudre de conflits de lois, et les quelques dispositions éparses, témoignant de la volonté du législateur de ne pas s'aventurer sur le terrain du droit international privé, augurèrent dès 1804 le rôle majeur de la jurisprudence dans le comblement des lacunes en cette matière. Car lorsque le législateur crée une règle de conflit, la spécificité de l'internationalité de la situation crée presque inéluctablement une lacune que le juge doit s'efforcer de combler<sup>5</sup>. De même, la conjonction de multiples intérêts dans une même situation – intérêt du couple, de chacun des époux, des enfants – induit l'adoption de multiples critères de rattachement qui chacun exprime ces intérêts<sup>6</sup>. De cette « balkanisation » de la règle de conflit<sup>7</sup> découle un risque de dissociations de l'accessoire et du principal au sein d'une même situation individuelle<sup>8</sup>.

**598** — Si les lacunes peuvent inciter la fraude dans la mesure où l'agent entend profiter de la fragmentation de sa situation personnelle en fonction des rattachements retenus ou, au contraire, réunir au sein d'une même instance le règlement de sa situation, les rapports

<sup>1</sup> J.-P. NIBOYET, « La fraude à la loi en droit international privé », *op. cit.*, pp. 489-490.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 64. Adde P. LOUIS-LUCAS, « La fraude à la loi étrangère », *op. cit.*, n° 6.

<sup>3</sup> F. TERRE, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, sous la dir. de Ch. PERELMAN, éd. Bruylant, 1968, p. 143 et s., spéc. p. 144.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>5</sup> V. not. R. VANDER ELST, « Lacunes en droit international privé », in *Le problème des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 401 et s., spéc. p. 409 et s. à propos de l'art. 999 du Code civil, p. 415 et s. à propos de l'arrêt *Rivière* ; Y. LEQUETTE, « Rapport français », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. 39, 1988, éd. Economica, 1990, p. 477, à propos de l'art. 310 du Code civil.

<sup>6</sup> A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, *RCADI* 2000, t. 283, p. 9 et s., spéc. n° 7.

<sup>7</sup> H. FULCHIRON, « La séparation du couple en droit international privé », in *Actualité du droit international privé de la famille*, Actes du colloque de Pau du 12 mai 2000, *LPA* n° 62 du 28 mars 2001, p. 4 et s., spéc. p. 6.

<sup>8</sup> Sur ce point, v. Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, *RCADI* 1994-II, t. 246, p. 9 et s.

qu'entretiennent la notion de fraude à la loi et les lacunes du droit sont de deux ordres. Dans un premier temps, la fraude peut être présentée comme une exploitation des lacunes de la loi : le sujet s'infiltré dans les interstices laissés entre deux règles comme le délinquant échappe à toute répression lorsqu'il commet des actions « moralement répréhensibles [mais] qui ne doivent qu'à l'interdiction de l'analogie de n'être pas traitées en infractions pénales »<sup>1</sup>. Mais là plus qu'ailleurs, la fraude se confond avec l'habileté : si la loi est lacunaire, elle ne peut être violée, fût-ce indirectement, faute d'exister. Il n'y a pas de fraude à la loi faute de loi évincée, faute d'élément légal. Toutefois, si la fraude ne peut être recherchée en présence d'un vide législatif, elle peut au contraire exploiter les divergences conflictuelles non seulement entre les systèmes, mais également à l'intérieur d'un même ensemble législatif, lorsqu'il n'est pas harmonisé. Ici, la fraude exploite une lacune structurelle due à l'internationalité de la situation.

**599** — Dans un second temps, les rapports entre la fraude et les lacunes du droit s'expriment sur le terrain de la sanction : la loi, pour être fraudée, doit nécessairement exister et couvrir la situation de l'intéressé ; mais ce dernier s'est placé hors de sa sphère d'application, privant celle-ci de la sanction dont elle s'est parée en cas de violation directe. Mais en permettant le rétablissement de la compétence de la loi éludée, l'exception de fraude à la loi assure le jeu naturel de la sanction à laquelle le fraudeur pensait échapper<sup>2</sup>. En ce sens, la sanction de la fraude à la loi « est la conséquence nécessaire du principe selon lequel « Nul ne peut se soustraire à l'application des lois ». En effet, la sanction dont la violation des règles juridiques est généralement assortie ne suffit pas toujours à assurer le respect de ce principe ; la théorie de la fraude comble cette lacune. Elle constitue l'autre face du caractère obligatoire de la règle. En traquant la fraude, la règle juridique prolonge sa sanction »<sup>3</sup>. Cette relation entre la théorie de la fraude et les lacunes de la loi est particulièrement nette en droit international privé, la loi ne pouvant, en dehors de son domaine d'application, assurer son respect. Le droit international privé crée de façon presque inhérente une lacune, l'impérativité de la loi n'étant garantie que dans sa sphère conflictuelle, nationale ou territoriale. En sortant du cadre conflictuel prédéfini, le sujet exploite cette lacune, non plus simplement structurelle, mais ici coercitive. En réponse, l'exception de fraude à la loi permet d'atteindre le but visé par la loi menacée<sup>4</sup> : interdire le divorce ou ne le permettre que pour certaines causes ; permettre l'opposition des parents sur le mariage de leurs enfants mineurs ; préserver la réserve héréditaire, etc. En rétablissant la prépotence de la loi éludée afin de lui assurer une application conforme à sa lettre et son esprit, l'exception de fraude à la loi comble une lacune exploitée ou créée. Dans tous les cas, elle apparaît comme l'étau de la loi claudicante, notamment lorsque l'intéressé invoque sa propre fraude afin de réaliser une nouvelle fraude à la loi.

## B. LE CAS PARTICULIER DE LA FRAUDE INVOQUEE PAR LE FRAUDEUR

**600** — Afin de permettre une intervention de la réserve de la fraude la plus large possible, l'intéressé peut lui-même dénoncer sa propre fraude pour la faire sanctionner (1). Toutefois, cette contradiction ne sera généralement pas motivée par le remords d'avoir commis un acte répréhensible. En ce sens, l'autorité appelée à sanctionner la fraude à la loi à la demande de son créateur, doit faire œuvre de vigilance et, le cas échéant, lui opposer le principe de l'interdiction de se contredire sur sa propre fraude au détriment d'autrui (2).

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd. LGDJ, 2001, p. 30.

<sup>2</sup> V. par ex. A. LIGEROPULO et L. AULAGNON, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 8.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *op. cit.*, p. 386.

<sup>4</sup> G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, *op. cit.*, p. 127.

### 1. La possibilité pour le fraudeur d'invoquer sa propre fraude

**601** — Par principe, la réserve de la fraude à la loi peut être soulevée par toutes les parties intéressées et par le ministère public, dans sa charge de défendre l'ordre public, entendu ici comme l'autorité de la loi<sup>1</sup>, en vertu de l'article 423 du *ncpc*<sup>2</sup>. La fraude à la loi semble également pouvoir être dénoncée par son auteur même<sup>3</sup>. Selon M. le Pr. VIDAL, « le meilleur moyen de sanctionner la fraude commise, d'assurer l'exécution de la règle obligatoire éludée, est d'ouvrir toute grande la porte de l'action. L'acte frauduleux aura d'autant moins de chances de se maintenir qu'il y aura plus de personnes pouvant l'attaquer »<sup>4</sup>. En droit privé, la fraude paulienne a ainsi pu être invoquée par le débiteur, alors même que l'article 1167 du Code civil n'ouvre l'action qu'aux seuls créanciers<sup>5</sup>. En droit international privé, la jurisprudence accueille également dans sa très grande majorité les demandes exercées par le fraudeur tendant à sanctionner une fraude à la loi. Ainsi la nullité d'un mariage clandestin conclu en fraude à la loi peut être demandée par les fiancés ou l'un d'eux<sup>6</sup>. De même, l'un des époux peut invoquer sa propre fraude afin de s'opposer à la reconnaissance du divorce prononcé à l'étranger<sup>7</sup>.

**602** — Cette possibilité pour le fraudeur de remettre en cause sa propre fraude n'apparaît pourtant pas évidente. Les articles du Code civil qui prévoient une sanction de la fraude n'ouvrent en général pas cette action à celui qui l'a commise. C'est le cas de l'article 1167 du Code civil. En droit de la famille, la quasi-totalité des textes qui utilisent la notion de fraude pour la sanctionner en ouvrent la possibilité aux seules victimes ou au ministère public, voire aux tiers intéressés<sup>8</sup>. Ainsi, l'ancien article 190-1 du Code civil qui annulait le mariage célébré en fraude à la loi ouvrait l'action en nullité à l'époux de bonne foi – donc l'époux qui n'a pas commis la fraude – et au ministère public. De même, certains auteurs estiment que la fraude ne peut pas être invoquée par son auteur, dans la mesure il ne dispose « d'aucun moyen pour forcer les tiers intéressés à invoquer l'exception de fraude si, pour une raison dont ils sont seuls juges, ils ne veulent pas de la protection que la loi leur offre »<sup>9</sup>. Pour NIBOYET, la sanction de la fraude à la loi joue *a minima* et doit se limiter à l'inopposabilité du seul effet recherché et aux seules personnes qui ont intérêt à ce que la loi évincée demeure compétente.

**603** — Certaines décisions ont rejeté la demande du fraudeur au motif qu'il ne pouvait arguer de sa propre fraude – au sens large – pour s'en défaire. Ainsi, dans une affaire d'adoption simple, les juges doutent de la possibilité pour l'adoptant d'invoquer ses liens

<sup>1</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 393 et s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale, op. cit.*, n° 828.

<sup>2</sup> En ce sens, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 69.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 396 et s. ; J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois, op. cit.*, p. 103 ; B. AUDIT, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 15 ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 343.5.2.

<sup>4</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 398.

<sup>5</sup> Pau, 21 février 1912, *S.* 1912, 2, p. 210.

<sup>6</sup> Req., 28 mars 1854, *D.* 1854, 1, 201 ; *S.* 1854, 1, 295 ; – Bourges, 13 juillet 1891, *JDI* 1891, p. 1211 ; – T. civ. de Marseille, 3 avril 1909, *Rev. crit. DIP* 1909, p. 862, note CHERVET ; – T. civ. de la Seine, 1<sup>er</sup> juin 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 3<sup>e</sup> esp., p. 240 ; – Req., 7 janvier 1929, *S.* 1929, 1, 104 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 13 février 1961, *D.* 1961, p. 349, note HOLLEAUX ; *JDI* 1961, note B. G.

<sup>7</sup> Paris, 30 juin 1877, préc. ; – TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, p. 653, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE, et Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPPEZ ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN ; – Paris, 27 novembre 1981, préc., et Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>8</sup> Art. 119, 131, 199, 200, 259-1, 262-2, 316, 339, 350, 353-2, 416 et 421 du Code civil.

<sup>9</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, *op. cit.*, n° 1093.

conjugaux avec l'adoptée pour se défaire du lien adoptif<sup>1</sup>. Dans une autre affaire, la Cour de cassation refuse de révoquer l'adoption au motif que « l'adoptant ne pouvait se prévaloir d'une fraude dont elle était l'auteur »<sup>2</sup>. Dans deux affaires de divorce mais sans viser expressément la fraude à la loi, les juges ont considéré qu'une personne n'est pas recevable à soutenir que le divorce prononcé à sa demande par un tribunal français lui est inopposable<sup>3</sup>, ni l'époux, qui a volontairement comparu devant un juge étranger, est recevable à exciper ensuite, devant un tribunal français, de l'incompétence dudit tribunal<sup>4</sup>.

**604** — Le droit pour le fraudeur d'invoquer sa propre fraude peut sembler en contradiction avec d'autres principes généraux du droit, particulièrement l'adage *Nemo auditur turpitudinem suam allegans*, qui permet d'empêcher un sujet de faire de sa propre indignité un principe d'action<sup>5</sup>. L'indignité considérée n'est ici rien d'autre qu'une immoralité, une cause illicite, un agissement de mauvaise foi ou contraire aux bonnes mœurs, « un acte honteux par lequel on voudrait se créer un titre »<sup>6</sup>. Or la fraude à la loi est, en soi, un acte immoral, honteux et virtuellement illicite, accompli de mauvaise foi. En ce sens, la dénonciation de la fraude par son auteur pourrait être jugée « irrecevable comme procédant d'une cause illicite »<sup>7</sup>. La question se pose donc de savoir si la fraude à la loi est un acte suffisamment immoral pour conduire à l'application de l'adage *Nemo auditur...*<sup>8</sup>. Tout en reconnaissant qu'elle n'est pas une panacée et que l'adage ne doit pas lui être systématiquement opposé, la plupart des auteurs ayant étudié les rapports entre ces deux principes considèrent que le fraudeur peut être empêché d'invoquer sa propre fraude. Lorsque la fraude à la loi est commune et qu'elle est dénoncée par l'un des fraudeurs, l'autre est alors conduit à se défendre en invoquant l'adage *Nemo auditur...* afin de faire déclarer irrecevable l'action intentée. Dans l'affaire *Vidal*, l'épouse opposa ainsi à son ex-mari l'adage *Nemo auditur...*, argument rejeté au motif qu'elle avait elle-même participé à la fraude<sup>9</sup>. La même solution fut retenue dans l'affaire *de Gunzburg*<sup>10</sup>, dans laquelle les juges considèrent que « en vain, de Gunzburg dénie à sa femme le droit de les invoquer [les agissements manifestement frauduleux] en justice, en vertu de la règle *nemo auditur...* ; Qu'en effet, outre que le caractère commun de la fraude enlève à de Gunzburg le droit de se prévaloir de la règle précitée, il ne faut pas perdre de vue que les contestations relatives à l'état des personnes échappent aux exceptions de cet ordre ». Dès lors, lorsque la fraude à la loi commune est dénoncée par l'un des fraudeurs, l'autre ne peut invoquer contre lui l'adage *Nemo auditur...* en raison d'une culpabilité frauduleuse partagée. L'adage leur serait également applicable : « à identité de turpitude, identité de traitement »<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Paris, 19 janvier 1993, *RTD civ.* 1993, p. 340, obs. HAUSER.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1991, *Bull. civ.* I, n° 316.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, *JDI* 1986, p. 1025, note SINAY-CYTERMANN ; *JCP* 1987, II, 20878, note AGOSTINI ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 302, note BISCHOFF.

<sup>4</sup> T. civ. de la Seine, 4 novembre 1954, *JDI* 1955, p. 650, note A. P. ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 690, note LOUSSOUARN.

<sup>5</sup> Sur ce principe, v. not. Ph. LE TOURNEAU, *La règle "nemo auditur..."*, éd. LGDJ, 1970 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 246, p. 483 et s.

<sup>6</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1949, n° 108.

<sup>7</sup> T. civ. de la Seine, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 679, note H. B.

<sup>8</sup> Sur cette opposition, v. not. J. VIDAL, *op. cit.*, p. 396 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 108 et s. ; B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, nos 142, 179, 208, 258 et s. ; « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 15 ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 345.3.

<sup>9</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205, et Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>10</sup> TGI de la Seine, 14 mai 1962, préc., et Paris, 18 juin 1964, préc.

<sup>11</sup> H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, p. 491.

D'autre part et en tout état de cause, l'adage *Nemo auditur...* n'est pas applicable en matière d'état des personnes<sup>1</sup>. Bien que la jurisprudence ait parfois appliqué l'adage en droit de la famille<sup>2</sup>, la doctrine semble en faveur d'une telle exclusion de l'état et de la capacité des personnes du domaine de l'adage *Nemo auditur...*, lequel se réduit aux contrats<sup>3</sup>. Si donc l'adage pouvait être utilement invoqué à l'encontre de la sanction mécanique de la fraude à la loi, il serait sans application en droit international privé de la famille.

**605** — Toutefois, le droit international privé de la famille entrerait-il dans le domaine de l'adage, qu'il convient de douter de la pertinence à s'opposer à la sanction de la fraude à la loi en cette matière. Dans ce cas en effet, la sanction de la fraude à la loi se justifie non seulement en raison de la fraude elle-même, mais également et surtout en raison du caractère impératif des droits qui relèvent du droit de la famille, plus généralement du statut personnel et familial. C'est d'ailleurs pour cette raison, principalement, que l'adage *Nemo auditur...* est exclu en droit de la famille, car son application, qui ne pourrait être systématique, reviendrait à rendre finalement disponibles des droits qui ne le sont pas, impérativité dont justement la théorie de la fraude a pour vocation de défendre<sup>4</sup>. En ce sens, le fraudeur doit bien pouvoir invoquer sa propre fraude en justice afin d'en obtenir la sanction. Néanmoins, lorsqu'il dénonce sa propre fraude à la loi, c'est le plus souvent plus parce qu'il est lui-même « désireux d'échapper à un statut qui lui pèse que pourchassé par le remords »<sup>5</sup>. N'y trouvant plus avantage, le fraudeur dénonce sa fraude à la loi soit pour sortir d'une situation qui finalement le dérange, soit encore pour bénéficier d'un droit qu'il tenait de son ancienne situation et que la fraude lui a fait perdre, soit encore afin de nuire à son co-fraudeur ou à un tiers. Dans ce cas, cette contradiction doit conduire l'autorité de contrôle à examiner si elle ne permet pas la réalisation d'une nouvelle manœuvre frauduleuse au détriment d'autrui.

## 2. L'interdiction de se contredire sur sa propre fraude au détriment d'autrui

**606** — Lorsque le fraudeur renie sa propre fraude à la loi après en avoir, pendant une période plus ou moins longue, récolté les fruits, c'est rarement, voire jamais, par remords. Il ne dénonce pas sa fraude comme le feraient ses victimes ou le ministère public, du moins ne le fait-il pas dans le même but. Il la dénonce parce que non seulement elle ne lui est plus d'aucun intérêt, mais aussi parce que finalement la situation acquise grâce à elle ne lui convient plus et que son intérêt est dans sa dénonciation plus que dans sa continuation. Lorsqu'il souhaite remettre en cause sa fraude à la loi, le sujet cherche donc à satisfaire un intérêt particulier et personnel. La dénonciation se fera généralement au détriment de l'intérêt d'une autre personne. Celle-ci peut être l'autre fraudeur, lorsque la fraude à la loi était commune, ou encore des tiers qui ont pu, de bonne ou de mauvaise foi, se fier à la situation frauduleusement acquise.

<sup>1</sup> Dans le même sens, Paris, 14 janvier 1994, *D.* 1994, somm., p. 357, obs. JULIEN-LAFERRIERE.

<sup>2</sup> Paris, 22 juillet 1951, *JCP* 1954, II, 8263 ; *D.* 1955, p. 662, note WEILL ; Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 38 et s. et réf. citées.

<sup>3</sup> Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, *loc. cit.* ; J.-P. GRIDEL, « Est nécessairement contraire à l'ordre public la prétention de soustraire un enfant aux effets légaux de sa filiation naturelle », *D.* 1995, chr., p. 275 et s. ; H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, p. 486. V. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, *RTD civ.* 2004, p. 279, obs. MESTRE et FAGES.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 71 et s.

<sup>5</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 179.

**607** — Ainsi, lorsque l'époux Vidal dénonce la fraude qu'il vient de commettre avec sa femme, c'est dans le but unique d'entraîner l'annulation pour bigamie du remariage de celle-ci, donc de lui nuire<sup>1</sup>. L'affaire *Favreau*<sup>2</sup> dans laquelle le mari, pour se dégager des liens d'un second mariage, assigna sa femme en nullité du mariage pour cause de bigamie en raison du caractère frauduleux du divorce de sa première union, est également révélatrice de cette intention. La fraude à la loi reconnue lors du divorce, le second mariage fut annulé et déclaré putatif, mais seulement à l'égard de l'épouse, l'époux ayant été reconnu de mauvaise foi dans la mesure où il ne pouvait ignorer, lors de la célébration du mariage annulé, les irrégularités qui entachaient son divorce. C'est le cas encore dans une affaire où une Française résidant en Birmanie obtint, avec l'accord de son mari également français, le divorce auprès d'une juridiction thaïlandaise, en application de la loi de ce pays. Poursuivie pour vol par son ex-mari, elle invoqua l'irrégularité entachant son divorce et donc l'inopposabilité en France de la décision étrangère, afin de bénéficier de l'immunité familiale prévue à l'article 311-12 du Code pénal. Pour rejeter cette exception et la condamner, la Cour de cassation jugea qu'un « prévenu n'est pas recevable à invoquer l'inopposabilité, en France, d'une décision étrangère qui a prononcé le divorce sur sa propre demande »<sup>3</sup>. Dans un sens identique, la Cour de cassation a considéré que le demandeur français « n'est pas recevable, au nom de la bonne foi, à invoquer l'incompétence d'une juridiction étrangère qu'il a lui-même saisie et l'inopposabilité de sa décision rendue à sa demande »<sup>4</sup>. Une affaire de répudiation révèle une contradiction frauduleuse dans le fait pour l'épouse, valablement répudiée au Maroc par consentement mutuel, de réclamer postérieurement en France, en faisant valoir sa qualité d'épouse, le respect de ses obligations alimentaires par le mari<sup>5</sup>. Plus récemment, la Cour de cassation jugea que le demandeur à l'exequatur d'un jugement anglais qui, « régulièrement assigné, avait fait défaut devant la juridiction anglaise, ne pouvait, de ce fait, présenter devant le juge français de l'exequatur, le moyen de fraude qu'il aurait dû faire valoir devant le juge étranger »<sup>6</sup>.

**608** — Beaucoup plus significative est l'affaire *Conlon*<sup>7</sup>. Dans celle-ci, Ellen Conlon obtint d'un juge de l'Indiana une décision de divorce de son mari, Alain de Talancé. Ce jugement prévoyait, outre une pension alimentaire pour l'entretien des trois enfants, une pension au profit de la femme. Neuf mois plus tard, Alain de Talancé vint cependant à décéder. Ignorant le jugement de divorce, Ellen Conlon, préférant sa qualité de veuve à celle de divorcée, revint en France pour faire valoir ses droits sur la succession. Les héritiers du défunt l'assignèrent devant le juge français pour l'exclure des opérations de liquidation en raison du divorce. Ellen Conlon s'opposa à cette demande en arguant de l'inopposabilité en France de ce jugement, rendu selon elle par un tribunal incompétent, en fraude des dispositions d'ordre

<sup>1</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>2</sup> Paris, 27 novembre 1981, préc., pourvoi rejeté par Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> Crim., 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 576, note AGOSTINI ; *D.* 1998, somm., p. 286, obs. AUDIT. V. cep. Aix-en-Provence, 18 janvier 1996, *JDI* 1998, p. 113, note MONEGER.

<sup>4</sup> Soc., 7 mai 1996, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 77, note DROZ.

<sup>5</sup> Versailles, 27 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, note MUIR WATT.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 573, note ANCEL ; *JDI* 2003, p. 157, obs. HUET. Dans le même sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n° 00-19675, inédit. *Adde* Douai, 20 mars 2000, (n° 98/04112), Paris, 18 mars 1999, (n° 1998/11127), Paris 18 novembre 1999 (dont le pourvoi a été rejeté par Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, préc.), cités par M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *L'exequatur en France des jugements étrangers*, *Gaz. pal.* 16-17 juin 2004, respectivement p. 31, note 215, et p. 32, note 229.

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 492, note MAYER ; *JDI* 1984, p. 898, note WIEDERKEHR ; – TGI Paris, 3 juillet 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 106, note MAYER ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, *JDI* 1989, p. 1014, note KESSEDJIAN ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 352, note MAYER.

public de la loi française relative aux droits de la défense. La Cour de cassation considéra que « Mme Conlon n'était pas recevable à invoquer l'inopposabilité en France de la décision étrangère qui avait prononcé le divorce sur sa propre demande »<sup>1</sup>. Dans cette affaire loin des canons juridiques orthodoxes, les juges acceptent de ne pas sanctionner une fraude à la loi qui leur est pourtant révélée. Il n'en reste pas moins que « si l'on juge l'arbre à ses fruits, il est bien difficile de ne pas approuver ces deux juridictions. Manifestement, la morale triomphe. La thèse de celle qui se prévalait de sa propre fraude pour défaire le mécanisme qu'elle avait mis en place, le décès inattendu de son mari ayant transformé une machination utile en fausse manœuvre, n'attirait pas la sympathie »<sup>2</sup>. Toutefois, pour « ne pas la sanctionner par un refus de reconnaissance, il fallait à la fois se boucher les oreilles en déclarant que la veuve était inaudible (ce qu'elle disait ne pouvait être entendu), et se fermer les yeux, en affirmant que le juge ne peut voir que ce que les parties lui montrent et qu'il est aveugle au reste »<sup>3</sup>.

**609** — Prenant acte de cette fin de non-recevoir en qualité de veuve, Ellen Conlon reprit sa tunique de divorcée pour réclamer, toujours sur la succession, la pension alimentaire obtenue à son profit. Elle forma donc une opposition à partage à laquelle les héritiers opposèrent l'absence d'exequatur du jugement étranger de divorce. Tout en reconnaissant sa contradiction, Ellen Conlon demanda donc l'exequatur du jugement américain. Celui-ci lui fut refusé au motif que les juridictions françaises étaient exclusivement compétentes<sup>4</sup>. Est ordonnée en outre la suppression des mentions du jugement étranger portées en marge des actes de l'état civil. Saisie du pourvoi contre l'arrêt d'appel confirmatif, la Cour de cassation cassa sans renvoi et ordonna que la suppression des mentions du divorce en marge des actes de l'état civil n'ait pas lieu<sup>5</sup>. Il résulte de ces différentes solutions rendues à propos de la même affaire qu'Ellen Conlon, tout en étant considérée comme divorcée en France, ne peut se prévaloir de cet état, au moins dans ses aspects pécuniaires. La solution de la Cour de cassation revient ainsi à consacrer une fraude à la loi pourtant reconnue dans les décisions précédentes. L'affaire *Conlon* fit également des émules. Ainsi Eugène Djenangi, après avoir obtenu son divorce en France, revendiqua la qualité de conjoint survivant afin de venir à la succession de son ancienne épouse défunte. Il argua que la loi syrienne de sa nationalité interdisait la dissolution du mariage et que donc il ne pouvait être tenu compte du divorce prononcé en France. La Cour d'appel de Paris rejeta cette prétention au motif que le mari était irrecevable à soulever l'inopposabilité d'un divorce prononcé à sa propre demande. Saisie du pourvoi contre cet arrêt, la Cour de cassation ne reprit pas cette motivation<sup>6</sup>.

**610** — D'aucuns ont vu dans ces décisions, particulièrement dans l'affaire *Conlon*, une consécration en droit privé français de la théorie de l'estoppel. Connue en droit anglais puis développée dans les pays anglo-saxons, l'estoppel<sup>7</sup> est un instrument procédural qui fonctionne

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, préc.

<sup>2</sup> P. MAYER, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, préc., p. 495.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> TGI Paris, 3 juillet 1985, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, préc.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, préc.

<sup>7</sup> Sur cette notion, v. not. J.-C. WITENBERG, « L'estoppel », *JDI* 1933, p. 529 et s. ; Ch. DOMINICE, « À propos du principe de l'estoppel en droit des gens », in Mél. P. GUGGENHEIM, Genève, 1968, p. 327 et s. ; A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, éd. Pedone, 1979 ; É. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241 et s. ; O. MORETEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, thèse dact., Lyon 3, 1990 ; H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in Mél. Y. LOUSSOUARN, éd. Dalloz, 1994, p. 303 et s. ;

comme une fin de non-recevoir et qui sanctionne, par l'irrecevabilité de sa demande, l'attitude volontairement contradictoire du demandeur. S'il en existe plusieurs variantes<sup>1</sup>, l'estoppel répond à plusieurs conditions communes, deux à trois selon les auteurs. La première est un comportement ou une déclaration initiaux clairs et non équivoques. Le caractère clair et non équivoque découle autant de la solennité de la déclaration que de la longévité du comportement. Plus un comportement dure dans le temps, moins il est équivoque. Ainsi, dans l'affaire *Favreau*<sup>2</sup>, alors même que le mari ne pouvait douter de la précarité de son second mariage, sa seconde épouse pouvait à l'inverse légitimement se fier au jugement de divorce du précédent mariage de son mari et aux vingt années de vie commune. La faible durée du comportement peut toutefois être compensée par la solennité de la déclaration. Ainsi dans l'affaire *Conlon*<sup>3</sup>, Ellen Conlon ne s'est comportée comme divorcée qu'entre le moment de son divorce et celui du décès de son ex-mari, soit pendant huit mois. Néanmoins, le caractère juridictionnel de la déclaration – fût-elle irrégulière – imprime à celle-ci une solennité à laquelle les héritiers ont pu légitimement se fier.

**611** — La deuxième condition de l'estoppel est une confiance effective, légitime et de bonne foi, qu'un autre sujet a porté à cette déclaration et ce comportement, l'ayant incité à adopter un certain comportement. La bonne foi apparaît donc comme une condition essentielle de la mise en œuvre de la théorie de l'estoppel<sup>4</sup>. Elle est toutefois appréciée différemment selon la partie concernée. La bonne ou la mauvaise foi de la partie à qui est opposé l'estoppel est indifférente pour l'application du mécanisme<sup>5</sup>. Dans la plupart des cas, elle sera de mauvaise foi, entendue ici comme la conscience de sa propre contradiction. En revanche, la bonne foi de la partie qui entend se prévaloir de l'estoppel joue un rôle déterminant dans la mesure où, au-delà de son rôle de sanction de la contradiction de l'autre partie, l'estoppel a pour but de préserver les intérêts d'une partie qui a pu légitimement se fier au comportement de l'autre partie. Sa bonne foi apparaît donc nécessaire pour qu'elle puisse invoquer à titre de défense la théorie de l'estoppel. Reste à savoir comment s'apprécie cette bonne foi, notamment dans l'hypothèse où la déclaration initiale, à l'origine du comportement, est frauduleuse. Ainsi dans l'affaire *Vidal*<sup>6</sup>, l'épouse n'est pas de bonne foi quant à la sincérité de la déclaration. Ayant participé à la fraude au même titre que son mari, elle ne pouvait légitimement se fier à la validité de cette désunion. En revanche, la fraude à la loi étant un acte volontaire et intentionnel, les individus qui fraudent en commun peuvent légitimement croire que leur partenaire de fraude aura un comportement ultérieur conforme à cette première intention. L'épouse Vidal, bien que connaissant l'irrégularité de la situation créée, pouvait légitimement croire que son ex-mari se comporterait dorénavant en qualité de divorcé et, ayant voulu la

---

H. DAS, « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *Rev. belge dr. inter.* 1997, p. 607 et s. ; Ph. PINSOLLE, « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, p. 905 et s. ; M.-Ch. CAUCHY-PSAUME, *L'estoppel by representation : étude comparative de droit privé français et anglais*, thèse dact., Paris XI, 1999 ; M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir. de), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, éd. Economica, 2001.

<sup>1</sup> Peut-être une douzaine, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », in M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir. de), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, op. cit., p. 3 et s., spéc. p. 6.

<sup>2</sup> Paris, 27 novembre 1981, préc., pourvoi rejeté par Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, préc. ; – TGI Paris, 3 juillet 1985, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, préc.

<sup>4</sup> Sur ces rapports entre bonne foi et estoppel, v. not. R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux en droit*, éd. Puf, 2000, spéc. p. 357 et s. ; Ph. PINSOLLE, op. cit. ; É. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, éd. Pedone, 1977, spéc. n° 293 et s.

<sup>5</sup> Ph. PINSOLLE, op. cit., n°s 18 et 53.

<sup>6</sup> Paris, 30 juin 1877, préc.

fraude, ne reviendrait pas sur sa déclaration à l'avenir. C'est en raison de cette confiance légitime qu'elle a pu se remarier. Or, c'est cette bonne foi qui est exigée de la part de celui qui entend se prévaloir de l'estoppel, ce n'est pas la même bonne ou mauvaise foi entendue pour la fraude à la loi. Si au regard de la réalisation de la fraude à la loi et de la connaissance de la validité de la situation acquise en fraude, le fraudeur n'est jamais de bonne foi et ne le devient jamais<sup>1</sup>, chacun des fraudeurs peut en revanche légitimement et de bonne foi croire en la volonté de ses complices de se conformer et de se comporter en accord avec la fraude à la loi initiale et à la situation qui en est découlée. Si une certaine compatibilité entre la fraude à la loi et la bonne foi peut exister, il semble qu'elle ne peut se trouver que dans la croyance légitime en la volonté de tous les fraudeurs d'admettre pleinement la fraude à la loi réalisée. Il en découle que l'estoppel pourrait être opposé par l'un des fraudeurs contre la dénonciation de son complice. Il pourrait l'être par exemple par la première épouse dans l'affaire *Favreau*<sup>2</sup> qui, puisque le divorce a été déclaré inopposable en France, s'est finalement retrouvée remariée avec son premier époux, contre son gré et plus de vingt ans après la séparation, son remariage éventuel pouvant en conséquence être annulé pour bigamie, alors qu'elle pouvait légitimement croire de bonne foi que son ex-mari ne dénoncerait pas, surtout vingt ans après, la fraude qu'ils avaient réalisée de concert, alors même qu'elle connaissait la fragilité juridique de sa situation.

**612** — La troisième condition est l'existence d'un dommage résultant de la confiance donnée et du changement de comportement d'une partie. L'exception d'estoppel n'est en effet recevable que si celui qui l'invoque se trouve exposé à subir un dommage injuste, au cas où son adversaire serait admis à démontrer le bien-fondé de sa thèse<sup>3</sup>. Le dommage n'est donc pas actuel, il n'est encore qu'éventuel au jour où la recevabilité de l'estoppel doit être démontrée<sup>4</sup>. De l'exigence d'un dommage découle la traduction française de l'estoppel par l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui<sup>5</sup>.

**613** — Dans cette optique, la théorie de l'estoppel pourrait effectivement être opposée au sujet qui dénonce sa propre fraude à la loi, lorsque cette dénonciation est inattendue pour celui qui entend se prévaloir de la situation acquise dont la remise en cause lui serait dommageable, fût-il également coauteur de cette même fraude. Les théories de la fraude à la loi et de l'estoppel peuvent effectivement être rapprochées. Toutes deux ont un fondement moral dans la mesure où elles ont pour finalité d'empêcher qu'un comportement déloyal produise ses effets. Elles demeurent néanmoins différentes dans leur domaine respectif d'intervention, l'estoppel pouvant être opposé alors même que la déclaration et le comportement initiaux ne procèdent pas d'une fraude. De fait, la théorie de l'estoppel n'est pas complètement inconnue du droit privé français et, en toutes matières<sup>6</sup>, certaines dispositions peuvent s'interpréter comme la consécration d'un véritable principe de droit privé<sup>7</sup>, ainsi en droit processuel<sup>8</sup> ou en droit de la famille<sup>1</sup>. Dans la mesure où son intervention nécessite un

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 800 et s.

<sup>2</sup> Paris, 27 novembre 1981, préc., pourvoi rejeté par Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

<sup>3</sup> R. KOLB, *op. cit.*, p. 365.

<sup>4</sup> A. MARTIN, *op. cit.*, p. 294.

<sup>5</sup> É. GAILLARD, *op. cit.*

<sup>6</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir. de), *op. cit.*, et les différentes contributions en droit privé français, spéc. p. 79 et s.

<sup>7</sup> H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », in M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 175 et s.

<sup>8</sup> M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, éd. Dalloz, 2003, n° 415 et s.

dommage, la théorie de l'estoppel pourrait avoir en droit français un fondement délictuel, la faute étant constituée par la contradiction et le dommage qui en résulte, par les conséquences matérielles ou morales que pourrait entraîner cette contradiction. Pour que l'estoppel soit admis en droit de la famille, il faudrait en effet admettre que le dommage pris en compte ne soit pas seulement matériel, mais aussi moral et surtout extrapatrimonial. Ainsi dans les affaires *Vidal* ou *Favreau*, le dommage résulterait de la remise en cause du remariage du complice ou de la seconde épouse du fraudeur par la dénonciation de la fraude à la loi par ce dernier. Dans l'affaire *Conlon*, le dommage serait pour les héritiers d'être privés d'une part sur la succession de leur auteur. En ce sens, l'interdiction « d'un comportement procédural contradictoire, application de la doctrine de l'estoppel, constitue ainsi un rempart contre la pratique du *forum shopping* et plus largement tend à la moralisation de la procédure »<sup>2</sup>.

**614** — Il n'en reste pas moins qu'en admettant que la théorie de l'estoppel soit accueillie en droit français, elle pourrait dans un certain nombre d'hypothèses supplanter la réserve de la fraude à la loi et apparaître comme un moyen de « sur-sanctionner » l'intéressé au regard des conséquences supposées de la fraude<sup>3</sup>. Toutefois, il n'est pas certain non plus que cette admission soit une panacée. Lorsque la déclaration et le comportement initiaux ne sont pas frauduleux, l'estoppel pourrait avoir un rôle à jouer, notamment parce que son admission, finalement, permet de protéger une situation réelle et licite. C'est le cas dans l'affaire de la pension alimentaire demandée en France par une femme marocaine qui avait été, avec son accord, antérieurement répudiée<sup>4</sup>. L'admission de l'estoppel conduit à admettre la réalité de la déclaration et du comportement initiaux. S'ils ne sont pas d'origine frauduleuse, rien en soi ne s'y oppose. Mais toute autre est la situation dans l'hypothèse inverse. Dans ce cas en effet, l'admission de la théorie de l'estoppel conduit le juge à accepter expressément la situation née d'une fraude à la loi, et donc à valider la fraude elle-même. C'est le cas dans l'affaire *Conlon*, Ellen Conlon étant finalement considérée comme divorcée, alors que ce divorce était frauduleux. C'est le cas également dans l'affaire du vol entre époux<sup>5</sup>. C'est le cas enfin des mariages de complaisance, contre lesquels certains auteurs ont proposé que le juge refuse de prononcer la nullité, afin d'enfermer les époux dans un mariage qu'ils n'ont pas réellement souhaité, à titre de sanction<sup>6</sup>. Toutefois, il n'est pas certain que le souhait légitime d'éviter la contradiction du fraudeur justifie nécessairement que soit validée sa fraude à la loi initiale.

**615** — Tout serait alors question de mesure. L'essentiel est de savoir si la fraude à la loi initiale dénoncée ultérieurement par le fraudeur, à laquelle le juge voudrait opposer une fin de non-recevoir, mérite d'être validée au regard des conséquences de sa sanction. À ce titre, les affaires *Favreau* et *Conlon* peuvent être distinguées. Dans la première<sup>7</sup>, le mari dénonce sa

<sup>1</sup> V. par ex. les art. 181 et 186 du Code civil en matière de mariage. Adde F. DREIFUSS-NETTER, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 111 et s.

<sup>2</sup> M.-E. BOURSIER, *Le principe de loyauté en droit processuel*, *op. cit.*, n° 418.

<sup>3</sup> H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », *op. cit.* ; C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact., Rouen, 2000, n° 198 et s. ; O. HILLEL, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Les applications du principe en droit du contentieux interne et international », in M. BEHAR-TOUCHAIS (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 53 et s., spéc. p. 72 et s.

<sup>4</sup> Versailles, 27 février 1992, préc.

<sup>5</sup> Crim., 11 juin 1996, préc.

<sup>6</sup> C.-I. FOULON PIGANIOL, « Le mariage simulé », *RTD civ.* 1960, p. 217 et s. ; « Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités », *D.* 1965, p. 9 et s.

<sup>7</sup> Paris, 27 novembre 1981, préc., pourvoi rejeté par Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc.

fraude à la loi plus de vingt ans après sa réalisation et malgré tous les effets qu'elle a depuis déployés. Sa sanction aurait pour conséquence non seulement d'annuler le second mariage de l'intéressé, mais également celui éventuel de sa première épouse, et de reformer contre le gré de cette dernière ce premier mariage, vingt ans après sa dissolution. De ce point de vue, la sanction de la fraude à la loi dénoncée apparaît largement inopportune, tant en raison des effets de cette sanction que de la fraude elle-même, laquelle ne cause plus aucun trouble social au moment où le juge appelé à la sanctionner statue<sup>1</sup>. En ce sens, la solution rendue par les juges français dans cette affaire apparaît largement contestable et il aurait été certainement préférable qu'ils opposent au fraudeur la théorie de l'estoppel ou une fin de non-recevoir tirée de son absence d'intérêt à contester un divorce obtenu sur sa propre demande. À l'inverse, l'affaire *Conlon*<sup>2</sup> témoigne d'une utilisation peu satisfaisante de la théorie de l'estoppel, s'il fallait en voir une application. Au-delà des conséquences matérielles et juridiques de ces arrêts qui, sans être contradictoires, font qu'Ellen Conlon n'est en France ni veuve ni complètement divorcée, et qui peuvent en ce sens sembler disproportionnées une fois passée l'absence de sympathie que sa manœuvre inspire<sup>3</sup>, il n'en reste pas moins que le trouble principal causé par l'inopposabilité de la demande réside dans le fait que la fraude initiale n'est pas sanctionnée, tout juste est-elle limitée dans ses effets patrimoniaux mais sans que cette limite soit bien justifiée juridiquement. Or, cette fraude à la loi initiale méritait certainement encore de recevoir une sanction à la date où Ellen Conlon se fit fort de la dénoncer, eu égard à la brièveté du délai entre l'obtention du divorce et sa contestation. Si donc l'irrecevabilité de sa demande peut se justifier d'un point de vue immédiat, cantonnée à la volonté de couper court à sa contradiction, elle ne l'est plus eu égard aux conséquences de cette irrecevabilité qui maintient la situation frauduleusement créée<sup>4</sup>, au moins dans ses effets extrapatrimoniaux<sup>5</sup>.

**616** — Une autre solution dans l'affaire *Conlon* peut se révéler plus satisfaisante. Elle ne nécessite pas un appel à la théorie de l'estoppel ni à celle de l'appréciation de l'intérêt à agir. Elle consiste à voir dans la manœuvre d'Ellen Conlon une double fraude à la loi et à la sanctionner comme telle. Évoquant une hypothèse identique à cette affaire, M. le Pr. AUDIT écrit que s'il « y a fraude à sanctionner en pareil cas, ce n'est pas celle qui aurait été commise plusieurs années auparavant et qui a cessé d'en être une, mais celle qui est en train de se commettre »<sup>6</sup>. De même, au sujet de l'affaire *Favreau*, Mme la Pr. JOBARD-BACHELLIER montre que « si fraude réelle il y avait, c'était bien dans le fait pour le mari de se prévaloir quelque vingt ans plus tard, au gré de ses intérêts changeants, de l'inopposabilité de son divorce étranger aux fins exclusivement de faire tomber son second mariage dont les charges lui apparaissaient désormais trop pesantes »<sup>7</sup>. La contradiction de sa propre fraude à la loi peut en effet être le moyen d'une nouvelle fraude à la loi. C'était le cas dans ces deux affaires. Toutefois, la seconde fraude à la loi, celle née de la contradiction, n'est pas une fraude à la loi de droit international privé mais de droit interne. Il n'y a pas ici d'intervention directe sur le règlement conflictuel de la situation. Il y a fraude à la loi de droit interne car la contradiction du fraudeur, par la saisine d'une autorité étatique, lui permet de se placer dans une situation nouvelle – de veuve ou de marié – et d'échapper aux obligations nées de la situation

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 796 et s.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, préc. ; – TGI Paris, 3 juillet 1985, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, préc.

<sup>3</sup> P. MAYER, note sous TGI Paris, 3 juillet 1985, préc., p. 112.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, préc.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, préc.

<sup>6</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 142.

<sup>7</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, préc., p. 101.

antérieurement acquise par fraude – divorcée ou remarié – alors qu'il s'y trouvait soumis. Dans les deux affaires, le fraudeur n'avait d'autre but que de faire de sa repentance un moyen d'échapper à ses obligations ou de bénéficier d'autres droits que ceux qu'il pouvait revendiquer. En admettant cette double fraude à la loi, le réflexe doit alors consister à en rechercher la sanction, de l'une comme de l'autre. Ces deux fraudes à la loi sont liées mais elles demeurent indépendantes dans leurs conditions, leurs effets et leur sanction éventuelle.

**617** — La sanction ou l'absence de sanction de la première a néanmoins des effets sur l'existence ou la sanction de la seconde. Ainsi, en ce qui concerne l'affaire *Conlon*, cette double constatation de la fraude à la loi aurait abouti à une solution beaucoup plus satisfaisante non seulement dans son principe mais également dans ses conséquences. La fraude à la loi initiale – le divorce – serait tout d'abord sanctionnée. Il en résulte que la décision étrangère n'est pas reconnue en France et qu'Ellen Conlon est considérée comme toujours mariée à la date du décès de son époux, donc veuve au moment où le juge statue. Toutefois, dans la mesure où sa dénonciation de la fraude à la loi initiale constitue en elle-même une fraude à la loi de droit interne, le juge peut être amené à la sanctionner directement et donc lui refuser les effets de cette nouvelle fraude en déclarant inopposable la manœuvre réalisée. Dès lors, si Ellen Conlon est considérée en France comme toujours mariée, cet état civil n'est pas opposable aux tiers victimes de cette fraude, en l'espèce aux héritiers de son mari et plus précisément à la succession de ce dernier. Au lieu d'être ni veuve ni véritablement divorcée, elle aurait ici été veuve mais écartée de la succession de son époux défunt en raison de sa fraude. Il s'agirait ici d'une simple application de la sanction combinée de deux fraudes à la loi successives, laquelle sanction est autrement plus satisfaisante que celle qui a été véritablement prononcée. En revanche, dans l'affaire *Favreau*, la sanction de la première fraude à la loi n'apparaît pas opportune, non pas en raison de la contradiction frauduleuse ultérieure mais au regard de la disparition de son objet et des conséquences plus graves qu'aurait sa sanction pure et simple<sup>1</sup>. La seconde fraude à la loi pourrait être sanctionnée en tant que telle, ce qui aurait pour conséquence de refuser au mari les effets de sa propre manœuvre. Toutefois, la sanction de la seconde fraude à la loi n'aura lieu d'intervenir que si la fraude à la loi initiale a été sanctionnée. Dans le cas contraire en effet, si la fraude à la loi initiale est maintenue, alors la seconde fraude à la loi n'aura pas été efficace, elle disparaîtra donc d'elle-même. Ainsi, si l'affaire *Favreau* avait été jugée de cette façon, l'absence de sanction de la fraude à la loi initiale aurait permis de préserver la validité du second mariage et par là les obligations afférentes dont le mari souhaitait se dégager.

**618** — Si donc l'estoppel permet de sanctionner certains comportements proches ou constitutifs d'une fraude à la loi, il semble néanmoins que les hypothèses de contradiction sur sa propre fraude à la loi doivent être sanctionnées par le biais, le cas échéant, d'une double exception de fraude à la loi. À la suite de M. le Pr. MAYER, il est possible d'affirmer que, par principe, « toute personne est en droit de demander à un tribunal de constater la réalité de sa situation familiale lorsque celle-ci est douteuse, quelles que soient les circonstances et quelle que soit la position qu'elle déclare vouloir consacrer ; l'éventuelle immoralité de son comportement peut être prise en considération dans la détermination du contenu, et à la rigueur des effets, de son état : mais elle ne saurait s'opposer à ce que cet état soit, sur sa demande, examiné et proclamé »<sup>2</sup>. En ce sens, lorsqu'une partie dénonce elle-même une fraude à la loi à

<sup>1</sup> Cf. *infra* n° 798.

<sup>2</sup> P. MAYER, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, préc., p. 357.

laquelle elle a participé, alors elle doit être en droit d'en demander la sanction, afin d'en ouvrir largement la possibilité, mais le juge doit pouvoir apprécier les conséquences de cette sanction et de l'éventuelle contradiction frauduleuse de l'intéressé. L'inefficacité de la manœuvre n'en sera que mieux assurée. Elle le sera encore par la possibilité pour l'autorité de contrôle de remettre en cause la fraude, au-delà de la sanction générale qui peut lui être apportée, à un autre stade de sa réalisation, en amont ou en aval. Sanction générale de la fraude à la loi, l'inefficacité de la manœuvre se révèle également comme une sanction particulière de la fraude par la compétence judiciaire internationale, imprimant en cela l'unité fonctionnelle des mécanismes de sanction de la fraude à la loi de droit international privé.

## SECTION 2

### L'INEFFICACITE DE LA MANŒUVRE : SANCTION PARTICULIERE DE LA FRAUDE PAR LA COMPETENCE JUDICIAIRE

**619** — Dans sa conception rénovée, la fraude à la loi se réalise par la création d'un préalable matériel et la saisine d'une autorité étatique. C'est à partir de ce second élément matériel que peut s'élaborer la sanction particulière de la fraude à la loi. Dans la mesure où elle procède de la saisine d'une autorité étatique, la fraude à la loi peut en effet s'analyser comme une fraude par la compétence judiciaire internationale, c'est-à-dire une fraude à la loi qui se réalise par la revendication d'une compétence judiciaire. La saisine de l'autorité étatique n'est en effet pas considérée par le sujet comme un but en soi. Le but de la manœuvre est de provoquer l'application d'une loi déterminée, éventuellement en lieu et place d'une autre. Si une loi est évincée, il pourra y avoir fraude à la loi. Si aucune loi n'est évincée, il pourrait y avoir un abus de droit. Mais dans tous les cas, la saisine de l'autorité étatique est un moyen direct de cette application de la loi. En ce sens, la fraude à la loi est en quelque sorte une fraude par la compétence judiciaire qui peut, à ce titre, de manière préventive ou curative, être directement sanctionnée par l'autorité étatique. La revendication de compétence judiciaire à fin de fraude peut en effet être elle-même frauduleuse ou abusive, en fonction de la configuration internationale de la situation de l'intéressé. Cette sanction pourra intervenir soit au moment de la saisine de l'autorité étatique (§ 1), soit lors de la revendication, dans un ressort différent de celui de la loi appliquée, des droits acquis en fraude devant un for étranger (§ 2).

#### § 1 – L'INEFFICACITE DE LA FRAUDE PAR LA COMPETENCE JUDICIAIRE EXERCEE DEVANT LE FOR

**620** — La réalisation d'une fraude à la loi suppose la saisine d'une autorité étatique qui doit être compétente à intervenir<sup>1</sup>. Pour parvenir au résultat escompté, il est nécessaire que l'autorité étatique saisie accepte sa compétence. Lorsque la compétence de l'autorité étatique découle de la création ou de la dénégation d'une situation internationale, la fraude par la compétence judiciaire sera sanctionnée par son inefficacité permanente, qui permet à l'autorité étatique saisie de se déclarer incompétente (A). Il en va différemment lorsque la manœuvre

---

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 451 et s.

procède de l'exploitation d'une situation internationale préexistante. Dans ce cas, la compétence de l'autorité saisie existe pleinement. La réserve de la fraude ne peut être opposée faute de création d'une situation internationale. Néanmoins, l'autorité étatique peut refuser de se prêter à la manœuvre en considérant que le demandeur a commis un abus du droit d'option de compétence judiciaire internationale. Elle pourra ainsi refuser d'exercer sa compétence en raison de l'inefficacité ponctuelle de la manœuvre au titre de l'abus de droit (B).

#### A. L'INEFFICACITE PERMANENTE DE LA MANŒUVRE : FONDEMENT DE L'INCOMPETENCE DE L'AUTORITE ETATIQUE AU TITRE DE LA FRAUDE

**621** — Dans le but de sanctionner la fraude par la compétence judiciaire directe, l'autorité étatique saisie peut se déclarer incompétente au titre de l'inefficacité permanente de la manœuvre. En raison du caractère subsidiaire de l'exception de fraude<sup>1</sup>, valable aussi bien pour la fraude à la loi que pour la fraude à la juridiction, l'autorité étatique doit vérifier, avant de se déclarer incompétente sur le fondement de la fraude, l'effectivité objective de sa compétence internationale, c'est-à-dire vérifier si l'élément de fait qui fonde sa compétence est significatif, qu'il est bien réel et non fictif, qu'il n'est pas simulé (1). Dans l'hypothèse où le critère de compétence judiciaire est objectivement réel, l'autorité devra vérifier s'il est subjectivement réel et, à défaut, relever la fraude à la juridiction (2).

#### 1. L'inopposabilité objective de la construction : la simulation du critère de compétence

**622** — La compétence territoriale et internationale d'une juridiction est strictement déterminée par le législateur national, conventionnel ou réglementaire. Si aucun critère retenu par la règle de compétence ne se trouve réalisé sur le territoire du for, celui-ci ne pourra en principe être appelé, sauf rare exception<sup>2</sup>, à statuer sur le litige. Dans la mesure où la fraude à la loi nécessite l'intervention d'une autorité étatique, la compétence à intervenir de l'autorité étatique saisie à fin de fraude est une condition de la fraude à la loi<sup>3</sup>. L'acte ou le fait juridique préparatoire doit créer un élément d'extranéité qui forme en lui-même un critère effectif de compétence internationale de l'autorité étatique. Dès lors, si l'incompétence de l'autorité peut être soulevée, la manœuvre ne pourra être qualifiée de fraude à la loi puisqu'elle ne pourra aboutir, le résultat matériel ne sera pas obtenu.

**623** — Comme en droit interne et dans les mêmes conditions<sup>4</sup>, le défendeur peut ainsi soulever l'incompétence de la juridiction saisie par le demandeur. La création à fin de fraude d'un élément inapte à fonder la compétence du juge peut ainsi être dénoncée par le défendeur. Dans certains cas néanmoins, l'exigence de rapidité peut empêcher le défendeur de soulever l'exception d'incompétence et offrir ainsi à l'élément créé l'efficacité dont il ne bénéficiait pas à l'origine. En matière de divorce et de séparation de corps par exemple, l'exception d'incompétence doit être soulevée dès le début de la procédure de conciliation, sans le pouvoir ensuite<sup>5</sup>. Or, lorsque la phase de conciliation se scinde en deux comparutions

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 590 et s.

<sup>2</sup> B. AUDIT, n° 347 et s. ; A. HUET, J.-Cl. inter., fasc. 581-21, 1995.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 451 et s.

<sup>4</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 675 et s. ; B. AUDIT, n° 374 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 307 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 457 et s. ; A. HUET, J.-Cl. inter., 1995, fasc. 581-42.

<sup>5</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 10.

isolées, l'époux domicilié et entendu à l'étranger peut ne pas être à même de soulever l'incompétence du juge français, faute d'avoir été informé à temps<sup>1</sup>. En ce sens, le demandeur peut finalement, même par la création d'un élément de compétence non pertinent, provoquer la compétence du juge français. Cette prorogation tacite est encore plus plausible lorsque les deux époux sont d'accord pour saisir un juge français et il apparaît inévitable que « l'extinction rapide de l'exception d'incompétence ne facilite les fraudes, ourdies d'un commun accord par les époux »<sup>2</sup>. La « tardiveté calculée de l'exception d'incompétence »<sup>3</sup> permet ainsi à des époux qui le souhaitent de saisir le juge français d'une désunion qui pourtant ne comporte pratiquement aucun lien de nature à fonder la compétence du juge français. Dans ces deux hypothèses, une manœuvre frauduleuse théoriquement inefficace dans son élément matériel peut alors se voir dotée d'une efficacité *a posteriori*. Le risque est toutefois minimisé par la possibilité pour le juge saisi de soulever d'office son incompétence.

**624** — En droit commun, le juge peut soulever d'office son incompétence en toute matière, même si la compétence n'est pas d'ordre public, lorsque le litige échappe à la connaissance de la juridiction française<sup>4</sup>. Toutefois, il ne s'agit là que d'une possibilité pour le juge et non d'une obligation<sup>5</sup>. Il en résulte qu'à défaut pour le juge d'exercer son pouvoir et en cas d'entente des parties sur sa compétence, le juge français peut devenir compétent pour statuer sur un litige dont pourtant il n'a pas normalement à connaître. La doctrine est divisée sur la pertinence de cette solution<sup>6</sup>. Du point de vue de la saisine de l'autorité étatique à fin de fraude, il conviendrait d'obliger le juge saisi à soulever d'office son incompétence, au moins dans deux cas, afin notamment « de mettre un barrage aux divorces d'accord obtenus par des étrangers sans attache avec la France »<sup>7</sup>. D'une part, il le devrait dans les matières où la règle de compétence est d'ordre public, notamment en matière de statut personnel. D'autre part et dans tous les cas, il le devrait lorsque le défendeur ne comparait pas devant lui, notamment en raison de son éloignement. Ces deux cas d'obligation pour le juge saisi de soulever son incompétence sont retenus par les Règlements (CE) du 29 mai 2000, du 27 novembre 2003 et du 22 décembre 2000<sup>8</sup>. Lorsqu'il est saisi sur le fondement des règlements en matière matrimoniale, le juge doit obligatoirement vérifier sa compétence et, le cas échéant, se dessaisir<sup>9</sup>. Si l'exclusivité des critères de compétence<sup>10</sup> commande cette obligation, elle se justifie également par le fait de ne pas offrir aux époux, en plus des nombreux chefs de compétence retenus, la possibilité supplémentaire de proroger la compétence d'une juridiction d'un autre État membre incompétente en vertu du texte<sup>11</sup>. Toutefois, cette obligation comporte

<sup>1</sup> B. AUDIT, n° 374.

<sup>2</sup> P. HEBRAUD, note sous Paris, 27 février 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 539 et s., spéc. p. 545.

<sup>3</sup> A. HUET, *op. cit.*, n° 11. Adde H. BATIFFOL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 62 ; B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, n° 456 ; H. GAUDEMET-TALLON, Rép. inter. Dalloz, v° « Compétence civile et commerciale », 1998, n° 159.

<sup>4</sup> Art. 92 al. 2 du npe ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juillet 1981, *Bull. civ. I*, n° 252 ; *D.* 1982, IR, p. 86.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 331.

<sup>6</sup> Sur ces débats, v. A. HUET, *op. cit.*, n° 32 et s.

<sup>7</sup> Ph. FRANCESCAKIS, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 1962, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 387.

<sup>8</sup> Art. 26.1.

<sup>9</sup> Art. 9 du Règlement (CE) du 29 mai 2000, art. 17 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs » », *JDI* 2001, p. 381 et s., spéc. n° 43 ; B. ANCEL, H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit de « Bruxelles II » », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403 et s., spéc. n° 14.

<sup>10</sup> Art. 7 du Règlement (CE) du 29 mai 2000, art. 6 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003.

<sup>11</sup> *JOCE* C 247 E du 31 août 1999, p. 1 et s, spéc. sous art. 9.

quelques limites et une prorogation de compétence reste possible en l'absence de tout rattachement significatif avec l'État membre<sup>1</sup>.

**625** — Afin d'apprécier sa compétence, l'autorité étatique vérifiera si l'élément de fait retenu par sa règle de compétence internationale se trouve réalisé dans son ressort. À défaut, si cet élément est inexistant, non pertinent ou encore s'il est simulé, elle pourra se déclarer incompétente. C'est ce qui a été jugé dans l'affaire *Dawn Addams*<sup>2</sup>. Dans cette affaire, une Anglaise, résidant à Paris le temps d'un tournage, s'est vue opposer l'incompétence du juge français à sa demande de divorce exercée devant lui, faute pour elle et son mari d'avoir la nationalité française et pour ce dernier d'être domicilié en France, permettant ainsi de prévenir une fraude à la loi italienne par la compétence judiciaire que la cour d'appel prend soin, malgré son incompétence, de relever. L'appréciation est plus délicate lorsque l'élément existe mais qu'il paraît trop faible pour fonder la compétence de l'autorité étatique. Celle-ci pourrait alors se déclarer incompétente en estimant que l'élément censé fonder sa compétence n'est pas effectif. De fait, les juges apprécient réellement leur compétence, notamment en ce qui concerne le domicile et la résidence lorsqu'ils sont retenus comme critère de compétence. Pour qu'il y ait fraude à la loi, il faut que l'élément créé par l'intéressé soit réel, objectivement et subjectivement, et non simplement fictif. Cette réalité du préalable matériel doit donner lieu à une double appréciation : une appréciation objective et subjective qui permet de distinguer la fraude de la simulation, de l'habileté et de la violation de la loi<sup>3</sup>. L'autorité saisie peut elle-même procéder à cette double appréciation objective et subjective, la seconde ne se justifiant en théorie que si la première permet de conclure à sa compétence.

**626** — Ainsi, si le demandeur français peut assigner devant le tribunal de son propre domicile le défendeur étranger qui n'a en France ni domicile, ni véritable résidence, le juge ne saurait considérer comme une résidence véritable la location d'un petit logement meublé, impropre à un séjour de quelque durée, en vue d'échapper, pour un procès prévu, à la compétence du tribunal du demandeur<sup>4</sup>. De même, dans une affaire de divorce, la Cour d'appel de Paris se déclara incompétente au motif que le mari « ne justifiait pas d'une résidence effective en France offrant un caractère de durée, de stabilité et de continuité requises du principal établissement au sens des art. 102 et suiv. C. civ »<sup>5</sup>. Si dans ces deux affaires les juges se réfèrent également à l'intention malicieuse du défendeur, celle-ci n'était en réalité pas nécessaire pour fonder la décision d'incompétence des juges. Elle venait simplement au soutien de cette incompétence objective, fondée sur la simulation d'une résidence en France. Ainsi, dans une autre affaire de divorce, une cour d'appel a pu se déclarer incompétente au motif que le déplacement illicite de l'enfant en France par sa mère ne pouvait permettre à celle-ci de saisir le juge français sur le fondement de l'article 1070 al. 1<sup>er</sup>, deuxième tiret, du ncp<sup>6</sup>. Au visa de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la Cour d'appel de Paris considéra que « l'adresse parisienne [de la société] ne saurait constituer son domicile au sens des articles

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 352.

<sup>2</sup> TGI de la Seine, 28 septembre 1959, *D.* 1960, p. 587, note Ph. M. ; *JCP* 1960, II, 11716, note BELLET ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 504, note FRANCESKAKIS, confirmé par Paris, 10 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 218, note Ph. F. ; *JDI* 1960, p. 792, note PONSARD.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 456 et s.

<sup>4</sup> Req., 4 mars 1924, *Rev. crit. DIP* 1924, p. 562 ; *D.H.* 1924, 1, 263.

<sup>5</sup> Paris, 3 mars 1961, *Gaz. pal.* 1961, 2, p. 157 ; *JDI* 1962, p. 1020, obs. B. G.

<sup>6</sup> Limoges, 6 avril 2000, inédit, cassé pour un autre motif par Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 477, note GAUDEMET-TALLON.

2 à 53 susvisés, alors en outre qu'il n'est aucunement établi qu'y sont effectivement exercées par ses dirigeants, de façon stable et continue, les principales manifestations de son existence juridique »<sup>1</sup>. Dans ces deux espèces, seuls des éléments objectifs permettent de fonder l'incompétence du juge français. À l'inverse, le juge français s'estime compétent lorsqu'il constate que les époux étrangers habitent en France depuis dix ans, que le mari y demeure lorsqu'il présente la demande en divorce et que malgré les nombreux voyages des époux durant cette période, le mari a toujours conservé son principal établissement à Paris<sup>2</sup>. L'incompétence de l'autorité étatique ne résulte donc pas seulement de l'inexistence de l'élément de fait invoqué par le demandeur comme fondement de cette compétence, elle peut également découler de l'ineffectivité de cet élément. L'appréciation de la réalité objective du préalable matériel peut donc s'effectuer par le constat d'un faisceau d'indices qui révèle si l'acte ou le fait juridique préparatoire est réellement apte à fonder la compétence de l'autorité<sup>3</sup>. Ce critère de l'effectivité peut toutefois être seulement utilisé avec les rattachements par le domicile, la résidence ou l'exécution d'un acte juridique notamment, non pour celui de la nationalité, laquelle est soit inexistante – en cas de fausse déclaration – soit objectivement réelle, sans degré. Pour ces autres rattachements ou de manière générale lorsque le critère de compétence judiciaire est objectivement réel, l'autorité étatique peut encore considérer que la construction est subjectivement inopposable et donc impropre à fonder sa compétence directe.

## 2. L'inopposabilité subjective de la construction : la fraude à la juridiction

**627** — Dans le cadre international, une autorité étatique est compétente si l'un des chefs de compétence prévus par sa règle de conflit de juridictions se trouve réalisé dans son ressort territorial. En reprenant la distinction matérielle utilisée afin de caractériser le domaine de la fraude à la loi<sup>4</sup>, une autorité étatique sera objectivement compétente à intervenir lorsque le chef de compétence existait déjà ou lorsqu'il aura été réellement créé à fin de cette saisine. Dans les deux cas, la compétence de l'autorité est objectivement fondée, celle-ci ne peut en théorie se déclarer incompétente ni, par hypothèse, se dessaisir au profit d'une autre juridiction. Néanmoins, lorsque cette compétence procède de la création ou de la dénégation d'une situation internationale, l'autorité étatique pourra relever son incompétence en raison des considérations à caractère subjectif qui ont fondé cette compétence objective.

**628** — De la même façon que la compétence législative, la compétence judiciaire peut n'être due qu'à une manipulation frauduleuse de l'élément d'extranéité qui fonde la compétence du juge. La fraude à la juridiction peut alors être sanctionnée par l'autorité même qui est frauduleusement saisie<sup>5</sup>. Il est peu d'exemples ayant retenu une fraude à la juridiction directe des juridictions françaises. Bien qu'elle ait été invoquée de manière surabondante,

<sup>1</sup> Paris, 16 février 2001, *Dr. & patr.* 2001, n° 99, p. 116, obs. MOUSSERON.

<sup>2</sup> Civ., 2<sup>e</sup>, 3 juin 1964, *D.* 1966, p. 4, note MALAURIE.

<sup>3</sup> Sur cette méthode, v. Cour d'appel de Bruxelles, 23 mars 1977, *Bigwood*, comm. M. FALLON, « Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge », *J.T.* 1978, p. 641 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 405 et s.

<sup>5</sup> Sur cette notion, v. not. A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Juris Advances* 2003, Vol. 3, Issue 1, article 2 ; in Mél. J. KIRKPATRICK, éd. Bruylant, 2004, p. 745 et s., spéc. n° 6 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 12 et s. ; « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 49 et s., spéc. p. 54 et s. ; B. AUDIT, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 54 et s. ; C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, *op. cit.*, n° 71 et s.

l'affaire *Garret* illustre une hypothèse de fraude à la juridiction presque parfaite<sup>1</sup>. Elle l'aurait été si la Cour de cassation n'avait pas choisi, tout en invoquant au surplus la fraude, d'aménager la règle qu'elle avait elle-même posée, selon laquelle le privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil est indifférent à l'origine des droits en cause<sup>2</sup>. Il en résulte que le demandeur français qui tient ses droits d'un tiers de nationalité étrangère, soit par l'effet de la loi<sup>3</sup>, soit d'un accord de volonté<sup>4</sup>, peut légalement poursuivre l'autre partie devant le juge français, alors même que celle-ci n'en aurait pas prévu la compétence potentielle lorsqu'elle s'engagea avec un étranger<sup>5</sup>. Néanmoins, l'arrêt *Garret* vient atténuer ce risque d'utilisation malicieuse de l'article 14 du Code civil, le cédant ne pouvant s'en prévaloir s'il a déjà accepté la compétence du juge étranger. Il n'en reste pas moins que la possibilité de fraude à la juridiction reste ouverte en dehors de toute instance déjà existante à l'étranger.

**629** — Ayant certainement conscience de cette limite, la Cour de cassation prit soin de valider, de manière surabondante, le raisonnement « justement énoncé »<sup>6</sup> de la Cour d'appel selon lequel la « cession (...) n'avait d'autre but pour E.A.S. que de recourir au privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil à raison de sa nationalité française et de créer ainsi volontairement un élément de rattachement artificiel destiné à soustraire le recouvrement de la créance et les droits qui y sont attachés (...) à ses juges naturels en l'espèce la juridiction américaine que Progress avait pourtant initialement saisie »<sup>7</sup>. Dans l'affaire *Navifret*, identique et plus récente, la Cour de cassation réitéra cette solution en jugeant que, si la compétence internationale du juge français, en vertu de l'article 14 du Code civil, est toujours fondée non sur les droits nés des faits litigieux mais sur la nationalité des parties, c'est « sauf preuve d'une fraude destinée à donner artificiellement compétence à la juridiction française pour soustraire le débiteur à ses juges naturels »<sup>8</sup>. Ici et à la différence de l'affaire *Garret*, aucune procédure n'avait été précédemment engagée à l'étranger, avant la cession. Seule donc la fraude à la juridiction – non démontrée en l'espèce – pouvait faire échec à la compétence du juge français.

**630** — Par trois fois au moins, la CJCE a fait jouer la réserve de la fraude à la juridiction alors que le juge saisi l'était sur le fondement de la Convention de Bruxelles I. Dans la première affaire, la CJCE estime que « les juridictions allemandes s'étant déjà déclarées incompétentes pour connaître de la créance mise en avant au titre de compensation, le fait d'invoquer cette créance afin de rencontrer l'exécution d'une décision relative aux dépens judiciaires encourus dans la même procédure, constituée, de la part de la partie requérante, *un détournement manifeste de procédure en vue d'obtenir indirectement, des juridictions allemandes, une décision portant sur une créance pour l'examen de laquelle ces juridictions*

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 364, note DROZ ; *JDI* 1988, p. 793, note LOQUIN ; *JCP* 1989, II, 21201, note BLONDEL et CADIET ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. MESTRE. Rejet du pourvoi contre Montpellier, 2 mai 1985, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 108, note DROZ.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, *D.* 1966, p. 429, note MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note PONSARD ; *JDI* 1967, p. 380, note BREDIN ; *GADIP* n° 43.

<sup>3</sup> Par ex. en matière de succession : Req., 2 août 1876, *S.* 1877, 1, p. 97.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, préc. ; – 16 janvier 1973, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 92 ; *JDI* 1975, p. 336, obs. KAHN ; – 31 janvier 1995, *D.* 1995, p. 471, note COURBE ; *RTD civ.* 1996, p. 162, obs. MESTRE.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 349 et s.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, préc.

<sup>7</sup> Montpellier, 2 mai 1985, préc.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2004, *D.* 2005, somm., p. 1264, obs. CHANTELOUP.

n'ont pas compétence en vertu de la convention »<sup>1</sup>. Dans cette première affaire, la « notion de « détournement de procédure » a été utilisée par la Cour sans aucune référence au droit interne de l'État contractant saisi du litige ; la notion paraît donc recevoir une signification autonome »<sup>2</sup>. Dans une deuxième affaire, la CJCE juge que le demandeur ne peut « former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'État où il est domicilié »<sup>3</sup>. Bien qu'elle ne soit pas prévue par la convention, cette exception peut être rapprochée de celle envisagée à l'article 6 § 2, selon lequel le défendeur peut être attiré, s'il s'agit d'une demande en garantie ou en intervention, devant le tribunal saisi de la demande originaire, « à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé ». Dans une troisième affaire, la CJCE estime que « si les parties sont libres de convenir d'un lieu d'exécution des obligations contractuelles différent de celui qui serait déterminé en vertu de la loi applicable au contrat (...), elles ne sauraient pour autant, au regard du système établi par la convention, fixer, dans le seul but de déterminer un for compétent, un lieu d'exécution ne présentant aucun lien effectif avec la réalité du contrat et auquel les obligations découlant du contrat ne pourraient pas être exécutées suivant les termes de celui-ci »<sup>4</sup>. La Cour sanctionne ici, en matière de clause attributive de juridiction, un « détournement de l'article 17 »<sup>5</sup>. Sur la foi de ces décisions, apparaît ainsi « l'existence, dans la jurisprudence de la Cour de justice, d'un principe général de prohibition de la fraude à la compétence, en vertu duquel les tribunaux des États membres devraient décliner leur compétence lorsqu'elle est invoquée de manière frauduleuse »<sup>6</sup>.

**631** — S'il est admis que le juge peut se déclarer incompétent en raison d'une fraude à la juridiction<sup>7</sup>, encore faut-il savoir ce qu'il doit démontrer. Dans l'hypothèse d'une fraude à la juridiction envisagée pour elle-même, l'autorité étatique saisie doit d'abord constater que sa compétence est objectivement fondée. Pour se déclarer incompétente, elle doit alors vérifier si les conditions de sa compétence ont été frauduleusement créées. L'appréciation de la fraude à la juridiction s'opère selon le même raisonnement que celui effectué pour démontrer une fraude à la loi. La fraude à la juridiction n'est qu'une sous-catégorie de fraude à la loi, l'éviction de la compétence d'une juridiction au profit d'une autre procédant de l'éviction de la loi de compétence normalement applicable par la substitution d'une autre loi de compétence. En ce sens, la fraude à la loi, telle qu'elle est généralement entendue, est une fraude à la loi de

<sup>1</sup> CJCE, 4 juillet 1985, *AS-Autoteile*, Rec. 1985-III, p. 2267 ; *JDI* 1988, p. 449, note HUET, pt. 18. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 6.

<sup>3</sup> CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, aff. C-189/87, Rec. 1988-V, p. 5565, concl. DARMON ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 112, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 457, note HUET, pts. 8 et 9. C'est nous qui soulignons.

<sup>4</sup> CJCE, 20 février 1997, *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, aff. C-106/95, Rec. I-911, concl. TESAURO, pt. 31. C'est nous qui soulignons.

<sup>5</sup> *Ibid.*, pt. 34.

<sup>6</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, loc. cit.

<sup>7</sup> La notion de fraude à la juridiction était déjà acceptée par certains auteurs (not. Ch. GAVALDA, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 212 ; A. PONSARD, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670 ; Ph. MALAURIE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, *D.* 1966, p. 429 ; B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 308, p. 238, note 1) mais repoussée par d'autres (not. G. DROZ, « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 1 et s., spéc. p. 12) qui ont par la suite changé d'avis (G. DROZ, notes préc. sous Montpellier, 2 mai 1985 et Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987 ; *Regards sur le droit international privé comparé*, RCADI 1991-IV, t. 229, p. 9, spéc. n° 48, p. 60). La Cour de cassation a eu l'occasion d'utiliser, en filigrane, la notion de fraude à la juridiction : Civ. 2<sup>e</sup>, 15 mars 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 506, 2<sup>e</sup> esp., note NORMAND. Adde une hypothèse similaire à celle de l'affaire *Garret*, Répertoire de droit international, A. DE LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1929, t. IV, v° « Compétence (en matière civile et commerciale) », n° 44.

compétence législative alors que la fraude à la juridiction recouvre une fraude à la loi de compétence judiciaire. Dans les deux cas, il s'agit de l'éviction d'une loi au profit d'une autre<sup>1</sup>.

**632** — Afin de démontrer que sa compétence est frauduleuse, l'autorité étatique saisie devra donc se référer aux éléments légal, matériel et intentionnel de la fraude tels qu'ils ont été définis<sup>2</sup>. En ce qui concerne l'élément légal, l'autorité devra mettre en évidence une opposition entre deux autorités étatiques : une autorité évincée et une autorité frauduleusement compétente. Comme la fraude à la loi, la fraude à la juridiction « poursuit à la fois un effet négatif, qui est la soustraction du litige à ses juges naturels, mais également un effet positif qui est de donner artificiellement compétence au juge français »<sup>3</sup>. L'autorité évincée est celle qui aurait dû normalement être compétente à défaut de manœuvre. Elle serait en quelque sorte l'autorité étatique naturelle, bien que cette notion soit peu précise<sup>4</sup>. L'autorité étatique frauduleusement compétente est celle qui ne doit sa compétence qu'en vertu du préalable matériel à défaut de tout autre lien préexistant entre elle et le litige dont elle est saisie. Dans l'affaire *Garret*, le juge américain était le juge naturellement compétent en raison de la nationalité et du domicile des sociétés défenderesses, ce que la Cour d'appel de Montpellier constate, alors que le juge français ne devait sa compétence qu'à la cession de créance. L'élément matériel de la fraude à la juridiction est un préalable matériel qui permet la saisine d'une autorité étatique en agissant directement sur l'un de ses chefs de compétence. Comme pour la fraude à la loi, ce peut être un acte ou un fait juridique préparatoire qui doit être en soi réel, licite et efficace. C'est le cas dans l'affaire *Garret*. La cession de créance est un acte juridique qui prépare la fraude en permettant, puisqu'elle est réalisée au profit d'une société française, de créer directement un chef de compétence du juge français. Les éléments de faits dans le débat montrent que la cession a effectivement eu lieu, qu'elle a été véritablement consentie et payée. La cession est enfin efficace puisque effectuée au profit d'un Français, elle permet non seulement de donner compétence au juge français mais en plus de modifier les parties au litige et donc d'éviter que le juge français ne se dessaisisse pour litispendance. Réelle et en soi licite, la cession de créance a créé un chef de compétence du juge français que le cessionnaire pouvait invoquer. L'autorité étatique doit enfin démontrer que le demandeur a agi avec une intention frauduleuse. L'intention consiste en la connaissance que l'autorité étatique saisie rendra une solution différente de celle qui aurait été rendue par le juge naturel si ce dernier avait été saisi, dans le but de revendiquer la solution obtenue dans un ressort autre que celui du for qui a rendu la décision. C'est le cas dans l'affaire *Garret* où la cession de créance intervint alors que la procédure américaine semblait vouée à l'échec, la saisine du juge français qui devait en découler exprimait donc l'espoir du cédant d'obtenir une solution plus favorable, ce qui se vérifia en l'espèce devant le juge de première instance. De plus, en l'absence de tout lien entre les sociétés et la France, le demandeur entendait nécessairement invoquer la décision obtenue dans le ressort du for évincé, ou d'un autre for, où sont situés leurs avoirs.

**633** — Si les trois éléments de la fraude sont réunis, le « tribunal doit donc, en faisant jouer l'exception de fraude, se déclarer incompétent lorsque le demandeur invoque un critère de compétence objectivement réalisé, mais qu'il détourne de son rôle normal »<sup>5</sup>. L'exception de fraude à la juridiction pourra être opposée au demandeur lorsqu'il aura

<sup>1</sup> Ph. BLONDEL, L. CADIET, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, préc., n° 45 ; É. LOQUIN, *ibid.*, préc., p. 802.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 328 et s.

<sup>3</sup> É. LOQUIN, note préc., p. 802.

<sup>4</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « L'introuvable « juge naturel » », in Mél. J. GAUDEMET, éd. Puf, 1999, p. 591 et s.

<sup>5</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 307.

provoqué volontairement la compétence d'un for déterminé, par la création artificielle d'un critère de compétence, dans le but exclusif de soustraire le litige à ses juges naturels<sup>1</sup>. Le préalable matériel n'influe cependant pas toujours sur la compétence judiciaire comme législative. Trois hypothèses sont envisageables. Dans la première, le préalable matériel permet en même temps de provoquer la compétence de l'autorité étatique et de modifier la compétence législative. C'est le cas lorsque le demandeur, en vertu du préalable matériel, fonde la compétence du juge et modifie celle de la loi applicable au litige. Dans la deuxième, le préalable matériel influe seulement sur la compétence de l'autorité étatique mais pas directement sur la loi applicable. Ainsi lorsque l'autorité saisie applique sa loi du for, la fraude consiste ici simplement à rendre l'autorité étatique compétente. Chaque circonstance qui entraîne une modification de l'élément de rattachement d'un rapport de droit à un for donné peut être utilisée à cette fin. Dans la troisième hypothèse, le préalable matériel n'influe pas sur la compétence de l'autorité étatique mais seulement sur la loi que celle-ci va appliquer. Dans ce cas, la compétence de l'autorité existe déjà sur un autre fondement. L'exception de fraude à la juridiction ne pourra être soulevée que dans les deux premières hypothèses, c'est-à-dire celles où la compétence, à l'exclusion de tout autre chef de compétence préexistant à la manœuvre, découle directement du préalable matériel. La troisième hypothèse ne peut caractériser une fraude à la juridiction, faute d'autorité naturelle dont la compétence aurait été évincée. En ce sens, l'appréciation de sa compétence par l'autorité étatique par le biais de l'exception de fraude à la juridiction ne sera possible que dans la mesure où le lien de rattachement qui fonde sa compétence n'existait pas *ante litis*. Il n'y a en effet jamais fraude à la juridiction lorsque le demandeur bénéficiait d'une option de compétence qu'il n'a pas, à dessein, créée. Ce moyen d'incompétence ne jouera que dans certaines hypothèses très limitées, essentiellement lorsque aucune instance n'a été préalablement engagée à l'étranger<sup>2</sup>, comme dans l'affaire *Navifret*<sup>3</sup>, jugée cependant non frauduleuse. À défaut, lorsque la manœuvre procède de l'exploitation d'une option de compétence judiciaire, l'autorité étatique peut refuser directement d'exercer sa compétence, au titre cette fois de l'abus de droit.

#### B. L'INEFFICACITE PONCTUELLE DE LA MANŒUVRE : FONDEMENT DU REFUS DE COMPETENCE DE L'AUTORITE ETATIQUE AU TITRE DE L'ABUS DE DROIT

**634** — Lorsque la compétence de l'autorité saisie est en tant que telle parfaitement fondée, aucune fraude à la juridiction ne peut être relevée, ni aucune simulation du critère de compétence. Pour autant, l'autorité étatique doit pouvoir refuser d'exercer sa compétence. Si la réserve de l'abus de droit peut être acceptée comme limite à l'exercice d'une option de compétence judiciaire internationale, aussi bien dans le cadre du droit international privé commun que réglementaire<sup>4</sup>, il semble toutefois que la sanction de cet abus par un refus total de compétence ne soit ni possible juridiquement, ni opportune matériellement. Dans la mesure où l'autorité étatique est ici véritablement compétente sur le fondement d'éléments de fait existants, il est difficile de nier une compétence objectivement réalisée, sur la base d'éléments subjectifs, et de priver de façon permanente le sujet de l'exercice de son droit d'option. Si la fraude à la juridiction peut être sanctionnée par l'incompétence de l'autorité saisie<sup>5</sup>, c'est parce

<sup>1</sup> Cette possibilité existe dans d'autres pays, comme en Grèce : TGI d'Athènes 9970/1997 et 9971/1997, *RHDI* 1999/2, p. 556, obs. TSOUCA.

<sup>2</sup> En ce sens, É. LOQUIN, note préc., p. 802.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2004, préc.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 392 et s.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 627 et s.

que cette compétence ne découle pas d'autre chose que d'un élément qui, par hypothèse, a été frauduleusement créé. Tel n'est pas le cas pour l'abus de droit qui ne suppose aucune création circonstanciée d'un chef de compétence. En ce sens, la sanction de l'abus du droit d'option de compétence internationale par l'inefficacité ponctuelle de la manœuvre semble préférable. Par cette inefficacité ponctuelle, le sujet coupable d'abus dans l'exercice de son droit en sera privé, mais seulement pour la désignation de compétence en cause. Il pourra ainsi, ultérieurement, exercer de nouveau son droit d'option, dans les mêmes conditions, sans que cet exercice ne lui soit interdit ou présumé abusif en raison de l'abus antérieur. Là se trouve la différence avec l'inefficacité permanente qui découle de la sanction par la fraude. Dans ce cas, le sujet ne peut, par la suite, réitérer dans les mêmes conditions son action. La situation reconnue frauduleuse l'est définitivement, sauf à recréer, mais dans des conditions cette fois non frauduleuses, cette même situation. Il convient dès lors de définir le fondement de l'inefficacité ponctuelle qui réside dans l'abus du droit d'option de compétence internationale (1) avant d'en déterminer la mise en œuvre (2). Enfin, l'autorité étatique pourrait prononcer à l'encontre du demandeur une injonction judiciaire internationale, afin de l'inciter à renoncer à son action jugée abusive (3).

### **1. Le fondement de l'inefficacité ponctuelle : l'abus du droit d'option de compétence internationale**

**635** — Dans la mesure où, appliquée au droit international privé, la réserve de l'abus de droit peut sanctionner l'exercice d'un droit d'option de compétence – législative ou judiciaire – né de l'internationalité préexistante d'une situation, la sanction de l'abus ne peut résider dans la remise en cause de cette situation. Traditionnellement, l'abus ne sanctionne en effet que l'exercice du droit et non le droit lui-même ni la situation qui lui donna naissance. Il en découle que l'inefficacité de la manœuvre abusive ne peut être que ponctuelle, c'est-à-dire limitée à l'effet qui était recherché. Basés essentiellement sur l'abus d'option de compétence judiciaire, qui présente plus d'acuité que l'abus du droit d'option de compétence législative, les développements valent néanmoins autant pour l'une que pour l'autre des deux formes d'abus de droit en droit international privé, sous réserve d'adaptations purement structurelles. S'agissant de l'abus du droit d'option de compétence judiciaire internationale, l'inefficacité ponctuelle de la manœuvre consistera pour le juge saisi, si l'un des critères d'appréciation de l'abus du droit d'option est démontré (b), de prononcer l'irrecevabilité de la demande. La réserve de l'abus de droit intervenant ici dans le cadre du droit international privé, commun ou réglementaire, se pose en préalable la question de la loi applicable à son régime (a).

a) La loi applicable au régime de l'abus du droit d'option de compétence internationale

**636** — Soumis en principe à la loi du for, le régime de l'abus de droit peut néanmoins relever, pour certains de ses aspects, de la compétence d'autres lois (I), notamment celle de l'auteur de la règle de conflit qui a permis l'abus de droit (II).

### **I. La compétence de principe de la loi du for et l'intervention éventuelle de lois concurrentes**

**637** — Principe général du droit, la réserve de l'abus de droit est normalement régie par la loi du for chargé de relever l'abus et de le sanctionner. Peu importe la loi applicable au fond du litige et, s'il s'agit d'une loi étrangère, si cette loi prévoit ou non la réserve de l'abus

de droit. Le principe est ici le même que celui qui préside à la sanction de la fraude à la loi<sup>1</sup>. Principe général du droit, la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle est prévue par le droit français s'impose dans ses conditions et ses effets au juge français. Elle fait partie de l'ordre juridique qui s'impose à lui et lui interdit de se référer à une loi étrangère, notamment celle évincée, pour écarter le jeu de la réserve de la fraude<sup>2</sup>. La question est *a priori* identique pour la réserve de l'abus de droit et il semble acquis que si elle entend la faire jouer, l'autorité étatique française doit se référer à la théorie de l'abus de droit telle qu'elle est conçue en droit français. Comme celle de la fraude, la réserve de l'abus de droit fait partie de l'ordre public du for qui s'impose à lui sans concurrence. Cette conception est adoptée en Suisse par le Tribunal fédéral, selon lequel « l'interdiction de l'abus de droit fait partie de l'ordre public suisse. Il se détermine toujours à la lumière du droit suisse quel que soit le droit applicable au fond »<sup>3</sup>. Si ce principe est exact, il convient toutefois de le préciser et d'admettre, pour certains aspects du régime de l'abus de droit d'option, la concurrence d'autres lois.

**638** — L'appréciation de l'abus de droit pourrait en effet, selon les cas, appeler la compétence de plusieurs lois selon la manière de l'envisager. Ainsi, en ce qui concerne l'abus de droit d'option de compétence judiciaire, la loi procédurale est compétente dans la mesure où il s'agit d'apprécier la légitimité de l'intérêt à agir du plaideur<sup>4</sup>. Il s'agit en effet ici d'apprécier non pas l'intérêt substantiel du plaideur, son intérêt juridiquement protégé, mais bien un intérêt procédural, celui de porter son litige devant une juridiction précise. L'appréciation de l'intérêt à agir ne concerne ici pas le principe même du droit d'action – qui existe – mais son exercice<sup>5</sup>. Il s'agit donc bien d'une question de procédure qui relève à ce titre de la loi du for et notamment, pour le for français, de l'article 32-1 du ncp. La jurisprudence applique également la *lex fori* en tant que loi de procédure pour sanctionner l'abus de droit d'agir en justice<sup>6</sup>. Ensuite, lorsque la désignation de compétence ressort d'une clause d'élection de for, compétence pourrait être reconnue à la *lex causae*, et non à la loi du for. Ainsi, la question de savoir si une clause attributive de juridiction constitue une clause abusive serait une question substantielle qui relèverait, à ce titre, de la loi applicable au contrat<sup>7</sup>.

**639** — Dans le même sens et en ce qui concerne l'abus de droit d'option de compétence législative, il ne s'agit plus ici d'apprécier un intérêt judiciaire. Dans la mesure où le sujet a choisi la loi applicable au fond, l'appréciation du caractère abusif du choix de loi relève en principe de la loi désignée par les parties, voire de la loi de la résidence habituelle de la partie qui n'a pas consenti<sup>8</sup>. Néanmoins, la loi du for devrait retrouver compétence au cas où la loi du contrat d'élection ne permet pas de sanctionner l'abus de droit. Il convient en effet dans ce cas de réaffirmer la compétence de la loi du for en faisant jouer l'exception d'ordre public international, dans la mesure où la réserve de l'abus de droit fait partie de l'ordre public français et que le juge doit nécessairement sanctionner dès lors que ses conditions sont

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 571.

<sup>2</sup> Sur l'ensemble de la question, cf. *supra* n° 472 et s.

<sup>3</sup> ATF, 21 janvier 2002, *Gaz. pal.* 2003, somm., p. 1932.

<sup>4</sup> A. HUET, *J.-Cl. inter.*, 2001, fasc. 57-10, n° 56.

<sup>5</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, « Action en justice », *Rép. inter. Dalloz*, 1998, n° 65.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1986, *JDI* 1988, p. 425, note JACQUEMONT ; – Paris, 19 janvier 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 126, note LAGARDE ; – Aix-en-Provence, 8 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15352, note LOUSSOUARN.

<sup>7</sup> En ce sens, É. PATAUT, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Mél. J. CALAIS-AULOY*, éd. Dalloz, 2004, p. 807 et s., spéc. pp. 814-815.

<sup>8</sup> Art. 3 § 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, qui renvoie à l'art. 8 pour l'appréciation de l'existence et la validité du consentement des parties quant au choix de la loi applicable.

remplies. Enfin, à envisager de manière générale l'abus de droit comme un délit civil, il serait encore possible de soumettre le régime de l'abus de droit à la *lex loci delicti*. La compétence de la loi du lieu du délit a ainsi été reconnue à l'exercice abusif des voies d'exécution<sup>1</sup>. Dès lors, la victime de l'abus de droit pourrait demander des dommages et intérêts si elle démontre que l'abus d'option lui a causé un préjudice réparable. Dans ce cas, la *lex loci delicti* sera compétente pour apprécier le régime de la réparation, l'abus de droit ayant déjà été démontré en vertu de la loi du for ou de la loi applicable au contrat d'élection.

## II. L'influence de la loi de l'auteur de la règle de conflit ayant permis l'abus de droit

**640** — La loi applicable à l'abus de droit dépend ainsi de la nature de l'abus et des conséquences qui y sont attachées. S'agissant dans tous les cas de l'appréciation de l'abus d'un droit d'option de compétence découlant d'une règle de droit, il convient également de prendre en compte non la loi du for ou la *lex causae*, mais la loi de l'auteur de la règle de conflit, de lois ou de juridictions, qui permet l'option de compétence. L'un des critères de l'abus de droit est en effet le détournement de la finalité du droit. Dès lors, pour établir l'abus, l'autorité de contrôle doit nécessairement déterminer quelle est la finalité de l'option de compétence dont disposait le sujet et qui a fait l'objet d'un abus. Il convient pour déterminer cette finalité de se référer à la loi qui admet l'option, c'est-à-dire la loi de l'État qui a institué la règle de conflit qui permet l'option de compétence judiciaire ou législative. C'est cette loi en effet qui édicte les cas dans lesquels le sujet de droit international privé peut choisir le juge ou la loi applicable à sa situation internationale et les limites dans lesquelles ce droit s'exerce. En donnant cette option de législation, le législateur avait un but. Dès lors, la finalité de l'option comme de toute règle de droit et les raisons qui l'ont conduit à adopter cette règle et non une autre, sont à rechercher dans l'intention du législateur. C'est l'esprit de cette règle et plus largement de l'ensemble législatif dans lequel elle s'insère que l'observateur doit rechercher pour établir si le sujet use ou abuse de son droit d'option. Il s'agit ici d'une question préalable une fois connus les critères de l'abus, déterminés, quant à eux, par la loi du for ou la *lex causae*.

**641** — Cette complémentarité entre la loi de principe et la loi de l'auteur de la règle de conflit trouve une acuité particulière lorsque la règle de conflit est d'origine communautaire. Il convient, lorsque l'autorité entend opposer au demandeur l'abus du droit d'option, qu'elle prenne en compte le caractère hiérarchiquement supérieur du droit communautaire sur la loi nationale. La spécificité de l'origine textuelle du droit d'option appelle quelques nuances à l'application de la loi du for dans la démonstration de l'abus de droit. Trois conceptions de la théorie de l'abus de droit en droit communautaire sont en effet envisageables. La première consacre un principe communautaire, autonome par rapport aux droits nationaux, avec ses propres conditions et ses propres effets. La deuxième, à l'inverse, recouvre une conception purement nationale de l'abus de droit, qui peut interférer dans l'application des normes communautaires, malgré l'infériorité de la loi nationale des États membres sur celles-ci. La troisième, médiane, voit dans l'abus de droit un principe général communautaire d'inspiration nationale, qui emprunte ses éléments à la loi de l'État membre qui le sanctionne mais qui doit respecter un standard commun. Cette question du fondement de la réserve de l'abus de droit dans l'exercice des libertés communautaires a directement été posée à la Cour dans l'affaire *Kefalas*<sup>2</sup>. Les trois conceptions, qui concernent la fraude et l'abus, peuvent être défendues.

<sup>1</sup> G. LEGIER, J.-Cl. inter., 1993, fasc. 20, n<sup>os</sup> 28, 29, 123 et 127.

<sup>2</sup> CJCE, 12 mai 1998, aff. C-367/96, *Rec. I-2843*, concl. TESAURO ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. LUBY ; *Rev. soc.* 1998, p. 794, note DANA-DEMARET ; *Europe* 1998, n<sup>os</sup> 225 et 247, obs. LAGONDET, pt. 18.

**642** — La première consacre un principe général de droit communautaire. Il en résulte que le contournement doit s'apprécier de manière uniforme dans chacun des États membres. Laisser aux juridictions nationales le soin d'apprécier un contournement, selon leurs propres principes et conceptions, conduirait de fait à porter atteinte à la primauté et à l'effet direct du droit communautaire<sup>1</sup>. Le régime du contournement serait défini selon des principes dégagés soit par un texte communautaire, soit par la CJCE, qui en contrôlerait l'application. Quelques textes épars peuvent être interprétés en ce sens<sup>2</sup>. Le principe pourrait encore s'inspirer de la théorie et de la pratique des États membres. Or si l'abus de droit, comme la fraude à la loi, peuvent être contestés dans la quasi-totalité des États membres, leurs domaines d'application, comme leurs conditions de mise en œuvre, diffèrent d'un État à l'autre<sup>3</sup>. En sortant du cadre communautaire, « il y a pratiquement autant de notions de l'abus de droit qu'il y a d'États membres du Conseil de l'Europe »<sup>4</sup>. La consécration d'un principe général semble alors impossible car elle reviendrait à imposer un concept inconnu à une minorité d'États, à élargir son domaine dans d'autres ou à en modifier le régime. Il en découle une « impossibilité de parvenir à une définition commune et, en même temps, précise et détaillée de l'abus de droit à travers un renvoi aux principes généraux communs à tous les États membres [ce qui] conduit à nier l'existence d'un tel principe dans l'ordre juridique communautaire »<sup>5</sup>. L'abus de droit communautaire ne pourrait non plus s'inspirer de l'abus de position dominante, consacré par le traité CE à l'article 82, en raison notamment de sa nature objective<sup>6</sup>.

**643** — La deuxième conception est radicalement opposée. Selon celle-ci, le contrôle du contournement communautaire ressortirait de la compétence exclusive des États membres, en vertu de leur disposition nationale applicable. Toutefois, admettre « qu'une règle nationale relative à l'abus de droit puisse avoir pour conséquence de conforter une violation du droit communautaire implique la méconnaissance du principe fondamental de la primauté du droit communautaire sur le droit interne »<sup>7</sup>. C'est en effet inverser les rôles que de contrôler l'application du droit communautaire au regard d'une disposition nationale, surtout lorsque ce contrôle a pour effet de refuser le bénéfice du droit communautaire en raison d'une atteinte aux objectifs d'un texte national<sup>8</sup>. Il s'ensuit une entorse au principe de la hiérarchie des normes<sup>9</sup>.

**644** — Consciente de cette opposition conceptuelle, la CJCE adopte une voie médiane. De manière constante, elle dit pour droit qu'il appartient aux États membres de prendre les mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du traité, certains de leurs ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement ou frauduleusement à l'emprise de leur législation nationale. La Cour reconnaît alors un pouvoir direct aux autorités des États membres. Elle admet qu'elle « ne saurait substituer son appréciation à celles des juridictions nationales, seules compétentes pour établir les faits de l'affaire dont elles sont

<sup>1</sup> G. TESAURO, concl. sous CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., n° 15. *Adde* CJCE, 14 novembre 1985, *Neumann*, aff. C-299/84, *Rec.* p. 3663, pt. 25, solution tempérée au pt. 26.

<sup>2</sup> Par ex. l'art. 4 § 3 du Règlement n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995.

<sup>3</sup> G. TESAURO, concl. préc., n° 22 et les exemples cités. *Adde* V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 524 et s.

<sup>4</sup> J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990, p. 23.

<sup>5</sup> G. TESAURO, concl. préc., n° 23.

<sup>6</sup> CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-Laroche*, aff. C-85/76, *Rec.* p. 461, pt. 91.

<sup>7</sup> V. KARAYANNIS, *op. cit.*, p. 532.

<sup>8</sup> M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, éd. Montchrestien, 2001, n° 277.

<sup>9</sup> F. LAGONDET, obs. sous CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis*, *Europe* 1996, n° 189.

saisies »<sup>1</sup>. La compétence de principe pour l'appréciation d'un contournement communautaire appartient donc exclusivement aux autorités des États membres. La Cour se prononce ensuite sur l'origine du moyen de contrôle, en jugeant, à propos de l'abus de droit, qu'il « ne saurait être considéré comme contraire à l'ordre juridique communautaire que les juridictions nationales appliquent une règle nationale (...) pour apprécier si un droit découlant d'une disposition communautaire est exercé d'une manière abusive »<sup>2</sup>. La loi du for est ainsi compétente pour déterminer les conditions de mise en œuvre de la réserve de l'abus de droit, les délais de prescriptions, les modalités de la sanction ou la preuve des éléments objectifs et subjectifs<sup>3</sup>. Toutefois, la Cour ne consacre pas une liberté d'appréciation absolue.

**645** — Dans ses conclusions sous l'arrêt *TV 10*, l'avocat général souligne en effet que la « constatation du contournement de la loi ou de la volonté de s'y soustraire consiste dans une appréciation juridique d'éléments de faits qui ne peut échapper totalement au jugement de la Cour. En tout cas, les limites de cette appréciation juridique sont-elles mêmes soumises au contrôle en droit de la Cour »<sup>4</sup>. Au regard de la fonction régulatrice de la CJCE, les limites visent à préserver l'ordre juridique communautaire. En effet, la Cour précise que « la mise en œuvre d'une telle règle [nationale] ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres »<sup>5</sup>. En ce sens, si la sanction du contournement est légitime, de « tels contrôles doivent cependant respecter les limites que pose le droit communautaire, et notamment celles découlant de la liberté de prestation de services qui ne peut être rendue illusoire et dont l'exercice ne peut être soumis à la discrétion de l'administration »<sup>6</sup>. Plus généralement, la Cour affirme que « la mise en œuvre d'une telle règle nationale ne peut pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres. En particulier, les juridictions nationales ne peuvent pas, dans l'appréciation de l'exercice d'un droit découlant d'une disposition communautaire, modifier la portée de cette disposition ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit »<sup>7</sup>, elles doivent « prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause »<sup>8</sup>. Ainsi, s'il appartient à l'autorité nationale d'apprécier les circonstances de fait qui permettent de retenir la qualification de fraude ou d'abus, la Cour peut vérifier si ces appréciations sont opportunes, c'est-à-dire compatibles avec les objectifs du traité<sup>9</sup>. Elle peut les refuser ou les agréer. Elle peut également en proposer d'autres.

**646** — Cette conception « concilie à la fois l'autonomie procédurale des États et son encadrement aux fins de protection du droit communautaire »<sup>10</sup>. Néanmoins, dans l'arrêt

<sup>1</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 22.

<sup>2</sup> *Ibid.*, pt. 21.

<sup>3</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec.* I-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON, pt. 54.

<sup>4</sup> O. LENZ, concl. sous CJCE, 5 octobre 1994, aff. C-23/93, *Rec.* p. 4795, n° 58.

<sup>5</sup> CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis*, aff. C-441/93, *Rec.* I-1347, concl. TESAURO ; *Europe* 1996, n° 189 et n° 201, obs. LAGONDET, pt. 68.

<sup>6</sup> CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *Rec.* I-1417, pt. 17.

<sup>7</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 22.

<sup>8</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* I-1459 et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS, pt. 25.

<sup>9</sup> Cf. *infra* n° 811 et s.

<sup>10</sup> F. LAGONDET, obs. sous CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, *Europe* 1998, n° 225.

*Emsland*, la Cour va plus loin en substituant directement sa propre définition des éléments constitutifs du contournement à celle de la loi de l'État membre de contrôle, pourtant compétente. Par conséquent, si la loi du for prévoit une conception purement objective de la fraude ou de l'abus de droit, l'autorité devra néanmoins démontrer un élément subjectif. Ainsi dans cette affaire, la juridiction allemande doit, pour démontrer l'abus de droit, « établir, en outre, l'existence d'une volonté (...) de bénéficier d'un avantage résultant de l'application de la réglementation communautaire en réalisant une opération artificielle »<sup>1</sup>. Or, en droit allemand, l'abus de droit est une notion purement objective<sup>2</sup>. Dans un sens identique, l'arrêt *Diamantis* fait de l'intention de nuire l'élément principal de l'abus de droit en jugeant que la réserve de l'abus peut être opposée lorsque le sujet « a choisi, parmi les voies de recours disponibles (...), celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »<sup>3</sup>. Or, l'abus de droit prévu à l'article 281 du Code civil grec est également une notion purement objective<sup>4</sup>. Le problème est identique avec le droit anglais et l'accueil de l'arrêt *Emsland* semble avoir provoqué de nombreuses réticences outre-Manche<sup>5</sup>. Il s'ensuit en tout cas une véritable substitution de principe national à communautaire qui, bien que non prévu textuellement, ne porte pas atteinte au principe de légalité<sup>6</sup>.

**647** — De même, dans l'arrêt *Diamantis*, si la Cour rappelle le principe dégagé dans l'arrêt *Kefalas*, elle reconsidère directement sa propre compétence. En effet, s'il incombe à la juridiction nationale d'apprécier si l'application de la réserve de l'abus de droit est compatible avec les objectifs du traité, « la Cour est compétente pour fournir (...) tous les éléments d'interprétation qui peuvent lui permettre d'apprécier cette compatibilité »<sup>7</sup>. La primauté du droit communautaire est respectée car l'application de la disposition nationale n'est possible qu'à la condition d'être conforme aux objectifs du traité. Le juge national doit donc procéder à un contrôle préalable des conséquences de l'application de la disposition nationale pour pouvoir la mettre en œuvre. De fait, la CJCE use de ce pouvoir sans modération, appréciant chacun des arguments soumis à son contrôle et en en proposant de nouveaux, lesquels s'imposent aux autorités des États membres<sup>8</sup>. En ce sens, l'appréciation de l'abus du droit d'option découlant d'un texte réglementaire s'effectue selon les conceptions de la loi de l'État membre saisi, lequel doit néanmoins respecter certaines directives posées par la CJCE, notamment celles relatives aux critères de l'abus de droit, qui préfigurent, à terme, la consécration d'une théorie communautaire autonome de l'abus de droit.

b) Les critères d'appréciation de l'abus du droit d'option de compétence internationale

**648** — Dans ses conclusions sous l'arrêt *Centros*<sup>9</sup>, l'avocat général considéra, invoquant l'arrêt *Kefalas*<sup>1</sup>, qu'abuse « du droit celui qui en est le titulaire quand il l'exerce de

<sup>1</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 55.

<sup>2</sup> Selon G. TESAURO, concl. sous CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., n° 22, note 25 ; J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, « L'abus de droit en droit comparé », *op. cit.*, p. 34 et s.

<sup>3</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *Rec. I-1705*, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY, pt. 44.

<sup>4</sup> Selon G. TESAURO, *op. cit.*, *loc. cit.* ; J. VOYAME, B. COTTIER, B. ROCHA, *op. cit.*, p. 36.

<sup>5</sup> En ce sens, D. WAELBROECK, « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in Mél. J.-V. LOUIS, éd. de l'ULB, vol. I, 2003, p. 595 et s., spéc. p. 603 et s.

<sup>6</sup> CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 56.

<sup>7</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, préc., pt. 35.

<sup>8</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 3<sup>e</sup> éd. Puf, 2001, n° 378.

<sup>9</sup> CJCE, 9 mars 1999, préc.

manière déraisonnable pour obtenir, au préjudice d'autrui, « des avantages illicites et manifestement étrangers à l'objectif » poursuivi par le législateur lorsque celui-ci confère au particulier une position subjective donnée »<sup>2</sup>. De cette formule se déduisent les deux critères de l'abus du droit d'option internationale<sup>3</sup> : le critère du détournement de la finalité<sup>4</sup> du droit d'option internationale (I) et celui de la proportionnalité de l'exercice de ce droit (II).

### **I. Le critère du détournement de la finalité du droit d'option de compétence internationale**

**649** — Dans la mesure où le droit d'option de compétence internationale est, à l'instar du droit d'agir en justice, un droit-fonction donné au plaideur pour la réalisation d'une fin déterminée, l'utilisation de ce droit pour une fin autre que celle pour laquelle il a été donné, peut constituer un abus de droit en raison du détournement de sa finalité. En effet, « apprécier si l'exercice concret d'un droit est, ou non, abusif ne signifie pas autre chose que délimiter, sur le plan substantiel, la portée du droit lui-même »<sup>5</sup>. S'il lui est lié, le droit d'option de compétence internationale se distingue du droit d'agir en justice en ce qu'il lui est antérieur<sup>6</sup> : le droit d'option de compétence permet d'amplifier la protection juridictionnelle du demandeur pour lui donner les meilleures chances de faire entendre sa cause, alors que le droit d'agir en justice, c'est-à-dire d'exercer effectivement l'option, permet à ce même demandeur d'obtenir la reconnaissance de ses droits et de faire trancher une contestation à laquelle il est partie.

**650** — S'agissant du droit d'agir en justice, le demandeur commettra un abus de droit toutes les fois qu'il portera son action devant un for déterminé dans un but manifestement étranger à celui pour lequel ce droit lui a été accordé. L'abus ne se distingue pas ici de celui qui existe en droit processuel interne. Il correspond à des hypothèses où une demande est formée, notamment, dans l'unique but de causer un préjudice au défendeur, d'exercer sur lui une pression. L'hypothèse vise essentiellement les actions en justice intentées à des fins dilatoires. Pour établir l'abus, l'autorité devra démontrer que l'action introduite par le plaideur n'a pas pour but d'obtenir une décision au fond, mais qu'elle se justifie exclusivement par un but autre. Ainsi la CJCE a refusé de se prononcer sur une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige fictif destiné à remettre en cause une réglementation fiscale<sup>7</sup>, sanctionnant ainsi un « détournement de procédure »<sup>8</sup>. Cet abus du droit d'agir pourrait être opposé lors d'une répudiation étrangère, s'il était démontré que le mari n'a pas voulu la dissolution du mariage mais qu'il a agi dans le but de faire pression sur son épouse pour qu'elle abandonne la procédure engagée en France. La répudiation, même une fois obtenue, est en effet révocable pendant le délai de viduité, sous réserve de l'abus de ce droit de révocation<sup>9</sup>. Pour démontrer le

<sup>1</sup> CJCE, 12 mai 1998, préc.

<sup>2</sup> A. LA PERGOLA, concl. sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., n° 20.

<sup>3</sup> A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, éd. Bruylant, LGDJ, 2003, n° 544 et s. ; « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, spéc. n° 9 et s.

<sup>4</sup> Sur ce critère, v. D. WAELBROECK, *op. cit.*, spéc. p. 600 et s.

<sup>5</sup> A. LA PERGOLA, concl. préc., *loc. cit.*

<sup>6</sup> A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, n° 544.

<sup>7</sup> CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c/ Novello*, aff. C-104/79, *Rec.* p. 745.

<sup>8</sup> L. NEVILLE BROWN, « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law ? », in Mél. H. G. SCHERMERS, vol. II, éd. Dordrecht, 1994, p. 511 et s., spéc. p. 521.

<sup>9</sup> M. SHOUAIB, « Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit », *RDIDC* 2001, p. 340 et s., spéc. p. 349 et s. ; *Rev. jur. et pol.* 2002, p. 245 et s., spéc. p. 252 et s.

but étranger à la finalité du droit d'agir en justice, le « juge devra avoir égard à l'ensemble des circonstances de la cause et relever de manière précise les éléments qui permettent d'établir que *les seuls mobiles*, ou du moins *les mobiles principaux*, que l'on peut raisonnablement attribuer au plaideur sont étrangers à la finalité de l'action en justice »<sup>1</sup>. Le but étranger doit en effet être exclusif de toute volonté d'obtenir une décision au fond conforme à l'objet de la demande. Les éléments qui peuvent être pris en compte tiennent notamment à la réalité des causes du litige, au comportement procédural du demandeur, aux difficultés matérielles ou financières rencontrées par le défendeur, à l'éloignement géographique du litige, etc.

**651** — S'agissant de l'exercice de l'option de compétence et dans la mesure où elle constitue également un droit-fonction, son exercice pour une fin autre que celle pour laquelle elle a été donnée au demandeur peut être constitutif d'un abus de droit. En effet, si « le droit d'option de compétence a pour objectif de renforcer l'accès du demandeur à la justice, on soulignera, par contraste, qu'il ne trouve certainement *pas* une justification additionnelle dans celui de conférer à cette partie un avantage, qu'il soit de nature procédurale ou substantielle, sur son adversaire. Le *forum shopping* est peut-être *la conséquence* de la concurrence des compétences dans l'ordre international, mais il ne modifie pas, *en soi*, un objectif poursuivi par la matière »<sup>2</sup>. Toutefois, le critère du détournement de la finalité du droit se révèle malaisé en ce qui concerne l'option de compétence internationale. Pour qu'il y ait ici détournement, l'autorité de contrôle doit démontrer que l'action en justice née de l'option n'a été exercée que dans un but exclusivement étranger à celui pour lequel cette option lui a été donnée. Dès lors que le demandeur entend également obtenir la réalisation substantielle des droits dont il revendique la consécration, il ne peut être question d'abus de droit par détournement de la finalité du droit d'option<sup>3</sup>. Dans ce cas, l'objectif de l'option de compétence aura été respecté, au moins partiellement, ce qui suffit à exclure la qualification d'abus de droit par ce critère.

**652** — Au regard de ce critère, l'abus du droit d'option de compétence ne se différencie donc pas véritablement de l'abus du droit d'agir. Il s'agira toujours d'une action intentée dans une intention dilatoire, pour des fins étrangères à celles pour lesquelles le droit d'agir a été donné. Tout au plus l'exercice de l'option de compétence internationale peut-il venir corroborer l'abus du droit d'agir. En effet, pour causer un préjudice ou pour exercer une pression sur le défendeur, le demandeur peut choisir, parmi les fors qui s'offrent à lui, celui qui permet de donner le plus d'ampleur à ce préjudice ou cette pression. Ainsi, pour reprendre l'exemple de la dissolution du mariage demandée par un époux dans le but exclusif de faire pression sur son épouse qui agit en contribution aux charges du mariage, le mari peut abuser de son droit d'agir autant devant le juge français que devant le juge étranger. Sous la menace d'une désunion qu'elle ne souhaite peut-être pas, l'épouse peut en effet renoncer à son action en justice alors même que l'action en divorce est portée devant le juge français. Mais si l'action est portée devant le juge étranger, en vertu de l'option de compétence, alors cette pression sera plus grande, non seulement en raison du déplacement géographique du litige, mais également en raison des conséquences procédurales et substantielles de cette saisine. Dès lors, l'exercice de l'option de compétence, elle-même abusive, peut être un révélateur de l'abus du droit d'agir, un élément de sa démonstration. Il n'en reste pas moins que pour véritablement se différencier de l'abus du droit d'agir en justice, l'abus du droit d'option de compétence internationale doit se caractériser au moyen du critère de la proportionnalité dans l'exercice de ce droit d'option.

<sup>1</sup> A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, n° 545.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 547.

<sup>3</sup> A. NUYTS, « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, n° 9.

## II. Le critère de la proportionnalité de l'exercice du droit d'option de compétence internationale

**653** — Dans l'arrêt *Diamantis*, la CJCE a jugé qu'un sujet abuse de son droit lorsque, « parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation (...), il a choisi celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »<sup>1</sup>. Le principe de proportionnalité et le test auquel il donne lieu ne sont pas inconnus de la jurisprudence de la CJCE<sup>2</sup>. Il appelle un raisonnement basé sur trois étapes qui doivent permettre d'établir que les mesures ou les droits en cause ont été décidés ou exercés de manière légitime. Transposable à la réserve de l'abus de droit, ce triple examen consistera tout d'abord à vérifier la pertinence ou l'utilité de l'acte, puis son caractère nécessaire ou indispensable, enfin son caractère proportionnel proprement dit<sup>3</sup>. Le premier examen consiste à vérifier que l'acte est conforme à l'objectif poursuivi par le texte qui l'encadre. Il s'agira ainsi de sanctionner le sujet qui utilise son droit dans le but de nuire à l'autre partie sans qu'il en retire un avantage quelconque du point de vue de la réalisation de son droit. Ce premier test s'identifie au critère du détournement de la finalité du droit. Il signifie que l'exercice du droit en question est légitime s'il s'insère, en tant que tel, dans l'objectif poursuivi par la règle qui prévoit ce droit. Le deuxième test permet de contrôler que l'acte est indispensable pour la réalisation du droit en question et qu'il ne peut être remplacé par un autre acte, tout aussi efficace, mais qui préserve davantage les intérêts de l'autre partie. Par ce test, pourra être sanctionné le demandeur qui choisira, parmi les voies de droit qui s'offrent à lui, celle qui se révèle la plus préjudiciable pour le défendeur. Le troisième test consiste à vérifier la proportionnalité intrinsèque de l'acte par rapport aux conséquences préjudiciables que cet acte peut avoir. Il s'agira ici de contrôler si la voie de droit choisie, lorsqu'elle est indispensable, peut se justifier alors même qu'elle cause un inconvénient à d'autres intérêts. Il s'agit de savoir si cet inconvénient n'est pas tel qu'il rende illégitime la voie de droit choisie. Le principe de proportionnalité est également consacré en droit privé<sup>4</sup>, même s'il est parfois jugé inopportun<sup>5</sup>. L'arrêt *Diamantis* impose aux juges européens un contrôle de proportionnalité dans l'exercice des options de compétence qui résultent des règlements communautaires. Par ce critère, l'appréciation de la légitimité de l'exercice d'une option de compétence internationale nécessitera d'effectuer le triple test portant sur l'acte qui fonde la compétence de l'autorité saisie. Trois situations peuvent être relevées<sup>6</sup>.

**654** — La première consiste en l'examen de l'utilité et de la légitimité de l'exercice de l'option de compétence. Cet examen ne se distingue pas véritablement de la démonstration d'un abus du droit d'agir en ce sens que l'inutilité de l'orientation choisie par le demandeur ne fera que conforter la preuve d'un abus du droit d'agir<sup>7</sup>. Les deux autres hypothèses permettent en revanche de distinguer l'abus du droit d'agir et l'abus du droit d'option de compétence internationale. Le deuxième critère du principe de proportionnalité permet de relever un abus de droit lorsque le demandeur, titulaire de l'option de compétence internationale, choisit le for le plus préjudiciable pour l'autre partie, alors qu'il n'en retire, en soi, aucun avantage

<sup>1</sup> CJCE, 23 mars 2000, préc., pt. 43.

<sup>2</sup> W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.* 1992, p. 305 et s.

<sup>3</sup> A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, n° 535.

<sup>4</sup> G. PECH-LE-GAC, *La proportionnalité en droit privé*, thèse dact., Paris XI, 1997.

<sup>5</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 2000, n° 222 et s.

<sup>6</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 548.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 652.

particulier. Dans cette hypothèse, le droit d'agir est en tant que tel légitime puisque la demande s'inscrit réellement et légitimement dans la revendication d'un droit subjectif dont le demandeur attend la réalisation. En ce sens, il ne s'agit plus de contester le droit d'agir, ni l'objet même de l'action, mais bien l'option judiciaire choisie par le demandeur. Ainsi, lorsque deux époux ont leur résidence habituelle dans le même État membre, le choix par le demandeur du for de leur nationalité commune, géographiquement éloigné de celui de leur résidence, peut être constitutif d'un abus du droit d'option lorsque, dans le même temps, « il ressort des circonstances de la cause que l'instauration de l'action en divorce dans le for national ne présente *aucun intérêt* pour l'époux demandeur par rapport à la saisine du for de la résidence habituelle des époux, alors [qu'il] en résulte un préjudice important à l'époux défendeur »<sup>1</sup>. Ces deux premiers tests permettent de vérifier si la manière pour le demandeur d'exercer son option de compétence est vraiment utile et indispensable pour lui conférer l'avantage qu'il escompte, et si elle ne peut pas être remplacée par une autre manière d'exercer ce droit, laquelle serait tout aussi utile pour le demandeur, tout en préservant davantage l'intérêt du défendeur.

**655** — Le troisième test de proportionnalité proprement dit, appliqué à l'option de compétence, pourra révéler un abus de droit toutes les fois qu'il existe une disproportion manifeste entre l'avantage recherché par le demandeur et le préjudice ou la charge qui en résulte pour le défendeur. Il s'agira pour l'autorité d'apprécier si l'avantage plus grand que le demandeur retire de l'exercice de son option n'est pas disproportionné par rapport au préjudice ou au désavantage qu'il inflige ainsi au droit ou à l'intérêt du défendeur. Dans le cadre de la Convention de Bruxelles 1, l'abus du droit d'option aurait pu être opposé au demandeur devant les juridictions madrilénes dans l'affaire *Turner*<sup>2</sup>. En ce qui concerne les Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis*, l'abus du droit d'option pourrait être caractérisé lorsque l'époux demandeur exerce son option de la manière la plus défavorable à son conjoint alors qu'il aurait pu, sans perte d'intérêt pour lui, saisir un for plus approprié et plus facile d'accès pour le défendeur. Dans l'appréciation de ce caractère manifestement disproportionné de l'exercice de l'option de compétence, la mauvaise foi du demandeur sera primordiale alors même qu'il entendait obtenir, quant à l'objet même de sa demande, une décision sur le fond.

**656** — Selon M. NUYTS, l'abus du droit d'option de compétence internationale s'identifie à un abus purement processuel, lié à des considérations qui tiennent à l'accessibilité du for, en excluant les causes substantielles ou procédurales du choix du for<sup>3</sup>. Cette approche de l'étude de la proportionnalité est davantage objective que subjective. Selon l'auteur, « il n'est plus nécessaire de rechercher si, en portant son action dans un certain for, le demandeur était animé par l'intention d'obtenir au détriment de son adversaire un avantage illicite (...) ; il suffit d'évaluer le degré d'effectivité de l'accès au juge pour le demandeur, compte tenu des éléments objectifs de la situation, tels la proximité du tribunal pour le demandeur, le coût de la procédure ou les chances d'obtenir un jugement rapidement »<sup>4</sup>. Cette opinion ne semble cependant pas pouvoir être retenue et l'autorité de contrôle devrait pouvoir apprécier l'abus également au regard des avantages procéduraux et substantiels que le demandeur retire de son option et qui peuvent se révéler préjudiciables au défendeur. Le *forum shopping* abusif ne se

<sup>1</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> Chambre des Lords, 13 décembre 2001, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 116, note MUIR WATT ; – CJCE, 27 avril 2004, aff. C-159/02, *Rec. I-3565*, concl. COLOMER ; *D.* 2004, p. 1919, note CARRIER ; *Europe* 2004, n° 246, obs. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note MUIR WATT. En ce sens, A. NUYTS, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

limite pas en effet à une conception purement géographique ou financière du préjudice causé à l'autre partie dans l'exercice de l'option de compétence. L'admettre reviendrait à envisager l'exercice de l'option de compétence comme un droit substantiellement ou procéduralement discrétionnaire. Au-delà de la gêne occasionnée au défendeur, l'option de compétence est en effet essentiellement un moyen d'obtenir, par la saisine d'un for déterminé, des avantages procéduraux et/ou substantiels qui n'auraient pas été obtenus par la saisine d'un autre for. L'auteur semble d'ailleurs se contredire puisqu'il écrit plus avant que si « le droit d'option de compétence a pour objectif de renforcer l'accès du demandeur à la justice, on soulignera, par contraste, qu'il ne trouve certainement *pas* une justification additionnelle dans celui de conférer à cette partie un avantage, *qu'il soit de nature procédurale ou substantielle*, sur son adversaire »<sup>1</sup>. Le plus souvent en effet, l'option est exercée non pour le préjudice processuel ou financier qu'elle peut occasionner à l'autre partie, mais plutôt pour les implications procédurales de l'instance engagée et les conséquences matérielles de ce choix plutôt qu'un autre. Lorsque l'autorité de contrôle apprécie l'abus d'option et notamment qu'elle évalue la disproportion entre les intérêts respectifs des plaideurs, elle doit donc procéder à une évaluation d'ensemble de l'intérêt du demandeur, du préjudice subi par le défendeur, des attentes et des intérêts légitimes de chacune des parties ainsi que de l'équilibre entre leurs droits respectifs.

**657** — Ainsi, en ce qui concerne les affaires de répudiations étrangères, un examen rapide des lois potentiellement en conflit permettra de constater qu'une répudiation ne présente pas les mêmes garanties qu'un divorce, fût-il unilatéral. Par cette entreprise de comparaison substantielle, l'autorité étatique pourra apprécier les inconvénients causés au défendeur par le choix du demandeur et la proportionnalité de cette saisine par rapport aux intérêts respectifs et/ou communs des parties. L'autorité étatique pourra alors apprécier les difficultés pratiques engendrées par cette saisine ainsi que la possibilité de les éviter tout en préservant les intérêts supposés des parties. Elle pourra considérer que la saisine de l'autorité française, pour des étrangers domiciliés en France et souhaitant *a priori* y demeurer, permet justement de résoudre ces difficultés pratiques en rétablissant une proportion entre les droits respectifs des époux. Enfin, la preuve concrète de l'intention abusive, qui s'exprime par ce triple test, pourra être rapportée de la même manière qu'est démontrée une intention frauduleuse<sup>2</sup>, à ceci près que l'intention dans l'abus de droit, contrairement à la fraude à la loi<sup>3</sup>, l'abus du droit d'option de compétence internationale peut très bien coexister avec une intention réelle de parvenir au résultat escompté et d'en accepter toutes les conséquences, essentielles comme secondaires. S'il est établi, l'abus de droit conduira l'autorité étatique à sanctionner la manœuvre abusive.

## 2. La mise en œuvre de l'inefficacité ponctuelle

**658** — Lorsqu'il est démontré, l'abus du droit d'option de compétence internationale permet, conformément à la théorie générale de l'abus de droit, de remettre en cause l'exercice du droit abusivement exercé. Appliqué à la compétence judiciaire internationale, l'abus de droit permettra à l'autorité étatique de refuser d'exercer sa compétence (a). Dans certains cas particuliers, lorsque l'abus donne lieu à une concurrence abusive de compétences judiciaires, l'autorité pourra résoudre directement cette concurrence par un transfert de compétence (b).

---

<sup>1</sup> *Ibid.*, n° 547. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 535 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 180 pour les affaires de répudiations étrangères.

## a) Le refus par l'autorité étatique d'exercer sa compétence

**659** — Lorsque le sujet de droit saisit une autorité étatique, cette autorité pourrait, alors même qu'elle est objectivement compétente et qu'aucune fraude à la juridiction ne peut être relevée, refuser d'exercer sa compétence. Bien qu'elle soit contestable, cette possibilité n'est pas inconnue en droit international privé comparé, sous les traits de l'exception de *forum non conveniens* qui permet, bien qu'elle n'y soit pas exclusivement dédiée, de fonder un refus de compétence au titre de la lutte contre le *forum shopping* abusif (I). En droit français, cette possibilité semble toutefois difficilement envisageable en raison de l'impérativité des règles de compétence judiciaire directe, même si la lutte contre les mariages de complaisance témoigne de la possibilité pour l'autorité française de refuser d'exercer sa compétence, dans le but d'éviter de manière préventive la réalisation d'une action malicieuse (III). En ce sens et de façon plus conforme au droit judiciaire privé romano-germanique, l'autorité étatique qui relève un abus de droit dans l'exercice de l'option de compétence judiciaire internationale qui fonde la sienne, pourra déclarer la demande irrecevable (II).

**I. Une fausse possibilité : l'exception de *forum non conveniens* fondée sur l'abus de droit**

**660** — Connue des pays de *Common Law*, la doctrine du *forum non conveniens* est une méthode d'appréciation discrétionnaire de sa compétence internationale directe par le juge saisi. Elle lui donne la possibilité de décliner la compétence qui lui est attribuée par ses règles de compétence juridictionnelle s'il est convaincu qu'un for étranger est plus approprié que lui pour connaître du litige dont il est saisi. Trouvant son origine en Écosse, elle s'est développée aux États-Unis, en Angleterre et en Australie<sup>1</sup>, au Québec<sup>2</sup>, mais reste inconnue du droit des pays européens continentaux<sup>3</sup> si ce n'est aux Pays-Bas<sup>4</sup> ou en Suisse<sup>5</sup>, voire en Allemagne et en

<sup>1</sup> V. not. B. SCHNEIDER, « Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain) », *R.I.D.C.* 1975, p. 601 et s. ; P. HERZOG, « La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : Un aperçu », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 1 et s. ; Ch. BERNASCONI, A. GERBER, « La théorie du forum non conveniens – un regard suisse », *IPRax* 1994, p. 3 et s. ; Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, éd. PUAM, 2000, n° 18 et s. ; A. MIRANDES, *La compétence inter-étatique et internationale des tribunaux en droit des États-Unis*, éd. Economica, 2002, n° 349 et s. ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, n° 50 et s. ; L. COLLINS, G. DROZ, *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs*, Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 70, t. I, 2002-2003, session de Bruges, 2003, 2<sup>e</sup> commission, n° 15 et s.

<sup>2</sup> Avant 1991 : P. NORMANDIN, « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine « forum non conveniens » », *Rev. bar.* 1987, p. 469 et s. Depuis, art. 3135 du Code civil : S. GUILLEMARD, A. PRUJINER, F. SABOURIN, « Les difficultés de l'introduction du forum non conveniens en droit québécois », *Les cahiers du droit* 1995, p. 913 et s.

<sup>3</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 143 et s.

<sup>4</sup> Art. 429 c (11) du Code de procédure civile : K. BOELE-WOELKI, « Exceptions Clauses in Private International Law – Netherlands », in D. KOKKINI-IATRIDOU, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité*, XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 236 et s. ; A. NUYTS, *op. cit.*, n° 332 ; G. DROZ, in L. COLLINS, G. DROZ, *op. cit.*, p. 63.

<sup>5</sup> Art. 5.3 de la LDIP de 1987 : R. MEYER, « Les clauses d'exceptions en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Suisse », in D. KOKKINI-IATRIDOU, *op. cit.*, p. 323 et s. ; Ch. BERNASCONI, A. GERBER, *op. cit.*, p. 10. Avant la LDIP, v. l'art. 8 d. al. 3 de la loi fédérale de 1891 : C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et le conflit de lois*, éd. PUAM, 2001, n° 226 et s.

Autriche<sup>1</sup>, en Belgique<sup>2</sup>. Moyen de défense soulevé en début d'instance, son admission a pour effet le dessaisissement du juge ou un sursis à statuer. Si le défendeur supporte la charge de la preuve de la réalité des liens plus appropriés avec un autre pays, il appartient au juge d'apprécier souverainement l'opportunité du jeu de l'exception. Cette double appréciation se fera au regard d'éléments objectifs d'intérêts publics ou privés, tels que la situation géographique des parties, des témoins ou des éléments de preuve<sup>3</sup>. En revanche, le *forum non conveniens* ne peut provenir d'une « comparaison au fond des solutions qui seraient apportées au litige par le tribunal saisi et par le tribunal étranger présenté comme plus approprié »<sup>4</sup>. Une fois le caractère plus approprié d'un for étranger démontré, le juge ne se dessaisira que si les droits du demandeur ne seraient pas mis en péril par une telle décision.

**661** — L'exception de *forum non conveniens* s'est développée comme une limite à l'attrait parfois surexploité des règles de compétence juridictionnelle des États de *Common Law*, propices au *forum shopping*<sup>5</sup>. Au-delà de l'utilisation parfois détournée de l'exception de *forum non conveniens*<sup>6</sup>, elle peut se révéler être un moyen efficace de lutte contre l'utilisation abusive de la multiplication des critères de compétence au niveau international<sup>7</sup>. Or, les règles françaises de droit commun, conventionnel ou réglementaire, offrent de nombreuses options de compétence qui permettent le *forum shopping*<sup>8</sup>. La question peut donc se poser de l'admission du *forum non conveniens* par les droits continentaux, notamment de la France. Cette doctrine est séduisante en ce qu'elle apparaît comme une mesure de courtoisie internationale qui repose sur « un postulat d'égalité entre juridictions nationales et étrangères »<sup>9</sup>. Or, toute règle de compétence juridictionnelle atteint en principe cet objectif et respecte « l'idée du « forum conveniens » »<sup>10</sup>. Il est donc inutile de prévoir ce mécanisme correcteur pour lutter contre le *forum shopping*, « les règles de compétence qui existent permettent d'être sûr que, lorsqu'un tribunal français est compétent, c'est parce qu'il y a des liens sérieux entre le litige et l'ordre juridique français. Si ces liens font défaut, ou si la volonté des parties de saisir un tribunal français se révèle frauduleuse, le tribunal français n'est pas compétent »<sup>11</sup>.

**662** — Aussi exact soit-il, cet argument trace les frontières de sa pertinence car le fait qu'un même litige puisse se rattacher à plusieurs ordres juridiques rend impossible la caractérisation de ces deux motifs d'incompétence, sauf à confondre *forum shopping*, fraude à la juridiction et incompétence. Si le demandeur dispose d'un choix de for, c'est qu'il existe

<sup>1</sup> Ch. BERNASCONI, A. GERBER, *op. cit.*, pp. 9-10 ; D. KOKKINI-IATRIDOU, « Rapport général », et K. SCHNABEL, « Exception Clauses in Conflicts Laws and International Law of Procedure », in D. KOKKINI-IATRIDOU, *op. cit.*, p. 34 et pp. 53-54.

<sup>2</sup> Art. 6 § 2 du Code de droit international privé, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 156.

<sup>3</sup> S. BEERNAERT et A. COIBON, « La doctrine du forum (non) conveniens. Réconciliation avec le texte de la convention de Bruxelles ? », *J.T.* 2000, p. 409, spéc. n° 11 et s.

<sup>4</sup> P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *RCADI* 1986-I, t. 196, p. 11 et s., spéc. n° 145.

<sup>5</sup> Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 351 et s. ; A. NUYTS, *op. cit.*, n° 71 et s.

<sup>6</sup> A. MAINSBRIDGE, « Discretion to stay proceedings – The impact of The Abidin Daver on judicial chauvinism », *Syd. L. R.* 1986, p. 151 et s.

<sup>7</sup> V. Cour fédérale d'appel des États-Unis, 15 novembre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 471, note MUIR WATT.

<sup>8</sup> Cf. *supra* n° 360 et s.

<sup>9</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in Mél. G. MARTY, 1978, p. 555 et s.

<sup>10</sup> A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, t. I/1, 1998, n° 326.

<sup>11</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle : forum non conveniens, lis pendens », *R.I.D.C.* 1994, p. 423 et s., spéc. p. 427.

entre sa situation et l'autorité étatique saisie un lien sérieux et réel, par hypothèse non frauduleux. Il apparaît en ce sens que si la possibilité d'une appréciation discrétionnaire de sa compétence du juge est inutile dans le cadre d'un système de compétence strictement défini, qui ne laisserait aucun choix direct au demandeur, il en va différemment dans le cadre d'un système qui offre une multitude de fors, tous compétents. Il peut ainsi sembler utile, lorsque les deux premières solutions – fraude à la juridiction et vérification de l'effectivité du critère – se révèlent inefficaces, d'offrir au juge saisi la faculté d'apprécier l'opportunité de sa compétence, justement pour lutter contre un *forum shopping malus*. Le *forum non conveniens* introduirait ainsi une limite objective à un « *forum shopping* [qu'on] ne peut pas (...) éviter totalement. (...) C'est quand même un aspect du *forum non conveniens* qui n'est pas négligeable »<sup>1</sup>.

**663** — Au regard du droit commun français, le consensus semble établi pour rejeter le *forum non conveniens*, les règles de compétence juridictionnelle étant considérées comme impératives pour l'autorité étatique saisie. Celle-ci ne peut dès lors refuser, pour des raisons de pur fait, une compétence entièrement fondée en droit<sup>2</sup>. De même, la Cour de cassation exclut toute appréciation discrétionnaire de sa compétence par le juge français, au moins lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 14 du Code civil<sup>3</sup>. Toutefois, le rejet de l'exception du *forum non conveniens* n'est pas unanime en doctrine ni même auprès des juges du fond<sup>4</sup>. En doctrine, certains auteurs, sans être contre le principe de l'exception ou sans véritablement prendre position, ne croient guère à sa transposition en Europe continentale<sup>5</sup>. D'autres la trouvent opportune dans certains cas, notamment en complément de l'article 92 du ncp<sup>6</sup>. D'autres, proposent de l'admettre dans certains cas, notamment lorsque le juge français est compétent au titre de la Convention de Bruxelles 1, pour certains chefs de compétence seulement<sup>7</sup>. D'autres enfin proposent de l'admettre mais en encadrant ses conditions et ses modalités d'application<sup>8</sup>.

**664** — Ces textes permettant le *forum shopping*, la question de la réception de l'exception de *forum non conveniens* peut s'envisager au regard des Règlements (CE) du 29 mai 2000 et du 27 novembre 2003. La question se pose de savoir si le juge saisi peut se déclarer *non conveniens* alors que compétence lui est attribuée en vertu des règles de compétence générales des deux règlements. Si cette question n'a pas encore été directement

<sup>1</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *in* débats à la suite de G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1995, p. 97 et s., spéc. p. 117. V. par ex. *Gulf Oil Co. v. Gilbert*, 330 U.S., p. 507 (1947), cité par B. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 637.

<sup>2</sup> Not. G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 103 et s. ; P. COURBE, *D.* 1995, p. 471 et s., spéc. n° 20 et s. ; Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 142 ; Ch. PAMBOUKIS, « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions », *RHDI* 1994, p. 475 et s., spéc. p. 485.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 759, note ANCEL ; – 9 décembre 2003, *Defrénois* 2004, p. 434, note REVILLARD et p. 599, obs. MASSIP ; *RJPF*-2004-2/16, note PANSIER ; *Gaz. pal.* 28-29 mai 2004, p. 18, note MASSIP ; *JCP* éd. N. 2004, 1198, note BOULANGER ; *JCP* éd. N. 2004, 1274, obs. FOSSIER ; *LPA* 2004, n° 115, p. 8, note JAULT ; *Dr. fam.* 2004, n° 163, note BOURDELOIS.

<sup>4</sup> Versailles, 12 mars 2001, *D.* 2002, somm., obs. AUDIT.

<sup>5</sup> Not. P. LAGARDE, *Le principe de proximité*, *op. cit.*, n° 153 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 307 ; S. BEERNAERT et A. COIBON, *op. cit.*, n° 44 ; A. HUET, note sous Paris, 17 novembre 1987, *JDI* 1989, p. 116 et J.-Cl. inter., fasc. 581-42, 1995, n° 36 ; M. FALLON, « L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale », *Ann. dr. Louvain* 1994, p. 373 et s.

<sup>6</sup> B. AUDIT, n° 377 ; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 675.

<sup>7</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le forum non conveniens, une menace pour la convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts récents) », *Rev. crit. DIP* 1991, p. 491, spéc. p. 509 et s.

<sup>8</sup> Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 384 et s.

tranchée, une réponse négative peut se déduire de l'incompatibilité de la Convention de Bruxelles 1 avec cette théorie<sup>1</sup>. En effet et contrairement à la jurisprudence anglaise<sup>2</sup>, autant le rapport Schlosser<sup>3</sup> que la CJCE, indirectement<sup>4</sup> puis directement<sup>5</sup>, considère que « la convention de Bruxelles s'oppose à ce qu'une juridiction d'un État contractant décline la compétence qu'elle tire de l'article 2 de ladite convention au motif qu'une juridiction d'un État non contractant serait un for plus approprié pour connaître du litige en cause, même si la question de la compétence d'une juridiction d'un autre État contractant ne se pose pas ou que ce litige n'a aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant »<sup>6</sup>. Par extension, il est possible d'en déduire l'incompatibilité du *forum non conveniens* avec les Règlements de Bruxelles 1, 2 et 2 bis. Le rapport Borrás<sup>7</sup>, l'exposé des motifs de la proposition du Règlement (CE) du 29 mai 2000<sup>8</sup> comme la doctrine n'abordent pas directement le problème, lequel ne semble pas différent de celui posé dans le cadre de la Convention de Bruxelles 1<sup>9</sup>. Néanmoins, le caractère exclusif des critères de compétence fixés par les règlements de Bruxelles 2 et 2 bis<sup>10</sup> s'oppose à ce que le juge saisi refuse de statuer. En ce sens, l'incompatibilité s'impose et le juge d'un État membre ne pourrait refuser discrétionnairement une compétence attribuée par les règlements communautaires, quel qu'en soit le fondement, sauf peut-être dans l'hypothèse des compétences résiduelles<sup>11</sup>. Un auteur admet néanmoins que le juge saisi puisse se déclarer *non conveniens* alors même qu'il serait compétent en vertu du Règlement de Bruxelles 2, dans des hypothèses où « le rattachement avec l'espace communautaire est particulièrement fragile » et que cette solution est conforme à « l'effet utile » du règlement<sup>12</sup>.

**665** — Au demeurant et dans le cadre de la lutte contre le *forum shopping malus*, il ne semble pas que le mécanisme du *forum non conveniens* apporte une réelle valeur ajoutée. En effet, de deux choses l'une : soit l'autorité étatique saisie à fin de fraude est incompétente, objectivement ou subjectivement, dans ce cas l'exception de *forum non conveniens* est inutile puisqu'elle suppose que la compétence du for soit reconnue. À l'inverse, lorsque le for est compétent, la réserve de l'abus du droit d'option de compétence internationale suffit à rejeter la

<sup>1</sup> Sur cette question, v. not. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.* ; P. NORTH, « La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la convention de Bruxelles », in Mél. F. RIGAUX, éd. Bruylant, 1993, p. 373 et s. ; Ch. BERNASCONI, A. GERBER, *op. cit.*, p. 7 et s. ; A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. I/1, *op. cit.*, n° 329 et s. ; S. BEERNAERT et A. COIBON, *op. cit.*, n° 29 et s. ; Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 593 et s. ; A. NUYTS, *op. cit.*, n° 148 et s. ; L. COLLINS, G. DROZ, *op. cit.*, n° 24 et s.

<sup>2</sup> Arrêt *Re Harrods* du 19 décembre 1990, (1991) 3 WLR 397. V. cep. Arrêts *Berisford* du 27 novembre 1989 et *Arkwright* du 24 janvier 1990, (1990) 2 All. ER 321 et (1990) 2 All. ER 335.

<sup>3</sup> *JOCE* 1979, C 59, p. 97.

<sup>4</sup> CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 692, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1995, p. 461, note HUET, pt. 18. *Adde* A. NUYTS, *op. cit.*, n° 156 et s. ; – CJCE, 17 novembre 1998, *Van Uden*, aff. C-391/95, *Rec. I*-7091, concl. LEGER, pt. 40 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 340, note NORMAND ; *JDI* 1999, p. 613, obs. HUET ; *Rev. arb.* 1999, p. 143, note GAUDEMET-TALLON ; *D.* 2000, p. 398, note CUNIBERTI. *Adde* Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 602. V. cep. Paris, 17 novembre 1987, préc.

<sup>5</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *Rec. I*-1383, concl. LEGER ; *Gaz. pal.* 27-28 mai 2005, p. 31, note NIBOYET ; *Europe* 2005, n° 189, note IDOT ; *JDI* 2005, p. 1077, note CUNIBERTI et WINKLER, pt. 36 et s.

<sup>6</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Owusu*, préc., pt. 46. Sur cette affaire, v. Cour d'appel d'Angleterre, 19 juin 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 335, note MUIR WATT. *Adde* A. NUYTS, *op. cit.*, n° 181.

<sup>7</sup> *J.O.* n° C 221 du 16/07/1998, p. 27 et s.

<sup>8</sup> *J.O.* n° C 247 E du 31/08/1999, p. 1 et s.

<sup>9</sup> B. ANCEL, H. MUIR WATT, « La désunion européenne : le Règlement dit de « Bruxelles II » », *op. cit.*, n° 21, note 87.

<sup>10</sup> Respectivement art. 7 et art. 6.

<sup>11</sup> B. ANCEL, H. MUIR WATT, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>12</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 194.

demande. Dans cette optique, il ne semble pas opportun de limiter l'accès au tribunal en raison de critères purement objectifs, en dehors de toute intention malicieuse rapportée. Si la preuve de cette intention est délicate, alors que l'exception de *forum non conveniens* ne suppose pas cette intention, ce qui rendrait son maniement plus facile, c'est justement cette difficulté qui est garante du caractère exceptionnel de la réserve de l'abus de droit, comme de celle de la fraude la loi. La sanction de l'abus du droit doit alors viser l'intérêt à agir du demandeur.

## II. Une solution : la sanction de l'abus de droit par l'irrecevabilité de la désignation de compétence

**666** — Outre l'octroi d'éventuels dommages et intérêts, l'abus du droit d'option de compétence internationale sera sanctionné par la perte du droit abusivement invoqué<sup>1</sup>. Cette forme de sanction de l'abus est également retenue par la CJCE, qui juge que les « juridictions nationales peuvent (...) tenir compte du comportement abusif de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice de la disposition de droit communautaire invoquée »<sup>2</sup>. S'agissant de l'abus du droit d'option internationale, deux sanctions peuvent être défendues.

**667** — La première sanction consiste pour l'autorité abusivement saisie de refuser d'exercer sa compétence<sup>3</sup>. La sanction se manifesterait ici sous la forme d'une exception de *forum non conveniens* justifiée par l'exercice abusif de l'option de compétence. Toutefois, ce mode de sanction ne semble pas pouvoir être suivi, autant en droit commun qu'en droit réglementaire. Contrairement à la fraude à la juridiction sanctionnée par l'incompétence de l'autorité saisie<sup>4</sup>, l'abus d'option n'atteint pas la compétence même de cette autorité. Il s'agit plutôt de stigmatiser le comportement du demandeur qui exploite de manière anormale l'option que la règle de compétence judiciaire internationale lui offre. L'abus du droit d'option ne remet pas en cause la compétence de l'autorité. Celle-ci existe en effet en tant que telle et indépendamment de la question de savoir si le demandeur a commis un abus dans sa saisine. L'abus ne modifie pas la compétence de l'autorité, cette compétence n'est pas créée par la manœuvre abusive du demandeur : elle existe antérieurement à la réalisation de l'abus. En ce sens, la sanction de l'abus du droit d'option ne peut remettre en cause une compétence sur laquelle l'abus n'a eu, en soi, aucune influence. C'est pourquoi la sanction de l'abus d'option internationale par l'incompétence de l'autorité, le cas échéant par appel à l'exception de *forum non conveniens*, ne convainc pas. L'abus sanctionne le comportement du plaideur lors de l'exercice de l'option de compétence, lorsqu'il saisit une autorité étatique compétente pour statuer sur sa demande. Ce qui est abusif est l'exercice du droit d'agir en justice. Dès lors, la sanction de l'abus doit passer par la privation de ce droit de porter cette demande devant cette autorité. La sanction de l'abus réside donc dans l'irrecevabilité de la demande abusive.

**668** — Au lieu de fonder l'incompétence de l'autorité saisie dans le cadre de la compétence internationale directe, l'abus du droit d'option de compétence internationale

<sup>1</sup> L. CADIET, « Abus de droit », Rec. Dalloz, 1992, n° 31

<sup>2</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, préc., pt. 34 ; – 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 25 ; – 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, Rec. I-10155, concl. ALBER ; D. 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; D. 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENJUCQ, pt. 143.

<sup>3</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 551.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 627 et s.

pourrait être pris comme un élément d'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir du demandeur. En droit international privé, l'appréciation de l'intérêt à agir est généralement considérée comme un aspect de la procédure suivie devant l'autorité saisie, elle relève à ce titre de la loi du for<sup>1</sup>. Lorsque l'autorité étatique sera saisie sur le fondement du droit commun, elle pourra apprécier l'intérêt à agir du demandeur. Dans le cadre des règlements communautaires et malgré leur silence sur ce point, le juge peut également apprécier l'intérêt à agir du demandeur. Sous la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, la CJCE a sur ce point distingué entre la compétence du juge et les conditions de recevabilité d'une demande, jugeant que la détermination de ces dernières relève de la *lex fori* de chaque État membre, sous réserve que cette loi ne porte pas atteinte à l'effet utile de la convention<sup>2</sup>. Cette solution peut être transposée aux règlements communautaires et à défaut de précision, comme le régime de l'exception d'incompétence relève de la *lex fori*<sup>3</sup>, il en irait de même quant à la recevabilité de la demande. Il convient toutefois d'admettre que, comme pour l'abus de droit, une notion autonome de l'intérêt à agir serait préférable dans le cadre des règlements communautaires<sup>4</sup>, parce que les « contours et les caractères de cette notion sont très variables selon les systèmes juridiques »<sup>5</sup>. La CJCE s'est prononcée sur la notion d'exercice légitime d'un droit, en matière de droit d'auteur, en y incluant l'absence de « tout exercice abusif de ces droits qui serait de nature à maintenir ou à établir des cloisonnements artificiels à l'intérieur du marché commun »<sup>6</sup>. La détermination d'une notion communautaire de l'intérêt et de l'abus permettrait d'assurer une harmonie entre les différents États et le respect des objectifs communautaires<sup>7</sup>. Devant l'autorité étatique française et quel que soit le fondement textuel de sa saisine, l'appréciation de l'intérêt à agir relèvera de l'article 31 du ncp.

**669** — En vertu de ce texte, l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention. L'intérêt doit présenter certains caractères pour être considéré comme légitime : il doit être né et actuel, direct et personnel, et enfin sérieux. Parmi ces trois caractères, il semble que l'exigence d'un intérêt sérieux signifie, entre autres, celle d'une absence d'abus. Ainsi MOTULSKY écrivait-il que « l'intérêt est procéduralement légitime si l'action ne constitue pas un abus du droit d'ester en justice »<sup>8</sup>. Prévue pour l'exercice du droit d'agir en justice, cette restriction est valable pour l'exercice du droit d'option de compétence, celui-ci ne faisant que prolonger celui-là. L'absence d'abus de droit dans l'exercice de l'option de compétence internationale est ainsi gage de son sérieux et donc de sa légitimité. Toutefois, il ne s'agirait pas de tous les abus de droit. Il a été relevé plus avant deux catégories d'abus du droit d'option : celui qui consiste à exercer une action sans véritable fondement ni cause si ce n'est celle de nuire au défendeur ; celui qui consiste à rechercher dans la saisine de l'autorité étatique un avantage lié à l'application de la loi compétente devant cette autorité<sup>9</sup>. Le premier de ces abus, qui s'apparente à l'abus du droit d'ester en justice, ne relève

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, *Coveco*, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 558, note NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1991, p. 371, note BUREAU ; *GADIP* n° 76.

<sup>2</sup> CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur*, aff. C-365/88, *Rec. I*-1845, concl. LENZ ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 564, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1990, p. 498, obs. HUET ; *Cah. dr. eur.* 1990, p. 696, note TAGARAS, pt. 22.

<sup>3</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 », *op. cit.*, n° 43.

<sup>4</sup> En ce sens, Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 554.

<sup>5</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, v° « Action en justice », *Rép. inter. Dalloz*, 1998, n° 58.

<sup>6</sup> CJCE, 24 janvier 1989, aff. 341/87, *EMI Electrola*, *Rec. p.* 79, pt. 8.

<sup>7</sup> Sur cette question, cf. *infra* n° 813 et s.

<sup>8</sup> H. MOTULSKY, *Rép. inter Dalloz*, 1<sup>re</sup> éd. 1968, v° « Procédure civile et commerciale », n° 117.

<sup>9</sup> Cf. *supra* n° 648 et s.

pas de l'article 31 du npc. Cet abus relève, comme en droit interne, de l'article 32-1 du npc<sup>1</sup>. Dès lors, seul le second type d'abus relèvera de l'article 31 du npc. La légitimité visée par ce texte dépend en effet, en plus d'un élément de juridicité de l'action, de sa moralité. Le contrôle de la légitimité de l'action pourra ainsi sanctionner « un détournement du droit d'action, c'est-à-dire la recherche d'un avantage étranger aux intérêts garantis par l'octroi de l'action »<sup>2</sup>.

**670** — Le régime de l'irrecevabilité de l'action en justice en raison de l'absence d'intérêt légitime pour cause d'abus du droit d'option relèvera, comme ses causes, de la loi du for, en tant que loi de procédure. Devant le juge français, qu'il ait été saisi en vertu du droit commun ou communautaire, si le défendeur « se plaint d'un abus de son droit d'option par le demandeur, il lui est (...) loisible de l'établir »<sup>3</sup>. Il pourra ainsi soulever une fin de non-recevoir selon les modalités prévues aux articles 122 et s. du npc. Elle pourra être également soulevée d'office par le juge en vertu de l'article 125 al. 2 du npc. De plus, en raison des délais de procédure, il se peut que la cause qui a justifié la fin de non-recevoir ait disparu au moment où le juge statue. L'abus initial pourrait en effet disparaître si le défendeur acceptait la saisine de l'autorité étatique, lorsque celle-ci lui était, à l'origine, préjudiciable. Dans ce cas, la situation se trouve régularisée et le juge écartera l'irrecevabilité de la demande<sup>4</sup>.

**671** — Si la réserve de l'abus du droit d'option doit rester exceptionnelle<sup>5</sup>, dans la mesure où elle atteint directement l'exercice d'une liberté fondamentale, sa démonstration devant l'autorité étatique saisie ne soulèvera pas les mêmes difficultés que la preuve de l'intention frauduleuse. Celle-ci en effet, même si elle peut dans certains cas grossiers se révéler au stade de la saisine de l'autorité étatique, se démontre généralement lors de la revendication des droits acquis<sup>6</sup>. Il en résulte que la possibilité pour l'autorité étatique de soulever la fraude à la juridiction demeurera largement exceptionnelle, faute pour l'intéressé d'avoir déjà revendiqué les droits acquis. Cette difficulté n'est pas aussi insurmontable en ce qui concerne l'abus du droit d'option dans la mesure où il ne nécessite pas de démontrer une intention abusive exclusive. Surtout, la démonstration d'une intention de nuire comme de parvenir à un résultat différent ne nécessite pas une appréciation dans le temps du comportement du demandeur. Seul l'abus d'option en raison du détournement de la finalité de celle-ci nécessitera une appréciation décalée dans le temps, puisque ce détournement suppose que l'option de compétence internationale ait été exercée non pour elle-même mais pour une fin autre, laquelle ne peut se révéler immédiatement.

**672** — Bien qu'elle puisse troubler la conception française de la compétence directe internationale, l'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir sur le fondement de l'abus du droit d'option de compétence internationale peut représenter une voie médiane et plus souple que celles de la fraude à la juridiction ou de la théorie du *forum non conveniens*. L'appréciation de la légitimité de l'intérêt à agir permet d'obvier deux conséquences majeures de ces deux

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1986, *JDI* 1988, p. 425, note JACQUEMONT. *Adde* Aix-en-Provence, 8 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15352, note LOUSSOUARN ; – Paris, 19 janvier 1976, *Rev. crit. DIP* 1977 p. 126, note LAGARDE ; – 23 novembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 88, note PAMBOUKIS. L'abus de procédure est également sanctionné en droit communautaire : TPICE, 29 mars 2001, *Golstein*, aff. T-302/00 R, *Rec. II-1127*, spéc. pt. 40 ; F. LAGONDET, « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *J.T.* 2003, p. 8 et s., spéc. p. 11.

<sup>2</sup> M.-L. NIBOYET-HOEGY, *op. cit.*, n° 67.

<sup>3</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 684.

<sup>4</sup> Art. 126 al. 1<sup>er</sup> du npc.

<sup>5</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 550.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 530 et s.

notions. L'exigence d'un intérêt légitime pourrait ainsi apparaître comme un substitut à la doctrine du *forum non conveniens* dans le droit des pays continentaux<sup>1</sup>. D'une part, la réserve de l'abus permet de préserver la compétence de l'autorité saisie. L'abus du droit d'action vicie en effet non la compétence de l'autorité saisie mais seulement le droit d'action du demandeur. Il ne pourrait en être autrement dans la mesure où la compétence existe de part la configuration internationale préexistante de la situation. Alors que la fraude à la juridiction atteint le fondement de cette compétence, l'abus du droit d'option n'en sanctionne que l'exercice.

**673** — D'autre part et par conséquent, la réserve de l'abus du droit d'option internationale permet de préserver le droit d'agir du demandeur<sup>2</sup>, devant la même autorité étatique et *a fortiori* devant les autres autorités compétentes. En effet, la fin de non-recevoir n'empêche pas la formation d'une nouvelle action en justice si sa cause disparaît. Le demandeur peut donc, s'il est encore dans les délais pour agir, porter une nouvelle fois son action devant la même autorité. Si l'intérêt à agir peut être abusif dans le cadre d'une action en justice déterminée, il peut ne plus l'être par la suite dans le cadre d'une nouvelle action, fût-elle entre les mêmes parties, avec le même objet et la même cause et portée devant la même autorité. En ce sens, l'inefficacité de la manœuvre abusive est ponctuelle et non permanente. À l'inverse, la fraude à la juridiction empêche toute nouvelle action du sujet devant la même autorité étatique. Le temps et le changement des circonstances n'auront pas pour effet de rendre une compétence à l'origine frauduleuse moins ou plus du tout frauduleuse. La fraude à la juridiction vicie le fondement du droit d'agir devant cette autorité, et non pas seulement l'exercice de ce droit, comme avec la réserve de l'abus de droit. Le fait que l'autorité saisie puisse apprécier dans certains cas l'opportunité de la sanction de la fraude n'implique pas que la fraude soit couverte. À l'inverse, cette appréciation ne peut se concevoir que comme une atténuation du principe de l'obligation théorique de sanction de la fraude, laquelle est intangible<sup>3</sup>. En ce sens, la fraude atteint définitivement la compétence – d'une autorité et/ou d'une loi – alors que l'abus de droit est temporaire et n'atteint que l'action.

**674** — Cette préservation de la compétence de l'autorité étatique et du droit d'agir du demandeur permet de relativiser l'atteinte que cause la réserve de l'abus de droit à la liberté fondamentale que constitue le droit d'agir en justice. Les libertés fondamentales ne sont pas d'ailleurs illimitées et les textes internationaux prévoient la réserve de l'abus de droit dans l'exercice des droits et libertés fondamentaux qu'ils édictent. Ainsi sur le fond, l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme permet « d'empêcher des esprits totalitaires d'abuser de la Convention des droits de l'homme pour arriver à leurs fins »<sup>4</sup>. Sur le plan procédural, l'article 35 § 3 de la CEDH permet à la Commission européenne des droits de l'homme de déclarer « irrecevable toute requête (...) manifestement mal fondée ou abusive ». De manière générale, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit, en son article 54, la réserve de l'abus de droit<sup>5</sup>. Celle-ci peut alors venir limiter le droit d'agir en justice, lui-même prévu par l'article 47 de la Charte. Ainsi, dans une affaire, la Commission

<sup>1</sup> J. J. FAWCETT, *Declining Jurisdiction in Private International Law*, XIV<sup>e</sup> congrès de l'AIDC, Athènes, 1994, Clarendon Press, Oxford, 1995, « Rapport général », p. 25, cité par Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 639, note 592.

<sup>2</sup> M. RAIMON, « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP* 2000, I, 256, n° 22.

<sup>3</sup> Cf. *infra* n° 774 et s.

<sup>4</sup> A. SPIELMANN, « La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in Mél. L. E. PETTITI, éd. Bruylant, 1998, p. 673 et s., spéc. p. 681.

<sup>5</sup> *JO CE* n° C-364/1 du 18 déc. 2000, qui devient l'art. II-54 du projet de Traité de Constitution pour l'Europe, *JO CE* n° C-169/7 du 18 juil. 2003.

relève que « l'étude des documents produits en l'espèce a pleinement convaincu la Commission qu'Ilse Koch, dans les circonstances rappelées plus haut et en avançant une série d'allégations et de griefs auxquels la Convention ne fournit pas le moindre appui, ne cherche qu'à échapper aux conséquences de sa condamnation ; que l'introduction de la présente requête constitue, dans ces conditions, un abus manifeste et caractérisé du droit de recours individuel, au sens de l'article 27, § 2 de la Convention »<sup>1</sup>. L'irrecevabilité de la requête est ici conçue comme une véritable sanction prononcée sur le fondement de l'abus de droit<sup>2</sup>. Dans cette optique, la réserve de l'abus de droit n'apparaît pas comme un obstacle à l'exercice des droits et libertés fondamentaux mais bien mieux comme une garantie de leur bon exercice, particulièrement le droit d'agir en justice et d'exercer l'option de compétence internationale dont dispose fréquemment le demandeur à un litige international. C'est justement cette garantie qui est absente de l'exception de *forum non conveniens*. Elle est encore absente, ou au moins malmenée, lorsque l'autorité étatique pourtant compétente peut refuser d'exercer sa compétence dans le cadre de la lutte préventive contre les mariages de complaisance.

### III. Le cas particulier des mariages de complaisance

675 — Avant 1993, les pouvoirs de l'officier de l'état civil en matière de mariage de complaisance<sup>3</sup> étaient limités et le refus de célébration pouvait constituer une voie de fait<sup>4</sup>. La loi du 24 août puis celle du 30 décembre 1993 consacrèrent, en l'encadrant, le refus suspensif de l'officier de l'état civil<sup>5</sup>. Contrairement au souhait de la mission WEIL<sup>6</sup>, les lois de 1998 ne remirent en cause ni le principe du contrôle ni ses modalités. Celui-ci fut retouché par la loi du 26 novembre 2003 dans le sens d'un renforcement. L'article 175-2 du Code civil permet à l'officier de l'état civil de saisir le parquet lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé pour défaut de consentement. Le parquet dispose d'un délai de quinze jours pour se prononcer sur l'opposition ou le sursis. Ce délai ne peut excéder un mois, renouvelable une fois par décision spécialement motivée. À l'expiration du sursis, le parquet doit faire connaître par une décision motivée à l'officier de l'état civil s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration. Son silence après l'expiration du délai doit s'interpréter comme une autorisation de célébration du mariage et donc une obligation pour l'officier de l'état civil d'y procéder<sup>7</sup>. Certains pays reconnaissent également à

<sup>1</sup> Commission EDH, 8 mars 1962, *Ilse Koch c. RFA*, req. n° 1270/61, *Ann.* vol. 5, 127.

<sup>2</sup> A. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 675. *Adde*, du même auteur, « La notion de l'abus de droit à la lumière de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *L'abus de droit et les concepts équivalents : principe et applications actuelles*, *op. cit.*, p. 58 et s. ; Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, éd. Bruylant, 2001, spéc. n° 833 et s.

<sup>3</sup> Sur la qualification du mariage blanc en détournement d'institution, cf. *supra* n° 112 et s.

<sup>4</sup> A. LAMBOLEY, J.-Cl. inter., art. 172 à 179, « Mariage – Oppositions », 1998, n° 15.

<sup>5</sup> V. not. J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public », *R.F.D.A.* 1993, p. 166 et s. ; I. CORPART-OULERICH, « De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc », *Gaz. pal.* 1993, doct., p. 1257 et s. ; F. LAROCHE-GISSEROT, « Le crépuscule des mariages naturalisants : lois du 22 juillet, 24 août et 30 décembre 1993 », *Gaz. pal.* 13-17 mai 1994, doct., p. 2 ; J.-J. LEMOULAND, « À propos de l'article 175-2 du Code civil », *LPA* du 2 sept. 1994, n° 105, p. 13 et s. ; É. RALSER, *La célébration du mariage en droit international privé*, thèse dact., Paris II, 1998, n° 385 et s. ; « La maladie des mariages blancs (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003) », *Dr. fam.* 2004, chr. n° 4.

<sup>6</sup> P. WEIL, *Mission d'études des législations de la nationalité et de l'immigration*. Rapport au Premier Ministre, éd. La documentation française, 1997, p. 73.

<sup>7</sup> Paris, 14 mars 2003, *D.* 2003, somm., p. 1937, obs. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003, p. 481, obs. HAUSER ; *A.J.F.* n° 7-8/2003, p. 273, obs. F. B. ; *Dr. fam.* 2004, n° 46, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE.

l'officier de l'état civil le pouvoir de refuser la célébration du mariage<sup>1</sup>, notamment la Suisse<sup>2</sup>, l'Allemagne, les Pays-Bas et la Belgique<sup>3</sup>. Ces systèmes étrangers laissent une plus grande autonomie à l'officier de l'état civil, les motifs de refus restant sur le fond identiques<sup>4</sup>. La lutte contre les mariages de complaisance existe également au niveau communautaire<sup>5</sup>.

**676** — Lorsqu'il est saisi par l'officier de l'état civil et avant l'expiration du délai dont il dispose à compter de sa saisine<sup>6</sup>, le parquet peut surseoir à la célébration du mariage si les indices portés à sa connaissance sont pertinents, mais encore insuffisants pour former une opposition. Le sursis temporelise la situation afin de rassembler les preuves suffisantes pour contester, le cas échéant, le projet de mariage. À l'issue du sursis, ou directement après sa saisine, le procureur peut former une opposition au mariage en vertu des articles 175-1 et 175-2 du Code civil. Acte formaliste, l'opposition peut être annulée si elle n'a pas été signifiée par exploit d'huissier<sup>7</sup>. Lorsqu'elle est régulière, l'opposition est en elle-même un empêchement au mariage<sup>8</sup>. Les fiancés pourront demander mainlevée de l'opposition devant le TGI qui statuera dans les dix jours pour vérifier si le but recherché par eux est exclusif ou non de leur volonté de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage<sup>9</sup>. Il leur appartiendra donc de prouver qu'ils ont sincèrement l'intention de se marier. À ce stade, ils devront prouver une intention non encore formellement exprimée, en ayant recours à des éléments du passé, notamment une communauté de personnes et de biens. Or, il « n'incombe pas aux futurs époux de démontrer la sincérité de l'union envisagée, mais (...) il appartient au contraire au ministère public de prouver une absence de volonté matrimoniale de l'un ou l'autre des intéressés »<sup>10</sup>. Le doute doit alors profiter à la mainlevée de l'opposition<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> I. GUYON-RENARD, « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 541 et s. ; rééd. CICE, Strasbourg, 2000.

<sup>2</sup> V. not. S. SANDOZ, « Mariages fictifs : à la frontière du droit et de l'éthique », *Rev. état civ.* 2000, p. 413 et s. ; F. WERRO, *Concubinage, mariage et démariage*, éd. Stempfli, 2000, n° 295 et s. ; M. MONTINI, « Lutte contre les mariages fictifs, aspects de droit civil », *Rev. état civ.* 2002, p. 236 et s. V. par ex. ATF, 9 octobre 1987, *Rev. état civ.* 1988, p. 44 ; – TA de Soleure, 24 septembre 1998, *Rev. état civ.* 1999, p. 189.

<sup>3</sup> Art. 167 al. 1<sup>er</sup> du Code civil belge ; J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *J.T.* 2000, p. 649 et s., spéc. n° 19 ; M. NYS, *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, éd. Bruylant, 2002, n° 639, n° 703 et s., n° 728 et s. V. par ex. Bruxelles, 12 mars 2001, *RTD fam.* 2002, p. 260 ; – 30 octobre 2000, *RTD fam.* 2002, p. 254. Sur ce rôle avant la loi du 4 mai 1999, v. S. SAROLEA, « Le mariage simulé en droit international privé », *RTD fam.* 1995, p. 9 et s., spéc. p. 23 et s. ; C. PARIS, « Le rôle de l'officier de l'état civil requis de célébrer un mariage présumé simulé », *RTD fam.* 1997, p. 335 et s. ; M. NYS, *op. cit.*, spéc. n° 631 et s.

<sup>4</sup> V. not. Bruxelles, 18 avril 2001, *RTD fam.* 2002, p. 264 ; M. NYS, *op. cit.*, n° 655 et s.

<sup>5</sup> Not. la Résolution du Conseil, 4 décembre 1997, visant à l'harmonisation des politiques de lutte contre les mariages de complaisance, *JOCE* n° C382, 16 décembre 1997, p. 1 et s. ; CJCE, 17 avril 1997, *Kadiman*, aff. C-351/95, *Rec. I*-2133 ; – 5 juin 1997, *Kol*, aff. C-285/95, *Rec. I*-3069. *Adde* M. NYS, *op. cit.*, n° 751 et s.

<sup>6</sup> Paris, 13 novembre 1998, *Juris-Data* n° 1998-024255.

<sup>7</sup> Paris, 2 août 1996, *Juris-Data* n° 1996-023911 ; *JCP* 1998, I, 101, obs. FARGE ; – 23 avril 2003, *D.* 2003, p. 2716, note LEMOULAND.

<sup>8</sup> J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. Puf, 2002, n° 43.

<sup>9</sup> Par ex. Dijon, 6 mai 1997, *JCP* 1998, IV, 1045. *Adde* M. HABCHY, « La question des mariages fictifs », *Dr. enf. fam.* 1996/1, p. 18 et s.

<sup>10</sup> Pau, 19 janvier 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 46, 2<sup>de</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>11</sup> V. not. Pau, 19 janvier 2004, préc. ; – Paris, 23 avril 2003, préc. ; – 14 mars 2003, préc. ; – TGI de Paris, 5 juillet 2002, *Dr. fam.* 2002, n° 138, obs. LECUYER ; – Colmar, 24 juin 1994, *JCP* 1995, II, 22462 note BOULANGER.

**677** — Afin de respecter la liberté du mariage, le sursis à célébration ne peut être discrétionnaire. Plusieurs textes dressent ainsi une liste non exhaustive d'indices susceptibles de faire naître le doute<sup>1</sup> et la procédure est encadrée<sup>2</sup>. Seuls plusieurs indices peuvent présumer l'absence de consentement et, en principe, ces indices doivent ressortir d'une vérification formelle du dossier sans que l'officier de l'état civil puisse effectuer aucune investigation<sup>3</sup>. Sur ce dernier point, l'article 63 al. 4 du Code civil, issu de la loi du 26 novembre 2003, donne cependant au maire la possibilité de procéder, avant la célébration, à une audition, commune ou séparée, des futurs époux. Non obligatoire, l'audition doit permettre de prévenir autant des mariages forcés que des mariages de complaisance<sup>4</sup>. Cette possibilité d'audition est également prévue pour les mariages célébrés à l'étranger<sup>5</sup>. Bien qu'elle n'ait pas été jugée contraire à la Constitution, cette audition apparaît contestable dans son principe même<sup>6</sup>.

**678** — En effet, « en dehors des cas particuliers des mariages posthumes ou par procuration, la sincérité et la validité du consentement à mariage doivent être appréciées lors de la célébration du mariage »<sup>7</sup>. Cette solution est la conséquence directe du caractère consensuel du mariage dont la validité doit, en théorie, s'apprécier au moment où il a été célébré<sup>8</sup>. Or, puisque le contrôle a lieu avant même l'échange des consentements, il revient en fait à évaluer un acte qui n'existe pas et qui doit être prouvé en référence à des circonstances qui n'en conditionnent pas la validité. Ici, seuls des éléments tirés de la période pré-nuptiale peuvent être pris en compte, notamment une communauté de vie. Il s'ensuit une inversion des conditions et des effets du mariage : « le ministère public s'oppose à la célébration en suspectant un mariage fictif parce que les fiancés n'ont pas cohabité *avant* le mariage. Il se produit là une grave inversion : en droit civil, la communauté de vie est une obligation du mariage. C'est lui qui la fonde, et non pas l'inverse »<sup>9</sup>. Ici plus qu'ailleurs, « la hantise des fraudes [finit] par subordonner le droit civil du mariage au contrôle de l'immigration »<sup>10</sup>. Le défaut de consentement doit également être évident<sup>11</sup> pour que l'opposition soit valable<sup>12</sup>, il ne saurait être fondé « sur de simples présomptions mais, au contraire, sur des faits existants »<sup>13</sup>. L'exigence de certitude pose alors le problème de l'indice sérieux qui peut faire présumer le détournement du mariage, et dont la loi ne donne aucune définition. Aucun indice ne peut, en tant que tel, convaincre en toute hypothèse, pas même la communauté de vie<sup>14</sup>. Les textes ne

<sup>1</sup> Not. la circulaire du 16 juillet 1992, *BO min. Just.* n° 47, 30 sept. 1992, la résolution du Conseil de l'Union européenne du 4 décembre 1997, préc., la circulaire du 2 mai 2005, *BO min. Just.* n° 98, 1<sup>er</sup> avril-30 juin 2005.

<sup>2</sup> IGREC, n° 384 et s.

<sup>3</sup> I. CORPART-OULERICH, *op. cit.*, p. 1258.

<sup>4</sup> J.-C. LAGARDE, *JO AN*, débats, 10 juillet 2003, amendement n° 139 ; Rép. min. n° 30370, *JO AN Q* du 6 avril 2004, p. 9569 ; *Dr. fam.* 2004, n° 68, obs. GOUTTENOIRE.

<sup>5</sup> Art. 170 al. 4 du Code civil. Sur la faible portée de cette formalité, v. É. RALSER, « La maladie des mariages blancs », *op. cit.*, p. 9.

<sup>6</sup> Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, éd. Defrénois, 2004, n° 198 ; S. CORNELOUP, « « Maîtrise de l'immigration » et célébration du mariage », in Mél. P. LAGARDE, éd. Dalloz, 2005, p. 207 et s.

<sup>7</sup> Versailles, 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, 21759, obs. LAROCHE-GISSEROT ; *D.* 1991, p. 268, note HAUSER.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1992, *D.* 1993, p. 409, note BOULANGER.

<sup>9</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in Mél. Ch. MOULY, éd. Litec 1998, p. 287.

<sup>10</sup> S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 226.

<sup>11</sup> Not. Paris, 25 avril 1997, *Juris-Data* n° 1997-022019 ; *JCP* 1998, I, 101, obs. FARGE.

<sup>12</sup> Colmar, 24 juin 1994, préc. ; – Pau, 19 janvier 2004, préc. ; – Paris, 23 avril 2003, préc. ; – TGI de Paris, 5 juillet 2002, préc.

<sup>13</sup> I. CORPART-OULERICH, *op. cit.*, p. 1258.

<sup>14</sup> V. par ex. TGI La Rochelle, 2 mai 1991, *D.* 1992, p. 259 note GUIHO.

font que dresser des listes non exhaustives, parfois en contradiction les unes avec les autres ou avec la jurisprudence<sup>1</sup>.

**679** — L'appréciation difficile voire impossible de la réalité du consentement des époux avant le mariage présente le risque d'une utilisation dévoyée des contrôles préventifs. Ainsi, l'irrégularité de l'étranger candidat au mariage ne peut justifier une procédure de sursis<sup>2</sup>. N'étant pas une condition du mariage, l'officier de l'état civil n'a même pas à lui demander une quelconque justification de son séjour, ni à effectuer des recherches en vue d'établir cette situation « sans commettre un détournement de procédure »<sup>3</sup>. Un tel contrôle serait de surcroît « contraire (...) aux articles 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>4</sup>. Il n'en reste pas moins que, avant sa censure par le Conseil Constitutionnel pour atteinte à la liberté du mariage<sup>5</sup>, la loi du 26 novembre 2003 prévoyait, à l'article 175-2 al. 1<sup>er</sup> du Code civil, que constitue un indice sérieux le fait pour l'étranger de ne pas justifier, à l'invitation de l'officier de l'état civil, de la régularité de son séjour. De plus, dans la pratique, il apparaît que, souvent, les maires saisissent le parquet sur la seule base de la situation irrégulière du futur conjoint étranger<sup>6</sup>. En raison des difficultés de la preuve du défaut d'intention et des moyens limités dont il dispose, l'officier de l'état civil peut en effet décider, face à un simple doute, de retarder le mariage, soit pour laisser au parquet le soin de se prononcer, soit pour tester les candidats par l'effet dissuasif du contrôle envisagé, soit encore pour éviter d'encourir les sanctions prévues pour la célébration en connaissance de cause d'un mariage irrégulier<sup>7</sup>. Un élément de preuve décisif serait sans doute la convention par laquelle les parties s'engageraient à contracter un mariage simulé<sup>8</sup>, ou la preuve du versement d'une somme d'argent<sup>9</sup>. L'opposition ne pourra être maintenue sur la base d'approximations<sup>10</sup> et les circonstances relevées par le ministère public doivent être exclusives de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union<sup>11</sup>. En tout état de cause, le non-respect des motifs du sursis, notamment de son obligation d'informer à temps les fiancés de la décision du parquet, peut entraîner la responsabilité du maire<sup>12</sup> ou lui faire commettre une voie de fait, s'il refuse de procéder à la célébration du mariage en cas de silence du parquet passé le délai<sup>13</sup>.

<sup>1</sup> Ainsi pour la condition de régularité de l'étranger, formellement exclue en France (circulaires du 16 juillet 1992, du 17 mai 1994 et du 2 mai 2005), mais retenue par l'art. 2 de la résolution du Conseil de l'Union Européenne du 4 décembre 1997. De même pour l'existence d'un mariage fictif antérieur, exclue par la jurisprudence (Colmar, 24 juin 1994, préc. ; – Paris, 23 avril 2003, préc.) mais retenue par la même résolution.

<sup>2</sup> IGREC, n° 385 ; – TGI de Paris, 5 juillet 2002, préc. ; – Paris, 14 mars 2003, préc. ; – 23 avril 2003, préc. ; Rép. min. n° 22194, *JO AN Q* du 1<sup>er</sup> mars 1999, p. 1274 ; – Rép. min. n° 2920, *JO AN Q* du 16 décembre 2002, p. 5006 ; – Rép. min. n° 5618, *JO AN Q* du 13 janvier 2003, p. 223, *RJPF*-2003-4/30.

<sup>3</sup> Rép. min. n° 44828, *JO AN Q* du 2 septembre 1991, p. 3525.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> DC, 20 novembre 2003, *JO* du 27 novembre 2003, p. 20154 ; *JCP* 2003, II, 10199, note ZARKA ; *LPA* 2004, n° 14, p. 10, et n° 15, p. 10, note SCHOETTL ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. HAUSER ; *D.* 2004, p. 1405, note LECUCQ, considérant n° 94 et s. *Adde JO AN*, débats, 10 juillet 2003, amendements n°s 10 et 177.

<sup>6</sup> Dans 41,6 % des cas selon P. WEIL, *op. cit.*, p. 73.

<sup>7</sup> Art. 156 du Code civil ; Art. L. 623-1 et s. du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>8</sup> T. civ. de Bayonne, 9 avril 1936, *S.* 1936, 2, p. 124, note H. R.

<sup>9</sup> Qu'il ne faut pas confondre avec la dot, obligation en droit musulman et coutume dans certains pays d'Asie du sud-est notamment, qui ne heurte pas l'ordre public français : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1978, *JCP* 1978, IV, p. 186.

<sup>10</sup> V. par ex. CAA Paris, 26 juin 1997, *Min. de l'intérieur c. M. El Mamouni*, n° 96PA00977.

<sup>11</sup> Pau, 19 janvier 2004, préc. ; – Paris, 23 avril 2003, préc. ; – 14 mars 2003, préc. ; – TGI de Paris, 5 juillet 2002, préc.

<sup>12</sup> IGREC, n° 386 et Dijon, 4 février 2003, *Juris-Data* n° 2003-212508.

<sup>13</sup> Paris, 14 mars 2003, préc.

**680** — Ces errements soulignent la difficulté de démontrer le détournement du mariage avant même sa célébration. Un auteur relève ainsi que ces dispositions suscitent un « contentieux inquiétant qui révèle un défaut de maîtrise de cette procédure, tant de la part des officiers de l'état civil que de la part des acteurs judiciaires (ministères publics et avocats) »<sup>1</sup>. Ce défaut relativise l'efficacité du système<sup>2</sup> et peut appeler son abrogation<sup>3</sup>. Il va sans dire qu'une saisine se conçoit en présence d'indices graves, qui constituent non un doute mais une certitude<sup>4</sup>. Mais compte tenu du moment où se forge cette opinion, elle ne peut correspondre qu'à des hypothèses grossières. Toutefois, l'insuffisance des doutes ne doit pas conduire à des contrôles systématiques<sup>5</sup>, destinés justement à évaluer le degré de sincérité des candidats au mariage. Plus largement, la difficulté de sonder l'intention lors de la saisine de l'autorité étatique, notamment en ce qui concerne la réserve de l'abus de droit, imprime à ce mécanisme un caractère exceptionnel, même lorsque ses effets sont tempérés par la possibilité d'un transfert de compétence plutôt qu'un dessaisissement.

b) Le transfert de compétence sur décision du juge saisi

**681** — Lorsque deux instances sont engagées entre les mêmes parties, sur le même objet et quant à la même cause, la litispendance permet le dessaisissement du juge second saisi en faveur de la juridiction première saisie. Malgré l'intangibilité du principe, il devrait être possible d'aménager cette règle en laissant au juge second saisi la possibilité de refuser de se dessaisir, ou à la juridiction première saisie de se dessaisir, afin de sanctionner un abus du droit d'option de compétence (I). Plus loin, une forme de coopération judiciaire pourrait s'orienter vers la possibilité pour l'autorité saisie de procéder à un transfert de compétence (II).

### I. L'aménagement de la règle *Prior tempore...* sur le fondement de l'abus de droit

**682** — L'étude de la jurisprudence relative à la fraude au jugement montre qu'une manœuvre consiste pour le sujet à saisir une autorité étatique alors qu'une autre autorité est déjà saisie, ou est en passe de l'être, de la même question, ou sur une question proche. Face à ces hypothèses les juges ont opposé à la décision étrangère – ou française – l'exception de fraude au jugement<sup>6</sup>. Pourtant, cette situation peut appeler une réaction purement objective fondée sur les notions de litispendance et de connexité internationales, qui permettent le dessaisissement de l'autorité saisie en second<sup>7</sup>. En droit commun français, le dessaisissement est une faculté<sup>8</sup>, ce qui permet au juge de déjouer, ou plutôt de limiter, la manœuvre consistant

<sup>1</sup> J.-J. LEMOULAND, note sous Paris, 23 avril 2003, préc., p. 2716.

<sup>2</sup> V. les statistiques données par P. WEIL, *op. cit.*, p. 73.

<sup>3</sup> *JO AN*, débats, 10 juillet 2003, amendement n° 291.

<sup>4</sup> Paris, 25 avril 1997, préc.

<sup>5</sup> R. ESCH, in *Être français aujourd'hui*, sous la dir. de H. FULCHIRON, éd. Pul, 1996, p. 120.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 149 et s.

<sup>7</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 676 et s. ; B. AUDIT, n° 378 et s. ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 441 et s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 490-1 et s. ; D. HOLLEAUX, « La litispendance internationale », *TCFDIP* 1971-1973, p. 203 et s. ; H. GAUDEMET-TALLON, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », et P. LAGARDE, « Perpetuatio fori et litispendance en matière internationale », in *Mél. D. HOLLEAUX*, éd. Litec, 1990, p. 121 et s. et p. 237 et s. ; A. HUET, J.-Cl. inter., 1995, fasc. 581-43 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « Les conflits de procédures », *TCFDIP* 1995-1998, p. 71 et s.

<sup>8</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974, *Rev. crit. DIP* 1975, p. 491, note HOLLEAUX ; *JDI* 1975, p. 108, note PONSARD ; *GADIP* n° 54 ; – 20 octobre 1987, *JDI* 1988, p. 447, note HUET ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 540, note LEQUETTE.

pour le demandeur à prendre son adversaire de vitesse en portant le procès à l'étranger dans un but malicieux<sup>1</sup>. À l'inverse, le dessaisissement est une obligation pour le juge second saisi, dans le cadre des Règlements de Bruxelles 2 et 2 bis<sup>2</sup>, lesquels prévoient également la date à laquelle une juridiction est saisie<sup>3</sup>, ce qui offre « une protection contre les abus de procédure »<sup>4</sup>. En revanche, ils ne précisent pas la date à laquelle la compétence de l'autorité est établie, ce qui tend à « affaiblir » la règle dans la mesure où « il s'agit là de l'élément déclencheur de l'obligation faite à la seconde juridiction de se déclarer incompétente »<sup>5</sup>. Si elle peut limiter certains abus, cette précision ne change cependant en rien la possibilité de *forum shopping malus*, notamment parce que la faculté pour le juge d'apprécier l'opportunité de son dessaisissement n'appartient qu'à la juridiction saisie en second, jamais à celle qui a été saisie la première. En ce sens, « la règle de la primauté de saisine associée à l'automatisme du dessaisissement serait de nature à encourager celui qui prévoit un litige prochain à saisir la juridiction étrangère »<sup>6</sup>. Néanmoins, cette automaticité permettrait de lutter contre le « *forum shopping* à retardement »<sup>7</sup>, c'est-à-dire celui qui consiste pour la partie en passe de perdre son procès devant un juge, de saisir le juge d'un autre État.

**683** — Le jeu mécanique de la litispendance exacerbe la vélocité contentieuse, plus porteuse que l'attente. « Que l'une des parties puisse déterminer qui aura raison par sa décision unilatérale revient à donner tort à celle qui n'a rien à se reprocher sinon une plus grande patience dans l'espoir d'un règlement amiable »<sup>8</sup>. Cette tendance est très perceptible dans les Règlements de Bruxelles 2 et 2 bis qui, en multipliant les chefs de compétence alternatifs, offrent à l'époux le plus pressé d'obtenir le divorce de le voir prononcé et reconnu dans les conditions qu'il souhaite. Selon M. le Pr. Erik JAYME, les règles de compétence du règlement « favorisent l'époux qui souhaite le divorce. Celui des époux qui reste dans son pays et qui voudrait maintenir son mariage n'intéresse plus le législateur européen. Si un époux émigre vers un autre pays et y réside une année, il peut régler ses affaires de droit de la famille conformément à ses souhaits. Une certaine restriction de l'accès aux tribunaux concerne l'époux qui retourne dans son pays d'origine. Il doit attendre six mois pour pouvoir saisir un tribunal de son pays, tandis que l'autre époux qui reste au pays du dernier domicile conjugal peut y demander le divorce immédiatement après le départ de son époux. D'un autre côté, l'époux qui reste est contraint d'agir dans les six mois pour prévenir l'action de l'autre. Ainsi la Convention favorise-t-elle la vélocité et l'ubiquité du divorce le plus facile »<sup>9</sup>. Un autre auteur écrit ainsi que « L'écoulement du temps est un aspect primordial de la mise en œuvre du Règlement, car en prévoyant de nombreux chefs de compétence alternatifs et en posant des règles efficaces en matière de litispendance et d'actions dépendantes, il conduit, en fait, à

<sup>1</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 446. Dans le même sens, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 676 ; B. AUDIT, n° 381 ; A. HUET, J.-Cl. inter., *op. cit.*, n° 36 ; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 54.13.

<sup>2</sup> Respectivement art. 11, §§ 1 et 2 et art. 19 §§ 1 et 2.

<sup>3</sup> Respectivement art. 11, § 4 et art. 16.

<sup>4</sup> *Bull.* 14 juil. 1999 COM (1999) 348 final, pp. 20-21, cité par H. GAUDEMET-TALLON, « Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 », *op. cit.*, n° 51.

<sup>5</sup> C. NOURISSAT, note sous Paris, 19 décembre 2002, *Proc.* 2003, n° 257, p. 12 et s., spéc. p. 13.

<sup>6</sup> Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *op. cit.*, n° 417.

<sup>7</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n°s 439 et 443.

<sup>8</sup> H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, *RCADI* 1973-II, t. 139, p. 75 et s., spéc. p. 91.

<sup>9</sup> E. JAYME, *Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation*, *RCADI* 2000, t. 282, p. 9 et s., spéc. p. 24.

privilégier grandement celui qui est demandeur en divorce »<sup>1</sup>. En ce sens, la « technique du pied dans la porte ou du prix de la course est ainsi instituée en modèle de fonctionnement »<sup>2</sup>.

**684** — Cette possibilité d'abus apparaît de façon criante dans l'arrêt *Gasser* dans lequel la CJCE estima que la présence d'une clause attributive de juridiction ne saurait déroger à la règle purement chronologique posée par l'article 21 de la convention de Bruxelles 1<sup>3</sup>. D'un point de vue théorique, cette solution est contestable<sup>4</sup>, la juridiction saisie en second pouvant statuer dès lors qu'elle est exclusivement compétente<sup>5</sup>, ce qui est le cas lorsqu'elle a été saisie par le biais d'une clause attributive de juridiction<sup>6</sup>. De plus, cette primauté donnée à la juridiction première saisie offre au demandeur la possibilité d'actions dilatoires exercées dans le seul but d'empêcher, ou au moins de retarder, la saisine du for désigné par une clause, et plus généralement de manipuler la règle de la litispendance dans l'espace judiciaire européen. Dès lors, « l'appel par la Cour à l'objectivité du critère chronologique n'est crédible que si la mise en œuvre de ce critère s'accompagne au minimum de la mise en place de mécanismes de prévention de l'abus »<sup>7</sup>. En ce sens, une autre voie peut être recherchée afin de permettre aux deux autorités concurremment saisies d'apprécier ensemble leur compétence, afin de lutter contre le *forum shopping malus* par un aménagement subjectif de la règle *Prior tempore*...

**685** — S'agissant de la seconde autorité saisie, la limitation des conflits de procédures postule au maintien de l'impérativité de la règle *Prior tempore*... afin, notamment, de favoriser la circulation des décisions<sup>8</sup>. Néanmoins, une dérogation spéciale pourrait être donnée au juge pour apprécier l'opportunité de son dessaisissement « en vue de faire échec au comportement vexatoire du défendeur à l'action principale »<sup>9</sup>. Cette possibilité ne serait qu'une exception seulement admise « à défaut de pouvoir remédier autrement à l'utilisation abusive de l'exception de litispendance »<sup>10</sup>. Il ne s'agirait ici que de transposer au droit conventionnel, sous forme d'exception, le principe admis en droit commun français. Si une telle dérogation risque de faire perdurer le conflit de procédures, elle permet d'empêcher, à l'avance, que le résultat obtenu du for premier saisi produise ses effets dans le ressort du for évincé.

**686** — S'agissant de la première autorité saisie, elle ne peut apprécier sa compétence dans le cadre d'une litispendance, seule la seconde peut ou doit se dessaisir. Or, dans l'hypothèse d'une utilisation abusive d'un conflit de procédures, il apparaît bien souvent que la seconde autorité présente une légitimité supérieure à celle de la première autorité. Le cas est topique dans l'affaire *Gasser*<sup>11</sup>. En ce sens, il apparaît opportun de permettre également à l'autorité saisie en premier d'apprécier sa propre compétence, afin de se dessaisir, le cas

<sup>1</sup> C. NOURISSAT, note sous Colmar, 2 septembre 2002, *Proc.* 2003, n° 137, p. 10.

<sup>2</sup> A. BOICHE, note sous Paris, 19 décembre 2002, *JDI* 2003, p. 811 et s., spéc. p. 821.

<sup>3</sup> CJCE, 9 décembre 2003, aff. C-116/02, *Rec.* I-14693, concl. LEGER ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 440, note MUIR WATT ; *JDI* 2004, p. 641, obs. HUET ; *D.* 2004, p. 1046, note BRUNEAU, pt. 47 et s.

<sup>4</sup> V. ainsi Ph. LEGER, concl. préc., n° 83.

<sup>5</sup> CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union*, aff. C-351/89, *Rec.* I-3317 ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 769, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1992, p. 493, obs. HUET ; *Cah. dr. eur.* 1992, p. 769, note TAGARAS, pt. 26.

<sup>6</sup> En ce sens, B. AUDIT, n° 550 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 485-4 ; H. MUIR WATT, note préc., pp. 460-461.

<sup>7</sup> H. MUIR WATT, note sous CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, préc., p. 462.

<sup>8</sup> Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 551 et s.

<sup>9</sup> *Ibid.*, n° 552.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> CJCE, 9 décembre 2003, préc.

échéant, au profit de la juridiction saisie en second<sup>1</sup>. Cette possibilité pourrait lui être donnée dans deux cas. D'une part, lorsqu'un changement de circonstances fait perdre au juge premier saisi sa compétence à juger de l'affaire<sup>2</sup>. D'autre part, lorsque l'autorité saisie en second apparaît manifestement plus appropriée pour trancher le litige<sup>3</sup>. Parmi d'autres hypothèses, il en sera ainsi par exemple lorsque la saisine de la première autorité laisse « apparaître une manœuvre de la part du demandeur cherchant à échapper à la compétence des tribunaux (...) mieux placés pour assurer l'exécution de la décision qu'ils rendraient à son encontre »<sup>4</sup>. Ce sera le cas par exemple lorsque « le laps de temps séparant l'introduction des deux demandes est bref » ou encore lorsque la même partie s'est portée demanderesse devant les deux tribunaux<sup>5</sup>. Ces deux aménagements de la règle *Prior tempore...* permettent de prévenir le *forum shopping* abusif qui exploite un conflit de procédures.

**687** — Dans le cadre des Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis*, ces aménagements semblent d'autant plus acceptables que la juridiction saisie en second doit seulement surseoir à statuer dans l'attente de l'appréciation de sa compétence par l'autorité saisie en premier<sup>6</sup>. Dans la mesure où le juge premier saisi doit apprécier sa compétence, la règle ne bouleverse par radicalement la règle *Prior tempore...* Il ne s'agit que d'une application des principes dégagés relatifs à l'inefficacité ponctuelle de la manœuvre abusive, qui doivent permettre à l'autorité étatique d'apprécier non pas l'opportunité de sa saisine, comme avec l'exception de *forum non conveniens*, mais plus globalement la légitimité de cette saisine, au titre de l'abus de droit. Dès lors, l'autorité première saisie peut refuser sa compétence soit pour incompetence objective. Elle peut également apprécier sa compétence sur des éléments purement subjectifs et considérer que sa saisine est frauduleuse ou déclarer la demande irrecevable en raison du caractère abusif de la saisine. Dans ces hypothèses, la juridiction saisie en second conservera sa compétence et pourra statuer sur l'affaire, privant par là le sujet de sa manœuvre.

## II. Le règlement direct de la concurrence abusive de compétences

**688** — Plus souple et moins discrétionnaire que le *forum non conveniens*, la possibilité pour l'autorité étatique saisie de transférer sa compétence peut également se révéler être un moyen de lutte contre le *forum shopping malus*. Le transfert de compétence permet de déjouer la manœuvre du demandeur en lui refusant l'accès à l'autorité saisie pour le rediriger vers une autre autorité, notamment celle, plus naturelle, qu'il n'a pas, à dessein, choisie. Dans ce cas, le transfert portera sur la compétence judiciaire ( $\alpha$ ). L'autorité étatique peut également emprunter le raisonnement conflictuel d'une autre autorité, considérée comme plus naturelle. Dans ce cas, il s'agira d'un transfert de compétence législative ( $\beta$ ).

### $\alpha$ . Le transfert de compétence judiciaire

**689** — L'exception du *forum non conveniens* est difficile à admettre dans la mesure où l'autorité étatique ne peut désigner la juridiction étrangère qu'elle estime compétente. Si

<sup>1</sup> Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 557 et s.

<sup>2</sup> *Ibid.*, n° 558.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 560. Adde P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *op. cit.*, spéc. n° 157.

<sup>4</sup> Ch. CHALAS, *op. cit.*, n° 560.

<sup>5</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> Respectivement art. 11 et 19.

cette solution est normale dans le cadre d'un ensemble plurilégislatif, où chaque État détermine souverainement la compétence de ses tribunaux, elle peut toutefois être relativisée lorsque la compétence découle de règles d'origine conventionnelle ou réglementaire. Dans ce cas en effet, la compétence internationale des juridictions de plusieurs États est déterminée par des règles uniformes que tous, par l'interprétation d'une autorité commune, doivent appliquer dans les mêmes termes. Il serait alors possible de prévoir dans ce texte que le juge d'un État membre peut, s'il refusait d'exercer sa compétence, renvoyer l'affaire devant le juge d'un autre État membre. Dans le cadre d'un texte commun, l'autorité étatique saisie peut ainsi, comme elle le fait pour déterminer sa propre compétence, désigner le juge étranger compétent en fonction des éléments du litige, éléments qui devront être entendus et interprétés de la même façon devant chacun des fors potentiellement concernés.

**690** — Si cette possibilité pour le juge incompétent de désigner directement le juge étranger compétent n'est pas prévue par le Règlement de Bruxelles 2 *bis*, il semble qu'il en ait le devoir en vertu de la seconde condition de l'article 17<sup>1</sup>. Ce texte prévoit en effet que l'autorité saisie ne se déclarera incompétente que si le juge d'un autre État membre est compétent pour connaître du litige selon les termes du présent règlement. En ce sens, pour se déclarer d'office incompétent le juge doit démontrer qu'une juridiction d'un autre État membre est compétente en vertu des dispositions du règlement et désigner expressément celle-ci. Pour lutter contre l'utilisation frauduleuse ou abusive des libertés communautaires, la CJCE préconise ainsi aux États membres, dans l'arrêt *Centros*, de développer une action préventive par le biais d'une meilleure coopération européenne. Par cette décision, les juges considèrent en effet que l'État peut prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, notamment « en coopération avec l'État membre dans lequel [la société] est constituée »<sup>2</sup>. De telles coopérations peuvent effectivement constituer un moyen de prévention dans la mesure où le contournement communautaire, comme la fraude à la loi, appelle l'intervention d'une autorité étatique qui dispose, à ce titre, d'un pouvoir de contrôle.

**691** — L'une des innovations majeures du Règlement (CE) du 27 novembre 2003 est d'organiser, pour les questions relatives à la responsabilité parentale, une procédure de transfert de compétence. En vertu de l'article 15 § 1<sup>er</sup> et sous certaines conditions, la juridiction d'un État membre peut transférer sa compétence au cas où une juridiction d'un autre État membre est mieux placée pour connaître de l'affaire. Ce transfert de compétence s'inspire de celui organisé par les Conventions de La Haye du 19 octobre 1996 en matière de responsabilité parentale<sup>3</sup> et du 13 janvier 2000 en matière de protection des adultes<sup>4</sup>. Il est le fruit d'une collaboration étroite tant sur l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'incapable que sur l'opportunité du transfert une fois cet intérêt relevé. En effet, les deux autorités sont placées sur un pied d'égalité : le transfert n'est qu'une possibilité pour l'autorité saisie (ou requérante) et, corrélativement, l'acceptation de la proposition de transfert n'est pas une obligation pour l'autorité requise (d'exercer sa compétence ou au contraire de la transférer). Chacune d'elles apprécie, tour à tour, l'intérêt de l'incapable et l'opportunité du transfert.

---

<sup>1</sup> Ancien art. 9 du Règlement (CE) du 29 mai 2000.

<sup>2</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 38. V. par ex. en matière de reconnaissance des diplômes : CJCE, 21 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-298/99, *Rec.* I-3129, pt. 36.

<sup>3</sup> Art. 8 et 9.

<sup>4</sup> Art. 8.

**692** — En droit international privé comparé, un tel système de coopération judiciaire internationale n'est pas inconnu. Ainsi au Canada coexiste, à côté de la doctrine du *forum non conveniens*, une procédure de transfert de compétence judiciaire entre les juridictions des différentes provinces<sup>1</sup>. Ce système est également prévu aux États-Unis par le *Uniform Transfer of Litigation Act* du 2 août 1991, non entré en vigueur. Ce texte permet à une juridiction d'un État fédéré des États-Unis de transférer sa compétence vers une juridiction d'un autre État fédéré des États-Unis<sup>2</sup>. Cette possibilité de transfert de compétence existe également en Allemagne, à la demande du défendeur à l'action, vers une juridiction d'un autre Länder<sup>3</sup>.

**693** — Ces différents systèmes montrent qu'une telle coopération est possible entre les autorités étatiques d'États liés par une convention. Elle l'est peut-être moins envers une juridiction d'un État tiers, car « les mesures prises par l'autorité de l'État tiers bénéficiaire du transfert de compétence ne pourraient pas, faute de réciprocité, être reconnues en application de la Convention dans les États contractants, et qu'il en résulterait une grave lacune dans la protection, puisqu'il n'y aurait plus, en raison du transfert, d'autorité normalement compétente au sens de la Convention »<sup>4</sup>. Quoi qu'il en soit, la « convention a adopté ici un système original, dont il faudra observer le fonctionnement avant peut-être de l'étendre à d'autres domaines »<sup>5</sup>, notamment en matière de divorce. La possibilité de reconnaître un tel transfert de compétence judiciaire en matière de divorce a d'ailleurs été envisagée par le Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, en réaction aux possibilités de « ruées vers le tribunal », afin d'apporter « une solution aux problèmes qui peuvent survenir lorsqu'un conjoint a unilatéralement demandé le divorce, contre la volonté de l'autre conjoint »<sup>6</sup>.

**694** — Dans le cadre de la prévention du *forum shopping malus*, un tel système serait appelé à jouer un rôle lorsque les autres moyens, incompétence et fraude à la juridiction, se révéleront inefficaces. Cette procédure de transfert de compétence judiciaire afin de lutter contre le *forum shopping malus* n'est pas inenvisageable « dans un système de coopération judiciaire profondément inspiré d'une idée de confiance mutuelle entre les juges des différents États »<sup>7</sup>, notamment dans l'espace judiciaire européen. Elle présenterait l'avantage sur l'exception de *forum non conveniens* de garantir la compétence d'une autre autorité étatique, condition du dessaisissement de celle qui a été saisie. Ce système de coopération s'inspire davantage de la théorie du *forum conveniens* que de celle du *forum non conveniens*. Il s'agit en effet pour l'autorité saisie non pas de décliner sa *jurisdictio* au motif qu'il n'est pas opportun qu'elle statue, mais de constater qu'un autre for peut être considéré comme plus naturel alors qu'elle-même a été saisie, le cas échéant, de manière abusive. Il s'agirait d'un « *for more*

<sup>1</sup> P. SCHLOSSER, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI 2000, t. 284, p. 9 et s., spéc. p. 73 et s. V. par ex. CS de Montréal, 1<sup>er</sup> septembre 1988, JDI 1993, p. 185, obs. CASTEL. Adde C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et le conflit de lois*, op. cit., n° 523.

<sup>2</sup> P. SCHLOSSER, op. cit., p. 75.

<sup>3</sup> Code de procédure civile allemand, § 281.

<sup>4</sup> P. LAGARDE, « Rapport explicatif de la Convention de La Haye de 1996 », disponible sur le site [www.hech.net](http://www.hech.net), n° 52.

<sup>5</sup> P. LAGARDE, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », *Rev. crit. DIP* 1997, p. 271 et s., spéc., n° 11.

<sup>6</sup> COM (2005) 82 final, pt. 3.7.

<sup>7</sup> M.-L. NIBOYET, « La réception du droit communautaire en droit judiciaire interne et international », in *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X, 28 janv. 1<sup>er</sup> fév. 2003, sous la dir. de J.-S. BERGE et M.-L. NIBOYET, éd. Bruylant, 2003, p. 153 et s., spéc. p. 164.

*convenient* ». La coopération vise ici à rétablir la compétence d'un juge qui aurait naturellement dû être saisi par les parties mais dont la compétence a été écartée par elles ou par l'une d'elles pour des raisons d'opportunité. L'autorité saisie refusera d'exercer sa compétence s'il lui apparaît qu'un for étranger répond davantage qu'elle aux critères du for naturel. Cette possibilité exprime l'idée forte « qui prévaut actuellement (...) que chaque droit national ne devrait admettre la compétence de ses propres tribunaux que pour des raisons sérieuses »<sup>1</sup>.

**695** — Dans le sens d'une plus grande souplesse, deux voies doivent ainsi être envisagées. La première concerne les parties et consiste à ne plus leur imposer un tribunal particulier mais au contraire leur permettre de choisir librement un for de proximité. Mais cette liberté ne saurait être absolue et la souplesse doit aussi attendre les pouvoirs du juge, par la reconnaissance d'un mécanisme correcteur qui tend, lui aussi, par son caractère encadré et limité, à promouvoir la recherche de ce for de proximité, afin d'éviter le *forum shopping malus*. Le problème majeur est alors de concilier liberté de choix du for et respect du principe de proximité, mais cette conciliation est possible, notamment en matière de divorce<sup>2</sup>. Enfin, en troisième lieu, « la séparation tranchée entre chaque ordre juridique national n'est plus acceptable à l'heure de la « mondialisation » des rapports juridiques, et il est nécessaire de prévoir la coordination entre les systèmes nationaux »<sup>3</sup>. Signifiant en premier lieu qu'il convient d'abandonner toute référence à des chefs de compétence exclusifs fondés sur la nationalité, cette nécessaire coordination exprime plusieurs idées. D'une part, la possibilité d'apprécier la légitimité de leur compétence doit être donnée aux juridictions des États membres, sans réserve, et dans les mêmes termes. La notion d'abus de droit élaborée par la CJCE dans le cadre de sa jurisprudence anti-contournement donne à l'Espace judiciaire européen ce fondement qui permet à chaque autorité judiciaire européenne d'apprécier le caractère abusif de sa désignation de compétence. Elle appelle ensuite de ses vœux une coopération entre les juges qui ne doivent se prononcer, l'un sur son « *inconvenience* », l'autre sur sa « *convenience* », qu'au regard de la décision prise par l'autre juge, ceci afin d'éviter les situations de litispendance et surtout de déni de justice. Chaque juge doit en ce sens avoir un rôle actif. Un tel système de coopération judiciaire, étendu à d'autres domaines et notamment aux questions sensibles au *forum shopping malus*, tel que le divorce, permettrait de limiter les effets d'une exploitation potentiellement abusive d'une option de compétence judiciaire internationale. Sans procéder à un transfert complet du litige d'une autorité à une autre, la coopération judiciaire internationale afin de lutter contre le *forum shopping malus* pourrait également donner lieu à un transfert de compétence législative.

#### β. Le transfert de compétence législative

**696** — Si le transfert de compétence judiciaire peut être un moyen efficace de lutte contre le *forum shopping*, il présente toutefois l'inconvénient d'être difficile à mettre en œuvre. Une alternative plus souple a été proposée par certains auteurs, notamment par Georges DROZ. Selon cet auteur, ce « qui est grave dans le *forum shopping* exorbitant c'est que le choix d'un juge totalement inattendu pour le défendeur puisse entraîner des conséquences

<sup>1</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « La compétence judiciaire internationale à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 123 et s, spéc. n° 160.

<sup>2</sup> En ce sens, H. GAUDEMET-TALLON, *La désunion du couple en droit international privé*, RCADI 1991-I, t. 226, spéc. n° 71, p. 99.

<sup>3</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « La compétence judiciaire internationale à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle », *op. cit.*, *loc. cit.*

fondamentales »<sup>1</sup>. Dans la mesure où chaque autorité appliquera son propre système de conflit de lois, la saisine par le demandeur d'une autorité au lieu d'une autre conduira souvent, par hypothèse toujours, à l'application d'une loi différente de celle qui aurait été appliquée si une autre autorité avait été saisie. Pour pallier cette incertitude tout en conservant la compétence de l'autorité saisie, l'auteur propose de distinguer entre le for de jugement et le for de raisonnement<sup>2</sup>. Cette distinction consisterait pour l'autorité saisie à ne pas raisonner selon son propre système de conflit de lois, comme elle doit normalement le faire, mais de recourir à celui d'un autre système juridique, plus particulièrement celui du for qui apparaîtrait comme le plus naturel. Ainsi, « en cas de compétence exorbitante on pourrait permettre au défendeur, s'il le désire et s'il y trouve avantage, de demander au juge de raisonner comme le ferait le juge de son propre domicile s'il avait été saisi du litige »<sup>3</sup>. Dans cette hypothèse, le for de jugement serait celui saisi par le demandeur alors que le for de raisonnement serait celui du domicile du défendeur, c'est-à-dire celui dont ce dernier pouvait raisonnablement prévoir la compétence. Il s'agirait ici d'une application de la *foreign court theory*, connue des juridictions anglaises, qui permet au juge saisi de manière incidente à adopter entièrement le mode de raisonnement du système de droit international privé d'un juge considéré comme prépondérant.

**697** — La distinction entre le for de jugement et le for du raisonnement pourrait ne pas se limiter à l'opposition entre un critère exorbitant et celui du domicile du défendeur. Bien souvent en effet le *forum shopping* ne proviendra pas de l'exploitation d'un for exorbitant. Ainsi, aucun des critères de compétence prévus par les Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis* ne paraît exorbitant par rapport aux autres. C'est donc plus largement que cette distinction entre le for de jugement et le for de raisonnement peut intervenir. Elle le pourrait d'une part alors même que le for de jugement ne devrait pas sa compétence sur un critère exorbitant. Le for de jugement peut l'être à n'importe quel titre, du moment que ce critère est significatif et permet de fonder sa compétence en vertu de la règle de compétence juridictionnelle internationale de cette autorité. D'autre part, le for de raisonnement n'est pas seulement le for du domicile du défendeur, mais il peut être plus largement tout for qui présente des liens significatifs avec la situation en cause et qui aurait pu être saisi en vertu des règles de ce for ou du for de jugement.

**698** — Cette possibilité de transfert de compétence législative a déjà été suggérée afin de limiter les effets d'une prorogation de compétence réalisée dans le seul but d'emporter modification de la compétence législative. Dans ce cas, le juge devrait « s'estimer compétent mais appliquer la loi désignée par la règle de conflit de l'État auquel appartient le tribunal normalement compétent, celui-ci lui-même déterminé par les règles de compétence judiciaire internationale du tribunal désigné »<sup>4</sup>. Dans l'affaire *Massimo*, le juge français, saisi d'un divorce par l'épouse italienne lors d'un tournage à Paris, s'était déclaré incompétent en raison de l'ineffectivité du domicile de l'épouse<sup>5</sup>. À supposer que le juge admette sa compétence, il aurait pu recourir à la règle de conflit de lois italienne. Les juridictions italiennes étaient en effet compétentes en vertu des règles juridictionnelles françaises et très certainement italiennes. Selon la règle de conflit de lois italienne, le juge français aurait alors donné compétence à la loi italienne de la nationalité du mari, laquelle interdisait, à l'époque, le divorce. L'effet recherché

<sup>1</sup> G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 107.

<sup>2</sup> G. DROZ, *Regards sur le droit international privé comparé*, RCADI 1991-IV, t. 229, p. 9, spéc. p. 352 et s.

<sup>3</sup> G. DROZ, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *op. cit.*, p. 108.

<sup>4</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *La prorogation volontaire de compétence de juridiction en droit international privé*, éd. Dalloz, 1965, n° 362.

<sup>5</sup> TGI de la Seine, 28 septembre 1959, préc., et Paris, 10 novembre 1959, préc.

par l'épouse aurait donc été directement atteint par ce transfert de compétence législative, par application de la règle de conflit de lois qui aurait dû normalement être appliquée si l'autorité étatique naturelle avait été saisie.

**699** — Une autre attitude plus maximaliste, exprimée également par Georges DROZ, serait de recourir à la méthode de référence à l'ordre juridique étranger compétent, élaborée par M. le Pr. Paolo PICONE<sup>1</sup>. Cette méthode consiste à prendre en compte la pluralité des systèmes juridiques concernés par la situation en cause, autant pour la création d'une situation que pour la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger. Cette méthode consiste essentiellement pour le for à se référer non plus seulement à ses propres règles de conflit de lois, mais aussi à « toutes les conditions, matérielles et procédurales, que l'ordre étranger de référence considère importantes dans le cas d'espèce, en vue de la reconnaissance justement d'un jugement provenant de l'ordre juridique du for »<sup>2</sup>. La condition de reconnaissance de la situation créée est essentielle et doit commander tout le raisonnement opéré dans le for, afin de garantir l'harmonie internationale des solutions et éviter la création de situations boiteuses. Cette condition de reconnaissance peut ainsi « être envisagée soit comme un élément qui conditionne la *compétence internationale* de l'organe étatique appelé à constituer cette situation, soit comme une condition matérielle de *validité* de celle-ci, soit comme un élément qui conditionne son *efficacité* de l'extérieur »<sup>3</sup>. Ainsi, dans une hypothèse proche de l'affaire *Massimo* par exemple, le juge français aurait pu accepter sa compétence et vérifier si la décision de divorce qu'il serait amené à prendre en vertu de sa règle de conflit de lois serait reconnue en Italie. Constatant qu'elle ne le serait certainement pas, le juge français aurait alors refusé de prononcer le divorce entre les époux Massimo, empêchant l'épouse de réussir sa manœuvre. Contrairement à la distinction du for de jugement et de raisonnement, cette méthode de référence à l'ordre juridique étranger compétent n'écarte pas le recours traditionnel aux règles de conflit du for. Mais leur utilisation doit être adaptée aux règles de conflit des systèmes juridiques étrangers rattachés, par hypothèse davantage que le for, avec la situation en cause. Cette méthode est toutefois plus large que la première dans la mesure où elle présuppose d'examiner au besoin les règles de plusieurs ordres juridiques étrangers, c'est-à-dire tous ceux qui, à un titre ou un autre, ont un lien avec la situation en cause.

**700** — Bien qu'elles ne soient pas exactement conformes à l'orthodoxie générale du droit international privé qui veut que chaque autorité applique les seules règles de conflit édictées par son souverain<sup>4</sup>, ces deux méthodes peuvent néanmoins être utilisées dans certains cas particuliers, notamment lorsqu'il s'agit de lutter contre le *forum shopping malus* au titre de l'abus de droit. Elles ne sont d'ailleurs pas complètement étrangères au droit international privé français. Ainsi, la méthode de la distinction entre le for du jugement et du raisonnement se rapproche de la théorie du renvoi, dont la mise en œuvre suppose de consulter les règles de conflit de lois de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for. De même, la méthode de référence à l'ordre juridique étranger compétent se retrouve, en matière d'adoption internationale, à l'article 370-3 al. 1<sup>er</sup> et 2 du Code civil. Ces deux textes interdisent au juge français de prononcer l'adoption si la loi nationale de l'un et l'autre des époux, ainsi que de

<sup>1</sup> P. PICONE, *La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI 1986-II, t. 197, p. 229 et s. ; *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI 1999, t. 276, p. 9 et s., spéc. n° 34 et s., p. 119 et s.

<sup>2</sup> P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, op. cit., n° 37.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Pour une réaffirmation de ce principe, v. Paris, 3 octobre 1984, JDI 1986 p. 156, note GOLDMAN.

l'adopté, la prohibe. En ce sens, ces deux méthodes pourraient très bien être utilisées au cas par cas, lorsque l'autorité étatique relèvera que sa saisine constitue un abus du droit d'option de compétence internationale. Au lieu de rejeter sa compétence ou de déclarer la demande irrecevable, elle pourrait ainsi procéder à un transfert de compétence législative en adoptant le raisonnement conflictuel de l'autorité également compétente qui aurait dû naturellement être saisie. Lorsque la situation présente des liens avec un seul autre for ou un for très prépondérant, la méthode qui consiste à distinguer le for de jugement du for de raisonnement sera facilement utilisable. À l'inverse, la méthode de référence à l'ordre juridique étranger compétent sera préférée lorsque la situation se rattache à plusieurs ordres juridiques étrangers, dans la mesure où ce serait ajouter une difficulté insurmontable que de choisir, parmi plusieurs systèmes juridiques également compétents, celui qui a le plus de titres à imposer son mode de raisonnement conflictuel. Ce transfert de compétence législative présenterait notamment cet avantage, sur les autres moyens de lutte contre le *forum shopping malus*, qu'il n'entraînerait pas un retard significatif de la procédure. Dans tous les cas, la sanction de l'abus du droit d'option de compétence judiciaire internationale pourrait s'accompagner d'une injonction destinée à parfaire l'inefficacité ponctuelle de la manœuvre du plaideur.

### 3. Le complément à la sanction de l'abus : l'injonction judiciaire internationale

701 — Dans la mesure où la fraude à la loi procède de la saisine d'une autorité étatique ou encore afin de lutter contre le *forum shopping malus*, une possibilité de prévention de ces manœuvres consiste en l'interdiction faite à l'avance au demandeur de saisir l'autorité étatique dont il est supposé ou démontré qu'il compte en revendiquer la compétence à fin de fraude par la compétence judiciaire. Une réponse de cette forme a été développée aux États-Unis, par le biais de l'*Anti-Suit Injunction*, notamment afin d'endiguer les conflits de compétences entre les États fédérés. Connue de la plupart des pays de *Common Law*<sup>1</sup>, l'*Anti-Suit Injunction* est « une mesure, prononcée à l'encontre d'une personne privée par une juridiction compétente à son égard, dont l'objet est d'interdire à cette personne d'initier ou de poursuivre une procédure judiciaire devant une juridiction étrangère »<sup>2</sup>. Elle semble pouvoir remplir une double fonction de sanction d'un demandeur voulant exploiter les options de compétence judiciaire, mais également des systèmes juridiques trop magnanimes en ce qui concerne leur compétence judiciaire<sup>3</sup>. Dans le premier cas, l'un des motifs invoqués est le caractère *vexatious, inconvenient or oppressive* de l'instance conduite à l'étranger<sup>4</sup>. Souvent, le prononcé de cette mesure intervient en marge ou en substitut du *forum non conveniens*<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> V. not. S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dact., Paris I, 1999, n° 391 et s. ; « Anti-Suit Injunctions et arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 667 et s. ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, *op. cit.*, n° 357 et s. ; É. GAILLARD, « Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », *JDI* 2003, p. 1105 et s. ; « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004, p. 47 et s.

<sup>2</sup> S. CLAVEL, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, *op. cit.*, n° 392.

<sup>3</sup> *Ibid.*, n° 395 et s.

<sup>4</sup> T. C. HARTLEY, « Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation », *Am. J. Comp. L.* 1987, p. 487 et s., spéc. p. 499 et s. ; G. A. BERMAN, « The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation », *C.J.T.L.* 1990, p. 587 et s., spéc. p. 608.

<sup>5</sup> Lord DILLON, in *CSR limited v. Cigna insurance Australia limited & Ors.* (1997), cité par E. VUONG, « Anti-Suit Injunctions – A development of principles in *CSR limited v. Cigna insurance Australia limited & Ors.* », *Syd. L. R.* 1998, p. 169 et s., spéc. p. 177.

L'*Anti-Suit Injunction* peut ainsi apparaître comme une version offensive du *forum non conveniens* lorsque la juridiction saisie accepte sa compétence ou lorsque cette compétence offerte au demandeur est considérée comme trop généreuse par le for qui s'estime naturel<sup>1</sup>.

**702** — Dans un environnement juridique international cloisonné, il n'est toutefois pas certain qu'une mesure d'*Anti-Suit Injunction* soit juridiquement possible ni même efficace<sup>2</sup>. En effet, bien qu'elle soit dirigée contre le demandeur qui intente ou compte intenter son action devant une autre juridiction, cette mesure reviendrait à contester à cette dernière le droit d'exercer sa compétence selon ses propres règles<sup>3</sup>. Cette mesure serait contraire à la *Comity*<sup>4</sup> et dès lors « inconcevable en droit français qui y verrait une intrusion intolérable dans le fonctionnement de la justice étrangère »<sup>5</sup>. Au demeurant, sa pratique ne semble pas harmonisée et certaines affaires prêtent à sourire lorsque les autorités délivrent tour à tour des *Anti-Suit Injunction*, des *Anti-Anti-Suit Injunction* ou des *Anti-Anti-Anti-Suit Injunction*, afin de contrer la mesure que chacune prend contre l'autre<sup>6</sup>.

**703** — Toutefois, l'argument selon lequel la mesure d'injonction est contraire à la *Comity* n'apparaît pas fondamental. En effet, « l'injonction de ne pas procéder ne s'adresse pas au juge étranger, mais au plaideur ; l'atteinte à la compétence étrangère n'est donc qu'indirecte et n'est a priori pas plus choquante que celle que notre droit se permet en réglementant la compétence internationale indirecte des tribunaux étrangers »<sup>7</sup>. Dès lors, « l'injonction ne procède aucunement d'un jugement sur la compétence d'autrui, mais tend simplement à sanctionner un comportement abusif de la part du défendeur »<sup>8</sup>. Plus généralement, « l'injonction vise à sanctionner un comportement abusif et non une incompétence du juge parallèlement saisi »<sup>9</sup>. En ce sens, l'obstacle de la souveraineté étatique ne devrait pas empêcher le prononcé d'une injonction par un juge, faisant défense à une partie de saisir un for étranger dans la mesure où l'injonction ne préjudicie pas de la compétence de cette autorité étrangère. Cet obstacle est encore moins perceptible dans le cadre des règlements communautaires et le prononcé d'une injonction ne semble rompre ni l'égalité des juridictions des États membres devant les règles de compétence communautaires ni l'effet utile de ces textes<sup>10</sup>. La procédure mise en place à l'article 15 du Règlement de Bruxelles 2 *bis* montre ainsi que les juridictions des États membres peuvent coopérer en vue d'une meilleure application des règles de compétence, laquelle passe notamment par l'absence d'abus dans l'exploitation des chefs de compétence offerts aux parties.

<sup>1</sup> S. CLAVEL, *op. cit.*, n° 404 et s.

<sup>2</sup> Cette mesure est souvent vue avec défiance par la doctrine française, cf. les débats à la suite de P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 73 et s.

<sup>3</sup> T. C. HARTLEY, *op. cit.*, p. 509 ; G. A. BERMAN, *op. cit.*, p. 628 ; S. CLAVEL, *op. cit.*, n° 410 et s.

<sup>4</sup> V. not. L. COLLINS, G. DROZ, *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs*, *op. cit.*, n° 51 et s.

<sup>5</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle : forum non conveniens, lis pendens », *op. cit.*, p. 434.

<sup>6</sup> V. l'affaire *Midland Bank v. Laker Airways Ltd*, (1986), citée par S. CLAVEL, *op. cit.*, n° 393.

<sup>7</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *op. cit.*, p. 64.

<sup>8</sup> H. MUIR WATT, note sous Chambre des Lords, 13 décembre 2001, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 116, spéc. p. 124.

<sup>9</sup> H. MUIR WATT, note sous CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, préc., p. 464. V. cep. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *D.* 2004, p. 2743, note BOUCHE ; *RTD Civ.* 2004, p. 549, obs. THERY ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note MUIR WATT ; *Gaz. pal.* 14-15 janv. 2005, p. 28, note NIBOYET ; *D.* 2005, p. 1267, obs. CHANTELOUP.

<sup>10</sup> H. MUIR WATT, note sous Chambre des Lords, 13 décembre 2001, préc., pp. 124 et 125.

**704** — La CJCE a néanmoins estimé que la Convention de Bruxelles 1 « s'oppose au prononcé d'une injonction par laquelle une juridiction d'un État contractant interdit à une partie à la procédure pendante devant elle d'introduire ou de poursuivre une action en justice devant une juridiction d'un autre État contractant »<sup>1</sup>. La CJCE exclut même cette possibilité pour sanctionner l'abus d'une partie, puisqu'elle ajoute que l'injonction ne saurait non plus être prononcée « quand bien même cette partie agit de mauvaise foi dans le but d'entraver la procédure déjà pendante »<sup>2</sup>. Selon l'avocat général, « si tous les juges européens s'arrogeaient un tel pouvoir, ce serait le chaos »<sup>3</sup>. La Cour considère que cette mesure a pour effet de porter atteinte à la compétence de l'autorité étrangère et qu'elle constitue donc une « ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible, en tant que telle, avec le système de la convention »<sup>4</sup>, c'est-à-dire au principe de confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétence que tous les États membres doivent respecter<sup>5</sup>. Néanmoins et puisque les règlements communautaires ne régissent pas les questions de procédure, lesquelles sont laissées à la compétence des États membres<sup>6</sup> qui peuvent prendre toutes dispositions utiles pour sanctionner les abus internationaux de procédure<sup>7</sup>, il n'apparaît pas que l'injonction, si elle se limite à sanctionner le demandeur sans atteindre directement la compétence des juridictions des autres États membres, soit incompatible avec les textes communautaires<sup>8</sup>. De plus, l'injonction n'interdisant pas celui à qui elle est adressée de saisir le for désigné, elle n'apparaît pas contraire au principe de libre accès à la justice défendu par l'article 6-1 de la CEDH<sup>9</sup>. En ce sens, les États membres qui la connaissent devraient pouvoir prendre une mesure d'injonction, en droit commun comme en droit réglementaire.

**705** — L'intérêt d'une injonction ne se situe en théorie que dans l'hypothèse d'une pluralité de procédures, ou d'un risque de procédures concurrentes. Dans un schéma proche des affaires relatives aux répudiations étrangères, une injonction pourrait intervenir à l'encontre d'une action engagée à l'étranger dans le but de contourner une procédure en cours en France ou une décision rendue par un juge français<sup>10</sup>. Dans l'espace judiciaire européen, la multiplicité des critères de compétence retenus par les Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis* crée *de facto* la possibilité d'une pluralité de procédures. Néanmoins et à l'inverse du droit commun, la juridiction saisie en second doit d'office surseoir à statuer en faveur de la juridiction saisie en premier<sup>11</sup>. Dès lors qu'une juridiction est saisie, l'injonction n'aurait donc en soi pas d'intérêt, à moins que le mécanisme de la litispendance ait été défaillant<sup>12</sup>. Son intérêt essentiel se situerait donc en amont, avant même la saisine d'une juridiction. Par exemple, un époux

<sup>1</sup> CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rec. I-3565*, concl. COLOMER ; *D.* 2004, p. 1919, note CARRIER ; *Europe* 2004, n° 246, obs. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note MUIR WATT, pt. 31. *Adde* Chambre des Lords, 13 décembre 2001, préc.

<sup>2</sup> CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, préc., pt. 31.

<sup>3</sup> D. R.-J. COLOMER, concl. préc., n° 33.

<sup>4</sup> CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, préc., pt. 27.

<sup>5</sup> CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, préc.

<sup>6</sup> CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur Hagen*, préc.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 118 et s., n° 401, n° 422 et s., n° 630.

<sup>8</sup> En ce sens, H. MUIR WATT, note sous Chambre des Lords, 13 décembre 2001, préc., p. 125.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 2002, *JCP* 2002, II, 10201, concl. SAINTE-ROSE, note CHAILLE DE NERE ; *D.* 2003, p. 797, note KHAIRALLAH ; *Gaz. pal.* 25-26 juin 2003, p. 29, note NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 631, note MUIR WATT, en matière de faillite.

<sup>11</sup> Art. 11 du Règlement de Bruxelles 2, art. 19 du Règlement de Bruxelles 2 *bis*.

<sup>12</sup> H. MUIR WATT, note sous Chambre des Lords, 13 décembre 2001, préc., pp. 120 et 126.

pourrait saisir en référé un juge afin qu'il prononce à l'encontre de son conjoint une mesure d'injonction *in personam* l'interdisant de saisir telle juridiction d'un État membre, compétente d'après le règlement mais supposée moins naturelle qu'une autre juridiction et saisie dans l'unique but de nuire aux intérêts de l'époux. Toutefois, même lorsqu'une juridiction d'un État membre est première saisie, l'intérêt d'une injonction prononcée soit par cette juridiction soit par un for saisi en second demeure. En effet, pour qu'il y ait litispendance au sens des règlements, encore faut-il que les juridictions saisies soient compétentes. Si par définition elles le sont d'un point de vue objectif, elles peuvent néanmoins ne pas l'être d'un point de vue subjectif et ne tenir leur compétence que d'une exploitation abusive de l'option de compétence. L'injonction peut dès lors accompagner l'irrecevabilité de la demande, fondée sur l'abus du choix de for.

**706** — En droit commun français, cette possibilité pour le juge français d'adresser une injonction à l'une des parties pourrait trouver un fondement textuel, selon M. le Pr. Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES, dans les articles 33 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et 809 al. 1<sup>er</sup> du ncp<sup>1</sup>. Le premier de ces textes dispose que « Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision ». Sur ce fondement, le juge français saisi en second et après le rejet de l'exception de litispendance soulevée contre lui, pourrait, « pour assurer l'exécution de sa décision, ordonner une astreinte contre le plaideur qui, contrariant ouvertement cette décision, poursuivrait la procédure à l'étranger »<sup>2</sup>. La même astreinte pourrait être prononcée dans l'hypothèse inverse où le juge français est saisi en premier et où la juridiction étrangère refuse de se dessaisir à son profit. Quant à l'article 809 al. 1<sup>er</sup> du ncp, il permet de saisir le juge des référés en dehors de tout procès déjà engagé au fond afin de faire cesser un trouble manifestement illicite, lequel pourrait consister ici en un risque de « violation claire d'une compétence exclusive, [d'une] fraude à la juridiction caractérisée »<sup>3</sup> ou d'un abus du choix de for. Dans sa résolution sur *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions »*, l'Institut de droit international indique ainsi que ces injonctions ne devraient être accordées que lorsqu'il y a, notamment, un « comportement déraisonnable ou oppressif d'un demandeur devant une juridiction étrangère »<sup>4</sup>. Une telle injonction assortie d'une astreinte pourrait ainsi intervenir dans le cadre des affaires relatives aux répudiations étrangères, l'épouse faisant prononcer en référé cette mesure lorsqu'elle soupçonne son époux de vouloir saisir son juge national prompt à la répudier avant même qu'elle n'obtienne le jugement français. Cette mesure ne devrait être enfin prononcée que par une juridiction située dans le ressort où le demandeur à l'injonction est également partie à la procédure que le comportement abusif du défendeur vise à subvertir<sup>5</sup>, afin d'éviter un *forum shopping* à l'injonction, notamment devant les tribunaux anglais.

**707** — Il n'en reste pas moins que le prononcé d'une injonction ne pourra certainement pas produire, en droit, l'effet escompté en dehors des systèmes juridiques qui la connaissent. Elle n'empêchera donc pas en théorie la partie de poursuivre son action devant le for de son choix et encore moins la privera de son option de compétence. Néanmoins, à défaut d'un effet direct, le prononcé d'une injonction par le for considéré comme naturel peut constituer une mesure de dissuasion adressée à la partie. En effet, si cette dernière saisit une

<sup>1</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Résolution votée lors de la session de Bruges, 2003, § 5, in L. COLLINS, G. DROZ, *op. cit.*, p. 3. Le texte de la résolution exclut cependant le droit de la famille.

<sup>5</sup> H. MUIR WATT, *op. cit.*, p. 122.

autorité étatique autre que celle qui paraît la plus naturelle, que ce soit par le biais d'une manœuvre frauduleuse ou par l'exploitation d'une option de compétence, c'est parce que cette autorité étrangère lui permet de parvenir à un résultat différent de celui qu'elle aurait obtenu en saisissant directement le for naturel. Ce résultat matériel obtenu à l'étranger est ensuite invoqué dans le ressort du for naturel évincé ou non choisi. Le for évincé ou non choisi pourra alors refuser de reconnaître la décision étrangère obtenue et donc priver la partie de l'effet qu'elle recherchait. En ce sens, l'injonction prononcée par le for naturel et avant que le for étranger ne soit saisi ou avant qu'il ne rende sa décision, peut constituer un avertissement adressé à son destinataire que la décision qu'il obtiendra de l'autorité qu'il saisira ou qu'il a saisie, ne sera pas reconnue dans le ressort du for évincé ou non choisi. L'injonction peut également faire prendre conscience au juge étranger que la demande portée devant lui est frauduleuse<sup>1</sup> ou abusive. Ce faisant, l'injonction peut atteindre, de fait, son but et inciter la partie à renoncer ou à se désister de son action qu'elle sait à l'avance vouée à l'échec dans son but ultime. En aval, lorsque la fraude par la compétence judiciaire est commise devant une autorité étrangère qui n'a pas utilisé ces mécanismes, l'autorité du lieu de revendication des droits acquis peut encore intervenir pour refuser tout effet à la fraude par la compétence exercée à l'étranger.

## § 2 – L'INEFFICACITE DE LA FRAUDE PAR LA COMPETENCE JUDICIAIRE EXERCEE A L'ETRANGER

**708** — Si les décisions étrangères relatives à l'état et à la capacité des personnes jouissent en France d'un effet de plein droit sans reconnaissance ni exequatur, elles peuvent néanmoins faire l'objet d'une action en reconnaissance – afin de les rendre incontestables dans le for requis – ou d'une action en opposition – afin d'en contester les effets dans le for requis. Dans ce cas, la décision étrangère sera soumise à la procédure de reconnaissance de droit commun ou de droit conventionnel et devra, pour recevoir plein effet en France, remplir les exigences nécessaires à la reconnaissance. En droit commun, ces conditions sont posées par l'arrêt *Munzer* qui en prévoit cinq, « à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi »<sup>2</sup>. L'arrêt *Bachir*<sup>3</sup> a supprimé la deuxième condition pour la fonder dans celle relative au respect de l'ordre public international. Érigée en condition autonome (B), l'absence de fraude à la loi souffre néanmoins d'une certaine dépendance à l'égard des autres conditions, dans la mesure où celles-ci peuvent indirectement sanctionner une fraude par la compétence exercée à l'étranger (A).

### A. LA SANCTION INDIRECTE DE LA FRAUDE A LA LOI AU TITRE DU CONTROLE DE REGULARITE DES DECISIONS ETRANGERES

**709** — Dans leur structure, leur fonctionnement et leur objectif, les trois premières conditions de reconnaissance et d'exequatur de droit commun font intervenir la notion de fraude et permettent, indirectement, de priver d'effet une fraude par la compétence réalisée à

<sup>1</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer*, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note BATIFFOL ; *JDI* 1964, p. 302, note GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note ANCEL ; *GADIP* n° 41.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 98, note LAGARDE ; *D.* 1968, p. 95, note MEZGER ; *JCP* 1968, II, 15634, note SIALELLI ; *JDI* 1969, p. 102, note GOLDMAN ; *GADIP* n° 45.

l'étranger. La condition d'absence de fraude peut dans ce cas « s'interpréter comme une spécification apportée aux conditions de compétence du tribunal étranger et de conformité au règlement français de conflit de lois »<sup>1</sup>, elle aura un rôle d'appoint<sup>2</sup> ou une fonction préalable permettant de caractériser ces trois premières conditions.

### 1. La fraude à la loi et la compétence judiciaire internationale indirecte

**710** — La première condition de l'arrêt *Munzer* renvoie à l'arrêt *Simitch*<sup>3</sup> qui précise les modalités de vérification de la compétence internationale indirecte du juge étranger. Dans son attendu, l'arrêt *Simitch* vise également la notion de fraude dont l'ambiguïté n'a de cesse d'apparaître (a), ce qui commande d'en préciser le sens dans le cadre de la rénovation de la théorie de la fraude à la loi et de l'appel à d'autres concepts régulateurs du droit (b).

a) L'ambiguïté du rôle et de la nature de la fraude visée par l'arrêt *Simitch*

**711** — Dans la mesure où l'intervention d'une autorité étatique est nécessaire à la réalisation d'une fraude à la loi, le contrôle de la compétence internationale indirecte du juge étranger peut se révéler être un moyen efficace de lutte contre la fraude à la loi – française comme étrangère – réalisée à l'étranger. Le contrôle de la compétence internationale directe est en effet un moyen souvent efficace pour annihiler un comportement malicieux en cours de réalisation<sup>4</sup>. Dès lors que ce comportement a porté ses fruits, le contrôle de la compétence internationale indirecte peut naturellement s'y substituer. La condition posée par l'arrêt *Munzer*, selon laquelle le tribunal étranger qui a rendu la décision doit avoir été compétent, si elle existait sous l'Ancien droit et dans la jurisprudence antérieure<sup>5</sup>, n'est peut-être pas indifférente à la volonté de sanctionner une éventuelle fraude par la compétence judiciaire. Avant que l'arrêt *Simitch*<sup>6</sup> ne tranche la question de savoir si la compétence indirecte s'apprécie par rapport aux règles de compétence directe française ou étrangère ou alors de manière plus souple, eu égard à des critères propres<sup>7</sup>, la jurisprudence semblait dans certains cas choisir l'une ou l'autre des solutions en fonction de la présence, ou non, d'une fraude à la loi potentielle<sup>8</sup>. Ainsi, quelques décisions ont soumis la régularité de la compétence indirecte du juge étranger au respect des principes du droit français, dans des hypothèses de divorces migratoires qui laissaient paraître un véritable *forum shopping* à défaut d'une fraude à la loi<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 41.11.

<sup>2</sup> H. MUIR-WATT, J.-Cl. inter., fasc. 584-4, 1990, n° 13.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 et p. 243 et s., chr. FRANCESKAKIS ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 620 et s.

<sup>5</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Rép. inter. Dalloz, 2001, v° « Jugement étranger (Matières civile et commerciale) », n° 69.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, préc.

<sup>7</sup> Sur cette évolution, v. not. D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970 ; A. HUET, note sous Paris, 10 novembre 1971, *JDI* 1973, p. 244 et s.

<sup>8</sup> B. AUDIT, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 62. Adde C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, *op. cit.*, n° 106 et s.

<sup>9</sup> T. civ. de la Seine, 18 décembre 1931, *JDI* 1932, p. 680, note PERROUD ; – 11 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9223, note LOUIS-LUCAS ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 128, note BELLET ; *JDI* 1956, p. 1022, note B. G. ; – Paris, 15 novembre 1960, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 397, note LOUSSOUARN ; – 18 juin 1964, *de Gunzburg*, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPRES ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN ; – 27 novembre 1981, *D.* 1983, p. 142, note PAIRE, maintenu par Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Favreau*, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

La présence d'une fraude – au sens large – justifiait une appréciation plus sévère, alors que l'absence de manœuvre potentiellement frauduleuse permettait une appréciation plus souple<sup>1</sup>.

**712** — Adoptant une voie médiane, l'arrêt *Simitch* énonce que « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »<sup>2</sup>. Mise à part l'hypothèse où la compétence du juge français est exclusive et rend inutile l'examen des autres conditions, de l'arrêt *Simitch* comme de l'arrêt *Munzer*, pour refuser de reconnaître la décision étrangère, les deux conditions du premier apparaissent en droit et en fait indépendantes l'une de l'autre<sup>3</sup>. Si en effet l'absence de liens caractérisés permet souvent de déduire la fraude<sup>4</sup>, ces deux conditions sont incontestablement distinctes<sup>5</sup>. La fraude n'est pas exclusive de liens caractérisés entre la situation litigieuse et le juge qui en est saisi. En effet, « l'absence de fraude ne peut résulter du simple fait que les tribunaux du mari étaient objectivement compétents, sauf à priver de tout intérêt la distinction entre rattachement caractérisé et absence de fraude »<sup>6</sup>. Plus précisément, la condition d'absence de choix frauduleux du juge étranger ne trouve son seul intérêt, autant pratique que théorique, que dans l'hypothèse où le litige présente un lien caractérisé avec le juge étranger saisi et que le juge français n'est pas exclusivement compétent<sup>7</sup>. Cette position, connue et peu contestable, doit toutefois être nuancée car prise en elle-même, elle est source de confusion et, partant, d'erreur dans l'identification de la fraude visée par l'arrêt *Simitch*.

**713** — Il a été montré au sujet des répudiations étrangères que la fraude stigmatisée par l'arrêt *Simitch* n'était, dans ce cadre factuel, ni une fraude à la loi, faute de loi éludée et de modification d'un critère de compétence législative, ni une fraude à la juridiction, faute de for évincé et de modification d'un critère de compétence juridictionnelle. La jurisprudence a donc vu dans ces affaires une fraude au jugement<sup>8</sup>. En théorie, celle-ci n'est toutefois pas autre chose qu'une fraude à la loi<sup>9</sup>. Il n'en découle pas cependant que la fraude visée par l'arrêt *Simitch* s'analyse comme une fraude à la loi. Comme l'écrit justement Mme la Pr. Danielle ALEXANDRE, il « est faux d'assimiler la fraude à la loi par utilisation des règles de conflits de juridictions à l'incompétence juridictionnelle. En effet, ou bien l'on a saisi un tribunal étranger incompétent, et on ne peut parler de fraude à la loi car elle suppose l'utilisation d'un moyen licite, seul le but étant illicite, ou bien l'on a saisi un tribunal compétent (...) auquel cas le jugement étranger est inattaquable sur le plan de la compétence juridictionnelle, et son efficacité ne peut être contestée en France que si l'on prouve que cette saisine licite en elle-

<sup>1</sup> Paris, 4 février 1958, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 389, note H. B ; *JDI* 1958, p. 1016, note A. P.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, préc.

<sup>3</sup> Not. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, n° 105 et s. ; C. WILLEMS, *op. cit.*, n° 114 et s.

<sup>4</sup> Nécessairement entendue ici au sens large dans la mesure où le non-respect de la première condition de l'arrêt *Simitch* suffit à rendre inefficace la décision étrangère, c'est-à-dire le résultat de la fraude et donc la fraude elle-même. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 2<sup>de</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON ; – Amiens, 29 avril 2003, *Juris-Data* n° 2003-217931.

<sup>5</sup> Paris, 15 mars 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1998, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 662, note MUIR WATT.

<sup>6</sup> Th. VIGNAL, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001, *JCP* 2002, II, 10039, p. 453.

<sup>7</sup> C. WILLEMS, *op. cit.*, n° 118 et s.

<sup>8</sup> Cf. *supra* n° 149 et s.

<sup>9</sup> Cf. *supra* n° 186 et s.

même avait pour but de frauder la loi »<sup>1</sup>. Pour qu'il y ait une véritable fraude à la loi de droit international privé, il faut que l'autorité étatique saisie à fin de fraude dispose réellement et juridiquement d'une compétence à intervenir dans la confection de la fraude à la loi<sup>2</sup>. À défaut, il est inutile de la sanctionner faute d'avoir été efficace ; il suffit de relever l'incompétence de l'autorité étatique. Possible en ce qui concerne la compétence directe<sup>3</sup>, la sanction de l'incompétence peut également intervenir au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la décision étrangère obtenue par fraude. D'après l'arrêt *Simitch*, le juge étranger sera déclaré internationalement incompétent dans trois cas : si la juridiction française bénéficie d'une compétence exclusive ; en l'absence de liens caractérisés entre le litige et ce juge étranger ; si le choix de ce juge se révèle frauduleux. La fraude ici visée se situe donc en amont de la fraude à la loi *stricto sensu*, puisque l'absence de celle-là conditionne la réalisation de celle-ci. La fraude sanctionnée par cet arrêt concerne donc non la loi appliquée pour la solution matérielle du litige, mais la loi qui permet de déterminer la juridiction compétente, dont la manipulation frauduleuse a permis de modifier ou d'étendre l'éventail de juridictions offertes au demandeur.

714 — Si la présence de liens caractérisés entre la situation litigieuse et le for appelé à statuer n'est pas exclusive de tout choix frauduleux de juridiction, sous peine de dénier l'intérêt de la distinction effectuée par l'arrêt *Simitch*, il convient néanmoins de nuancer cette affirmation. L'affaire *Lévy* est à ce titre révélatrice du risque de confusion engendré par une affirmation trop absolue. Dans cette affaire de divorce prononcé par un juge israélien, la Cour de cassation admet le raisonnement de la cour d'appel selon lequel, « après avoir exactement retenu que le litige présentait des liens caractérisés avec Israël, du fait de la double nationalité israélienne et française des époux et de la résidence de la famille dans cet État, [elle a] souverainement jugé que le choix de la juridiction israélienne n'avait pas été frauduleux »<sup>4</sup>. Prise en elle-même, cette formule peut apparaître comme une condamnation explicite non seulement de la notion de fraude au jugement telle qu'elle fut envisagée dans les affaires de répudiations, mais aussi de la distinction effectuée par l'arrêt *Simitch* entre liens caractérisés et absence de saisine frauduleuse. Dans les affaires de répudiations en effet, la fraude au jugement avait été retenue justement parce que la compétence du juge étranger était fondée sur des liens caractérisés, lesquels ne permettaient pas de relever une fraude à la loi ou à la juridiction. La distinction opérée par l'arrêt *Simitch* prenait ici tout son sens malgré l'utilisation d'une notion erronée. Cette distinction serait alors remise en cause dans la mesure où, en généralisant la formule de l'arrêt *Lévy*, « la seule existence d'un lien caractérisé entre le juge et le litige suffit à exclure la fraude au jugement »<sup>5</sup>, c'est-à-dire, dans la conception traditionnelle, la fraude visée par l'arrêt *Simitch*. Il découle de cette analyse que la condition d'absence de choix frauduleux de l'arrêt *Simitch* sera dorénavant complètement dépourvue de positivité. En effet, de deux choses l'une : soit le litige ne présente aucun lien caractérisé avec le juge saisi, auquel cas la condition d'absence de fraude n'est d'aucune utilité pour refuser la compétence du juge étranger ; soit ces liens caractérisés existent, alors l'éventualité même d'une fraude est exclue. C'est à cette conclusion – hâtive – que parviennent la plupart des commentateurs de cette

<sup>1</sup> D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, éd. LGDJ, 1965, n° 342.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 451 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 621 et s.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy*, *JDI* 2003, p. 468, note JACQUET ; *JCP* éd. N. 2003, 1543, note FRANÇOIS ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 96, note MONEGER ; *Deffrénois* 2003, p. 1086, obs. MASSIP ; *LPA* 2003, n° 200, p. 11, note MASSIP ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, note MUIR WATT.

<sup>5</sup> L. FRANÇOIS, note préc., p. 1507.

décision. Prise dans sa généralité, cette conclusion n'est toutefois pas exacte et participe des errements nés de la conception traditionnelle de la fraude.

b) Le sens de la fraude visée par l'arrêt *Simitch* et la sanction de l'abus du droit d'option de compétence internationale indirecte

**715** — En droit international privé, la fraude à la loi suppose la réunion de trois éléments : un élément légal, un élément matériel et une intention frauduleuse. Le premier suppose une éviction de la loi normalement compétente et l'application subséquente d'une autre loi dont le titre à s'appliquer, en soi réel et licite, provient uniquement de l'élément matériel. Celui-ci résulte de la modification du rapport conflictuel : une situation interne est devenue internationale, une situation internationale est devenue interne ou une situation initialement internationale a été transformée en une situation internationale différente. L'intention frauduleuse suppose que cette modification ne soit justifiée que par le changement de loi applicable qu'elle permet<sup>1</sup>. La fraude visée par l'arrêt *Simitch* n'est toutefois pas une fraude à la loi *stricto sensu*. C'est en effet le choix de la juridiction qui ne doit pas être frauduleux et non la manière dont le plaideur revendique la compétence de la loi applicable devant ce juge, laquelle revendication constitue seule le terreau de la fraude à la loi. La fraude de l'arrêt *Simitch* viserait donc une fraude à la juridiction, c'est-à-dire une fraude destinée à provoquer la compétence d'un juge, par la création ou la modification d'un critère de compétence, afin de soustraire le litige au juge qui aurait été compétent à défaut de manœuvre. Dans ses éléments constitutifs, la fraude à la juridiction s'analyse exactement de la même façon que la fraude à la loi. Elle suppose la réunion des mêmes éléments constitutifs, avec les mêmes conditions d'efficacité et les mêmes caractères. Elle procède de la même façon à un double phénomène d'éviction et de substitution. Elle suppose la même intention frauduleuse<sup>2</sup>. Dès lors, comme pour la fraude à la loi, la condition d'absence de fraude à la juridiction posée par l'arrêt *Simitch* suppose une création ou une dénégation de la situation internationale qui permet de fonder la compétence d'un juge – par définition étranger – à la place d'un autre – français ou étranger – dont la compétence était originellement prédéterminée. Pour qu'il y ait fraude à la juridiction, comme pour la fraude à la loi, il faut que le critère de compétence créé soit réel objectivement mais non subjectivement<sup>3</sup>. Si ce critère est réel objectivement et subjectivement, il n'y a pas fraude à la juridiction, il s'agit d'une modification tout à fait licite, quelles qu'en soient les conséquences. Si ce critère n'est pas réel objectivement, la compétence du juge saisi sur son fondement n'est qu'artificielle, elle n'est pas caractérisée.

**716** — Il en résulte que la fraude à la juridiction suppose que le préalable matériel permette, en droit et en fait, de fonder la compétence du juge saisi, mais que ce préalable matériel n'ait été voulu que pour fonder cette compétence. À défaut, soit la compétence du juge saisi n'est pas fondée, faute de lien caractérisé entre lui et le litige ; soit cette compétence est complètement fondée, objectivement et subjectivement, et de ce fait inattaquable. La fraude à la juridiction suppose donc, pour être réelle et efficace, que la compétence du juge saisi soit irréprochable sur le terrain du droit positif. Dès lors, il doit nécessairement exister entre la situation litigieuse et le juge appelé à en connaître des liens étroits et caractérisés, ceux-là mêmes que le préalable matériel de la fraude à la juridiction a créés. Il en résulte que la solution de l'arrêt *Lévy* ne peut avoir la portée générale que ses commentateurs lui donnent. La

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 521 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 498 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 457 et s.

seule existence d'un lien caractérisé entre le juge étranger et le litige n'est pas en elle-même exclusive de toute fraude lorsque ce lien a justement été frauduleusement créé. La réserve de la fraude à la juridiction a en effet pour fonction de remettre en cause un critère de compétence licite et réel, c'est-à-dire caractérisé, mais qui ne doit son existence qu'à raison de l'intention frauduleuse qui présida sa création. Il en résulte que les deux conditions de l'arrêt *Simitch* ne perdent en rien de leur positivité et que la seule constatation d'un lien caractérisé ne peut à elle seule justifier la compétence internationale indirecte du juge étranger. Cette compétence suppose encore que ce lien caractérisé n'ait pas été frauduleusement créé.

**717** — En revanche, l'arrêt *Lévy* confirme la thèse selon laquelle la fraude à la juridiction, comme la fraude à la loi, est exclusive de l'exploitation d'une situation internationale préexistante<sup>1</sup>. Dans ce cas, le demandeur n'a pas modifié sa situation juridique afin de saisir un juge à la place d'un autre et aucun juge ne dispose, en soi, d'une compétence prédéterminée qui serait évincée au profit d'un autre juge dont la compétence serait purement factuelle. Il ne fait qu'user d'un droit : celui d'exploiter la situation internationale dans laquelle il se trouve placé et de revendiquer la compétence des juridictions qui s'offrent à lui, fût-il exercé de la façon la plus favorable à ses intérêts. Le *forum shopping* issu de l'exploitation d'une option de compétence, laquelle option découle de l'internationalité préexistante de la situation de l'intéressé, est exclusif de toute fraude à la juridiction. C'est le cas dans l'affaire *Lévy* où les époux possédaient tous deux la nationalité israélienne et étaient également domiciliés en Israël. D'un point de vue purement théorique, la Cour de cassation ne pouvait que refuser de voir une fraude à la juridiction dans la saisine d'un juge étranger en raison des liens caractérisés préexistants. C'est encore le cas dans les affaires de répudiations. En ce sens, si la seule existence d'un lien caractérisé entre le juge et le litige peut être exclusif de toute fraude à la juridiction, c'est seulement dans l'hypothèse où ce lien caractérisé préexistait au litige et qu'il n'a pas été créé dans le seul but de fonder la compétence du juge étranger.

**718** — Toutefois, puisque l'exercice d'un droit peut dégénérer en abus, il doit être possible d'opposer la réserve de l'abus de droit à la saisine d'une juridiction étrangère dont la compétence était, certes, fondée sur un lien caractérisé préexistant, mais facultative au regard des règles de compétence internationale françaises. En ce sens, bien qu'elle se justifie par la présence de liens caractérisés avec le litige, la compétence internationale indirecte du juge étranger pourrait être écartée s'il était démontré que le demandeur a commis un abus du choix de for dans la saisine de ce juge étranger. Au stade de la reconnaissance des décisions étrangères, cet abus peut s'apprécier de la même façon qu'au stade de la recevabilité de l'action en justice<sup>2</sup>, mais sa démonstration conduit ici, nécessairement, l'action ayant déjà eu lieu, au rejet de la compétence internationale indirecte du juge étranger abusivement saisi.

**719** — Dès lors, la fraude sanctionnée par l'arrêt *Simitch* n'est pas la fraude à la loi *stricto sensu*, ni une fraude au jugement, mais une fraude à la juridiction – en présence de liens caractérisés frauduleusement créés – ou un abus de droit – en présence de liens caractérisés préexistants – que le juge de l'exequatur devra d'office relever, le cas échéant. En revanche, l'absence de liens caractérisés révèle un critère de compétence artificiel, une simulation du critère de compétence, ou un critère de compétence matériellement insuffisant ou impropre à fonder, selon la conception française, la compétence du juge étranger. Dès lors, l'appréciation

---

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 405 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 635 et s.

de la compétence internationale indirecte doit non seulement porter sur l'identification d'un lien caractérisé entre le juge étranger saisi et le litige, mais également et de manière alternative en fonction de la configuration internationale de la situation en cause, de *l'absence de fraude à la juridiction dans la création de ce lien caractérisé*, ou de *l'absence d'abus de droit dans l'exploitation de ce lien caractérisé*. C'est ce qui ressortait de l'arrêt *Mack trucks* selon lequel le juge étranger est internationalement compétent si « le litige se rattache d'une manière suffisante au pays dont le juge a été saisi, c'est-à-dire que le choix de la juridiction ne soit ni arbitraire, ni artificiel, ni frauduleux »<sup>1</sup>. Selon cet arrêt, pour que la compétence du juge étranger soit reconnue, il faut qu'il présente un lien caractérisé avec le litige dont il a été saisi et que ce lien ne soit ni abusif, ni simulé, ni relever d'une fraude à la juridiction. Ce principe pourrait constituer une alternative à celui de l'arrêt *Simitch* afin d'intégrer la réserve de l'abus de droit dans l'appréciation de la compétence internationale indirecte du juge étranger.

## 2. La fraude à la loi et la condition de la loi appliquée

**720** — Souvent confondues (a), les conditions d'absence de fraude à la loi et de la loi appliquée doivent cependant être distinguées (b).

### a) La confusion des deux conditions

**721** — Également instituée par l'arrêt *Munzer*<sup>2</sup> comme l'une des cinq conditions de reconnaissance et d'exécution en France des jugements étrangers, l'exigence que le juge étranger ait appliqué « la loi compétente d'après les règles françaises de conflits » est depuis cet arrêt, et davantage aujourd'hui, critiquée par une doctrine quasi unanime qui voit dans cette condition « surannée »<sup>3</sup> « un reliquat anachronique d'une époque où régnait dans notre droit international un nationalisme juridique aujourd'hui complètement désuet »<sup>4</sup>. De fait, il « est pratiquement sans exemple que l'exequatur soit refusé pour la seule méconnaissance de la condition envisagée »<sup>5</sup>, notamment en raison des nombreux tempéraments au jeu de cette condition, principalement l'équivalence<sup>6</sup>. Quoiqu'il en soit ici de ces critiques, il est constant que la condition d'absence de fraude à la loi est souvent considérée comme faisant double emploi avec celle de la loi appliquée. Leurs rapports sont étroits puisqu'elles portent toutes deux sur l'analyse de l'application de la loi déclarée compétente en vertu de la règle de conflit du juge saisi : une loi frauduleusement appliquée par le juge étranger n'est *a priori* pas celle qui aurait dû être compétente en vertu de la règle française de conflit de lois. En ce sens, il y a une assimilation entre la compétence législative et la fraude à la loi, la première pouvant très bien répondre à l'objectif de la seconde<sup>7</sup>. Certains auteurs voient ainsi dans la condition de la loi appliquée un moyen suffisant de lutte contre le *forum shopping* ou la fraude à la loi<sup>8</sup>, dans la mesure où « le fait que la loi applicable dépende du tribunal saisi augmente encore l'intérêt du

<sup>1</sup> Paris, 10 novembre 1971, *JDI* 1973, p. 239, note HUET ; *RTD com.* 1972, p. 230, note LOUSSOUARN.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, préc.

<sup>3</sup> H. MUIR WATT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, préc., p. 403.

<sup>4</sup> G. HOLLEAUX, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 109, spéc. p. 116.

<sup>5</sup> B. AUDIT, n° 465. V. cep. TGI de Versailles, 15 juin 1999, (n° 99/00844), cité par M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *L'exequatur en France des jugements étrangers*, *Gaz. pal.* 16-17 juin 2004, spéc. p. 32, note 224.

<sup>6</sup> V. not. A. FERRER CORREIA, « La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (droit comparé) », *Estudos Vários de Direito*, Coimbra, 1982, p. 105 et s., spéc. p. 155.

<sup>7</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 727 ; B. GOLDMAN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1967, *JDI* 1969, p. 106.

<sup>8</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 385. Sur cette question v. B. ANCEL, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP* 1986-1987, p. 25 et s., spéc. p. 36 et s.

*forum shopping*, surtout si le pays de la reconnaissance n'exige pas que le tribunal ait appliqué la loi désignée par la règle de conflit du for »<sup>1</sup>. Dès lors, prévoir lors de la reconnaissance des décisions étrangères le respect de la règle de conflit française ne revient pas à imposer au juge étranger qu'il se conforme au droit international privé français. Cette condition serait plutôt un moyen d'avertir les intéressés, qui seraient tentés de saisir un juge étranger afin d'obtenir de lui ce qu'ils n'auraient eu du juge français en vertu de la loi applicable, que la décision obtenue au mépris de cette dernière ne sera pas reconnue dans son for<sup>2</sup>.

**722** — Dire que la condition de la loi appliquée peut seule parvenir à l'objectif recherché par la condition de l'absence de fraude n'étonne pas. Chacune des conditions de l'exequatur peut en effet remplir cette fonction, en raison du caractère subsidiaire de la réserve de la fraude à la loi<sup>3</sup>. S'agissant de la compétence législative, cette concordance peut aisément se vérifier. La condition a un double sens<sup>4</sup> : l'équivalence des désignations et l'équivalence des résultats. Selon le premier, la condition est remplie lorsque la règle de conflit étrangère appliquée par le juge étranger retient le même rattachement que la règle de conflit française. Néanmoins, si l'identité de rattachement conduit en principe à l'application d'une même loi, cette corrélation n'est toutefois pas absolue. Chacune des autorités apprécie selon ses propres conceptions la réalité du rattachement. Ainsi, une personne peut avoir plusieurs domiciles selon les conditions posées par chacune des lois en conflit. De même pour le rattachement par la nationalité et lorsque l'intéressé est binational, l'autorité faisant prévaloir la nationalité du for ou appréciant différemment un conflit de nationalités étrangères. Dans de nombreuses hypothèses donc, l'identité de rattachement ne permettra pas toujours le respect de la condition de la loi appliquée, d'un point de vue matériel. Néanmoins, à retenir cette identité de rattachement comme critère de validité de la condition de la loi appliquée, le jeu de celle-ci atteindra directement la fraude à la loi. Cette dernière se conçoit en effet traditionnellement comme procédant d'une modification de l'élément de rattachement. Dans cette hypothèse, la condition d'absence de fraude n'a *a priori* guère d'utilité. Toutefois, elle pourrait trouver un terrain d'application lorsque la manœuvre aura consisté à créer ou agir sur un conflit de nationalités, directement devant le juge étranger. De même, un changement de domicile peut ne pas être sanctionné sur le fondement de la condition de la loi appliquée si les règles de conflit française et étrangère retiennent ce critère. Pourtant, la modification de l'élément de rattachement conduit à l'application d'une loi différente de celle qui aurait été normalement appliquée par la règle de conflit française mais en vertu du même rattachement.

**723** — Dans le second sens, la condition est remplie, quelle que soit la loi appliquée, si cette dernière parvient au même résultat matériel que la loi désignée par la règle de conflit française. Dès lors, il est exact de constater que, sans véritablement atteindre les mêmes objectifs que la condition d'absence de fraude, celle de la loi appliquée en réduit l'intérêt à néant, la fraude tendant justement à rechercher un résultat matériel différent par l'exploitation des divergences législatives conflictuelles et matérielles des États. En ce sens, il n'y aura ici pas de fraude à défaut de résultat utile. Dans cette optique, il apparaît effectivement que le jeu de la condition de la loi appliquée atteint les objectifs de la condition d'absence de fraude, en ce sens que « l'exigence qu'ait été appliquée la loi étrangère désignée par la règle de conflit

<sup>1</sup> P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, éd. Dalloz, 1973, n° 238.

<sup>2</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 726. Sur cette fonction de la condition de la loi appliquée, v. C. WILLEMS, *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, *op. cit.*, n° 135 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 590 et s.

<sup>4</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 41.9 et s.

française a pour utilité première de sanctionner le cas échéant une fraude à la loi, avant de faire respecter un prétendu caractère impératif du règlement français de conflit »<sup>1</sup>. Toutefois, la condition de la loi appliquée ne fonde jamais à elle seule un refus d'exequatur, et le même sort semble réservé à la condition d'absence de fraude. En réalité, à retenir cette seconde conception, ces deux conditions apparaissent souvent complémentaires, sans que l'une ne prenne véritablement l'ascendant sur l'autre, dans la mesure où la condition de la loi appliquée est le plus souvent invoquée afin de sanctionner une fraude à la loi, fraude que les juges relèvent expressément ou non, afin de conforter leur décision<sup>2</sup>.

#### b) La distinction des deux conditions

**724** — De complémentaires, il faut pourtant admettre que ces deux conditions sont différentes, qu'elles ne font pas double emploi. L'amalgame provient d'une série de confusions entre la fraude à la loi, au sens du droit international privé, et la fraude en général, au sens large. Visant la première, l'arrêt *Munzer* conduit le juge à rechercher une hypothèse de fraude telle qu'elle est définie classiquement en matière de conflit de lois. La fraude à la loi peut dès lors être sanctionnée dans le cadre de la condition de la loi appliquée car sa démonstration indique que la loi appliquée n'était pas celle normalement applicable en vertu de la règle de conflit de lois française<sup>3</sup>. Toutefois, certains auteurs estiment qu'une telle fraude à la loi « ne se rencontre jamais dans les instances en reconnaissance »<sup>4</sup> puisque les parties parviennent à l'application d'une loi différente, non pas par la modification d'un élément de rattachement, mais par la saisine d'un juge étranger qui appliquera sa propre règle de conflit. Dès lors, la fraude à la loi ne peut pas être relevée faute pour son élément matériel d'être démontré. En ce sens, lorsque le juge de l'exequatur relève une fraude, il ne se réfère pas à la cinquième condition de l'arrêt *Munzer* mais plus exactement, et de manière erronée, à une fraude au sens large, qui sanctionne un comportement déloyal. Relever la fraude viendrait alors uniquement au soutien du non-respect de la condition de la loi appliquée, mais ne serait pas l'expression de la théorie de la fraude à la loi. Pour d'autres auteurs et en réponse à cette absence de transposition véritable de la fraude à la loi du conflit de lois dans le conflit de juridictions, la fraude à la loi retenue par l'arrêt *Munzer* viserait également une fraude au jugement, une fraude qui ne procède pas de la manipulation d'un critère de rattachement, mais qui se réalise par *forum shopping*<sup>5</sup>. Dès lors, la fraude au jugement peut être opposée à la décision étrangère, même celle qui a appliqué la loi compétente d'après la règle de conflit française<sup>6</sup>.

**725** — Ces deux visions de la fraude à la loi réalisée à l'étranger apparaissent respectivement exagérément restrictive et erronée. D'une part, la fraude à la loi telle qu'elle se réalise dans le conflit de lois peut tout à fait se retrouver dans l'instance en reconnaissance. La fraude à la loi telle qu'elle se présente devant le juge saisi est en effet la même, qu'elle se réalise devant le for ou devant un juge étranger. Si l'autorité de reconnaissance vient à

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, op. cit., n° 271. Adde H. BATIFFOL, P. LAGARDE, loc. cit. ; B. GOLDMAN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *JDI* 1964, p. 302 et s.

<sup>2</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 2<sup>de</sup> esp., note AUDIT ; *D.* 1978, IR, p. 99, obs. AUDIT ; – 2 octobre 1984, préc. ; – Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *JDI* 1997, p. 793, note LUCAS.

<sup>3</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 391.

<sup>4</sup> H. MUIR-WATT, *J.-Cl. inter.*, fasc. 584-4, 1990, n° 18.

<sup>5</sup> P. MAYER, V. HEUZE, n° 393 et s.

<sup>6</sup> É. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, éd. LGDJ, 1999, n° 659.

connaître de la décision étrangère, il peut tout à fait déceler une fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit étrangère, sans que la saisine du juge étranger n'ait été que le seul facteur d'application de la loi déclarée compétente. Le juge de la reconnaissance peut alors refuser de reconnaître la décision étrangère en raison de la présence d'une fraude à la loi, alors même que le juge étranger n'a pas cru bon de la relever directement<sup>1</sup>. La fraude à la loi réalisée à l'étranger et dont aurait à connaître le juge de la reconnaissance n'est en effet pas forcément le résultat du déplacement d'un sujet relevant de la compétence du juge français vers un pays tiers afin d'invoquer la décision rendue à l'étranger en France. Il peut tout aussi bien s'agir d'un ressortissant d'un pays tiers qui, ayant obtenu une décision suite à une fraude à la loi devant un juge étranger, vient à en revendiquer les effets devant le juge français, sans que la compétence de celui-ci n'ait été en aucune manière éludée. En ce sens, la fraude à la loi de l'arrêt *Munzer* peut effectivement s'entendre d'une fraude à la loi telle qu'elle est définie dans le conflit de lois, mais ce n'est pas seulement une fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit française, ni forcément le résultat d'un *forum shopping* au détriment du juge français. Il en découle que la fraude au jugement n'est pas la seule hypothèse où la condition d'absence de fraude peut se révéler utile. Elle n'en est d'ailleurs pas une, d'autre part, puisque la notion de fraude au jugement procède d'une dénaturaison de celle de fraude à la loi et que celle-là n'est en théorie qu'une application de celle-ci<sup>2</sup>. Ainsi, s'il est souvent exact que la condition de la loi appliquée parvient au même résultat que celle de l'absence de fraude, c'est en raison de la dénaturaison de cette dernière<sup>3</sup>. Mais leurs objectifs théoriques divergent et l'utilité de la condition d'absence de fraude apparaît alors même que celle de la loi appliquée est respectée.

**726** — La loi appliquée doit être celle désignée par la règle de conflit française. À envisager la fraude à la loi comme une manipulation de la règle de conflit, l'absence de fraude à la loi ne vise pas seulement la manipulation de la règle de conflit française. La fraude peut en effet procéder d'une manipulation de la règle de conflit étrangère dont le sujet revendique l'application devant un juge étranger, pour ensuite exercer les droits acquis dans un autre for. Ainsi, lorsque les parties résident dans le ressort du juge étranger ou ont sa nationalité, mais qu'elles manipulent le critère de rattachement afin de provoquer, en vertu de la règle de conflit étrangère, la compétence d'une loi autre que celle qui aurait été normalement applicable, elles se rendent coupables, le cas échéant, d'une fraude à la loi. Si les parties entendent se prévaloir en France du jugement ainsi obtenu, le juge de l'exequatur va procéder à son contrôle. Par hypothèse, le juge étranger est internationalement compétent en raison des liens étroits qui l'unissent au litige. De même et par hypothèse toujours, la décision respecte l'ordre public et les droits de la défense. En ce qui concerne la condition de la loi appliquée, de deux choses l'une : ou bien la loi appliquée en vertu de la règle de conflit étrangère est différente de celle retenue par la règle de conflit française, auquel cas la condition de la loi appliquée peut se suffire indépendamment de toute fraude ; ou bien la loi appliquée par le juge étranger est la même – en vertu de l'une ou l'autre des conceptions relevées – que celle retenue par la règle de conflit française, auquel cas la condition de la loi appliquée est remplie, alors la condition d'absence de fraude retrouve une utilité indépendante de celle des autres conditions de reconnaissance. En ce sens, non seulement la fraude à la loi peut se poser devant le juge de la reconnaissance mais également les conditions de la loi appliquée et d'absence de fraude à la loi

<sup>1</sup> Comp. É. PATAUT, *op. cit.*, *loc. cit.* qui estime qu'il « n'apparaît pas forcément opportun de sanctionner une fraude à la loi que le juge d'origine n'a pas jugé bon de relever, si celle-ci ne s'accompagne d'aucun *forum shopping* ». L'auteur considère (note 166) que cette hypothèse est difficilement imaginable en pratique.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 182 et s.

<sup>3</sup> V. sur cette confusion B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, note 1, p. 207.

sont autonomes car elles ne s'apprécient pas toujours d'après de la même règle de conflit. La fraude à la loi stigmatisée par l'arrêt *Munzer* n'est pas seulement la fraude par manipulation de la règle de conflit française, elle vise également et même essentiellement celle qui instrumentalise la règle de conflit de lois étrangère.

727 — Par exemple, soit un Français qui réside dans un pays étranger lequel, pour la catégorie du statut personnel, retient la loi du domicile. À suivre à la lettre la condition de la loi appliquée, la décision obtenue du juge étranger ne sera pas reconnue en France, à moins que les deux lois soient matériellement équivalentes. Pour pallier cet inconvénient, l'intéressé peut, devant le juge étranger, déclarer avoir son domicile en France ce qui sera d'autant plus plausible qu'il en a la nationalité. Si la manœuvre fonctionne, le juge étranger appliquera la loi française et la décision sera donc reconnue en France au titre de la condition de la loi appliquée. Afin de rejeter la décision étrangère, le juge de la reconnaissance peut relever une fraude à la loi, laquelle se trouve réalisée par la modification d'un élément de rattachement qui a permis la désignation d'une loi autre que celle normalement applicable. Il s'agit en l'espèce d'une fraude à la loi étrangère par application de la loi française. En ce sens, seule la condition d'absence de fraude à la loi conduit au refus de reconnaissance de la décision étrangère. Le même exemple pourrait être repris en supposant cette fois que la règle de conflit retienne la loi nationale. Si le Français change de nationalité par acquisition de la nationalité du for, d'autant plus plausible qu'il y réside habituellement, alors la décision étrangère sera accueillie en vertu de la condition de la loi appliquée, les deux règles de conflit utilisant le même rattachement.

728 — Ces hypothèses montrent que si les conditions de la loi appliquée et d'absence de fraude parviennent souvent au même résultat par dénaturation de la seconde, cette dernière reste toutefois utile dans la mesure où les objectifs assignés à chacune d'elles restent différents. Mais c'est surtout leur objet propre qui permet de mieux les différencier. Si la condition de la loi appliquée s'entend du respect de la loi rendue compétente par la seule règle de conflit de lois française, la condition d'absence de fraude à la loi ne concerne pas seulement la seule règle de conflit de lois française. Elle permet également de sanctionner la fraude à la loi par manipulation de la règle de conflit de lois étrangère, ce que n'autorise justement pas la condition de la loi appliquée. Il n'est donc pas possible de les confondre. Tout au plus la condition d'absence de fraude à la loi peut apparaître inutile, en raison de son caractère subsidiaire, lorsque la condition de la loi appliquée n'est pas remplie et plus généralement lorsque l'une au moins des autres conditions de l'arrêt *Munzer* ne l'est pas.

### **3. La fraude à la loi et la condition de conformité à l'ordre public français en matière internationale**

729 — Dans le cadre de la reconnaissance des décisions étrangères, la condition de respect de l'ordre public international peut, davantage que dans le conflit de lois, faire double emploi avec la condition d'absence de fraude à la loi. Si leur finalité et leurs effets respectifs postulent à leur différenciation<sup>1</sup>, il n'en reste pas moins qu'à ce stade, les deux exceptions entretiennent des liens très étroits, presque complémentaires, à un double niveau.

730 — D'une part, la condition d'absence de fraude joue un rôle complémentaire mais indépendant à l'égard de celle du respect de l'ordre public international prévue par l'arrêt

---

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 224 et s.

*Munzer*. Cette dernière est la même que celle entendue dans le cadre du conflit de lois. Le contenu est identique et le juge doit se référer aux principes de justice considérés comme universels à un moment donné ou aux politiques législatives de la France. Néanmoins, le degré d'intervention de l'ordre public n'est pas le même selon que le juge français est appelé à créer directement les droits ou, à l'inverse, à apprécier des droits acquis, sans fraude, à l'étranger<sup>1</sup>. L'effet atténué ne signifie pas que l'ordre public international n'intervient plus dès lors que la situation est créée à l'étranger. Il suppose des raisons particulièrement graves pour que soient remis en cause des droits acquis à l'étranger en vertu de l'application, par un juge compétent, de la loi normalement compétente. Dès lors, le sujet qui souhaite obtenir un résultat en vertu d'une loi étrangère qu'il sait ne pas pouvoir obtenir en France, non pas en raison de la règle de conflit de lois qui désigne cette loi compétente, mais en raison de sa contrariété à l'ordre public international, pris dans son effet plein, peut choisir de se rendre à l'étranger afin d'y créer, en vertu de cette même loi, le droit ou la situation qui aurait été autrement refusé par le juge français. De retour en France, il pourra revendiquer les effets de cette situation acquise, à moins que le jugement qu'il a obtenu, et non plus la loi, heurte de manière particulièrement grave l'ordre public français en matière internationale. En ce sens, « l'effet atténué apparaît, non plus comme un tempérament au jeu de l'exception d'ordre public, mais comme un outil de son contournement »<sup>2</sup>. Fréquente en ce qui concerne les répudiations et envisageable dans d'autres domaines, comme la polygamie<sup>3</sup> ou en matière de divorce, autant à une époque où il était interdit<sup>4</sup> que limité au divorce pour faute<sup>5</sup>, cette manœuvre de contournement correspond à ce qu'un auteur a appelé « la fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public »<sup>6</sup>. À voir cette fraude comme une catégorie de fraude à la loi, la condition d'absence de fraude à la loi de l'arrêt *Munzer* trouverait son utilité toutes les fois que la décision étrangère consacre une solution qui, si elle peut sembler choquante au regard de l'ordre public international, ne l'est pas assez au regard de son effet atténué. Toutefois, cette formule de fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public n'a de sens qu'en ce qu'elle permet de stigmatiser la possibilité de contournement offerte par l'opposition entre les effets plein et atténué de l'exception d'ordre public international. Elle ne serait qu'un argument de plus à l'abandon, parfois soutenu en doctrine, de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public<sup>7</sup>. D'un point de vue purement juridique, elle est artificielle, comme l'est la notion de fraude au jugement<sup>8</sup>.

**731** — En effet et d'autre part, l'intervention de l'effet atténué de l'exception d'ordre public international est elle-même conditionnée par l'absence de fraude. L'arrêt *Rivière* prévoit que pour être confrontés à l'ordre public international de l'État requis dans son seul effet atténué, les droits acquis à l'étranger doivent l'avoir été « sans fraude ». Dès lors que la situation créée à l'étranger l'a été de manière frauduleuse, la décision étrangère soumise au

<sup>1</sup> Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATIFFOL ; *JDI* 1953, p. 860, note PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note BUCHET ; *GADIP* n° 26.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Jugement étranger (Matières civile et commerciale) », *op. cit.*, n° 154.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 1958, *Rev. crit. DIP* 1958, 110, note JAMBU-MERLIN ; *JDI* 1958, p. 776, note PONSARD ; *D.* 1958, p. 265, note LENOAN ; *JCP* 1958, II, 10488, note LOUIS-LUCAS ; *GADIP* n° 30 ; – 19 février 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI* 1963, p. 986, note PONSARD ; *GADIP* n° 31.

<sup>4</sup> Civ., 28 février 1860, *Bulkley*, *S.* 1860, I, 210 ; *D.* 1860, I, 57 ; *GADIP* n° 4.

<sup>5</sup> Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, préc.

<sup>6</sup> I. FADLALLAH, note sous Paris, 6 juillet 1982 et Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 336.

<sup>7</sup> Not. R. LIBCHABER, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> s.*, sous la dir. de Th. REVET, éd. Dalloz, 1996, p. 65 et s. ; P. HAMMJE, « L'effet atténué de l'ordre public », in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, éd. Pedone, 1999, p. 87 et s.

<sup>8</sup> Cf. *supra* n° 182 et s.

juge français ne peut bénéficier de l'effet atténué de l'exception d'ordre public international, laquelle retrouve toute son intensité et s'oppose dans son effet plein. C'est ce qui a été décidé dans une affaire de divorce migratoire où, après avoir reproduit le principe de l'arrêt *Rivière* et constaté une fraude à la loi, le tribunal considère « qu'en raison de la fraude commise, le jugement de divorce prononcé à Ciudad Juarez dans des circonstances contraires à la conception française de l'ordre public, est inopposable en France »<sup>1</sup>. La fraude n'est donc pas le fondement de la décision mais seulement une condition préalable à l'intervention de l'effet plein de l'exception d'ordre public, condition nécessaire puisque l'effet atténué permettait à cette époque de reconnaître un divorce par consentement mutuel prononcés à l'étranger.

**732** — Reste alors à savoir à quelle fraude l'arrêt *Rivière* subordonne l'intervention de l'exception d'ordre public international dans son effet plein. S'il s'agissait de la notion de fraude à la loi *stricto sensu*, les exemples qui ont donné lieu à cette notion – les répudiations – ne pourraient véritablement commander l'effet plein de l'exception d'ordre public international en écartant son effet atténué. Pour que l'effet plein intervienne, il faudrait en effet se trouver en présence d'une véritable fraude à la loi, c'est-à-dire la création ou la dénégation d'une situation internationale par le biais d'un acte ou d'un fait juridique préparatoire. Or, en ce qui concerne les hypothèses jurisprudentielles de répudiations ayant appelé la formule de fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public, il ne s'agissait pas d'une fraude à la loi, faute de création d'une situation internationale nouvelle. Dans ces hypothèses en effet, le mari ne faisait qu'exploiter une situation internationale préexistante. En ce sens et si la fraude visée par l'arrêt *Rivière*, dont la formule a justement été reprise par l'arrêt *Rohbi*, est une fraude à la loi *stricto sensu*, l'exception d'ordre public international ne peut intervenir dans son effet plein à l'encontre des répudiations étrangères – sauf hypothèse de naturalisation frauduleuse – mais seulement dans son effet atténué. Toutefois, dans la mesure où elle ne vise pas expressément la « fraude à la loi », il est possible d'admettre que la fraude visée par l'arrêt *Rivière* s'entend d'une fraude au sens large. Cette formule « sans fraude » embrasse donc toutes les sortes de fraudes : fraude à la loi, fraude à la juridiction, fraude aux droits de la défense. Son sens large permettrait même d'intégrer les manœuvres constitutives d'un abus de droit, voire d'une simulation<sup>2</sup>. Ainsi, la démonstration d'une fraude au sens large permet à l'exception d'ordre public international d'intervenir dans son effet plein et donc de rendre inutile la condition d'absence de fraude à la loi. Dès lors, la notion de fraude à l'intensité de l'exception d'ordre public est juridiquement artificielle puisque le contournement de l'effet plein, par hypothèse déloyal quelle qu'en soit la qualification juridique, ne permet pas de limiter l'exception d'ordre public international dans l'État requis à son seul effet atténué mais provoque l'intervention de son effet plein. Il n'y aura donc pas de fraude, faute pour la manœuvre d'avoir été efficace.

**733** — Il en résulte que les conditions d'absence de fraude et de respect de l'ordre public, bien que fondamentalement différentes dans leur contenu et leur structure<sup>3</sup>, sont particulièrement complémentaires au stade de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères. En raison du caractère subsidiaire de l'exception de fraude à la loi et de la soumission de l'effet atténué de l'exception d'ordre public international à l'absence de fraude – au sens large –, la condition d'absence de fraude à la loi de l'arrêt *Munzer* ne trouvera un

<sup>1</sup> TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, *Gaz. pal.* 1965, 2, p. 411.

<sup>2</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil. Introduction générale*, op. cit., n° 812.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 224 et s.

terrain d'application théorique<sup>1</sup> que dans l'hypothèse où, indépendamment de la question de la fraude à la loi, la décision obtenue ne sera pas elle-même contraire à l'ordre public.

#### B. L'ABSENCE DE FRAUDE A LA LOI : CONDITION AUTONOME DE REGULARITE DES DECISIONS ETRANGERES

**734** — Prévue de façon distincte par rapport aux autres conditions de l'arrêt *Munzer*, la condition d'absence de fraude à la loi est néanmoins en pratique très rarement utilisée et elle n'est en général par reprise dans les législations étrangères ou les textes internationaux. Il convient dès lors d'étudier son rôle de *lege lata* (1) puis de *lege ferenda*, dans le cadre d'un assouplissement des conditions de reconnaissance et d'exequatur des décisions étrangères (2).

##### 1. La condition d'absence de fraude à la loi de *lege lata*

**735** — Des développements qui précèdent sur la place et le rôle de la condition d'absence de fraude à la loi parmi les autres conditions de droit commun de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, il apparaît souvent que la « condition d'absence de fraude n'est (...) pas autonome puisqu'elle peut s'interpréter comme une spécification apportée aux conditions de compétence du tribunal étranger et de conformité au règlement français de conflit de lois »<sup>2</sup>. Dès lors, « tant au plan de la loi applicable qu'à celui de la compétence indirecte, la condition envisagée est pratiquement dénuée d'autonomie, c'est-à-dire d'effet propre »<sup>3</sup>. Bien souvent en effet, la condition d'absence de fraude à la loi, alors même qu'elle est invoquée par le juge pour refuser de reconnaître la décision étrangère qui lui est soumise, ne constitue pas le fondement de la décision de refus mais intervient simplement au soutien de cette décision. Le jugement étranger, fût-il obtenu par fraude, se voit dénué d'effet en France en raison de l'incompétence de la juridiction étrangère, de la loi appliquée au fond ou de sa contrariété à l'ordre public. Si une fraude à la loi est relevée, elle sert souvent plus à justifier le non-respect d'une autre condition, notamment les deux premières, qu'à motiver en tant que tel le rejet de la décision étrangère. Dans d'autres cas, la condition d'absence de fraude à la loi n'est pas même examinée par le juge de l'exequatur et ne figure ainsi pas dans l'attendu de la décision<sup>4</sup>.

**736** — Si ces conclusions sont exactes, il n'en reste pas moins qu'elles ne permettent pas de conclure à l'absorption complète de la condition d'absence de fraude à la loi parmi les autres conditions de l'exequatur. Il a été montré également que la condition d'absence de fraude à la loi présente non seulement une spécificité théorique indéniable mais aussi une utilité pratique qui, si elle est rare, n'en est pas moins réelle. Sa rareté d'application dans son effet plein tient essentiellement à son caractère subsidiaire<sup>5</sup>, lequel ne commande l'application de la réserve de la fraude à la loi que lorsque aucun autre moyen ne peut mettre en échec la manœuvre qui, dès lors, prend sa véritable qualification de fraude à la loi. L'absence de fraude à la loi pourra ainsi intervenir dans des hypothèses où les autres conditions de reconnaissance

<sup>1</sup> En pratique, il peut toujours être utile de stigmatiser une fraude à la loi, même si le juge dispose d'un autre moyen pour remettre en cause la manœuvre.

<sup>2</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 41.11.

<sup>3</sup> B. AUDIT, n° 468.

<sup>4</sup> V. ainsi la formule-type utilisée dans certaines décisions du TGI de Paris, in M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *L'exequatur en France des jugements étrangers*, op. cit., spéc. p. 34.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 590 et s.

ne permettraient pas de refuser la reconnaissance de la décision étrangère<sup>1</sup>. Ainsi sur le terrain de la compétence internationale indirecte, une fraude à la loi sera tout à fait possible, soit en présence d'une fraude à la juridiction ou d'un abus du droit d'option de compétence internationale – auquel cas la sanction de la fraude à la loi sera théoriquement inutile en raison de son inefficacité – soit lorsque la première condition de l'arrêt *Munzer* est remplie – auquel cas la condition d'absence de fraude à la loi retrouve son utilité. La fraude visée par l'arrêt *Simitch*<sup>2</sup> n'instrumentalise pas en effet la même règle de conflit que la fraude à la loi *stricto sensu* et donc n'intervient pas au même moment du raisonnement conflictuel. Elles sont donc tout à fait indépendantes dans leur constitution et, par conséquent, dans leur sanction, même si l'anéantissement de la première, située en amont, atteint fatalement la seconde, située en aval. Sur le terrain de la loi appliquée, « la notion de fraude à la loi ne peut intervenir que si les deux règles de conflit, étrangère et française, coïncident, car sinon le juge français aura déjà refusé l'exequatur pour incompétence de la loi appliquée »<sup>3</sup>.

**737** — C'est le cas d'une affaire dans laquelle des héritiers se sont entretenus avec la première épouse divorcée du *de cuius* pour obtenir d'une juridiction étrangère, en dehors et à l'insu de la seconde épouse, conjointe survivante et légataire universelle, une décision restituant à la première la qualité d'épouse du *de cuius* afin d'évincer la seconde de la succession du défunt. Les juges ont considéré « que de telles manœuvres, qui portent atteinte à la loyauté de la procédure, sont constitutives d'une fraude ayant pour conséquence de rendre inefficace en France le jugement syrien »<sup>4</sup>. Dans cette affaire, les autres conditions de reconnaissance ne pouvaient apporter une réponse satisfaisante dans la mesure où la procédure d'annulation du premier divorce a été portée devant une juridiction compétente en raison de la nationalité syrienne de la première épouse et du *de cuius*, laquelle juridiction a appliqué la loi compétente d'après la règle de conflit française et rendu une décision d'annulation du divorce conforme à l'ordre public français en matière internationale<sup>5</sup>. De plus, aucune violation ni fraude aux droits de la défense de la seconde épouse ne pouvaient être relevées dans la mesure où, malgré les conséquences inévitables de l'annulation du précédent divorce de son mari sur la validité de son propre mariage, celle-ci n'avait pas à être partie à l'instance, faute d'intérêt direct et personnel. Dès lors, seule la condition d'absence de fraude à la loi permettait de fonder le refus de reconnaissance du jugement étranger d'annulation du divorce. Or, cette fraude était bien présente en l'espèce mais il ne s'agissait pas d'une fraude à la loi au sens du droit international privé. Les héritiers n'ont en effet créé ni dénié aucune situation internationale, ils ont seulement exploité la situation internationale dans laquelle étaient placés les protagonistes de la succession du *de cuius* pour saisir un juge étranger disposé à annuler le divorce de celui-ci. Cette demande d'annulation n'avait d'autre but que d'évincer de la succession la seconde épouse afin que les héritiers reçoivent l'ensemble de la succession. Une telle manœuvre peut donc apparaître comme un abus de droit des héritiers au détriment de la seconde épouse. Dans cette affaire, les juges adoptent ainsi une conception large de la fraude<sup>6</sup>.

**738** — Dans le cadre de la rénovation de la sanction de la fraude à la loi, il convient d'inclure, dans la condition d'absence de fraude de l'arrêt *Munzer*, la réserve de l'abus de droit,

<sup>1</sup> B. AUDIT, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 83.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, préc.

<sup>3</sup> D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, *op. cit.*, n° 331.

<sup>4</sup> Paris, 10 juin 1972, *D.* 1973, p. 296, concl. CABANNES ; *JDI* 1974, p. 150, note DEBY-GERARD.

<sup>5</sup> CABANNES, note préc., p. 298.

<sup>6</sup> En ce sens, F. DEBY-GERARD, note préc., p. 152.

afin d'éviter justement ces qualifications erronées. Dans cette optique, le caractère autonome de la condition d'absence de fraude à la loi apparaît toutes les fois que les autres conditions de reconnaissance ne permettent pas de refuser effet à la décision étrangère. Dans la mesure où l'arrêt *Munzer* érige l'absence de fraude en condition autonome, l'irrégularité « du jugement frauduleusement obtenu est donc la sanction immédiate de la fraude et non la conséquence seconde de l'inopposabilité de la manœuvre frauduleuse »<sup>1</sup>. Il n'en reste pas moins que la fraude à la loi à ce stade est la même que celle qui se rencontre en matière de conflit de lois. Il apparaît dès lors que si la sanction de la fraude à la loi permet de rejeter directement la décision étrangère, l'irrégularité ne peut être prononcée que si la manœuvre à l'origine de cette décision a été déclarée frauduleuse, donc inopposable. En ce sens, si la fraude à la loi est le fondement de l'irrégularité de la décision étrangère, l'inefficacité de la manœuvre frauduleuse originelle est le moyen de cette sanction. Cet effet annonce également les limites de la réserve de la fraude à la loi réalisée à l'étranger, laquelle remet seulement en cause, dans le for requis, les effets de l'acte obtenu en fraude et non l'acte en lui-même<sup>2</sup>.

**739** — L'intérêt d'une condition autonome d'absence de fraude à la loi et d'abus de droit peut également apparaître en droit conventionnel. Ainsi, la question du contrôle de la fraude à la loi fit l'objet de vifs débats lors de l'adoption de la Convention de Bruxelles 2 du 28 mai 1998, notamment avec l'Irlande qui, à cette époque, venait tout juste d'admettre le divorce. Le système mis en place, fondé sur le seul divorce pour faute grave, reste très restrictif et ce pays pouvait craindre que le libéralisme de la convention ne soit utilisé pour forcer les autorités irlandaises à reconnaître des divorces qu'elles n'auraient, dans les mêmes circonstances, jamais prononcés. La convention comme les Règlements (CE) de Bruxelles 2 et 2 *bis* prévoient en effet que la reconnaissance d'une décision rendue en matière de désunion ne peut être refusée au motif que la loi de l'État membre requis ne permettrait pas cette désunion sur la base de faits identiques<sup>3</sup>. Sans viser expressément la fraude à la loi, cette restriction à la non-reconnaissance rend *a priori* impossible la sanction d'une manœuvre qui justement tend à rechercher à l'étranger le bénéfice d'une loi substantiellement différente de celle de l'État requis. Comme l'explique le rapporteur de la convention, « la reconnaissance par l'Irlande des décisions de divorce rendues dans d'autres États membres sur la base de règles ou de motifs plus libéraux que ceux en vigueur dans ce pays ne pose pas, en soi, de problème. Toutefois, l'Irlande souhaite pouvoir vérifier si les parties qui demandent le divorce ont effectivement résidé de manière habituelle dans l'État membre concerné, afin d'écarter les cas de fraude ou de détournement des objectifs de la convention qui pourraient être contraires à la constitution irlandaise »<sup>4</sup>. La réserve de la fraude à la loi ainsi réclamée n'a cependant pas été retenue dans le texte de la convention. Selon ses rédacteurs, l'admettre aurait été contraire à l'esprit de confiance mutuelle qui fonde la convention<sup>5</sup>.

**740** — Cependant, cet objectif des règlements communautaires, plus largement des textes internationaux, n'apparaît pas radicalement remis en cause par la réserve de la fraude à la loi, dans la mesure où celle-ci ne stigmatise que le comportement des parties et non pas

<sup>1</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 67.

<sup>2</sup> Cf. *infra* n° 761 et s.

<sup>3</sup> Respectivement art. 17, art. 18 et art. 25.

<sup>4</sup> A. BORRAS, *JOCE* C221 du 16 juillet 1998, p. 27 et s., n° 129.

<sup>5</sup> Ce principe de « confiance mutuelle » est fréquemment invoqué pour rejeter l'interférence de mécanismes régulateurs au fonctionnement des textes communautaires de compétence judiciaire. V. not. CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, préc., pt. 24 à 28 ; - 9 décembre 2003, *Gasser*, préc., pt. 72.

directement l'autorité étrangère ou la pertinence d'un système. Opposer la fraude à la loi à une décision étrangère souffre ainsi moins des implications théoriques sur le plan des relations internationales qu'une opposition purement objective qui peut davantage passer pour un refus de collaboration internationale. La seule ombre diplomatique que la théorie de la fraude peut créer réside dans l'affirmation selon laquelle l'autorité étrangère se serait prêtée à la manœuvre, qu'elle aurait permis la réalisation de la fraude par la compétence, en ne vérifiant pas, par exemple, si l'un des époux n'avait pas antérieurement engagé une procédure devant le juge du domicile naturel. D'un point de vue général et peut-être de façon abstraite, la théorie de la fraude peut remplir, face à ces conditions objectives, un rôle de courtoisie internationale<sup>1</sup>. Elle permet en effet, en ne stigmatisant que le comportement des parties, d'éviter au juge de l'exequatur d'affirmer directement que l'autorité étrangère n'en est pas une, qu'elle n'a pas, par ignorance, négligence ou complaisance, relevé son incompétence ou qu'elle n'a pas appliqué la bonne loi. De même, l'exception d'ordre public peut rapidement devenir offensante pour le pays dont la décision est rejetée et s'interpréter comme une entrave ou une dénégation de la diversité des cultures. Plus globalement, l'exacerbation des divergences entre les systèmes nuit à la collaboration internationale et, par voie de conséquence, à la circulation des décisions et donc des personnes. Les règlements communautaires illustrent cette volonté de favoriser la libre circulation des jugements en matière matrimoniale en réduisant les motifs de non-reconnaissance au minimum, parmi lesquels ne figure pas l'absence de fraude à la loi. Si la condition du respect de l'ordre public de l'État requis est exigée, cette condition est tempérée par le refus de prendre en compte la disparité matérielle de la loi appliquée et de la loi du juge requis<sup>2</sup>. De même, le juge de l'État requis ne peut vérifier la compétence du juge dont la décision est examinée, ni directement, ni par le biais de l'ordre public<sup>3</sup>. Ces restrictions au contrôle de la reconnaissance traduisent une volonté de coopération entre les différents États membres et surtout de prémunir la paralysie du texte au stade de son application. Il semble au contraire que les réserves de la fraude à la loi et d'abus de droit ne peuvent subir ces critiques dans la mesure où elles sont dirigées contre les parties et non contre un système. Ainsi, dans le cadre de la Convention de Bruxelles 2, la demande de l'Irlande a été prise en compte et cet État put se réserver le droit de contrôler le caractère loyal de la saisine de tribunaux étrangers par des ressortissants irlandais<sup>4</sup>. Il ne s'agissait pas d'une réserve de la fraude à la loi mais plutôt d'une vérification de la compétence internationale indirecte, à l'instar de celle effectuée en droit commun français<sup>5</sup>. Cette possibilité n'a été toutefois acceptée que pour une période transitoire de cinq années renouvelable. Avec le communautarisation de la convention, cette déclaration devient caduque, les règlements étant directement applicables, sans aucune réserve. Il n'en reste pas moins que la consécration par la CJCE d'un principe général de fraude et d'abus de droit dans l'ordre communautaire permet d'opposer l'un de ces deux principes lorsque la mise en œuvre des règlements communautaires s'avère frauduleuse ou abusive<sup>6</sup>.

**741** — La condition d'absence de fraude est prévue dans certaines conventions internationales, mais qui ne visent pas toujours expressément la fraude à la loi. Ainsi, la Convention de La Haye du 15 avril 1958, sur la compétence du for contractuel en cas de vente

<sup>1</sup> En ce sens, Ph. FRANCESKAKIS, débats sous G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, éd. Dalloz, p. 117 et s., spéc. p. 138.

<sup>2</sup> Art. 15 § 1 et 18 du Règlement de Bruxelles 2 ; art. 22 al. 1<sup>er</sup>, a) et 25 du Règlement de Bruxelles 2 *bis*.

<sup>3</sup> Art. 17 du Règlement de Bruxelles 2 ; art. 24 du Règlement de Bruxelles 2 *bis*.

<sup>4</sup> *JOCE* C 220 final, 1999, § 4.3, p. 7.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, préc.

<sup>6</sup> Sur cette consécration, cf. *supra* n° 118 et s., n° 401, n° 422 et s., n° 630.

à caractère international d'objets mobiliers corporels, dispose en son article 5.5, que le jugement rendu dans un des États contractants doit être reconnu si, notamment, « de l'avis du tribunal requis, le jugement n'est pas le résultat d'une fraude dont le juge étranger n'a pas été appelé à connaître ». La fraude visée ici semble plutôt désigner, à défaut de précision, une fraude au sens large qui inclut autant la fraude à la loi que la fraude à la juridiction, voire la saisine abusive du for contractuel. *A priori* plus limitée dans son objet est la réserve de la fraude prévue par l'article 5.2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, qui dispose que la reconnaissance ou l'exécution de la décision peut être refusée, notamment, « si la décision résulte d'une fraude commise dans la procédure ». Cette fraude semble viser seulement la fraude aux droits de la défense, celle qui par exemple aurait consisté à obtenir d'une juridiction étrangère une condamnation du débiteur en dehors de sa présence<sup>1</sup>. Toutefois, la formule employée peut permettre d'intégrer toutes les fraudes, quelle que soit leur nature – fraude à la loi, fraude à la juridiction – réalisées au cours de la procédure. Ces deux derniers types de fraude, comme celle qui atteint les droits de la défense, sont nécessairement commises au cours d'une procédure puisqu'elles nécessitent, l'une comme l'autre, l'intervention d'une autorité étatique<sup>2</sup>. La même formule est utilisée par l'article 28 § 1, e) du projet de Convention de La Haye sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale<sup>3</sup>. La même formule est également utilisée par la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, en son article 9, d). Cette interprétation extensive de la notion de « fraude commise dans la procédure »<sup>4</sup>, qui intègre la fraude à la loi et ne vise pas seulement la fraude aux droits de la défense à laquelle elle fait naturellement référence, peut se justifier par le fait que ces conventions ou projet prévoient comme autre cause de refus de reconnaissance l'absence ou le retard de notification de l'acte introductif d'instance au défendeur<sup>5</sup>.

**742** — En droit international privé comparé, la condition d'absence de fraude à la loi est rarement conservée dans les motifs de refus de reconnaissance des décisions étrangères. Elle est notamment prévue par le Canada, pour ses provinces anglaises<sup>6</sup> ou en Irlande<sup>7</sup>. La condition est également présente dans le Code de droit international privé belge<sup>8</sup>, en son article 25 § 1, 3°. Dans ce dernier texte, la réserve de la fraude à la loi est doublement restrictive. Elle ne joue d'une part que pour les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Cette qualification doit théoriquement s'opérer selon le droit belge qui intègre notamment dans cette catégorie les rapports familiaux. D'autre part, la fraude à la loi

<sup>1</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-020396 ; *JCP* 2003, IV, 2828 ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 32, note NIBOYET, en matière de divorce.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 438 et s.

<sup>3</sup> Selon le texte adopté par la commission spéciale de la Conférence de droit international privé de La Haye, cf. « Résumé des résultats des discussions de la Commission II de la Première Partie de la Conférence Diplomatique », 6-20 juin 2001, p. 24, note 160, [www.hech.net](http://www.hech.net).

<sup>4</sup> Pour des ex., v. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, préc. ; – TGI de Créteil, 28 septembre 1999 (n° 99/00059), cité par M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *L'exequatur en France des jugements étrangers*, *op. cit.*, spéc. p. 22, note 115. Certains auteurs voient dans cette manœuvre une « escroquerie au jugement », M.-L. NIBOYET, L. SINOPOLI, *op. cit.*, spéc. pp. 22, 32 et 42, qui peut s'apparenter en une « fraude aux droits procéduraires d'autrui », M.-L. NIBOYET, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, préc.

<sup>5</sup> Art. 28 § 1, d) du projet de Convention de compétence universelle ; art. 6 de la Convention de 1973 ; art. 9, c) de la Convention de 2005.

<sup>6</sup> G. GOLDSTEIN, É. GROFFIER, J.-Cl. comp., v° « Québec et Provinces anglaises », 1996, n° 80.

<sup>7</sup> P. WARD, J.-Cl. comp., v° « République d'Irlande », 2001, n° 106 et 109.

<sup>8</sup> *Rev. crit. DIP* 2005, p. 160.

sanctionnée est seulement la fraude au détriment de la loi désignée par la règle de conflit de lois belge, la règle de conflit de lois étrangère, laquelle a pourtant été le vecteur de la fraude à la loi réalisée à l'étranger, n'a pas à être examinée. Le contrôle de la fraude à la loi se résout ainsi par la question préalable de la loi appliquée en vertu de la règle de conflit de lois belge. Elle n'en garde pas moins un caractère autonome dans la mesure où seule la démonstration de l'intention frauduleuse permet de rejeter une décision étrangère qui n'aurait pas appliqué la loi compétente d'après la règle de conflit de lois belge. Cette disposition montre que la condition d'absence de fraude à la loi, si elle est théoriquement et en pratique autonome et utile même parmi les autres conditions, son champ d'application ne sera étendu que par l'assouplissement des motifs de refus de reconnaissance des décisions étrangères.

## 2. La condition d'absence de fraude à la loi de *lege ferenda*

743 — L'allègement des conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères envisagé ici s'entend uniquement de la suppression de la condition de la loi appliquée. Les trois autres conditions de droit commun – la compétence du juge qui a statué ; l'absence d'atteinte à l'ordre public international ; l'absence de fraude à la loi – semblent en effet irréductibles en raison de leurs objectifs propres. À l'inverse, inusitée et fortement critiquée en France, la condition de la loi appliquée est abandonnée dans presque tous les ordres juridiques<sup>1</sup> et aucune convention internationale ne la reprend<sup>2</sup>. Les textes internationaux les plus récents prévoient d'ailleurs expressément que le juge de la reconnaissance ne pourra pas refuser de reconnaître une décision étrangère au motif que la loi appliquée n'est pas celle qui l'aurait été devant le juge de l'État requis, ou encore que la loi appliquée permet un résultat qui n'aurait pas été obtenu si le juge de l'État requis avait été directement saisi<sup>3</sup>. Les acteurs<sup>4</sup> et les raisons<sup>5</sup> du débat de cet abandon sont connus. Il convient donc ici de se placer directement

<sup>1</sup> P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, op. cit., p. 59. Pour des ex. v. G. VAN HECKE, « Le contrôle de la loi applicable par le juge requis », *Rev. belge dr. inter.* 1991, p. 408. La condition est ainsi abandonnée notamment par l'Afrique du Sud (J.-Cl. comp., v° « Afrique du Sud », 1996, n° 88 et s.), l'Allemagne (art. 328 ZPO, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 170), le Brésil (art. 15 et 17 de la LIDC, J.-Cl. comp., v° « Brésil », fasc. 2, 1999, n° 146), le Canada (J.-Cl. comp., v° « Canada », 1996, n° 84), l'Espagne (J.-Cl. comp., v° « Espagne », fasc. 3, 2000, n° 125), la Grèce (art. 905 du cpc, J.-Cl. comp., v° « Grèce », fasc. 1, 1989, n° 53), l'Italie depuis la loi de 1995, art. 64 (J.-Cl. comp., v° « Italie », fasc. 4, 1997, n° 21), le Liban (art. 1014 npc, J.-Cl. comp., v° « Liban », fasc. 6, 1994, n° 26), le Maroc (art. 430 cpc, J.-Cl. comp., v° « Maroc », fasc. 4, 1994, n° 154), la Mauritanie (art. 313 cpc, J.-Cl. comp., v° « Mauritanie », 1998, n° 86), le Québec (art. 3155 du Code civil, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 574), la République Tchèque (art. 63 DIP, J.-Cl. comp., v° « République Tchèque », 1999, n° 172), la Roumanie (art. 167 et 168 de la loi du 22 septembre 1992, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 172), la Suisse (art. 25 et 27 de la LDIP, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 409 ; J.-Cl. comp., v° « Suisse », 2000, n° 9 et s.), la Tunisie (art. 11 de la loi du 27 novembre 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 382), le Venezuela (art. 53 de la loi du 6 août 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 392), l'ex-Yougoslavie (J.-Cl. comp., v° « Yougoslavie », 1999, n° 348). *Contra*, le Duché de Luxembourg (J.-Cl. comp., v° « Luxembourg », fasc. 3, 1995, n° 87) et la Turquie (seulement pour les matières qui concernent le statut personnel des Turcs, J.-Cl. comp., v° « Turquie », 1992, n° 496).

<sup>2</sup> Pour des exemples, v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 726, note 13. Récemment, v. ainsi l'art. 28 de l'avant-projet de Convention universelle de La Haye ; l'art. 23 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 ; les art. 23 et 24 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993.

<sup>3</sup> Art. 18 du Règlement (CE) du 29 mai 2000 ; art. 25 du Règlement (CE) du 27 novembre 2003. V. déjà l'art. 7 al. 1<sup>er</sup> de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> février 1971.

<sup>4</sup> Pour une liste v. not. H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dact., Paris, 1985, p. 602 note 1 ; B. ANCEL, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », op. cit., note 2, p. 43.

<sup>5</sup> V. ainsi J.-D. BREDIN, « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt Munzer », *TCFDIP* 1962-1964, p. 19 et s., spéc. p. 28 ; P. PICONE, op. cit., p. 59 et s. ; H. MUIR-WATT, op. cit., n° 542 et s. ; B. ANCEL,

dans une optique d'abandon de cette condition de la loi appliquée pour en apprécier les conséquences sur celle de l'absence de fraude à la loi. Sur ce point également les avis divergent : certains considèrent que la suppression de la condition de la loi appliquée entraînera automatiquement celle de l'absence de fraude, alors que pour d'autres, au contraire, cette suppression renforcera *ipso facto* le rôle de la dernière condition posée par l'arrêt *Munzer*.

744 — Pour les seconds en effet, « ce n'est qu'une fois supprimée la condition de conformité à la règle de conflit du for que la condition d'absence de fraude retrouvera son utilité »<sup>1</sup> « puisqu'elle permet de sanctionner la fraude par l'inefficacité du jugement sans avoir à passer par le relais, fermé, d'autres conditions »<sup>2</sup>. La corrélation entre une atténuation des conditions de reconnaissance et l'attention renforcée du juge sur les conditions subjectives dans lesquelles le jugement a été obtenu semble *a priori* aller de soi. Dans la mesure où le juge de l'État requis abandonne tout contrôle de la compétence législative, voire celui de la compétence indirecte du juge étranger<sup>3</sup>, il doit par un effet réflexe accentuer son contrôle au regard non seulement de l'absence de fraude mais également de l'ordre public français en matière internationale. Réduire les moyens de contrôle des décisions étrangères offre une plus grande liberté aux parties dans le choix d'un tribunal plus conforme à leurs intérêts lorsque la règle de conflit de juridictions permet ce choix de for. Supprimer la condition de la loi appliquée aurait la même conséquence : la règle de conflit française n'aurait plus ce caractère « universel », elle laisserait jouer en France le droit international privé étranger<sup>4</sup>.

745 — Cependant, pour certains auteurs, la suppression de la condition de la loi appliquée conduirait « inéluctablement » à celle de l'absence de fraude à la loi puisque celle-ci, pour se révéler, nécessite la démonstration qu'une loi a été éludée – la loi normalement compétente d'après la règle de conflit – au profit d'une loi compétente seulement en raison de l'action malicieuse des parties sur l'élément de rattachement<sup>5</sup>. Dès lors, rechercher une fraude à la loi conduit à réintégrer une condition par ailleurs supprimée, « à exercer de ce chef, sur le jugement étranger, un contrôle que l'on aura cependant banni, parce qu'il équivaut nécessairement à une « révision » »<sup>6</sup>. Ainsi, selon ces auteurs, « vérifier l'absence de fraude équivaut à vérifier la compétence législative »<sup>7</sup>. En droit positif, il apparaît en effet que les législations et conventions qui ont supprimé la condition de la loi appliquée éludent également celle de l'absence de fraude. Si la fraude reste présente, elle ne vise que celle « commise dans la procédure »<sup>8</sup>. Selon les rapporteurs de l'avant-projet de convention universelle de La Haye,

---

*op. cit.*, spéc. p. 36 et s. ; S. GRESSOT-LEGER, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? », *JDI* 2003, p. 767 et s.

<sup>1</sup> H. MUIR-WATT, *J.-Cl. inter.*, fasc. 584-4, *op. cit.*, n° 19.

<sup>2</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 67.

<sup>3</sup> Not. dans le cadre des règlements de Bruxelles 2 et 2 bis, sauf lorsqu'il s'agit d'une compétence exclusive.

<sup>4</sup> Comp. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 726, p. 584.

<sup>5</sup> F. DEBY-GERARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, éd. Dalloz, 1973, n° 504 ; P. MAYER, V. HEUZE, n° 391 *in fine* ; S. OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, éd. Schulthess, 1999, n° 98 et s. et les réf. citées ; C. BERNARD, *in Le divorce en droit international privé (France, Allemagne, Suisse)*, Actes du colloque de Strasbourg, 1979, p. 46 ; C. WILLEMS, *op. cit.*, n° 140.

<sup>6</sup> B. GOLDMAN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1967 *Bachir*, préc., p. 106.

<sup>7</sup> F. DEBY-GERARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>8</sup> Par ex. l'art. 28.1 e) de l'avant-projet de Convention universelle. La Roumanie retient également cette condition (*J.-Cl. comp.*, v° « Roumanie », 1995, n° 371 et s.). *Adde* l'Afrique du Sud, *J.-Cl. comp.*, v° « Afrique du Sud », 1996, n° 90.

il « peut s'agir d'une fraude à la compétence du tribunal, résultant parfois d'une collusion entre les parties. Le plus souvent, il s'agit d'une fraude commise par l'une des parties à la procédure envers le tribunal ou l'autre partie dans le but de produire des preuves inexactes ou de supprimer délibérément des preuves matérielles »<sup>1</sup>. La corrélation semble alors inéluctable.

**746** — Il est vrai qu'en reprenant la définition classique de la fraude, selon laquelle ne peut être fraudée qu'une règle obligatoire<sup>2</sup>, il est *a priori* logique de considérer que, du moment où le juge de l'exequatur ne vérifie pas la compétence législative, la loi désignée par la règle de conflit française n'a plus de caractère impératif lorsqu'il s'agit de reconnaître en France un jugement étranger. Dès lors, l'absence de fraude à cette loi n'a plus à être vérifiée. Aussi, la fraude à la loi n'est plus possible – ou du moins sanctionnée – puisque par hypothèse le juge est indifférent à la loi qui est appliquée par le juge étranger et au sort de celle désignée par sa propre règle de conflit. L'abandon du contrôle de l'absence de fraude serait ainsi inéluctable par cohérence théorique, afin de ne pas voir revenir par la fenêtre une condition chassée par la porte. En effet, « l'abandon de toute vérification de la loi appliquée correspond à une volonté de ne pas rouvrir un débat sur le fond. Le défendeur doit bénéficier d'une opportunité de se défendre mais il ne doit pas lui être donnée une deuxième occasion de le faire au moment de la reconnaissance et de l'exécution »<sup>3</sup>. L'avant-projet de convention universelle prévoit cependant la réserve de la fraude commise au cours de la procédure<sup>4</sup>, qui peut s'interpréter comme réservant, notamment, l'absence de fraude à la loi.

**747** — Toutefois, les objectifs de la condition de la loi appliquée et de l'absence de fraude à la loi sont différents. Celui de la première est de s'assurer de la compétence de la loi appliquée par le juge étranger : le juge de l'exequatur vérifie la réalité des facteurs de rattachement de la situation internationale et en tire les conséquences au regard de la règle de conflit française. L'objectif de la condition de l'absence de fraude à la loi est de s'assurer, si la loi appliquée au fond est compétente, que cette compétence ne provient pas d'une manipulation des éléments de rattachement, de la création ou la dénégation d'une situation internationale. Ainsi, le rejet du jugement étranger sur le fondement de la compétence législative s'analyse comme une violation directe de la règle de conflit française, alors que si le rejet se fonde sur la fraude à la loi, la violation n'est qu'indirecte : la loi est en apparence compétente mais l'intention frauduleuse conduit à ne pas en tenir compte. La condition de la loi appliquée ne concerne que l'apparence, elle ne sonde pas la réalité de cette compétence, elle la constate. En effet, une « loi est compétente dès lors qu'elle est désignée par la règle de conflits de lois applicable ; on n'a pas à rechercher au stade de la vérification de la compétence législative quelle était l'intention des plaideurs, on doit seulement rechercher l'existence de l'élément de rattachement nécessaire à l'application de la loi qui a effectivement joué. Si cet élément de rattachement fait défaut, la loi est alors déclarée incompétente, mais toujours en dehors de la volonté des parties. On ne scrute les intentions des plaideurs que si, la loi étant compétente, on soupçonne une manœuvre de leur part en vue de créer artificiellement une telle compétence »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> P. NYGH et F. POCAR, Doc. prélim. n° 11, 2000, art. 28.e).

<sup>2</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, op. cit., p. 63 et s.

<sup>3</sup> C. KESSEDJIAN, Doc. prélim. n° 9 relatif à l'avant-projet de Convention universelle de La Haye, 1998, n° 42.

<sup>4</sup> Art. 28 § 1, e).

<sup>5</sup> D. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, op. cit., n° 342. Adde J.-D. BREDIN, « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt Munzer », op. cit., pp. 21-22 qui écrit que les deux conditions sont autonomes car « la distinction d'une compétence réelle et d'une compétence apparente (...) paraît superflue :

En ce sens, il n'y a aucune incompatibilité à rechercher une absence de fraude à la loi alors que la condition de la loi appliquée a été abandonnée.

**748** — Au demeurant, sanctionner une fraude à la loi alors que la condition de la loi appliquée est respectée – en apparence – peut conduire finalement le juge à estimer que la loi normalement compétente est une loi qui ne l'est plus au regard de la condition de la loi appliquée. En effet, alors que le contrôle de la loi appliquée se fait exclusivement au regard de la règle de conflit française, le contrôle de l'absence de fraude à la loi s'effectue aussi bien d'après la règle de conflit française qu'étrangère. La fraude à la loi réalisée à l'étranger a, par définition, provoqué l'application de la loi compétente d'après les règles de conflit françaises, sinon la condition de la loi appliquée suffit à rejeter la décision étrangère. Si donc le juge de l'exequatur examine la condition d'absence de fraude à la loi et le cas échéant en sanctionne une, c'est parce que cette fraude a justement permis, en évinçant la loi normalement compétente d'après la règle de conflit de lois étrangère, de provoquer l'application d'une loi autre, qui se trouve être celle que désigne la règle de conflit de lois française. Dès lors, la sanction de la fraude à la loi dans cette hypothèse conduit le juge de l'exequatur à estimer que la loi appliquée par le juge étranger l'a été frauduleusement et donc qu'une autre loi était normalement applicable, qui n'est pas celle qu'aurait appliquée le juge français en vertu de sa propre règle de conflit de lois.

**749** — Ce que le juge de l'exequatur recherchera n'est pas de savoir si la loi désignée est compétente d'après telle ou telle règle de conflit, mais de vérifier que les parties n'ont pas provoqué l'application de cette loi en lieu et place d'une autre. Certes, cette démarche oblige le juge de l'exequatur à déterminer les lois en présence, mais cette détermination n'a pas d'autre conséquence que d'établir la fraude à la loi. Cette détermination est inéluctable parce qu'elle constitue l'un des trois éléments de la fraude à la loi. C'est en effet parce que la loi appliquée fait échec à une loi plus étroitement liée au litige que le juge de l'exequatur peut soupçonner une fraude éventuelle<sup>1</sup>. De là l'objection selon laquelle ce contrôle fait ressurgir la condition de la loi appliquée. Si l'objection est réelle, elle n'est toutefois pas déterminante ni même véritablement fondée. S'il est vrai que la démonstration de la fraude à la loi nécessite de rechercher quelle était la loi normalement compétente afin de la comparer à celle qui a été effectivement appliquée, cette recherche ne se fera pas nécessairement, comme pour la condition de la loi appliquée, au regard de la règle de conflit de lois française. Elle pourra également, et même le plus souvent, s'effectuer en vertu de la règle de conflit de lois étrangère. Les trois hypothèses de fraude à la loi, en fonction de leur configuration internationale, permettent de le démontrer.

**750** — Dans les hypothèses de fraude où les parties se sont déplacées d'un pays tiers vers un autre pays tiers, la fraude à la loi éventuelle doit se rechercher, pour son élément légal, dans la confrontation des règles de conflit de lois de l'État d'origine – afin de déterminer la loi normalement applicable – et de l'État de destination – afin de constater la loi frauduleusement appliquée. Ici, les parties ont manipulé la règle de conflit de lois étrangère sans que la règle de conflit de lois française ait eu vocation, à un moment ou un autre de la situation juridique, à désigner la loi applicable à cette situation<sup>2</sup>. Tout au plus le juge français intervient en aval pour

---

une loi est compétente si la règle de conflit la désigne. Elle ne cesse d'être compétente que si la règle de conflit ne la désigne pas ».

<sup>1</sup> H. MUIR-WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, note 4, p. 634.

<sup>2</sup> Par exemple dans l'affaire *Giroux*, Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, préc.

donner effet en France à la décision étrangère. Mais à aucun moment la règle de conflit de lois française n'est appelée à jouer un rôle quelconque dans la constatation de la fraude à la loi ainsi réalisée. Sanctionner cette fraude à la loi ne conduit donc absolument pas à faire ressurgir le contrôle de la loi appliquée, faute pour la règle de conflit de lois française d'avoir un rôle à jouer dans la démonstration de la fraude à la loi.

**751** — La situation est identique dans l'hypothèse inverse où la règle de conflit de lois française est appelée afin de déterminer la loi éludée normalement compétente, parce l'intéressé est parti de France vers un État étranger et qu'il revient revendiquer en France les droits ainsi acquis. Cette détermination, si elle s'effectue selon la règle de conflit de lois française, n'a pas d'autre objectif que celui de déterminer s'il existe une loi éludée. Le cas échéant, si le juge sanctionne une fraude à la loi normalement désignée par la règle de conflit française – qui peut tout aussi bien être une loi française qu'étrangère – alors effectivement le juge de l'exequatur ne donnera pas effet à un jugement étranger qui n'aura pas appliqué la loi désignée par la règle de conflit de lois française. Toutefois, cette constatation ne sera pas le fondement du refus de reconnaissance mais un simple préalable qui, en lui-même, n'a aucune conséquence sur le sort de la décision étrangère. Le fondement du rejet sera en effet la présence d'une fraude à la loi, dont l'existence est soumise à la démonstration supplémentaire des deux autres éléments de la fraude à la loi, matériel et intentionnel. La seule constatation que le juge étranger n'a pas appliqué la loi compétente d'après la règle de conflit de lois française ne conduira donc pas au rejet de la décision étrangère, à peine permettra-t-elle d'établir l'élément légal de la fraude à la loi, qui nécessite encore la preuve qu'une autre loi a été appliquée.

**752** — Dans ces deux hypothèses, le déplacement géographique de la situation entraîne que la démonstration de la fraude à la loi suppose l'examen comparé de deux règles de conflit de deux systèmes différents. Toutefois, dans d'autres hypothèses, une seule règle de conflit sera en cause afin de déterminer autant la loi éludée normalement compétente que la loi frauduleusement appliquée. C'est le cas lorsque le sujet ne change pas de for mais manipule directement, devant cette autorité, l'un des éléments du rapport conflictuel ayant une influence sur la désignation de la loi applicable. Si le juge français est appelé à se prononcer sur les effets en France de la décision ainsi obtenue, il pourra sanctionner cette fraude à la loi sans avoir à consulter, pour en déterminer l'élément légal, d'autres règles de conflit que celle de l'État d'origine. C'est en effet cette seule règle qui a été manipulée. La démonstration de l'élément légal de la fraude à la loi consistera simplement dans la mise en œuvre de cette règle de conflit en fonction de la situation originelle de l'intéressé et de celle qu'il revendique devant le juge. Ainsi, si la manœuvre consiste en un changement de nationalité, le juge français examinera quelle loi est déclarée compétente, en vertu de cette règle de conflit de lois du juge d'origine, selon l'une puis l'autre nationalité. Si effectivement cette mise en œuvre conduit à la compétence de deux lois différentes, l'élément légal de la fraude à la loi est démontré. Pour autant, le juge français n'a pas mis en œuvre sa propre règle de conflit de lois. La démonstration de cette fraude à la loi ne procède donc pas d'un contrôle de la loi appliquée tel qu'il est entendu dans l'arrêt *Munzer*, pas plus que dans les deux premières hypothèses.

**753** — Il apparaît dès lors que non seulement le contrôle de l'absence de fraude à la loi peut tout à fait survivre à celui de la loi appliquée, mais qu'en plus celui-ci ne retrouve pas sa positivité par le maintien de celui-là. Ainsi, alors même que la condition de la loi appliquée disparaît de la grande majorité des législations et de la totalité des textes internationaux, tout contrôle de la fraude à la loi n'est pas exclu pour autant. Quelques systèmes conservent la

condition d'absence de fraude à la loi alors qu'ils ont abandonné celle de la loi appliquée<sup>1</sup>. C'est le cas du Code de droit international privé belge<sup>2</sup>. Les auteurs de l'exposé des motifs de la proposition de loi relative à ce code écrivent ainsi que « la reconnaissance ne peut pas être refusée pour la seule raison que l'autorité étrangère a appliqué un droit autre que celui qui aurait été applicable selon le code. Un certain contrôle du droit appliqué est cependant maintenu dans le cadre du paragraphe premier, 3°, de l'article [25 §1]. Dans ce cas en effet, la seule raison pour refuser la reconnaissance n'est pas seulement le droit appliqué, mais encore la fraude commise par une partie »<sup>3</sup>. La Convention de La Haye du 15 avril 1958, en son article 5, ne reprend pas la condition de la loi appliquée mais prévoit celle d'absence de fraude. C'est le cas également pour la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires, du projet de convention de La Haye de compétence universelle, ainsi que de la Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for<sup>4</sup>.

**754** — De plus, en tant que principe général du droit, la théorie de la fraude à la loi n'a pas besoin d'être prévue par un texte pour pouvoir être opposée au sujet, notamment lorsqu'il revendique les effets de la décision obtenue suite à sa fraude. Ainsi, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 n'a pas retenu la condition de la loi appliquée ni même celle de l'absence de fraude à la loi. Pour autant, les juges français n'ont pas hésité à opposer la fraude au jugement à l'encontre de certaines répudiations obtenues au Maroc en vertu de cette convention<sup>5</sup>. En ce sens, malgré le principe de hiérarchie des normes qui voudrait qu'un principe général d'un État ne s'oppose pas à la mise en œuvre d'un texte international que ce même État aurait ratifié<sup>6</sup>, la réserve de la fraude à la loi comme celle de l'abus de droit peut s'opposer à la manœuvre déloyale commise dans le cadre d'un texte international, même s'il ne prévoit pas expressément cette réserve<sup>7</sup>. La consécration au niveau communautaire de la limite de la fraude à la loi et de l'abus de droit dans l'exercice des libertés communautaires vient également le rappeler<sup>8</sup>. Consacrés par la CJCE, ces deux principes ont vocation à intervenir dans la mise en œuvre des textes de droit international privé d'origine communautaire, comme les Règlements de Bruxelles 2 et 2 *bis*, alors même qu'ils ne retiennent pas les conditions de la loi appliquée, de l'absence de fraude à la loi et d'abus de droit.

**755** — En définitive, si des liens existent entre chacune des conditions exigées pour la reconnaissance des décisions étrangères, la condition d'absence de fraude, entendue largement et non pas seulement sous l'angle de la fraude à la loi, constitue, devant l'allègement inéluctable du contrôle de l'exequatur, « la seule arme des tribunaux français »<sup>9</sup>, qu'il s'agisse

<sup>1</sup> Par ex. le Canada pour ses provinces anglaises, G. GOLDSTEIN, É. GROFFIER, J.-Cl. comp., v° « Québec et Provinces anglaises », 1996, n° 80.

<sup>2</sup> Art. 25 § 1, 3°, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 160.

<sup>3</sup> J. LEDUC, Ph. MAHOUX, Ph. MONFILS, M. VANLERBERGHE, M. NAGY, F. LOZIE, « Proposition de loi portant le code de droit international privé. Exposé des motifs », sous Art. 25, disponible sur le site [www.senate.be](http://www.senate.be).

<sup>4</sup> Respectivement art. 5, art 28 § 1 et art. 9, d).

<sup>5</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; - 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPRez. Sur la fraude au jugement, qui n'est qu'une fraude à la loi, cf. *supra* n° 149 et s.

<sup>6</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, éd. LGDJ, 2001.

<sup>7</sup> Le respect de la hiérarchie des normes peut cependant amener le juge à apprécier l'opportunité de la sanction, cf. *infra* n° 811 et s.

<sup>8</sup> Cf. *supra* n° 118 et s., n° 401, n° 422 et s., n° 630.

<sup>9</sup> J. DEPRez, note sous Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 355.

d'apprécier la compétence internationale indirecte ou la compétence législative. En ce sens, ces conditions « pourraient être réduites à une seule, l'absence de fraude, qui les contient toutes et qui paraît traduire la véritable finalité de l'exequatur »<sup>1</sup>. Car ce « qui est au cœur de l'office du juge de l'exequatur (...) c'est de rechercher la fraude ; c'est à ce but primordial que tendent ses pouvoirs »<sup>2</sup>. Dans un sens identique, d'autres auteurs écrivent qu'il « n'est pas exclu que la position secondaire et accessoire de la fraude à la loi ne soit qu'une position d'attente et qu'un jour lui soit confié, en concours avec l'ordre public, un rôle de premier plan dans l'appréciation de la régularité internationale des jugements étrangers. Plus en effet le contrôle s'affaiblit et plus l'exigence d'absence de fraude prend d'importance »<sup>3</sup>. Ainsi, dans le cadre d'un abandon de la loi appliquée, « le seul moyen de lutter contre l'utilisation délibérée, par le plaideur, de la divergence internationale des règles de conflit est de mettre en œuvre l'exception de fraude »<sup>4</sup>. La suppression de la condition de la loi appliquée ne supprime pas la possibilité pour le juge de l'exequatur de vérifier la conformité d'un jugement étranger sur la base des trois autres conditions, lesquelles permettent de s'assurer de la conformité et de l'applicabilité en France de la décision étrangère<sup>5</sup>. De plus, la condition autonome d'absence de fraude à la loi doit être accompagnée d'une réserve de l'abus de droit dans les hypothèses où les parties auront choisi de manière abusive, en vertu de la règle de conflit appliquée, la loi applicable à leur rapport juridique, lorsque la manœuvre n'entre pas dans le cadre strict de la fraude à la loi.

---

<sup>1</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, n° 274 et réf. citées note 2, p. 207.

<sup>2</sup> Ph. MALAURIE, note sous TGI de la Seine, 23 mai 1960, *D.* 1960, p. 714.

<sup>3</sup> B. ANCEL, Y. LEQUETTE, n° 41.11.

<sup>4</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, n° 49.

<sup>5</sup> En ce sens, S. GRESSOT-LEGER, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? », *op. cit.*, p. 789.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

756 — Lorsqu'une fraude à la loi est relevée par l'autorité étatique, celle-ci doit en principe la sanctionner. Les modalités de la sanction de la fraude dépendront essentiellement du moment auquel cette sanction intervient. Lors de la résolution du conflit de lois, l'exception de fraude à la loi sanctionne non le résultat de la manœuvre, mais la manœuvre elle-même. La sanction du résultat n'en sera que la conséquence. Si l'inopposabilité de la manœuvre est la sanction de principe, la nullité du moyen ou du résultat de la fraude pourra dans certains cas être prononcée. Loin d'être une opposition purement théorique, le choix de la sanction dépend autant de la nature du préalable matériel que du lieu où ce préalable matériel se réalise. La sanction ne peut être la même selon que le préalable matériel est un acte ou un fait juridique. Dans le second cas, seule l'inopposabilité du moyen peut être prononcée. Dans le premier cas, la nullité comme l'inopposabilité peuvent tenir lieu de sanction, le choix entre l'une ou l'autre s'effectuant selon le lieu où le préalable se réalise. Réalisé en France, la nullité peut être prononcée. Réalisé à l'étranger, seule l'inopposabilité peut sanctionner la création frauduleuse.

757 — Mais c'est plus largement que la fraude à la loi peut être sanctionnée par l'autorité de contrôle. Dans la mesure où elle procède de la saisine d'une autorité étatique, la fraude à la loi s'analyse comme une fraude par la compétence judiciaire. En ce sens, elle peut être directement sanctionnée, suivant des modalités différentes, selon que la fraude par la compétence judiciaire s'exerce devant le for ou devant une autorité étrangère. Dans le premier cas, le for pourra apprécier la légitimité de sa propre compétence en opposant soit la réserve de la fraude à la juridiction, soit la réserve de l'abus de droit. La première permet de rendre la manœuvre inefficace de manière permanente, fondant l'incompétence de l'autorité. La réserve de l'abus de droit en revanche ne conduit qu'à déclarer ponctuellement inefficace la manœuvre. En ce sens, sans être incompétent, le for peut néanmoins refuser d'exercer sa compétence en raison du caractère illégitime de l'exercice de l'option de compétence judiciaire internationale, qui lui permet de déclarer la demande irrecevable. Il peut encore, en cas conflit abusif de procédures, aménager la règle *Prior tempore...* et, le cas échéant, procéder à un transfert de compétence afin de contourner directement la manœuvre du demandeur. Dans le second cas, lorsque la fraude par la compétence est réalisée à l'étranger, la fraude à la loi pourra être sanctionnée par la non-reconnaissance de la décision étrangère. Le plus souvent néanmoins, la condition d'absence de fraude sera concurrencée par les autres conditions de reconnaissance. À ce stade, la condition d'absence de fraude est ainsi tiraillée entre une fonction complémentaire et une fonction autonome. En réalité, aucune de ces deux conceptions n'est véritablement prédominante, la conception autonome s'impose en théorie alors que la conception complémentaire est révélée par la pratique. La condition d'absence de fraude ne pourra véritablement acquérir une fonction propre que par un allègement des autres conditions de reconnaissance. Loin de se contredire, ces deux aspects de la condition d'absence de fraude à la loi se complètent. Elle remplit ainsi un triple rôle. Elle peut intervenir de manière surabondante afin de stigmatiser le comportement des parties lorsque l'une des autres conditions de reconnaissance, indépendamment de l'existence d'une fraude à la loi, n'est pas réunie. Elle remplit alors un rôle de sanction purement morale. Elle peut encore intervenir de façon préalable pour permettre de caractériser le non-respect d'une autre condition, souvent

l'incompétence du juge qui a statué<sup>1</sup>, celle de la loi appliquée ou encore afin d'éviter de faire jouer l'ordre public international dans son effet atténué<sup>2</sup>. Dans cette hypothèse, elle n'est pas le fondement direct de la sanction, mais elle en constitue le préalable nécessaire. Elle peut enfin intervenir de manière autonome, lorsqu'aucune autre condition de reconnaissance n'aura permis de sanctionner indirectement la fraude par la compétence réalisée à l'étranger.

**758** — Dans tous les cas, la sanction aura pour objectif, au travers du cas considéré, de replacer le sujet de droit dans la situation qui était la sienne avant la manœuvre. Dès lors, quels que soient le fondement de la sanction et le mécanisme effectivement utilisé pour dénier tout effet à la manœuvre, il s'agit toujours de la rendre inefficace, de façon permanente ou ponctuelle, réalisant par-là l'unité fonctionnelle des mécanismes de sanction de la fraude internationale. Néanmoins, la sanction de cette même fraude présente certaines limites, en raison de la réalité de la situation que le principe d'inefficacité sanctionne.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, préc.

<sup>2</sup> Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, préc.



## Chapitre 2

### **L'UNITE STRUCTURELLE DES LIMITES DE LA SANCTION : LA REALITE DE LA SITUATION**

**759** — Lorsque la sanction est prononcée, soit que la situation frauduleuse ait été créée devant le for, soit qu'elle ait été acquise à l'étranger, elle conduit à remettre en cause la réalité de cette situation pour faire ressurgir la situation véritable, celle qui préexistait à la manœuvre. L'inefficacité dévoile la situation préexistante derrière le masque de la réalité créée par le sujet. Ainsi, le changement de nationalité ou de domicile ne sera pas pris en compte et l'individu sera considéré comme ayant conservé son ancienne nationalité ou son domicile précédent. De même, la situation acquise à l'étranger ne pourra produire ses effets : le divorce ne pourra rompre le mariage antérieur ; l'adoption ne pourra créer le lien de filiation souhaité. L'autorité de contrôle fera comme si la situation qui lui est présentée n'existe pas, elle n'en tiendra pas compte et tirera toutes les conséquences de cette sanction. Ainsi, les époux toujours mariés malgré une décision de divorce à l'étranger devront respecter les obligations du mariage ou tenter une nouvelle procédure, celle-là non frauduleuse ou abusive. Les adoptants ne pourront revendiquer des droits sur l'enfant et celui-ci, s'il a été adopté à l'étranger, sera renvoyé dans son pays et replacé dans la situation qui était la sienne avant l'adoption.

**760** — Néanmoins, cet effet de la sanction se trouve parfois contrarié par les faits mêmes que l'inefficacité remet en cause. Le fait que la situation ait été réelle, pendant un temps plus ou moins long, rend sa sanction particulièrement délicate et, surtout, parfois incomplète ou inopportune. En raison de l'internationalité de la situation et de la portée territorialement limitée de la sanction, la situation continue, dans certains cas, à déployer ses conséquences, malgré le prononcé de la sanction, en raison même de sa réalité que l'inefficacité est censée combattre. Bien qu'il ait été sanctionné, le préalable matériel peut ainsi continuer à produire ses effets dans la mesure où sa réalité intrinsèque n'a pas été fondamentalement contrariée. De même, une situation acquise à l'étranger peut, dans le même temps, être non reconnue sur le fondement de la fraude à la loi ou de l'abus de droit, mais continuer néanmoins à jouir de toute sa réalité. Dans ce cas, la sanction par l'inefficacité est limitée en raison de la rémanence de la réalité de la situation (Section 1). Dans d'autres circonstances, qui ne découlent pas forcément de cette première limite mais qui y sont parfois attachées, la réalité de la situation pourra directement conduire à refuser le prononcé de la sanction. La réalité de la situation sera parfois telle que l'autorité de contrôle écartera la sanction afin de maintenir la situation créée ou revendiquée par le sujet. Ici, ce n'est pas le principe même de la sanction qui est remis en cause, celui-ci reste acquis dès lors que la fraude ou l'abus est constaté. Dans la mesure où la fraude comme l'abus contredisent l'esprit et la finalité du droit et s'opposent à la moralité des rapports juridiques, alors même qu'ils en respectent la lettre, ils doivent en tant que tels être

sanctionnés. Néanmoins, loin de s'apparenter à une mécanique froide et aveugle, il apparaît que les mécanismes régulateurs du droit peuvent prendre en compte la réalité de la situation qu'ils doivent sanctionner, afin d'apprécier l'opportunité de leur intervention (Section 2).

## SECTION 1

### LA REMANENCE DE LA REALITE DE LA SITUATION : LIMITE A L'ETENDUE DE LA SANCTION

**761** — Malgré le prononcé de la sanction destinée à remettre en cause la réalité de la situation frauduleuse, celle-ci peut néanmoins perdurer dans certains de ses aspects, imprimant en cela l'effet nécessairement partiel de l'inopposabilité du moyen frauduleux (§ 1). Il en découle presque inéluctablement la création d'une situation boiteuse et la confrontation de deux situations juridiques dans le même espace temps : la situation réelle préexistante, valable dans le for ayant sanctionné la manœuvre, et la situation réelle frauduleusement créée, toujours valable dans le système de l'autorité intervenue dans la réalisation de la manœuvre (§ 2).

#### § 1 – L'EFFET PARTIEL DE L'INOPPOSABILITE GENERALE DU MOYEN FRAUDULEUX

**762** — Par définition, la réserve de la fraude n'a lieu d'intervenir qu'à l'encontre d'une manœuvre réelle. Pour qu'il y ait fraude à la loi, il est nécessaire que l'acte ou le fait juridique préparatoire soit objectivement réel, c'est-à-dire que la situation personnelle du sujet soit effectivement modifiée. À défaut, il n'y a pas fraude à la loi, faute pour le préalable matériel d'avoir été efficace. Dès lors qu'en effet l'autorité de contrôle constate que le sujet est en réalité demeuré dans la même situation de fait, la sanction peut efficacement résulter d'une application pure et simple de la règle de conflit, pour l'unique raison que celle-ci a été directement violée. La réalité de la situation créée par la fraude s'apprécie différemment selon la nature du moyen utilisé. S'il s'agit d'un acte juridique, telle une naturalisation, un contrat ou une institution, la réalité de l'acte dépend uniquement du fait que l'acte en question remplit les conditions de sa validité, en vertu de la loi selon laquelle il a été passé. Les circonstances de fait qui l'entourent n'ont aucune influence sur sa réalité, elles permettent seulement d'en relever le caractère frauduleux. Ainsi, lorsque les époux Vidal ont acquis le droit de bourgeoisie et la nationalité suisses sans que le mari ne quitte la France, cette circonstance n'atteint pas la réalité de la naturalisation puisque le canton suisse complaisant n'exigeait pas de domiciliation sérieuse<sup>1</sup>. Le fait que la nationalité nouvellement acquise ne soit pas exercée par ceux-là même qui l'ont revendiquée permet uniquement de prouver qu'elle n'a été demandée et acquise que dans le but exclusif de parvenir à un résultat prédéterminé, sans en accepter les autres conséquences. En ce sens, une naturalisation est réelle dès lors qu'elle a été effectivement obtenue, même si elle n'est pas concrètement exercée. Plus généralement, une nationalité acquise n'est pas conditionnée par son effectivité. À l'inverse, lorsque la manœuvre frauduleuse est effectuée au moyen d'un fait juridique, d'un fait purement matériel, tel que le

---

<sup>1</sup> T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.

domicile ou la résidence, le déplacement d'un meuble, alors la réalité de ce fait se confond avec ses éléments constitutifs. Il n'est pas possible en effet de tenir un lieu comme un domicile sans constater la réalité matérielle et intentionnelle de l'installation en ce lieu, selon en tout cas les conditions posées par la loi de l'autorité appelée à constater ce domicile.

**763** — La réserve de la fraude à la loi n'a lieu d'intervenir que pour sanctionner un changement réel du rapport international conflictuel. C'est d'ailleurs ce qui la rend d'un maniement difficile<sup>1</sup>. Ainsi, tant que la manœuvre n'a pas été convaincue de fraude et que l'autorité ne l'a pas sanctionnée, l'acte n'est pas inexistant, il est réel et peut, de ce fait, produire des effets alors même qu'il n'est pas, en soi, créateur de droits. Le Conseil d'État considère en effet que « si un acte administratif obtenu par fraude ne crée pas de droits et, par suite, peut être retiré ou abrogé par l'autorité compétente pour le prendre (...), *il incombe à l'ensemble des autorités administratives de tirer, le cas échéant, toutes les conséquences légales de cet acte aussi longtemps qu'il n'y a pas été mis fin* »<sup>2</sup>. Il découle de cette décision que l'autorité administrative qui a pris la décision entachée de fraude se doit soit de la retirer, soit d'y donner effet. « Cette obligation vaut également pour toutes les autres autorités administratives, parce que la fraude ne se présume pas et parce qu'elles ne peuvent pas se saisir d'office de l'illégalité d'une décision qui ne leur appartient pas de faire disparaître »<sup>3</sup>. Ce principe est entièrement transposable au droit privé, si bien qu'une autorité devra tenir compte d'une manœuvre potentiellement frauduleuse, tant qu'elle n'a pas été remise en cause.

**764** — Mais c'est lorsque la fraude est sanctionnée que la question de la réalité de la situation frauduleuse se pose avec le plus d'acuité. Il a été constaté que la doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une inopposabilité partielle de la manœuvre frauduleuse, limitée à l'effet recherché, le nouveau rattachement demeurant valable pour le reste. Toutefois, il est apparu qu'une inopposabilité générale est théoriquement plus adaptée<sup>4</sup>. Dans la mesure où la réserve de la fraude à la loi a pour finalité de remettre en cause la manœuvre frauduleuse en rétablissant la prépotence de la loi éludée, la sanction ne peut se limiter à un effet partiel. La fraude à la loi est une violation indirecte de la règle de conflit et, partant, de la loi éludée. L'exception qui la sanctionne doit permettre de la rétablir dans son ensemble et non pas seulement pour l'une de ses branches. Si lors d'un litige la solution ne porte que sur la remise en cause du résultat qui était recherché, c'est parce que le juge ne peut statuer *ultra petita*. Il n'en reste pas moins que le jeu de la réserve de la fraude concerne un rattachement pris dans son ensemble même si la solution matérielle ne vise que l'effet qui était recherché, dont la remise en cause formait seule l'objet de l'action. La sanction par une inopposabilité partielle était justement motivée par la nécessité de tenir compte de la réalité de la manœuvre. Il est vrai qu'une inopposabilité générale pose un problème d'attente et ne peut valablement être efficace qu'en partant du postulat que l'intéressé, n'ayant obtenu ce qu'il recherchait, réintègrera le giron législatif auquel il entendait se soustraire. Dans ce cas, le moyen frauduleux cesse d'exister alors que l'inopposabilité permet seulement de déclarer fictivement son inexistence, et uniquement sur le territoire du for qui relève la fraude. Mais faute pour le sujet de remettre lui-même en cause sa manœuvre – il n'abandonne pas sa nationalité, il conserve son domicile – alors l'inopposabilité générale peut céder devant la réalité de la situation créée en fraude.

<sup>1</sup> G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, éd. Dalloz, p. 117 et s., spéc. p. 118.

<sup>2</sup> CE, 29 novembre 2002, *Assistance publique*, *AJDA* 2003, p. 276, note DONNAT et CASAS. C'est nous qui soulignons.

<sup>3</sup> F. DONNAT, D. CASAS, note préc., p. 277.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 582 et s.

**765** — Cette nécessaire prise en compte de la réalité de la situation frauduleuse a été mise au jour par certains auteurs, notamment à propos du déplacement de biens meubles. En effet, le « déplacement d'un meuble ne le soustraira pas à la loi française que les parties tentaient d'éluider, mais si ce meuble est endommagé à l'étranger par un tiers, la responsabilité de l'auteur du dommage ne sera pas jugée d'après la loi française sous prétexte que le meuble serait fictivement réputé resté en France »<sup>1</sup>. De façon plus radicale, un autre auteur écrit que la « sanction de la fraude à la loi ne peut jouer lorsqu'un bien meuble est transporté hors du Québec. Il ne servirait à rien de décider que la nouvelle situation du bien est inopposable étant donné que le privilège ne peut s'exercer que par voie de saisine et par conséquent seulement là où se trouve le bien »<sup>2</sup>. La solution est à peu près identique en ce qui concerne le domicile. Si le for peut décider unilatéralement, pour l'affaire qui lui est soumise, que le sujet de droit n'est pas domicilié à l'étranger, cette fiction ne peut être opposée à l'État où l'intéressé prétend avoir établi son domicile. La décision sur la fraude « n'affecte aucunement la validité du domicile acquis à l'étranger parce que les tribunaux ne sont pas compétents pour prendre des décisions à l'intérieur des limites de compétence d'un autre souverain »<sup>3</sup>. La qualification de domicile appartient en effet à la loi du for qui met en œuvre la règle de conflit utilisant ce critère de rattachement, ce qui entraîne que l'État du prétendu domicile peut tout à fait le reconnaître et lui donner plein effet, contrairement à l'appréciation du for du domicile évincé.

**766** — Ces hypothèses marquent la limite de la sanction d'un comportement qui déploie ses activités sur plusieurs systèmes juridiques. L'interposition d'une frontière dans une situation individuelle permet d'ériger une barrière juridique infranchissable par l'autorité qui la contrôle. À défaut d'une plus grande collaboration juridique entre les États, la sanction de la fraude à la loi, comme d'autres principes, demeure largement inefficace dans la mesure où si l'inopposabilité du moyen de fraude le rend sans effet sur le territoire du for, il subsiste normalement avec toutes ses conséquences en tous autres lieux<sup>4</sup>. Ces auteurs limitent toutefois l'inefficacité de la sanction aux moyens frauduleux constitués par un fait matériel. Lorsque la fraude à la loi se réalise au moyen d'un acte juridique, celui-ci peut efficacement être tenu pour inopérant. Une distinction devrait ainsi être faite selon que la fraude s'est réalisée au moyen d'un acte ou d'un fait juridique. Mais la solution n'est-elle pas la même lorsque la fraude eut lieu à l'occasion d'un acte juridique ? Car si l'inopposabilité doit en principe être générale pour ne pas donner effet à la manœuvre frauduleuse, il n'en reste pas moins que l'autorité judiciaire n'a pas pu remettre en cause la naturalisation, qu'elle soit française ou étrangère. Il en résulte que si l'agent lui-même ou l'État qui lui accorda une naturalisation ne l'annule pas, celle-ci demeure intrinsèquement valable, alors même qu'elle aurait été déclarée, par une autorité judiciaire, comme obtenue en fraude. Ainsi, elle peut devenir par la suite effective, lorsque par exemple le sujet s'installe dans le pays de cette nationalité. Elle peut également, le cas échéant,

<sup>1</sup> H. BATIFFOL, P. LAGARDE, n° 375. Dans le même sens, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 269. Cependant, dans cette hypothèse, l'argument de la fraude pourrait être utilisé soit par le tiers responsable du dommage, soit par le propriétaire du bien, victime du déplacement illicite. Si le tiers a causé un dommage involontaire, il pourrait invoquer le déplacement illicite du bien afin d'atténuer voire d'exclure sa responsabilité, arguant que le bien se trouvait illicitement au lieu du dommage. Pour le propriétaire, il pourrait arguer de la fraude au cas où la loi applicable à la responsabilité se révélerait moins favorable que la loi de l'ancienne situation du bien, notamment lorsque l'auteur du dommage est le fraudeur ou son complice.

<sup>2</sup> J.-G. CASTEL, *Droit international privé québécois*, éd. Butterworths, 1980, p. 109, note 64 et « Principes généraux de droit international privé », in *Problèmes de droit contemporain*, Mél. L. BAUDOIN, éd. Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 237 et s., spéc. p. 301, note 120.

<sup>3</sup> J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938, n° 34, pp. 261-262.

<sup>4</sup> P. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, éd. Dalloz, 1961, n° 172, note 2.

se transmettre par filiation. Dans cette hypothèse, il n'est pas certain que le juge, appelé à statuer sur une question soumise selon sa règle de conflit à la loi nationale de l'enfant, refuse de lui reconnaître cette nationalité sous prétexte que son auteur l'aurait frauduleusement acquise, et donc n'aurait pu la lui transmettre.

**767** — Le problème peut également se présenter lorsque le moyen de fraude est une institution. Ainsi, dans l'affaire *Taleb*, le mariage n'a pas été annulé alors que la Cour de cassation a considéré que « les époux ne se sont prêtés à la cérémonie du mariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »<sup>1</sup>. Si cet arrêt permet de soutenir la thèse qui consiste à sanctionner la fraude à la loi par une inopposabilité limitée à l'effet recherché, la sanction semble davantage justifiée par le fait que les époux ont, dans cette affaire, véritablement consenti au mariage. À l'inverse des mariages de complaisance qui ne constituent qu'une coquille vide<sup>2</sup>, l'union des époux *Taleb* était voulue, vécue et totalement assumée. En ne prononçant pas sa nullité, si fraude à la loi il y avait dans cette affaire, les juges ont essentiellement tenu compte de la réalité de la situation matrimoniale. De même, lorsqu'une autorité annulera un divorce frauduleux longtemps après son prononcé, cette sanction ne pourra pas déployer la plénitude de ses effets afin de tenir compte de la réalité de la situation née de la fraude. L'annulation du divorce doit en effet, en théorie, provoquer par un effet domino la remise en cause toutes les situations acquises à partir de ce divorce pour replacer les anciens époux dans le statut de mariés. Ainsi, le mariage subséquent de l'un des époux sera annulé ; le régime matrimonial qui existait entre les époux sera reconstitué de manière rétroactive, bouleversant en théorie toute la répartition des biens acquis depuis la décision de divorce ; ils pourront demander l'un contre l'autre une contribution aux charges du mariage ; si l'un d'eux est décédé entre temps, l'ex-époux redevient conjoint survivant et pourrait dès lors réclamer sa part, etc. En pratique, ces mesures se révéleront impraticables ou inopportunes, notamment lorsque l'annulation du divorce est demandée à seule fin d'annuler un mariage subséquent ou de venir à la succession de son ancien conjoint<sup>3</sup>. De manière générale, l'autorité de contrôle ne pourra recourir à la réserve de la fraude à la loi pour sanctionner le divorce qu'en ayant conscience des limites de cette sanction et de son étendue.

**768** — Dans cette optique, la nécessité de prendre en compte la réalité de la situation frauduleuse, lorsque le juge veut la sanctionner, induit deux conséquences. En principe, l'inopposabilité sera générale, étendue à l'ensemble de la manœuvre. Toutefois, si la situation n'est pas remise en cause par l'agent lui-même ou par l'État, l'autorité qui a permis la constitution du moyen de fraude, l'influence du temps peut obliger le juge du for, par nécessité théorique ou pratique, à donner effet au rattachement par ailleurs entaché de fraude. D'un autre côté, la nécessité de tenir compte de la réalité de la situation peut obliger le juge à adapter la sanction au cas concret. Le principe de la sanction de la fraude à la loi par l'inopposabilité générale du moyen frauduleux n'est pas entaché, mais le juge doit alors apprécier l'opportunité de la sanction. Cette réalité permanente et inhérente, maintenue malgré la sanction, induit, lorsque le sujet a acquis sa situation à l'étranger, la création d'une situation boiteuse.

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 669, note FOYER ; *D.* 1982, jur., p. 573, note GUIHO ; *JCP* 1982, II, 19842, note GOBERT ; *JDI* 1982, p. 448, note AUDIT.

<sup>2</sup> Par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2000, *LPA* 2001, n° 22, p. 20, note MASSIP.

<sup>3</sup> V. par ex. Paris, 10 juin 1972, *D.* 1973, p. 296, concl. CABANNES ; *JDI* 1974, p. 150, note DEBY-GERARD. Cf. *supra* n° 606 et s.

## § 2 – LA CREATION D'UNE SITUATION BOITEUSE

769 — Une situation est dite boiteuse lorsque, reconnue ou consacrée dans un État, elle ne l'est pas selon le droit d'un autre État concerné. Un exemple classique est emprunté à la célébration du mariage. Condition de forme selon l'arrêt *Caraslanis*<sup>1</sup>, la célébration du mariage relève de la règle *locus regit actum*. Il s'ensuit qu'un mariage célébré entre deux personnes en la forme civile alors que la loi nationale de l'une d'elles, ou des deux, exigeait une célébration en la forme religieuse ne pourrait être reconnu, voire serait annulé, par ce droit étranger. Le problème rebondit lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les effets de ce mariage. Si les époux sont de nationalité commune, cette loi est compétente en vertu de l'article 3 al. 3 du Code civil. À défaut est compétente la loi du domicile commun<sup>2</sup>. Dans ce premier cas, la loi étrangère pourrait être applicable pour décider du montant d'une pension alimentaire au titre de loi des effets d'un mariage qu'elle tient pour nul ou inexistant. Prenant acte de cet imbroglio juridique, la Cour de cassation se prononça dans cette hypothèse pour la compétence de la loi française lorsque le mariage n'est valable qu'au regard de celui-ci<sup>3</sup>, faisant application du principe de subsidiarité de la loi française, par recours à la théorie de l'adaptation, mais au prix d'une certaine entorse à la distinction entre la formation d'un acte et ses effets<sup>4</sup>.

770 — Il apparaît que le risque d'une situation boiteuse est inhérent à son internationalité. Si la plupart des États tentent de remédier à ces difficultés, notamment par l'harmonisation internationale des règles de conflit, le problème subsiste dans la mesure où le droit international privé demeure, dans de nombreux domaines, l'apanage des souverainetés nationales. L'application de la loi étrangère désignée peut encore se heurter aux particularismes locaux, à l'ordre public international ou à la réserve de la fraude à la loi. Dès lors, chaque État demeurant souverain dans l'application des normes étrangères, une même situation peut être appréciée en vertu de lois différentes selon l'autorité appelée à statuer. Le problème des situations boiteuses intervient essentiellement au stade de la reconnaissance des décisions étrangères. À ce moment, chaque État conserve le pouvoir de dénier tout effet à une situation valablement créée à l'étranger en raison d'impératifs propres. Toutefois, lorsqu'il apprécie un acte ou un jugement étranger, le juge de la reconnaissance ne peut directement lui porter atteinte. Il peut seulement lui refuser tout effet, et cette mesure ne vaudra que pour le ressort de sa souveraineté sans qu'elle puisse être imposée aux autres États, particulièrement celui où est née la situation litigieuse. Ainsi, cette dernière restera valable à l'intérieur des frontières de son État d'origine et potentiellement dans d'autres États. Dans l'affaire *Weiller*, les juges notent ainsi que « le lien conjugal noué à Paris en 1932 n'a pas été rompu par le jugement de Reno, du moins en France et au regard de la loi française »<sup>5</sup>. Cette situation peut être illustrée de façon imagée : « Jean et Jeanne sont mariés et ne sont pas heureux ; aussi Jean va-t-il dans le Connecticut et Jeanne dans l'État de New York et Jean tente à sa femme un procès en divorce. Jean est délié de toute obligation matrimoniale et il épouse Sarah. Dans le

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1955, *Rev. crit. DIP* 1955, p. 723, note BATIFFOL ; *D.* 1956, p. 73, note CHAVRIER ; *GADIP* n° 27.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 février 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note HOLLEAUX ; *JDI* 1963, p. 986, note PONSARD ; *GADIP* n° 31.

<sup>3</sup> Civ., 25 février 1947, *Rev. crit. DIP* 1947, p. 446, note NIBOYET ; *D.* 1947, p. 161, note P. L.-P.

<sup>4</sup> Sur la question, v. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz, 1973, n° 61, p. 45.

<sup>5</sup> Paris, 15 décembre 1948, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 113, note FRANCESCakis ; *D.* 1949, p. 461, note SAVATIER ; *S.* 1949, 2, 69, note DELAUME ; *JCP* 1949, II, 4950, note SARRAUTE et TAGER.

Connecticut, Jean et Sarah sont mari et femme ; dans le New York, Jean et Jeanne forment encore une « personne légale, » tandis que la Cour Suprême des États-unis (...) donne sa bénédiction au Connecticut aussi bien qu'au New York et déclare ainsi que Jean est légalement marié à Jeanne et Sarah à la fois. Les tribunaux des autres États peuvent faire leur choix »<sup>1</sup>.

771 — Lorsqu'il met en œuvre la réserve de la fraude à la loi, le juge sanctionne la manœuvre par son inopposabilité. L'acte obtenu est ainsi soumis à la loi que l'intéressé entendait éluder et qui redevient compétente pour en prononcer la sanction. Le plus souvent, celle-ci revient à déclarer l'inopposabilité de l'acte obtenu par fraude. Mais il arrive que la loi éludée retienne la nullité du fruit de la fraude. Ainsi les articles 146-1 et 170 ou l'ancien article 190-1 du Code civil permettent au juge d'annuler un mariage célébré à l'étranger. Pourtant, en raison du principe de souveraineté, le juge français n'est pas compétent pour annuler les actes juridiques conclus à l'étranger, tels que les mariages, qui donnent lieu à intervention d'une autorité publique étrangère. En ce sens, la nullité dont il est question dans les articles précités ne vaut que dans le ressort territorial du for, le mariage demeurant valable dans le pays de célébration, tant que ce dernier n'aura pas reconnu le jugement d'annulation ou directement prononcé la nullité. La nullité s'assimile alors dans ses effets à une simple inopposabilité : le mariage n'est pas valable dans le ressort de la loi éludée mais il le demeure sur le territoire de la loi déclarée compétente<sup>2</sup>. Ainsi, « Quelle que soit la rigueur dont on veuille faire preuve, il ne dépend pas de l'État français de décider si l'acte est valable dans le pays étranger où il a été accompli. Tout ce qui est en son pouvoir est de le considérer comme dépourvu d'effet en France »<sup>3</sup>. Quelle que soit finalement la sanction qui est prononcée, la réserve de la fraude à la loi ne déploie ses effets que sur le territoire de l'autorité qui l'a relevée. La fraude à la loi peut donc continuer de produire tous ses effets en dehors de cette sphère, au bénéfice ou au détriment des intéressés qui risquent souvent, bien malgré eux finalement, de se retrouver dans une situation qu'ils n'avaient certainement pas soupçonnée<sup>4</sup>.

772 — Cet effet n'est pas propre à la réserve de la fraude à la loi. Lorsqu'elle intervient au stade de l'exequatur, l'exception d'ordre public international conduit à déclarer inopposable la décision obtenue à l'étranger. Les parties sont alors réputées, en France, être demeurées dans la situation qui était la leur avant que soit rendue la décision étrangère. Il en résulte nécessairement une situation boiteuse entre le pays qui a prononcé la décision et l'ordre juridique qui ne l'aura pas reconnue. Inévitable, cette conséquence n'est pas opportune. Une solution intermédiaire peut alors être recherchée pour éviter une fragmentation tout en redéfinissant les éléments de la décision étrangère qui conduisent au jeu de l'exception d'ordre public. Un auteur propose une telle démarche au sujet de la répudiation, en distinguant la répudiation elle-même de ses effets<sup>5</sup>. L'acte en tant que tel serait soumis à des conditions particulières aux actes publics<sup>6</sup>, alors que ses effets seraient soumis aux conditions normales.

<sup>1</sup> BEALE, à propos de l'affaire *Haddock v. Haddock* (1906), cité par Th. HEALY, *Théorie générale de l'ordre public*, RCADI 1925-IV, t. 9, p. 411 et s., spéc. p. 498.

<sup>2</sup> V. not. au sujet de l'art. 146-1 du Code civil : Paris, 15 mai 2003, *Dr. & patr.* 2003, n° 120, p. 97, note MONEGER.

<sup>3</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, n° 269 ; B. AUDIT, n° 237.

<sup>4</sup> La sanction de la fraude à la loi peut alors s'interpréter comme une défaveur à l'égard du sujet puisqu'elle conduit à lui refuser l'effet recherché tout en l'enfermant dans sa situation en dehors des frontières du for.

<sup>5</sup> R. EL-HUSSEINI, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 427 et s. *Adde*, du même auteur, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, éd. LGDJ, 2002, spéc. n° 493 et s.

<sup>6</sup> Sur lesquelles, v. P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, éd. Economica, 2004, n° 630 et s.

En ce sens, l'acte pourrait être reconnu mais ses effets, ou certains d'entre eux, rejetés. Il y aura donc exequatur partiel. De plus et malgré l'absence de pouvoir de révision au fond, par le juge de l'exequatur, de la décision étrangère<sup>1</sup>, celui-ci pourrait, en accueillant une demande reconventionnelle de l'épouse « tendant à juger l'affaire au fond après le rejet de l'exequatur des effets de la répudiation »<sup>2</sup>, se prononcer sur les effets de la répudiation.

**773** — Cette méthode, par différents moyens, permet de reconnaître en France une répudiation dont les effets seront déterminés, le plus souvent, par la loi française<sup>3</sup>. Elle tient compte de la réalité de la répudiation car fût-elle contraire à l'ordre public international ou frauduleuse, elle correspond dans la quasi-totalité des cas à une situation réelle et irréversible de rupture du lien conjugal. En ce sens, refuser de reconnaître une répudiation prononcée à l'étranger revient à maintenir en France des époux dans les liens d'un mariage dissous dans le pays de leur nationalité commune et de fait rompu dans l'État de leur domicile. Les époux n'auront alors d'autre choix que de réintroduire une action en France. De plus, la volonté affichée de protéger l'épouse en refusant tout effet à la répudiation risque finalement de se retourner contre elle. En effet, le divorce obtenu en France risque de ne pas être reconnu par l'État de la nationalité des époux, car contraire à l'autorité de la chose jugée, empêchant notamment toute exécution sur les biens de l'époux, le cas échéant retourné au pays, pour le paiement d'une pension alimentaire que l'épouse aurait obtenue<sup>4</sup>. Ce problème récurrent du droit international privé de créer des situations boiteuses par le jeu de ses mécanismes, et les solutions qui peuvent être apportées pour y remédier, montrent que si la sanction par la réserve de la fraude à la loi s'impose en théorie, elle doit cependant être nuancée au regard de la réalité de la situation. En ce sens, le juge doit apprécier l'opportunité de la sanction en fonction des circonstances de fait qui ont entouré la manœuvre ou qui entourent la situation au jour où la fraude est découverte, afin de préserver la réalité de la situation frauduleuse.

## SECTION 2

### LA PRESERVATION DE LA REALITE DE LA SITUATION : LIMITE EN OPPORTUNITE DE LA SANCTION

**774** — Dès lors que la fraude à la loi est démontrée, l'autorité de contrôle doit sanctionner la manœuvre et faire jouer la réserve de la fraude à la loi. En théorie, la Cour de cassation impose au juge du fond de vérifier l'absence de fraude à la loi, lors de la résolution du conflit de lois comme lors de la reconnaissance des décisions étrangères<sup>5</sup>. Toutefois, bien qu'elle soit en théorie obligatoire pour le juge, la sanction de la fraude à la loi n'est pas toujours possible ni opportune. Cette possibilité d'apprécier l'opportunité de la sanction de la

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer, Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note BATIFFOL ; *JDI* 1964, p. 302, note GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note ANCEL ; *GADIP* n° 41.

<sup>2</sup> R. EL-HUSSEINI, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *op. cit.*, p. 463.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 465.

<sup>4</sup> Sur ces problèmes, J. DEPREZ, *Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)*, *RCADI* 1988-IV, t. 211, p. 9 et s., spéc. p. 171.

<sup>5</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; – 18 juillet 1995, *Bull. civ. I*, n° 321 ; *D.* 1995, IR, p. 204.

fraude à la loi peut être rapprochée de la sanction des infractions pénales qui, si elle peut sembler naturelle lorsque l'infraction est caractérisée, est parfois nuancée autant dans la réalité de son prononcé que dans l'effectivité de son application. En droit pénal plus qu'ailleurs, les juges du fond apprécient « l'opportunité de prononcer les sanctions prévues par la loi, alors même que les fautes visées aux textes seraient caractérisées »<sup>1</sup>. Ce mouvement est également perceptible pour la sanction de la fraude à la loi de droit international privé. Plusieurs causes d'inopportunité de cette sanction peuvent être trouvées, qui tiennent soit à l'objet même de la fraude à la loi, soit aux conséquences qu'aurait le prononcé de la sanction, soit aux deux en même temps. Dans le premier cas, la sanction peut se révéler inopportune lorsque l'objet de la fraude à la loi apparaît respectable (§ 1). Dans le deuxième cas, la sanction se révèle inopportune en raison de l'atténuation du caractère frauduleux de la fraude à la loi, en raison d'un facteur temps, lorsque la fraude n'est pas rapidement sanctionnée suite à sa construction (§ 2). Dans le troisième cas, la sanction peut se révéler inopportune au regard des seules conséquences de cette sanction, lorsque celles-ci se révèlent incompatibles avec un principe considéré comme supérieur dans l'ordre juridique du for (§ 3). Étudiée à propos de la fraude à la loi, l'opportunité de la sanction peut limiter la remise en cause de la réalité de la situation quel que soit le fondement de la sanction, notamment lorsque l'autorité de contrôle entend opposer à la manœuvre la réserve de l'abus de droit. Ici, la préservation de la réalité de la situation postule à son maintien dans la mesure où la sanction aurait des effets plus graves que ceux qu'il s'agirait de combattre par l'inefficacité de la manœuvre.

### § 1 – L'OBJET EVENTUELLEMENT RESPECTABLE DE LA FRAUDE A LA LOI

775 — La fraude à la loi peut ne pas seulement être considérée sous son aspect technique d'éviction d'une loi par substitution d'une autre. Envisagée sous son aspect matériel, elle a un objet protéiforme qui peut, dans certains cas, la rendre moins condamnable dans son principe, notamment en matière de mariage ou d'adoption (B). Vue sous cet angle matériel, il n'existe donc pas une fraude à la loi mais des fraudes à la loi, des bonnes et des mauvaises (A).

#### A. DES FRAUDES A LA LOI

776 — Comme il n'y a pas un mais plusieurs concubinages voire plusieurs mariages, il n'y a pas une fraude à la loi mais des fraudes à la loi. Si en effet l'objet de la fraude est toujours une loi, son but matériel est multiforme et varie d'un individu à l'autre, en fonction du résultat qu'il se propose d'atteindre et donc de son intention frauduleuse. Si cette dernière consiste dans tous les cas en la connaissance des règles conflictuelles et matérielles d'au moins deux systèmes juridiques et en la présomption du raisonnement conflictuel que mènera l'autorité étatique saisie, afin d'éviter sciemment celui des deux systèmes qui est le seul compétent mais le moins favorable, l'intention frauduleuse n'est pas inéluctablement méprisable. L'intention du sujet est très certainement d'éviter une loi pour provoquer l'application d'une autre loi. Mais cette éviction substitution n'est pas, pour lui, le but ultime de la manœuvre, elle n'est qu'un moyen de parvenir à un résultat matériel déterminé. Or, ce résultat matériel est éminemment variable d'une personne à l'autre. Dans tous les cas, la fraude à la loi n'est pas mise en œuvre par hasard. Pour véritablement exister, elle doit non seulement

<sup>1</sup> A. BARRET, obs. sous Paris, 8 juin et 16 novembre 1999, *Rev. proc. coll.* 2000, n° 5, p. 226.

être mûrement réfléchi mais elle est généralement considérée par le sujet comme l'issue – la seule – d'une situation particulière. Or, cette situation pré-frauduleuse comme le but matériel qui permet d'en sortir témoignent de la diversité des fraudes à la loi, théoriquement conformes les unes aux autres, à les envisager seulement au regard de leurs trois éléments constitutifs.

777 — M. le Pr. GEOUFFRE DE LA PRADELLE distingue ainsi plusieurs types de fraudes à la loi selon le danger qu'elles représentent pour la société et selon l'attitude de l'intéressé<sup>1</sup>. Du point de vue de leur danger, l'auteur distingue ainsi les fraudes purement « individuelles » de celles qui sont « le fait d'un certain nombre d'entités économiques puissantes »<sup>2</sup>. Les premières se rencontrent essentiellement en droit international privé de la famille. C'est en effet le cas des mariages clandestins, des divorces migratoires ou des adoptions transfrontières. Elles ne concernent toutes qu'un nombre très limité de personnes et pourraient chacune passer inaperçues si elles n'avaient pas connu, à des époques diverses, une certaine inflation. À l'inverse, les secondes sont le plus souvent le fait de multinationales voire d'États, à l'encontre d'autres multinationales ou d'États. L'auteur cite les nationalisations des mines de cuivre chiliennes durant les années 1970. Il pourrait encore s'agir de la pratique des pavillons de complaisance, dont les méfaits sont régulièrement rappelés par l'actualité des marées noires. Il pourrait encore s'agir des exportations et réexportations de marchandises entre les pays de la communauté européenne et des États tiers<sup>3</sup>. Dans ces hypothèses, la fraude ne touche pas seulement un nombre limité de personnes, elle touche une entité particulière, laquelle peut être un ou plusieurs États. Elle est donc beaucoup plus large et partant elle est susceptible de conséquences plus néfastes pour la loi évincée.

778 — Du point de vue de l'attitude de l'intéressé, l'auteur distingue les fraudes défensives des fraudes agressives<sup>4</sup>. Les premières seraient celles « du faible qui fuit une loi qui lui paraît contraignante et oppressive »<sup>5</sup>. L'auteur cite le cas des époux espagnols qui venaient chercher, devant le juge français, une désunion prohibée par leur loi nationale. C'est le cas également des fiancés qui, pour fuir l'opposition de leurs ascendants et de leur loi personnelle, convolent clandestinement à l'étranger. C'est le cas encore des adoptants qui se déplacent directement à l'étranger pour y chercher un enfant que leur loi personnelle soit leur refuse, soit tarde à leur remettre. Le fait que les juges du fond, dans l'affaire *Mihaesco*<sup>6</sup>, n'aient pas cru voir une fraude à la loi peut également s'interpréter comme une faveur pour l'établissement de la paternité naturelle, tant la manœuvre de la mère constituait un cas parfait de fraude à la loi. De même, lorsque le juge considère la clandestinité du mariage comme une fraude et qu'il soumet cette fraude au délai pour agir de l'ancien article 190-1 du Code civil, ce peut être interprété comme une faveur pour les mariés. Le juge peut en effet, ici, déclarer irrecevable, sans débat au fond, la demande en nullité du ministère public, alors qu'une application correcte de l'article 146-1 du Code civil aurait conduit à la nullité du mariage<sup>7</sup>. En matière de mariage toujours, certaines législations témoignent également d'une certaine faveur pour les fiancés,

<sup>1</sup> G. DE LA PRADELLE, « La fraude à la loi », *op. cit.*, spéc. pp. 119-121.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>3</sup> Not. CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. C-229/83, *Rec.* p. 1 et s., concl. DARMON ; – 3 mars 1993, *General Milk Products*, aff. C-8/92, *Rec.* I-779 ; – 9 août 1994, *Boterlux*, aff. C-347/93, *Rec.* I-3933 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec.* I-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON ; – 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-10/00, *Rec.* I-2357.

<sup>4</sup> G. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> Toulouse, 15 juillet 1918, *JDI* 1919, p. 347 ; *S.* 1920, 2, 65, note AUDINET. Sur cette affaire, cf. *supra* n° 248.

<sup>7</sup> En ce sens, M. FARGE, obs. sous Paris, 2 octobre 1997, *JCP* 1998, I, 101, n° 1.

alors même qu'ils auraient eu un comportement potentiellement frauduleux, ce qui marquait directement une tendance à considérer que la sanction de la fraude à la loi est inopportune. Ainsi l'article 159 du Code civil argentin prévoit que « La validité du mariage, en l'absence de polygamie ou d'inceste, est régie par la loi du lieu dans lequel il a été célébré, même si les contractants ont quitté leur domicile pour ne pas devoir se soumettre aux formes de la loi qui y sont en vigueur »<sup>1</sup>. À l'inverse, les fraudes agressives sont celles qui procèdent « en utilisant la loi à des fins particulières, comme un instrument et généralement comme un instrument de puissance »<sup>2</sup>. L'auteur cite à l'appui l'exemple des multinationales qui s'implantent dans des paradis fiscaux ou dans des pays aux faibles garanties sociales pour les salariés. Plus proche du droit de la famille, il pourrait s'agir de personnes qui tentent de faire échapper leur patrimoine à toute revendication alimentaire ou successorale.

**779** — Les fraudes défensives ne sont pas toujours individuelles et les fraudes agressives ne sont pas toujours le fait d'entités économiques puissantes. Ces deux distinctions sont indépendantes : la fraude individuelle comme la fraude collective peut être défensive ou aggressive. Ainsi, en matière économique, « une tendance se dessine en jurisprudence pour admettre qu'un montage économiquement légitime ne saurait être tenu pour frauduleux »<sup>3</sup>. Poursuivant dans ces distinctions, il serait encore possible de voir une fraude à la loi égoïste dans le fait pour le sujet d'utiliser la loi comme un moyen de gain personnel et de privation corrélative d'un tiers. C'est le cas notamment de la fraude paulienne. À l'inverse de la fraude égoïste, il y aurait la fraude philanthropique, celle dont le but est de favoriser quelqu'un, sans contrepartie véritable et sans préjudice pour quiconque. Dans cette veine, ce peut être la fraude « pieuse », c'est-à-dire « celle qui a pour objet de faire passer certains droits aux pauvres, aux établissements religieux, et, en général, à tous les moyens détournés mis en usage pour donner une couleur de vérité à un acte le plus souvent défendu et dont le mobile est louable aux yeux de la morale »<sup>4</sup>. Ces distinctions terminologiques pourraient être multipliées tant la diversité matérielle et intentionnelle des fraudes est importante.

**780** — Si cette distinction des fraudes à la loi selon leur objet ou leurs conséquences peut sembler naturelle devant la diversité des intentions frauduleuses, elle n'a jamais été véritablement étudiée par la doctrine, ni dans son principe, ni dans ses conséquences possibles sur l'opportunité de la sanction de la fraude à la loi. La raison essentielle peut se trouver dans le caractère purement mécanique de la réserve de la fraude à la loi. Il y a fraude à la loi lorsqu'une loi, normalement applicable, a été évincée au profit d'une autre loi qui ne doit sa compétence qu'à la création d'une nouvelle situation conflictuelle<sup>5</sup>. Ce qui entraîne en théorie la sanction, ce n'est pas tant le résultat atteint que le trouble causé par l'éviction de la loi normalement compétente et l'application d'une loi qui n'aurait pas dû l'être. La réserve de la fraude à la loi est neutre, elle ne tient pas compte de l'objet matériel de la fraude. Ce qui est légitime ou illégitime vis-à-vis de la qualification de fraude à la loi ne dépend pas du résultat

<sup>1</sup> Cité par J. VERPLAETSE, *La fraude à la loi en droit international privé*, op. cit., p. 219.

<sup>2</sup> G. DE LA PRADELLE, op. cit., loc. cit.

<sup>3</sup> J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, éd. Joly, pratique des affaires, 1998, n° 713.

<sup>4</sup> Rép. Dalloz de législation, de doctrine et de jurisprudence, t. 26, 1852, v° « Fraude ». Le terme de « fraude pieuse » a été utilisé par VOLTAIRE, in *Œuvres de Voltaire*, par M. BEUCHOT, t. XXIV, *Dictionnaire philosophique*, t. IV, éd. Lefèvre, Paris, 1829, v° « Fraude ». VOLTAIRE intitule une dispute entre un fakir, qui soutenait que le peuple a besoin d'être trompé, et un disciple de CONFUCIUS, qui prétendait qu'il ne faut jamais tromper personne : « S'il faut user de fraudes pieuses avec le peuple ».

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 485 et s.

matériel atteint par la manœuvre mais de la réalité de l'acceptation de celle-ci et de ses conséquences les plus essentielles. La réserve de la fraude à la loi intervient théoriquement tel un couperet sur la manœuvre, pour l'arrêter avant qu'elle ne se produise ou pour en annihiler le résultat. Or, devant la diversité des intentions frauduleuses, « il est difficile de ne pas tenir compte de ces distinctions et (...) la justice qui traite de la même façon des choses substantiellement différentes n'est pas une vraie justice »<sup>1</sup>. « Il faut donc savoir reconnaître qu'à côté des véritables fraudes à la loi, c'est-à-dire celles que l'on sanctionne sans craindre de les désigner ainsi (...), il existe de « bonnes fraudes », celles que l'on se garde de sanctionner »<sup>2</sup>. Par sa souplesse technique, la réserve de la fraude à la loi permet à l'autorité étatique d'apprécier l'opportunité de la sanction en fonction du but matériel recherché par le sujet, sans uniquement s'arrêter à la constatation des trois conditions de la fraude à la loi, afin de préserver la réalité de la situation créée, lorsque que cette situation apparaît matériellement légitime. Plusieurs exemples permettent de constater que les juges n'y sont pas insensibles, particulièrement dans les domaines du mariage et de l'adoption.

## B. L'EXEMPLE DU MARIAGE ET DE L'ADOPTION FRAUDULEUX

**781** — L'inopportunité de la sanction de la fraude à la loi peut ici se manifester en raison des intérêts matériels que le mariage (1) ou l'adoption (2) peuvent réaliser.

### 1. La conciliation des intérêts du mariage

**782** — Bien que ce phénomène ne recouvre pas à strictement parler une fraude à la loi<sup>3</sup>, c'est pour les mariages de complaisance que le but matériel de la manœuvre a pu entrer en ligne de compte dans l'appréciation de l'opportunité de la sanction. En décidant que « le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale »<sup>4</sup>, l'arrêt *Appietto* institue une sorte de degré, un seuil de tolérance au sein des mariages fictifs au-delà duquel ils doivent être annulés. Si le but recherché était étranger à l'union matrimoniale, il y a annulation<sup>5</sup>, mais s'il est une des fins légales du mariage, telle la légitimation d'un enfant, il est maintenu dans tous ses effets<sup>6</sup>. Toutefois, que le mariage ait été célébré pour une fin légale ou étrangère à celui-ci, il n'en reste pas moins que l'entrée dans cette institution n'a pas été voulue en tant que telle. Dans tous les cas il s'agit bien d'un détournement du mariage dans la mesure où celui-ci est utilisé pour une fin autre que celle pour laquelle il a été prévu. À s'en tenir à la distinction de l'arrêt *Appietto*, un mariage légitimant pourrait être considéré comme valable alors même que les autres conséquences liées au statut d'époux ne seraient pas acceptées par eux, telle l'obligation de communauté de vie. Or, « on ne saurait accepter du mariage les effets relatifs aux enfants et refuser les autres : ayant voulu certains effets du mariage, les époux sont prisonniers des autres (...); le mariage simulé suppose que les époux n'ont voulu aucun des effets du mariage »<sup>7</sup>. Bien que certains auteurs aient pu déduire de cette décision la

<sup>1</sup> G. DE LA PRADELLE, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> B. AUDIT, note sous Lyon, 16 janvier 1980, *JDI* 1981, p. 346 et s., spéc. p. 354.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 107 et s.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1963, *JCP* 1964, II, 13498, note MAZEAUD ; *D.* 1964, p. 465, note RAYMOND ; *RTD civ.* 1964, p. 286, note DESBOIS.

<sup>5</sup> TGI Paris, 28 mars 1978, *JCP* éd. N. 1980, II, p. 144.

<sup>6</sup> TGI Paris, 22 mars 1976, *JCP* éd. N. 1980, II, p. 144.

<sup>7</sup> J. MAZEAUD, note préc.

consécration d'un mariage à effets conventionnellement limités<sup>1</sup>, la nature institutionnelle du mariage suppose, pour qu'il soit valable, que les époux y adhèrent pour le tout. Dans cette optique, la solution de l'arrêt *Appietto* ne convainc pas. C'est pourquoi la jurisprudence ultérieure, sans abandonner ce critère, en modifia le sens pour s'orienter vers une recherche de l'intention matrimoniale. Est ainsi sanctionnée l'épouse qui « n'avait manifestement pas eu l'intention de respecter les obligations nées de l'union conjugale au-delà de [l'obtention des titres de séjour] et que le but par elle poursuivi était, de manière exclusive, étranger à la finalité du mariage »<sup>2</sup>. Si la jurisprudence fait toujours référence aux effets essentiels et à ceux secondaires au mariage, elle recherche si ce but était ou non exclusif de la volonté de vivre une véritable union matrimoniale. Ainsi, l'intention d'un époux « de vouloir bénéficier d'un titre de séjour privilégié n'apparaît pas exclusive de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage »<sup>3</sup>. C'est en prouvant cette absence d'intention matrimoniale qu'un mariage de complaisance peut être annulé pour défaut de consentement<sup>4</sup>. Parmi les éléments de preuve du défaut d'intention matrimoniale, la communauté de vie apparaît souvent, sinon toujours, déterminante, car « à la fiction d'un oui instantané se trouve substitué le réalisme d'une volonté qui dure »<sup>5</sup>. Envisagée par la loi comme un effet du mariage, la communauté de vie apparaît au sujet des mariages de complaisance comme une condition renouvelée de sa validité. La sincérité du mariage découle de la volonté continue des époux, car « le mariage a beau n'être pas un contrat, le lien matrimonial n'est-il pas un lien causé, et ne requiert-il pas, pour durer, que dure sa cause »<sup>6</sup>. En ce sens, et quels que soient les motifs qui ont guidé les époux à se marier, le mariage ne sera pas valable s'il n'a pas été réellement voulu en tant que tel. Néanmoins, le critère de l'arrêt *Appietto*, s'il ne peut influencer sur la qualification de détournement du mariage, pourrait intervenir au moment du prononcé de la sanction afin d'en apprécier l'opportunité.

**783** — Cette possibilité peut s'illustrer par la célèbre affaire *Taleb*<sup>7</sup>, dans laquelle un Algérien, ayant perdu la nationalité française au lendemain de l'indépendance de 1962, avait épousé une Française avant la loi du 9 janvier 1973 et ne pouvait donc pas acquérir sa nationalité. Suite à cette loi et celle du 11 juillet 1975 admettant le divorce par consentement mutuel, les époux divorcèrent pour mieux se remarier un mois plus tard, et ainsi permettre au mari d'acquérir la nationalité française de son épouse, désormais possible par déclaration. Le ministre des populations refusa l'acquisition, voyant dans ce stratagème une fraude. Les juridictions du fond accueillirent le recours des époux mais le parquet contesta cette solution devant la Cour de cassation. Celle-ci décida que le remariage était parfaitement valable mais qu'il « n'avait pu produire l'effet acquisitif de nationalité frauduleusement recherché ». En l'espèce, la qualification de fraude est contestable car si le divorce et le remariage n'ont été voulus que dans le but de faire acquérir la nationalité française à l'époux, le remariage, qui seul permet ce résultat, était objectivement et subjectivement réel. Il n'a en effet pas seulement été

<sup>1</sup> C.-I. FOULON PIGANOL, « Le mariage simulé », *RTD civ.* 1960, p. 217 et s. ; « Mariage simulé ou mariage à effets conventionnellement limités », *D.* 1965, p. 9 et s. ; M.-Th CALAIS-AULOY, « Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255 et s.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2000, préc.

<sup>3</sup> Dijon, 6 mai 1997, *JCP* 1998, IV, 1045.

<sup>4</sup> V. not. M. HABCHY, « La question des mariages fictifs », *Dr. enf. fam.* 1996/1, p. 18 et s.

<sup>5</sup> J.-J. LEMOULAND, *L'intégrité du consentement au mariage*, thèse dact., Bordeaux, 1984, n° 50.

<sup>6</sup> J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in *Le droit privé au milieu du XX<sup>e</sup> siècle*, Mél. G. RIPERT, éd. LGDJ, 1950, p. 323 et s., spéc. p.335.

<sup>7</sup> Lyon, 19 janvier 1980, *D.* 1981, p. 557, note GUIHO ; *JDI* 1981, p. 346, note AUDIT, cassé partiellement par Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, préc.

célébré, il a également été voulu en tant que tel et la communauté de vie qui s'en suivie fut entièrement acceptée. Il n'y avait donc pas fraude à la loi dans cette affaire mais bien une habileté non répréhensible. Néanmoins, les juges virent dans cette manœuvre une fraude à la loi interne, que la Cour de cassation sanctionna en refusant aux époux l'effet recherché, tout en admettant la validité du mariage. Il s'agit donc ici d'une sanction du résultat et non du moyen de la fraude. Cette solution peut sembler logique en l'espèce eu égard à la réalité du remariage, les époux se comportant véritablement et intentionnellement comme tels. Toutefois, comme en droit international privé, la réserve de la fraude à la loi interne sanctionne non pas le résultat de la manœuvre, mais la manœuvre elle-même. La sanction du résultat n'est que la conséquence de la mise en œuvre de la réserve, la sanction des effets de la fraude ne lui étant jamais propre<sup>1</sup>. En ce sens, la sanction adéquate était ici l'annulation du remariage<sup>2</sup>.

**784** — Toutefois, la Cour de cassation aurait pu refuser de prononcer la sanction en raison de son inopportunité. Les époux étaient en effet sincères et le mariage, bien qu'utilisé comme un instrument juridique, n'était pas pour autant dépourvu de signification. Les époux voulaient seulement bénéficier d'un droit qui n'existait pas lors de leur mariage, en se plaçant dans ses conditions d'application. En ce sens, c'est seulement « la précipitation des opérations qui a attiré l'attention. Mais n'est-elle pas, précisément, la preuve la plus irréfutable de la bonne foi des époux ? »<sup>3</sup>. Pour échapper à cette qualification de fraude à la loi, « il aurait été possible aux ex-époux de vivre un temps raisonnable en concubinage après leur divorce et de ne se remarier qu'un ou deux ans après de manière à ce que la fraude soit moins apparente »<sup>4</sup>. S'il fallait voir dans cette affaire une fraude à la loi, peut-être aurait-il été opportun d'exonérer les époux de sa sanction et de les faire pleinement bénéficier non seulement de la validité du mariage, mais également de l'effet recherché, notamment afin de ne pas créer un mariage à effets limités, comme c'est le cas finalement dans l'affaire *Taleb*, telle qu'elle a été jugée.

## 2. L'intérêt de l'enfant à son adoption frauduleuse

**785** — C'est très certainement en matière d'adoption internationale frauduleuse que la question de l'opportunité de la sanction trouve une réelle acuité<sup>5</sup>. Étant donné le désir d'enfant qui anime de nombreux couples ne pouvant en avoir ainsi que les conditions et les délais de l'adoption légale, les prétendants à l'adoption peuvent être tentés de manipuler les règles de conflits de lois et de juridictions afin d'obtenir une adoption normalement prohibée ou plus difficile à prononcer. Bien que les trafics d'enfants au niveau international prennent actuellement une ampleur particulière<sup>6</sup>, les cas de fraude à la loi sanctionnée ou évoquée en matière d'adoption internationale restent relativement peu nombreux<sup>7</sup>. L'hypothèse envisagée

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 566 et s.

<sup>2</sup> Et non l'inopposabilité, le mariage ayant été célébré en France.

<sup>3</sup> M. GOBERT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *JCP* 1982, II, 19842.

<sup>4</sup> J. FOYER, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 677.

<sup>5</sup> Plus généralement, v. G. KESSLER, « La consolidation des situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Dr. fam.* 2005, Études n° 16.

<sup>6</sup> Sur ce phénomène, v. not. I. LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, éd. Bruylant, 2001, n° 79 et s. et les nombreuses références.

<sup>7</sup> V. not. TGI Paris, 5 janvier 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 529, note POISSON-DROCOURT et RANGEL, confirmé par Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, note MUIR-WATT ; – Douai, 12 décembre 1996, *Rev. dr. Afr.* 2000, p. 101, note MBARGA ; – Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *JDI* 2000, p. 55, note POISSON-DROCOURT ; – Riom, 15 mai 2001, *JCP* 2002, IV, 1692 ; – Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2902, note GRANET ; *JCP* 2003, I, 101, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. HAUSER.

ici est celle où les adoptants, ne pouvant obtenir un enfant par les voies légales ou ne pouvant attendre le long délai nécessaire à l'aboutissement d'une procédure d'adoption, décident d'engager eux-mêmes les démarches en pays étranger. Cette démarche peut recouvrir différentes manœuvres. Le plus souvent, les adoptants se rendront directement à l'étranger afin d'entrer en contact, souvent grâce à un intermédiaire rémunéré, avec un orphelinat ou plus directement avec des parents disposés à abandonner leur enfant. Ils feront alors prononcer l'adoption par l'autorité étatique étrangère puis en demanderont la reconnaissance en France, voire une conversion en adoption plénière<sup>1</sup>. Plus complexe mais de plus en plus fréquente sera l'hypothèse où les parents adoptifs recourent préalablement à la technique de la maternité de substitution<sup>2</sup>. Plus proche d'une véritable fraude à la loi, les adoptants peuvent, préalablement à l'adoption, agir sur l'élément de rattachement qui commande la loi applicable à l'adoption, notamment en procédant à une reconnaissance mensongère d'un enfant étranger<sup>3</sup>, en faisant acquérir la nationalité française à un enfant orphelin placé en France<sup>4</sup> ou encore en profitant de l'organisation du service de l'état civil d'un pays pour donner à l'enfant un acte de naissance qui permet de créer directement un lien de filiation légitime ou naturel avec les adoptants, qui deviennent alors de véritables parents en vertu de la loi locale et française<sup>5</sup>. Pour toutes ces hypothèses et lorsque les adoptants entendent en revendiquer les effets auprès du juge français, celui-ci peut, le cas échéant, opposer la sanction d'un mécanisme régulateur du droit. Toutefois, il n'est pas certain que cette sanction soit opportune dans tous les cas.

**786** — En effet, lorsque les adoptants demandent la reconnaissance du jugement étranger ayant prononcé l'adoption, l'enfant se trouve généralement dans l'État du juge requis, accueilli au foyer de ses nouveaux parents alors qu'il a été abandonné par ses parents biologiques. Sans forcément avoir déjà acquis la nationalité française de ses parents adoptifs, l'enfant a au moins obtenu une autorisation d'entrée en France par les autorités consulaires françaises du pays d'adoption<sup>6</sup>. Dès lors, opposer la réserve de la fraude à la loi à l'adoption prononcée à l'étranger aurait pour effet direct de renvoyer l'enfant dans son pays, de l'arracher à son nouveau foyer alors qu'il n'en a plus aucun dans son pays<sup>7</sup>. Car si par hypothèse l'adoption est frauduleuse, elle a au moins permis d'offrir un foyer à un enfant qui en était démuné, ou tout du moins de meilleures conditions de vie matérielles et socio-éducatives. En ce sens, elle peut sembler respectable dans son résultat matériel, alors même que les conditions de la fraude à la loi seraient réunies. L'adoption, même frauduleuse, peut ainsi être conforme à l'intérêt de l'enfant et, inversement, sa sanction s'y révéler contraire.

<sup>1</sup> Par ex. Douai, 12 décembre 1996, préc. ; – Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc. ; – Riom, 15 mai 2001, préc.

<sup>2</sup> Par ex. Paris, 15 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, 1<sup>re</sup> esp., note LABRUSSE-RIOU ; *JDI* 1990, p. 982, note GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER ; – Rennes, 4 juillet 2002, préc. ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 2003, *RJPF*-2003-78/40, obs. BLANC ; *LPA* 2003, n° 216, p. 11, note MASSIP ; *JCP* 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN ; *RTD civ.* 2003, p. 693, obs. HAUSER ; *Dr. fam.* 2003, n° 143, note MURAT ; – 9 décembre 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 17, note MURAT ; *RJPF*-2004-4/35, note GARE ; *Deffrénois* 2004, p. 592, obs. MASSIP ; *Gaz. pal.* 28-29 mai 2004, p. 15, note MASSIP ; *JCP* 2004, I, 109, n° 2, obs. RUBELLIN-DEVICHI.

<sup>3</sup> TGI Paris, 5 janvier 1994, préc. ; – Paris, 19 septembre 1995, préc.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-020390 ; *RJPF*-2004-2/36, note LE BOURSICOT ; *Deffrénois* 2004, p. 155, obs. MASSIP ; *RJPF*-2004-1/35, obs. GARE ; *Gaz. pal.* 2004, somm., p. 1316, note MASSIP.

<sup>5</sup> Cette technique est possible dans tous les pays où l'état civil est peu organisé. C'est le cas par exemple au Cambodge, cf. *supra* n° 433.

<sup>6</sup> J. FOYER, *Rép. inter. Dalloz*, 2000, v° « Adoption », n° 62 et s.

<sup>7</sup> V. ainsi Amiens, 20 mars 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 9, note FARGE.

**787** — En ce sens, la fraude à la loi en matière d'adoption n'est pas inéluctablement contraire à l'intérêt de l'enfant adopté. En ce qui concerne les détournements d'adoption en droit interne, comme les adoptions entre cohabitants ou à des fins fiscales, M. le Pr. HAUSER considère ainsi que « l'intérêt de l'enfant (...) n'est pas forcément antinomique avec le détournement »<sup>1</sup> et qu'il est peut-être dans cet intérêt de « frauder purement et simplement la loi »<sup>2</sup>. En matière d'adoption internationale, Mme la Pr. MUIR WATT souligne également le « dilemme de la sanction » d'une adoption irrégulière lorsqu'elle estime, à propos de l'interdiction de l'adoption des enfants de statut personnel prohibitif, que si « la fermeté de l'interdiction unilatérale reste évidemment la solution la plus efficace dans beaucoup de cas, il faut prendre garde à ce que la prévention ne se retourne pas contre l'enfant lui-même, dont l'intérêt n'est pas forcément mieux servi, par exemple, en le privant de toute filiation qu'en lui reconnaissant deux filiations maternelles »<sup>3</sup>. Le même auteur souligne par ailleurs que « le passage du temps a généralement pour effet d'effacer la fraude initiale, lorsque la situation artificiellement créée à l'origine a acquis une effectivité sous la loi rendue applicable ; le désintérêt prolongé de la famille naturelle ou des autorités du pays de la nationalité, ferait alors pencher la balance en faveur de la compétence de la loi du pays d'accueil »<sup>4</sup>. Si la fraude à la loi atteint l'autorité d'une loi en l'évinçant et qu'elle provoque l'application d'une autre loi alors qu'elle n'aurait pas dû l'être, il n'en reste pas moins que, dans certains cas, le but et le résultat matériel de la fraude à la loi comme de sa sanction éventuelle incitent l'autorité étatique à reconsidérer son obligation – théorique – de sanctionner la fraude à la loi. Ainsi, « lorsque l'adoption est prononcée dans le pays d'origine de l'enfant, il faudrait que les tribunaux français aient la faculté de ne pas la reconnaître, faculté et non obligation afin d'éviter le traumatisme pour l'enfant d'un changement de famille d'accueil »<sup>5</sup>.

**788** — Directement ou indirectement, les juges témoignent parfois d'une certaine indulgence vis-à-vis d'une adoption en marge des canons légaux habituels. C'est le cas notamment lorsque, avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001 qui maintenant les prohibe, certaines juridictions acceptent l'adoption d'un enfant de statut personnel prohibitif, souvent, sinon toujours, parce que l'enfant était déjà sur le sol français, accueilli au foyer de ses nouveaux parents<sup>6</sup>. C'est le cas encore depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2001 qui permet l'adoption d'un enfant que sa loi personnelle prohibe, si cet enfant est né et qu'il réside en France<sup>7</sup>. Dans ces hypothèses, alors même que la loi de l'enfant n'aurait pas été respectée, l'adoption peut néanmoins être prononcée, dans la mesure où elle est matériellement conforme à l'intérêt de l'enfant. La solution est parfois identique lorsque l'adoption est frauduleuse ou en tout cas légitimement soupçonnable comme telle. Ainsi il a été jugé, au sujet de l'adoption au Vietnam d'un enfant vietnamien par un couple de Français, que malgré le recours à un intermédiaire non autorisé auquel a été remise une somme de 2500 dollars, le consentement donné par la mère biologique de l'enfant n'est entaché d'aucune irrégularité et l'adoption

<sup>1</sup> J. HAUSER, « De l'adoption parentélaire à l'adoption blanche », *RTD civ.* 1998, p. 893.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », in *Actualité du droit international privé de la famille*, *LPA* 2001, n° 62, p. 59 et s., spéc. n° 7.

<sup>4</sup> H. MUIR WATT, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001, p. 995 et s., spéc. n° 17.

<sup>5</sup> É. POISSON-DROCOURT, note sous Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc., p. 62.

<sup>6</sup> Sur l'ensemble de cette jurisprudence, v. not. P. BOUREL, *J.-Cl. inter.*, fasc. 548-3, n° 70 et s. *Adde* Amiens, 20 mars 2002, préc.

<sup>7</sup> Art. 370-3 al. 2 du Code civil.

plénière peut être prononcée<sup>1</sup>. Au moment où la décision fut rendue, les adoptions d'enfants vietnamiens par des étrangers étaient suspendues en raison de nombreuses irrégularités les entachant<sup>2</sup>. À cette date toujours, la Convention de La Haye du 29 mai 1993 était entrée en vigueur en France. Bien qu'elle ne soit pas applicable à l'espèce, elle pouvait servir de guide quant aux conditions d'intervention et de rémunération des intermédiaires personnes physiques<sup>3</sup>. Or, la somme de 2500 dollars est totalement disproportionnée au regard du niveau de vie au Vietnam si elle ne correspond qu'à des remboursements de frais ou débours légitimes ajoutés à une rémunération normale, au Vietnam, pour service rendu. À cette date également, l'enfant était en France depuis un an et demi. L'estimant régulière en la forme, la cour d'appel laisse toutefois subsister un doute quant à l'achat du consentement à l'abandon de la mère naturelle, les éléments du dossier ne permettant pas de savoir si elle a bénéficié de la somme versée à l'intermédiaire ou d'une autre somme. En ce sens, la cour d'appel semble admettre l'adoption plus en raison du fait accompli que d'une conviction véritable quant à sa légalité.

**789** — De fait, les juges n'ont jamais, semble-t-il, considéré expressément qu'une adoption était frauduleuse mais qu'ils acceptaient de ne pas la sanctionner afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, certaines décisions montrent que l'intérêt de l'enfant peut s'opposer à ce que le juge sanctionne une irrégularité. C'est le cas par exemple lorsque le père a exercé l'autorité parentale alors que celle-ci était judiciairement attribuée à la mère, laquelle fut, de fait, privée de son droit sur les enfants. Les juges estimèrent cependant que l'intérêt des enfants justifiait que le fait accompli ne soit pas remis en cause et décidèrent de rendre conjointe l'autorité parentale et de fixer la résidence habituelle des enfants chez le père, entérinant dès lors une situation née illégalement<sup>4</sup>. L'intérêt de l'enfant peut encore justifier l'annulation d'une décision de retour dans son pays d'un enfant illégalement amené en France par sa mère en situation régulière<sup>5</sup>. Dans certains cas, même si le juge sanctionne le procédé qui a conduit à créer le lien de filiation, telle une maternité de substitution, il n'en reste pas moins que, de fait, cette sanction ne change rien à la situation des enfants qui demeurent au foyer de leurs parents, le lien de filiation pouvant parfois être créé autrement, notamment par un mariage légitimant<sup>6</sup>. Au sujet des maternités de substitution justement et avant que la Cour de cassation<sup>7</sup> puis la loi<sup>8</sup> les condamnent expressément, les juges du fond, emmenés par la Cour d'appel de Paris, admettaient parfois cette technique, notamment parce qu'elle est « destinée également à donner à l'enfant un statut légal favorable indépendamment de sa véritable filiation, en créant des liens de filiation artificiels, mais cependant jugés par la loi conformes au bien commun »<sup>9</sup>. Beaucoup plus significatif est l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de

<sup>1</sup> Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc.

<sup>2</sup> M.-O. BAUR, « Les derniers développements du droit de l'adoption internationale », in *Actualité du droit international privé de la famille*, op. cit., p. 42 et s., spéc. p. 43 et s.

<sup>3</sup> Art. 22-2 et 32. Sur ces rémunérations, v. A. MORENO, « Aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 301 et s., p. 459 et s., spéc. n° 14 et s.

<sup>4</sup> Aix-en Provence, 30 mai 1995, *JCP* 1996, II, 22566, note GARE.

<sup>5</sup> CE, 22 septembre 1997, *RD sanit. soc.* 1998, p. 174, note MONEGER.

<sup>6</sup> Rennes, 4 juillet 2002, préc.

<sup>7</sup> Ass. Plén., 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, 2<sup>de</sup> esp., note LABRUSSE-RIOU ; *D.* 1991, p. 417, rapport CHARTIER, note THOUVENIN ; *JCP* 1991, II, 21752, comm. BERNARD, concl. DONTWILLE, note TERRE ; *Defrénois* 1991, p. 1267, obs. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. HUET-WEILLER ; *LPA* 1991, n° 127, p. 4, note GOBERT ; *RTD civ.* 1992, p. 489, chr. GOBERT ; *GAJC* n° 49.

<sup>8</sup> Art. 16-7 du Code civil.

<sup>9</sup> Paris, 15 juin 1990, préc. *Adde* Paris, 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, 21563, note EDELMAN et LABRUSSE-RIOU ; *RTD civ.* 1990, p. 254, obs. RUBELLIN-DEVICHI, cassé par Ass. Plén., 31 mai 1991, préc.

cassation qui sanctionne les maternités de substitutions<sup>1</sup>. Si la solennité et la force de la sanction de ce procédé sont réelles, l'arrêt attaqué qui avait admis l'adoption est cassé, « mais seulement dans l'intérêt de la loi ». Il en découle que si le procédé des maternités de substitution est expressément condamné, celle réalisée en l'espèce demeure valable alors que théoriquement elle aurait pu être pleinement sanctionnée, notamment si le Ministère public devant la cour d'appel avait lui-même formé le pourvoi. Ce maintien se justifie dans la mesure où, malgré la condamnation, l'enfant continuera à vivre avec ses parents et considérera l'épouse du père comme sa mère, bien qu'elle ne le soit pas juridiquement, tout en pouvant d'ailleurs le devenir par légitimation. Plus récemment néanmoins, la Cour de cassation s'en tint au principe de l'indisponibilité du corps humain pour rejeter l'adoption d'un enfant, demandée par l'épouse d'un homme ayant eu recours à une mère porteuse<sup>2</sup>. Si la solution est d'un point de vue théorique totalement justifiée, elle n'en demeure pas moins très contestable en pratique dans la mesure où l'enfant vivait depuis sa naissance, intervenue *douze ans* avant le dépôt de la requête, au domicile du couple. Ici plus qu'ailleurs, « il sera sans doute difficile de tenir le cap avec fermeté, tant il est délicat de nier en bloc le fait accompli et de ne pas être sensible aux réalités vécues »<sup>3</sup>. Certaines décisions étrangères acceptent également de faire prévaloir sur la légalité de l'adoption l'intérêt supérieur de l'enfant à son prononcé<sup>4</sup>.

**790** — Toutefois, le recours à la notion d'intérêt de l'enfant ne doit pas dissimuler le caractère frauduleux de l'adoption internationale. En ce sens, admettre de ne pas sanctionner la fraude à la loi présente le risque d'ouvrir la porte aux adoptions individuelles incontrôlées, du moment que les adoptants parviennent à mettre le juge devant le fait accompli. C'est pourquoi l'intérêt de l'enfant ne saurait être érigé en principe absolu permettant d'avaliser une adoption frauduleuse. C'est ce qu'a décidé la Commission européenne des droits de l'homme au sujet de l'adoption d'un enfant philippin. Dans cette affaire, la Commission considéra que les adoptants « avaient essayé de créer une situation de fait insoutenable au mépris des intérêts bien compris » de l'enfant, et qu'en « refusant (...) de « légaliser » la fraude à... [la] loi, les juges avaient œuvré au service de celle-ci et dans l'intérêt de tous les mineurs »<sup>5</sup>. Dans un sens identique, la Cour de cassation considère par principe que lorsque les conditions légales de l'adoption plénière ne sont pas remplies, le juge n'a pas à vérifier la conformité d'une telle adoption à l'intérêt de l'enfant<sup>6</sup>. C'est également la position du gouvernement français qui semble refuser de transcrire sur les registres de l'état civil, au nom de l'intérêt de l'enfant, les actes de naissance de ceux nés à l'étranger par un contrat de mère porteuse, ou se prononce pour l'annulation de tels actes lorsqu'ils ont été retranscrits<sup>7</sup>. De plus, les textes qui intègrent comme condition de l'adoption l'intérêt de l'enfant<sup>8</sup>, ne l'envisagent jamais en tant que tel mais toujours comme une condition nécessaire mais insuffisante, l'adoption devant par ailleurs être juridiquement valable selon la loi des adoptants et celle de l'adopté. Dès lors, le seul intérêt de l'enfant n'est pas suffisant pour prononcer une adoption. Il n'en reste pas moins que la sanction de la fraude à la loi pour elle-même n'est pas non plus une solution pleinement

<sup>1</sup> Ass. Plén., 31 mai 1991, préc.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, préc.

<sup>3</sup> P. MURAT, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, préc., p. 21.

<sup>4</sup> V. not. F. GRANET, note sous Rennes, 4 juillet 2002, préc., p. 2904 ; – Amiens, 20 mars 2002, préc.

<sup>5</sup> Com. EDH, 5 mars 1990, cité par I. LAMMERANT, *op. cit.*, n° 46.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2000, *Dr. & patr.* 2001, n° 90, p. 121, obs. MONEGER ; *LPA* 2001, n° 24, p. 19 ; *Deffrénois* 2001, p. 96, obs. MASSIP.

<sup>7</sup> Rép. min. n° 29633, *JO AN Q*, 20 avril 2004 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 711.

<sup>8</sup> Not. l'art. 27 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, l'art. 21 a. de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990, l'art. 353 du Code civil français.

acceptable lorsqu'elle met en jeu des intérêts qui peuvent être considérés comme supérieurs à celui d'un strict respect de la loi. Dès lors, une voie médiane pourrait être trouvée dans l'appréciation, au cas par cas, de l'opportunité de la sanction de la fraude à la loi constatée.

**791** — Le juge ayant relevé une fraude pourrait s'interroger sur l'opportunité de la sanction en considérant deux autres éléments. En matière d'adoption interne, M. le Pr. HAUSER distingue entre une utilisation opportune de l'adoption et une véritable instrumentalisation de celle-ci. Selon cet auteur, il « n'y rien de choquant, sous le contrôle général de l'intérêt de l'enfant, à admettre qu'un lien qui doit tout à la fiction puisse être utilisé dans le but d'atteindre toutes les finalités qu'il recèle, ce qui ne heurte en aucune façon le droit positif »<sup>1</sup>. Le critère de l'intérêt de l'enfant pourrait donc faire admettre un lien de filiation fictif et, plus loin, potentiellement frauduleux. Toutefois, l'auteur y ajoute une limite : « l'utilisation du procédé pour modifier l'ordre juridique, pour contredire loi évidente ou jurisprudence constante, doit susciter réaction de ce droit positif soucieux de protéger sa cohérence et d'empêcher que n'importe quoi puisse servir n'importe quelle fin »<sup>2</sup>. En ce sens, l'intérêt de l'enfant ne peut pas tout justifier et une adoption frauduleuse doit demeurer, par principe, condamnable, fût-elle conforme à l'intérêt de l'enfant, lorsque la fraude remet en cause la cohérence du système juridique. Pour ne pas appeler automatiquement une sanction, l'adoption internationale frauduleuse devrait donc non seulement respecter la finalité de l'adoption – donner une famille à un enfant qui en est dépourvu – mais aussi être véritablement conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. La première condition est de vérifier que l'adoption internationale s'inscrit, malgré la fraude, dans un véritable projet parental, en recourant à la procédure prévue lors de la phase administrative d'agrément à l'adoption<sup>3</sup>. Ici, l'examen aura lieu alors que l'adoption est déjà prononcée ce qui, en soi, n'en constitue pas un obstacle<sup>4</sup>. Cet examen doit permettre de sanctionner une adoption, frauduleuse ou non, qui dissimule un trafic d'enfant.

**792** — Afin de vérifier que l'adoption permet de donner une famille à un enfant qui en est démunie, l'élément essentiel « serait ainsi de vérifier que ce n'est pas la décision d'adoption elle-même qui est à l'origine de la césure entre l'enfant et son milieu d'origine »<sup>5</sup>. Ce risque est d'autant plus grand que l'enfant a été déplacé en dehors de toute procédure légale<sup>6</sup>. Si au contraire l'enfant a préalablement été abandonné par ses parents, avant et en dehors de tout contact avec des adoptants potentiels, et qu'il a déjà été placé, dans son pays, en vue de son adoption, dans une structure d'accueil habilitée, alors le risque est moindre sinon faible que les adoptants aient exercé des pressions avec succès, eussent-ils recours à un intermédiaire rémunéré. Si donc « il y a trafic d'enfant, il faut le sanctionner en tant que tel et ne pas prononcer ou reconnaître l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière. Mais pour les situations déjà acquises (...) il faut faire preuve de plus de souplesse. L'adoption a procuré un petit profit à l'intermédiaire et un grand à l'enfant tiré de la misère ou la mort » et il « serait inhumain de renvoyer l'enfant dans son pays d'origine et inopportun d'ouvrir une simple délégation d'autorité parentale ou tutelle en France qui le mettrait, ainsi que ses nouveaux

<sup>1</sup> J. HAUSER, « De l'adoption parentélaire à l'adoption blanche », *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Art. 353-1 du Code civil ; art. L. 225-2 et s. du Code de l'action sociale et des familles ; art. L. 225-15 du même code pour les enfants étrangers qui leur étend la procédure d'agrément prévue pour les pupilles de l'État.

<sup>4</sup> Cet examen est en effet prévu par l'art. 5 de la Convention de La Haye du 29 mai 1993.

<sup>5</sup> H. MUIR WATT, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore », *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>6</sup> H. MUIR WATT, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469, spéc. n° 15 et s.

parents, dans une situation plus instable »<sup>1</sup>. Dans ce cas, le respect strict des lois compétentes peut être contourné par le résultat matériel finalement respectable de la fraude à la loi.

**793** — Quant à l'intérêt de l'enfant et en raison de l'intégration de celui-ci au foyer des adoptants, son appréciation sera double. Comme pour le prononcé de l'adoption, elle portera sur le besoin de famille de l'enfant et sur les potentialités d'accueil des candidats à l'adoption. L'autorité devra également constater, ici, que l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas atteint par le changement de foyer qu'induit la sanction de la fraude à la loi<sup>2</sup>. Il s'agira alors d'apprécier l'intérêt de l'enfant de la même façon que la Convention de La Haye du 25 octobre 1980, sur l'enlèvement international, permet de s'opposer au retour de l'enfant lorsqu'il est contraire à son intérêt, notamment parce qu'il s'est bien intégré à son nouvel environnement, y fût-il, par définition, de manière illégale<sup>3</sup>. La variabilité du contenu de la notion d'intérêt de l'enfant<sup>4</sup> laisse à l'autorité étatique une marge de manœuvre relativement importante<sup>5</sup>. L'un des éléments à considérer pour cette appréciation est que l'adoption « ne saurait (...) être présumée favorable dans tous les cas à l'enfant étranger au seul motif qu'il a été recueilli en France »<sup>6</sup>.

**794** — L'adoption frauduleuse pourrait alors n'être pas sanctionnée et « l'adoption plénière pourrait être prononcée en France dès lors qu'il y a une *certitude* quant au *désintérêt total* des parents par le sang vis-à-vis de l'enfant. La création d'une situation « boiteuse » est moins grave dès lors que l'on est sûr de la rupture entre l'adopté et ses parents biologiques »<sup>7</sup>. En ce sens, accepter une adoption frauduleuse, c'est admettre que le « désintérêt de la famille par le sang dispense à son tour de s'intéresser au contenu de la loi de l'enfant »<sup>8</sup> et plus loin d'une éventuelle fraude à cette loi, voire à la loi française si cette dernière a permis, finalement, de s'intéresser à l'enfant. Dans cette optique, le fondement d'une telle possibilité pour le juge d'avaliser l'adoption frauduleuse prononcée à l'étranger ou de prononcer une adoption suite à un déplacement de l'enfant vers son pays d'accueil pourrait se trouver à l'article 348-6 al. 1<sup>er</sup> du Code civil. Celui-ci dispose que le « tribunal peut prononcer l'adoption s'il estime abusif le refus de consentement opposé par les parents légitimes et naturels ou par l'un d'entre eux seulement, lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité ». Ce texte permet de prononcer une adoption même en cas d'opposition abusive des parents biologiques, si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant et que le refus contredit cet intérêt. Cette possibilité peut être transposée à l'absence de sanction de l'adoption internationale frauduleuse lorsqu'il est démontré que la famille et plus largement le milieu

<sup>1</sup> É. POISSON-DROCOURT, note sous Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, préc., p. 66.

<sup>2</sup> V. par ex. Amiens, 20 mars 2002, préc.

<sup>3</sup> Art. 13 b. V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 1995, D. 1996, p. 468, note MASSIP.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. Puf, 2002, p. 85, p. 642 ; F. MILLET, « L'adoption : d'un intérêt à l'autre », *RRJ* 2003, p. 1777 et s.

<sup>5</sup> V. not. F. KNOEPFLER, « L'intérêt de l'enfant et le droit international privé », in *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1975, p. 467 et s. ; A. E. VON OVERBECK, « L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation », in Mél. A. F. SCHNITZER, éd. Georg, 1979, p. 361 et s. ; M. PERTEGAS, « L'intérêt de l'enfant dans l'adoption internationale », *Rev. gén. dr. civ. belge* 1995, p. 278 et s. ; C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et le conflit de lois*, éd. PUAM, 2001 ; F. MILLET, *op. cit.* ; P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in Mél. P. LAGARDE, éd. Dalloz, 2005, p. 365 et s.

<sup>6</sup> Introduction à la Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale, citée par F. MONEGER, « Mise au point du ministère de la Justice en matière d'adoption internationale », *JCP* 2000, aperçu, p. 199.

<sup>7</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Le droit français de l'adoption internationale*, R.I.D.C. 1990, p. 567, spéc. p. 581.

<sup>8</sup> H. MUIR WATT, « L'adoption d'enfants étrangers », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, éd. LGDJ, 1993, p. 147 et s., n° 17.

social de l'enfant s'en désintéresse, c'est-à-dire lorsqu'il y a une véritable césure entre l'enfant et son milieu d'origine, familial et social, au point d'en compromettre la santé et la moralité, si aucune alternative n'est mise en œuvre, notamment l'adoption. Plus généralement, si « le but poursuivi par les volontés individuelles ne heurte pas l'esprit de la règle, celui-ci ne répugne pas à ce que la qualification qui entraînerait la nullité de l'opération soit écartée »<sup>1</sup>. L'autorité peut donc apprécier l'opportunité de la sanction de la fraude à la loi en considérant son objet même et en vérifiant qu'au-delà de la loi éludée, le résultat s'inscrit dans l'ensemble cohérent du droit, notamment lorsque son caractère frauduleux s'est atténué avec le temps.

## § 2 – L'ATTENUATION DU CARACTERE FRAUDULEUX DE LA FRAUDE A LA LOI

795 — Dans la plupart voire la quasi-totalité des hypothèses, la fraude à la loi est instantanée, elle se réalise à un moment donné. Ainsi, lorsque l'autorité étatique chargée de sanctionner la fraude entend la démontrer, elle doit se placer à un moment particulier vers lequel les trois éléments constitutifs de la fraude à la loi doivent converger. Cette exigence s'exprime dans l'adage *Mala fides superveniens non nocet* selon lequel « l'existence de l'acte de fraude doit être appréciée à un moment donné, bien particulier, qui est celui où le régime concerné prévoit de cristalliser la fraude »<sup>2</sup>. Pour autant, entre le moment où la fraude à la loi est réalisée et celui où elle est sanctionnée, il peut s'écouler un temps plus ou moins long qui, au-delà des difficultés de preuve qu'il engendre, peut rendre inopportune la sanction de la fraude à la loi passée, soit en raison de la pérennisation de la situation née de la fraude (A), soit parce que le sujet, initialement de mauvaise foi, a pu croire de bonne foi, avec le temps, en la légitimité de la situation acquise (B). Dans les deux cas, la disparition du trouble social lié à la fraude à la loi initiale peut conduire à préserver la réalité de la situation acquise en fraude.

### A. LA PERENNISATION DE LA SITUATION FRAUDULEUSE

796 — La fraude à la loi, contrairement à la simulation, se caractérise par la réalité de la situation qui lui sert de préalable matériel<sup>3</sup> mais également par la réalité de la situation nouvelle qui en découle. Si la fraude est sanctionnée assez rapidement, dans un délai court à compter de sa réalisation ou de la revendication des droits acquis, la sanction ne pose pas de véritable problème, la situation née de la fraude n'a pas encore complètement déployé ses effets de manière irréversible. En revanche, l'opportunité « de sanctionner une fraude peut (...) être affectée par l'écoulement du temps »<sup>4</sup>. En effet, si la fraude à la loi se réalise en un temps plus ou moins bref, elle n'est pas forcément sanctionnée peu de temps après sa réalisation. Pour qu'elle le soit, encore faut-il que l'autorité étatique la découvre. Lorsque la fraude à la loi concerne un acte juridique patrimonial, ou plus globalement un acte de coercition sur les biens ou sur les personnes, qui nécessite en tant que tel un acte d'exécution, alors dans ce cas la fraude à la loi pourra être découverte assez rapidement, puisque par hypothèse la demande d'exécution de l'acte obtenu par fraude interviendra dans un délai assez bref. Or, les actes qui concernent le droit de la famille, l'état et la capacité des personnes, n'ont pas besoin, pour leur

<sup>1</sup> F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, 1955, p. 12.

<sup>2</sup> J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000, n° 344.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 457 et s.

<sup>4</sup> B. AUDIT, n° 239.

validité et pour déployer leurs effets, d'un acte d'exécution, qu'ils aient été conclus en France ou à l'étranger<sup>1</sup>. Cette reconnaissance de plein droit des décisions étrangères s'applique également aux actes publics et quasi publics, telle la célébration d'un mariage. Or, c'est généralement lors de la revendication des droits acquis que la fraude à la loi est sanctionnée, souvent parce que l'intéressé a besoin de cette reconnaissance pour compléter sa fraude, pour lui donner effet. Toutefois, lorsqu'aucun acte de reconnaissance n'est nécessaire, alors les droits acquis en fraude à la loi pourront plus facilement déployer leurs effets dans le temps, à défaut d'être rapidement contestés par le fraudeur, un tiers intéressé ou le ministère public.

**797** — Selon M. le Pr. VIDAL, l'action de fraude est soumise au droit commun des actions en justice<sup>2</sup>. Elle se prescrit donc par trente ans, selon le délai prévu à l'article 2262 du Code civil. C'est le cas notamment de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil<sup>3</sup>. La loi peut toutefois en disposer autrement et soumettre l'action à un délai plus court. Il en était ainsi de l'ancien article 190-1 du Code civil qui permettait d'agir en nullité du mariage célébré en fraude à la loi dans le délai d'un an à compter de sa célébration. C'est encore le cas de l'article 1427 al. 2 du même code qui soumet à un délai de deux ans l'action en nullité des actes passés par un époux en fraude aux droits de son conjoint sur la communauté. Pourtant, il semble que la nature même de la fraude à la loi, sanctionnée par le principe *fraus omnia corrumpit*, commande que l'action de fraude soit imprescriptible, en dehors des cas où la loi en dispose autrement. Le principe *fraus omnia corrumpit* signifie en effet que la fraude fait exception à toutes les règles, ce qui entraîne en théorie « que des déchéances de droits, des délais, des fins de non recevoir doivent céder lorsqu'il s'agit de réparer le dommage causé par l'acte illicite de fraude »<sup>4</sup>. Plus généralement, il signifie « expressément qu'un comportement de fraude (...) exclut que l'auteur de la fraude puisse se prévaloir de certaines règles de droit positif normalement applicables, dont il pourrait tirer un bénéfice »<sup>5</sup>. Or, le fraudeur tire un bénéfice des règles de prescription car passé ce délai, la fraude à la loi n'est plus attaquable, la situation frauduleusement acquise ne peut plus être remise en cause. Les délais plus courts prévus par le législateur témoignent d'ailleurs tous expressément d'une faveur, non pour le fraudeur, mais pour la réalité de la situation ainsi créée et les tiers qui pourraient être intéressés par cette situation, si bien que « le maintien d'une situation acquise en violation de la loi est préférable à une sanction de cette violation »<sup>6</sup>. Le Conseil d'État jugea ainsi qu'un « acte administratif obtenu par fraude ne crée pas de droits et, par suite, peut être retiré ou abrogé par l'autorité compétente pour le prendre, *alors même que le délai de retrait de droit commun serait expiré* »<sup>7</sup>. En ce sens, l'action de fraude devrait être imprescriptible, à tout le moins lorsque la prescription est soumise à la loi française applicable à la sanction de la fraude à la loi<sup>8</sup>.

**798** — Quoi qu'il en soit, la fraude à la loi peut être contestée bien longtemps après sa réalisation, c'est-à-dire à un moment où la situation à laquelle elle a donné naissance s'est pérennisée, voire qu'elle ait elle-même développé d'autres effets. Ainsi, lorsque deux époux

<sup>1</sup> Req., 3 mars 1930, *S.* 1930, 1, 377, note NIBOYET ; *JDI* 1930, p. 981 ; *Rev. dr. inter.* 1931, p. 329, note NIBOYET.

<sup>2</sup> J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. 425.

<sup>3</sup> Com., 14 mai 1996, *Bull. com.*, IV, n° 134.

<sup>4</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, n° 1132.

<sup>5</sup> J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 341.1.

<sup>6</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n° 177.

<sup>7</sup> CE, 29 novembre 2002, *Assistance publique*, préc. C'est nous qui soulignons.

<sup>8</sup> Sur la loi applicable à la sanction de la fraude à la loi, cf. *supra* n° 571.

divorcent de manière frauduleuse, c'est souvent pour permettre à l'un d'eux, ou aux deux, de se remarier avec une autre personne et des enfants peuvent naître de cette union. Si longtemps après son obtention le divorce frauduleux venait à être contesté, il en découlerait une annulation automatique du mariage subséquent. En ce sens, « il est souvent difficile de remettre en cause une situation qui, bien qu'irrégulièrement constituée au regard des principes du for, a suffisamment développé ses effets pour que l'inconvénient de ne pas la reconnaître l'emporte sur le désir de sanctionner les intéressés »<sup>1</sup>. Or, dans ces hypothèses, les juges n'hésitent pas à sanctionner la fraude à la loi pour la fraude. C'est le cas dans une affaire où un mariage clandestin célébré en 1948 a été annulé, sur le fondement de l'article 170 du Code civil, presque vingt ans après sa célébration<sup>2</sup>. Dans une autre affaire, un Français ayant épousé en secondes noces une Française en 1960, demanda vingt ans plus tard la nullité de ce mariage pour bigamie, au motif que le divorce obtenu en 1952 aux Îles Vierges de son premier mariage était frauduleux. Les juges du fond<sup>3</sup>, suivis par la Cour de cassation<sup>4</sup>, accueillirent cette demande et refusèrent de reconnaître le jugement étranger de divorce, plus de trente ans après avoir été rendu. Les juges prononcèrent alors logiquement la nullité pour bigamie du second mariage. Dans leur mansuétude, les juges accordèrent néanmoins à la seconde épouse le bénéfice du mariage putatif et à l'enfant issu de cette union le statut d'enfant légitime. Il n'en reste pas moins que ces décisions provoquent un certain malaise, d'autant plus grand que la fraude a été, dans ces deux affaires, invoquée par celui-là même qui l'avait réalisée.

799 — Bien que son action doive en principe être imprescriptible, la « fraude n'est pas un vice indélébile, et doit être sans conséquence lorsque l'irrégularité entreprise a été couverte (...) car notre loi n'a plus à être vengée lorsqu'elle a pardonné »<sup>5</sup>. Si la fraude à la loi doit en théorie être sanctionnée, notamment en ce qui concerne les mariages clandestins, le principe doit néanmoins céder dans certains cas où, manifestement, les intéressés sont placés dans une situation telle que le législateur, dans cette même situation, prévoit une attitude de faveur pour le maintien des situations acquises<sup>6</sup>. C'est plus globalement le cas dans toutes les situations où les droits acquis en fraude ont pu, dans le temps, déployer des effets tels qu'il serait plus grave de prononcer la sanction de la source de ces droits que de s'incliner devant le fait accompli. Tenant compte de cet aspect temporel de la sanction de l'illicite, la CJCE juge que le retrait des actes illégaux n'est possible que « s'il intervient dans un délai raisonnable et si l'institution dont il émane tient suffisamment compte de la mesure dans laquelle le destinataire de l'acte a éventuellement pu se fier à la légalité de celui-ci »<sup>7</sup>. Le trouble social qui en résulterait serait bien plus grand que celui né de la fraude à la loi elle-même. Ainsi, dans « le délicat équilibre entre principe de légalité et sécurité juridique, il est possible de se demander quelle situation, du maintien d'un acte certes illégal, voire obtenu par fraude, mais vieux de très nombreuses années, ou du désordre que ne manquerait pas de créer son retrait manifestement tardif, présente le plus grand inconvénient pour l'ordre social »<sup>8</sup>. Dans ce genre

<sup>1</sup> B. AUDIT, n° 239.

<sup>2</sup> Paris, 2 décembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE ; *JCP* 1967, II, 15278, note R.B.

<sup>3</sup> Paris, 27 novembre 1981, *D.* 1983, p. 142, note PAIRE.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.

<sup>5</sup> Ph. MALAURIE, note préc., p. 539.

<sup>6</sup> Sur cette opposition, B. AUDIT, *La fraude à la loi, op. cit.*, n° 374 et s.

<sup>7</sup> CJCE, 3 mars 1982, *Alpha Steel Ltd*, aff. C-14/81, *Rec.* p. 749, pt. 2 ; – 26 février 1987, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo*, aff. C-15/85, *Rec.* p. 1005, pt. 12.

<sup>8</sup> F. DONNAT, D. CASAS, note sous CE, 29 novembre 2002, préc., p. 277.

de situations, l'absence de sanction de la fraude à la loi pourrait également se justifier par la croyance légitime en la validité de la situation pérennisée.

#### B. LA BONNE FOI RETROUVEE DU FRAUDEUR OU LA CROYANCE LEGITIME EN LA VALIDITE DE LA SITUATION FRAUDULEUSEMENT ACQUISE

**800** — Dans la mesure où le caractère subjectif de la théorie de la fraude à la loi suppose que soit démontrée une intention frauduleuse<sup>1</sup>, la fraude à la loi est par nature incompatible avec la bonne foi. La démonstration d'une intention frauduleuse suppose de prouver que le sujet connaissait l'issue conflictuelle et matérielle de sa manœuvre au moment où il l'a réalisée. L'internationalité de la situation n'est pas voulue pour elle-même mais seulement pour le résultat matériel qu'elle permet d'obtenir, lequel ne pouvait être obtenu, ou dans des conditions moins favorables, si l'intéressé était demeuré dans l'ancienne situation. En ce sens, la fraude à la loi suppose la connaissance du caractère artificiel de la situation que le sujet revendique. Celle-ci est objectivement réelle mais elle n'est pas subjectivement voulue en tant que telle<sup>2</sup>. L'intention frauduleuse se déduit donc d'une opposition entre la volonté déclarée et la volonté réelle<sup>3</sup>. En ce sens, elle suppose la mauvaise foi du fraudeur, c'est-à-dire sa conscience de l'insincérité de la situation qui devient sienne par la réalisation du préalable matériel. Aussi « la fraude implique-t-elle, par définition même, chez celui qui la commet, une conscience suffisante de la situation, de la mauvaise action commise ; on n'imagine pas qu'elle puisse être inconsciente (...) ; si la fraude n'implique pas, chez son auteur, l'intention de nuire, elle suppose, du moins, de sa part, la mauvaise foi »<sup>4</sup>.

**801** — Toutefois, si la fraude suppose la mauvaise foi, tous les actes accomplis de mauvaise foi ne sont pas frauduleux. Ces deux notions sont différentes : la « mauvaise foi est (...) le genre ; la fraude n'est qu'une des espèces qui y ressortissent »<sup>5</sup>. Si la fraude à la loi est une composante de la mauvaise foi, c'est parce que celle-là est subjective, qu'elle nécessite la démonstration d'une intention. À l'inverse, pour les objectivistes, la *fraus* n'étant pas de l'essence de la fraude, l'individu peut frauder de bonne foi. Les « fraudeurs ont pu croire, de bonne foi, qu'ils sortaient du champ normal d'application d'une disposition prohibitive, et qu'ainsi cette disposition cessait naturellement d'être applicable »<sup>6</sup>. Toutefois, ces auteurs admettent finalement que l'intention frauduleuse fait partie de la théorie de la fraude à la loi<sup>7</sup>. Il en résulte que la fraude intentionnelle peut être néanmoins de bonne foi, lorsque les intéressés, tout en ayant conscience de réaliser un acte prohibé par la loi initiale, pensent de bonne foi y échapper en sortant de son champ d'application. Vue sous cet angle, la bonne foi dans la fraude à la loi recouvrirait un double sens. Dans le premier, la mauvaise foi serait la conscience de l'éviction d'une loi obligatoire. Dans le second, la bonne foi serait la croyance du caractère légal de la manœuvre effectuée pour éviter cette loi obligatoire, et donc de celui du résultat obtenu. Or, la fraude à la loi procède d'une manœuvre légale. Le sujet respecte les conditions

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 511 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 457 et s.

<sup>3</sup> J.-J. BIENVENU, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, 1999, p. 3 et s.

<sup>4</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Dalloz, 1928, n° 174. Dans le même sens, J. VIDAL, *op. cit.*, p. 122 et s. ; J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 318 et s.

<sup>5</sup> L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 175.

<sup>6</sup> A. LIGERPOULO, L. AULAGNON, « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, p. 439 et s., spéc. n° 36.

<sup>7</sup> Cf. *supra* n° 512 et s.

de formation et d'existence du préalable matériel. À défaut, il y aurait simulation ou violation de la loi. Il est donc en soi tout à fait possible que la fraude à la loi puisse cohabiter avec une certaine bonne foi, entendue dans son second sens. En ce qui concerne le premier en effet, le sujet est toujours de mauvaise foi puisqu'il ne réalise la fraude que pour échapper à cette règle obligatoire. Il a donc tout à fait conscience de l'écartier puisqu'il sait se trouver dans son champ d'application, mais il peut également croire qu'il en sort de manière légale, du moment qu'il respecte les conditions objectives de formation de sa nouvelle situation.

**802** — Cette double conception de la bonne foi dans ses rapports avec la théorie de la fraude à la loi n'a pas laissé indifférents certains juges du fond français et belges, à propos de la sanction des mariages clandestins. L'annulation du mariage se caractérise en effet par une double appréciation. Dans la première, les juges recherchent la cause de la nullité. En vertu de l'article 170 du Code civil, le mariage clandestin sera nul si l'omission des publications légales a été réalisée à fin de fraude, notamment pour échapper à l'opposition d'ascendants. Dans la seconde appréciation, les juges cherchent à définir les effets de cette nullité et notamment la question de savoir si les époux peuvent bénéficier du mariage putatif. Pour cela, ils doivent avoir été de bonne foi, selon l'article 201 du même code, lors de la célébration du mariage. La bonne foi suppose la méconnaissance par les époux de la cause de nullité du mariage au moment de sa célébration. Il en résulte, *a priori*, que les époux ayant été reconnus frauder la loi sur le mariage ne peuvent en même temps être de bonne foi, puisque la démonstration de leur intention frauduleuse suppose nécessairement que le juge ait constaté qu'ils connaissaient l'exigence du consentement des ascendants, et qu'ils ont célébré clandestinement leur union dans le seul but d'y échapper. Tout au plus la putativité peut-elle bénéficier à celui des deux époux qui ignorait cette cause de nullité au moment de la célébration, la fraude à la loi pouvant être seulement reprochée à l'autre, ce qui suffit pour prononcer la nullité du mariage. Toutefois, dans deux affaires, les juges ont considéré que la nullité du mariage pour fraude à la loi n'empêchait pas que les époux – les *deux* époux – bénéficient de la putativité.

**803** — Dans l'affaire soumise aux juridictions françaises, un mariage fut célébré à Odessa en 1918 entre deux Roumains, puis annulé par un juge roumain comme ayant été célébré hors de Roumanie, en fraude des dispositions de publicité édictées par la loi roumaine. Un enfant devait toutefois naître de cette union. En 1955, ce dernier obtint d'un juge portugais le bénéfice du mariage putatif de ses parents en raison de la bonne foi des époux. Afin de venir à la succession de son père décédé, l'enfant demanda et obtint en France l'exequatur du jugement portugais<sup>1</sup>. Les juges du fond estiment que la fraude à la loi commise par les époux n'est pas exclusive de leur bonne foi, ou du moins de la bonne foi de l'un d'entre eux, s'ils ont cru pouvoir contracter une union valable. Ce raisonnement est possible car les deux notions de fraude et de bonne foi sont différentes. Si la fraude à la loi entraîne la nullité du mariage à titre de sanction, la bonne foi, caractérisée par l'état d'esprit de celui qui croit contracter un mariage valable, est essentiellement subjective, variable d'un individu à l'autre. Dès lors, selon la cour d'appel, il n'y a aucune contrariété entre les deux jugements étrangers, celui d'annulation du mariage pour fraude n'ayant pas implicitement consacré la mauvaise foi des époux. Saisie du pourvoi, la Cour de cassation considère à son tour, pour le rejeter, que « ni l'évasion par les époux des dispositions légales roumaines sur la publicité des mariages ni la méconnaissance des règles du droit russe sur les bans de mariage (...) n'excluaient la bonne foi des époux

<sup>1</sup> T. civ. de la Seine, 6 mars 1957, *JCP* 1957, II, 10212, obs. BELLET ; *RTD civ.* 1958, p. 229, obs. DESBOIS, confirmé par Paris, 16 décembre 1959, *RTD civ.* 1960, p. 283, obs. DESBOIS ; *JDI* 1960, p. 1030, note PONSARD ; *JCP* 1960, II, 11460, concl. COMBALDIEU ; *D.* 1961, p. 239, note CORNU.

constatée par le tribunal de Lisbonne, *comme consistant de leur part en une croyance subjective à la validité de leur mariage*, et qu'en conséquence aucune incompatibilité n'existait entre le jugement portugais et la chose jugée par la décision roumaine de nullité de mariage »<sup>1</sup>.

**804** — L'affaire soumise aux juridictions belges était plus classique, mais elle est d'autant plus intéressante que c'est la même juridiction, cette fois, qui prononce la nullité du mariage clandestin pour fraude à la loi tout en faisant bénéficier les deux époux de la putativité. Il s'agissait d'un mariage célébré en Écosse, puis annulé comme célébré en fraude à la loi belge. Néanmoins, la Cour de cassation belge considéra, par « une certaine gymnastique de l'esprit »<sup>2</sup>, que « la circonstance que des belges contractent, en pays étranger, un mariage en vue d'éluder une disposition de la loi belge, (...) n'exclut pas nécessairement leur bonne foi, les époux pouvant avoir la croyance, élément purement subjectif dont l'existence appartient à l'appréciation souveraine du juge du fond, que le mariage célébré conformément à la législation étrangère est néanmoins valable au regard de la loi belge »<sup>3</sup>.

**805** — À première vue, la solution rendue dans ces deux affaires peut être tout à fait concevable. En effet, « nul n'est censé connaître la théorie de la fraude à la loi et la notion savante de clandestinité »<sup>4</sup> et il n'est pas « déraisonnable d'admettre que des futurs époux aient voulu éluder les dispositions de publicité de leur loi nationale tout en croyant de bonne foi contracter un mariage valable. Lorsque des jeunes gens ont pris le chemin de l'étranger pour y faire célébrer leur union, leur conduite n'aurait même pas de sens si elle ne pouvait être interprétée comme ayant précisément consisté à avoir voulu s'unir légalement »<sup>5</sup>. Une telle dichotomie entre la fraude à la loi et la bonne foi pourrait également s'envisager en matière d'adoption internationale. Les personnes sollicitant individuellement l'adoption d'un enfant étranger, sauraient-elles qu'une procédure d'adoption internationale existe dans le pays de leur résidence, peuvent légitimement croire que l'adoption qu'elles sollicitent sera valable dans ce pays. C'est d'ailleurs l'objet même de leur déplacement et tout porte à croire qu'elles ne l'auraient pas entrepris, ni payé d'intermédiaire et ramené l'enfant, si elles n'avaient pas cru que l'adoption serait reconnue. Le cas échéant, elles pourraient même être les premières victimes de la procédure engagée à l'étranger, à laquelle elles avaient cru de bonne foi<sup>6</sup>.

**806** — Cette solution pourrait même être encore plus concevable à supposer que la situation née de la fraude à la loi déploie tous ses effets et en engendre de nouveaux, sur une longue période, sans être inquiétée. Après avoir admis que la fraude à la loi, au moment où elle se réalise, est nécessairement de mauvaise foi, Mme la Pr. JOBARD-BACHELLIER estime que « de même que la mauvaise foi des parties pourra exister (...) sans fraude initiale de leur part, de même leur *bonne foi pourra exister (...) dans le cadre d'un conflit de systèmes dans le temps, indépendamment de la fraude initiale qu'elles auront pu commettre* »<sup>7</sup>. L'hypothèse de

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 109, note G. H. ; *RTD civ.* 1963, p. 569, obs. DESBOIS ; *D.* 1963, p. 341, note MALAURIE ; *JCP* 1964, II, 13470, note Ph. F. Adde Ph. MALAURIE, « Le contrôle des jugements étrangers. La règle du roi Carol », *D.* 1963, p. 129 et s. C'est nous qui soulignons.

<sup>2</sup> J.-F. ROMAIN, *op. cit.*, n° 228.2.

<sup>3</sup> Civ., 8 mars 1963, *Pas.* 1963, I, p. 754 et s., spéc. p. 756 ; *JDI* 1965, p. 762.

<sup>4</sup> G. CORNU, note préc., p. 242.

<sup>5</sup> Ph. F., note préc.

<sup>6</sup> É. POISSON-DROCOURT, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, p. 1404 et s., spéc. p. 1408.

<sup>7</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, éd. LGDJ, 1984, n° 92.

l'auteur se situe dans une appréciation de la fraude à la loi dans le temps. Dans un premier temps, une fraude à la loi étrangère<sup>1</sup> a été commise, forcément de mauvaise foi. Cette fraude n'est cependant pas remise en cause tout de suite, en raison de l'absence de contestation, situation fréquente lorsque toutes les parties à la fraude sont de connivence. Dans un second temps et longtemps après la réalisation de la fraude à la loi, celle-ci vient à être contestée, soit directement lorsque l'un des fraudeurs entend se défaire de la situation acquise<sup>2</sup>, soit indirectement lorsque se pose une question de droit relative à cette situation<sup>3</sup>. Selon l'auteur, certaines « des conditions objectives du conflit pourront faire défaut au départ, avant que ne se produise une évolution des circonstances dans le temps qui fera naître une bonne foi nouvelle chez les intéressés »<sup>4</sup>. La fraude à la loi initiale n'est en effet pas statique. Faute d'être rapidement contestée, elle pourra développer pendant un temps plus ou moins long des effets tels qu'il sera difficile de la remettre en cause<sup>5</sup>. Surtout, elle aura pu créer dans le for intérieur des intéressés un sentiment croissant de validité progressive puis complète de la situation acquise. Dès lors, l'« irrégularité de leur situation, à l'origine, soit qu'ils l'aient provoquée, soit qu'ils devaient la soupçonner, pourra être couverte, en apparence du moins, par l'intervention d'actes ou de décisions qui leur auront permis de croire légitimement à l'absence de toute possibilité de remise en cause ultérieure de leur situation »<sup>6</sup>.

**807** — Si donc les fraudeurs deviennent de bonne foi, ils demeurent néanmoins de mauvaise foi en ce qui concerne la fraude à la loi initiale. La bonne foi consiste seulement dans la croyance en la validité acquise de la situation originellement frauduleuse. En ce sens, lorsqu'il s'agira de rechercher une éventuelle fraude à la loi longtemps après qu'elle ait été commise, « le problème ne sera donc pas tant de savoir s'il y a eu ou non fraude au départ, et, par conséquent, bonne ou mauvaise foi des parties à l'origine, que de se demander, au jour où le for doit se prononcer, si à *ce moment là* et à *ce moment là seulement*, le caractère définitif de l'acquisition de leurs droits faisait partie des légitimes prévisions des parties »<sup>7</sup>. Il s'agit donc ici de dissocier la fraude à la loi initiale de ses effets dans le temps. Si la première est et reste synonyme de mauvaise foi, les seconds peuvent être crus par le fraudeur comme valables, et ce de bonne foi, alors même que leur fait générateur est originellement frauduleux. La mauvaise foi originelle ne serait donc pas définitive : « la bonne foi ou la mauvaise foi des parties, au regard de la valeur juridique de leur situation, est susceptible de varier dans le temps »<sup>8</sup>. La solution rendue par les juges français et belges dans les deux affaires relevées<sup>9</sup> pourrait, sous cet angle, être acceptée. Dans le même sens, une adoption frauduleusement acquise, lorsqu'elle déploie ses effets sur une longue période, peut légitimement faire naître, dans l'esprit des parents adoptifs, le sentiment que l'enfant est, en droit, incontestablement le leur.

**808** — Toutefois, même prise en ses deux sens et même si la fraude déploie légalement ses effets dans le temps, la bonne foi n'est pas compatible avec la fraude à la loi. En effet, la preuve de l'intention frauduleuse découle de la non-acceptation par l'intéressé des

<sup>1</sup> Et non, selon l'auteur, une fraude à la loi du for : *ibid.*, n° 89.

<sup>2</sup> Lorsque le sujet conteste sa propre fraude, cf. *supra* n° 600 et s.

<sup>3</sup> Par exemple lors d'une question de droit accessoire à l'état acquis en fraude.

<sup>4</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 93.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 796 et s.

<sup>6</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*, n° 95.

<sup>9</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963, préc. ; – Civ. (belge), 8 mars 1963, préc.

conséquences les plus essentielles attachées à sa nouvelle situation. Il y a fraude à la loi lorsque l'intéressé, peu de temps après avoir obtenu le résultat matériel qu'il souhaitait, revendique les droits ainsi acquis dans un ressort autre que celui de la loi appliquée. Ce faisant, le sujet démontre véritablement qu'il n'a pas seulement voulu échapper à l'obligation de la loi normalement applicable – premier sens de la bonne foi – mais qu'en plus il a sciemment créé les conditions de sa sortie du champ d'application de celle-ci pour ensuite s'y replacer, une fois obtenu le résultat prohibé. S'il savait effectivement que la situation nouvelle qu'il créait était légale, puisqu'elle remplit par définition toutes les conditions de sa validité, il savait néanmoins que cette nouvelle situation n'était qu'artificielle, qu'elle n'était qu'un instrument utilisé le temps nécessaire à l'obtention d'un résultat par ailleurs prohibé. Ainsi, au sujet des mariages clandestins et comme l'écrit de façon imagée M. le Pr. MALAURIE, il « faudrait que le prince et la bergère fussent exceptionnellement candides pour s'imaginer que lorsqu'on part clandestinement pour l'étranger afin de s'y marier furtivement en un voyage éclair, on a fait un mariage valable ; si la bonne foi est le *plerumque fit*, la présumer alors, c'est insolemment admettre que Bécassine est le plus grand nombre »<sup>1</sup>. La croyance quant à la validité de la situation acquise en fraude n'est donc jamais totalement de bonne foi. Si les parties peuvent croire en cette validité, elles ne peuvent raisonnablement en être de bonne foi persuadées, du moment que le fait générateur de la situation acquise n'a pas été expressément reconnu comme tel. Ainsi, lorsqu'il y a eu fraude à la loi à l'origine, la situation qui en est découlée pourra légitimement être crue valable de bonne foi par les fraudeurs si les droits acquis de cette fraude ont été reconnus valables par une autorité étatique de l'État dont la loi a été évincée<sup>2</sup>. Dans ce cas seulement la dissociation entre la fraude initiale et la situation acquise de cette fraude pourra jouer afin de faire bénéficier les intéressés de la théorie de l'apparence, la première demeurant de mauvaise foi, la seconde devenant valable de bonne foi. Dès lors, lorsqu'il met en œuvre sa fraude à la loi, l'intéressé est nécessairement de mauvaise foi, également prise en son second sens. La fraude à la loi est originellement de mauvaise foi et elle le demeure de façon définitive, tant que la manœuvre n'a pas été reconnue licite, c'est-à-dire lorsque la fraude à la loi n'a pas été découverte alors même que la manœuvre a été contrôlée.

### § 3 – L'OPPOSITION DE PRINCIPES SUPERIEURS A LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI

**809** — Si la sanction de la fraude à la loi est obligatoire pour l'autorité étatique qui la relève, elle peut néanmoins apparaître inopportune en raison de sa contrariété soit à l'ordre public international du for (A) soit aux principes supérieurs issus des traités internationaux (B).

#### A. LA CONTRARIETE DE LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI ETRANGERE A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

**810** — Lorsque la fraude à la loi l'a été au détriment d'une loi étrangère, que ce soit par application de la loi française ou d'une loi tierce, sa sanction conduit à l'application de cette loi étrangère et l'éviction de la loi frauduleusement appliquée. Or, cette loi étrangère

<sup>1</sup> Ph. MALAURIE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963, préc., p. 343. *Adde* Ph. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, éd. Defrénois, 2004, n° 271, note 55, écrivent que « lorsqu'une jeune fille part clandestinement pour l'étranger, afin de s'y marier furtivement en un voyage-éclair, présumer qu'elle avait alors cru faire un mariage valable est présumer que toutes les jeunes filles sont d'une naïveté qui confine à la sottise ».

<sup>2</sup> P. LAGARDE, note sous Paris, 19 mars 1965, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 95 et s., spéc. p. 108.

redevue applicable peut heurter les conceptions de l'ordre public international du for, comme à chaque fois que l'autorité étatique doit appliquer une loi étrangère. En effet, parce « qu'en sanctionnant la fraude à une loi étrangère on donne effet à cette loi, cette décision est (...) subordonnée à l'absence de contrariété de la loi en cause à l'*ordre public* du for. Ainsi l'on ne refuserait pas de célébrer en France un mariage nonobstant un empêchement d'ordre racial ou religieux édicté par la loi personnelle des intéressés, ou de reconnaître un tel mariage célébré dans un pays tiers »<sup>1</sup>. La question peut se poser d'autant plus souvent que les rapports entre les exceptions d'ordre public et de fraude à la loi sont étroits<sup>2</sup>. De plus, matériellement, ce sont les mêmes restrictions ou permissions législatives qui poussent le sujet à revendiquer l'application d'une loi autre que celle normalement applicable et qui déclenchent les foudres de l'exception d'ordre public international. Ainsi, dans l'affaire où a été sanctionnée une fraude au jugement étranger, la sanction eut pour effet de reconnaître la répudiation prononcée à l'étranger. Si cette répudiation n'a pas été jugée contraire à l'ordre public international, c'est parce que l'épouse en avait accepté aussi bien le principe que les conséquences<sup>3</sup>. Dans d'autres cas, « le défaut de sanction d'une fraude à la loi étrangère s'explique parfois par sa contrariété, plus ou moins avouée, aux conceptions locales ou par des motifs politiques »<sup>4</sup>. Dans ces hypothèses, deux solutions se présentent à l'autorité étatique chargée de sanctionner la fraude à la loi. La première est de pure économie juridique. Elle consiste à ne pas relever la fraude à la loi afin de permettre l'application de la loi rendue frauduleusement compétente. À quoi bon en effet invoquer la fraude à la loi si le jeu de l'exception qui la sanctionne se trouve paralysé, dans ses effets, par une autre exception. Toutefois, cette première solution tend à minimiser la fraude à la loi alors même que ses éléments constitutifs sont réunis. De plus, elle ne vaut qu'en cas de fraude à la loi étrangère par application de la loi française, puisque ne pas relever la fraude à la loi étrangère par application d'une loi tierce conduit à appliquer cette loi tierce étrangère, laquelle peut également se révéler contraire à l'ordre public international. Dès lors, la seconde solution, consistant pour l'autorité étatique à relever expressément la fraude à la loi étrangère tout en refusant de la sanctionner en raison de son inopportunité, semble préférable dans la mesure où elle permet de stigmatiser formellement la fraude. Elle permet également de respecter la théorie générale du droit international privé puisqu'elle pousse le raisonnement conflictuel à son terme, sans en éluder certaines étapes.

#### B. LA CONTRARIETE DE LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI AUX PRINCIPES ISSUS DES TRAITES INTERNATIONAUX

**811** — Dans la mesure où la fraude à la loi exploite le raisonnement conflictuel d'une situation internationale, elle utilise, pour ce faire, les règles de conflits de juridictions et de lois en vigueur dans l'ordre juridique du for. Quelle que soit l'origine de ces règles, internes ou internationales, toutes permettent la réalisation d'une fraude à la loi ou d'un abus de droit. Lorsque la fraude à la loi est démontrée au stade de la résolution du conflit de lois, l'intervention de la réserve de la fraude revient à contrecarrer l'application normale de la règle de conflit utilisée afin de rediriger sa mise en œuvre pour voir appliquée la loi frauduleusement évincée. Lorsque la fraude est relevée au moment de l'appréciation de sa compétence par le juge saisi ou lorsque l'abus du droit d'option internationale est constaté, la mise en œuvre de la sanction de ces comportements conduit à rejeter l'application du critère de compétence

<sup>1</sup> B. AUDIT, n° 239.

<sup>2</sup> Sur lesquels, cf. *supra* n° 224 et s., n° 729 et s.

<sup>3</sup> Versailles, 27 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, note MUIR WATT.

<sup>4</sup> B. AUDIT, *loc. cit.* et réf. citées.

frauduleusement ou abusivement revendiqué. Enfin, lorsque la fraude à la loi est découverte au moment de la reconnaissance d'une décision étrangère, sa sanction conduit à rejeter une décision étrangère que pourtant la règle de droit, par hypothèse, commande de reconnaître. Lorsque la règle de conflit est d'origine interne, l'intervention des réserves de fraude à la loi ou d'abus de droit ne pose aucune difficulté sur le plan de la hiérarchie des normes. Principes généraux du droit, elles se situent en effet au même niveau que la règle qu'elles protègent.

**812** — Toute autre est la situation lorsque la règle de conflit est d'origine internationale. Dans ce cas en effet, le jeu de la réserve de la fraude à la loi – principe de droit interne – vient contrecarrer l'application d'une règle qui lui est hiérarchiquement supérieure. Lorsque la réserve de la fraude à la loi ou d'abus de droit est prévue dans le texte international, l'autorité saisie peut y recourir sans difficulté. Cette possibilité est toutefois moins évidente lorsque le texte international ne prévoit pas cette limite. Or, il est rare que les textes internationaux relatifs aux conflits de lois et de juridictions prévoient l'une ou l'autre de ces réserves<sup>1</sup>. Dès lors, la neutralisation des dispositions d'un texte international, hiérarchiquement supérieur en vertu de l'article 55 de la Constitution, par un principe de droit interne, hiérarchiquement inférieur, peut sembler contestable. Pour autant, la hiérarchie des normes ne semble pas remettre en cause la possibilité pour un État partie à un texte international d'opposer ces réserves lorsque la mise en œuvre des dispositions de ce texte révèle une fraude ou un abus. C'est le cas notamment à propos des répudiations marocaines. Dans ces affaires, la fraude au jugement a été opposée à la répudiation obtenue par le mari alors qu'il avait saisi le juge désigné par la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et que celui-ci avait appliqué la loi désignée par cette même convention. Le juge de l'exequatur put ainsi refuser de reconnaître la répudiation prononcée au Maroc comme obtenue en fraude à un jugement français, alors même que la convention prévoit une reconnaissance de plein droit des décisions rendues dans le cadre de ce texte, sans que celui-ci ne permette expressément de rejeter ces décisions sur la base de ce fondement<sup>2</sup>. Néanmoins, l'atteinte au principe de la hiérarchie des normes subsiste<sup>3</sup>. En ce sens, alors même que la fraude ou l'abus seraient démontrés, leur sanction pourrait se révéler inopportune si elle avait pour conséquence de remettre en cause l'économie du traité dont la règle de conflit est instrumentalisée à fin de fraude ou d'abus.

**813** — Actuellement, cette question ressurgit lorsqu'il s'agit de faire jouer les réserves de fraude à la loi ou d'abus de droit dans le cadre des Règlements communautaires de Bruxelles 1, 2 ou 2 *bis*. Aucun de ces textes ne prévoit en effet directement ces mécanismes. Néanmoins, dans sa jurisprudence anti-contournement, la CJCE considère que les États membres peuvent prendre toutes mesures utiles pour endiguer l'utilisation frauduleuse ou abusive des libertés prévues par les traités et le droit communautaire dérivé<sup>4</sup>. Est ainsi reconnu aux juridictions des États membres le pouvoir de faire jouer la réserve de la fraude à la loi alors même que le règlement en cause ne la prévoit pas directement. Dès lors, la condition d'absence

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 55, n° 302, n° 741, n° 753.

<sup>2</sup> Not. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE ; – 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPRez. *Adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, *Bull. civ.* I, n° 266 ; *D.* 1994, IR, p. 234 à propos de la Convention franco-autrichienne du 15 juillet 1966 ; – Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juillet 1995, *Bull. civ.* I, n° 321 ; *D.* 1995, IR, p. 204 et Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, *JDI* 2004, p. 182, note MONEGER, à propos de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964.

<sup>3</sup> L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, éd. LGDJ, 2001, spéc. n° 294 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 118 et s., n° 401, n° 422 et s., n° 630.

de fraude peut être une condition de reconnaissance des décisions rendues par un État membre et dont l'exécution est demandée dans un autre État membre, intégrée ici à l'absence de contrariété à l'ordre public de l'État membre requis<sup>1</sup>. De plus, toujours en vertu de la jurisprudence anti-contournement de la CJCE, les États membres puisent les notions de fraude à la loi et d'abus de droit dans leurs propres principes, même si la CJCE en encadre les conditions<sup>2</sup>. Néanmoins et contrairement aux autres textes internationaux tels que la Convention franco-marocaine, il ressort des arrêts de la CJCE une tendance générale et permanente de contrôler le respect, lorsque l'État membre entend sanctionner une fraude ou un abus, de l'effet utile des traités et plus largement de l'objectif des textes communautaires.

**814** — L'appréciation de l'opportunité de la sanction est en effet une question récurrente dans la jurisprudence anti-contournement de la CJCE. Elle signifie que la fraude à la loi comme l'abus de droit communautaire ne seront pas sanctionnés, alors même que leurs éléments constitutifs sont réunis, en raison de circonstances propres au système juridique ou à l'intéressé qui entourent la manœuvre. En ce sens, « la fraude à la loi ne peut être avancée que lorsque la règle censée contournée est applicable de façon non équivoque à la situation juridique litigieuse. Si le contournement allégué concerne une règle de droit national, il faut au préalable s'assurer que la règle interne, telle que l'on voudrait l'appliquer en l'espèce, peut être utilisée par le juge en tant que conforme au droit communautaire »<sup>3</sup>. Le rétablissement de la prépotence de la loi éludée ne saurait en effet aller à l'encontre des principes de primauté et d'effet direct du droit communautaire. « Cela impliquerait alors que le recours à cette exception puisse être justifié par un motif d'intérêt général au sens du traité, et que son effet concret ne soit pas disproportionné à celui recherché ; faute de quoi il constituerait un obstacle à la liberté de circulation, qui devrait alors céder devant la primauté du droit communautaire »<sup>4</sup>. Ce contrôle préalable de la conformité de la loi nationale aux objectifs du traité ne fait que refléter une tendance générale de la CJCE quant au nécessaire respect de ces deux principes.

**815** — Si cette limite n'apparaît pas dans les premières décisions<sup>5</sup>, la CJCE restreint très rapidement la sanction du contournement sans pour autant affirmer l'absence même de contournement. L'arrêt *Pafitis* est particulièrement net sur ce point. Si la CJCE accepte que les États membres prennent les mesures nécessaires pour lutter contre l'exercice abusif ou frauduleux, par leurs ressortissants, d'une liberté communautaire, « il n'en reste pas moins que, en tout état de cause, la mise en œuvre d'une telle règle ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres »<sup>6</sup>. La Cour précise alors qu'à cet égard, « il appartient à la Cour, lorsque sont en jeu des droits invoqués par un particulier sur la base de dispositions communautaires, de vérifier le caractère approprié de la protection juridictionnelle prévue par les ordres juridiques nationaux »<sup>7</sup>. Cette

<sup>1</sup> V. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 573, note ANCEL ; *JDI* 2003, p. 157, obs. HUET et Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n° 00-19675, inédit, à propos de la Convention de Bruxelles I. Dans le même sens, B. ANCEL, note préc., p. 576 ; A. HUET, note préc., p. 157.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 640 et s.

<sup>3</sup> A. LA PERGOLA, concl. sous CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec. I*-1459 et s., n° 20, p. 1479.

<sup>4</sup> F. VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, éd. PUAM, 2004, n° 267.

<sup>5</sup> Not. CJCE, 3 décembre 1974, *van Bisbergen*, aff. C-34/74, *Rec. p.* 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17, pt. 13 ; – 7 février 1979, *Knoors*, aff. C-115/78, *Rec. p.* 399, concl. REISCHL, pt. 25 ; – 10 janvier 1985, *Leclerc*, préc., pt. 27 ; – 4 décembre 1986, *Commission c/ R.F.A.*, aff. C-205/84, *Rec. p.* 3755, pt. 22 ; – 21 juin 1988, *Lair*, aff. C-39/86, *Rec. p.* 3161, pt. 43.

<sup>6</sup> CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis*, aff. C-441/93, *Rec. I*-1347, concl. TESAURO ; *Europe* 1996, n°s 189, 201, pt. 68.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pt. 69.

limite est reprise dans de nombreux arrêts. Elle est souvent précisée. Ainsi, les juridictions nationales « ne peuvent pas, dans l'appréciation de l'exercice d'un droit découlant d'une disposition communautaire, modifier la portée de cette disposition ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit »<sup>1</sup>. Par ces limites, la CJCE entend préserver son rôle d'unification de l'application du droit communautaire. Mais au lieu de dénier l'existence même d'un contournement, elle en restreint seulement sa possibilité de sanction. Une sanction ne sera pas opportune lorsqu'elle aura pour effet direct de nuire à la politique de la Communauté. Or, dans la mesure où la sanction du contournement conduit, dans la plupart des hypothèses, à écarter le droit communautaire en faveur d'une norme nationale, l'objectif du traité n'est pas atteint. Sous peine de transformer un principe général du droit communautaire en une coquille vide, la CJCE doit nécessairement avoir une position nuancée à l'égard des objectifs du traité et admettre une inversion hiérarchique, en faveur de la loi nationale. C'est pour restreindre cette inversion qu'elle se réserve un contrôle de l'opportunité de la sanction.

**816** — Dans ses conclusions sous l'arrêt *Riksskatteverket*, l'avocat général rappelle que « pour qu'une telle justification puisse être accueillie, la mesure litigieuse ne doit pas seulement être apte à atteindre son objectif allégué, il faut, en outre, qu'elle ne restreigne pas les libertés fondamentales découlant du droit communautaire d'une façon excessive par rapport à ce qui est nécessaire pour atteindre ledit objectif »<sup>2</sup>. Un autre avocat général souligne que « lesdites restrictions ne peuvent être en tant que telles discriminatoires, qu'elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général et qu'elles doivent être adéquates et proportionnées pour atteindre l'objectif poursuivi »<sup>3</sup>. Deux conditions sont donc nécessaires afin de justifier une restriction aux libertés communautaires en cas de manœuvres frauduleuses ou abusives. D'une part, la loi nationale dont l'État membre entend assurer le respect doit être conforme au droit communautaire, voire à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>4</sup>. C'est-à-dire que la loi nationale doit non seulement être conforme au traité, mais également l'objectif qu'elle poursuit doit être considéré comme légitime ou d'intérêt général par la CJCE. D'autre part, la mesure prise doit, concrètement, être proportionnée non seulement par rapport aux objectifs à atteindre par la sanction, mais également au regard de l'atteinte inéluctable à la primauté du droit communautaire. Ici, la mesure ne doit pas aller « au-delà de ce qui est nécessaire »<sup>5</sup> pour sanctionner le contournement. Ainsi, une mesure trop restrictive ou générale peut conduire à son rejet<sup>6</sup>. Les deux conditions sont enfin cumulatives.

**817** — Dans la quasi-totalité des affaires de contournement, la Cour procède, après avoir rappelé l'intérêt légitime des États de lutter contre le contournement, à un véritable contrôle de la législation dont l'État membre entend imposer le respect. La sanction est de fait

<sup>1</sup> CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, aff. C-367/96, *Rec. I-2843*, concl. TESAURO ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. LUBY ; *Rev. soc.* 1998, p. 794, note DANA-DEMARET ; *Europe* 1998, n<sup>os</sup> 225 et 247, obs. LAGONDET, pt. 22 ; – 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec. I-1459*, concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482, note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285, obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386, note PARLEANI ; *Europe* 1999, n<sup>o</sup> 165, obs. SIMON, n<sup>o</sup> 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705, note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS, pt. 25.

<sup>2</sup> J. MISHO, concl. sous CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, aff. C-436/00, *Rec. I-10829*, n<sup>o</sup> 49.

<sup>3</sup> D. R.-J. COLOMER, concl. sous CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV*, Aff. C-208/00, *Rec. I-9919*, n<sup>o</sup> 43.

<sup>4</sup> CJCE, 5 octobre 1994, *TV 10*, aff. C-23/93, *Rec. p. 4795*, concl. LENZ, pt. 23 et s.

<sup>5</sup> CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-11/95, *Rec. I-4115*, pt. 86.

<sup>6</sup> F. G. JACOBS, concl. sous CJCE, 3 octobre 2002, *Dieter Danner*, Aff. C-136/00, *Rec. I-8147*, n<sup>os</sup> 62 et 63, en matière de fraude fiscale ; S. ALBER, concl. sous CJCE, 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec. I-6369*, n<sup>os</sup> 88 et 91, en matière de lutte contre l'immigration clandestine.

rarement jugée opportune, la fraude à la loi ou l'abus de droit invoqué n'est alors pas sanctionné<sup>1</sup>. Dans d'autres cas, les mesures invoquées sont jugées incompatibles avec le traité mais la Cour donne alors un exemple de mesure que l'État pourrait prendre afin de sanctionner le comportement incriminé<sup>2</sup>. Souvent, ce contrôle d'opportunité s'avère particulièrement méthodique, à tel point qu'il s'apparente à un véritable contrôle de conventionalité<sup>3</sup>. Plus rarement, la sanction est jugée compatible avec les dispositions du traité en cause<sup>4</sup>.

**818** — L'appréciation par la Cour de l'opportunité de la sanction lui offre une certaine souplesse de raisonnement. Une même manœuvre peut alors être sanctionnée comme non contraire aux objectifs du traité et proportionnée au but à atteindre contrairement à une jurisprudence antérieure. Ainsi, au sujet du droit des actionnaires minoritaires de contester une augmentation de capital en vertu d'une directive communautaire, la Cour a considéré que l'exercice de ce droit ne saurait en tant que tel dégénérer en abus<sup>5</sup>. Dans l'arrêt *Diamantis*, elle juge néanmoins que s'il le devait, il « ne semble pas que l'application uniforme du droit communautaire et son plein effet serait compromis (...). En effet, une telle appréciation ne modifierait pas la portée de ladite disposition et n'en compromettrait pas les objectifs »<sup>6</sup>. Dans cette affaire, une atteinte à la liberté communautaire ne se justifie qu'en raison de la gravité de la manœuvre qui doit, pour être sanctionnée, causer « un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée »<sup>7</sup>.

**819** — En ce sens, si une mesure nationale s'apparentant à une restriction contraire au traité n'est plus considérée comme telle dans le cas d'une utilisation abusive ou frauduleuse de la liberté communautaire en cause, ou qu'un droit communautaire doit toujours bénéficier au ressortissant communautaire placé dans son champ d'application sauf lorsqu'une telle situation relève d'une manœuvre artificielle, ce retournement ne vaut que tant que la mesure n'est pas contraire aux objectifs du traité et qu'elle n'est pas disproportionnée. Une fraude à la loi ou un abus de droit communautaire peut donc, dans certaines hypothèses, recevoir une consécration implicite lorsque sa sanction aboutit à remettre en cause la liberté communautaire

<sup>1</sup> CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. C-79/85, *Rec.* p. 2375, pt. 17 ; – 12 mars 1996, *Pafitis*, préc., pt. 70 ; – 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, préc., pts. 65 et 86 ; – 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 23 ; – 9 mars 1999, *Centros*, préc., pt. 27 ; – 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, préc., pt. 23 ; – 16 mai 2002, *Commission c/ Espagne*, aff. C-232/99, *Rec.* I-4235, pts. 36 et 40 ; – 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, préc., pt. 45 ; – 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* I-10155, concl. ALBER ; *D.* 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; *D.* 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENUJUCQ, pt. 139.

<sup>2</sup> CJCE, 2 mai 1996, *Paletta II*, aff. C-206/94, *Rec.* I-2357, concl. COSMAS, pts. 26 et 27 ; – 30 mars 2000, *Banks*, aff. C-178/97, *Rec.* I-2005, pt. 40 et s.

<sup>3</sup> Par ex. CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.* I-1663, pt. 37 et s.

<sup>4</sup> CJCE, 3 février 1993, *Veronica*, aff. C-148/91, *Rec.* I-487, pt. 13 et s. ; – 3 mars 1993, *General Milk Products*, préc., pt. 22 ; – 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, *Rec.* p. I-1039, v. le dispositif ; – 9 août 1994, *Boterlux*, préc., pt. 37 ; – 5 octobre 1994, *TV 10*, préc., pt. 23 et s. ; – 5 juin 1997, *Kol*, aff. C-285/95, *Rec.* I-3069, pt. 29 ; – 14 décembre 2000, *Emsland*, préc., pt. 59 ; – 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, préc., pt. 77 ; – 11 juillet 2002, *Käserer Champignon Hofmeister*, aff. C-210/00, *Rec.* I-6453, pt. 68 ; – TPICE, 4 juillet 2002, *SCI UK Ltd c/ Commission*, aff. T-239/00, *Rec.* II-2957, pt. 55.

<sup>5</sup> CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis*, préc., pt. 70 ; – 12 mai 1998, *Kefalas*, préc., pt. 29.

<sup>6</sup> CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *Rec.* I-1705, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY, pt. 43.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pt. 44.

exercée à cette fin<sup>1</sup>. Le droit communautaire peut alors cohabiter avec une fraude à la loi ou un abus de droit communautaire. Le principe dégagé par l'arrêt *Centros* et repris par l'arrêt *Inspire Art*, qui permet à une société de s'installer librement dans un État membre et d'exercer ses activités dans un autre État membre, sans qu'elle puisse se voir opposer, de ce seul fait, les réserves de fraude ou d'abus<sup>2</sup>, l'illustre. Dès lors, si les réserves de fraude à la loi ou d'abus de droit demeurent en tant que limite au droit d'établissement des sociétés, il apparaît néanmoins que les solutions rendues dans ces arrêts en font « une limite plus théorique que concrète »<sup>3</sup>. En ce sens, cette « obligation de reconnaître ce qui s'est passé à l'étranger conformément à la loi locale, c'est, d'une certaine façon, l'obligation de reconnaître la réalité »<sup>4</sup>.

**820** — Dans le cadre des règlements communautaires de Bruxelles 2 et 2 *bis*, la réserve de la fraude à la loi comme celle de l'abus de droit devront ainsi, pour valablement faire échec à la compétence prévue par les traités, se fonder sur des éléments particulièrement graves et concordants pour que leur sanction soit considérée comme opportune au regard du respect de l'objectif assigné à ces textes. Ainsi, dans l'affaire *Turner*, la CJCE estime que « dès lors que le comportement reproché au défendeur consiste à se prévaloir de la compétence d'une juridiction d'un autre État membre, le jugement porté sur le caractère abusif de ce comportement implique une appréciation du caractère pertinent de l'introduction d'une action devant une juridiction d'un autre État membre. Or, une telle appréciation est contraire au principe de confiance mutuelle qui (...) est à la base de la convention et qui interdit au juge, sauf cas particuliers inapplicables dans l'espèce au principal, de contrôler la compétence d'un juge d'un autre État contractant »<sup>5</sup>. Il en résulte que si les réserves de la fraude à la loi ou de l'abus de droit peuvent être opposés au demandeur dans le cadre des Règlements communautaires de Bruxelles 1, 2 ou 2 *bis*, la fraude et l'abus devront être appréciés strictement et être assez graves pour justifier la mise en œuvre de leur sanction respective.

**821** — Le domaine essentiellement économique et financier du droit communautaire conduit à une tolérance accrue de la fraude. En droit interne, un auteur écrit ainsi qu'une « tendance se dessine en jurisprudence pour admettre qu'un montage économiquement légitime ne saurait être tenu pour frauduleux »<sup>6</sup>. L'intégration de l'économie dans le droit, notamment le droit international privé, et l'évolution de celui-ci dans un espace mondialisé, fait que la réglementation des rapports juridiques s'apprécie non plus seulement en termes de respect des impératifs nationaux mais également dans une optique de satisfaction des intérêts particuliers<sup>7</sup>. En droit international privé, cette tendance est également perceptible avec la contractualisation croissante du droit de la famille et le développement des règles de conflits à coloration substantielle. En droit international privé également, il est apparu que la sanction de la fraude à la loi peut être refusée en raison de son inopportunité. Le phénomène est toutefois moins perceptible et tient davantage à des raisons d'ordre personnel. À l'inverse, l'opportunité de la sanction de la fraude à la loi lorsque le texte en cause est d'origine réglementaire est d'ordre

<sup>1</sup> V. par ex. CJCE, 2 juillet 2002, *Andreas Hoves Internationaler*, aff. C-115/00, *Rec.* I-6077, pt. 39.

<sup>2</sup> CJCE, 30 septembre 2003, préc., pt. 139.

<sup>3</sup> M. MENJUCQ, note sous CJCE, 30 septembre 2003, préc., p. 926.

<sup>4</sup> P. LAGARDE, « Rapport de synthèse », in A. FUCHS, H. MUIR WATT, É. PATAUT (sous la dir. de), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, éd. Dalloz, 2004, p. 283 et s., spéc. p. 288.

<sup>5</sup> CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rec.* I-3565, concl. COLOMER ; *D.* 2004, p. 1919, note CARRIER ; *Europe* 2004, n° 246, obs. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note MUIR WATT, pt. 28.

<sup>6</sup> J.-Ph. DOM, *Les montages en droit des sociétés*, op. cit., n° 713.

<sup>7</sup> H. MUIR WATT, « « Law and economics » ; quel apport pour le droit international privé ? », in Mél. J. GHESTIN, éd. LGDJ, 2001, p. 685 et s., spéc. n° 5.

essentiellement, voire exclusivement, institutionnel. Néanmoins, l'élargissement du domaine de cette matière vers le droit des personnes et de la famille doit inciter à une appréciation moins économique de l'opportunité de la sanction. En ces matières plus qu'ailleurs, les particularismes nationaux, s'ils ne doivent pas empêcher l'élaboration d'un espace familial européen, ne doivent pas non plus être sacrifiés sur l'autel du rendement communautaire. Ainsi, si la solution de l'arrêt *Turner* peut se justifier dans le cadre du Règlement (CE) de Bruxelles 1, elle devrait cependant être moins rigoureuse lorsque les Règlements (CE) de Bruxelles 2 et 2 *bis* sont en cause, eu égard à la nature indisponible des matières concernées par ces deux textes. La théorie de la fraude à la loi doit pouvoir jouer un rôle, certes exceptionnel, mais efficace dans ce maintien des principes fondamentaux propres à chaque État membre.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

822 — Si un mécanisme de sanction doit en théorie intervenir dès lors qu'est démontrée une fraude internationale, le principe de la sanction se trouve cependant limité en raison de la configuration même des faits que cette sanction est censée remettre en cause. Les réserves de la fraude à la loi et de l'abus de droit ont pour finalité de dénier toute conséquence juridique à une manœuvre qui, bien que respectant la lettre de la loi, en viole néanmoins son esprit. Il en résulte que ces deux sanctions interviennent à l'encontre d'une situation intrinsèquement réelle, au moins objectivement à défaut de l'être subjectivement. Lorsque la situation n'est pas réelle d'un point de vue objectif, la situation est simulée ou elle ne respecte pas les conditions de la loi. Dans ce cas, la remise en cause de la situation revendiquée ne pose pas de difficulté particulière. En revanche, parce que la situation combattue par les réserves de la fraude à la loi et de l'abus de droit est réelle objectivement, cette circonstance, qui d'un côté commande leur intervention, vient également limiter la portée de leur sanction. D'une part, la réalité intrinsèque de la situation sanctionnée ne sera pas complètement remise en cause, malgré la sanction, si elle s'est créée dans un for autre que celui qui la sanctionne. Ainsi, si une autorité étatique considère qu'une répudiation obtenue à l'étranger est frauduleuse, elle refusera de la reconnaître, mais ce refus n'aura d'effet que dans le ressort de l'État de cette autorité. La répudiation demeurera valable dans l'État du for qui a rendu la décision et potentiellement dans tous les autres États. Il en découle une situation boiteuse tant que le for où s'est réalisée la manœuvre, devant lequel la situation a été acquise, ne la remet pas directement en cause. D'autre part, et quelle que soit l'autorité appelée à contrôler la manœuvre ou la situation acquise, la réalité de la situation doit amener cette autorité, selon le moment où elle intervient, à apprécier l'opportunité du prononcé de la sanction. Loin d'être un concept purement mécanique, la théorie de la fraude à la loi apparaît comme un mélange subtil d'appréciations théoriques et pratiques, d'impérativité et de morale, de raison et de déraison. En fonction de ces implications structurelles de la réalité de la situation, l'autorité de contrôle pourrait ainsi considérer, dans certains cas qui tiennent soit à l'objet même de la fraude, soit aux conséquences qu'aurait sa sanction, soit aux deux en même temps, que le prononcé de cette sanction est inopportun, préservant en cela la réalité de la situation malgré la fraude à la loi qui l'entache.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**823** — La sanction de la fraude à la loi est protéiforme. Qu'elle intervienne de façon préventive, avant sa réalisation, ou de manière curative, une fois ses conditions pleinement réalisées, l'autorité étatique qui la constate dispose d'une multitude de mécanismes propres à remettre en cause une manœuvre frauduleuse. Au-delà de leur diversité, tous ces mécanismes de sanction, qu'ils soient fondés sur la théorie de la fraude ou sur la réserve de l'abus de droit, s'articulent autour d'un dénominateur commun fonctionnel, qui réside dans la remise en cause de la situation réelle créée ou revendiquée par le sujet. Dans tous les cas, l'autorité de contrôle pourra déclarer inefficace la manœuvre, ce qui lui permettra de ne pas tenir compte de la situation qui, bien que réelle, a été frauduleusement créée ou abusivement exploitée. Ainsi, dans la mesure où la fraude à la loi suppose l'intervention d'une autorité étatique, celle-ci est à même de refuser d'exercer sa compétence lorsqu'il apparaît que le demandeur ne l'a saisie que dans le but de réaliser une fraude à la loi. Dans la mesure également où elle procède d'un comportement particulier actif, l'autorité étatique peut directement sanctionner ce comportement en empêchant l'intéressé de revendiquer les droits qu'il exerce frauduleusement ou abusivement. Enfin, lorsque la fraude à la loi est réalisée, la réserve de la fraude à la loi pourra intervenir afin de replacer l'intéressé dans la situation interne ou internationale qui était la sienne avant la réalisation du préalable matériel, que ce soit au stade de la résolution du conflit de lois qu'à celui de la reconnaissance des décisions étrangères. La multiplicité des sanctions de la fraude suppose donc de trouver un critère de choix.

**824** — Le critère du choix de la sanction sera essentiellement d'ordre temporel. Les diverses sanctions dont dispose l'autorité étatique n'interviennent en effet pas au même moment mais dans un ordre chronologique. L'autorité appréciera d'abord sa propre compétence. Pour exister, cette compétence devra être objectivement puis temporellement remplie. Si ces conditions objectives sont respectées, l'autorité devra néanmoins contrôler que cette compétence ne résulte pas elle-même d'une manœuvre frauduleuse. Si ces trois conditions sont réunies, l'autorité étatique pourra, dans certains cas, refuser d'exercer sa compétence, en raison de l'abus du droit d'option de compétence judiciaire qui fonde la sienne. Elle peut encore, de manière moins radicale, transférer sa compétence, de jugement ou de raisonnement, vers une autre autorité, celle-là même que le demandeur n'a pas voulu saisir pour mener à bien sa manœuvre. À ce titre, la distinction effectuée entre le *forum shopping malus* et le *forum shopping bonus* apporte un éclairage particulier sur le choix de la qualification de la manœuvre et donc, par extension, sur le choix de sa sanction, éclairage que ne permettait pas la conception traditionnelle de la fraude à la loi. L'exception de fraude à la loi ne pourra être opposée au sujet que si aucun autre mécanisme n'a pu l'empêcher de mener à bien sa manœuvre, à condition que cette sanction soit opportune. Toutefois, loin de la cantonner dans un rôle annexe, ce caractère subsidiaire donne à l'exception de fraude à la loi toute son utilité en tant que mécanisme régulateur du droit.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

**825** — La rénovation de la théorie de la fraude à la loi, aussi bien pour ses éléments constitutifs que pour les modalités de sa sanction, était nécessaire. La seconde partie de cette étude a permis de comprendre ce qu'était la fraude à la loi mais également de faire apparaître ce qu'elle n'était pas. L'étude combinée de ses trois conditions, en parallèle constant avec les concepts voisins de la théorie de la fraude à la loi, a en effet permis de distinguer des concepts régulateurs auparavant confondus. Parmi ces trois conditions, les éléments légal et matériel de la fraude à la loi sont apparus primordiaux dans cette optique de distinction. Dans la mesure où l'élément légal suppose la démonstration qu'une loi a été évincée au profit d'une autre loi qui lui est substituée, la qualification de fraude à la loi – de fond ou de compétence – peut être exclue dans toutes les hypothèses où la règle de conflit, de lois comme de juridictions, permet une option de compétence. Dans cette hypothèse en effet, il n'existe pas de loi prédéterminée, ni de juge naturel. Néanmoins, cette constatation est insuffisante. Même dans le cadre d'une règle de conflit à option, la fraude à la loi reste possible lorsque la manœuvre consiste pour le sujet à se placer dans les conditions d'application de cette règle. Dès lors, l'étude de l'élément matériel de la fraude à la loi permet d'opérer une nouvelle distinction selon que le sujet crée une nouvelle situation – interne ou internationale – ou selon qu'il exploite une situation internationale préexistante. Dans le premier cas, la théorie de la fraude à la loi trouve son domaine d'application. Dans le second cas en revanche, elle ne peut être opposée au sujet, parce que l'élément légal ne peut alors être relevé. Mais loin d'échapper à toute sanction, l'exploitation d'une situation internationale préexistante, dans la mesure où elle provient de l'exercice d'un droit subjectif offert par la règle de conflit, peut constituer un abus de droit. La complémentarité des deux éléments objectifs de la fraude à la loi apparaît alors. L'élément matériel, par son affinement, permet également de distinguer la fraude à la loi de la simulation, de la violation de la loi et de l'habileté. Quant à l'élément intentionnel, son étude permet, notamment par l'opposition entre les conceptions objectivistes et subjectivistes, d'affiner les distinctions effectuées au regard des éléments objectifs de la fraude à la loi. Selon le fondement retenu, l'autorité de contrôle pourra ainsi mettre en œuvre l'un des mécanismes de sanction dont elle dispose, tout en respectant leur logique propre et afin de leur faire produire la plénitude de leurs effets. Ils seront néanmoins parfois limités, dans leur amplitude ou leur principe, en raison de la réalité même que la sanction a pour finalité de combattre.

## CONCLUSION GENERALE

« La fraude appartient à la famille assez nombreuse de ces notions dont la réalité et l'importance sont reconnues par tous, mais dont la signification et la portée sont demeurées dans la pénombre, sans d'ailleurs qu'on ait tenté beaucoup d'efforts pour l'en faire sortir ; il est entendu que la fraude est la négation même du droit ; qu'elle fait échec à toutes les règles juridiques même les plus nécessaires : « *fraus omnia corrumpit* » ; mais lorsqu'on veut fixer les traits de cette corruptrice contre les méfaits de laquelle s'élève la sagesse des nations, on se trouve dans l'embarras et l'évidence fait place au doute. »

L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Sirey, 1928, n° 171.

826 — Le doute serait-il définitivement inhérent à la notion de fraude à la loi ? Doute quant à l'existence même de cette théorie ; doute quant à ses modalités d'intervention ; doute quant à sa pertinence au regard des multiples instruments qui permettent d'atteindre des comportements potentiellement frauduleux. En succombant aux « sirènes » de la fraude à la loi<sup>1</sup>, le juriste en quête de morale a souvent été tenté de sonner le glas de la théorie de la fraude à la loi tant la simplicité apparente de la notion dissimule la complexité de sa démonstration concrète. C'est alors les yeux bandés que ce juriste avance vers la qualification de fraude à la loi, sans toujours savoir où sa quête de justice le mènera, ni, comme le fraudeur, quels chemins tortueux ou « quartiers juridiques douteux »<sup>2</sup> il devra sillonner. Bien souvent, ses recherches ne le conduisent à la fraude que par un « forçage » de qualification afin de faire entrer, dans ce moule étroit, les manœuvres de plus en plus variées que le droit international privé permet et révèle. Il s'ensuit une certaine dénaturation de la théorie de la fraude à la loi qui, finalement, lui est nuisible. La théorie de la fraude à la loi, qui un temps apparut comme le sésame opposé à la mer des mobiles invoqués par les sujets pour s'affranchir de la loi sous l'empire de laquelle ils étaient placés, devint, au gré de l'érosion du concept et de l'évolution du droit international privé vers une plus grande matérialisation et flexibilisation de ses règles, l'une des pierres d'achoppement les plus sensibles de la matière.

---

<sup>1</sup> H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », in *Actualité du droit international privé de la famille*, LPA 2001, n° 62, p. 59 et s., spéc. n° 5.

<sup>2</sup> J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *L'avenir du droit*, Mél. F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 441 et s., spéc. p. 442.

**827** — Maxime « d'origine savante et sans doute très ancienne »<sup>1</sup>, le principe *fraus omnia corrumpit* s'enracine dans l'histoire du droit. Connue en droit romain, la notion a pu être développée sous l'Ancien droit, particulièrement avec les conflits de coutumes, comme un prélude à sa consécration dans les conflits de systèmes. Bien qu'absente sous la forme d'un principe général dans le Code civil, la théorie de la fraude imprègne le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*<sup>2</sup>. Dans celui-ci, PORTALIS écrivait que « chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journalièrement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation »<sup>3</sup>. Si la théorie de la fraude à la loi s'insère parmi ces suppléments de législation, notamment en raison de son rôle dans le comblement des lacunes du droit<sup>4</sup>, le quotidien de son application judiciaire et de son interprétation doctrinale n'a peut-être pas conduit à son épurement. L'impression de simplicité née des divorces migratoires du 19<sup>e</sup> siècle, à une époque où s'entrechoquaient les souverainetés nationales, jalouses de leurs spécificités et entendant les faire respecter à ceux de leurs sujets qui voulaient s'en affranchir, puis la systématisation par M. le Pr. VIDAL du principe selon lequel la fraude corrompt tout, purent donner l'espoir de « faire de la fraude une catégorie juridique précise »<sup>5</sup>. Néanmoins, l'évolution du droit international privé émietta la notion en autant de catégories et sous-catégories que l'imagination des sujets put offrir de combinaisons : fraude à la juridiction, fraude au jugement, fraude à l'intensité de l'ordre public, fraude aux droits procéduraux d'autrui, détournement de la règle de conflit, abus de changement de nationalité ou de domicile, simulation de l'élément d'extranéité... Bien souvent, la jurisprudence comme la doctrine utilisèrent la notion de fraude sans la viser dans son sens strict, et donc sans directement actionner l'exception de fraude à la loi. M. le Pr. AUDIT ne fit pas d'autre constat dès les premières pages de sa thèse<sup>6</sup>. L'essence même de la notion de fraude se perdait entre tous ses sens à mesure que se superposait, sur une notion fuyante, une myriade de notions spéciales, souvent tout aussi évanescentes.

**828** — Dès le départ de cette étude, il est apparu que la crise de la théorie de la fraude à la loi trouvait ses racines non pas seulement dans sa conception même, mais plus globalement dans la manière de l'appréhender au regard des règles de droit international privé et de la configuration internationale de la situation soumise à l'autorité étatique. La théorie développée initialement n'est pas intrinsèquement erronée et la conception classique, aussi étriquée soit-elle, recouvre une réalité théorique indéniable. Elle ne s'est cependant pas adaptée à l'évolution du droit international privé alors même que la jurisprudence et la doctrine ont continué, bon an mal an, à l'invoquer sous cette forme initiale. En ce sens, il a semblé que la rénovation de la théorie de la fraude à la loi, malgré ses imperfections initiales, devait passer par un retour aux sources plus que par une déconstruction massive. L'étude de la jurisprudence ayant invoqué la notion de fraude à la loi, ou plus largement de fraude, sans au départ s'interroger sur l'exactitude de cette qualification ou cette dénomination, a permis de mettre au jour une première distinction ignorée mais qui est très vite apparue primordiale. En se référant

<sup>1</sup> B. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant, RCADI* 1992-III, t. 234, p. 333 et s., spéc. p. 404.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 2 et s.

<sup>3</sup> *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, éd. Litec, 2004, p. XXV.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 595 et s.

<sup>5</sup> G. MARTY, préface de J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, p. III.

<sup>6</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, n°s 1 à 13.

aux hypothèses classiques où une fraude fut relevée, il apparaît qu'à chaque fois il s'agissait de la création d'une situation internationale à partir d'une situation interne<sup>1</sup> ou d'une situation déjà internationale en une situation internationale différente<sup>2</sup>. Ainsi, il a pu sembler de prime abord que la fraude à la loi était constituée dans ces hypothèses où le sujet modifie la situation dans laquelle il était placé, pour en soumettre une nouvelle à l'autorité étatique qu'il saisissait par la suite. Cette approche était d'ailleurs confortée par la théorie générale de la fraude en droit privé, étant admis que la fraude à la loi de droit international privé n'en est qu'une application<sup>3</sup>. Néanmoins, ce critère fut rapidement, en apparence, démenti avec d'autres affaires qui elles aussi appelèrent le qualificatif de fraude. Les répudiations étrangères ne se situaient en effet pas dans ce schéma traditionnel<sup>4</sup>. Ici, l'époux ne crée pas une situation nouvelle, il est déjà placé dans une situation internationale dont il ne fait qu'exploiter les options de compétences, judiciaire et législative, qu'elle offre. Pour autant, à défaut de pouvoir invoquer une fraude à la loi – faute de loi éludée – ou une fraude à la juridiction – faute de juge dont la compétence aurait été écartée – la Cour de cassation créa pour la circonstance la notion de fraude au jugement. Néanmoins, d'un point de vue théorique, la fraude au jugement n'est pas autre chose qu'une fraude à la loi<sup>5</sup>. Toutefois, dans toutes ces hypothèses où le sujet ne fait qu'exploiter une situation internationale préexistante, la qualification de fraude à la loi, de fond ou de compétence, ne peut être opposée à la manœuvre dans la mesure où aucune éviction n'est constatée, faute de loi normalement applicable ou d'autorité naturellement compétente.

**829** — Là, semble-t-il, se trouve la *summa divisio* de la notion de fraude au sens large, appliquée au droit international privé. Allant plus loin, la méthode proposée doit permettre à l'interprète de parvenir à la qualification idoine, mais sans forcément se focaliser sur la seule fraude à la loi. Dès le début de cette étude, il a été montré que la notion de fraude au sens large donne à l'interprète les moyens de passer, par une appréciation méthodologique et discursive des faits pertinents, d'un « jugement d'existence » de cette fraude à un « jugement de valeur », apte à parvenir à la qualification adéquate<sup>6</sup>. Dans cette optique, le concept de fraude au sens large doit permettre à l'interprète, sans en tirer encore les conséquences juridiques, de vérifier si un comportement répond, *a priori*, aux objectifs de la règle de droit dont il doit assurer le respect. Il effectue ainsi un jugement d'existence. L'insuffisance d'un raisonnement basé sur une simple qualification résulte de ce que le juge « apparaît comme un simple vérificateur de l'adéquation entre un fait singulier et une norme préexistante qui s'exprime à travers des concepts légaux potentiellement aptes à le recouvrer »<sup>7</sup>. À une diversité de situations doit correspondre une diversité de qualifications qui, si elle existe, n'est pas correctement mise en œuvre à défaut d'une démarche comparative. À ce titre, la notion même de « fraude au sens large » est révélatrice de cette confusion et semble absoudre l'imprécision

<sup>1</sup> Not. les affaires *de Bauffremont* : Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6, ou *Vidal* : *T. civ. de la Seine*, 31 janvier 1877 et Paris, 30 juin 1877, préc.

<sup>2</sup> Not. les affaires *Weiller* : Civ., 22 janvier 1951, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESCAKIS ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, 1, p. 210 ; *D.* 1952, 1, 35 ; *GADIP* n° 24, ou *Caron* : Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER.

<sup>3</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 273 et s.

<sup>4</sup> Not. les affaires *Senoussi* : Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486 et *Defrénois* 1988, p. 726, note MASSIP, et *Alka* : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 182 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 15 et s.

<sup>7</sup> Th. IVAINER, *L'interprétation des faits en droit*, éd. LGDJ, 1988, n° 172.

d'un raisonnement : si un comportement particulier ne répond pas exactement à la qualification de fraude – au sens strict – il s'agira toujours d'une fraude – au sens large – justifiant une sanction. Ainsi, qu'importe la précision des qualifications pourvu qu'elles conduisent à un résultat identique : la stigmatisation de certains faits. Or, cette solution ne peut satisfaire car « à chaque qualification correspond un complexe de faits différents. Pour un maniement rigoureux des concepts il faut mettre en équation chacune des qualifications avec la chaîne causale factuelle qu'elle requiert »<sup>1</sup>. Il convient donc que le juge dégage de chaque situation les faits pertinents qui permettent de qualifier exactement la situation factuelle qui lui est soumise.

**830** — Les faits pertinents sont « les faits présentant la propriété potentielle d'influer sur l'issue du litige ou le plus souvent, sur une *certaine* issue du litige »<sup>2</sup>. Par cette démarche « préqualificative », le juge ne recherche pas la règle de droit possible pour ensuite en établir les conditions d'application. Or cette démarche est souvent menée lorsque « le juge, au vu des faits de la cause, éprouve spontanément une préférence pour l'une des thèses qui s'affrontent. Cette anticipation aura pour corollaire de forcer le juge à tenter d'approprier les faits au système normatif apte à faire triompher cette thèse »<sup>3</sup>. Là se produit la dérive du syncrétisme juridique « qui suggère au juriste, avec plus ou moins de précision, l'hypothèse dont il devra partir ou, à tout le moins, le cadre dans lequel il faudra la rechercher »<sup>4</sup>. Si la vision d'ensemble que se fait l'interprète sur une situation donnée est inéluctable, elle ne doit pas le conduire à dénaturer son jugement de valeur et le pousser à inverser son appréciation des faits pertinents. Car eux seuls conduisent à la qualification adéquate ; celle-ci ne guide pas la mise en valeur de certains faits. Ainsi, si le concept de fraude au sens large, dans sa caractérisation, est empreint de syncrétisme juridique, la préqualification doit renvoyer non pas à une catégorie particulière mais à un ensemble de concepts déterminés selon un dénominateur commun. À l'intérieur de ce concept, le juge disposera d'une « grille de faits pertinents » qui lui permet de déterminer la qualification *ad hoc*, et non l'inverse. En ce sens, « la méthode juridique opère une sélection préalable des faits pertinents. La pertinence est instaurée par une relation d'appartenance entre une description conceptuelle de la situation et un concept juridique »<sup>5</sup>. Cette relation d'appartenance est déterminée par l'étude des faits constitutifs de chacune des catégories juridiques autonomes qui constituent le concept préqualificateur de fraude au sens large.

**831** — Dégager le fait pertinent permet de faire entrer une situation préqualifiée de fraude au sens large dans une catégorie juridique définie. Pour assurer cette recherche des faits pertinents, à la malléabilité du concept préqualificateur doit nécessairement correspondre, par un effet de balancier, une certaine rigidité des qualifications de fraude à la loi, d'abus de droit, de simulation ou de détournement. C'est en effet en partant de leur définition respective que se dégagent les éléments que l'interprète devra rechercher, par comparaison, dans chacune des situations de fait. Cette analyse doit permettre la mise en œuvre d'un régime juridique propre à la qualification retenue. En ce sens, « une sanction n'aura lieu que si l'institution ou la théorie choisie la prévoit et si les conditions d'application en sont remplies »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> F. RIGAUX, « La notion de fait en science juridique », *Ann. Dr. Louvain* 1988, p. 3 et s., spéc. p. 11.

<sup>2</sup> Th. IVAINER, *op. cit.*, n° 130.

<sup>3</sup> H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs de droits subjectifs)*, éd. Sirey, 1948, n° 14.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 55, p. 52.

<sup>5</sup> F. RIGAUX, *op. cit.*, p. 13.

<sup>6</sup> G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Lausanne, 1984, p. 26.

**832** — Reste à déterminer, au regard de la méthode proposée, l'ensemble des faits pertinents qui doivent permettre de passer de la qualification de fraude au sens large aux catégories juridiques définies. Le premier fait pertinent – la *summa divisio* – est purement matériel. Il consiste à examiner la configuration internationale dans laquelle se trouve le sujet. S'agit-il d'une nouvelle situation internationale, alors la réserve de la fraude à la loi peut être opposée. S'agit-il à l'inverse de l'exploitation d'une situation internationale préexistante, alors la réserve de la fraude à la loi ne peut valablement intervenir. En revanche, et c'est là l'intérêt de cette première distinction, la réserve de l'abus de droit peut venir suppléer la carence de la qualification de fraude à la loi. La théorie de l'abus de droit pourra ainsi être opposée toutes les fois que le titulaire d'une option de compétence – législative et/ou judiciaire – utilise son droit contrairement à sa finalité ou d'une manière disproportionnée<sup>1</sup>.

**833** — À ce stade néanmoins et en se plaçant dans le cadre de la création d'une situation nouvelle, la qualification de fraude à la loi n'est pas encore acquise. Il convient en effet de pousser le raisonnement plus avant et de trouver d'autres faits pertinents qui doivent permettre de véritablement parvenir à cette qualification. À ce stade, le critère de la réalité de la création constitue le fait pertinent permettant de distinguer la fraude à la loi, la simulation et l'habileté non répréhensible. Il y aura simulation lorsque la création n'est pas objectivement réelle ; fraude à la loi lorsque la création, tout en étant objectivement réelle, ne le sera pas d'un point de vue subjectif, c'est-à-dire lorsqu'elle révélera son caractère artificieux<sup>2</sup> ; il y aura enfin habileté non répréhensible lorsque la création est réelle objectivement et subjectivement<sup>3</sup>. En ce sens, loin de se superposer, ces différentes catégories sont alternatives. En raison de son caractère subsidiaire<sup>4</sup>, la fraude à la loi ne pourra ainsi être établie que si l'interprète démontre au préalable l'absence de simulation puis l'absence d'habileté. Poursuivant sa recherche des faits pertinents et après avoir démontré cette double absence, l'interprète devra ensuite vérifier que la création respecte les conditions légales de formation, faute de quoi elle s'analysera en une violation pure et simple de la loi<sup>5</sup>. Parvenu à ce stade et constatant une création réelle et licite, l'interprète devra enfin démontrer la double efficacité conflictuelle et matérielle de la manœuvre, ce qui lui permettra alors de caractériser une véritable fraude à la loi.

**834** — La théorie de la fraude à la loi peut alors développer ses effets. À ce titre, il a été montré que l'autorité de contrôle dispose d'une multitude de moyens pour remettre en cause une manœuvre déterminée en fonction de sa qualification juridique et du moment auquel cette sanction intervient. Dans tous les cas, la sanction permet de rétablir la prépotence de la loi naturellement compétente, en raison de l'inefficacité de la manœuvre, afin de lui assurer une application conforme à sa lettre et à son esprit. Néanmoins, entre la nécessité théorique de sanctionner la fraude à la loi et la réalité de la situation frauduleuse, la réserve de la fraude à la loi ne doit pas agir tel un couperet actionné par une mécanique froide. Elle suppose au contraire un arbitrage permanent entre plusieurs intérêts, qui permet d'apprécier, au cas par cas, l'opportunité de la sanction<sup>6</sup>. La théorie de la fraude à la loi peut alors s'affirmer pleinement comme un principe général du droit, nécessaire et utile dans la construction logique du droit. L'intérêt de découvrir la qualification adéquate de la manœuvre paraît en effet indispensable

---

<sup>1</sup> Cf. *supra* n° 648 et s.

<sup>2</sup> Cf. *supra* n° 498 et s.

<sup>3</sup> Cf. *supra* n° 457 et s.

<sup>4</sup> Cf. *supra* n° 590 et s.

<sup>5</sup> Cf. *supra* n° 463 et s.

<sup>6</sup> Cf. *supra* n° 774 et s.

dans une optique de fiabilité et de respect des théories juridiques. En proposant une grille de lecture renouvelée des éléments constitutifs de la fraude à la loi, l'autorité de contrôle peut ainsi opposer une sanction qui n'altère pas la logique juridique prise dans son ensemble. Sans se confondre avec ses concepts voisins que sont l'abus de droit, la simulation, la violation de la loi ou l'habileté non répréhensible, la théorie de la fraude à la loi s'harmonise avec eux pour former un ensemble de principes correcteurs qui s'articulent les uns avec les autres autour de critères distinctifs identifiables, afin de combiner leurs vocations et leurs vertus respectives.

**835** — Fruit d'une convenance personnelle sans pour autant se confondre à elle<sup>1</sup>, à mi-chemin entre l'ordre de la loi et la liberté individuelle, la fraude à la loi, comme l'ordre public en matière internationale, « ne doit plus faire peur aux internationalistes »<sup>2</sup>. « Manié avec les ménagements qu'il comporte, mais aussi avec la sagacité que les circonstances requièrent, ce concept, qui permet d'écarter les effets obtenus par les voies détournées de la fraude, est susceptible de contribuer dans une mesure appréciable au maintien de la *dignité du droit*, ainsi qu'au *progrès* et à *l'affinement de la conscience juridique* »<sup>3</sup>. La fraude à la loi s'épanouit dans la diversité des législations. L'altérité législative nourrit la fraude à la loi et fonde l'exception qui la sanctionne. Si ces différences s'estompent, notamment au niveau européen, la standardisation législative n'a pas encore gagné le tréfonds juridique et culturel des sociétés, comme en témoignent les vives réactions opposées, ou attentistes lorsqu'elles sont favorables<sup>4</sup>, à « l'uniformisation des eurocrates »<sup>5</sup>. À l'heure où la célébration du bicentenaire du Code civil, sur fond de gestation d'un Code civil européen, met en avant la nécessité de préserver ce ferment, la théorie de la fraude à la loi s'affirme comme le *lar legis* d'une société vigilante de ses traditions juridiques<sup>6</sup>, mais encline à les faire évoluer graduellement<sup>7</sup>... sous réserve que le doute exprimé par JOSSERAND n'en soit plus un.

<sup>1</sup> S. PARICARD-PIOUX, *La convenance personnelle*, éd. Dalloz, 2003, n° 265 et s.

<sup>2</sup> P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, éd. LGDJ, 1959, p. 239.

<sup>3</sup> J. MATTHIJS, « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 et s., p. 563 et s., spéc. n° 18, p. 566.

<sup>4</sup> Not. C. WITZ, « Plaidoyer pour un code européen des obligations », *D.* 2002, p. 79 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463 et s.

<sup>5</sup> Ph. MALAURIE, « Le Code civil européen des obligations et des contrats », *JCP* 2002, I, 110, spéc. n° 12. Adde Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202 et s. ; « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs* 2003, n° 107, p. 97 et s. ; B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (sous la dir. de), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Soc. de législ. comparée, 2003.

<sup>6</sup> H. P. GLENN, « La tradition juridique nationale », *R.I.D.C.* 2003, p. 263 et s.

<sup>7</sup> L'appréciation des divorces migratoires, depuis le 19<sup>e</sup> siècle, illustre cette fonction protectrice des traditions juridiques nationales qui peut être assignée à la théorie de la fraude à la loi. Mais elle témoigne également de l'évolution progressive de ces mêmes traditions : la théorie de la fraude à la loi, comme celle de l'ordre public en matière internationale, a permis de faire le lien en une réprobation entière du divorce et sa progressive consécration législative, d'abord pour faute (loi Naquet de 1884), puis par consentement mutuel (loi du 11 juillet 1975), enfin pour altération définitive du lien conjugal (loi du 26 mai 2004, sur laquelle, v. not. H. FULCHIRON, « Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) », *Deffrénois* 2004, art. 37999, p. 1103 et s.).

# BIBLIOGRAPHIE

I — Ouvrages généraux.....	461
II — Ouvrages spéciaux, cours, thèses et monographies.....	462
III — Ouvrages collectifs .....	467
IV — Articles et communications .....	468
V — Ouvrages, cours, articles et communications en langues étrangères.....	477
VI — Jurisprudence.....	478

## I — OUVRAGES GENERAUX

- ANCEL B. et LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2001.
- ARMINJON P., *Précis de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1947.
- AUDIT B., *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. Economica, 2000.
- BARTIN É., *Études de droit international privé*, Paris, 1899.
- *Principes de droit international privé*, éd. Domat Montchrestien, t. I, 1930 ; t. II, 1932.
- BATIFFOL H., *Traité élémentaire de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1959.
- BATIFFOL H. et LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, tome 1, 8<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1993.
- *Traité de droit international privé*, tome 2, 7<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1983.
- BUCHER A., *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, tome I/1, 1998.
- *Droit international privé suisse*, éd. Helbing & Lichtenhahn, tome I/2, 1995.
- CARBONNIER J., *Introduction*, 27<sup>e</sup> éd. Puf, 2002.
- *La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd. Puf, 2002.
- CASTEL J.-G., *Droit international privé québécois*, éd. Butterworths, 1980.
- GHESTIN J., GOUBEAUX G., FABRE-MAGNAN M., *Droit civil. Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1994.
- GRAULICH P., *Principes de droit international privé*, éd. Dalloz, 1961.
- HAUSER J., HUET-WEILLER D., *Droit civil. La famille. Fondation et vie de famille*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1993.
- *Droit civil. La famille. Dissolution de la famille*, vol. 2, 2<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1993.
- HOLLEAUX D., FOYER J., GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, éd. Masson, 1987.
- JULIEN-LAFERRIERE F., *Droit des étrangers*, éd. Puf, 2000.
- KNOEPFLER F., SCHWEIZER PH., OTHENIN-GIRARD S. *Droit international privé suisse*, 3<sup>e</sup> éd. Stämpfli, 2005.
- LAURENT F., *Droit civil international*, 8 tomes, éd. Bruylant, 1880.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE P., *Précis de droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1954.

- LOUSSOUARN Y., BOUREL P., DE VAREILLES-SOMMIERES P., *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2004.
- MALAURIE Ph., FULCHIRON H., *La famille*, éd. Defrénois, 2004.
- MAYER P., HEUZE V., *Droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2004.
- NIBOYET J.-P., *Traité de droit international privé français*, t. I, 2<sup>e</sup> éd. Sirey, 1947.  
– *Traité de droit international privé français*, t. III, éd. Sirey, 1944.
- PILLET A., *Principes de droit international privé*, éd. Pedone, 1903.
- REVILLARD M., *Droit international privé et pratique notariale*, 5<sup>e</sup> éd. Defrénois, 2001.
- RIGAUX F., *Droit international privé*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd. Larcier, 1987.
- de SAVIGNY M.F.C., *Traité de droit romain*, vol. 8, trad. Ch. GUENOUX, éd. Firmin Didot Frères, Paris, 1851 ; rééd. Panthéon-Assas, 2002.
- VANDER ELST R., *Droit international privé belge et droit conventionnel international*, t. 1, *Conflits de lois*, éd. Bruylant, 1983.

## II — OUVRAGES SPECIAUX, COURS, THESES ET MONOGRAPHIES

- ALEXANDRE D., *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, éd. LGDJ, 1965.
- AUDIT B., *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974.
- BARNICH L., *Les actes juridiques en droit international privé. Essai de méthode*, éd. Bruylant, 2001.
- BATIFFOL H., *Principes de droit international privé*, *RCADI* 1959-II, t. 97, p. 430.  
– *Les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative*, Institut des Hautes Études internationales, 1960-61.  
– *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, *RCADI* 1967-I, t. 120, p. 165.  
– *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, *RCADI* 1973-II, t. 139, p. 75.
- BAZ J., *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, thèse Lyon, 1938.
- BUCHER A., *La famille en droit international privé*, *RCADI* 2000, t. 283, p. 9.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, éd. Flammarion, 1996.
- CARLIER J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, éd. Bruylant, 1992.
- CHALAS Ch., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, éd. PUAM, 2000.
- CLAVEL S., *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, Thèse dact., Paris I, 1999.
- CURTI GIALDINO A., *La volonté des parties en droit international privé*, *RCADI* 1972-III, t. 137, p. 743.
- DAGOT M., *La simulation en droit privé*, éd. LGDJ, 1967.
- DEBY-GERARD F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, éd. Dalloz, 1973.
- DEFFERRARD F., *La suspicion légitime*, éd. LGDJ, 2000.
- DELAUME G.-R., *Les conflits de lois à la veille du Code civil (Contribution à l'histoire du droit international privé français)*, Paris, Sirey, 1947.
- DESBOIS H., *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, éd. Dalloz, 1927.
- DEVERS A., *Le concubinage en droit international privé*, éd. LGDJ, 2004.
- DINSTEIN Z., *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, thèse Genève, 1954.
- DOM J.-Ph., *Les montages en droit des sociétés*, éd. Joly, pratique des affaires, 1998.
- DROZ G., *Regards sur le droit international privé comparé*, *RCADI* 1991-IV, t. 229, p. 9.
- DUBLER C. E., *Les clauses d'exception en droit international privé*, éd. Georg, 1983.
- EL-HUSSEINI BEGDACHE R., *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, éd. LGDJ, 2002.

- FARGE M., *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, éd. L'Harmattan, 2003.
- FOYER J., *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, éd. Dalloz, 1964.
- GANNAGE L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, éd. LGDJ, 2001.
- GAUDEMET-TALLON H., *La prorogation volontaire de compétence de juridiction en droit international privé*, éd. Dalloz, 1965.
- *La désunion du couple en droit international privé*, RCADI 1991-I, t. 226, p. 11.
- GINOSSAR S., *Liberté contractuelle et respect des droits des tiers. Émergence du délit civil de fraude*, éd. LGDJ, 1963.
- GONZALEZ CAMPOS J. D., *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977-III, t. 156, p. 227.
- *Diversification, spécialisation, matérialisation et flexibilisation des règles de droit international privé*, RCADI 2002, t. 287, p. 9.
- GUILLAUME F., *Lex societatis. Principes de rattachement des sociétés et correctifs institués au bénéfice des tiers en droit international privé suisse*, Lausanne, 2001.
- HEUZE V., *La réglementation française des contrats internationaux*, éd. Joly, 1990.
- HOLLEAUX D., *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970.
- HOUZÉLOT P., *Des moyens de fraude aux droits d'autrui. Contribution à la théorie générale de la fraude en droit privé*, thèse dact., Bordeaux, 1996.
- JACQUET J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, éd. Economica, 1983.
- JAYME E., *Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation*, RCADI 2000, t. 282, p. 9.
- JOBARD-BACHELLIER M.-N., *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, éd. LGDJ, 1984.
- JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. Dalloz, 1928.
- *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des Droits*, 2<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1939.
- KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*, éd. LGDJ, 2001.
- KISS A. CH., *L'abus de droit en droit international*, thèse Paris, LGDJ, 1954.
- KOLB R., *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux en droit*, éd. Puf, 2000.
- LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, éd. LGDJ, 1959.
- *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986-I, t. 196, p. 11.
- *La nationalité française*, 3<sup>e</sup> éd. Dalloz, 1997.
- LALIVE P., *Tendances et méthodes en droit international privé*, RCADI 1977-II, t. 155, p. 1.
- LAMMERANT I., *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, éd. Bruylant, 2001.
- LANG G. A., *La fraude à la loi en droit international privé suisse*, Lausanne, 1984.
- LEMEE J., *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, thèse dact., Paris XII, 1977.
- LEQUETTE Y., *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, RCADI 1994-II, t. 246, p. 9.
- LEROUGE G., *Traité de la fraude en droit fiscal*, éd. LGDJ, 1944.
- LIGEROPOULO A., *Le problème de la fraude à la loi*, thèse, Aix, 1928.
- MARTIN A., *L'estoppel en droit international public*, éd. Pedone, 1979.
- MAURY J., *Règles générales des conflits de lois*, RCADI 1936-III, t. 57, p. 325.
- *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.
- MAYER P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, éd. Dalloz, 1973.
- MENJUCQ M., *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, éd. LGDJ, 1997.
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999.

- MOULY J., *La fraude à la loi en droit du travail*, thèse dact., Limoges, 1979.
- MUIR WATT H., *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dact., Paris, 1985.
- NIBOYET J.-P., *La théorie de l'autonomie de la volonté*, RCADI 1927-I, t. 16, p. 1.
- NIBOYET-HOEGY M.-L., *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, éd. Economica, 1986.
- NUYTS A., *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, éd. Bruylant, LGDJ, 2003.
- NYS M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, éd. Bruylant, 2002.
- OTHENIN-GIRARD S., *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, éd. Schulthess, 1999.
- VON OVERBECK A. E., *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents*, RCADI 1982-III, t. 176, p. 9.
- PATOCCHI P. M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, éd. Georg, 1985.
- PARICARD-PIOUX S., *La convenance personnelle*, éd. Dalloz, 2003.
- PICONE P., *La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI 1986-II, t. 197, p. 229.  
– *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé*, RCADI 1999, t. 276, p. 9.
- PRAT-ROUSSEAU L.-A., *La notion de fraude à la loi. Son domaine d'application actuelle en droit français*, thèse Bordeaux, 1937.
- RALSER É., *La célébration du mariage en droit international privé*, thèse dact., Paris II, 1998.
- REVOL R., *Les divorces de Fiume*, thèse Aix-en-Provence, 1925.
- RICHEZ-PONS A., *La résidence en droit international privé (Conflits de juridictions et conflits de lois)*, thèse dact., Lyon 3, 2004.
- RIGAUX F., *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, éd. Sirey, 1958.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd. LGDJ, 1949.
- ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd. Litec, 1999.
- ROMAIN J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, éd. Bruylant, 2000.
- SELEA T., *La notion de l'abus du droit dans le droit international*, thèse Paris, 1940.
- SORAT L., *Le problème des lacunes en droit international. Contribution à l'étude des sources du droit et de la fonction judiciaire*, éd. LGDJ, 1959.
- STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, éd. LGDJ, 2000.
- Le TOURNEAU Ph., *La règle "nemo auditur..."*, éd. LGDJ, 1970.
- VASSILAKAKIS E., *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, éd. LGDJ, 1987.
- VERPLAETSE J., *La fraude à la loi en droit international privé*, éd. Sirey, 1938.
- VERWILGHEN M., *Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie*, RCADI 1999, t. 277, p. 9.
- VIDAL J., *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957.
- VIGNAL Th., *La part de volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, thèse dact., Paris II, 1993.
- WILLEMS C., *Les nouvelles conceptions de la fraude en droit international privé de la famille*, thèse dact., Rouen, 2000.
- ZOLLER É., *La bonne foi en droit international public*, éd. Pedone, 1977.

**III — OUVRAGES COLLECTIFS**

(Ouvrages spéciaux rédigés sous la direction de, actes de colloque)

- L'abus de droit et les concepts équivalents : principes et applications actuelles*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1990.
- La bonne foi*, éd. ASBL, 1990.
- Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale*, Actes des journées d'études du Centre de droit international, ULB, éd. Bruylant, 2001.
- Le droit international privé communautaire : émergence et incidence*, Journée organisée par le L.I.E.A., Toulouse, 22 mars 2002, *LPA* 2002, n° 248.
- Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?*, 101<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *LPA* n° 74, 14 avril 2005.
- ANCEL P., *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, St-Étienne, 2001.
- BEHAR-TOUCHAIS M., *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, éd. Economica, 2001.
- BERGE J.-S., NIBOYET M.-L., *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X, 28 janv. 1<sup>er</sup> fév. 2003, éd. Bruylant, 2003.
- COLLINS L., DROZ G., *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs*, Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 70, t. I, 2002-2003, session de Bruges, 2003, 2<sup>e</sup> commission, p. 13.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, éd. LGDJ, 1992.
- *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, éd. LGDJ, 1996.
- FENOUILLET D., de VAREILLES-SOMMIERES P., *La contractualisation de la famille*, éd. Economica, 2001.
- FOUCHARD Ph., *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2001.
- FUCHS A., MUIR WATT H., PATAUT É., *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, éd. Dalloz, 2004.
- FULCHIRON H., *Être français aujourd'hui*, éd. Pul, 1996.
- *L'étranger en France, face et au regard du droit*, Rapp. Min. Justice, avril 1999.
- *Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe*, Rapp. Min. Justice, déc. 2002.
- KAHN PH., *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, éd. La documentation française, 2001.
- KOKKINI-IATRIDOU D., *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité*, XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, éd. Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
- NIBOYET M.-L. et SINOPOLI L., *L'exequatur en France des jugements étrangers*, *Gaz. pal.* 16-17 juin 2004, n° spécial.
- PERELMAN Ch., *Le problème des lacunes en droit*, éd. Bruylant, 1968.
- PERELMAN Ch., VANDER ELST R., *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruylant, 1984.
- POILLOT-PERUZZETTO S., *Vers une culture juridique européenne ?*, éd. Montchrestien, 1998.

## IV — ARTICLES ET COMMUNICATIONS

- AFSCHRIFT T., « La constitution d'une personne morale de droit étranger dans l'unique but d'éluider l'impôt belge », in Mél. R. VANDER ELST, éd. Nemesis, 1986, p. 27.
- ANCEL B., « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP* 1986-1987, éd. du CNRS, 1989, p. 25.  
– « La désunion européenne : le Règlement dit de « Bruxelles II » », avec H. MUIR WATT, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403.
- ARMINJON P., « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1920, p. 409, *JDI* 1921, p. 62, p. 419.
- ATALLAH A., « Quelques réflexions sur le développement du « forum shopping » », *DMF* nov. 2001, n° 620, p. 867.
- AUDIT B., « Fraude à la loi », *J.-Cl. inter.*, 1995, fasc. 535.  
– « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul ? », *R.I.D.C.* 1998, p. 421 ; in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 583.  
– « Fraude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND, S. RIALS, éd. Lamy, Puf, 2003, p. 755.
- BARNICH L., « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », in Mél. J. KIRKPATRICK, éd. Bruylant, 2004, p. 59.
- BATIFFOL H., Recension de J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe fraus omnia corrumpit*, éd. Dalloz, 1957, *Rev. crit. DIP* 1959, p. 400.  
– « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *Choix d'articles*, éd. LGDJ, 1976, p. 303.
- BEERNAERT S. et COIBION A., « La doctrine du *forum (non) conveniens*. Réconciliation avec le texte de la Convention de Bruxelles ? », *J.T.* 2000, p. 409.
- BELLET P., « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers », *TCFDIP* 1962-1964, p. 251.  
– « La détermination du tribunal compétent en droit international privé », in *Études de droit contemporain*, éd. Cujas 1966, p. 211.
- BERAUDO J.-P., « Du bon usage des règles de compétence spéciales des conventions de Bruxelles et de Lugano pour plaider chez soi », *JCP* 2001, I, 299.
- BERGE J.-S., « Le droit communautaire dévoyé. Le cas *Blood* », *JCP* 2000, I, 206 ; *Europe* déc. 1999, chron. n° 12.
- BERNASCONI C. et GERBER A., « La théorie du forum non conveniens – un regard suisse », *IPRax* 1994, p. 3.
- DE BERSAQUES A., « L'abus de droit en matière contractuelle », *RCJB* 1969, p. 501.
- BIENVENU J.-J., « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, 1999, p. 3.
- DE BOISSESON M., « L'arbitrage et la fraude (À propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992) », *Rev. arb.* 1993, p. 3.
- BONOMI A., « La violation d'une règle impérative étrangère est-elle contraire à l'éthique et aux bonnes mœurs ? », in *L'éthique et le droit*, ss. la dir. de M. KILIAS, Fribourg, 2000, p. 181.
- BOULANGER F., « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *JCP* 1993, I, 3665.
- BOULARBAH H., « L'abus de droit de conclure : vivacité d'une théorie, (avec J.-F. VAN DROOGHENBROECK) », in Mél. Ph. GERARD, éd. Bruylant, 2002, p. 461.
- BOURDEAUX G., « La suspicion de fraude », *JCP* 1994, I, 3782.
- BRANDEAU J., « Fraude à l'impôt sur le revenu et placement sous un régime fiscal étranger », *LPA* 2001, n° 225, p. 4.

- BREDIN J.-D., « Le contrôle du juge de l'exequatur au lendemain de l'arrêt Munzer », *TCFDIP* 1964-1966, p. 19.  
 – « La loi du juge », in Mél. B. GOLDMAN, éd. Litec, 1982, p. 15.
- BRYMER T.R., « Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais », *Rev. fr. dr. aér. spa.* 1992, p. 9.
- BUCHER A., « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1993-1995, p. 209.
- BUREAU D., « L'application d'office de la loi étrangère. Essai de synthèse », *JDI* 1990, p. 317.  
 – « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in Mél. F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 285.
- CADIET L., « Abus de droit », *Rec. Dalloz*, 1992.
- CALAIS-AULOY M.-Th., « Pour un mariage aux effets limités », *RTD civ.* 1988, p. 255.
- CALBAIRAC G., « Considérations sur la règle *Fraus omnia corrumpit* », *D.* 1961, chr., p. 169.
- CAPITANT H., « Sur l'abus des droits », *RTD civ.* 1928, p. 365.
- CAREL J., « De la nullité du mariage et de la mauvaise foi », *Gaz. pal.* 1962, 2, *doctr.*, p. 6.
- CARLIER J.-Y., « Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenues à l'étranger », *RTD fam.* 1991, p. 165.  
 – « La reconnaissance des répudiations », *RTD fam.* 1996, p. 131.
- CASTEL J.-G., « La fraude à la loi en droit international privé québécois », *Rev. bar.* 1964, p. 1.  
 – « Principes généraux de droit international privé », in Mél. L. BAUDOIN, éd. Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 237.
- CHARMONT J., « L'abus du droit », *RTD civ.* 1902, p. 113.
- CHEVALLIER-DUMAS F., « La fraude dans les régimes matrimoniaux », *RTD civ.* 1979, p. 40.
- CLAVEL S., « Anti-Suit Injunctions et arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 667.
- CLEMENT G., « Les poursuites pénales pour fraude fiscale : aspects de procédure », in Mél. J. NORMAND, éd. Litec, 2003, p. 111.
- COLLINS L., « Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs », *Ann. I.D.I.*, vol. 70, t. I, 2002-2003, p. 13.
- COMBEAUD S., « L'OLAF et les autorités judiciaires : quelle répression contre la fraude communautaire ? », *Rev. march. comm.* 2001, n° 453, p. 695.
- VAN COMPERNOLLE J., « Le droit de recours du tiers contre une sentence arbitrale obtenue par fraude », *RCJB* 1994, p. 650.
- COPPENS Ph., « Abus de droit et ordre concurrentiel », in Mél. A. PIROVANO, éd. Frison-Roche, 2003, p. 323.
- CORNELOUP S., « « Maîtrise de l'immigration » et célébration du mariage », in Mél. P. LAGARDE, éd. Dalloz, 2005, p. 207.
- CORNU G., « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe l'œil », in Mél. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, éd. Bruylant, 1998, p. 103.
- CORPART-OULERICH I., « De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc », *Gaz. pal.* 1993, *doctr.* p.1257.
- COURBE P., « Le divorce international : premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil », *TCFDIP* 1989-1990, éd. CNRS, 1991, p. 123.  
 – « Divorce et conflit mobile », in Mél. D. HOLLEAUX, éd. Litec, 1990, p. 69.  
 – « Divorce et séparation de corps », *Rép. inter. Dalloz*, 1998.  
 – « Le règlement communautaire sur le contentieux du divorce international », *LPA* 2002, n° 241, p. 7, et 2003, n° 205, p. 5.
- COURTIEU G., « Droit à réparation. Abus de droit. Notion », *J.-Cl. civ.*, Art. 1382 à 1386, fasc. 131-1, 1997.
- CROTEAU É., « La fraude à la loi de la province de Québec en matière de mariage », *Rev. jur. Thémis* 1966, p. 187.

- DAS H., « L'estoppel et l'acquiescement : assimilations pragmatiques et divergences conceptuelles », *Rev. belge dr. inter.* 1997, p. 607.
- DEBROUX S., PIJCKE G., « Efficacité des décisions étrangères en matière de dissolution du lien conjugal. État actuel et perspectives d'avenir », *Ann. dr. Louvain* 2001, p. 311.
- DESDEVICES Y., « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, p. 21.
- DESSERTAUX M., « Abus de droit ou conflit de droits », *RTD civ.* 1906, p. 119.
- DOMINICE Ch., « À propos du principe de l'estoppel en droit des gens », in Mél. P. GUGGENHEIM, Genève, 1968, p. 327.
- VAN DROOGHENBROECK J.-F., « L'abus du droit de conclure : vivacité d'une théorie », (avec H. BOULARBAH), in Mél. Ph. GERARD, éd. Bruylant, 2002, p. 461.
- DROZ G., « Réflexions pour une réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », *Rev. crit. DIP* 1975, p. 1.  
– « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1995, p. 97.
- EL-HUSSEINI R., « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 427.
- EHRENZWEIG A., « La loi du forum compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions », in Mél. Baron L. FREDERICQ, t. I, 1965, p. 399.
- ELHOUEISS J.-L., « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39.
- FADLALLAH I., « Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français ? », *Rev. crit. DIP* 1981, p. 17.
- FALLON M., Recension de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, *Ann. dr. Louvain* 1976, p. 145.  
– « Les heures sombres du facteur de la nationalité en droit international privé belge », *J.T.* 1978, p. 641.  
– « L'appréciation, par le juge, de la compétence internationale en matière civile et commerciale », *Ann. dr. Louvain* 1994, p. 373.  
– « La délocalisation comme instrument de fraude lié à la circulation des biens et des personnes », in Mél. É. CEREXHE, éd. Larcier, 1997, p. 165.
- FERRARI F., « *Forum shopping* et Droit matériel uniforme », *JDI* 2002, p. 383.
- FIGLIO P., « Du changement de nationalité opéré en fraude à la loi », *JDI* 1910, p. 753.
- FLAUSS-DIEM J., « Maternité de substitution et transfert de parenté en Angleterre », *R.I.D.C.*, 1996, p. 855.  
– « Insémination post-mortem : droit anglais et droit communautaire », in Mél. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, éd. Bruylant, 1998, p. 217.
- FLECHEUX G. et HAUTOT I., « Le forum shopping », *Dr. prat. com. inter.* 1988, p. 389.
- FOURMENT F., « L'article 190-1 du Code civil et les mariages naturalisant, un exemple de disposition législative inutile », *JDI* 1998, p. 945.
- FOYER Jacques, « Le nouvel avant-projet de réforme du Droit international privé français », *JDI* 1971, p. 31.  
– « Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflits de lois », in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 149.
- FRANDESCAKIS Ph., « La loi étrangère à la Cour de cassation », *D.* 1963, chr., p. 7.  
– « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1.  
– « Fraude à la loi », *Rép. inter.* Dalloz, 1<sup>re</sup> éd. 1968, p. 54.  
– « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt « Simitch » de la Cour de cassation », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 243.
- FREMAUX S., « Le contrôle des motifs des actes juridiques », *RRJ* 2000-3, p. 977.
- FULCHIRON H., « La réforme du droit de la nationalité. Commentaire des articles 17 à 33-2 nouveaux du Code civil (réd. L. n° 93-933, 22 juill. 1993) », *JCP* 1993, I, 3708.

- « La réforme du droit des étrangers (Commentaire de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite loi « Chevènement » ou loi « RESEDA ») », *JDI* 1999, p. 5 et s.
- « Le juge de la famille et la loi étrangère », *Dr. fam.*, mars 2000, p. 4.
- « La famille face à la mondialisation », in *La mondialisation du droit*, sous la dir. de É. LOQUIN et C. KESSEDIAN, éd. Litec, 2000, p. 479.
- « Réflexions sur les unions hors mariage en droit international privé », *JDI* 2000, p. 889.
- « La séparation du couple en droit international privé », in *Actualité du droit international privé de la famille*, *LPA* 2001, n° 62, p. 4.
- « La place de la volonté individuelle dans le droit français de la nationalité », *TCFDIP* 1998-2000, éd. Pedone, 2001, p. 175.
- « Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) », *Defrénois* 2004, art. 37999, p. 1103.
- GAILLARD É., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241.
  - « *Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », *JDI* 2003, p. 1105.
  - « Il est interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », *Rev. arb.* 2004, p. 47.
- GANNAGE L., « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. (L'exemple du droit international privé de la famille) », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 1.
  - « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mél. J. Calais-Auloy*, éd. Dalloz, 2004, p. 421.
- GANNAGE P., « Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain », in *Mél. A. CHAVANNE*, éd. Litec, 1990, p. 3.
  - « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. DIP* 1992, p. 425.
- GAUDEMET-TALLON H., « L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites », avec D. TALLON, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 607.
  - Recension de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974, *R.I.D.C.* 1974, p. 899.
  - « Le « forum non conveniens », une menace pour la convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts anglais récents) », *Rev. crit. DIP* 1991, p. 491.
  - « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle : *forum non conveniens, lis pendens* », *R.I.D.C.*, 1994, p. 423.
  - « Compétence civile et commerciale », *Rép. inter.* Dalloz, 1998.
  - « L'introuvable « juge naturel » », in *Mél. J. GAUDEMET*, éd. Puf, 1999, p. 591.
  - « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions », *Rev. march. comm.* 2000, n° 437, p. 228.
  - « La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. Quelques tendances », in *Clés pour le siècle*, éd. Dalloz, 2000, p. 123.
  - « Bruxelles II : de la Convention au règlement communautaire », in *Actualité du droit international privé de la famille*, *LPA* 2001, n° 62, p. 15.
  - « Le règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : « Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs » », *JDI* 2001, p. 381.
  - « La convention dite de « Bruxelles II ». Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale », *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 83.
  - « De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union européenne », in *Mél. DE MAGALHAES COLLAÇO*, éd. Almedina, 2002, vol. I, p. 159.
- GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, éd. Dalloz, p. 117.

- VAN GERVEN W., « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », *J.T.* 1992, p. 305.
- GHESTIN J., « La fraude paulienne », in Mél. G. MARTY, 1978, p. 569.
- GILLES A.-M., « Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé », *LPA* 2003, n° 135, p. 6.
- GILLES CH., « La nullité des mariages simulés », *J.T.* 1991, p. 361.
- GINOSSAR S., « La fraude au droit d'autrui est-elle licite ? », in Mél. J. DABIN, éd. Bruylant, 1963, p. 615.
- GIROUX M., « L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant », *Rev. gén. dr.* 1997, p. 535.
- GOUYET R., « Le concept d'abus de droit par fraude à la loi fiscale », *Dr. & patr.* 2000, n° 88, p. 48.  
– « Qu'est-ce que l'abus de droit fiscal ? », *JCP* éd. N. 2001, p. 1833.
- GRESSOT-LEGER S., « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en exequatur ? », *JDI* 2003, p. 767.
- GRIDEL J.-P., « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, p. 228, p. 345.
- GROSSEN J.-M., « Mariages à choix ? À propos du « covenant marriage » du droit louisianais », in Mél. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, éd. Bruylant, 1998, p. 305.
- GUILLEMARD S., PRUJINER A., SABOURIN F., « Les difficultés de l'introduction du *forum non conveniens* en droit québécois », *Les cahiers du droit* 1995, p. 913.
- GUYON Y., « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *RTD civ.* 1964, p. 473.
- GUYON-RENARD I., « La fraude en matière d'état civil dans les États membres de la CIEC », *Rev. crit. DIP* 1996, p. 541 ; CICE, Strasbourg, 2000.
- HABCHY M., « La question des mariages fictifs », *Dr. enf. fam.* 1996/1, p. 18.
- HAMMJE P., « Effet en France des répudiations musulmanes : fraude et ordre public », *Dr. enf. fam.* 1996/1, p. 106.
- HANNOUN C., « Réflexions sur la distinction de la fraude et de l'abus dans les garanties à première demande », *Rev. dr. banc.* 1988, p. 187.
- HAUSER J., « L'adoption à tout faire », *D.* 1987, chr., p. 205.  
– « Glossaire des mariages de l'an 2000 », in Mél. A. COLOMER, éd. Litec, 1993, p. 189.  
– « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in Mél. F. TERRE, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 441.
- HEBRAUD P., « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », *Rev. crit. DIP* 1968, p. 205.
- HERZOG P., « La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain : un aperçu », *Rev. crit. DIP* 1976, p. 1.
- HEUZE V., « La volonté en droit international privé », *Droits* n° 28, 1999, p. 113.
- HOUCHON G., « Psycho-sociologie de la fraude fiscale », in Mél. V. GOTHOT, Liège, 1962, p. 369.
- HUET A., « Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen », in Mél. D. HUET-WEILLER, éd. Pus, 1994, p. 243.
- IVAINER T., « L'interprétation des faits en droit », *JCP* 1986, I, n° 3235.
- JAHEL S., « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *R.I.D.C.* 1994, p. 31.
- JAMBU-MERLIN R., « Le rôle de l'ordre public et de la fraude à la loi dans le droit des prises maritimes », *Rev. crit. DIP* 1947, p. 381.
- JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chr., p. 199.  
– « *Fraus omnia corrumpit* », *D.* 1997, p. 19.
- JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., « Le partenariat enregistré et le droit international privé », *TCFDIP* 2000-2002, éd. Pedone, 2004, p. 81.
- JOSSERAND L., « Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droit », in *Évolutions et actualités. Conférences de droit civil*, éd. Sirey, 1936., p. 112.

- KARAYANNIS V., « L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. À propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas E.A. / Elliniko Dimiosia (État hellénique) », *Cah. dr. eur.* 1999, p. 521.
- KESSEDIAN C., « Vers une convention à vocation mondiale en matière de compétence juridictionnelle internationale et d'effets des jugements étrangers », *Rev. dr. unif.* 1997, p. 675.  
– Recension de A. NUYS, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, éd. Bruylant, LGDJ, 2003, *JDI* 2004, p. 1167.
- KHAIRALLAH G., « Les « partenariats organisés » en droit international privé (propos autour de la loi du 15 novembre 1999 sur le pacte civil de solidarité) », *Rev. crit. DIP* 2000, p. 317.
- KISH I., « La loi la plus favorable (Réflexions à propos de l'article 9(3), 2 de la loi uniforme Benelux) », in *Festschrift GUTZWILLER*, éd. Topos Verlag, 1959, p. 373.
- KNOEPFLER F., « Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé », in *Mél. R. JEANPRETRE*, éd. Ides et calendes, 1982, p. 113.  
– Recension de G. A. LANG, *La fraude à la loi en droit international privé*, *Ann. suisse de dr. inter.* 1985, p. 461.  
– Recension de R.-G. MEBES, *Die Rechtsumgehung im internationalen Privatrecht der Schweiz, unter besonderer Berücksichtigung des Ehe-, Erb-, Vertrags- und Gesellschaftsstatuts*, *Ann. suisse de dr. inter.* 1988, p. 532.
- KRIEG J.-F., « Le mariage, instrument pour l'acquisition de la nationalité et du droit au séjour », *LPA* 1994, n° 94, p. 4.
- LABRUSSE-RIOU C., « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *TCFDIP 1975-1977*, éd. du CNRS, 1979, p. 111.  
– « Bioéthique et droit international privé : objectifs et méthodes en question », *TCFDIP 2000-2002*, éd. Pedone, 2004, p. 47.
- LAGARDE P., Recension de B. AUDIT, *La fraude à la loi*, éd. Dalloz, 1974, *Rev. crit. DIP* 1974, p. 858.  
– « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt *Dujaque* de la Première chambre civile du 22 juillet 1987) », *Rev. crit. DIP* 1988, p. 29.  
– « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Mél. F. RIGAUX*, éd. Bruylant, 1993, p. 263.  
– « Droit de la nationalité et droit de l'immigration. L'expérience française », in *Mél. N. VALTICOS*, éd. Pedone, 1999, p. 663.  
– Recension de Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, éd. PUAM, 2000, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 234.  
– « Vers une révision de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mél. Y. GUYON*, éd. Dalloz, 2003, p. 571.  
– « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », in *Mél. H. J. SONNENBERGER*, 2004, p. 481.
- LAGONDET F., « L'abus de droit dans la jurisprudence communautaire », *J.T.* 2003, p. 8.
- LAROCHE-GISSEROT F., « Le crépuscule des mariages naturalisants », *Gaz. pal.* 1994, doct., p. 2.
- LEBRETON S., « Réflexions sur la sanction des mariages célébrés en fraude à la loi, à partir de la critique de l'article 190-1 du Code civil », *JCP* éd. N. 1999, p. 967.
- LEMOULAND J.-J., « Le tourisme procréatif », in *Actualité du droit international privé de la famille*, *LPA* 2001, n° 62, p. 24.
- LEQUETTE Y., « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988) », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277.  
– « De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille », in *Mél. Y. LOUSSOUARN*, éd. Dalloz, 1994, p. 245.  
– « La nationalité française dévaluée », in *Mél. F. TERRE*, éd. Puf, Dalloz, Juris-Classeur, 1999, p. 349.

- LIGEROPOULO A., AULAGNON L., « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, A. LAPRADELLE et J.-P. NIBOYET, éd. Sirey, 1930, t. VIII, p. 439.
- DE LONGUEVILLE J., « La fraude fiscale », in Mél. P. SIBILLE, éd. Bruylant, 1981, p. 411.
- LOUIS-LUCAS P., « Les principes directeurs posés par le projet de codification du droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1951, p. 393, p. 597 et 1952, p. 55.  
– « La fraude à la loi étrangère », *Rev. crit. DIP* 1962, p. 1.
- LOUSSOUARN Y., « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, tome 2, p. 43.
- MACOURS G., « L'abus de droits : esquisse de comparaison entre les théories romaine et contemporaine belge », in Mél. F. WUBBE, éd. Universitaires Fribourg, 1993, p. 301.
- MALAURIE Ph., « Le contrôle des jugements étrangers. La règle du roi Carol », *D.* 1963, p. 129.
- MARIDAKIS G. S., « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », in Mél. J. MAURY, éd. Dalloz, 1960, t. I, p. 231.
- MARTIN-SERF A., « L'instrumentalisation du droit des sociétés », *Rev. jur. com.* 2002, p. 108.
- MATTEOLI F.-X., « L'abus de droit d'ester en justice », *Dr. & patr.* 2000, n° 83, p. 82.
- MATTHIJS J., « La fraude à la loi », *J.T.* 1955, p. 541 et p. 563.
- MAURY J., « Sur quelques questions de droit international privé », Publications de l'Institut turc de droit international, n° 5, 1948, p. 7.
- MAYER P., « La règle morale dans l'arbitrage international », in Mél. P. BELLET, éd. Litec, 1991, p. 379.
- MECARELLI G., « À propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises », *RDAI* 2003, n° 8, p. 935.
- VON MEHREN A. T., « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de la Convention de La Haye peut-il aboutir ? », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 85.
- MESTRE J., « Réflexions sur l'abus de droit de recouvrer sa créance », in Mél. P. RAYNAUD, éd. Dalloz, 1985, p. 469.
- MEULDERS-KLEIN M.-Th., « La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale », *R.I.D.C.* 1989, p. 7.  
– « Quelle unité pour le droit de la famille en Europe ? », *Rev. march. comm.* 2000, n° 438, p. 328.
- MEZGHANI A., « L'illicite dans le commerce international. L'anomie dans le commerce international », in Mél. G. FARJAT, éd. Frison-Roche, 1999, p. 193.  
– « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003, p. 721.
- MILLET F., « L'adoption : d'un intérêt à l'autre », *RRJ* 2003, p. 1777.
- MONEGER F., « Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ? », *JDI* 1992, p. 347.
- MORENO A., « Aspects contractuels de l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 301 et p. 459.
- MORIN G., « Quelques observations critiques sur le concept d'abus de droit », in Mél. É. LAMBERT, t. II, éd. Verlag, 1938, p. 467.
- MUIR WATT H., « Pour l'accueil de l'*estoppel* en droit privé français », in Mél. Y. LOUSSOUARN, éd. Dalloz, 1994, p. 303.  
– Recension de D. KOKKINI-IATRIDOU (sous la dir. de), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 631.  
– « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469.  
– « La désunion européenne : le Règlement dit de « Bruxelles II » », avec B. ANCEL, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403.

- « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001, p. 995.
- Recension de A. NUTYS, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, éd. Bruylant, LGDJ, 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 303.
- MURAT P., « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam.*, avril 2000, p. 4.
- NADAL S., « L'habileté en droit privé », *RRJ* 2001, p. 1245.
- NAVATTE B., « La fraude et l'habileté en droit fiscal », *D.* 1951, p. 87.
- NEUMAYER K., « Autonomie de la volonté et dispositions impératives », *Rev. crit. DIP* 1957, p. 579 ; 1958, p. 53.
- NIBOYET J.-P., « La fraude à la loi en droit international privé », *Rev. dr. inter. lég. comp.* 1926, p. 485.
- NIBOYET M.-L., « Les conflits de procédures », *TCFDIP* 1995-1998, éd. Pedone, 2000, p. 71.
- « Action en justice », *Droits* 2001, n° 34, p. 81.
- Recension de Ch. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, éd. PUAM, 2000, *R.I.D.C.* 2002, p. 201.
- « L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes », *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 27.
- NORMANDIN P., « Les pouvoirs inhérents de la Cour supérieure et la doctrine « forum non conveniens » », *Rev. bar.* 1987, p. 469.
- NORTH P., « La liberté d'appréciation de la compétence (jurisdictional discretion) selon la convention de Bruxelles », in Mél. F. RIGAUX, éd. Bruylant, 1993, p. 373.
- NOURISSAT C., « Droit civil de l'Union européenne (1<sup>er</sup> semestre 2003) », *D.* 2003, p. 2450.
- « Droit civil de l'Union européenne (2<sup>d</sup> semestre 2003) », *D.* 2004, p. 1321.
- NUYTS A., « Forum shopping et abus de forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Global Juris Advances* 2003, Vol. 3, Issue 1, article 2 ; in Mél. J. KIRKPATRICK, éd. Bruylant, 2004, p. 745.
- VAN OMMESLAGHE P., « Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi », *RCJB* 1976, p. 302.
- VON OVERBECK A. E., « La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », in Mél. Baron L. FREDERICQ, tome II, 1965, p. 1085.
- « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », in Mél. F. RIGAUX, éd. Bruylant, 1993, p. 619.
- PAMBOUKIS C., « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions », *RHDI* 1994, p. 475.
- « L'illicite dans le commerce international », *RHDI* 1997, p. 167.
- PARIS C., « Le rôle de l'officier de l'état civil requis de célébrer un mariage présumé simulé », *RTD fam.* 1997, p. 335.
- PATAUT É., « Qu'est-ce qu'un litige « intracommunautaire » ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement de Bruxelles I », in Mél. J. NORMAND, éd. Litec, 2003, p. 365.
- « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in Mél. J. CALAIS-AULOY, éd. Dalloz, 2004, p. 807.
- PERRIN J.-F., « La fraude à la loi et l'ordre public en droit privé », in Mél. P. ENGEL, Lausanne, 1983, p. 259.
- « Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique », in Mél. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 141.
- PERROUD J., « La fraude à la loi en droit international privé », *JDI* 1926, p. 19.
- PINSOLLE Ph., « Distinction entre le principe de l'estoppel et le principe de bonne foi dans le droit du commerce international », *JDI* 1998, p. 905.
- PONSARD A., « Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères », *TCFDIP* 1985-1986, éd. CNRS, p. 47.

- PONTON-GRILLET D., « Le détournement fiscal de l'adoption simple : entre le cœur et la raison... », *Dr. fam.*, janv. 1999, p. 6.  
 – « « L'instrumentalisation » du droit patrimonial de la famille : l'art de dissimuler le transfert taxable au moyen d'un outil civil », *Dr. fam.*, mars 2000, p. 14.
- PREVAULT J., « L'abus de droit », *Ann. de Clermont-Ferrand* 1991-1992, vol. 27/28, p. 129.
- PRUJINER A., « Le droit international privé : un droit de rattachement », in Mél. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 161.
- PUTMAN E., « La nouvelle condition des étrangers issue de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003 », *RJPF*-2004-1/11.
- RAIMON M., « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP* 2000, I, 256.
- RALSER É., « La maladie des mariages blancs (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003) », *Dr. fam.* 2004, chr. n° 4.
- RAYNAUD P., « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *D.* 1983, p. 39.
- REMY-CORLAY P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP* 2003, p. 37.
- REVILLARD M., « Le pacte civil de solidarité en droit international privé », *Deffrénois* 2000, n° 6, p. 337.
- REYMOND J. A., « Sociétés étrangères en Suisse : *exit fraus legis* », in Mél. P. LALIVE, éd. Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 173.
- RIEG A., « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in Mél. A. E. VON OVERBECK, éd. Universitaire Fribourg, 1990, p. 473.
- RIGAUD L., « L'action en recherche de paternité et l'influence exercée par le changement du statut personnel de l'enfant en cours d'instance », *JDI* 1919, p. 50.
- RIGAUX F., « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *Rev. crit. DIP* 1985, p. 1.
- ROETS D., « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92.
- ROMAIN J.-F., « Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter) », in *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, *Rev. dr. U.L.B.* 2002-1, p. 185.
- ROUBIER P., « De la légitimité des situations juridiques », in Mél. J. DABIN, éd. Bruylant, 1963, p. 265.
- RUBELLIN-DEVICHI J., « Des détournements d'adoption », *RTD civ.* 1984, p. 303 et s.  
 – « L'adoption et les nouveaux détournements d'institution », *RTD civ.* 1990, p. 253 et s.  
 – « La justice et les mariages blancs », *Rev. fr. dr. adm.* 1993, p. 166.
- SAGAUT J.-F., CAGNIART M., « Regard communautaire sur le forum shopping et le forum non conveniens », in *Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?*, 101<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *LPA* n° 74, 14 avril 2005, p. 51
- SANDOZ S., « Mariages fictifs : à la frontière du droit et de l'éthique », *Rev. état civ.* 2000, p. 413.
- SAROLEA S., « Le mariage simulé en droit international privé », *RTD fam.* 1995, p. 9.
- SCHNEIDER B., « Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain) », *R.I.D.C.* 1975, p. 601.
- SEIDL-HOHENVELDERN I., « L'ordre public international et la fraude à la loi. Leur importance en droit international public », in Mél. J. MAURY, éd. Dalloz, 1960, t. I, p. 474.
- SHOUAIB M., « Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit », *RDIDC* 2001, p. 340 ; *Rev. jur. et pol.* 2002, p. 245.
- SOSSON J., « Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage », *J.T.* 2000, p. 649.
- SPIELMANN A., « La convention européenne des droits de l'homme et l'abus de droit », in Mél. L. E. PETTITI, éd. Bruylant, 1998, p. 673.

- SPITERI P., « La fraude à la loi étrangère », *Ann. Fac. Toulouse* 1967, t. XV, fasc. 2, p. 37.
- TRAVERS M., « La théorie de la fraude à la loi nationale en matière de mariage », *Rev. dr. inter. pr.*, 1910, p. 24 et p. 362.
- TRIANTAFYLLOU D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cah. dr. eur.* 2002, p. 611.
- TUAILLON C., « L'abus en droit des sociétés, vague concept ou vaste concept de protection ? », *LPA* 2004, n° 50, p. 4.
- TURPIN D., « Les nouvelles lois sur l'immigration et l'asile dans le contexte de l'Europe et de la mondialisation », *Rev. crit. DIP* 2004, p. 311.
- VALERY J., « Du divorce des Italiens qui se sont fait naturaliser dans un pays étranger », *JDI* 1918, p. 39.
- VANDER ELST R., « La fraude à la loi en droit international privé », in *Mél. J. BAUGNIET*, Bruxelles, 1976, p. 789.  
– « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *RCJB* 1981, p. 332.
- DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Fraude à la loi », *Rép. inter. Dalloz*, 1998.  
– « La libre circulation des jugements rendus en matière matrimoniale en Europe », *Gaz. pal.* 1999, n° 351 à 352, p. 15.  
– « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-1999, éd. Pedone, 2001, p. 49.
- VERHOEVEN J., « Abus, fraude ou habileté ? A propos de l'arrêt *Poulsen* (CJCE) », in *Mél. É. CEREXHE*, éd. Larcier, 1997, p. 407.
- VERPLAETSE J.-G., Recension de G. RÖMER, *Gesetzesumgehung im deutschen internationalen Privatrecht*, Berlin, 1955, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 185.
- VIANGALLI F., « La question de la fraude à la loi dans le droit international privé des contrats », *RRJ* 2000-3, p. 1141.
- VILLEY M., « Critique de l'utilitarisme juridique », *RRJ* 1981, p. 166.
- WAELEBROECK D., « La notion d'abus de droit dans l'ordre juridique communautaire », in *Mél. J.-V. LOUIS*, éd. de l'ULB, vol. I, 2003, p. 595.
- WEISS A., « Le Code Civil et le conflit de lois », in *Le Code Civil. Livre du centenaire*, vol. I, 1904, p. 249.
- WERY P., « Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mél. Ph. GERARD*, éd. Bruylant, 2002, p. 127.
- WITENBERG J.-C., « L'estoppel », *JDI* 1933, p. 529.
- YUNG W., « Simulation, fiducie et fraude à la loi », in *Études et articles*, éd. Georg, 1971, p. 162.

## V — OUVRAGES, COURS, ARTICLES ET COMMUNICATIONS EN LANGUES ETRANGERES

- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, éd. Cedam, 1982.
- CAFARO S., « L'abuso di diritto nel sistema comunitario : del caso Van Bisbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali », *Il Diritto dell'Unione Europea*, n° 2-3/2003, p. 291.
- CLERMONT K. M., EISENBERG T., « Exorcising the evil of forum shopping », *Corn. L. R.* 1995, p. 1507.
- FAWCETT J. J., « Evasion of law and mandatory rules in private international law », *C.L.J.*, 1990, p. 44.
- GAMBARO A., « Abuse of rights in civil law tradition », *E.R.P.L.*, 1995, p. 561.
- MCGARITY T. O., « Multy-party forum shopping for appellate review of administrative action », *U. Penn. L. R.* 1980, p. 302.

- GESTRI M., « Mutuo riconoscimento delle società comunitarie, norme di conflitto nazionali e frode alla legge : il caso Centros », *Riv. dir. inter.* 2000, p. 71.
- GOLDSCHMIDT W., « The evasion of Law in Spanish Private International Law », *RHDI* 1949, p. 115.
- GUZMAN LATORRE D., *Tratado de derecho internacional privado*, ed. Juridicia de Chile, 1989.
- HERVEY T. K., « Buy Baby : The european Union and Regulation of Human Reproduction », *Oxf. Jour. L. S.* 1998, p. 207.
- JUENGER F. K., « Forum shopping, domestic and international », *Tulane Law Review* 1989, p. 553.  
 – « What's wrong with forum shopping ? », *Syd. L. R.* 1994, p. 5.  
 – « Forum shopping : A rejoinder », *Syd. L. R.* 1994, p. 28.
- LOBBAN M., « Contractual Fraud in Law and Equity », *Oxf. Jour. L. S.* 1997, p. 441.
- LOWENFELD A. F., « Forum shopping, antisuit injunctions, negative declarations, and related tools of international litigation », *Am. J. Inter. L.* 1997, vol. 91, p. 314.
- MARTINEZ M. C., « Fundamentos y limites del forum shopping : modelos europeo y angloamericano », *Riv. dir. inter. pr. proc.* 1998, p. 521.
- MORGAN D., LEE R. G., « In the name of the father ? Ex parte Blood : Dealing with Novelty and Anomaly », *M. L. Rev.* 1997, p. 840.
- NEVILLE-BROWN L., « Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law ? », in Mél. H. G. SCHERMERS, vol. II, éd. Dordrecht, 1994, p. 511 et s.
- NORTH P., « Forum shopping reconsidered », *H.L.R.*, 103 (1990), p. 1677.
- OPESKIN B. R., « The price of forum shopping : A reply to professor Juenger », *Syd. L. R.* 1994, p. 14.
- PARRA-ARANGUREN G., *General course of private international law : selected problems, RCADI* 1988-III, t. 210, p. 9.
- PEARL S., « Forum shopping in the EEC », *Inter. bus. Law.* 1987, p. 391.
- SCHUZ R., « Controlling forum-shopping : the impact of MacShannon v. Rockware Glass Ltd », *Int. Comp. L.Q.* 1986, p. 374.
- SIEMS M., « Convergence, competition, Centros and conflicts of law : European company law in the 21st century », *E. L. Rev.* 2002, p. 47.
- TETLEY W., « Abus de droit - Wrongful Arrest of Ships (Erroneous or Malicious) », in Mél. P.-A. CRÉPEAU, éd. Y. Blais inc., McGill, Québec, 1997, p. 679.
- VERPLAETSE J.-G., « Reappraisal of the Concept of Evasion of Law in Private International Law », *RHDI* 1958, p. 264.
- VITTA E., *Diritto internazionale private*, vol. I, éd. Unione tipografico-editrice, 1972.

## VI — JURISPRUDENCE

### ALLEMAGNE

- Munich, 26 février 1976, *FamRZ* 1978, p. 364 et s., note JAYME.

### BELGIQUE

- T. civ. d'Anvers, 1<sup>er</sup> juin 1898, *JDI* 1903, p. 410.
- Bruxelles, 7 avril 1945, *RCJB* 1947, note DABIN.
- Cass. Civ., 19 mai 1961, *Pas.* 1961, I, p. 1008.
- Cass. Civ., 8 mars 1963, *Pas.* 1963, I, p. 754 ; *JDI* 1965, p. 762.
- Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.* 1973, p. 143, obs. WATTE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1979, *Pas.* 1979, p. 1260, concl. KRINGS ; *RCJB* 1981, p. 332, note VANDER ELST.

- Cass. Civ., 27 février 1986, *Rev. not. Belge* 1986, p. 475, note VANDER ELST.
- Civ. Bruxelles, 15 mars 1988, *RTD fam.* 1990, p. 376.
- Civ. Bruxelles, 24 mai 1988, *RTD fam.* 1990, p. 382.
- Bruxelles, 30 octobre 2000, *RTD fam.* 2002, p. 254.
- Bruxelles, 12 mars 2001, *RTD fam.* 2002, p. 260.
- Bruxelles, 18 avril 2001, *RTD fam.* 2002, p. 264.

#### CANADA

- Cour supérieure de Montréal, 11 novembre 1924, *Rev. dr. inter. pr.* 1924, p. 411.
- Cour supérieure du Québec, 1964, *JDI* 1969, p. 689.
- Cour du banc de la Reine en appel, Québec, 1966, *JDI* 1969, p. 690.

#### COMMUNAUTE EUROPEENNE

- CJCE, 3 décembre 1974, *van Bisbergen*, aff. C-34/74, *Rec.* p. 1299, concl. MAYRAS ; *GACJCE*, t. 2, n° 17.
- CJCE, 11 octobre 1977, *Cremer*, aff. C-125/76, *Rec.* p. 1593.
- CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. C-115/78, *Rec.* p. 399, concl. REISCHL.
- CJCE, 13 février 1979, *Hoffman-Laroche*, aff. C-85/76, *Rec.* p. 461.
- CJCE, 3 mars 1982, *Alpha Steel Ltd*, aff. C-14/81, *Rec.* p. 749
- CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, aff. C-229/83, *Rec.* p. 1 et s., concl. DARMON.
- CJCE, 4 juillet 1985, *AS-Autoteile*, *Rec.* 1985-III, p. 2267 ; *JDI* 1988, p. 449, note HUET.
- CJCE, 14 novembre 1985, *Neumann*, aff. C-299/84, *Rec.* p. 3663.
- CJCE, 10 juillet 1986, *Segers*, aff. C-79/85, *Rec.* p. 2375.
- CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ R.F.A.*, aff. C-205/84, *Rec.* p. 3755.
- CJCE, 26 février 1987, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo*, aff. C-15/85, *Rec.* p. 1005.
- CJCE, 8 décembre 1987, *Tatry*, aff. C-144/86, *Rec.* p. 4861, concl. TESAURO.
- CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff. C-352/85, *Rec.* p. 2085.
- CJCE, 21 juin 1988, *Lair*, aff. C-39/86, *Rec.* p. 3161.
- CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, aff. C-189/87, *Rec.* 1988-V, p. 5565, concl. DARMON ; *Rev. crit. DIP* 1989, p. 112, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989, p. 457, note HUET.
- CJCE, 27 septembre 1989, *Van de Bijl*, aff. C-130/88, *Rec.* p. 3039.
- CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *Rec.* I-1417.
- CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur*, aff. C-365/88, *Rec.* I-1845, concl. LENZ ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 564, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1990, p. 498, obs. HUET ; *Cah. dr. eur.* 1990, p. 696, note TAGARAS.
- CJCE, 20 septembre 1990, *Sevince*, aff. C-192/89, *Rec.* I-3461.
- CJCE, 3 octobre 1990, *Bouchoucha*, aff. C-61/89, *Rec.* I-3551.
- CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union*, aff. C-351/89, *Rec.* I-3317 ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 769, note GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1992, p. 493, obs. HUET ; *Cah. dr. eur.* 1992, p. 769, note TAGARAS.
- CJCE, 3 juin 1992, *Paletta*, aff. C-45/90, *Rec.* p. I-3423, concl. MISCHO et GULMANN.
- CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, aff. C-369/90, *Rec.* I-4239 ; *R.G.D.I.P.* 1993, p. 103, note RUZIE ; *JCP* 1993, I, 3666, n° 1, obs. LABARDE.
- CJCE, 7 juillet 1992, *Singh*, aff. C-370/90, *Rec.* p. 4265 et s., concl. TESAURO.
- CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen*, aff. C-286/90, *Rec.*, p. 6019, concl. TESAURO.
- CJCE, 16 décembre 1992, *Kus*, aff. C-237/91, *Rec.* I-6781.
- CJCE, 3 février 1993, *Veronica*, aff. C-148/91, *Rec.* I-487.
- CJCE, 3 mars 1993, *General Milk Products*, aff. C-8/92, *Rec.* I-779.
- CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec.* I-1663.

- CJCE, 13 avril 1994, *Banks*, aff. C-128/92, *Rec.* I-1209.
- CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 692, note GAUDEMET-TALLON.
- CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93, *Rec.* I-3803.
- CJCE, 9 août 1994, *Boterlux*, aff. C-347/93, *Rec.* I-3933.
- CJCE, 5 octobre 1994, *TV 10*, aff. C-23/93, *Rec.* p. 4795, concl. LENZ.
- CJCE, 16 novembre 1995, *van Buynder*, aff. C-152/94, *Rec.* I-3981.
- CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis*, aff. C-441/93, *Rec.* I-1347, concl. TESAURO ; *Europe* 1996, n° 189 et n° 201, obs. LAGONDET.
- CJCE, 2 mai 1996, *Paletta II*, aff. C-206/94, *Rec.* I-2357, concl. COSMAS.
- CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique*, aff. C-11/95, *Rec.* I-4115.
- CJCE, 20 février 1997, *Mainschiffahrts*, aff. C-106/95, *Rec.* I-911, concl. TESAURO.
- CJCE, 5 juin 1997, *VT4 Ltd*, aff. C-56/96, *Rec.* I-3143.
- CJCE, 5 juin 1997, *Kol*, aff. C-285/95, *Rec.* I-3069.
- TPICE, 19 février 1998, *Eyckeler & Malt c/Commission*, aff. T-42/96, *Rec.* p. II-401.
- CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas*, aff. C-367/96, *Rec.* I-2843, concl. TESAURO ; *RTD com.* 1998, p. 1000, obs. LUBY ; *Rev. soc.* 1998, p. 794, note DANA-DEMARET ; *Europe* 1998, n° 225 et 247, obs. LAGONDET.
- TPICE, 17 septembre 1998, *Primex Produkte Import-Export*, aff. T-50/96, *Rec.* p. II-3773.
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, *Rec.* I-1459 et s., concl. LA PERGOLA ; *D.* 1999, p. 550, note MENJUCQ ; *JDI* 2000, p. 482 et s., note LUBY ; *JCP* éd. E. 1999, p. 1285 et s., obs. REINHARD ; *Rev. soc.* 1999, p. 386 et s., note PARLEANI ; *Europe* 1999, n° 165, obs. SIMON, n° 183, obs. IDOT ; *Joly soc.* 1999, p. 705 et s., note DOM ; *Rev. dr. com. belge* 1999, p. 364, note CRUYSMANS.
- CJCE, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde*, aff. C-440/97, *Rec.* I-6307, concl. COLOMER.
- CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, aff. C-373/97, *Rec.* I-1705, concl. SAGGIO ; *RTD com.* 2000, p. 777, obs. LUBY.
- CJCE, 30 mars 2000, *Banks*, aff. C-178/97, *Rec.* I-2005.
- CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland*, aff. C-110/99, *Rec.* I-11569, concl. ALBER ; *Europe* 2001, n° 52, obs. SIMON.
- CJCE, 14 décembre 2000, *AMID*, aff. C-141/99, *Rec.* I-11619.
- TPICE, 29 mars 2001, *Golstein*, aff. T-302/00 R, *Rec.* II-1127.
- CJCE, 27 septembre 2001, *Gloszczuk*, aff. C-63/99, *Rec.* I-6369.
- CJCE, 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-10/00, *Rec.* I-2357.
- CJCE, 7 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-145/99, *Rec.* I-2235.
- CJCE, 21 mars 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-298/99, *Rec.* I-3129.
- CJCE, 16 mai 2002, *Commission c/ Espagne*, aff. C-232/99, *Rec.* I-4235.
- CJCE, 20 juin 2002, *Commission c/ Allemagne*, aff. 287/00, *Rec.* I-5811.
- CJCE, 2 juillet 2002, *Andreas Hoves Internationaler*, aff. C-115/00, *Rec.* I-6077.
- TPICE, 4 juillet 2002, *SCI UK Ltd c/ Commission*, aff. T-239/00, *Rec.* II-2957.
- CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00, *Rec.* I-6279, concl. STIX-HACKL.
- CJCE, 11 juillet 2002, *Käserer Champignon Hofmeister*, aff. C-210/00, *Rec.* I-6453.
- CJCE, 3 octobre 2002, *Dieter Danner*, aff. C-136/00, *Rec.* I-8147, concl. JACOBS.
- CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV*, aff. C-208/00, *Rec.* I-9919, concl. COLOMER ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 524, note LAGARDE ; *JCP* 2003, II, 10032, note MENJUCQ ; *Proc.* 2003, comm. n° 10, note NOURISSAT ; *Europe* 2003, n° 19, obs. IDOT ; *Joly soc.* 2003, § 91, p. 452, note LUBY ; *JCP* 2003, I, 166, n° 7, obs. JAZOTTES.
- CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket*, aff. C-436/00, *Rec.* I-10829, concl. MISHO.
- CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/01, *Rec.* I-10155, concl. ALBER ; *D.* 2003, p. 2504 ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 151, note MUIR WATT ; *D.* 2004, p. 491, note PATAUT ; *Rev. soc.* 2004, p. 135, note DOM ; *JDI* 2004, p. 591, obs. LUBY ; *JCP* 2004, I, 111, n° 7, obs. NADAUD ; *JCP* éd. E. 2004, n° 251, note MAGNIER ; *JDI* 2004, p. 917, note MENJUCQ.

- CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser*, aff. C-116/02, *Rec. I-14693*, concl. LEGER ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 440, note MUIR WATT ; *JDI* 2004, p. 641, obs. HUET ; *D.* 2004, p. 1046, note BRUNEAU.
- CJCE, 27 avril 2004, *Turner*, aff. C-159/02, *Rec. I-3565*, concl. COLOMER ; *D.* 2004, IR, p. 1427, et p. 1919, note CARRIER ; *Europe* 2004, n° 246, obs. IDOT ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 654, note MUIR WATT.
- CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Owusu*, aff. C-281/02, *Rec. I-1383*, concl. LEGER ; *Gaz. pal.* 27-28 mai 2005, p. 31, note NIBOYET ; *Europe* 2005, n° 189, note IDOT ; *JDI* 2005, p. 1077, note CUNIBERTI et WINKLER.

#### ESPAGNE

- T. suprême civ., 18 novembre 1964, *JDI* 1973, p. 765, obs. CREMADES.
- Direction Générale des registres et du Notariat, 14 mars 1967, *JDI* 1973, p. 778, obs. CREMADES.

#### ÉTATS-UNIS D'AMERIQUE

- Cour Suprême, 25 mai 1953, *Lauritzen v. Larsen*, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 166, note BONASSIES.
- Cour fédérale d'appel, 15 novembre 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 471, note MUIR WATT.

#### FRANCE

- Cass. Civ., 26 mars 1810, *S.* 1809-1811, 1, 167.
- Cass. Civ., 3 février 1813, *S.* 1812-1814, 1, 272.
- Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, *S.* 1814, 2, 393 ; *GADIP* n° 1.
- Cass. Req., 3 juillet 1817, *S.* 1815-1818, 1, 342.
- Cass. Req., 6 février 1821, *S.* 1819-1821, 1, 377.
- Cass. Req., 18 août 1841, *D.* 1841, 1, 337 ; *S.* 1841, 1, 872.
- Cass. Req., 16 décembre 1845, *S.* 1846, 1, 100, note DEVILL ; *D.* 1846, 1, 7.
- Cass. Req., 9 novembre 1846, *D.* 1846, 1, 337 ; *S.* 1847, 1, 55.
- Cass. Req., 28 mars 1854, *D.* 1854, 1, 201 ; *S.* 1854, 1, 295.
- Cass. Civ., 26 mars 1855, *D.* 1855, 1, 326 ; *S.* 1855, 1, 481.
- Cass. Req., 19 février 1866, *S.* 1866, 1, 206.
- Cass. Req., 21 février 1866, *D.* 1866, 1, 278.
- Cass. Req., 20 novembre 1866, *D.* 1867, 1, 13 ; *S.* 1866, 1, 342.
- T. civ. de Toulouse, 1<sup>er</sup> juin 1874, *S.* 1876, 2, 149 ; *D.* 1876, 1, 7.
- Toulouse, 17 juillet 1874, *S.* 1876, 2, 149 ; *D.* 1876, 1, 7.
- Cass. Req., 8 mars 1875, *D.* 1875, 1, 482 ; *S.* 1875, 1, 171.
- Cass. Civ., 19 juillet 1875, *S.* 1876, 1, 289, note LABBE ; *D.* 1876, 1, 5.
- T. civ. de la Seine, 10 mars 1876, *D.* 1878, 2, 4.
- Paris, 17 juillet 1876, *S.* 1876, 2, 249 ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS.
- T. civ. de la Seine, 31 janvier 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.
- Paris, 30 juin 1877, *D.* 1878, 2, 6 ; *S.* 1879, 2, 205.
- Cass. Civ., 18 mars 1878, *S.* 1878, 1, 193, note LABBE ; *D.* 1878, 2, 1, note CAZALENS ; *GADIP* n° 6.
- Cass. Req., 15 décembre 1879, *D.* 1880, 1, 177 ; *S.* 1880, 1, 129.
- Lyon, 29 décembre 1881, *JDI* 1882, p. 534.
- T. civ. de la Seine, 4 février 1882, *JDI* 1882, p. 544.
- Dijon, 24 juillet 1885, *D.* 1886, 2, 217.
- Orléans, 14 avril 1886, *D.* 1887, 2, 95.
- T. civ. de la Seine, 6 août 1886, *JDI* 1887, p. 187.
- Amiens, 22 juillet 1886, *JDI* 1887, p. 188.

- T. civ. de la Seine, 26 avril 1887, *JDI* 1887, p. 476.
- Cass. Civ., 15 juin 1887, *D.* 1888, 1, 412.
- Besançon, 4 janvier 1888, *JDI* 1888, p. 90.
- T. civ. de la Seine, 12 juillet 1888, *JDI* 1889, p. 641.
- Cass. Civ., 25 mars 1889, *JDI* 1889, p. 642.
- Bourges, 13 juillet 1891, *JDI* 1891, p. 1211.
- Alger, 27 janvier 1892, *JDI* 1892, p. 662.
- T. civ. de Tunis, 21 mars 1892, *JDI* 1892, p. 933.
- T. civ. de la Seine, 9 novembre 1892, *JDI* 1892, p. 1155.
- T. civ. de la Seine, 18 juin 1896, *JDI* 1896, p. 842.
- Orléans, 9 février 1900, *JDI* 1900, p. 592.
- Aix, 20 décembre 1900, *JDI* 1903, p. 639.
- T. civ. de Lille, 16 juin 1904, *Rev. crit. DIP* 1906, p. 190.
- Cass. Req., 5 juillet 1905, *D.* 1905, 1, p. 471 ; *Rev. crit. DIP* 1905, p. 714 ; *S.* 1906, 1, 141.
- Paris, 13 juillet 1905, *JDI* 1906, p. 426.
- T. civ. de la Seine, 10 novembre 1905, *JDI* 1906, p. 145.
- Cass. Req., 3 janvier 1906, *JDI* 1906, p. 1149 ; *Rev. crit. DIP* 1907, p. 211 ; *D.* 1906, 1, 207.
- T. civ. de la Seine, 20 mars 1907, *JDI* 1908, p. 155.
- T. civ. de Lille, 21 mai 1908, *S.* 1908, 2, 177, note DEMOGUE ; *D.* 1910, 2, 41, note PERCEROU.
- Cass. Req., 11 novembre 1908, *JDI* 1909, p. 753, note J. P. ; *S.* 1909, 1, 572 ; *Rev. crit. DIP* 1911, p. 227 ; *D.* 1914, 1, 118 ; *S.* 1909, 1, 572.
- T. civ. de Marseille, 3 avril 1909, *Rev. crit. DIP* 1909, p. 862, note CHERVET.
- T. civ. de Grenoble, 19 mars 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 99.
- T. civ. de la Seine, 25 juin 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 375, 1<sup>re</sup> esp.
- T. civ. de la Seine, 23 novembre 1910, *Rev. crit. DIP* 1911, p. 375, 2<sup>de</sup> esp.
- Toulouse, 15 juillet 1918, *JDI* 1919, p. 347 ; *S.* 1920, 2, 65, note AUDINET.
- T. civ. de la Seine, 22 octobre 1919, *Rev. crit. DIP* 1911, 1<sup>re</sup> esp., p. 240.
- Paris, 11 février 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 2<sup>e</sup> esp., p. 240.
- T. civ. de la Seine, 1<sup>er</sup> juin 1920, *Rev. crit. DIP* 1911, 3<sup>e</sup> esp., p. 240.
- Cass. Req., 25 octobre 1920, *D.* 1921, 1, 31 ; *S.* 1921, 1, 108.
- Cass. Req., 8 juin 1921, *JDI* 1924, p. 141, concl. TISSIER ; *S.* 1922, 1, 113, note AUDINET.
- Cass. Civ., 6 juillet 1922, *Rev. dr. inter.* 1922, p. 444, rapport COLIN, note PILLET ; *JDI* 1922, p. 545, note MORILLOT ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note LYON-CAEN ; *GADIP* n° 12.
- T. civ. de la Seine, 18 janvier 1923, *Gaz. pal.* 1923, 1, p. 294.
- Paris, 16 mai 1923, *JDI* 1924, p. 113, note J. P.
- Cass. Req., 4 mars 1924, *Rev. crit. DIP* 1924, p. 562 ; *D.H.* 1924, 1, 263.
- Cass. Civ., 13 juillet 1926, *S.* 1926, 1, 263.
- Rennes, 26 juillet 1926, *Rev. crit. DIP* 1927, p. 523, note NIBOYET ; *D.H.* 1926, p. 53.
- T. civ. d'Aix, 23 janvier 1928, *JDI* 1928, p. 1195, note J. P. ; *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 1<sup>re</sup> esp.
- Cass. Civ., 14 mars 1928, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 2<sup>e</sup> esp.
- T. civ. de Meaux, 4 mai 1928, *JDI* 1928, p. 1223.
- Cass. Civ., 7 mai 1928, *Rev. crit. DIP* 1928, p. 646, 3<sup>e</sup> esp.
- Montpellier, 21 juin 1928, *JDI* 1929, p. 1062.
- Limoges, 12 octobre 1928, *JDI* 1929, p. 355 ; *D.P.* 1928, 2, p. 49, note BAUDOIN.
- Cass. Req., 7 janvier 1929, *S.* 1929, 1, 104.
- Cass. Civ., 5 février 1929, *S.* 1930, 1, p. 81, note AUDINET.
- Cass. Req., 29 juillet 1929, *Rev. crit. DIP* 1931, p. 334.
- Alger, 3 février 1930, *Gaz. pal.* 1930, 1, p. 656.
- Cass. Civ., 19 février 1930, *Rev. crit. DIP* 1930, p. 282 ; *JDI* 1931, p. 290 ; *D.H.* 1930, p. 228 ; *S.* 1933, 1, 41, 1<sup>re</sup> esp., note NIBOYET.
- Paris, 24 mars 1930, *Gaz. pal.* 1931, 2, p. 504.

- Cass. Civ., 27 janvier 1931, *S.* 1933, 1, 41, 2<sup>de</sup> esp., note NIBOYET.
- T. civ. de la Seine, 18 décembre 1931, *JDI* 1932, p. 680, note PERROUD.
- Req., 19 avril 1932, *S.* 1933, 1, p. 321, note ESMEIN.
- Rennes, 12 janvier 1933, *Gaz. pal.* 1933, 1, p. 691.
- T. civ. de la Seine, 15 juillet 1935, *Rev. crit. DIP* 1936, p. 109.
- T. civ. de Bayonne, 9 avril 1936, *S.* 1936, 2, p. 124, note H. R.
- Paris, 6 juillet 1937, *D.H.* 1937, p. 473.
- Paris, 15 décembre 1948, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 113, note FRANCESCOAKIS ; *D.* 1949, p. 461, note SAVATIER ; *S.* 1949, 2, 69, note DELAUME ; *JCP* 1949, II, 4950, note SARRAUTE et TAGER.
- Cass. Civ., 22 janvier 1951, *Rev. crit. DIP* 1951, p. 167, note FRANCESCOAKIS ; *JCP* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. pal.* 1951, 1, p. 210 ; *D.* 1952, 1, 35 ; *GADIP* n° 24.
- T. civ. de Colmar, 12 juin 1951, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 313, note LOUSSOUARN.
- Paris, 22 juillet 1951, *JCP* 1954, II, 8263 ; *D.* 1955, p. 662, note WEILL.
- Cass. ch. réunies, 21 mai 1952, *D.* 1952, p. 537, concl. BESSON, note SAVATIER.
- Cass. Civ., 17 avril 1953, *Rivière, Rev. crit. DIP* 1953, p. 412, note BATIFFOL ; *JDI* 1953, p. 860, note PLAISANT ; *JCP* 1953, II, 7863, note BUCHET ; *GADIP* n° 26.
- Cass. Civ., 9 décembre 1953, *Rev. crit. DIP* 1954, p. 389, note LOUSSOUARN ; *D.* 1954, p. 168.
- T. civ. de la Seine, 4 novembre 1954, *JDI* 1955, p. 650, note A. P. ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 690, note LOUSSOUARN.
- T. civ. de la Seine, 4 janvier 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 679, note H. B.
- T. civ. de la Seine, 11 janvier 1956, *JCP* 1956, II, 9223, note LOUIS-LUCAS ; *Rev. crit. DIP* 1956, p. 128, note BELLET ; *JDI* 1956, p. 1022, note B. G.
- Paris, 27 février 1956, *Rev. crit. DIP* 1956, p. 539, note HEBRAUD.
- Cass. Soc., 8 novembre 1956, *Bull.* IV, n° 822.
- T. civ. de la Seine, 6 mars 1957, *JDI* 1957, p. 744, note A. P. ; *JCP* 1957, II, 10212, obs. BELLET ; *RTD civ.* 1958, p. 229, obs. DESBOIS.
- Paris, 31 octobre 1957, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 345, note Y. L.
- Paris, 4 février 1958, *Rev. crit. DIP* 1958, p. 389, note H. B. ; *JDI* 1958, p. 1016, note A. P.
- Paris, 16 octobre 1958, *JCP* 1958, II, 10897.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1959, *D.* 1959, p. 377, 3<sup>e</sup> esp., note HOLLEAUX ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 495, note FRANCESCOAKIS.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Bisbal, Rev. crit. DIP* 1960, p. 62, note BATIFFOL ; *JDI* 1960, p. 810, note SIALELLI ; *D.* 1960, p. 610, note MALAURIE ; *JCP* 1960, II, 11733, note MOTULSKY ; *GADIP* n° 32.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1959, *Bull. civ.* I, n° 300.
- TGI de la Seine, 28 septembre 1959, *D.* 1960, p. 587, note Ph. M. ; *JCP* 1960, II, 11716, note BELLET ; *Rev. crit. DIP* 1959, p. 504, note FRANCESCOAKIS.
- Paris, 10 novembre 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, p. 218, note Ph. F. ; *JDI* 1960, p. 792, note PONSARD.
- Paris, 16 décembre 1959, *RTD civ.* 1960, p. 283, obs. DESBOIS ; *JDI* 1960, p. 1038, note PONSARD ; *Rev. crit. DIP* 1961, somm., p. 844 ; *JCP* 1960, II, 11460, concl. COMBALDIEU ; *D.* 1961, p. 239, note CORNU.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 février 1960, *D.* 1960 p. 509, note LENOAN ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 390, note FRANCESCOAKIS.
- Paris, 19 février 1960, *JCP* 1960, II, 11665, note AYMOND ; *Rev. crit. DIP* 1961, p. 182, note LAGARDE.
- TGI de la Seine, 23 mai 1960, *D.* 1960, p. 714, note MALAURIE.
- Paris, 15 novembre 1960, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 397, note LOUSSOUARN.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 février 1961, *D.* 1961, p. 349, note HOLLEAUX ; *JDI* 1961, note B. G.
- Paris, 3 mars 1961, *Gaz. pal.* 1961, 2, p. 157 ; *JDI* 1962, p. 1020, obs. B. G.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 décembre 1961, *Bull.* I, n° 459.

- TGI Metz, 22 décembre 1961, *D.* 1962, somm, p. 49.
- Colmar, 16 mars 1962, *D.* 1963, p. 149, note VIDAL.
- Paris, 6 avril 1962, *D.* 1962, p. 617, note MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1963, p. 364, note BATIFFOL.
- TGI de la Seine, 14 mai 1962, *D.* 1962, p. 653, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE.
- TGI de la Seine, 6 juin 1962, *D.* 1962, p. 653, 2<sup>de</sup> esp., note MALAURIE.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juillet 1962, *JDI* 1963, p. 1056, note SIALELLI.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 109, note G. H. ; *RTD civ.* 1963, p. 569, obs. DESBOIS ; *D.* 1963, p. 341, note MALAURIE ; *JCP* 1964, II, 13470, note Ph. F.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1963, *JCP* 1964, II, 13498, note MAZEAUD ; *D.* 1964, p. 465, note RAYMOND ; *RTD civ.* 1964, p. 286, note DESBOIS.
- Rouen, 21 novembre 1963, *JDI* 1964, p. 322, 2<sup>de</sup> esp., obs. SIALELLI.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer, Rev. crit. DIP* 1964, p. 344, note BATIFFOL ; *JDI* 1964, p. 302, note GOLDMAN ; *JCP* 1964, II, 13590, note ANCEL ; *GADIP* n° 41.
- Cass. Civ., 2<sup>e</sup>, 3 juin 1964, *D.* 1966, p. 4, note MALAURIE.
- Paris, 18 juin 1964, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 340, note DEPRESZ ; *JDI* 1964, p. 810, note BREDIN.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1965, *JDI* 1965, p. 628, note LEVEL ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 641, note DEHAUSSY.
- Douai, 9 mars 1965, *Rev. crit. DIP* 1965, p. 715, 2<sup>de</sup> esp., note LAGARDE ; *JDI* 1966, p. 372, note SIALELLI.
- TGI de la Seine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, *Gaz. pal.* 1965, 2, p. 411.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1966, *D.* 1966, p. 429, note MALAURIE ; *Rev. crit. DIP* 1966, p. 670, note PONSARD ; *JDI* 1967, p. 380, note BREDIN ; *GADIP* n° 43.
- TGI Troyes, 9 novembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 2<sup>de</sup> esp., note MALAURIE ; *JDI* 1968, p. 705, note AUDIT.
- Paris, 2 décembre 1966, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 530, 1<sup>re</sup> esp., note MALAURIE ; *JCP* 1967, II, 15278, note R. B.
- TGI de la Seine, 25 janvier 1967, *Rev. crit. DIP* 1967, p. 563, note BATIFFOL.
- TGI de Paris, 22 mars 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 503, 1<sup>re</sup> esp., note BOULANGER ; *JDI* 1968, p. 360, obs. KAHN.
- Aix-en-Provence, 8 mai 1967, *JCP* 1968, II, 15352, note LOUSSOUARN.
- TGI de la Seine, 14 juin 1967, *JCP* 1968, II, 15423, concl. FABRE.
- TGI de la Seine, 13 septembre 1967, *JDI* 1968, p. 353, note KAHN.
- Paris, 6 novembre 1967, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 503, 2<sup>de</sup> esp., note BOULANGER.
- Cass. Civ., 2<sup>e</sup>, 15 mars 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 506, 2<sup>e</sup> esp., note NORMAND.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1968, *Bull.* I, n° 267.
- TGI Paris, 12 novembre 1969, *JDI* 1971, p. 816, note MALAURIE.
- TGI Paris, 16 octobre 1970, *Rev. crit. DIP* 1971, p. 532, note PONSARD.
- Paris, 10 novembre 1971, *JDI* 1973, p. 239, note HUET ; *RTD com.* 1972, p. 230, note LOUSSOUARN.
- Paris, 10 juin 1972, *D.* 1973, p. 296, concl. CABANNES ; *JDI* 1974, p. 150, note DEBY-GERARD.
- TGI Paris, 6 juillet 1972, *JDI* 1973, p. 728, note AUDIT.
- Paris, 11 juin 1974, *Gaz. pal.* 1975, 2, doct., p. 501, note RAYMOND.
- Cass. Civ., 2<sup>e</sup>, 16 juillet 1975, *JDI* 1975, p. 845, note KAHN.
- Paris, 19 janvier 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 126, note LAGARDE.
- Paris, 5 mars 1976, *JDI* 1977, p. 880, note A.H. ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 1<sup>re</sup> esp., note AUDIT.
- TGI Paris, 22 mars 1976, *JCP* éd. N. 1980, II, p. 144.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1976, *JDI* 1977, p. 99, note HUET.
- Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 109, note FADLALLAH.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, p. 149, 2<sup>de</sup> esp., note AUDIT ; *D.* 1978, IR, p. 99, obs. AUDIT.
- TGI Paris, 28 mars 1978, *JCP* éd. N. 1980, II, p. 144.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 1978, *JCP* 1978, II, 18996, concl. GULPHE ; *D.* 1979, p. 301, note FENAUX ; *Rev. crit. DIP* 1981, p. 88, 1<sup>re</sup> esp.
- Paris, 11 juillet 1978, *JDI* 1979, p. 601, note ALEXANDRE.
- Cass. Com, 19 mars 1979, *Rev. soc.* 1979 p. 567, note GUYON ; *Rev. crit. DIP* 1981 p. 524, note LAGARDE.
- Lyon, 16 janvier 1980, *D.* 1981, p. 557, note GUIHO ; *JDI* 1981, p. 346, note AUDIT.
- TGI Paris, 11 mars 1980, *JCP* 1980, II, 19412, note PAIRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 94, 1<sup>re</sup> esp., note LAGARDE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1980, *Rev. crit. DIP* 1981, p. 94, 2<sup>de</sup> esp., note LAGARDE.
- Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 297, note LEGIER et MESTRE.
- Riom, 9 juillet 1981, *JCP* 1982, II, 19799, note ALMAIRAC.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Rev. crit. DIP* 1982, p. 669, note FOYER ; *D.* 1982, jur., p. 573, note GUIHO ; *JCP* 1982, II, 19842, note GOBERT ; *JDI* 1982, p. 448, note AUDIT.
- Paris, 27 novembre 1981, *D.* 1983, p. 142, note PAIRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 275, note LEQUETTE.
- Aix-en-Provence, 9 mars 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 282, note DROZ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note BISCHOFF ; *JDI* 1983, p. 595, note LEHMANN ; *D.* 1983, p. 431, note AGOSTINI et somm., p. 151, obs. AUDIT.
- Paris, 6 juillet 1982, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 2<sup>de</sup> esp., note FADLALLAH.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 492, note MAYER ; *JDI* 1984, p. 898, note WIEDERKEHR.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 346, note ANCEL.
- TGI de Paris, 5 juillet 1983, *Gaz. pal.* 1984, 1, somm., p. 190 ; *Rev. crit. DIP* 1985, p. 733.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 325, 1<sup>re</sup> esp., note FADLALLAH ; *JDI* 1984, p. 339, note KAHN ; *JCP* 1984, II, 20131, concl. GULPHE ; *Deffrénois* 1984, p. 787, obs. REVILLARD ; *GADIP* n° 63.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Favreau, Rev. crit. DIP* 1986, p. 91, note JOBARD-BACHELLIER ; *JDI* 1985, p. 495, note AUDIT.
- Paris, 29 janvier 1985, *D.* 1985, IR, p. 181, obs. AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369 ; *D.* 1985, p. 469, note MASSIP et somm., p. 497, obs. AUDIT ; *JDI* 1985, p. 460, note HUET ; *GADIP* n° 70.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 66, note LEQUETTE ; *JDI* 1987, p. 80, note NIBOYET-HOEGY ; *JCP* 1986, II, 20630, note BOULANGER.
- TGI Dunkerque, 17 avril 1985, *D.* 1985, p. 551, note REMERY.
- Montpellier, 2 mai 1985, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 108, note DROZ.
- TGI Paris, 3 juillet 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 106, note MAYER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 103, note MONEGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 février 1986, *JDI* 1988, p. 425, note JACQUEMONT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 1<sup>re</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, *JDI* 1986, p. 1025, note SINAY-CYTERMANN ; *JCP* 1987, II, 20878, note AGOSTINI ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 302, note BISCHOFF.
- Versailles, 18 novembre 1986, *D.* 1987, somm., 1<sup>re</sup> esp., p. 346, obs. AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1987, *JDI* 1988, 2<sup>de</sup> esp., p. 435, note JACQUET ; *Rev. crit. DIP* 1988, p. 337, note LEQUETTE.
- Versailles, 16 janvier 1987, *Gaz. pal.* 1987, 2, somm., p. 383.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juillet 1987, *D.* 1988, p. 172, note MASSIP ; *RD sanit. soc.* 1988, p. 351, note MONEGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1988, p. 364, note DROZ ; *JDI* 1988, p. 793, note LOQUIN ; *JCP* 1989, II, 21201, note BLONDEL et CADIEU ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. MESTRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1987, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 733, 1<sup>re</sup> esp., note NIBOYET-HOEGY.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 721, note SINAY-CYTERMANN ; *D.* 1988, p. 486 et *Defrénois* 1988, p. 726, note MASSIP.
- Paris, 15 mars 1988, *D.* 1989, somm., p. 257, obs. AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 89, 2<sup>de</sup> esp., note GAUDEMET-TALLON.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 733, 2<sup>de</sup> esp., note NIBOYET-HOEGY ; *JDI* 1989, p. 63, note MONEGER.
- Paris, 15 novembre 1988, *D.* 1989, somm., p. 257, obs. AUDIT.
- Douai, 9 mars 1989, *JCP* 1989, II, 21388, obs. X. L.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mars 1989, *JDI* 1989, p. 1014, note KESSEDIAN ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 352, note MAYER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juillet 1989, *Bull. civ.* I, n° 296.
- Versailles, 9 octobre 1989, *D.* 1989, IR, p. 321 ; *D.* 1990, somm., p. 99, obs. GROSLIERE.
- Paris, 23 janvier 1990, *JDI* 1990, p. 994, note NIBOYET-HOEGY ; *Rev. crit. DIP* 1991, p. 92, note LEQUETTE ; *JCP* 1991, II, 21637, note BEHAR-TOUCHAIS.
- Paris, 15 mars 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT.
- TGI Paris, 10 mai 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 391, note MUIR WATT.
- Paris, 25 mai 1990, *Rev. crit. DIP* 1990, p. 753, note LOUSSOUARN.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *D.* 1990, somm., p. 263, obs. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 1<sup>re</sup> esp., note COURBE.
- Paris, 15 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, 1<sup>re</sup> esp., note LABRUSSE-RIOU ; *JDI* 1990, p. 982, note GAUDEMET-TALLON ; *D.* 1990, p. 540, note BOULANGER.
- Versailles, 15 juin 1990, *JCP* 1991, II, 21759, note LAROCHE-GISSEROT ; *D.* 1991, p. 268, note HAUSER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991 p. 593, 2<sup>de</sup> esp., note COURBE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 76, note DROZ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 759, note ANCEL.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 295.
- TGI de La Rochelle, 2 mai 1991, *D.* 1992, jur., p. 259, note GUIHO.
- Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991, p. 711, 2<sup>de</sup> esp., note LABRUSSE-RIOU ; *D.* 1991, p. 417, rapport CHARTIER, note THOUVENIN ; *JCP* 1991, II, 21752, comm. BERNARD, concl. DONTWILLE, note TERRE ; *Defrénois* 1991, p. 1267, obs. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. HUET-WEILLER ; *LPA* 1991, n° 127, p. 4, note GOBERT ; *RTD civ.* 1992, p. 489, chr. GOBERT ; *GAJC* n° 49.
- TGI de Paris, 17 octobre 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 508, note MUIR WATT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1991, *Bull. civ.* I, n° 316.
- Bordeaux, 4 décembre 1991, *D.* 1993, p. 129, note DUBAELE.
- Toulouse, 10 décembre 1991, *JDI* 1992, p. 945, note JACQUET.
- TGI Paris, 26 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 58, note ALEXANDRE.
- Versailles, 27 février 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, note MUIR WATT.
- Paris, 22 avril 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 473, 2<sup>e</sup> esp., note MUIR WATT.
- TGI Paris, 13 mai 1992, *JDI* 1994, p. 419, note LUCAS.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1992, *JDI* 1992, p. 974, note LOQUIN ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 699, note OPPETIT ; *Rev. arb.* 1993, p. 3, chr. DE BOISSEON ; *Yearbook* 1994, p. 205.
- CE, 9 octobre 1992 *Abihilali, R.F.D.A.* 1993, p. 175, concl. ABRAHAM ; *Rev. crit. DIP* 1993, p. 25, note P. L. ; *JCP* 1993, II, 22025, note LAROCHE-GISSEROT ; *RTD civ.* 1993, p. 328, obs. HAUSER ; *JDI* 1993, p. 103, note JULIEN-LAFERRIERE ; *D.* 1993, p. 251, note MAILLARD DESGREES DU LOU ; *A.J.D.A.* 1992, p. 794, note MAUGÛE et SCHWARTZ.
- Cass. Crim., 4 novembre 1992, *Gaz. pal.* 1993, 1, somm., p. 162.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1992, *D.* 1993, jur., p. 409, note BOULANGER.
- Paris, 19 janvier 1993, *RTD civ.* 1993, p. 340, obs. HAUSER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, *D.* 1993, p. 602, note MASSIP.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 684, note COURBE ; *JCP* 1993, II, 22172, note DEPREZ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai et 16 juin 1993, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 505, note LEGIER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, *JDI* 1994, 1<sup>re</sup> esp., p. 115, note LEQUETTE.
- Cass. Crim., 18 mai 1993, *Bull. crim.* n° 185 ; *Gaz. pal.* 1993, 2, somm., p. 557, note DOUCET.
- Cass. Crim., 8 juin 1993, *Gaz. pal.* 1993, 2, somm., p. 467, note DOUCET.
- Paris, 10 septembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 349, note HEUZE ; *Rev. arb.* 1994, p. 359, note BUREAU.
- Paris, 23 novembre 1993, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 88, note PAMBOUKIS.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1993, *Bull. civ.*, I, n° 338.
- TGI Paris, 5 janvier 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 529, note POISSON-DROCOURT et RANGEL.
- Paris, 14 janvier 1994, *D.* 1994, somm., p. 357, obs. JULIEN-LAFERRIERE.
- CE, 7 février 1994, *Gaz. pal.* 1994, 2, panor. adm., p. 142.
- Paris, 25 mars 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 119, note MUIR WATT.
- Toulouse, 5 avril 1994, *JCP* 1995, II, 22462, 1<sup>re</sup> esp., note BOULANGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note DEPREZ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 105, 2<sup>de</sup> esp., note DEPREZ ; *RTD civ.* 1996, p. 514, obs. MARGUENAUD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 127, note ANCEL ; *D.* 1994, somm., p. 352, obs. AUDIT.
- Colmar, 24 juin 1994, *JCP* 1995, II, 22462, 2<sup>de</sup> esp., note BOULANGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, *Bull. civ.* I, n° 266 ; *D.* 1994, IR, p. 234.
- CE, 30 novembre 1994, *D.* 1995, somm., p. 173, obs. JULIEN-LAFERRIERE.
- Pau, 12 décembre 1994, *D.* 1995, p. 544, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 343, 1<sup>re</sup> esp., note KAHN.
- Paris, 20 décembre 1994, *JDI* 1995, p. 343, 3<sup>e</sup> esp., note KAHN.
- Paris, 12 janvier 1995, *JDI* 1995, p. 343, 4<sup>e</sup> esp., note KAHN.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 569, note DEPREZ ; *JDI* 1995, p. 343, 2<sup>e</sup> esp., note KAHN ; *RTD civ.* 1996, p. 514, obs. MARGUENAUD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 548, note MUIR-WATT ; *JDI* 1995, p. 625, note MONEGER ; *D.* 1995, p. 544, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE ; *Defrénois* 1991, p. 331, note MASSIP ; *GADIP* n° 69.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 330, note B. A. ; *D.* 1995, p. 544, 2<sup>de</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE ; *D.* 1996, p. 622, note ENGEL et SINOPOLI.
- Aix-en Provence, 30 mai 1995, *JCP* 1996, II, 22566, note GARE.
- CE, 23 juin 1995, *D.* 1996, somm., p. 111, obs. JULIEN-LAFERRIERE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juillet 1995, *Bull. civ.* I, n° 321 ; *D.* 1995, IR, p. 204.
- Paris, 19 septembre 1995, *Rev. crit. DIP* 1996, p. 112, note MUIR WATT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 1995, *D.* 1996, p. 468, note MASSIP.
- Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, *JDI* 1997, p. 793, note LUCAS.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, *Bull. civ.* I, n° 469 ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 784.
- Aix-en-Provence, 18 janvier 1996, *JDI* 1998, p. 113, note MONEGER.
- Cass. Soc., 7 mai 1996, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 77, note DROZ.
- Cass. Com., 14 mai 1996, *Bull. com.*, IV, n° 134.
- Cass. Crim., 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 576, note AGOSTINI ; *D.* 1998, somm., p. 286, obs. AUDIT.
- Paris, 20 juin 1996, *Rev. arb.* 1996, p. 657, note BUREAU.
- CE, 31 juillet 1996, *D.* 1996, IR, p. 202 ; *Gaz. pal.* 1997, 1, panor. adm., p. 49.
- Paris, 2 août 1996, *Juris-Data* n° 1996-023911 ; *JCP* 1998, I, 101, obs. FARGE.
- Grenoble, 1<sup>er</sup> octobre 1996, *JCP* 1997, I, 3996, n° 5, obs. FARGE.
- Douai, 12 décembre 1996, *Rev. dr. pays Afr.* 2000, p. 101, note MBARGA.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 1997, *Bull. civ.* I, n° 13.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 1997, *D.* 1997, p. 400, note NIBOYET ; *JDI* 1998, p. 110, note KAHN.
- Paris, 27 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 732, note MUIR WATT.
- Colmar, 1<sup>er</sup> avril 1997, inédit.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1997, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 746, note MUIR WATT.
- Paris, 25 avril 1997, *Juris-Data* n° 1997-022019 ; *JCP* 1998, I, 101, obs. FARGE.
- Dijon, 6 mai 1997, *JCP* 1998, IV, 1045.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, *Bull. civ.* I, n° 160.
- CE, 22 septembre 1997, *RD sanit. soc.* 1998, p. 174, note MONEGER.
- Paris, 2 octobre 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 424, note DE VAREILLES-SOMMIERES ; *Dr. fam.* 1998, n° 5, p. 8 ; *JCP* 1998, I, 101, n° 1, obs. FARGE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1997, *Bull. civ.* I, n° 293.
- CE, 5 décembre 1997, *Ovet, A.J.D.A.* 1998, p. 107, note GIRARDOT et RAYNAUD.
- TGI Paris, 4 mai 1998, *D.* 1999, p. 15, note POISSON-DROCOURT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1998, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 662, note MUIR WATT.
- Bordeaux, 12 mai 1998, *Juris-Data* n° 047174.
- CE, 29 juillet 1998, *Gaz. pal.* 1999, 1, panor. adm., p. 46.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 novembre 1998, *Bull. civ.* I, n° 310.
- Paris, 13 novembre 1998, *Juris-Data* n° 024255.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *D.* 1999, p. 671, note AGOSTINI ; *Dr. fam.* 2000, n° 54, note FULCHIRON ; *JCP* 2001, I, 293, obs. FARGE.
- Nancy, 5 février 1999, *Dr. fam.*, 1999, n° 7/8, p. 14, note LECUYER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 1999, *Dr. fam.* 1999, n° 123, note MURAT.
- Cass. Com., 22 juin 1999, *Defrénois* 1999, p. 1195, obs. HOVASSE.
- Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *JDI* 2000, p. 55, note POISSON-DROCOURT.
- Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999, *D.* 1999, IR, p. 224.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *JDI* 2000, p. 737, note MONEGER ; *RJPF-2000-2/34*, obs. VASSAUX ; *Defrénois* 2000, p. 660, obs. MASSIP ; *Defrénois* 2000, p. 699, note REVILLARD.
- Paris, 16 novembre 1999, *Rev. proc. coll.* 2000, n° 5, p. 226, obs. BARRET.
- Douai, 20 mars 2000, n° 98/04112, inédit.
- TA Lyon, 6 avril 2000, *JCP* 2000, II, 10349, note FULCHIRON, *RTD civ.* 2000, p. 547, obs. HAUSER.
- Paris, 30 mai 2000, *D.* 2000, IR, p. 231.
- Douai, 8 juin 2000, *LPA* 2001, n° 201, note VASSEUR-LAMBRY.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2000, *LPA* 2001, n° 22, p. 20, note MASSIP.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2000, *Dr. & patr.* 2001, n° 90, p. 121, obs. MONEGER ; *LPA* 2001, n° 24, p. 19 ; *Defrénois* 2001, p. 96, obs. MASSIP.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2000, *JCP* 2001, II, 10645, note AZZI.
- Lyon, 12 décembre 2000, *JDI* 2002, p. 475, note MONEGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 décembre 2000, *JCP* 2001, II, 10478, note CASEY ; *RTD civ.* 2001, p. 120, obs. HAUSER ; *LPA* 2001, n° 74, p. 16, note CORNUT ; *D.* 2001, p. 1496, note GARE ; *Defrénois* 2001, p. 604 et *Gaz. pal.* 25 mai 2001, p. 25, obs. MASSIP ; *JCP* 2002, I, 103, n° 9, obs. G. WIEDERKEHR.
- Paris, 16 février 2001, *Dr. & patr.* 2001, n° 99, p. 116, obs. MOUSSERON.
- Paris, 22 février 2001, *RTD com.* 2002, p. 662, obs. LOQUIN.
- Versailles, 12 mars 2001, *D.* 2002, somm., obs. AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 697, note MUIR WATT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 513, note MUIR WATT ; *Gaz. pal.* 2001, n° 346-347, p. 22, note HABU GROUD ; *Dr. & patr.* 2001, n° 97, p. 115, obs. MONEGER.
- Riom, 15 mai 2001, *JCP* 2002, IV, 1692.
- Rouen, 13 juin 2001, *JCP* 2002, IV, 1952 ; *Rev. crit. DIP* 2003, somm., p. 702.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 704, note L. GANNAGE ; *D.* 2001, p. 3378, note NIBOYET ; *Dr. & Patr.* 2001, n° 97, p. 116, obs. MONEGER ; *JDI* 2002, p. 181, note KAHN ; *JCP* 2002, II, 10039, note VIGNAL ; *LPA* 2002, n° 108, note COURBE ; *Gaz. pal.* 2002, n° 109 à 110, p. 21, note DU RUSQUEC ; *RJPF*-2001-11/23, note MEYZEAUD-GARAUD ; *Dr. fam.* 2002, chr. FARGE, n° 17.
- Caen, 7 août 2001, *Juris-Data* n° 2001-163355 ; *JCP* 2003, IV, 2060.
- Paris, 13 septembre 2001, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 730, note L. GANNAGE ; *A.J.F.* 3-2002, p. 105.
- Paris, 30 octobre 2001, *A.J.F.* n° 1/2002, p. 26.
- CE, 23 novembre 2001, *RJPF*-2002-3/19, obs. PUTMAN.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 2001, *LPA* 2002, n° 124, p. 15, note COURTIER ; *D.* 2002, p. 2217, note BONNET ; *RJPF*-2002-4/27, note VAUVILLE.
- Paris, 13 décembre 2001 (3 arrêts), *A.J.F.* n° 3/2002, p. 105 ; *Rev. crit. DIP* 2002, p. 730, note L. GANNAGE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 573, note ANCEL ; *JDI* 2003, p. 157, obs. HUET ; *Bull. civ.* I., n° 30 ; *Gaz. pal.* 2002, n° 116 à 117, p. 23 ; *JCP* 2002, IV, 1416.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, *Bull. civ.* I, n° 31 ; *D.* 2003, p. 2591, chr. NAJJAR.
- Douai, 18 février 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 68, note LECUYER.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 mars 2002, *JCP* 2002, II, 10095, note FULCHIRON ; *JDI* 2002, p. 1062, note KAHN ; *RJPF*-2002-7-8/17, obs. GARÉ ; *JCP* 2003, I, 107, n° 3, obs. POILLOT-PERUZZETTO.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2002, *Dr. fam.* 2002, n° 137, obs. FARGE ; *JCP* 2003, II, 10155, note CASHIN-RITAINE ; *LPA* 2002, n° 242, p. 8, note BRIERE.
- Amiens, 20 mars 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 9, note FARGE.
- Grenoble, 3 avril 2002, *Dr. fam.* 2003, n° 85, note LECUYER ; *JCP* 2003, IV, 2274.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, *RJPF*-2002-10/35, obs. BLANC.
- Paris, 13 juin 2002, *Juris-Data* n° 2002-183107.
- CE, 28 juin 2002, *RJPF*-2002-12/18.
- Rennes, 4 juillet 2002, *D.* 2002, p. 2902, note GRANET ; *JCP* 2003, I, 101, n° 4, obs. RUBELLIN-DEVICHI ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. HAUSER.
- TGI de Paris, 5 juillet 2002, *Dr. fam.* 2002, n° 138, obs. LECUYER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 466, note GALLANT ; *RJPF*-2002-12/38, note BLANC ; *Dr. & patr.* 2002, n° 109, p. 113, note MONEGER.
- Colmar, 2 septembre 2002, *Proc.* 2003, n° 137, note NOURISSAT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2002, *JCP* 2003, II, 10007, concl. SAINTE-ROSE, note DEVERS ; *Deffrénois* 2002, p. 1466, note MASSIP ; *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. HAUSER ; *Dr. & patr.* 2003, n° 111, p. 120, note MONEGER ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 271, note BOURDELOIS ; *RJPF*-2003-1/18, note OUDIN ; *LPA* 2003, n° 73, p. 18, note MASSIP, et n° 206, p. 12, note BRIERE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2002, *RJPF*-2003-1/19, obs. VAUVILLE ; *JCP* éd. N. 2003, 1575, obs. SIMLER.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 26 septembre 2002, *RJPF*-2002-12/13, obs. PUTMAN.
- Paris, 10 octobre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. HAUSER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2002, *RJPF*-2003-1/31, note LE BOURSICOT ; *LPA* 2003, n° 206, p. 12, note BRIERE ; *A.J.F.* n° 3/2003, p. 100, obs. S. D.-B ; *JCP* 2003, I, 148, n° 6, obs. FAVIER.
- Paris, 24 octobre 2002, *Juris-Data* n° 2002-203984.
- Paris, 13 novembre 2002, *Juris-Data* n° 2002-207005.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 2002, pourvoi n° 00-20831, inédit.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 14 novembre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 66, obs. HAUSER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 2002, *JCP* 2002, II, 10201, concl. SAINTE-ROSE, note CHAILLE DE NERE ; *D.* 2003, p. 797, note KHAIRALLAH ; *Gaz. pal.* 25-26 juin 2003, p. 29, note NIBOYET ; *Rev. crit. DIP* 2003, p. 631, note MUIR WATT.
- CE, 29 novembre 2002, *Assistance publique, AJDA* 2003, p. 276, note DONNAT et CASAS.

- Paris, 19 décembre 2002, *JDI* 2003, p. 811, note BOICHE ; *Proc.* 2003, n° 257, p. 12, note NOURISSAT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy*, *JDI* 2003, p. 468, note JACQUET ; *JCP* éd. N. 2003, 1543, note FRANÇOIS ; *Dr. & patr.* 2003, n° 119, p. 96, note MONEGER ; *Defrénois* 2003, p. 1086, obs. MASSIP ; *LPA* 2003, n° 200, p. 11, note MASSIP ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 398, note MUIR WATT.
- Paris, 30 janvier 2003, *A.J.F.* n° 5/2003, p. 187.
- Dijon, 4 février 2003, *Juris-Data* n° 2003-212508.
- Lyon, 14 février 2003, n° 2002/01085, inédit.
- CE, 3 mars 2003, *RJPF*-2003-9/13, obs. PUTMAN.
- Cass. Com., 4 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 285, note LAGARDE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 477, note GAUDEMET-TALLON.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003, inédit, pourvoi n° 01-02398 ; *RJPF*-2003-6/18.
- Riom, 12 mars 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 11, note CASTELLA.
- Paris, 14 mars 2003, *D.* 2003, somm., p. 1937, obs. LEMOULAND ; *RTD civ.* 2003, p. 481, obs. HAUSER ; *A.J.F.* n° 7-8/2003, p. 273, obs. F. B. ; *Dr. fam.* 2004, n° 46, 1<sup>re</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 2003, *RJPF*-2003-78/40, obs. BLANC ; *LPA* 2003, n° 216, p. 11, note MASSIP ; *JCP* 2004, II, 10058, note BOURRAT-GUEGUEN ; *RTD civ.* 2003, p. 693, obs. HAUSER ; *Dr. fam.* 2003, n° 143, note MURAT.
- Paris, 23 avril 2003, *D.* 2003, p. 2716, note LEMOULAND.
- Amiens, 29 avril 2003, *Juris-Data* n° 2003-217931.
- Paris, 7 mai 2003, *A.J.F.* n° 9/2003, p. 307, obs. S. D.
- Paris, 15 mai 2003, *Dr. & patr.* 2003, n° 120, p. 97, note MONEGER.
- Bordeaux, 21 mai 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 1, note LARRIBAU-TERNEYRE.
- CE, 13 juin 2003, *LPA* 2004, n° 95, p. 17, concl. DE SILVA.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2003, *D.* 2003, p. 2404, concl. SAINTE-ROSE ; *Defrénois* 2004, p. 31, note PETERKA.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, *JDI* 2004, p. 182, note MONEGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *RJPF*-2004-2/36, note LE BOURSICOT ; *Defrénois* 2004, p. 155, obs. MASSIP ; *RJPF*-2004-1/35, obs. GARE ; *Gaz. pal.* 2004, somm., p. 1316, note MASSIP.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-020396 ; *JCP* 2003, IV, 2828 ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 32, note NIBOYET.
- Bourges, 1<sup>er</sup> octobre 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 66, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, *D.* 2004, p. 21, note GRIDEL ; *Defrénois* 2004, p. 143, note MASSIP ; *Dr. fam.* 2004, n° 15, note LARRIBAU-TERNEYRE ; *A.J.F.* 2004, n° 1, p. 27, obs. F. B. ; *RTD civ.* 2004, p. 66, obs. HAUSER ; *JCP* 2003, IV, 2998 ; *LPA* 2004, n° 50, p. 19, note DESGORCES et n° 85, p. 12, note MASSIP.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, *RJPF*-2004-4/13, chr. MASSIP.
- Cons. const., 20 novembre 2003, *JO* du 27 novembre 2003, p. 20154 ; *JCP* 2003, II, 10199, note ZARKA ; *LPA* 2004, n° 14, p. 10, et n° 15, p. 10, note SCHOETTL ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. HAUSER ; *D.* 2004, p. 1405, note LECUCQ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, *Bull. civ.* I, n° 247 ; *Defrénois* 2004, p. 434, note REVILLARD ; *RJPF*-2004-2/16, note PANSIER ; *Defrénois* 2004, p. 599, obs. MASSIP ; *Gaz. pal.* 28-29 mai 2004, p. 18, note MASSIP ; *JCP* éd. N. 2004, 1198, note BOULANGER ; *JCP* éd. N. 2004, 1274, obs. FOSSIER ; *LPA* 2004, n° 115, p. 8, note JAULT ; *D.* 2004, somm., p. 1851, obs. LEMOULAND ; *Dr. fam.* 2004, n° 163, note BOURDELOIS.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, *Dr. fam.* 2004, n° 17, note MURAT ; *RJPF*-2004-4/35, note GARE ; *Defrénois* 2004, p. 592, obs. MASSIP ; *Gaz. pal.* 28-29 mai 2004, p. 15, note MASSIP ; *JCP* 2004, I, 109, n° 2, obs. RUBELLIN-DEVICHI.
- Paris, 15 janvier 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 93, note LARRIBAU-TERNEYRE.
- Pau, 19 janvier 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 46, 2<sup>de</sup> esp., note LARRIBAU-TERNEYRE.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 256, *D.* 2004, p. 824, concl. CAVARROC ; *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE, et IR, p. 607 ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *JCP* 2004, II, 10128, note FULCHIRON, et I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 124, note MONEGER ; *RJPF-2004-5/11*, chr. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, 1<sup>re</sup> esp., p. 423, note HAMMJE ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. MARGUENAUD ; *A.J.F.* 2004, p. 140, obs. DAVID ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 30-31 juill. 2004, somm., p. 32, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, chr. NIBOYET, p. 27.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 258, *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE ; *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *JCP* 2004, II, 10128, note FULCHIRON, et I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 124, note MONEGER ; *RJPF-2004-5/11*, chr. MEYZEAUD-GARAUD ; *Rev. crit. DIP* 2004, 2<sup>de</sup> esp., p. 423, note HAMMJE ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. MARGUENAUD ; *A.J.F.* 2004, p. 140, obs. DAVID ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 30-31 juill. 2004, somm., p. 32, note MASSIP ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, chr. NIBOYET, p. 27.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 259, *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE, et IR, p. 606 ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *A.J.F.* 2004, p. 141, obs. DAVID ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *JCP* 2004, I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Gaz. pal.* 30-31 juill. 2004, somm., p. 32, note Massip ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 35, note NIBOYET.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 260, *Gaz. pal.* 25-26 fév. 2004, p. 29, note NIBOYET ; *D.* 2004, p. 815, chr. COURBE, et IR, p. 607 ; *Dr. fam.* 2004, chr. PRIGENT, n° 9 ; *A.J.F.* 2004, p. 141, obs. DAVID ; *Dr. & patr.* 2004, n° 125, p. 125, note MONEGER ; *Deffrénois* 2004, p. 812, note MASSIP ; *JCP* 2004, I, 159, n° 3, obs. ATTAL ; *Gaz. pal.* 3-4 sept. 2004, p. 33, note NIBOYET ; *JDI* 2004, p. 867, note CUNIBERTI.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *RJPF-2004-5/13*, obs. PUTMAN.
- Paris, 19 février 2004, *Juris-Data* n° 2004-238498.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2004, *RTD civ.* 2004, p. 279, obs. MESTRE et FAGES.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n° 00-00711, inédit.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, pourvoi n° 00-19675, inédit.
- CE, 30 avril 2004, *RJPF-2004-9/22*, obs. PUTMAN.
- Paris, 13 mai 2004, *Dr. & patr.* 2004, n° 129, p. 122, obs. MONEGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 2004, pourvoi n° 02-21555, inédit.
- Cass. Crim., 23 juin 2004, *D.* 2004, IR, p. 2084.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *D.* 2004, p. 2743, note BOUCHE ; *RTD Civ.* 2004, p. 549, obs. THERY ; *Rev. crit. DIP* 2004, p. 815, note MUIR WATT ; *Gaz. pal.* 14-15 janv. 2005, p. 28, note NIBOYET ; *D.* 2005, p. 1267, obs. CHANTELOUP.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2004, inédit, pourvoi n° 03-10292.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 6 octobre 2004, *Bull. civ.* III, n° 163 ; *Deffrénois* 2005, p. 612, obs. LIBCHABER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 2004, *Bull. civ.* I, n° 228.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2004, *D.* 2005, somm., p. 1264, obs. CHANTELOUP.
- Paris, 13 janvier 2005, *JCP* 2005, II, 10068, note BOULANGER.
- Reims, 17 février 2005, *Dr. fam.* 2005, n° 178, obs. LARRIBAU-TERNEYRE.
- Rouen, 24 avril 2005, *Dr. fam.* 2005, n° 189, note LARRIBAU-TERNEYRE.

#### GRANDE-BRETAGNE

- Court of Appeal, 29, 30, 31 octobre, 1<sup>er</sup>, 2 novembre et 13 décembre 1928, *Foster c. Driscoll et autres, Lindsay c. Attfield et autres, Lindsay c. Driscoll et autres, JDI* 1929, p. 755.
- Conseil privé du Roi d'Angleterre *Vita Foods Products v. Unus Shipping Co.* du 30 janvier 1939, *Rev. dr. inter. pr.* 1942, p. 420, note MEZGER.
- Haute cour de justice d'Angleterre (Division du Banc de la Reine), 23 août 1968, *Rev. crit. DIP* 1969, p. 491, note WENGLER.

- Family Division, 8 mai 1979, *JDI* 1988, p. 805, note LIPSTEIN.
- Court of Appeal (1997), *Blood*, *RTD eur.* 1998, p. 107, obs. DUTHEIL DE LA ROCHERE.
- Chambre des Lords, 20 juillet 2000, *Rev. crit. DIP* 2002, p. 690, note CHALAS.
- Chambre des Lords, 13 décembre 2001, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 116, note MUIR WATT.
- Cour d'appel d'Angleterre, 19 juin 2002, *Rev. crit. DIP* 2003, p. 335, note MUIR WATT.

#### **GRECE**

- Tribunal de première instance du Pirée, 575/1997, *RHDI* 1999/2, p. 541, obs. TSOUCA.
- TGI d'Athènes, 9970/1997 et 9971/1997, *RHDI* 1999/2, p. 556, obs. TSOUCA.
- Aréopage, 1302/1998, *RHDI* 1999/2, p. 535, obs. TSOUCA.

#### **ITALIE**

- Cass. (Sections réunies), 7 mai 2003, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 612, note PRETELLI.

#### **LIBAN**

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 septembre 1955, *JDI* 1961, p. 174, note GANNAGE.

#### **MAROC**

- Cour suprême de Rabat, 5 juillet 1974, *JDI* 1978, p. 681.

#### **SUISSE**

- ATF, 9 octobre 1987, *Rev. état civ.* 1988, p. 44.
- ATF, 16 juin 1995, *Jour. trib.* 1997, p. 44.
- TA de Soleure, 24 septembre 1998, *Rev. état civ.* 1999, p. 189.
- ATF, 21 janvier 2002, *Gaz. pal.* 2003, somm., p. 1932.

#### **SYRIE**

- T. des conflits, 12 juin 1925, *Rev. crit. DIP* 1926, p. 84.

# INDEX THEMATIQUE ALPHABETIQUE

*L'index renvoie aux numéros des paragraphes*

## — A —

- Abus de droit** : 118 et s., 315 et s. ; 392 et s., 419 et s., 491 et s., 738 et s.  
– détournement de la finalité : 649 et s.  
– droits discrétionnaires : 179, 300, 315, 397 et s., 656.  
– effets : 634 et s.  
– *forum shopping* : 392 et s.  
– et fraude à la loi : 315 et s., 405 et s., 491 et s.  
– litispendance : 682 et s.  
– loi applicable : 636 et s.  
– proportionnalité : 653 et s.
- Actes de l'état civil** : 138, 433, 444, 448, 458, 465, 569, 580, 609, 785, 790.
- Adoption** : 112, 115, 116, 145, 183, 408, 421, 433, 435, 439, 444, 445, 449, 450, 463, 540, 580, 603, 700, 759, 777, 785 et s., 805, 807.
- Anti-Suit Injunctions** (v. *Injonctions*)
- Apparence** :
- estoppel : 611.
  - et fraude à la loi : 58, 278, 312, 458, 503, 515, 800 et s.
  - et mariage : 109.
- Autonomie de la volonté** :
- et abus de droit : 315 et s., 639.
  - et fraude à la loi : 284 et s.

## — B —

- Bonne foi** : 60, 66, 68, 76, 147, 476, 508, 516, 537, 539, 541, 578, 602, 604, 606 et s., 655, 704, 784, 800 et s.

## — C —

- Capacité** :
- finalité : 114.
  - fraude à la loi : 41, 483.
  - loi applicable : 49, 284.
- Clause d'exception** :
- droit international privé comparé et conventionnel : 271 et s.
  - fonction : 277 et s.
  - *forum non conveniens* (v. ce mot)
  - et fraude à la loi : 270 et s., 319, 467, 592.
- Conflit mobile** :
- et fraude à la loi : 57, 239 et s., 293, 515, 517, 592.
- Contrat** :
- choix de la loi applicable, abus de droit : 315 et s., 639.
  - internationalisation du contrat, fraude à la loi : 302 et s.
- Conventions internationales** :
- et fraude à la loi : n° 55, n° 302, n° 741, n° 753, n° 811 et s.

## — D —

- Détournement** :
- abus de droit : 649 et s.
  - adoption : 112, 115, 116, 787.
  - fraude, distinction : 110 et s., 513, 630.
  - mariage : 112 et s., 675 et s., 782.
- Divorce** :
- *forum shopping* : 371 et s.
  - fraude à la loi : 47 et s.
  - répudiation (v. ce mot)

**Domicile :**

- critère de rattachement : 256, 343, 348, 351.
- fictif : 92, 96, 109, 254 et s., 458, 625 et s., 698, 762.
- et fraude à la coutume : 41.
- et fraude à la loi : 48, 55, 57, 67, 71, 73 et s., 82, 89, 94, 220, 254 et s., 312, 334, 408, 435, 447, 458, 569, 683, 765.

**Droit canonique :** 40.**Droit communautaire :**

- abus de droit : 118 et s., 422 et s., 641 et s., 648 et s., 666, 668, 683 et s.
- *Anti-Suit Injunctions* : 703 et s.
- *forum non conveniens* : 664, 691 et s.
- *forum shopping* : 363, 374 et s., 378 et s.
- fraude à la juridiction : 630.
- fraude à la loi : 27, 118 et s., 412 et s., 416 et s., 482, 486 et s., 490.
- inopposabilité : 572 et s.
- intention frauduleuse : 518.
- litispendance : 682 et s.
- mariage de complaisance : 122, 675.
- présomption de fraude : 539, 541 et s.
- preuve de la fraude : 551 et s., 554 et s.
- prévention de la fraude : 541 et s.
- reconnaissance des décisions étrangères, absence de fraude à la loi : 739 et s., 754.
- sanction, supériorité des traités : 813 et s.
- subsidiarité de l'exception de fraude à la loi : 591.
- transfert de compétence judiciaire : 690 et s.

**Droit comparé :**

- *Anti-Suit Injunctions* : 701.
- divorce : 379.
- exequatur :
  - condition d'absence de fraude à la loi : 742.
  - condition de la loi appliquée : 743.
- *forum non conveniens* : 660.
- *forum shopping* : 385 et s.
- fraude à la loi étrangère : 477.
- intention frauduleuse : 509 et s., 517.
- mariage : 109, 367, 675.

- théorie de la fraude à la loi : 52, 53 et s., 83 et s.

**Droit coutumier :** 40 et s., 50, 264, 568, 827.**Droit de la famille :**

- et abus de droit : 394.
- adoption (v. ce mot)
- finalité : 114 et s.
- mariage de complaisance : 107 et s., 675 et s.
- reconnaissance mensongère : 145, 204, 250, 785.

**Droit de la nationalité et des étrangers :**

- et fraude : 131 et s.
- mariages de complaisance : 108.

**Droit fiscal :** 13, 18, 107, 111, 117, 356, 434, 650, 787.**Droit international privé :**

- et abus de droit : 315 et s., 392 et s.
- finalité : 85 et s.
- flexibilisation : 236 et s.
- lacunes : 182, 355, 507, 595 et s.
- matérialisation : 193 et s.
- situations internes et internationales : 332 et s.
- vrais et faux conflits : 337 et s.

**Droit romain :** 39.

## — E —

**Enlèvement d'enfant :** 351, 435, 793.**Escroquerie au jugement :** 741.**Estoppel :** 610 et s.**Étrangers :**

- droit des étrangers et fraude : 132 et s.
- mariage : 107 et s., 675 et s.
- partenariat enregistré : 369 et s.

**Éviction de la loi normalement compétente :** 59, 305 et s., 484 et s.**Exception de fraude à la loi :**

- caractère subsidiaire : 590 et s.
- inopposabilité : 567 et s., 762 et s.
- prescription : 797.
- régime : 589 et s.

**Exequatur :**

- et abus de droit : 717 et s., 754 et s.
- allègement des conditions et fraude à la loi : 743 et s.
- condition d'absence de fraude à la loi : 734 et s.

- fraude à la loi et compétence indirecte : 710 et s.
- fraude à la loi et loi appliquée : 720 et s.
- fraude à la loi et ordre public : 729 et s.
- liens caractérisés : 158 et s., 371 et s., 712 et s., 715 et s.

## — F —

**Faux conflits** : 337 et s.

- et fraude à la loi : 338 et s.

**Filiation** :

- adoption (v. ce mot)
- fraude à la loi : 183, 248 et s., 433, 444, 453, 580.
- reconnaissance mensongère : 145, 204, 250, 785.
- règle de conflit matérielle : 203 et s.

**Fin de non-recevoir** : 172, 609, 610, 615, 670 et s., 797.**Finalités du droit** : 85 et s., 113 et s., 649 et s.**Forum non conveniens** : 660 et s., 687.

- et abus de droit : 661 et s., 667, 672.
- et *Anti-Suit Injunctions* : 701.
- et droit communautaire : 664.
- et transfert de compétence : 689 et s.

**Forum shopping** : 360 et s.

- abus de droit : 392 et s., 419 et s.
- *forum non conveniens* : 661 et s.
- *forum shopping bonus et malus* : 383 et s.
- intérêt conflictuel et matériel : 376 et s.
- licéité : 384 et s.
- sanction :
  - abus du droit d'option de compétence judiciaire : 634 et s.
  - fraude à la juridiction : 627 et s.

**Fraude** :

- fiscale : 13, 18, 107, 111, 117, 356, 434, 650, 787.
- paulienne : 42, 110, 583, 601, 779, 797.
- sens large, sens strict : 13 et s., 27, 45, 130 et s., 156, 158, 190, 191, 287, 361, 393, 403, 540, 603, 711, 724, 732, 733, 741, 827, 829 et s.

**Fraude à la compétence** (v. *Fraude à la juridiction*)**Fraude à la coutume** : 40 et s., 50, 264, 568, 827.**Fraude à l'intensité de l'ordre public** : 14, 59, 140, 143, 191, 322, 414, 730 et s., 827.**Fraude à la juridiction** :

- compétence directe : 143, 159, 188, 191, 389, 390, 561, 627 et s., 634, 659, 662, 667, 671, 672, 673, 694, 706, 757.
- compétence indirecte : 158 et s., 710 et s., 732, 736, 741.

**Fraude à la loi** :

- et abus de droit : 301 et s., 381 et s., 491 et s.
- autonomie de la volonté : 284 et s.
- conditions : 56 et s., 328 et s.
- et conventions internationales : n° 55, n° 302, n° 741, n° 753, n° 811 et s.
- critiques : 78 et s.
- définitions : 62 et s., **560**.
- droit international privé comparé : 52, 53 et s., 83 et s., 477, 509 et s., 517, 742.
- élément intentionnel : 60, 498 et s.
- élément légal : 59, 470 et s.
- élément matériel : 57 et s., 430 et s.
- étrangère : 59, 472 et s.
- fondements : 70 et s.
- habileté (v. ce mot)
- histoire : 38 et s.
- présomption de : 136 et s., 246, 538 et s., 545, 550, 561, 678.
- simulation : 14, 39 et s., 58, 66, 77, 83, 92, 109, 129, 139, 145, 191, 238, 254 et s., 308, 312 et s., 326, 457 et s., 497, 509 et s., 514, 515, 517, 559, 622 et s., 719, 732, 796, 801, 825, 833.
- violation de la loi : 14, 27, 39, 40, 50, 58, 71, 94 et s., 140, 142, 211 et s., 236, 338, 389, 463 et s., 469, 497, 501 et s., 505 et s., 512, 513, 515, 558, 559, 568, 575, 591, 599, 625, 747, 764, 801, 825, 833.

**Fraude à la procédure** : 52, 172, 627 et s., 705, 737, 741, 745, 746.**Fraude au jugement** : 19, 21, 52, 59, 69, 91, 140, 143, 149 et s., 231, 323, 373, 389, 391, 425 et s., 561, 682, 713, 714, 719, 724, 725, 730, 754, 810, 812, 827, 828.

- et abus de droit : 425 et s.

- consécration : 154 et s.
- élément intentionnel : 178 et s.
- élément légal : 169 et s.
- fraude à la loi, distinction : 161 et s., 182 et s.

**Fraude par la compétence judiciaire :**

- et fraude à la loi : 340 et s., 438 et s.
- sanction : 619 et s.
  - inefficacité permanente : 621 et s.
  - inefficacité ponctuelle : 634 et s.
  - non-reconnaissance : 708 et s.

**Fraus omnia corrumpit :** 1, 26, 33, 34, 36, 39 et s., 63, 76, 83, 86, 102, 105, 130, 556, 571, 574, 583, 591, 593, 594, 797, 827.

- Ancien droit : 40 et s.
- droit canonique : 40.
- droit romain : 39.
- histoire : 38 et s.

— H —

**Habilité :**

- et fraude à la loi : 32, 58, 83, 326, 456, 457 et s., 469, 497, 503, 533, 558, 598, 625, 783, 825, 833, 834.

— I —

**Immeuble :**

- et fraude : 103, 141, 144, 185, 286, 409, 434, 440, 461, 462, 525, 547, 549.

**Incompétence :**

- absence de compétence : 622 et s.
- fraude à la juridiction : 627 et s.
- litispendance : 682 et s.

**Injonctions :**

- *Anti-Suit Injunctions* : 701 et s.
- *in personam* : 705.

**Intention frauduleuse :** 60, 178 et s., 498 et s.

- droit communautaire : 518.
- droit international privé comparé : 509 et s., 517.
- fonction : 512 et s.
- lieu de révélation : 530 et s.
- moment d'appréciation : 530 et s., 800 et s.
- nécessité : 511 et s.
- notion d' : 521 et s.

- preuve : 535 et s.
- théorie objective : 500 et s.

**Intérêt :**

- intérêt à agir : 616, 638 et s., 666 et s.
- intérêt de l'enfant : 785 et s.
- intérêt légitime : 527 et s.
- intérêt du mariage : 782 et s.

— K —

**Kafala :** 433, 440, 448, 463.

— L —

**Lacunes :** 182, 355, 507, 595 et s., 693, 827.

**Litispendance :**

- et abus de droit : 682 et s.
- et *forum shopping* : 174, 682 et s., 705 et s.

**Loi applicable :**

- abus de droit : 636 et s.
- fraude à la loi : 571.
- mariage de complaisance : 112.

**Lois de police :**

- conditions d'intervention : 216 et s., 307, 336, 355, 481.
- et fraude à la loi : 58, 210 et s., 268, 296, 300, 312, 313, 323, 377, 397, 467, 564, 592, 595.
- statut personnel, liste : 217.

— M —

**Mariage :**

- célébration : 367 et s., 675 et s., 769.
- clandestin : 25, 146 et s., 408, 435, 437, 516, 543, 546, 549, 576, 601, 777, 778, 798, 799, 802 et s.
- de complaisance : 107 et s., 122, 135, 326, 368, 528, 540, 579, 614, 659, 675 et s., 767, 782 et s.
- droit de la nationalité et des étrangers : 108, 111, 135 et s., 368, 579, 585, 783.
- et fraude à la loi : 51, 81, 110 et s., 146 et s., 437, 526, 585, 602, 767, 771, 778, 783, 797, (v. *clandestin*).
- nullité : 47, 51, 81, 109 et s., 146, 368, 516, 567, 569, 576, 583, 584, 601, 602, 607, 614, 767, 771, 778, 797, 798, 802 et s.

- opposition : 676 et s.
- simulé : 109.
- sursis à célébration : 675 et s.

**Meuble :**

- et fraude : 57, 121, 128, 268, 286, 356, 486, 518, 741, 762, 765, 777.

**Motif légitime et déterminant :** 527 et s., 775 et s.

## — N —

**Nationalité :**

- conflit de : 67, 289, 410, 413, 467, 722.
- droit de la nationalité et fraude : 136 et s., 433, 540, 783.
- mariage naturalisant : 108 et s.
- naturalisation et fraude : 20, 47 et s., 57, 59, 74, 82, 89, 94, 96, 97, 145, 185, 198, 242, 247 et s., 255, 258, 263, 266, 286, 333, 345, 349, 354, 410, 436, 453, 461, 467, 474, 487, 524, 527, 529, 530, 531, 546, 556, 568, 585, 588, 727, 752, 759, 762, 785.
- simulation de : 238, 510.

**Nemo Auditor...** : 100, 604 et s.**Nom :**

- abus de droit : 318.
- fraude à la loi : 183, 302, 408, 421, 435, 444, 445, 446, 526, 532.

## — O —

**Option de législation** (v. *Autonomie de la volonté*)**Ordre public en matière internationale :**

- effet atténué : 152, 167, 354, 595, 730 et s., 757.
- exception de fraude à la loi, distinction : 75, 224 et s., 475.
- exequatur, condition d'absence de fraude, distinction : 729 et s.
- fraude à la loi étrangère, inopportunité de la sanction : 810.
- fraude à la proximité de l' : 251, 355, 414.
- répudiation : 166, 230 et s.

## — P —

**Partenariats enregistrés :**

- partenariat *shopping* : 369 et s.

**Préalable matériel frauduleux :** 430 et s.

- conditions : 456 et s.
- efficacité : 466 et s.
- licéité : 463 et s.
- nature : 433 et s.
- réalité : 457 et s.
- sanction : 569 et s.

**Preuve :**

- abus de droit : 128, 654, 657, 665, 671.
- intention frauduleuse : 90, 95, 134, 136 et s., 146, 179 et s., 183, 240, 248, 257, 260, 506, 510, 512, 516, 518, 535 et s., 671, 679, 782, 808.

**Professio juris** (v. *Successions*)

## — Q —

**Qualification :**

- et fraude à la loi : 57, 67, 103, 141, 144, 170, 185, 309, 354, 409, 416, 417, 489.

## — R —

**Reconnaissance des décisions étrangères** (v. *Exequatur*).**Reconnaissance mensongère :** 145, 204, 250, 785.**Régimes matrimoniaux :**

- abus de droit : 318, 493.
- fraude, droit international privé : 292, 293, 299, 302, 480, 767.

**Règle de conflit :**

- flexible :
  - objectivement : 238 et s.
  - subjectivement : 284 et s.
- matérielle : 193 et s.
- moyen de fraude : 340 et s.

**Règlement (CE) du 29 mai 2000** (v. *Règlement (CE) du 27 novembre 2003*)**Règlement (CE) du 22 décembre 2000 :** 228, 401, 428, 624, 664, 668, 684 et s., 704, 813 et s.**Règlement (CE) du 27 novembre 2003 :**

- abus de droit : 394, 401, 428, 655, 668, 754, 813 et s.
- *Anti-Suit Injunctions* : 703 et s.
- *forum non conveniens* : 664.
- *forum shopping* : 151, 363, 374 et s., 378 et s., 384, 682 et s.

- fraude à la compétence : 630.
- fraude à la loi : 297, 739 et s., 754, 813 et s.
- incompétence : 352, 624, 690.
- litispendance : 682 et s.
- prorogation de compétence : 352.
- transfert de compétence : 691.

**Renvoi** : 198, 700.

- exclusion du : 202, 207, 274.
- et fraude à la loi : 67, 100, 467, 592.
- *in favorem* : 207.

**Répudiation** : 8, 295, 354, 371, 372, 435, 444, 445, 450, 453, 454, 464, 772 et s.

- abus de droit : 392, 421, 493, 650, 657, 705, 706, 732, 828.
- frauduleuse : 19, 91, 151 et s., 261, 323, 391, 543, 548, 592, 607, 713, 714, 717, 730, 732, 754, 810, 812, 822.
- ordre public : 166, 230 et s.

**Résidence** (*v. Domicile*)

— S —

**Sanction** : 561 et s.

- abus de droit : 634 et s.
- complémentaire : 577 et s., 701 et s.
- effet partiel : 762 et s.
- fraude à la juridiction : 627 et s.
- fraude à la loi : 564 et s.
- inefficacité :
  - permanente : 582 et s.
  - ponctuelle : 582, 634 et s.
- inopposabilité : 566 et s.
- loi applicable : 112, 571, 636 et s.
- nullité : 567 et s., (*v. Mariage*).
- opportunité de la : 490, 513, 529, 534, 673, 774 et s.
- préventive : 86, 99, 244, 283, 373, 453, 542, 561, 619, 659, 675 et s., 684, 690, 694, 701, 823.

**Simulation** :

- domicile : 92, 96, 109, 254 et s., 458, 625 et s., 698, 762.
- et fraude à la loi (*v. ce mot*)
- mariage simulé : 109.
- sanction, compétence judiciaire : 622 et s.

**Subsidiarité de l'exception de fraude** : 58, 102, 179, 279, 304, 321, 463, 490, 510, 577, 590 et s., 621, 722, 728, 733, 736, 824, 833.**Successions** :

- abus de droit : 300, 318.
- fraude à la loi : 2, 3, 170, 268, 275, 289 et s., 296, 298, 302, 309, 333, 347, 409, 433, 434, 435, 440, 485, 525, 540, 608 et s., 737, 767.
- *professio juris* : 275, 289, 290, 298, 300.

— T —

**Transfert de compétence** :

- judiciaire : 689 et s.
- législative : 696 et s.

**Trust** : 144, 309, 310, 434.

— V —

**Violation de la loi** :

- et fraude à la loi (*v. ce mot*)
- violation internationale de la loi : 93 et s., 140, 214, 465, 505 et s.

# INDEX DES DECISIONS DE JUSTICE<sup>1</sup>

*L'index renvoie aux numéros des paragraphes*

## *1. Jurisprudence française*

- Paris, 13 juin 1814, *Busqueta* : 73 et s.
- Req., 16 décembre 1845, *Desprades* : 14, 47, 241, 345, 408, 433, 444, 445, 463, 489, 588.
- Civ., 19 juillet 1875, *de Ramondenc* : 14, 47, 97, 258, 345, 408, 433, 437, 444, 445, 516, 546, 585.
- Paris, 30 juin 1877, *Vidal* : 10, 14, 47, 50, 73, 165, 184, 241, 323, 329, 408, 433, 437, 444, 445, 461, 478, 489, 516, 532, 546, 547, 559, 576, 588, 601, 604, 607, 611, 762, 828.
- Civ., 18 mars 1878, *de Bauffremont* : 10, 12, 14, 33, 48, 184, 211, 214, 225, 323, 433, 445, 473, 478, 489, 516, 559, 567, 584, 828.
- Req., 11 novembre 1908 : 155, 421, 435, 444, 549.
- Toulouse, 15 juillet 1918, *Mihaesco* : 57, 82, 185, 248, 255, 410, 444, 445, 453, 464, 473, 778.
- Civ., 6 juillet 1922, *Ferrari* : 99, 225, 246, 410, 433, 444, 445, 474, 531, 569.
- Civ., 5 février 1929, *Mancini* : 99, 225, 255, 410, 474, 531, 569.
- Paris, 24 mars 1930 : 226, 435, 437, 444, 526, 546, 547, 549.
- Civ., 22 janvier 1951, *Weiller* : 49, 96, 184, 257, 435, 444, 489, 516, 533, 546, 828.
- Civ., 17 avril 1953, *Rivière* : 287, 349, 595, 730 et s., 757.
- Paris, 10 novembre 1959, *Massimo – Dawn Addams* : 59, 257, 435, 444, 472, 478, 489, 516, 546, 625, 698.
- TGI de la Seine, 6 juin 1962 : 259, 343, 425, 435, 444, 489, 526, 546, 550.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963 : 721, 803, 807, 808.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1963, *Appietto* : 108, 528, 782.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Munzer* : 592, 708, 721, 723, 772.
- Paris, 18 juin 1964, *de Gunzburg* : 49, 59, 77, 96, 184, 226, 229, 257, 435, 444, 472, 601, 604, 711, 755.
- TGI Troyes, 9 novembre 1966 : 41, 57, 85, 96, 435, 445, 452, 516, 549.
- Paris, 10 juin 1972 : 52, 433, 444, 548, 737, 767.
- TGI Paris, 6 juillet 1972 : 96, 156, 177, 435, 444, 548.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Giroux* : 59, 140, 160, 184, 346, 435, 444, 449, 472, 489, 513, 516, 526, 543, 723, 750.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 1981, *Taleb* : 111, 433, 437, 445, 585, 767, 783, 784.
- Paris, 6 juillet 1982 : 160, 175, 187, 414, 421, 444, 516, 548, 730.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 19 janvier 1983, *Conlon* : 608 et s.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, *Lafarge* : 52, 59, 60, 63, 144, 158, 355, 418, 459, 472, 473, 492, 516.

---

<sup>1</sup> Seules les décisions les plus importantes pour l'étude de la fraude à la loi sont référencées dans cet index.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rohbi* : 14, 152, 174, 191, 231, 414, 440, 730.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Favreau* : 49, 160, 184, 257, 411, 435, 444, 449, 472, 489, 516, 543, 546, 578, 601, 607, 610, 611, 615, 616, 711, 723, 798.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch* : 52, 151, 166, 261, 352, 371, 710 et s., 736, 740, 757.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, *Caron* : 14, 35, 57, 103, 141, 170, 185, 214, 286, 309, 329, 333, 409, 416, 434, 440, 445, 459, 461, 489, 516, 544, 576, 585, 595, 828.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Garret* : 14, 159, 350, 390, 434, 472, 628 et s., 631.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Senoussi* : 52, 91, 152, 162, 174, 175, 181, 371, 421, 444, 516, 548, 591, 828.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire* : 49, 160, 257, 261, 408, 435, 444, 449, 489, 516, 526, 712.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *Alka* : 52, 162, 163, 164, 173, 178, 179, 181, 421, 444, 516, 543, 548, 754, 774, 812, 828.
- Paris, 19 septembre 1995 : 60, 145, 184, 433, 445, 472, 538, 785.
- Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995 : 261, 408, 435, 445, 446, 526, 532, 546, 723.
- Paris, 2 octobre 1997 : 57, 111, 147, 421, 445, 547, 778.
- Paris, 1<sup>er</sup> juillet 1999 : 52, 57, 267, 348, 435, 444, 546.
- Versailles, 1<sup>er</sup> juillet 1999 : 408, 435, 445, 785, 787, 788, 792.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001 : 158, 162, 166, 231, 421, 444, 712.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002 : 162, 163, 228, 607, 813.
- Paris, 24 octobre 2002 : 306, 308.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy* : 166, 352, 373, 421, 426, 444, 546, 714, 721.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2003 : 108, 137.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003 : 433, 785.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, arrêt n° 260 : 166, 372 et s.
- Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2004, *Navifret* : 434, 629, 633.

## 2. Jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes

- CJCE, 3 décembre 1974, *van Bisbergen* : 30, 119, 356, 413, 551, 572, 815.
- CJCE, 7 février 1979, *Knoors* : 120, 356, 358, 815.
- CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc* : 57, 121, 356, 413, 486, 572, 777, 815.
- CJCE, 7 juillet 1992, *Singh* : 122, 356, 413, 539, 572.
- CJCE, 24 novembre 1992, *Poulsen* : 487, 553.
- CJCE, 5 octobre 1994, *TV 10* : 124, 357, 413, 553, 572, 573, 645, 816, 817.
- CJCE, 2 mai 1996, *Paletta II* : 423, 486, 574, 817.
- CJCE, 12 mai 1998, *Kefalas* : 126, 399, 424, 641, 642, 644, 645, 646, 648, 815, 817, 818.
- CJCE, 9 mars 1999, *Centros* : 27, 30, 127, 356, 358, 413, 422, 490, 518, 551, 552, 554, 572, 573, 574, 645, 648, 666, 690, 814, 815, 817.
- CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis* : 399, 401, 424, 572, 646, 647, 653, 666, 818.
- CJCE, 14 décembre 2000, *Emsland* : 57, 128, 413, 486, 518, 572, 573, 574, 591, 644, 646, 777, 817.
- CJCE, 11 juillet 2002, *Käserei Champignon Hofmeister* : 518, 542, 574, 817.
- CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering BV* : 413, 816.
- CJCE, 21 novembre 2002, *Riksskatteverket* : 539, 551, 572, 816, 817.
- CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art* : 129, 413, 551, 552, 572, 666, 817, 819.
- CJCE, 9 décembre 2003, *Gasser* : 684, 686, 703, 704, 739.
- CJCE, 27 avril 2004, *Turner* : 655, 704, 739, 820.
- CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, *Owusu* : 664.

### 3. *Jurisprudence étrangère*

- Conseil privé du Roi d'Angleterre *Vita Foods Products v. Unus Shipping Co.* du 30 janvier 1939 : 84, 308.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> (Liban), 29 septembre 1955 : 53, 242, 411.
- Cass. civ. (Belgique), 28 juin 1979, *Audi-nsu* : 53, 83, 312, 570.
- Court of Appeal (1997) 2 *All. ER* 687, *Blood* : 356, 417, 435.



# TABLE DES MATIERES

*La table renvoie aux numéros des pages*

<i>Préface</i> .....	I
<i>Principales abréviations</i> .....	IV
<i>Ouvrages cités</i> .....	VI
<i>Sommaire</i> .....	VII
<b>INTRODUCTION</b> .....	1
<b>Première partie</b>	
<b>LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI</b> .....	21
<b>Titre 1</b>	
<b>LES FACTEURS INTRINSEQUES DE LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI</b> 23	
<b>Chapitre 1</b>	
<b>Les imperfections de la notion de fraude à la loi</b> .....	25
<b>Section 1</b>	
<b>La construction de la théorie de la fraude à la loi</b> .....	25
<b>§ 1 – L’avènement de la notion de fraude à la loi en droit international privé</b> ...26	
A. Genèse.....	26
1. <i>La naissance de la théorie</i> .....	26
2. <i>La consécration de la théorie</i> .....	31
a) En droit international privé français.....	31
b) En droit international privé comparé .....	35
B. Les éléments constitutifs de la fraude à la loi.....	40
1. <i>Les éléments objectifs</i> .....	40
2. <i>L’élément intentionnel</i> .....	42
<b>§ 2 – L’hétérogénéité structurelle de la notion de fraude à la loi</b> .....	43
A. Une définition impossible ? .....	44
1. <i>Les essais de définition</i> .....	44
2. <i>La nécessité d’une définition</i> .....	45

B. Les fondements de la théorie de la fraude à la loi .....	47
1. <i>Le fondement impératif</i> .....	47
2. <i>Le fondement moral</i> .....	49
<b>Section 2</b>	
<b>La critique de la théorie de la fraude à la loi</b> .....	51
<b>§ 1 – Les objections doctrinales à la théorie de la fraude à la loi</b> .....	51
A. Le rejet de la notion de fraude à la loi .....	51
1. <i>L'inanité de la théorie de la fraude à la loi</i> .....	51
2. <i>Réfutation de cette inanité : la théorie de la fraude à la loi garante de la finalité du droit international privé</i> .....	53
B. La limitation du domaine de la notion de fraude à la loi .....	55
<b>§ 2 – La critique par M. le Pr. AUDIT de la théorie de la fraude à la loi</b> .....	57
A. La fraude à la loi française .....	57
B. La fraude à la loi étrangère .....	60
<b>Conclusion du Chapitre 1</b> .....	62
<b>Chapitre 2</b>	
<b>La dénaturation de la notion de fraude à la loi</b> .....	63
<b>Section 1</b>	
<b>Une conception extensive de la notion de fraude à la loi</b> .....	63
<b>§ 1 – La confusion des concepts régulateurs du droit</b> .....	63
A. La délicate qualification des mariages de complaisance .....	64
1. <i>La diversité des qualifications du mariage de complaisance</i> .....	64
2. <i>Le détournement de l'institution du mariage</i> .....	68
B. La difficile délimitation de la fraude à la loi et de l'abus de droit : l'exemple du contournement communautaire .....	72
1. <i>La naissance des notions de fraude et d'abus en droit communautaire</i> .....	72
2. <i>La délimitation progressive des notions de fraude et d'abus en droit communautaire</i> .....	74
<b>§ 2 – L'élargissement du concept de fraude à la loi</b> .....	78
A. Une utilisation protéiforme de la notion de fraude .....	78
1. <i>En droit des étrangers</i> .....	78
2. <i>En droit de la nationalité</i> .....	80
B. L'altération de la notion de fraude à la loi en droit des conflits de lois .....	83
<b>Section 2</b>	
<b>L'extension à la notion de fraude au jugement</b> .....	88
<b>§ 1 – La notion de fraude au jugement</b> .....	89
A. Typologie de la manœuvre frauduleuse .....	89
B. La consécration de la notion de fraude au jugement .....	91

1. Nécessité de la notion de fraude au jugement au regard de la conception traditionnelle de la fraude à la loi .....	91
2. L'individualisation de la notion de fraude au jugement .....	94
<b>§ 2 – L'inadéquation du concept de fraude au jugement .....</b>	<b>98</b>
A. Le domaine limité de la fraude au jugement au regard de ses éléments constitutifs.....	98
1. L'élément légal.....	98
2. L'élément intentionnel.....	105
B. Le rejet de la notion de fraude au jugement .....	108
1. Toute fraude à la loi constitue une fraude au jugement.....	108
2. Toute fraude au jugement est une fraude à la loi.....	111
<b>Conclusion du Chapitre 2.....</b>	<b>113</b>
<b>Conclusion du Titre 1 .....</b>	<b>114</b>
<b>Titre 2</b>	
<b>LES FACTEURS EXTRINSEQUES DE LA CRISE DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI .....</b>	<b>115</b>
<b>Chapitre 1</b>	
<b>La matérialisation du droit international privé et la théorie de la fraude à la loi....</b>	<b>117</b>
<b>Section 1</b>	
<b>Le domaine de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit matérielle .....</b>	<b>118</b>
<b>§ 1 – La validation d'un raisonnement fondé sur le résultat.....</b>	<b>119</b>
<b>§ 2 – La contestation d'un raisonnement fondé sur le résultat .....</b>	<b>122</b>
<b>Section 2</b>	
<b>Le domaine de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle matérielle internationalement impérative.....</b>	<b>125</b>
<b>§ 1 – Le jeu concurrent des lois de police et de la réserve de la fraude à la loi.</b>	<b>125</b>
A. L'annihilation de la fraude à la loi par l'application unilatérale de la loi éludée .....	125
B. La résurgence de la théorie de la fraude à la loi en raison du caractère relatif de l'impérativité des droits .....	128
<b>§ 2 – Le jeu concurrent des exceptions d'ordre public et de fraude à la loi.....</b>	<b>132</b>
A. L'opposition traditionnelle entre les exceptions d'ordre public international et de fraude à la loi.....	132
B. L'exemple des répudiations étrangères .....	136
<b>Conclusion du Chapitre 1.....</b>	<b>140</b>

<b>Chapitre 2</b>	
<b>La flexibilisation du droit international privé et la théorie de la fraude à la loi.....</b>	<b>141</b>
<b>Section 1</b>	
<b>La place de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit de lois objectivement flexible .....</b>	<b>142</b>
<b>§ 1 – L'appréciation temporelle du rattachement.....</b>	<b>143</b>
A. La concurrence relative du conflit mobile et de la réserve de la fraude à la loi .....	143
B. La complémentarité effective du conflit mobile et de la réserve de la fraude à la loi .....	146
<b>§ 2 – L'appréciation spatiale du rattachement.....</b>	<b>150</b>
A. Le rattachement au domicile et la réserve de la fraude à la loi.....	150
1. <i>L'inutilité apparente de la réserve de la fraude à la loi lors d'un changement de domicile.....</i>	<i>150</i>
2. <i>La sanction du changement effectif de domicile par la réserve de la fraude à la loi .....</i>	<i>156</i>
B. Les rapports entre la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi.....	159
1. <i>Les liens étroits entre la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi .....</i>	<i>159</i>
2. <i>L'opposition de nature entre la clause d'exception et la réserve de la fraude à la loi .....</i>	<i>162</i>
<b>Section 2</b>	
<b>La place de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit de lois subjectivement flexible .....</b>	<b>165</b>
<b>§ 1 – L'influence paradoxale de la volonté individuelle sur la qualification de fraude à la loi.....</b>	<b>166</b>
A. La volonté individuelle : vecteur de fraude à la loi .....	166
B. La volonté individuelle ou l'acquiescement de la fraude à la loi .....	172
<b>§ 2 – Le domaine limité de la théorie de la fraude à la loi en présence d'une règle de conflit de lois subjectivement flexible.....</b>	<b>177</b>
A. La fraude à la loi comme limite à la création artificielle du contrat d'electio juris .....	177
B. L'abus du droit d'option législative internationale comme limite à l'exploitation du contrat d'electio juris .....	186
<b>Conclusion du Chapitre 2.....</b>	<b>189</b>
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>190</b>
<b>Conclusion de la Première partie .....</b>	<b>191</b>

**Seconde partie****LA RENOVATION DE LA THEORIE DE LA FRAUDE A LA LOI ..... 193****Titre 1****LA RESTRUCTURATION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA FRAUDE A LA LOI ..... 195****Chapitre 1****Une construction ..... 197****Section 1****Une création ..... 197****§ préliminaire – L’existence du rapport conflictuel international..... 198**

A. La distinction entre les situations internes et internationales ou la pertinence du fait à la base de la fraude à la loi ..... 198

B. La distinction entre les faux et les vrais conflits..... 200

**§ 1 – La règle de conflit : moyen de création d’une instrumentalisation internationale ..... 202**

A. La création d’une compétence..... 202

1. *La revendication frauduleuse de la compétence d’un for* ..... 203

2. *La modification frauduleuse de la compétence législative*..... 208

B. Le forum shopping ..... 212

1. *L’exercice d’une option de compétence à fin de forum shopping* ..... 212

a) Le forum shopping ou l’exploitation orientée d’une option de compétence judiciaire internationale..... 213

b) L’exemple de l’union et de la désunion des personnes physiques..... 215

2. *L’intérêt du forum shopping : les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative* ..... 221

**§ 2 – La création d’une situation internationale : critère de distinction entre la fraude à la loi et l’abus de droit en droit international privé..... 223**

A. L’enjeu de la distinction : la lutte contre le forum shopping malus au moyen de la réserve de l’abus du droit d’option de compétence internationale ..... 224

1. *La distinction entre le forum shopping bonus et le forum shopping malus*.. 224

a) La licéité de principe du forum shopping issu de l’exploitation d’une option de compétence..... 224

b) L’insuffisance de la réserve de la fraude comme moyen de lutter contre le forum shopping malus..... 227

2. *La compatibilité de la réserve de l’abus de droit avec certaines règles de conflit* ..... 229

B. Le critère de la distinction : le caractère préexistant de la situation internationale soumise à l’autorité étatique ..... 236

1. *La fraude à la loi suppose la création ou la dénégation d’une situation internationale* ..... 237

a) La transformation frauduleuse d’une situation..... 237

b) La transformation frauduleuse du raisonnement conflictuel..... 241

2. <i>L'abus du droit d'option de compétence internationale suppose l'exploitation d'une situation internationale préexistante</i> .....	243
a) L'exploitation potentiellement abusive d'une situation internationale préexistante .....	244
b) L'incompatibilité de la réserve de la fraude en cas d'exploitation d'une situation préexistante .....	246

## Section 2

<b>Une création réelle</b> .....	248
----------------------------------	-----

### § 1 – La réalité de la création frauduleuse : critère matériel de distinction de la fraude à la loi avec des concepts voisins .....

A. La constitution de l'élément matériel de la fraude à la loi .....	248
1. <i>La création d'un préalable matériel réel</i> .....	248
a) La nature du préalable matériel : un acte ou un fait juridique.....	248
b) Un préalable matériel neutre et préparatoire.....	252
2. <i>L'intervention d'une autorité étatique</i> .....	253
a) La nécessité de l'intervention d'une autorité étatique.....	253
b) Les conditions d'intervention de l'autorité étatique.....	254
I. La nature de l'autorité étatique .....	255
II. Le moment de l'intervention de l'autorité étatique .....	257
III. La compétence à intervenir de l'autorité étatique .....	258
B. Les conditions du préalable matériel : critères de distinction entre la fraude à la loi, la simulation, l'habileté et la violation de la loi .....	260
1. <i>La réalité du préalable matériel et la distinction entre la fraude, la simulation et l'habileté</i> .....	260
a) Le sens de la condition de réalité du préalable matériel.....	261
b) La mise en œuvre du critère de la réalité .....	262
2. <i>La licéité du préalable matériel et la distinction entre la fraude et la violation de la loi</i> .....	263
3. <i>La double efficacité matérielle et conflictuelle du préalable matériel</i> .....	264

### § 2 – L'éviction réelle de la loi normalement compétente : critère légal de distinction de la fraude à la loi avec des concepts voisins .....

A. La nature de la loi fraudée.....	266
1. <i>L'origine nationale de la loi fraudée</i> .....	266
2. <i>Fraude à la loi impérative et fraude à la loi supplétive</i> .....	269
B. Le critère légal de la fraude à la loi .....	272
1. <i>La nature du critère : l'éviction et la substitution d'une loi</i> .....	272
2. <i>L'effet distinctif du critère entre la fraude à la loi et l'abus de droit</i> .....	275

<b>Conclusion du Chapitre 1</b> .....	277
---------------------------------------	-----

<b>Chapitre 2</b>	
<b>Une construction artificieuse</b> .....	279
<b>Section 1</b>	
<b>La pérennité du caractère artificieux de la fraude à la loi</b> .....	279
<b>§ 1 – Les thèses de la fraude à la loi sans fraus</b> .....	279
A. En droit privé général : fraude à la loi et violation indirecte de la loi .....	280
B. En droit international privé.....	281
1. <i>Le caractère intentionnel minimisé : fraude à la loi et violation internationale de la loi</i> .....	282
2. <i>Le caractère intentionnel rejeté : fraude à la loi et simulation de l'extranéité</i> .....	283
<b>§ 2 – La stabilité du caractère subjectif de la fraude à la loi</b> .....	285
A. La fonction de l'intention frauduleuse .....	285
B. Le maintien de la condition de l'intention frauduleuse .....	287
<b>Section 2</b>	
<b>La démonstration du caractère artificieux de la création frauduleuse</b> .....	290
<b>§ 1 – La détermination de l'intention frauduleuse</b> .....	291
A. L'objet de la démonstration : la notion d'intention frauduleuse .....	291
1. <i>La connaissance des implications conflictuelles et matérielles de la création frauduleuse</i> .....	291
2. <i>L'absence de motif légitime et déterminant</i> .....	293
B. Le lieu et le moment de révélation de l'intention frauduleuse .....	294
<b>§ 2 – La preuve au cas par cas de l'intention frauduleuse</b> .....	297
A. Le régime de la preuve de l'intention frauduleuse .....	297
1. <i>La loi applicable au régime de la preuve de l'intention frauduleuse</i> .....	297
2. <i>La non-présomption de fraude</i> .....	297
B. Les éléments de preuve de l'intention frauduleuse.....	300
1. <i>La qualité des éléments de preuve</i> .....	301
2. <i>La quantité des éléments de preuve</i> .....	307
<b>Conclusion du Chapitre 2</b> .....	309
<b>Conclusion du Titre 1</b> .....	310
<b>Titre 2</b>	
<b>LA RESTRUCTURATION DE LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI</b> .....	311
<b>Chapitre 1</b>	
<b>L'unité fonctionnelle des mécanismes de sanction : l'inefficacité de la manœuvre</b> ..	313
<b>Section 1</b>	
<b>L'inefficacité de la manœuvre : sanction générale de la fraude à la loi</b> .....	313

<b>§ 1 – L’objectif d’inefficacité</b> .....	314
A. Le choix du mode de sanction.....	314
1. <i>La diversité apparente des modes de sanction : l’opposition traditionnelle entre inopposabilité et nullité</i> .....	314
2. <i>L’unité réelle du mode de sanction : l’inopposabilité du préalable matériel frauduleux</i> .....	316
3. <i>La possibilité de sanctions complémentaires</i> .....	321
B. L’étendue de la sanction : l’inefficacité permanente de la manœuvre frauduleuse.....	323
<b>§ 2 – Le régime de l’inefficacité</b> .....	327
A. Le caractère subsidiaire de l’exception de fraude à la loi.....	328
1. <i>Le principe de subsidiarité de l’exception de fraude à la loi</i> .....	328
2. <i>Le fondement du caractère subsidiaire : le rôle de la théorie de la fraude à la loi dans le comblement des lacunes du droit</i> .....	330
B. Le cas particulier de la fraude invoquée par le fraudeur.....	333
1. <i>La possibilité pour le fraudeur d’invoquer sa propre fraude</i> .....	334
2. <i>L’interdiction de se contredire sur sa propre fraude au détriment d’autrui</i> .....	336
<b>Section 2</b>	
<b>L’inefficacité de la manœuvre : sanction particulière de la fraude par la compétence judiciaire</b> .....	344
<b>§ 1 – L’inefficacité de la fraude par la compétence judiciaire exercée devant le for</b> .....	344
A. L’inefficacité permanente de la manœuvre : fondement de l’incompétence de l’autorité étatique au titre de la fraude.....	345
1. <i>L’inopposabilité objective de la construction : la simulation du critère de compétence</i> .....	345
2. <i>L’inopposabilité subjective de la construction : la fraude à la juridiction</i> .....	348
B. L’inefficacité ponctuelle de la manœuvre : fondement du refus de compétence de l’autorité étatique au titre de l’abus de droit.....	352
1. <i>Le fondement de l’inefficacité ponctuelle : l’abus du droit d’option de compétence internationale</i> .....	353
a) La loi applicable au régime de l’abus du droit d’option de compétence internationale.....	353
I. La compétence de principe de la loi du for et l’intervention éventuelle de lois concurrentes.....	353
II. L’influence de la loi de l’auteur de la règle de conflit ayant permis l’abus de droit .....	355
b) Les critères d’appréciation de l’abus du droit d’option de compétence internationale.....	358
I. Le critère du détournement de la finalité du droit d’option de compétence internationale.....	359
II. Le critère de la proportionnalité de l’exercice du droit d’option de compétence internationale .....	361
2. <i>La mise en œuvre de l’inefficacité ponctuelle</i> .....	363
a) Le refus par l’autorité étatique d’exercer sa compétence.....	364

I. Une fausse possibilité : l'exception de forum non conveniens fondée sur l'abus de droit.....	364
II. Une solution : la sanction de l'abus de droit par l'irrecevabilité de la désignation de compétence.....	368
III. Le cas particulier des mariages de complaisance.....	372
b) Le transfert de compétence sur décision du juge saisi.....	376
I. L'aménagement de la règle Prior tempore... sur le fondement de l'abus de droit.....	376
II. Le règlement direct de la concurrence abusive de compétences.....	379
α. Le transfert de compétence judiciaire.....	380
β. Le transfert de compétence législative.....	383
3. <i>Le complément à la sanction de l'abus : l'injonction judiciaire internationale</i> .....	385
<b>§ 2 – L'inefficacité de la fraude par la compétence judiciaire exercée à l'étranger</b> .....	389
A. La sanction indirecte de la fraude à la loi au titre du contrôle de régularité des décisions étrangères.....	390
1. <i>La fraude à la loi et la compétence judiciaire internationale indirecte</i> .....	390
a) L'ambiguïté du rôle et de la nature de la fraude visée par l'arrêt <i>Simitch</i> .....	390
b) Le sens de la fraude visée par l'arrêt <i>Simitch</i> et la sanction de l'abus du droit d'option de compétence internationale indirecte.....	393
2. <i>La fraude à la loi et la condition de la loi appliquée</i> .....	395
a) La confusion des deux conditions.....	395
b) La distinction des deux conditions.....	397
3. <i>La fraude à la loi et la condition de conformité à l'ordre public français en matière internationale</i> .....	399
B. L'absence de fraude à la loi : condition autonome de régularité des décisions étrangères.....	402
1. <i>La condition d'absence de fraude à la loi de lege lata</i> .....	402
2. <i>La condition d'absence de fraude à la loi de lege ferenda</i> .....	407
<b>Conclusion du Chapitre 1</b> .....	414
<b>Chapitre 2</b>	
<b>L'unité structurelle des limites de la sanction : la réalité de la situation</b> .....	417
<b>Section 1</b>	
<b>La rémanence de la réalité de la situation : limite à l'étendue de la sanction</b> .....	418
<b>§ 1 – L'effet partiel de l'inopposabilité générale du moyen frauduleux</b> .....	418
<b>§ 2 – La création d'une situation boiteuse</b> .....	422
<b>Section 2</b>	
<b>La préservation de la réalité de la situation : limite en opportunité de la sanction</b> .....	424

<b>§ 1 – L’objet éventuellement respectable de la fraude à la loi</b> .....	425
A. Des fraudes à la loi.....	425
B. L’exemple du mariage et de l’adoption frauduleux.....	428
1. <i>La conciliation des intérêts du mariage</i> .....	428
2. <i>L’intérêt de l’enfant à son adoption frauduleuse</i> .....	430
<b>§ 2 – L’atténuation du caractère frauduleux de la fraude à la loi</b> .....	437
A. La pérennisation de la situation frauduleuse .....	437
B. La bonne foi retrouvée du fraudeur ou la croyance légitime en la validité de la situation frauduleusement acquise .....	440
<b>§ 3 – L’opposition de principes supérieurs à la sanction de la fraude à la loi</b> ...444	
A. La contrariété de la sanction de la fraude à la loi étrangère à l’ordre public international .....	444
B. La contrariété de la sanction de la fraude à la loi aux principes issus des traités internationaux .....	445
<b>Conclusion du Chapitre 2</b> .....	452
<b>Conclusion du Titre 2</b> .....	453
<b>Conclusion de la Seconde partie</b> .....	454
<b>CONCLUSION GENERALE</b> .....	455
Bibliographie .....	461
Index thématique alphabétique .....	491
Index des décisions de justice .....	497
Table des matières .....	501