



**HAL**  
open science

# Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : de l'action en nom propre pour le compte d'autrui

Damien L'Hôte

► **To cite this version:**

Damien L'Hôte. Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne : de l'action en nom propre pour le compte d'autrui. Droit. Université Nancy 2, 2002. Français. NNT : 2002NAN20006 . tel-01776369

**HAL Id: tel-01776369**

**<https://hal.univ-lorraine.fr/tel-01776369v1>**

Submitted on 24 Apr 2018

**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.



## AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : [ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr](mailto:ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr)

## LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10

[http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg\\_droi.php](http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php)

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>

**UNIVERSITÉ NANCY 2**  
**FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET GESTION**

Thèse présentée et soutenue publiquement pour l'obtention du grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ NANCY 2**

(Doctorat en Droit privé Nouveau régime)

par

**DAMIEN L'HÔTE**

le 26 juin 2002

sous le titre :

**ESSAI D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE DE**  
**L'INTERPOSITION DE PERSONNE**

---

*DE L'ACTION EN NOM PROPRE*  
*POUR LE COMPTE D'AUTRUI*

---

JURY

**M. Gilles GOUBEAUX**, Directeur de thèse  
*Professeur à l'Université Nancy 2*

**M. Pierre-Yves GAUTIER**, Rapporteur  
*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

**M. Grégoire LOISEAU**, Rapporteur  
*Professeur à l'Université de Versailles-Saint-Quentin*

**M. Philippe BIHR**  
*Professeur émérite à l'Université Nancy 2*

**Melle Christine LEBEL**  
*Maître de Conférences à l'Université Nancy 2*

---



*L'Université Nancy 2 n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.*



## CORPS ENSEIGNANTS

### DOYEN

**M. Étienne CRIQUI**

### DOYENS HONORAIRES

**MM. TALLON, BENTZ, GROSS, JAQUET**

### PROFESSEURS ÉMÉRITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal  
 M. GENDARME, Professeur d'Économie  
 M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public  
 M. JAQUET, Professeur de Droit Public  
 M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit  
 Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit  
 M. BORELLA, Professeur de Droit Public  
 M. BIHR, Professeur de Droit Privé  
 M. WEBER, Professeur de Droit Public

### PROFESSEURS

MM. GROSS Bernard	Professeur de Droit Privé
GOUBEAUX Gilles	Professeur de Droit Privé
RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
WEBER Yves	Professeur de Droit Public
SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
DUGAS DE LA BOISSONY Christian	Professeur d'Histoire du Droit
SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
BUZELAY Alain	Professeur de Sciences Économiques
JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
ARNOULD Daniel	Professeur de Sciences Économiques
CRICUI Étienne	Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD Catherine	Professeur de Droit Privé
MM. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
LEGENDRE François	Professeur de Droit Sciences Économiques
PRUM André	Professeur de Droit Privé
GOSSEREZ Christian	Professeur de Droit Public
GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
RICHARD Hugues	Professeur d'Histoire du Droit
ÉBOUÉ Chicot	Professeur de Sciences Économiques
DEFFAINS Bruno	Professeur de Sciences Économiques
MAZIAU Nicolas	Professeur de Droit Public
Mme CLAUDEL Emmanuelle	Professeur de Droit Privé
MM. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
RITLENG Dominique	Professeur de Droit Public
SAUSSIÉ Stéphane	Professeur de Sciences Économiques
GRY Yves	Professeur associé de Droit Public
MAMPUYA Auguste	Professeur « invité » de Droit Public

## MAÎTRES DE CONFÉRENCES

MM. DUCROS Jean-Claude	Maître de Conférences de Droit Public
BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
BEAUFORT Jean-Louis	Maître de Conférences de Droit Privé
PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme JAEGER Mireille	Maître de Conférences de Sciences Économiques
CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
MM. GERMAIN Éric	Maître de Conférences de Droit Public
LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
MM. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
LAMBERT Thierry	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
MM. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Éliane	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
DANTONEL-COR Nadine	Maître de Conférences de Droit Public
M. ORY Jean-Noël	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FOURMENT François	Maître de Conférences de Droit Privé
Mle BARBOU des PLACES Ségolène	Maître de Conférences de Droit Public
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOÏNE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mles LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
MM. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé
BERNI Daniel	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Élodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. BIEAU Alain	Maître de Conférences associé de Sciences Économiques
MM. BOURE Alain	Maître de Conférences associé de Droit Privé
MACREZ Roland	Maître de Conférences associé de Droit Privé
LUCAZEAU Gilles	Maître de Conférences associé de Droit Privé
FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé



## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ACPC	Ancien Code de procédure civile
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BTL	Bulletin des transports et de la logistique
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. Joly	Bulletin Joly
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. pén.	Code pénal
CE	Conseil d'État
CGI	Code général des impôts
chron.	Chronique (revue Dalloz)
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 1 <sup>ère</sup>	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 <sup>e</sup>	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 <sup>e</sup>	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz-Sirey
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire (de 1924 à 1940)
DP	Dalloz périodique (jusqu'en 1940)

<i>eod. loc.</i>	<i>eodem loco</i> (au même endroit = renvoi vers la référence précitée exactement dans la note précédente)
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (et autres)
fasc.	fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même point = renvoi vers le passage précité)
<i>in</i>	<i>in</i> (dans = référence d'un article au sein d'un ouvrage collectif)
<i>infra</i>	<i>infra</i> (ci-dessous = renvoi vers un passage de la thèse situé après)
IR	Informations rapides (revue Dalloz)
J.-Cl. civ. [com., etc.]	Juris-Classeur civil [commercial, etc.]
JCP	Juris-Classeur Périodique (édition générale)
JCP éd. E.	Juris-Classeur Périodique (édition entreprise)
JCP éd. N.	Juris-Classeur Périodique (édition notariale)
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
n°	numéro
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (ouvrage précité)
p.	page
panor.	Panorama (Gazette du Palais)
pourvoi n°	numéro de pourvoi d'un arrêt non publié de la Cour de cassation (accessible grâce aux banques de données informatiques)
Rép. civ. [com., etc.]	Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire civil [commercial, etc.]
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Sirey
s.	et suivants
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaire (revue Dalloz)
<i>supra</i>	<i>supra</i> (ci-dessus = renvoi vers un passage de la thèse situé avant)
T. civ.	Tribunal civil

T. com.	Tribunal de commerce
t.	tome
v <sup>o</sup>	<i>verbo</i> (au mot = renvoi vers un fascicule consacré au mot qui suit)







*« Considérant combien il peut y avoir de diverses opinions touchant une même matière, qui soient soutenues par des gens doctes, sans qu'il y en puisse avoir jamais plus d'une seule qui soit vraie, je réputais presque pour faux tout ce qui n'était que vraisemblable »*

René DESCARTES, « Discours de la Méthode », 1637





## INTRODUCTION

1. Le goût du secret est un trait naturel de l'Homme vivant en société. En effet, c'est la crainte de la réaction des autres qui pousse toujours l'être humain à dissimuler ce dont il a connaissance. Par exemple, les secrets de famille naissent de la peur d'un jugement moral défavorable. Le secret-défense se justifie, quant à lui, par la crainte des militaires de voir un jour leurs ennemis utiliser tel ou tel renseignement à leur détriment. Un rendez-vous secret, des documents secrets, une police secrète, un tiroir secret, des pensées secrètes ... tout est sujet à secret dès lors que la divulgation de l'information correspondante est susceptible de nuire à quelqu'un. Or, il existe une catégorie de secret qui présente un avantage incontestable pour tous ceux qui souhaitent échapper aux conséquences de leurs actes : c'est l'anonymat, c'est-à-dire le secret du nom, ou plus largement, le secret de l'identité de l'auteur de l'acte<sup>1</sup>. Même si la tendance actuelle du "politiquement correct" est de privilégier la transparence à tout prix, le droit n'est pas nécessairement hostile à cette volonté de ne pas se faire connaître : il permet à l'auteur d'une oeuvre littéraire ou artistique de la publier sous un pseudonyme, à une femme qui vient d'accoucher de ne pas révéler son nom au personnel administratif et médical, etc. L'anonymat constitue même une obligation dans certaines situations particulières (dons

---

<sup>1</sup> Cf, sur cette question, Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998.

d'organes humains). Mais, plus généralement, l'anonymat est une liberté individuelle que le législateur ne peut remettre en cause que par des restrictions ponctuelles. C'est, en principe, la motivation illégitime de l'individu agissant *incognito* qui doit constituer le principal critère des sanctions de l'anonymat. Mais, en fait, un souci (excessif ?) de prévention de ces utilisations illégitimes de l'anonymat a conduit notre droit positif à un phénomène de « suridentification des individus »<sup>1</sup>, qui ne confère finalement à la liberté de l'anonymat qu'un domaine d'application directe limité. Il est difficile aujourd'hui d'agir sur la scène juridique sans donner son nom : c'est pourquoi se sont développées et multipliées, sous des dénominations variables, de nombreuses méthodes indirectes d'anonymat par interposition de personne<sup>2</sup>.

### **Le sens de la notion d'interposition de personne**

2. L'interposition de personne fait partie de ces notions qui ne se laissent pas facilement appréhender en raison de nombreuses incertitudes qui entourent sa définition. Bien sûr, elle semble désigner un concept assez familier pour l'homme de la rue. Tout le monde a entendu parler de ces "hommes de paille" qui permettent, à ceux qui se cachent derrière eux, d'agir dans l'ombre. Tout le monde connaît ces nébuleuses de sociétés que certains dirigeants d'entreprise mettent en place afin de segmenter ou de dissimuler tout ou partie de leurs activités dans un but plus ou moins avouable, parfois même en vue de "blanchir de l'argent sale". La presse se fait quotidiennement l'écho des difficultés que rencontrent les juges d'instruction en charge des dossiers de délinquance économique dans leur tentative de dissipation de ces écrans juridiques plus ou moins opaques. Même l'État le plus puissant de la planète a été inefficace, pendant de nombreuses années, dans ses tentatives d'asphyxie financière du plus célèbre et richissime terroriste international dont toute la fortune était répartie entre les mains de prête-noms et de sociétés fantômes situées dans des paradis fiscaux, alors que celle-ci avait constitué une source évidente de financement de ses nombreuses activités criminelles. C'est donc un montage juridique

---

<sup>1</sup> Expression empruntée à Emmanuel PUTMAN, note sous Saint-Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989 : JCP 1990.II.21505, et reprise par plusieurs auteurs, notamment : Jean François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », RTD com. 1993.441, n° 1 - Jean-Christophe SAINT-PAU, thèse précitée, n° 2.

<sup>2</sup> Cf notamment : Dominique D'AMBRA, Rép. civ. Dalloz, v° « Interposition de personne », 1998 - Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987 - Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986.

particulièrement efficace que ces différents exemples mettent en évidence, qui se traduit par l'intervention ostensible d'une personne (physique ou morale) sur la scène juridique en vue de dissimuler le véritable bénéficiaire de l'opération, celui qui "tire les ficelles" et que l'on appelle « maître de l'affaire » ou « interposant ». Dès lors, pour l'homme de la rue, quelle que soit la terminologie exacte employée par le juriste, il s'agit toujours du même procédé. Malheureusement, la transformation de cette conception intuitive de l'interposition de personne en concept juridique constitue une opération beaucoup plus complexe.

### **L'absence d'une définition unitaire**

3. Bien que la plus ancienne utilisation connue par le droit positif de la formule "personnes interposées" remonte à un édit du roi Henri II en date de février 1549<sup>1</sup>, et que la notion d'interposition de personne se retrouve, sous une forme ou sous une autre, dans plus de 70 textes actuellement en vigueur, aucune définition légale n'en a jamais été donnée. La jurisprudence ne s'est pas davantage aventurée à en proposer une. Mais, le constat le plus déconcertant résulte de la confusion qui règne en doctrine sur le sujet : des opinions les plus diverses ont été avancées, le plus souvent de manière péremptoire, mais parfaitement contradictoires entre elles, et souvent assez peu conformes à la réalité jurisprudentielle. Nous aurons évidemment l'occasion d'approfondir ces divergences doctrinales. Mais, nous pouvons, dès à présent, constater qu'elles portent, tout à la fois, sur les éléments de la définition, sur les caractéristiques essentielles du procédé, sur le contenu de la notion, sur sa qualification juridique, et sur le régime juridique applicable.

4. En effet, la plupart des éléments de la définition de l'interposition de personne font l'objet de controverses. Par exemple, la nature exacte du secret - caractéristique de l'interposition de personne - est très diversement appréciée par les auteurs : anonymat ou discrétion, mensonge ou simple omission, simulation juridique ou dissimulation matérielle ? Ces auteurs se demandent également comment définir et reconnaître le rôle

---

<sup>1</sup> Édit du roi Henri II de février 1549 (cité par Paul-Victor MARTIN, « Théorie de la simulation dans les actes juridiques », thèse Paris, 1880, p. 159) : « Les donations qui frauduleusement seraient faites durant le temps de l'administration à personnes interposées venant directement ou indirectement au profit des tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes et administrateurs, seraient aussi nulles ».

spécifique de la personne interposée dans l'opération par rapport à celui d'un participant "ordinaire" ; ou bien, comment identifier le maître de l'affaire et déterminer l'élément précis qui permettra de justifier son rattachement à l'opération dont il n'est pas l'auteur formel. La doctrine s'interroge aussi sur les conséquences juridiques qui doivent résulter de la complicité ou de la participation (active ou passive) des tiers à la supercherie. De même, la nature des relations établies entre la personne interposée et le maître de l'affaire suscite des discussions importantes : mandat préalable ou gestion spontanée des affaires d'autrui, représentation ou absence de représentation, représentation parfaite ou imparfaite, liens de subordination ou indépendance, liens de nature juridique, matérielle ou organique, etc. ? Une partie de la doctrine a finalement envisagé de retenir le but spécifique du procédé comme élément de sa définition. Mais, il faut bien admettre qu'il n'est guère plus facile à préciser : fraude ou habileté, motif licite ou illicite, légitime ou illégitime, volonté de tromper ou volonté de cacher, intention de nuire ou défense de ses propres intérêts, intention de transférer à autrui les bénéfices de l'opération ou transfert de fait ... Sur tous ces points, des opinions divergentes ont été émises par la doctrine sans qu'il soit possible *a priori* de privilégier l'une ou l'autre. Il faut cependant observer qu'une grande partie de ces controverses s'expliquent par la confusion terminologique qui règnent en ce domaine.

### **La confusion terminologique**

5. Finalement, les débats les plus vifs qui opposent la doctrine (en raison de leurs répercussions évidentes sur les autres discussions) concernent la délimitation exacte de la notion d'interposition de personne par rapport aux diverses formules et techniques voisines. Par exemple, le point le plus souvent discuté est celui des relations entre la notion d'interposition de personne et celle de prête-nom. La doctrine est très divisée sur cette question : pour les uns, il s'agit de deux expressions quasiment synonymes que la jurisprudence utilise de manière indistincte. Pour d'autres, il s'agit de deux procédés antagonistes qu'il conviendrait de ne surtout pas confondre dans la mesure où ils seraient soumis à des régimes juridiques différents. Au contraire, la distinction juridique est totalement inopérante pour une autre partie de la doctrine qui préfère retenir un autre critère terminologique purement pratique : il y aurait interposition de personne dans les

libéralités, et prête-nom dans les actes à titre onéreux. Enfin, certains ont implicitement retenu l'idée que, entre la synonymie parfaite et la distinction absolue, le prête-nom pouvait se présenter comme une forme particulière, parmi beaucoup d'autres, au sein de la catégorie générale des interpositions de personne.

6. En effet, le débat est bien loin de se limiter à la seule technique du prête-nom : par exemple, le contrat de commission, régi par les articles L. 132-1 et suivants du Code de commerce, se trouve, au gré des opinions doctrinales, tantôt inclus, tantôt exclu de cette catégorie générale. D'ailleurs, la question de la distinction entre la convention de prête-nom et le contrat de commission a elle-même fait l'objet de multiples controverses depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à un récent article qui prône l'assimilation pure et simple des deux notions<sup>1</sup>. On peut également noter que la quasi-unanimité des auteurs s'accorde à considérer, pour le moins, que la personne interposée est un mandataire agissant exclusivement sur les instructions du maître de l'affaire, tandis que certains ont défendu l'idée selon laquelle un gérant d'affaires qui agirait dans l'intérêt du géré mais en son nom propre pourrait également être qualifié de personne interposée. De même, la déclaration de command, la convention de portage ou la promesse de porte-fort ont fait l'objet de discussions similaires. Quant aux sociétés-écrans, sociétés fictives et sociétés filiales, elles ont donné lieu à des débats intéressants, aussi bien sur la distinction interne entre ces différentes formules, que sur leur compatibilité avec la notion d'interposition de personne. Le constat est donc particulièrement accablant : la doctrine n'est quasiment d'accord sur rien.

### **La "valeur" juridique de la notion d'interposition de personne**

7. Pour y voir plus clair, il convient sans doute de se poser les bonnes questions, dans le bon ordre. La première d'entre elles peut paraître surprenante, mais la rigueur et l'honnêteté intellectuelle nous interdisent d'y échapper : l'expression "interposition de personne" désigne-t-elle un véritable concept juridique ou simplement une formule du langage courant, employée occasionnellement par les juges et le législateur, mais sans

---

<sup>1</sup> Fabrice LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom (contribution à l'étude de la représentation imparfaite) », RTD civ. 1999.283.

aucune portée juridique particulière ? Beaucoup d'éléments tendent *a priori* à orienter la réponse en faveur de la seconde proposition. En effet, un mot (ou un ensemble de mots) qui se trouve souvent utilisé dans des textes de toute nature (lois, décrets, instructions ministérielles, conventions collectives, règlements intérieurs, contrats de toutes sortes, décisions judiciaires) sans aucun lien spécifique entre eux, et concernant des matières aussi diverses que le droit civil, le droit commercial, le droit pénal, le droit public, le droit fiscal et douanier, le droit de la santé publique, le droit du sport, et bien d'autres encore, présente toutes les caractéristiques d'un mot usuel de la langue française sans aucune valeur juridique. En outre, l'absence de définition légale et jurisprudentielle tend à confirmer cette première impression. On constatera également avec intérêt la place occupée par la formule dans les différents textes concernés : elle est toujours utilisée de manière accessoire par rapport à l'idée centrale du texte, et peut être aisément remplacée par d'autres mots tels que "indirectement" ou "par intermédiaire". Un autre indice de cette proposition ressort des résultats que nous avons constatés dans notre recherche de jurisprudence dans les principales bases de données informatiques : l'interrogation par mots-clés ne donnait généralement qu'un nombre restreint de décisions, et souvent sans intérêt pour le sujet, démontrant ainsi que, pour les analystes, la notion d'interposition de personne ne méritait pas d'être "érigée" en terme juridique<sup>1</sup>. Au contraire, la méthode de recherche de l'expression dans le texte intégral permettait de découvrir une multitude de décisions qui n'apparaissaient pas dans la première recherche<sup>2</sup>. Enfin, les difficultés de la doctrine à dégager une définition commune de la notion peuvent apparaître comme le signe de son caractère non-juridique.

8. Néanmoins, l'attribution de la qualification de concept juridique à un terme utilisé par le législateur et les tribunaux ne doit pas dépendre de ces considérations. En effet, une notion devient juridique par le seul fait qu'elle est susceptible de produire des conséquences particulières sur le régime juridique applicable. Or, l'observation du droit positif montre que l'utilisation de la qualification de "personne interposée" à l'encontre de l'auteur matériel d'un acte conduit toujours à des solutions judiciaires différentes de

---

<sup>1</sup> La remarque est d'ailleurs encore plus exacte pour la recherche dans les tables analytiques des revues juridiques : l'entrée "interposition de personne" n'existe quasiment jamais, ni comme rubrique principale, ni comme sous-rubrique.

<sup>2</sup> Par exemple, de 1984 à 2000, plus de 220 arrêts de la Cour de cassation (qui ne sont cependant pas tous intéressants).

celles qui auraient été rendues à défaut d'une telle qualification : l'ensemble de nos développements seront consacrés à démontrer cette affirmation. Nous pouvons en citer quelques exemples. Ainsi, une libéralité adressée à une personne capable de la recevoir sera nulle s'il est établi que le bénéficiaire n'est qu'une personne interposée dissimulant un incapable (article 911 du Code civil). De même, l'attribution d'un marché public par une commune à une société de façade dissimulant le fils du maire grâce à l'interposition de plusieurs associés et d'un gérant fictifs constitue, pour le maire de cette commune, le délit de prise illégale d'intérêts par personnes interposées (article 432-12 du Code pénal), même s'il n'a personnellement aucun intérêt direct dans cette société<sup>1</sup>. Il apparaît donc que le fait de constater l'interposition de personne conduit à un résultat particulier qui ne pourrait pas être admis à défaut d'un tel constat. En ce sens, il s'agit bien d'une notion juridique.

### **L'intérêt scientifique d'un concept unitaire**

9. Cette première difficulté étant résolue, il convient ensuite de se demander ce que recouvre exactement l'acception "interposition de personne". L'intuition première de l'homme de la rue, selon laquelle les nombreux termes utilisés (personne interposée, prête-nom, couverture juridique, homme de paille, taxi, société-écran, société de façade, etc.), ne sont que des manières différentes de désigner le même phénomène, peut-elle être étendue au concept juridique ? En réalité, plusieurs de ces expressions ne visent aucun procédé particulier ; elles n'appartiennent pas au langage juridique. Elles ne sont que le signe de la vivacité du phénomène de dissimulation d'identité dans la vie actuelle des affaires et de l'imagination débordante des sujets de droit en recherche de méthodes leur permettant d'échapper aux conséquences de leurs actes. Mais, dans les publications juridiques, seules quelques unes de ces dénominations apparaissent et sont présentées comme des procédés juridiques précis (même si des divergences surviennent dans la définition de chacune d'elles). C'est le cas de la convention de prête-nom qui est définie majoritairement comme le contrat par lequel une personne (l'emprunteur de nom) donne à une autre (le prête-nom) la mission d'accomplir une ou plusieurs opérations à sa place, mais en agissant sous son propre nom. Par exemple, une personne criblée de dettes fera

---

<sup>1</sup> Crim., 20 février 1995 : pourvoi n° 94-81.186.

acquérir un bien par son prête-nom en vue de le faire échapper au droit de gage de ses créanciers. Ou bien, un commerçant individuel, souhaitant limiter sa responsabilité en créant une société, fera appel à un ou plusieurs prête-noms pour respecter, en apparence, le nombre d'associés requis par la loi.

La principale caractéristique de cette situation, c'est l'opposition entre la qualité d'intermédiaire du prête-nom et le fait qu'il intervient sous son propre nom : il agit « en son nom propre, pour le compte d'autrui ». Elle crée alors une difficulté évidente pour le juriste qui ne dispose pas *a priori* des moyens juridiques de prendre en compte la personne du maître de l'affaire<sup>1</sup>. Pourtant, les juges n'hésitent pas à lui faire produire cette conséquence : le bien acquis par le prête-nom pourra être saisi par les créanciers de l'emprunteur de nom ; de même, la société qui ne comprend pas le nombre minimal d'associés réels sera nulle. Nous pouvons donc constater que la qualification de prête-nom, attribuée à l'auteur matériel d'un acte, permet des conséquences de même nature que la qualification de personne interposée. Or, nous constaterons aussi, pour d'autres procédés, une similitude sur ces trois points : la forme d'intervention de l'intermédiaire (en son nom propre), le trouble naturel que provoque cette situation, et la tentation irrépressible du juriste à dépasser cet obstacle juridique. C'est la raison qui nous conduit à regrouper ces situations diverses dans un concept juridique unique. Le choix de l'expression "interposition de personne" pour le désigner nous paraît alors justifié par la généralité de cette formule et le sens étymologique des termes qui la composent<sup>2</sup>.

10. Le constat d'une telle proximité entre ces différents procédés nous permet tout naturellement de définir la teneur exacte de notre travail : il s'agit de tenter d'établir une théorie générale de l'interposition de personne, en démontrant qu'un certain nombre de situations peuvent être réunies sous un concept unitaire parce qu'elles partagent des caractéristiques communes et sont soumises à un régime juridique identique, ou du moins, d'inspiration commune. Mais, pour cela, nous avons impérativement besoin de

---

<sup>1</sup> « Toutefois, les auteurs qui essaient de faire intervenir cet élément [sa qualité d'intermédiaire], qui voudraient déduire des conséquences du fait du remplacement [de l'emprunteur de nom par le prête-nom] ne lui trouvent pas la puissance d'influer à aucun égard sur les effets de l'acte du prête-nom » : Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898, n° 66, p. 136.

<sup>2</sup> Le terme "interposition" vient du latin *interponere*, qui signifie "placer entre" et le terme "personne" vient du latin *persona*, qui signifie "masque". L'interposition de personne consiste donc à placer un masque juridique entre le maître de l'affaire et les tiers.



donner à ce concept juridique une définition précise. Or, compte tenu des nombreuses divergences doctrinales que nous avons constatées, il nous faudra conférer, dans toute la mesure du possible, une certaine légitimité à la définition que nous retiendrons. Il serait, en effet, particulièrement vain de prétendre ajouter à celles déjà préexistantes une autre définition purement arbitraire. C'est pourquoi, nous devons, au préalable, exposer la méthodologie précise que nous nous efforcerons de suivre dans le cadre de cette thèse.

### **La méthodologie de définition du concept d'interposition de personne**

11. En matière de définitions, il existe deux méthodes opposées qui peuvent être utilisées pour déterminer le sens d'un concept : celle qui consiste à rechercher, dans un but d'interprétation, l'idée qui se cache derrière un terme ou une expression dans l'esprit de celui qui l'emploie, et celle qui consiste à réunir, dans un but de rationalisation, plusieurs objets d'observation présentant des caractéristiques communes sous un terme unique. Or, dans le domaine de l'interposition de personne et des formes voisines (prête-nom, homme de paille, société de façade, etc.), il nous semble que les deux démarches doivent être appliquées. En effet, l'interposition de personne est, avant tout, une notion à laquelle le législateur a, ponctuellement et sans jamais en donner la définition, attaché des effets juridiques particuliers : celui-ci nous a donc fourni uniquement un vocable ; c'est à nous qu'il appartient de rechercher le concept correspondant.

Mais parallèlement, les juges ont constitué, en dehors du champ d'application des textes visant expressément l'interposition de personne, et au gré des espèces les plus variées qui se sont présentées à eux, un véritable concept juridique de nature identique, bien qu'encore assez confus, qu'ils n'ont cependant jamais clairement défini et auquel ils ont souvent attribué des dénominations variables. Nous avons donc, plus ou moins confusément, un concept d'origine prétorienne et il nous appartient d'en démontrer l'unité et de regrouper ainsi les situations qu'il englobe sous une dénomination commune. Or, cette opération se révélera d'autant plus intéressante si elle aboutit, comme nous l'espérons, à un résultat concordant avec l'opération précédente. Telle est donc l'ambition principale de notre travail : tenter de démontrer l'unité du concept d'interposition de personne. Il implique, à la fois, une analyse du sens que lui donne le

législateur dans les différents textes qui y font référence, et une construction synthétique à partir des nombreuses applications que la jurisprudence a mises en évidence.

12. Cependant, la faiblesse des sources dont nous disposons rend aléatoire cette double opération : la définition de l'interposition de personne ne peut pas être une pure déduction de l'analyse de ces deux sources incomplètes et confuses. C'est la raison pour laquelle de si nombreuses divergences doctrinales se sont fait jour. Nous pourrions évidemment envisager d'étoffer ces sources par une étude de droit comparé, mais il ne nous paraît pas certain qu'elle ne contribuerait pas davantage encore à la confusion que nous venons de dénoncer en introduisant dans le débat des notions typiquement étrangères. Dès lors, puisque le droit positif français est, en quelque sorte, impuissant à nous fournir les éléments de la définition, devons-nous nous résoudre à l'arbitraire ? En réalité, il nous semble que la définition de l'interposition de personne, comme celle de tout autre concept, contient, à la fois, une part incompressible d'éléments donnés, et une part d'éléments construits en fonction de l'intérêt scientifique que présente le concept pour la compréhension du droit positif.

Dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, le doyen GÉNY avait mis en évidence la part respective du donné et du construit dans la matière juridique<sup>1</sup> : en effet, lorsque le donné ("élaboration scientifique") est insuffisant à assurer les objectifs du droit, il ne faut pas hésiter à construire ("élaboration technique"), mais dans ce cas, le construit doit avoir pour fondation le donné. Par conséquent, la seule méthode de définition satisfaisante consistera à rechercher d'abord les postulats, à partir desquels l'élaboration du concept sera ensuite possible. Nous avons constaté l'absence totale de définition législative ou jurisprudentielle, et les confusions et contradictions de la doctrine en ce domaine. Dès lors, à défaut d'un élément ou d'un critère de définition suffisamment consensuel pour pouvoir constituer le postulat que nous recherchons, on peut se demander si celui-ci ne pourrait pas résulter, au minimum, d'une description concrète de la technique de l'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> François GÉNY, « Science et technique en droit privé positif », 4<sup>e</sup> partie : « Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif », Sirey, 1924.

## Les caractéristiques minimales communes

13. Un exemple jurisprudentiel simple devrait permettre la mise en évidence des principales caractéristiques de ce procédé particulier que constitue l'interposition de personne. A cet effet, nous avons décidé de présenter les faits rapportés par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 24 avril 1990<sup>1</sup>. En l'espèce, un particulier, Monsieur FOUCAULT, avait donné mandat à une agence immobilière de vendre un immeuble, sis à Avon, comprenant 4 logements, pour le prix assez étonnant de 160 000 francs. Deux jours plus tard, la vente était réalisée par Monsieur FOUCAULT, assisté d'un employé de l'agence, au profit d'une certaine Maria Amélia FARIA, épouse de Monsieur CATTART, qualifié de "gérant de société". Or, le mari de l'acheteuse était, en réalité, le propriétaire de l'agence immobilière, c'est-à-dire le mandataire du vendeur. Aussi, à la demande de ce dernier, la cour d'appel accepta de prononcer la nullité de la vente sur la base de l'article 1596 du Code civil. En effet, cet article interdit, sous peine de nullité, à tout mandataire d'acquérir, par lui-même ou par personne interposée, le bien qu'il est précisément chargé de vendre.

Les époux CATTART invoquèrent en vain le fait que le mandat n'avait pas été signé par Monsieur CATTART en personne, et qu'il ne figurait pas sur le registre des mandats de l'agence. En effet, sur le premier point, la cour répliqua que le mandat avait été signé par un employé de l'agence, subordonné de Guy CATTART, et en qualité ostensible de mandataire : il représentait donc l'agence, ainsi que son propriétaire, dans la conclusion du contrat de mandat, et lui conférait ainsi la qualité de mandataire du client. Sur le deuxième point, la cour estima que l'absence de mention du mandat sur les registres de l'agence, combinée avec la signature du contrat de vente seulement deux jours après l'établissement de celui-ci, constituait précisément la preuve de l'intention, dans l'esprit de l'agent immobilier, et ceci dès la signature du contrat de mandat, de n'agir que dans son propre intérêt et de dissimuler l'acquisition irrégulière qu'il entendait réaliser à son profit. Son épouse n'avait donc été qu'une simple personne interposée dans la conclusion du contrat de vente de l'immeuble.

---

<sup>1</sup> Paris, 24 avril 1990 : Gaz. Pal. 1990.2.633, note G. PAIRE ; D. 1991.somm.159, note G. PAISANT.

14. Il résulte de cet exemple différentes remarques concernant l'interposition de personne. Tout d'abord, cette technique met en scène un nombre de personnages plus important que celui qui apparaît dans une opération de forme traditionnelle. En effet, un contrat de vente ordinaire confère habituellement aux individus l'une des trois qualités suivantes : celle de vendeur, celle d'acheteur et celle de tiers étranger à l'opération. Or, dans l'hypothèse étudiée, certaines difficultés surviennent dans l'application de cette distinction : en effet, si Monsieur FOUCAULT doit recevoir la qualité de vendeur, et Madame FARIA, épouse CATTART, celle d'acheteuse, il semble plus difficile de placer, sans aucun état d'âme, l'agent immobilier dans la simple catégorie des tiers. Dès lors que la cour d'appel a pu constater une interposition de personne à son profit, il n'est plus possible de le considérer comme totalement étranger à l'opération. Il nous faut en déduire qu'il existe, parmi les participants, une catégorie particulière de personnes dont la présence transforme les relations habituelles entre les cocontractants de nature binaire en relations de nature triangulaire. La première spécificité de l'interposition de personne tient donc au nombre d'intervenants et à la place que chacun d'eux occupe finalement dans l'opération : elle constitue une nouvelle et excellente illustration de la nécessité d'un « renouvellement de la distinction des parties et des tiers »<sup>1</sup>.

### **La distinction des parties et des tiers dans le cadre de l'interposition de personne**

15. En effet, avant de poursuivre la description du procédé, il nous semble utile de nous arrêter, plus précisément, sur cette particularité de l'interposition de personne, qui constitue d'ailleurs, comme nous le découvrirons, le seul véritable point commun entre toutes les situations que nous regrouperons sous ce concept. Ainsi que l'exemple de l'affaire CATTART nous permet de le constater, la personne qui apparaît dans l'acte comme l'auteur matériel de la manifestation de volonté ayant contribué à la formation du contrat (la personne interposée) n'est finalement qu'un simple intermédiaire agissant

---

<sup>1</sup> Jacques GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994.777. Cet article constitue, en quelque sorte, la conclusion (pas nécessairement définitive) d'un débat lancé par cet auteur en 1992 sur ce thème très intéressant, et dont les principales contributions doctrinales ont été les suivantes : Jacques GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP 1992.I.3628 - Jean-Luc AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993.263 - Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994.275.

pour le compte et dans l'intérêt d'autrui. Pourtant, selon la conception classique, c'est elle seule qui doit recevoir la qualité de "partie" puisque cette notion est définie comme désignant « les personnes qui ont voulu conclure l'acte »<sup>1</sup>. Or, pour la réalisation de ce contrat, la personne interposée n'a pas choisi de "transmettre" au tiers cocontractant la volonté du maître de l'affaire. Elle a préféré émettre une volonté personnelle afin de pouvoir dissimuler l'identité du maître. Dès lors, ce dernier doit être considéré, toujours selon la conception classique, comme un simple tiers. Cette conclusion est cependant parfaitement inadmissible, et la jurisprudence refuse très souvent de se conformer aux conséquences juridiques de cette double qualification (avec des justifications variables que nous étudierons évidemment). La problématique de l'interposition de personne s'inscrit donc exactement dans la controverse sur la distinction des parties et des tiers, et la relativisation corrélative des principes de force obligatoire et d'effet relatif du contrat.

### **Les principales propositions de distinction des parties et des tiers**

16. Bien que la question soit ancienne et récurrente, le débat lancé par Jacques GHESTIN sur le renouvellement de ces deux notions a eu le mérite de sortir la doctrine de la « torpeur » dans laquelle elle était plongée à propos de cette délicate « tentative d'amélioration des instruments de la pensée juridique »<sup>2</sup>. Sans entrer dans les détails, nous pouvons résumer, par quelques phrases<sup>3</sup>, les principales propositions doctrinales, afin de les appliquer à l'hypothèse de l'interposition de personne. Selon la conception classique, sont parties tous ceux dont la volonté a concouru à la formation du contrat et qui se trouvent, en conséquence, liés par ses effets juridiques. Tous les autres sont des tiers. Or, l'existence de nombreuses hypothèses dans lesquelles des personnes qui n'ont pas participé à la conclusion de l'acte se trouvent néanmoins liées par lui obligeait la doctrine à ajouter aux tiers *penitus extranei* la catégorie des "faux tiers".

Une première proposition<sup>4</sup> consistait alors à élargir le critère de la notion de partie en y intégrant tous ceux qui sont liés au contrat (positivement ou négativement)

---

<sup>1</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, article précité, n° 7.

<sup>2</sup> J.-L. AUBERT, article précité, n° 1. Le mot « torpeur » est également emprunté à cet auteur (*op. cit.*, n° 24).

<sup>3</sup> Que l'on veuille bien nous excuser cette nécessaire "trahison" de la richesse des opinions développées par ces auteurs dans leurs articles respectifs.

<sup>4</sup> J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », références précitées.

par l'effet de leur volonté, que ce soit dès la formation de ce contrat ou bien au moment de son exécution. La catégorie des tiers comprenait ceux qui ne sont pas liés au contrat, mais également ceux qui y sont liés sans l'avoir voulu. Toutefois, après avoir fait observer que la volonté n'était pas le seul fondement possible du lien juridique qui peut exister entre une personne et un contrat, un auteur<sup>1</sup> a proposé d'inclure dans le concept de partie tous ceux qui sont liés au contrat par l'effet de leur volonté ou directement par l'effet de la loi (au sens large, c'est-à-dire incluant la jurisprudence). Seraient tiers ceux qui ne sont pas liés au contrat, ainsi que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui au motif qu'il deviendrait créancier, ni par l'effet de sa volonté (il est bénéficiaire de la stipulation avant même de l'avoir accepté), ni par l'effet de la loi, mais par l'effet de la volonté d'autrui (le stipulant et le promettant). Enfin, une troisième proposition<sup>2</sup> est intervenue dans le débat au motif que l'on ne peut pas qualifier de parties tous ceux qui sont liés au contrat (mis à part le cas particulier du bénéficiaire de la stipulation pour autrui) sans dénaturer cette notion : il conviendrait donc de réserver cette qualification aux seuls sujets actifs qui participent à la vie du contrat en disposant du pouvoir de le créer, le modifier ou y mettre fin, tandis que les sujets passifs qui se contentent d'en subir les effets ou même simplement son opposabilité seraient des tiers.

### **L'application à la technique de l'interposition de personne**

17. Il n'entre pas dans le cadre de cette étude de nous prononcer sur ces propositions, mais seulement de tenter de les appliquer à l'hypothèse de l'interposition de personne. Or, si le maître de l'affaire est tiers au regard de la conception classique, il nous semble qu'il l'est également dans le cadre de la première proposition énoncée. En effet, - contrairement aux affirmations de son auteur, qui plaçait le maître de l'affaire (commettant ou emprunteur de nom) dans la catégorie des parties au motif qu'il a acquis cette qualité par l'effet de sa volonté (le contrat de commission et la convention de prête-nom sont des mandats) -, nous estimons que le maître de l'affaire est un tiers puisqu'il n'est pas, en principe, lié au contrat parce qu'il l'a voulu, dans la mesure où son but était précisément de tenter d'échapper aux conséquences de l'opération par le

---

<sup>1</sup> C. GUELFUCCI-THIBIERGE, article précité.

<sup>2</sup> J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », références précitées.

recours à la technique de l'interposition de personne (le contrat de commission et la convention de prête-nom sont des mandats en nom propre).

Quant à la seconde proposition, nous savons qu'elle réserve un sort particulier au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui au motif qu'il devient créancier par l'effet de la volonté d'autrui. En réalité, une telle volonté serait inefficace si l'article 1121 du Code civil ne donnait pas force obligatoire aux stipulations pour autrui. Dans ce cas, nous ne voyons pas quelle est la différence entre le bénéficiaire de la stipulation pour autrui qui devient créancier par l'effet combiné de la loi et de la volonté d'autrui, et le maître de l'affaire qui doit être lié au contrat par l'effet combiné de la loi (ou la jurisprudence) et de la volonté de la personne interposée<sup>1</sup>.

Enfin, dans le cadre de la troisième proposition, le simple fait que la personne interposée se présente dans l'acte sous son propre nom sans désigner le maître de l'affaire suffit à exclure ce dernier de la qualité de partie, dès lors qu'il ne dispose pas du pouvoir de modifier ou mettre fin au contrat par un nouvel accord de volontés avec le tiers cocontractant. Il est lié au contrat, mais d'une manière purement passive (et même sans l'avoir voulu)<sup>2</sup>. La problématique de l'interposition de personne pose donc une sorte de défi à ceux qui souhaitent un renouvellement des notions de partie et de tiers<sup>3</sup>. En effet, l'existence d'un "tiers pas comme les autres" constitue la caractéristique la plus importante du concept d'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> Ainsi d'ailleurs que le représenté qui est lié au contrat par l'effet combiné de la loi et de la volonté du représentant !

<sup>2</sup> Sauf dans l'hypothèse où la personne interposée lui aurait transmis le bénéfice de l'opération par une cession de créance ou de contrat : mais, dans ce cas, c'est en sa qualité de cessionnaire qu'il dispose du pouvoir d'influer sur l'existence du contrat, et non directement par sa qualité initiale de maître de l'affaire.

<sup>3</sup> Comment résoudre la difficulté ? Notre opinion personnelle nous incite à considérer que c'est Jean-Luc AUBERT (cf article précité) qui était "sur la bonne voie", mais sans avoir poussé jusqu'à son terme le raisonnement. En effet, après avoir énoncé des critiques (globalement convaincantes) à l'encontre de la première proposition, il s'était contenté de conclure que les notions de parties et de tiers n'avaient de sens que dans le cadre de l'article 1165 (mais aussi l'article 1134) et que cet article était « un texte étroitement spécial ». Cette remarque nous paraît totalement pertinente : les notions de partie et de tiers n'ont de sens que dans le cadre du principe d'autonomie de la volonté dont sont issus les articles 1134 et 1165. Or, ce principe ne résume pas à lui seul tout le droit des obligations : il existe des cas (autres que la stipulation pour autrui) où la volonté d'une personne peut engager une autre (une sorte d'hétéronomie de la volonté). L'hypothèse de l'interposition de personne (ainsi d'ailleurs que le mécanisme de la représentation : cf *infra*, n° 383) nous paraît en être une application. C'est pourquoi, le débat nous paraît faussé dès le départ en qualifiant le maître de l'affaire de tiers, puisque cette qualification est exacte dans le cadre de l'autonomie de la volonté, mais est largement insuffisante pour désigner la place du maître de l'affaire dans l'opération.

## Les caractéristiques minimales communes (suite)

18. L'exemple tiré de l'affaire CATTART nous apporte d'autres enseignements sur les caractéristiques essentielles du procédé. Par exemple, on peut relever que l'interposition de personne ne constitue pas, en soi, une opération juridique : il semble préférable de parler alors d'une technique de réalisation d'une opération. En effet, elle s'inscrit nécessairement dans l'accomplissement d'un acte. Elle n'est finalement qu'une simple variante dans la conclusion de cet acte. Ce point est confirmé par les termes employés dans l'article 1596 du Code civil : en effet, le législateur n'interdit pas au mandataire, chargé de la vente d'un bien, d'accomplir une interposition de personne, mais de se porter acquéreur par personne interposée. L'action prohibée ne se situe donc pas au niveau de l'interposition de personne, mais à celui de la vente, la préposition "par" signifiant que l'interposition de personne n'est qu'un moyen au service d'une action étrangère. On peut donc conclure que l'interposition de personne ne constitue qu'un procédé indirect de réalisation d'opérations juridiques. Or, cette observation suscite inévitablement une question : pourquoi recourir à ce moyen indirect, alors que la technique directe permettrait *a priori* d'atteindre le même résultat sans entraîner les mêmes complications ? C'est que le but de l'interposition de personne n'est pas celui de l'opération sur laquelle elle se greffe : ainsi, dans l'affaire CATTART, l'interposition de l'épouse de l'agent immobilier ne visait pas, contrairement à la vente, à réaliser un transfert de propriété, mais était utilisée uniquement en vue de contourner l'obstacle légal constitué par l'article 1596 du Code civil.

19. Cependant, l'interposition de personne, pas plus que l'opération principale sur laquelle elle se greffe, ne peut généralement suffire à réaliser seule l'objectif visé par ses utilisateurs. En effet, à quoi aurait pu servir l'interposition de Madame CATTART, si son époux n'avait pas pris soin, au préalable, d'empêcher l'inscription du mandat sur le registre de l'agence, de cacher au mandant sa qualité de propriétaire de l'agence, et de présenter sa femme dans l'acte de vente comme épouse d'un "gérant de société", et non d'un agent immobilier ? L'efficacité du procédé dépend donc très souvent d'un montage plus ou moins complexe destiné à le rendre secret et à lui faire produire alors tous ses avantages. Par ailleurs, quel intérêt l'agent immobilier pouvait-il retirer personnellement



de l'opération si la parfaite autonomie juridique et patrimoniale de son épouse acheteuse n'était pas combinée avec des moyens indirects qui lui permettaient d'en profiter ? C'est uniquement parce qu'il était rattaché à elle par un lien d'affection, combiné avec un lien économique évident résultant de leur vie commune, voire un lien juridique résultant du régime matrimonial, que Madame CATTART a été utilisée comme personne interposée. Il faut donc généralement que l'interposition de personne soit complétée par un autre mécanisme, juridique ou économique, pour que l'opération puisse profiter effectivement à son destinataire final. L'interposition de personne n'est souvent qu'une étape dans la réalisation d'un ensemble d'opérations juridiquement indépendantes les unes des autres, mais constituant une unité économique.

### **L'impossibilité de toute systématisation**

20. Nous avons donc mis en évidence trois caractéristiques de l'interposition de personne : la présence d'une catégorie de personnes supplémentaire, la poursuite d'un objectif spécifique et la mise en place de mécanismes annexes. Cependant, si l'on tente de préciser cette rapide analyse, il nous apparaîtra que la technique de l'interposition de personne est beaucoup plus complexe et diversifiée qu'il n'y paraît à première vue. Par exemple, après avoir relevé l'existence de "la troisième personne", on peut se demander comment reconnaître concrètement, dans une opération quelconque, si un tiers *penitus extraneus* n'est pas un tiers ordinaire, mais un véritable interposant. On le reconnaît, en général, par le fait qu'il est l'initiateur de l'intervention de la personne interposée dans l'opération dans la mesure où elle lui bénéficie : en effet, c'est Monsieur CATTART qui a certainement demandé à son épouse de jouer le rôle de personne interposée. C'est dans son esprit qu'a été conçue l'idée d'un montage juridique destiné à lui apporter tous les avantages de l'opération envisagée sans les inconvénients correspondants (en l'espèce, devenir propriétaire de l'appartement à moindre coût, sans encourir la nullité de l'article 1596 du Code civil). A défaut d'être l'auteur matériel de l'acte, l'interposant est donc généralement l'auteur intellectuel de l'interposition de personne.

Pourtant, l'étude attentive de la jurisprudence montre que cette affirmation n'est pas toujours exacte. Il arrive parfois que la décision de recourir à une interposition de personne soit prise par le tiers cocontractant, éventuellement par un autre tiers, ou par la

personne interposée. Par exemple, lorsqu'un mandataire ordinaire se présente devant un tiers cocontractant avec l'intention d'agir dans l'intérêt et au nom de son mandant, il est possible que le tiers cocontractant, qui n'ignore pas sa qualité, ne lui permette cependant pas de désigner son mandant dans l'acte et lui impose d'agir en son nom propre. De même, il n'est pas rare de voir des mandataires décider, de leur propre initiative, de ne pas révéler aux tiers leur qualité et le nom du mandant, alors que ce dernier leur avait conféré un mandat tout à fait ordinaire. Parfois, il apparaît indiscutablement que la mise en place d'une interposition de personne se fait au détriment du maître de l'affaire et au profit d'un tiers qui dispose d'un moyen de pression lui permettant d'imposer au maître de l'affaire de ne pas apparaître personnellement dans l'acte et de faire appel à un prête-nom<sup>1</sup>. Il est même possible, dans le cadre de certaines escroqueries, que celui qui dirige et organise toutes les opérations réussisse à manipuler ses victimes pour les convaincre d'apporter leur concours à une fraude à la loi et leur demande, pour cela, de recourir à une forme d'interposition de personne : dans ce cas, l'interposition de personne n'est qu'une étape de son escroquerie, et l'escroc n'est pas le maître de l'affaire, mais un simple tiers, bien qu'il soit l'initiateur de cette interposition. On peut donc constater que la maîtrise concrète de l'opération ne constitue pas une caractéristique parfaite de celui que l'on nomme pourtant le "maître de l'affaire". Il peut se retrouver dans une telle situation sans en être l'auteur intellectuel. Quant à l'idée que l'interposant pourrait être facilement identifié, non pas par sa maîtrise des opérations, mais au moins, par le profit qu'il en retire personnellement, elle n'est pas davantage satisfaisante car les interposants apparaissaient plutôt, dans ces différents exemples, comme les victimes des montages juridiques mis en place par des tiers.

21. Il a aussi souvent été affirmé que la personne interposée se caractériserait par son rôle de simple exécutant dans l'opération : en effet, l'épouse de l'agent immobilier CATTART n'avait, sans doute, accepté de se porter acquéreur de l'immeuble que sur la demande expresse de son mari et avait certainement agi conformément aux instructions précises qu'il lui avait données. Pourtant, nous pourrions constater que toutes les

---

<sup>1</sup> Par exemple, le renouvellement d'un bail commercial dérogatoire de courte durée par un nouveau bail dérogatoire n'est pas possible au profit du même locataire, puisque celui-ci doit bénéficier, en principe, du statut protecteur du bail commercial ordinaire : il arrive donc que le propriétaire du local commercial menace le locataire en place de ne pas renouveler le bail s'il n'accepte pas de faire appel à un prête-nom afin de pouvoir conclure un deuxième bail dérogatoire de courte durée.

personnes qualifiées, par les tribunaux, de “personnes interposées” ne sont pas toujours de simples exécutants sans aucune autonomie dans leurs interventions : par exemple, il arrive parfois que le maître de l’affaire se décharge intégralement d’une opération sur la personne interposée parce qu’il lui fait entièrement confiance pour la détermination des modalités de réalisation de celle-ci. Dans ce cas, seul le résultat final l’intéresse : il laisse à la personne interposée une totale liberté d’action à la seule condition qu’elle agisse toujours au mieux de ses intérêts. En outre, si l’hypothèse du gérant d’affaires agissant en son nom propre est intégrée dans la définition de l’interposition de personne, elle constituerait également un démenti flagrant de cette idée selon laquelle la personne interposée ne serait toujours qu’un simple exécutant, puisqu’il agit, par définition, de sa propre initiative.

On pourrait penser que, au minimum, et quelque soit son degré d’indépendance, la personne interposée se distingue tout de même du maître de l’affaire par le fait qu’elle seule intervient personnellement sur la scène juridique en accomplissant matériellement les opérations destinées à bénéficier à autrui. Elle aurait donc un rôle nécessairement actif dans l’opération principale, tandis que le maître de l’affaire y serait parfaitement étranger. Or, cela n’est pas davantage exact car il arrive que, par un surprenant jeu de renversement des rôles, ce soit le maître de l’affaire qui accomplisse personnellement l’opération en cause : il lui suffit, en effet, après avoir mis l’affaire au nom de la personne interposée, de se faire ostensiblement désigner par elle comme son mandataire, de telle sorte qu’il pourra agir lui-même dans son propre intérêt, mais officiellement au nom d’autrui.

### **La diversité des modalités de dissimulation du maître**

22. De même, il est généralement observé que la personne interposée constitue, dans l’opération, un agent de dissimulation. C’est l’intérêt essentiel de l’interposition de personne que de permettre l’anonymat du maître de l’affaire. Dès lors, son identité doit rester parfaitement secrète aux yeux des tiers. Pourtant, la diversité des situations que les tribunaux ont qualifiées d’interpositions de personne permet également de douter de cette nouvelle affirmation. Il est assez fréquent que des tiers connaissent l’existence de l’interposition de personne et l’identité du maître. Nous avons d’ailleurs précédemment

constaté, par quelques exemples, que les tiers, loin de constituer toujours des victimes du mensonge mis en place par les simulateurs, étaient parfois eux-mêmes à l'origine de ce mensonge, ou du moins, complices du montage juridique qui en résulte. Dans ce cas, le secret vise seulement une partie de la catégorie des tiers.

Il est possible d'être encore plus dubitatif à l'égard de ce prétendu anonymat du maître de l'affaire lorsque l'on observe la situation fréquente de certains prête-noms qui ne s'interposent concrètement, dans l'exercice d'une activité commerciale, que pour l'apposition matérielle de leur signature sur certains documents officiels ou sur certains contrats, tandis que l'analyse des faits révèle que tout le monde connaît parfaitement la situation réelle et l'identité du maître, dans la mesure où ce dernier dirige effectivement l'entreprise, négocie avec les clients et les fournisseurs, embauche le personnel, et se fait même remettre par son prête-nom une procuration générale lui permettant de conclure personnellement la plupart des contrats, de gérer les comptes bancaires et d'assurer toutes les démarches administratives, fiscales, juridiques ou économiques liées au fonctionnement de l'entreprise. Dans ces conditions, on peut légitimement se demander si un tel "secret de Polichinelle" constitue encore un véritable secret.

### **La diversité des buts de l'interposition de personne**

23. Peut-on fonder la description de la technique de l'interposition de personne sur la spécificité de l'objectif poursuivi ? En effet, le but de ses utilisateurs est souvent de contourner l'application d'une règle impérative (telle que l'article 1596 du Code civil dans le cas de l'affaire CATTART précédemment décrite). Et de fait, l'analyse de la jurisprudence nous amène à constater toutes les fraudes et manipulations diverses que cette technique vise à concrétiser : contourner des incapacités, des interdictions légales ou conventionnelles (interdiction de faire le commerce visant certaines professions, clause de non-rétablissement), des obligations diverses (impositions fiscales, obligation légale ou statutaire de solliciter une autorisation ou un agrément), ou encore, échapper à l'application d'un droit national, à la mise en oeuvre d'un statut, aux conséquences d'une procédure collective, voire aux conséquences pénales d'un comportement interdit (prise illégale d'intérêt, recours à des travailleurs clandestins, etc.). Néanmoins, le but poursuivi n'est pas toujours illégitime : parfois, il s'agit seulement de rechercher des

avantages fiscaux particuliers, de simplifier la gestion d'un bien indivis, de segmenter les activités d'une entreprise, de fournir une forme de garantie financière, de contourner un refus illégitime de contracter, ou simplement de conserver une certaine discrétion. Par conséquent, aucune systématisation n'est possible sur la base de l'objectif que tendrait à assurer la technique de l'interposition de personne.

24. Il n'est même pas possible d'affirmer que ce procédé a toujours un objectif spécifique : en effet, plusieurs décisions ont retenu la qualification d'interposition de personne dans des situations où les parties n'avaient eu ni la volonté, ni même la conscience de mettre en place un tel montage juridique. Il s'agissait alors tantôt d'interpositions fortuites (le mandataire avait négligé de révéler sa qualité et le nom du mandant), tantôt d'interpositions légales (par exemple, le législateur décide que, pour déterminer la qualité de gérant minoritaire ou majoritaire d'une SARL, il faut prendre en compte les parts sociales détenues par le conjoint et les enfants mineurs au motif qu'ils seraient obligatoirement des personnes interposées). On ne peut donc pas affirmer que l'interposition de personne suppose toujours la recherche d'un objectif qui lui serait propre.

### **La diversité des mécanismes de transmission des avantages de l'opération**

25. Nous avons également prétendu que l'interposition de personne ne peut être qu'une simple étape dans la réalisation d'un montage plus ou moins complexe. En effet, elle serait indissociable d'un certain nombre d'opérations connexes destinées, d'une part, à la rendre totalement secrète, et d'autre part, à permettre au maître de l'affaire de tirer effectivement profit de l'opération réalisée par la personne interposée. Or, sur le premier point, nous savons maintenant que le secret n'est pas une condition nécessaire de l'interposition de personne. Par contre, sur le second point, il est exact que la mise en place de mécanismes de transfert des avantages (et éventuellement des charges) de l'opération principale au profit du maître de l'affaire constitue souvent le complément indispensable de cette technique. Mais, d'une part, ce point est discutable dans les cas d'interpositions légales que nous avons mis en évidence précédemment. Et, d'autre part, la nature de ces mécanismes de transfert est finalement tellement variable qu'il nous

paraît impossible d'en faire la systématisation : par exemple, les libéralités qui étaient faites, au début du XIX<sup>e</sup> siècle, par des religieuses au profit de leurs congrégations, ne s'accompagnaient d'aucun transfert juridique, puisque la congrégation était dénuée de la personnalité morale, mais seulement d'un transfert économique (mise à disposition à titre gratuit). Or, on ne peut évidemment pas considérer qu'il y a une interposition de personne chaque fois qu'une opération s'accompagne ensuite d'un transfert économique de ses avantages au profit d'un tiers. Le constat qui en résulte est donc, une fois de plus, particulièrement décevant : en effet, la simple description, sous quelque aspect que ce soit, de la notion d'interposition de personne telle qu'elle ressort des nombreux exemples jurisprudentiels portés à notre connaissance ne semble susceptible d'aucune systématisation. Seule l'existence d'un "faux tiers" caractérise toutes les hypothèses d'interposition de personne que nous venons de présenter.

### **L'annonce du plan**

26. Dans ces conditions, comment procéder pour élaborer la théorie générale de l'interposition de personne à laquelle nous aspirons ? Il nous faut suivre rigoureusement la méthode que nous nous sommes fixés : dans un premier temps, déterminer le "donné" en recherchant, à partir des quelques bribes d'éléments à notre disposition, les bases de la définition du concept, notamment par l'analyse du contexte dans lequel la notion est utilisée par le législateur dans les nombreux textes qui y font référence, et par la mise en évidence des éléments minimums communs aux différentes définitions doctrinales et aux différents situations qualifiées par les tribunaux d'interposition de personne. Cette tâche sera bien délicate compte tenu de la faiblesse des fondations, mais elle nous paraît indispensable. Nous pourrions ensuite compléter cette analyse par une construction personnelle légitimée par l'intérêt scientifique qu'elle présente. Or, en matière juridique, l'intérêt scientifique de la création d'un concept original à partir de situations disparates, c'est l'existence d'un régime juridique commun.

Malheureusement, sur ce dernier point, la démonstration est, là encore, loin d'être évidente puisque la qualification juridique de l'interposition de personne a fait l'objet de controverses particulièrement délicates et importantes. Elles tournent toujours autour des deux mécanismes fondamentaux que constituent la représentation et la

théorie de la simulation, mais toutes les opinions ont été émises sur le sujet dans des sens parfaitement contraires. En outre, il faut bien reconnaître que la question n'est pas facile puisque la jurisprudence paraît se contredire elle-même, à de nombreuses reprises, sur le régime juridique finalement applicable à tel ou tel procédé. Pourtant, nous tenterons tout de même d'établir que l'intuition première de l'homme de la rue en faveur de l'unité conceptuelle de ces divers procédés peut être confirmée sur le plan de l'analyse juridique : en effet, il nous apparaît que, derrière cette extrême diversité de raisonnements juridiques, le droit positif nous offre finalement le spectacle d'une certaine convergence indiscutable au niveau des résultats concrets qui en résultent. Tel est donc finalement l'ambitieux projet que nous nous sommes fixés : l'établissement d'une théorie générale de l'interposition de personne résultant de la mise en évidence de la notion (Première Partie), confirmée par une tentative d'unification de son régime juridique (Deuxième Partie).





## **PREMIÈRE PARTIE :**

### **LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA NOTION**



27. Nous nous sommes dotés d'une méthodologie qui devrait nous aider à éviter l'arbitraire dans la recherche d'une définition unitaire de l'interposition de personne : en effet, nous nous efforcerons de justifier, autant que possible, chacun des aspects de la définition que nous retiendrons, soit par un raisonnement inductif visant à déterminer le sens que le législateur et les tribunaux attribuent généralement à cette formule, soit par une démarche constructive, motivée par le seul intérêt scientifique dont le but est de permettre une meilleure compréhension du Droit, c'est-à-dire par la mise en relief d'une problématique commune et de solutions convergentes. Il nous semble, en effet, que c'est uniquement au prix de cet effort de rigueur que nous pourrions concilier, tout à la fois, l'unité du concept (Titre premier) et la multiplicité des formes (Titre deuxième).



**TITRE PREMIER :**

**L'UNITÉ DU CONCEPT**



28. Nous savons que la définition de l'interposition de personne ne peut être ni une définition purement naturelle ("donné"), ni une définition purement conventionnelle ("construit"). Elle ne peut finalement résulter que d'une combinaison entre la démarche d'interprétation téléologique du droit positif et une démarche plus intuitive. Nous allons donc progressivement dégager le sens de la notion d'interposition de personne, d'abord par une observation empirique destinée à mettre en évidence les bases de la définition (Chapitre premier), puis par une recherche systématique des critères de cette définition (Chapitre deuxième). Il ne restera plus alors qu'à vérifier la solidité de la construction par une différenciation juridique du procédé par rapport aux techniques et qualifications voisines (Chapitre troisième).





## **CHAPITRE PREMIER :**

### **L'OBSERVATION EMPIRIQUE**

29. Le but du présent chapitre est de rechercher les éléments qui constitueront le point de départ de notre raisonnement, et posés comme des postulats. Il faut se résoudre à l'idée que le choix des postulats est, par définition, indémontrable. Cependant, il n'est pas injustifiable : en effet, selon les objectifs visés, il sera préférable de choisir tantôt les prémisses les plus proches de la réalité observable, tantôt ceux présentant le plus grand intérêt pour la connaissance scientifique, ou bien encore ceux qui sont susceptibles de produire les meilleurs résultats concrets, etc. Ainsi, tandis que le statisticien cherchera généralement à baser ses calculs sur des nombres strictement exacts, le physicien sera parfois amené à considérer comme nulle ou inexistante une force ou une interaction, qui est, en réalité, simplement négligeable et difficile à connaître avec exactitude. Les

mathématiciens ont même réussi à construire des pans entiers des mathématiques modernes à partir d'axiomes strictement impossibles, selon les enseignements des mathématiques traditionnelles<sup>1</sup>. La méthode de démonstration dite par l'absurde n'est-elle pas fondée, elle aussi, sur une hypothèse que l'on présuppose inexacte, précisément dans le but d'en établir l'inexactitude ? On pourrait ainsi multiplier les exemples ; il en résulte toujours l'observation suivante : c'est la fin poursuivie qui conditionne le choix des prémisses. Dès lors, dans la mesure où notre objectif est la recherche d'une définition permettant à la fois une application rigoureuse des textes et une connaissance plus systématique et scientifique du Droit, il nous semble que les prémisses de notre raisonnement doivent être puisées naturellement dans les sources directes du droit positif (loi et jurisprudence) (Section 2), mais également dans les principales sources d'influence de celui-ci (Section 1), qui ont nécessairement inspiré juges et législateur.

---

<sup>1</sup> Par exemple, les nombres complexes sont basés sur le postulat suivant :  $i^2 = -1$ .

## SECTION 1 : LA NOTION D'INTERPOSITION DE PERSONNE

### DANS LES SOURCES D'INFLUENCE DU DROIT POSITIF

30. L'influence de la « pratique » sur le droit positif est incontestable, dans la mesure où elle en constitue souvent l'aiguillon principal, grâce à ses qualités certaines d'innovation et d'adaptation constante aux besoins des individus et aux évolutions de la société, notamment dans le domaine économique. En matière d'interposition de personne, son rôle est considérable puisqu'elle est à l'origine de la quasi-totalité des procédés que nous regrouperons sous ce vocable. En effet, destinées à répondre à des impératifs particuliers, les techniques du prête-nom, du contrat de commission ou de la déclaration de command, par exemple, ne sont pas des modes habituels de réalisation d'opérations juridiques : elles sont le fruit de l'imagination des commerçants, des notaires, des avocats et autres professionnels, qui ne trouvaient pas dans les techniques ordinaires celles qui pourraient répondre à leurs attentes particulières (que celles-ci soient légitimes ou non). D'ailleurs, le nombre et la richesse des termes employés par la pratique pour désigner ces nombreux procédés aux contours imprécis témoignent de l'utilité certaine de ceux-ci, mais contribuent également à introduire dans le domaine un sentiment de confusion, qui ne facilite pas la tâche du juriste.

Cependant, la seule lecture de ces différentes expressions (prête-nom, homme de paille, société-écran, société de façade, société fictive, couverture juridique, masque, etc.) permet au moins de mettre en évidence le premier point commun entre toutes ces techniques : il s'agit toujours de locutions qui traduisent l'idée d'une apparence trompeuse, et expriment, plus ou moins confusément, le sentiment d'une certaine obscurité qui entoure les opérations réalisées par ces techniques, et dont on suppose volontiers qu'elle est d'ailleurs destinée à cacher toutes sortes de fraudes, malversations, et autres manipulations diverses. On peut alors aisément imaginer qu'à ce désir, bien souvent illégitime, de cacher ses activités derrière un écran plus ou moins opaque, le droit positif soit tenté de répondre dans une logique générale de transparence. Mais, cette première observation, bien qu'essentielle, ne suffit pas à constituer une définition de l'interposition de personne.

31. La seconde source d'inspiration du droit positif, la plus importante, est bien évidemment la doctrine. Or, celle-ci s'est souvent prononcée sur tel ou tel aspect de la notion d'interposition de personne, mais n'a pas toujours accompagné ses explications d'une définition complète. Elle a souvent préféré se contenter d'établir des critères de distinction avec des notions voisines, telle que celle de prête-nom. Il semble, en effet, que, pour certains auteurs, les deux notions ont des sens tout à fait différents et ne doivent en aucun cas être confondues. Il conviendrait ainsi d'employer la formule "interposition de personne" uniquement lorsque le tiers cocontractant avait, au moment de la conclusion de l'acte avec la personne interposée, une parfaite connaissance de la qualité réelle de cette dernière, du rôle qu'elle a joué dans l'opération et de l'identité du véritable maître de l'affaire, et ceci parce qu'il avait accepté, parallèlement à l'acte principal et sous la forme d'une contre-lettre, de participer à cette mascarade (quand il n'en est pas d'ailleurs lui-même l'initiateur). Autrement dit, l'interposition de personne serait nécessairement le résultat d'un accord entre les deux parties à l'acte<sup>1</sup>. Il en est ainsi, par exemple, du père qui fait une donation par personne interposée à son enfant adultérin. Ou bien encore de la banque qui accorde un prêt à un ami interposé de l'un de

---

<sup>1</sup> Cf notamment Jean Denis BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956.261, n° 13 : « La simulation par interposition de personnes suppose l'accord des deux parties sur la supercherie ».

ses clients, véritable emprunteur<sup>1</sup>. Le père, comme la banque, n'ignorent alors rien de la simulation.

Au contraire, ces auteurs affirment que la notion de prête-nom doit être réservée à l'hypothèse dans laquelle l'intermédiaire dissimule sa qualité au tiers cocontractant, qui n'est plus dès lors instigateur ou complice, mais victime de la manœuvre. Tel est le cas de l'acheteur d'un bien qui ignore que son vendeur n'est pas lui-même propriétaire du bien, mais simplement un prête-nom du véritable propriétaire. Dans une telle hypothèse, le caractère unilatéral de la dissimulation exclurait ainsi la qualification de simulation, puisque, selon ces auteurs, la simulation est nécessairement conventionnelle. Il en résulterait alors que les deux notions d'interposition de personne et de prête-nom ne sont pas susceptibles d'être soumises au même régime. Toutefois, la doctrine et la jurisprudence ont adopté depuis longtemps une conception élargie de la simulation qui englobe les deux situations, de sorte que la distinction proposée ne présente aucun intérêt juridique. En outre, la jurisprudence a toujours utilisé indistinctement les deux expressions.

32. Un autre critère de distinction a cependant été proposé qui présentait, pour le moins, le mérite de la simplicité<sup>2</sup>. On parlerait d'interposition de personne pour les actes à titre gratuit, et de prête-nom pour les actes à titre onéreux. Il ne s'agit là, et l'auteur le reconnaissait bien volontiers, que d'une convention de langage sans aucun fondement juridique précis, mais pouvant constituer une « simplification terminologique notable ». Malheureusement, une telle distinction est en contradiction flagrante avec les textes qui, tout en interdisant ces activités à certaines catégories de personnes, laissent entendre qu'il serait possible, par personne interposée, de : « se rendre adjudicataire » de biens (article 1596 du Code civil), de « s'intéresser [dans une] entreprise commerciale » (article L. 131-7 du Code de commerce) ou d'exercer « toutes les activités de caractère commercial » (article 111 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat), de faire « le commerce de grains, grenailles, farines, substances farineuses,

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juillet 1992 : Bull. civ. III, n° 246, p. 151 ; JCP 1993.II.21982, note G. WIEDERKEHR ; RTD civ. 1993.352, obs. J. MESTRE ; Gaz. Pal. 1993.I.panor.56 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1981, inédit (cité par D. RAMBURE, note sous Com., 26 avril 1982, D. 1986.233).

<sup>2</sup> Michel DAGOT, Rép. civ. Dalloz, v° « Interposition de personne », dans la version 1973, n° 2 (depuis, le fascicule a été entièrement remanié, en février 1998, par Dominique D'AMBRA).

vins ou boissons » (article 176 de l'ancien Code pénal), et même de « détenir, gérer, exploiter, diriger, faire fonctionner ou financer un établissement de prostitution » (article 225-10 du Code pénal), etc. ... toutes opérations réalisées bien évidemment à titre onéreux, quand elles ne sont pas hautement lucratives !

33. Il ne paraît donc pas possible de définir la notion d'interposition de personne par référence à celle de prête-nom, soit comme synonyme, soit comme antonyme. Nous pouvons seulement relever que le législateur semble avoir retenu une conception assez large de l'interposition de personne. Il convient donc, au contraire, de chercher d'abord à lui donner une signification précise, avant de tenter d'établir des comparaisons, des distinctions ou des oppositions avec d'autres concepts ou techniques. C'est bien à partir des quelques définitions formulées par la doctrine, même si elles se révèlent partielles ou sujettes à discussion, mais aussi celles proposées par les dictionnaires généraux de langue française, que nous pourrons mettre en évidence les prémisses de notre définition en dégagant les premiers éléments qui constitueront la base de notre travail (§ 1). Il nous semble alors qu'une première qualification juridique de cette technique pourra être tentée à partir de ces éléments (§ 2).

## **§ 1 : Les premiers éléments de la définition**

34. L'interposition de personne est avant tout une notion empruntée par le Droit au langage courant. C'est d'ailleurs probablement pour cette raison que le législateur n'a jamais pris le soin de la définir. Par conséquent, s'il convient de lui donner aujourd'hui un sens juridique plus précis, il n'est pas inutile auparavant d'exposer le sens qu'elle reçoit habituellement dans le langage courant (A). Nous pourrons ensuite affiner notre étude en confrontant les différentes définitions juridiques qui ont été proposées par la doctrine (B). Il ne nous restera plus alors qu'à tenter une synthèse de ces différents éléments (C).

### **A. La notion d'interposition de personne dans le langage courant**

35. Pour l'homme de la rue, on peut dire que l'interposition de personne désigne toute situation dans laquelle une personne intervient dans une affaire à laquelle elle est étrangère, et ceci, dans un but de médiation entre les protagonistes de cette affaire<sup>1</sup>. En

---

<sup>1</sup> Cette définition a été formulée par nos propres soins, dans la mesure où tous les dictionnaires consultés ne donnent tantôt que les définitions séparées des mots "interposition" et "personne", tantôt une définition de l'expression "interposition de personne", mais dans un sens juridique.

Une rapide enquête, réalisée dans notre entourage, auprès de personnes non juristes, ainsi que le relevé, dans différents médias (presse écrite ou télévisée et sites internet), de quelques phrases prononcées

d'autres termes, la personne interposée est un *intermédiaire*. Les raisons du recours à une telle interposition peuvent être extrêmement variables, mais se résument toujours à l'idée que l'établissement d'un lien direct entre les deux protagonistes s'avère tout à fait impossible ou présente, du moins, des inconvénients tels qu'il est préférable de recourir à la médiation d'un tiers. Par exemple, les personnes concernées ne se connaissent pas et l'intermédiaire les mettra alors en relation. Ou bien, elles ont entre elles une querelle, que l'intermédiaire tentera d'apaiser en vue d'obtenir un compromis. Ou bien encore, ces personnes ne se comprennent pas (problème de langues), ou l'une d'entre elles est victime d'un "handicap" (au propre ou au figuré) qui l'empêche de se déplacer ou de communiquer avec l'autre, rendant ainsi nécessaire le recours à un tiers intermédiaire. Une telle conception, aussi large, de la notion d'interposition de personne aboutirait alors à englober toutes les formes possibles d'intermédiation, aussi bien celles réalisées par un prête-nom ou un commissionnaire, que celles réalisées, par exemple, par un mandataire représentant, un courtier, un gérant d'affaires, un V.R.P., et pourquoi pas un traducteur, ou un médiateur (le médiateur de la République, par exemple), ou même une mère porteuse<sup>1</sup>. C'est pourquoi, il nous semble difficile de retenir sans restriction cette définition particulièrement large pour lui conférer une valeur juridique. Néanmoins, il peut s'avérer intéressant de relever un certain nombre d'éléments fondamentaux de cette définition du langage courant pour mieux appréhender la notion juridique.

36. Nous avons déjà observé que ce procédé mettait habituellement en scène trois personnages (ou catégories de personnes) : les deux parties directement intéressées à l'opération et l'intermédiaire<sup>2</sup>. Mais, il est aussi précisé que ce dernier « intervient » dans l'affaire, indiquant ainsi le caractère nécessairement actif du rôle qu'il doit jouer dans l'opération, aussi minime soit-il. En effet, l'interposé est toujours quelqu'un qui agit : juridiquement, cela signifie qu'il est personnellement l'auteur de l'acte dans lequel il intervient. Mais, par ailleurs, nous savons que l'interposé intervient dans une affaire à

---

ou écrites par des journalistes (ou des internautes) contenant les expressions "interposition de personne" ou "personne interposée" nous a permis d'en cerner à peu près le sens, dans le langage commun.

<sup>1</sup> Dans un reportage, diffusé le 23 octobre 1997, lors d'un journal télévisé (sur France 2 à 20 heures), le journaliste présentait le recours à une "mère porteuse" comme un moyen permettant « d'avoir un enfant par *personne interposée* ».

<sup>2</sup> Il en résulte une pluralité de relations possibles ayant chacune sa spécificité : partie A - intermédiaire, intermédiaire - partie B, et partie A - partie B.



laquelle il est « étranger » : en effet, impliqué personnellement dans l'élaboration de l'acte, il est étranger à son résultat, au but poursuivi. L'intervention de la personne interposée est donc une intervention altruiste, c'est-à-dire dont le résultat intéresse autrui<sup>1</sup>. Enfin, la définition précise qu'il s'interpose « dans un but de médiation » : il joue donc un rôle fondamental, dans le sens où chaque opération doit impérativement passer par lui. Il est, en quelque sorte, le maillon central dans la chaîne des participants à l'opération : rien ne peut donc, pour l'opération concernée, être transmis de l'une des extrémités à l'autre sans passer par lui. Aucun lien direct n'est *a priori* possible entre les deux protagonistes : c'est, en tout cas, ce qu'ont voulu les parties. Il reste évidemment à savoir - et c'est là l'enjeu essentiel que pose la technique de l'interposition de personne au juriste - s'il est souhaitable, et comment il est possible, de rétablir un tel lien direct entre les deux parties extrêmes.

## **B. Les définitions juridiques de la notion d'interposition de personne**

37. S'agissant des définitions proprement juridiques, nous pouvons commencer par énoncer celle du Lexique des termes juridiques Dalloz<sup>2</sup>, selon lequel l'interposition de personne est la « situation dans laquelle un acte conclu au bénéfice d'une personne doit profiter en fait à une autre ». Cette formulation peut sembler assez confuse : en effet, si un acte est conclu au bénéfice d'une personne, comment peut-il profiter en fait à une autre ? N'y a-t-il pas, dans cette définition, une contradiction évidente ? Pour tenter de la résoudre, plusieurs interprétations peuvent alors être proposées. La première, et la seule qui ne nécessiterait aucune retouche de la définition, supposerait que les mots "bénéfice" et "profit" n'aient pas un sens identique, de sorte que l'opération pourrait effectivement réaliser son "bénéfice" à l'égard de l'un, tout en réalisant son "profit" à l'égard de l'autre. Mais, une telle présentation n'a évidemment aucun fondement, car les deux termes sont bien synonymes !

Il est probable que les auteurs du Lexique ont tout simplement voulu opposer la réalité à l'apparence. L'interposition de personne serait alors la situation dans laquelle un acte conclu apparemment au bénéfice d'une personne doit profiter en fait (en réalité)

---

<sup>1</sup> L'altruisme ne doit pas être confondu avec le désintéressement : en effet, l'interposé trouve souvent, sinon toujours, un intérêt, au moins moral, à l'opération qu'il réalise.

<sup>2</sup> Raymond GUILLIEN et Jean VINCENET, « Lexique de termes juridiques », Dalloz, 1995.

à une autre. Cette technique consisterait donc à désigner dans l'acte un bénéficiaire apparent différent du bénéficiaire réel : l'interposition de personne constituerait alors une forme de simulation, ou du moins, une apparence trompeuse. Telle est l'opinion défendue par certains auteurs. Cependant, des travaux récents ont montré, de manière convaincante à notre avis, qu'il existe une forme d'interposition de personne autonome de la simulation<sup>1</sup>. Quant à la théorie générale de l'apparence, plus large que celle de la simulation, elle implique, au moins, une croyance erronée (l'erreur "commune" ou "légitime") que n'exige pas toujours la jurisprudence pour qualifier une interposition de personne. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'un mari, frappé d'une interdiction légale ou judiciaire de faire le commerce, exerce une activité commerciale par l'interposition de sa femme, au vu et au su de tout le monde : clients, fournisseurs, salariés, etc. (lesquels d'ailleurs ne connaissent parfois que le dirigeant de fait et ignorent qu'il n'est pas le dirigeant de droit)<sup>2</sup>. Il apparaît donc que cette seconde interprétation, sans être totalement dénuée d'intérêt, n'apporte pas le critère déterminant de l'interposition de personne en opposant ainsi réalité et apparence.

38. Une troisième interprétation pourrait alors être tentée en opposant les mots "en fait" à l'expression "en droit". L'interposition de personne deviendrait alors la situation dans laquelle un acte conclu en droit au bénéfice d'une personne doit profiter en fait à une autre. Qu'est-ce que cela pourrait signifier ? Dire qu'un acte est conclu "en droit" au bénéfice d'une personne signifie simplement que l'acte est juridiquement rattachée à cette personne, c'est-à-dire qu'il doit produire ou est censé produire ses effets juridiques dans le patrimoine de celle-ci. Mais, une observation plus approfondie de la réalité, notamment sous l'angle économique, permettrait de montrer qu'une autre personne est véritablement intéressée à l'opération. Il s'agirait donc d'opposer, en quelque sorte, le bénéficiaire "officiel" au bénéficiaire "réel" de l'opération. Cette dernière interprétation se rapproche davantage de la conception que nous retiendrons de l'interposition de personne, mais elle reste encore vague et implique une étude plus détaillée. Cependant, et quelle que soit l'interprétation retenue, le mérite incontestable

---

<sup>1</sup> Cf notamment J. ROUSSEAU (« Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirects », thèse Paris, 1937), qui, le premier, a adopté une conception dualiste de l'interposition de personne sous la terminologie "interposition fictive" et "interposition réelle".

<sup>2</sup> Com., 17 octobre 1989 : Bull. civ. IV, n° 252, p. 169 ; Bull. Joly 1989.999 ; Gaz. Pal. 1990.I.panor.44 - T. com. Paris, 8 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.77, note J.-J. PLOQUIN.

de la définition du Lexique Dalloz est de mettre en évidence l'existence d'une contradiction inhérente au concept d'interposition de personne. C'est elle qui rend si difficile l'appréhension de la notion par le Droit et par les tribunaux. Nous observerons d'ailleurs tout au long de notre étude les termes de cette contradiction.

39. Selon le dictionnaire *Le petit Larousse illustré*, mais toujours dans un sens juridique, l'interposition de personne serait le « fait, pour quelqu'un, de conclure un acte pour une autre personne, afin de lui faciliter l'octroi d'avantages que cette dernière ne pourrait pas obtenir directement ». La contradiction, précédemment observée, se retrouve dans une moindre mesure : en effet, un individu (la personne interposée) conclut un acte « pour une autre personne ». La contradiction oppose ici l'auteur de l'acte et le bénéficiaire. Une telle situation ne peut manquer de provoquer, dans un premier temps, l'étonnement : pourquoi un individu conclut-il un acte dont il ne sera pas le bénéficiaire ? Et pourquoi celui qui en retirera le bénéfice ne conclut-il pas lui-même l'opération ? La clé nous est immédiatement fournie par la seconde partie de la définition : « afin de lui faciliter l'octroi d'avantages que cette dernière ne pourrait pas obtenir directement ». Ainsi, l'interposition de personne est une technique qui permet d'obtenir un résultat que les procédés directs ne permettent pas d'atteindre. Cette définition met en évidence le but de l'interposition de personne - rendre efficace une opération qui ne le serait pas par l'emploi des techniques habituelles (directes) -, mais elle ne nous renseigne qu'imparfaitement sur la méthode utilisée - une méthode indirecte par recours à un intermédiaire.

40. Quelle est donc la nature exacte de l'intervention de la personne interposée ? Quel est l'élément spécifique de son intervention qui aboutit au "miracle" espéré, c'est-à-dire à l'obtention de l'avantage que le maître de l'affaire n'aurait pas pu obtenir lui-même ? L'intermédiaire disposerait-il de moyens financiers, matériels, intellectuels ou autres, plus importants que ce dernier ? La lecture de la thèse de Mme Béatrice VIAL-PEDROLETTI sur « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales »<sup>1</sup> nous permet d'y trouver des éléments de réponse intéressants. L'auteur, bien qu'ayant

---

<sup>1</sup> Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986.

consacré toute sa thèse au sujet, ne donne étrangement aucune définition personnelle de l'interposition de personne. Elle se contente, dès les premières lignes de l'introduction, de citer celle avancée par les auteurs du Lexique Dalloz : « situation dans laquelle un acte conclu au bénéfice d'une personne doit profiter en fait à une autre ». Cependant, quelques lignes plus loin, elle y apporte un aspect supplémentaire : en effet, elle précise qu'il s'agit d'un « procédé occulte », « une sorte de tromperie sur la personne, tromperie destinée à abuser un individu en particulier ou les tiers en général sur l'identité du véritable intéressé à une opération juridique », bref un « masque de la personnalité ». Ainsi, la personne interposée ne se contente pas de conclure l'acte pour autrui (aspect altruiste de son intervention), mais elle agit également de manière à dissimuler l'identité de ce dernier (aspect occulte de son intervention) : pour cela, elle devra accomplir l'opération sous son propre nom. C'est uniquement par un certain anonymat du maître de l'affaire que le but spécifique de l'interposition de personne peut ainsi se trouver réalisé : par exemple, les tuteurs peuvent se rendre adjudicataires des biens de ceux dont ils ont la tutelle, sans craindre la nullité édictée par l'article 1596 du Code civil, à la condition de ne pas apparaître dans l'acte grâce à une interposition de personne. Le même procédé permettra aussi aux dirigeants d'une société anonyme de conclure une convention avec celle-ci, sans l'autorisation imposée par l'article L. 225-38 du Code de commerce<sup>1</sup>. La jurisprudence fournit également l'exemple d'une société française qui a pu, grâce à ce procédé, commercer avec une société israélienne sans risquer de perdre sa clientèle habituelle en provenance de pays arabes<sup>2</sup>.

41. Enfin, un dernier aspect de l'interposition de personne a été mis en évidence par Anne-Marie ESSO-ASSI. Elle en donne la définition suivante : l'interposition de personne « consiste dans le fait pour une personne X..., appelée maître de l'affaire ou interposant, d'avoir recours à un intermédiaire, la personne interposée, pour conclure un acte, exercer une profession ou, de manière générale, réaliser une opération juridique dont les avantages et les charges éventuelles seront ultérieurement transférées à une personne désignée par l'interposant »<sup>3</sup> (généralement lui-même dans les actes à titre

---

<sup>1</sup> Anciennement article 101 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>2</sup> Com., 26 avril 1982 : Bull. civ. IV, n° 135, p. 120 ; JCP 1982.IV.237 ; D. 1986.233 note D. RAMBURE.

<sup>3</sup> Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987, n° 1, p. 1.

onéreux, et le gratifié réel dans les libéralités). Elle ajoute que « ce transfert des avantages est constitutif du but de l'interposition de personne », et un peu plus loin, que « le but de l'interposition de personne est [un] élément constitutif de cette technique ». Le transfert des avantages doit donc être considéré comme un élément essentiel de sa définition. Et de fait, il nous faut bien admettre que, sans lui donner pour autant l'importance que cet auteur semble lui accorder, la mise en place d'un mécanisme de transfert est souvent un indice très pertinent de reconnaissance d'une interposition de personne.

Elle est, en effet, généralement la seule réponse que les parties ont pu trouver pour pallier une difficulté que nous n'avons pas encore relevée jusqu'à présent : nous savons que c'est la personne interposée qui est l'auteur matériel de l'acte. Elle seule intervient dans l'opération, tandis que le maître de l'affaire ne devrait pas, en principe, y apparaître. L'identité de ce dernier, et souvent même son existence, sont dissimulées aux tiers. Par conséquent, étant étranger à la conclusion du contrat, et n'y étant pas représenté puisque la personne interposée agit en son propre nom, le maître de l'affaire ne peut pas *a priori* être personnellement lié par cette convention. Mais il ne peut pas davantage profiter de ses effets bénéfiques et devenir, par exemple, créancier ou titulaire d'un droit nouveau. Or, d'un autre côté, n'oublions pas que la personne interposée est censée avoir agi exclusivement pour lui, dans son intérêt : c'est donc le maître de l'affaire qui doit finalement profiter de l'opération. Comment cela est-il possible alors que son anonymat lui interdit de se voir attribuer les conséquences de l'acte ? Seul un transfert de ces conséquences par un second acte (ou par un autre moyen quelconque) permet d'aboutir à ce résultat. Par exemple, l'achat d'un bien par une personne interposée, qui agit pour un tiers mais en son nom propre, ne rend pas ce dernier directement propriétaire du bien. Il faudra procéder à une seconde "vente" entre l'interposé et ce tiers, destinataire final. Ce transfert des avantages et des charges éventuelles, quelle que soit la forme qu'il prend, est donc souvent un élément indispensable à la réalisation complète du but de l'interposition de personne.

### C. La synthèse des éléments mis en évidence

42. Il est possible, à partir des diverses observations réalisées jusqu'à présent, de retenir un certain nombre de caractéristiques fondamentales de la notion d'interposition de personne : tout d'abord, nous avons relevé le caractère *triangulaire* de l'opération, conséquence inéluctable de la présence dans celle-ci de trois personnes ayant chacune une situation spécifique, différente des deux autres. Le rôle joué par l'une de ces trois parties constitue d'ailleurs le deuxième élément mis en évidence par nos observations : il s'agit de son caractère *médiateur*. La partie qui s'interpose, bien qu'agissant pour le compte d'une des deux autres (le maître de l'affaire), le fait en son nom propre, de sorte que le lien de droit s'établit uniquement entre elle et la troisième partie (le tiers cocontractant). Les conséquences juridiques du contrat, tant positives que négatives, ne se produisent alors, dans un premier temps, que dans son seul patrimoine. Mais, sous un délai plus ou moins long, et selon des modalités diverses, un transfert des avantages et des charges éventuelles sera réalisé ensuite au profit de celui qui en était, dès l'origine, le véritable destinataire, à savoir le maître de l'affaire. Considérées dans leur ensemble, ces diverses opérations conduisent alors à regarder ce dernier comme ayant accompli lui-même l'acte initial, mais de manière indirecte, par recours à un intermédiaire.

La médiation que suppose le mécanisme de l'interposition de personne est donc une médiation juridique, et non simplement matérielle. En effet, à la différence du courtier, l'interposé ne se contente pas de mettre en relation les deux parties sans participer lui-même à l'élaboration de l'acte : il est lui-même auteur de la manifestation de volonté qui a permis la conclusion de cet acte. D'autre part, il se distingue aussi du mandataire ordinaire, dont le consentement personnel est également nécessaire pour la réalisation de l'acte, mais qui est ensuite totalement dégagé des effets juridiques du contrat, grâce au mécanisme de la représentation. L'interposé, au contraire, doit les faire transiter (au moins en apparence) dans son propre patrimoine avant de les diriger vers leur destination finale.

43. Le caractère entier de l'engagement de l'intermédiaire, qui accepte de prendre ainsi à sa charge toutes les conséquences juridiques du contrat, semble s'opposer à l'absence d'intérêt de celui-ci dans l'affaire à laquelle il participe, absence

d'intérêt qui se traduit par la mise en place de ce fameux mécanisme de transfert des avantages et des charges éventuelles résultant du contrat. Une telle implication d'un individu dans une affaire dont toutes les conséquences directes (du moins positives) sont finalement destinées à un autre, révèle alors le caractère *altruiste* de son intervention, qui constitue la troisième caractéristique de l'interposition de personne. En effet, l'interposé n'agit pas pour lui-même, mais pour le compte d'un interposant, le véritable maître de l'affaire, et généralement en se conformant strictement aux instructions précises de celui-ci.

Son rôle est plus ou moins celui d'une simple courroie de transmission : d'une part, il manifeste une volonté de contracter qui n'est pas vraiment la sienne, ou du moins qui ne devrait pas l'être s'il se contentait de s'occuper de ses propres affaires<sup>1</sup> ; d'autre part, il ne profite pas lui-même des fruits de l'opération accomplie grâce à son intervention, mais au contraire, s'empresse de les transmettre au véritable destinataire, selon des modalités prévues généralement avec soin dès l'origine. Lorsqu'il n'est pas mû par une intention libérale, son intérêt personnel à l'opération est alors suffisamment réalisé par le seul remboursement des dépenses effectuées et par l'obtention d'une commission (forfaitaire ou non) dont les modalités de calcul ont été prévues également dès l'origine. Dans ces conditions, comment pourrait-on ne pas avoir l'impression qu'il occupe dans l'acte une place qui n'est pas la sienne ? L'interposé n'est donc pas une partie au contrat comme les autres, et l'interposant un tiers *penitus extraneus* comme les autres. Nous devons leur attribuer les qualités respectives de remplaçant et de remplacé, lesquelles ne sauraient rester sans influence sur leur situation juridique par rapport au contrat.

44. Enfin, la description de l'interposition de personne ne serait pas complète sans le rappel du quatrième élément, sans doute le plus important puisque c'est sur lui que repose tout l'intérêt du recours à cette technique : il s'agit de son caractère *occulte*, de la nécessité d'un secret qui entoure l'identité du véritable maître de l'affaire. En effet, dans certaines situations, seul cet anonymat permet la réalisation d'une opération tout en échappant à certains inconvénients qui pourraient résulter de la connaissance par telle ou

---

<sup>1</sup> « L'intermédiaire se borne ainsi à « véhiculer » l'intérêt d'autrui, que sert le contrat qu'il conclut » : Laurent AYNES, « La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes », préface Philippe MALAURIE, *Economica*, Paris, 1984, n° 184, p. 134.

telle personne ou institution de l'identité du maître de l'affaire : par exemple, parce que ce dernier est frappé d'une incapacité ou d'une interdiction de réaliser une opération particulière, celle-ci serait annulée s'il ne dissimulait pas son identité. Ou bien parce qu'un des contractants ne veut pas que son nom soit associé à une affaire, même légale, mais dans laquelle il est préférable qu'il apparaisse aux yeux du public comme étranger, il choisira de recourir à une forme d'interposition de personne. Les modalités de cet anonymat, que nous observerons dans nos développements ultérieurs, peuvent se présenter sous des formes extrêmement variées : ce que nous pouvons dès maintenant en retenir, c'est la conséquence qui en résulte sur le mode d'action de la personne interposée. En effet, celle-ci ne peut, en aucun cas, se présenter comme agissant au nom du maître de l'affaire, car l'identité de ce dernier doit absolument rester confidentielle. Elle devra donc nécessairement agir en son nom propre, et admettre en conséquence que le lien de droit soit établi sur sa propre tête.

45. Finalement, l'ensemble de ces caractéristiques peuvent se résumer ou se rattacher à la formule suivante : il y a interposition de personne lorsqu'un individu agit « *pour le compte d'autrui, mais en son nom propre* ». Outre les quatre aspects fondamentaux que nous venons de mettre en évidence, nous retrouvons enfin dans cette formule un élément essentiel du concept d'interposition de personne que nous avons relevé dans nos précédentes observations : c'est l'existence de cette *contradiction*, dont nous avons dit qu'elle était inhérente à toute interposition de personne, et qui se traduit par la préposition « mais » opposant les deux parties de la formule.

En effet, le juriste est confronté à un dilemme : s'il rattache les conséquences de l'acte uniquement à la personne interposée, il entre alors dans le jeu des parties, le plus souvent au détriment de tiers victimes de la manœuvre ou du respect d'une disposition impérative de la loi, car il ignore ainsi totalement le fait que l'interposé n'agissait pas pour lui, mais pour autrui. Mais, d'un autre côté, s'il fait reposer les effets du contrat sur le véritable maître de l'affaire, soit par substitution de ce dernier à la personne interposée, soit par adjonction de l'un à l'autre, il s'oppose à la volonté des parties (action en nom propre) et aux principes de base du droit des obligations que sont l'effet relatif des contrats (le maître de l'affaire est juridiquement un tiers par rapport au contrat conclu par la personne interposée), la force obligatoire de ceux-ci (le tiers cocontractant



a donné son consentement au contrat dans lequel la personne interposée se présentait comme agissant en son propre nom) et d'une manière générale à la toute puissance (de principe) reconnue par le Code civil à la volonté des parties.

C'est donc dans cette formule et dans la problématique qu'elle contient que se situe, à notre avis, l'essence même du concept d'interposition de personne : nous les retiendrons comme les prémisses que le présent paragraphe avait pour objet de déceler dans les sources d'influence du droit positif. Mais, avant de poursuivre nos investigations par un examen des sources directes du droit positif, il nous semble intéressant de tenter, déjà à ce niveau, une première analyse juridique de la notion d'interposition de personne au vu des éléments que nous possédons.

## § 2 : Une première tentative de qualification juridique

46. « Traiter une affaire, en débattre les conditions et, l'affaire traitée, n'en pas prendre pour soi les bénéfices et les charges, mais les laisser au compte d'une autre personne avec laquelle on s'était préalablement entendu [...], c'est faire acte de *mandataire* »<sup>1</sup> : c'est à cette conclusion que la jurisprudence, constante sur ce point depuis les plus anciens arrêts rendus en la matière, et la doctrine quasi unanime, ont toujours abouti lorsqu'elles se sont intéressées aux différentes techniques d'action en nom propre, pour le compte d'autrui, et notamment à la convention de prête-nom et au contrat de commission. Il est vrai que la nature précise de ce type particulier de mandat a été souvent discutée et diversement qualifiée, mais la référence à la technique du mandat comme "toile de fond" n'a jamais été véritablement remise en cause, tant elle paraît incontestable. Il ne nous semble cependant pas inutile de vérifier, à partir des éléments précédemment relevés, le bien-fondé de cette conclusion. Une telle étude nous permettra ainsi de constater qu'au delà des nombreux points de convergence (A), certaines différences notables apparaissent entre la technique du mandat traditionnel, tel qu'il est défini par le Code civil, et celle de l'interposition de personne (B). Cette observation nous conduira alors à affiner notre analyse de l'interposition de personne et

---

<sup>1</sup> André PONCET, « Du prête-nom », thèse Paris, 1901, n° 1, p. 2.

à proposer, du moins à titre provisoire, une première qualification, certes basée sur la technique du mandat, mais corrigée en fonction des différences que nous aurons relevées (C).

### **A. Les points de convergence avec le mandat**

47. Les rapports juridiques entre la personne interposée et le maître de l'affaire doivent être construits sur l'idée de mandat : telle est l'opinion professée depuis toujours par la doctrine, et suivie très largement par la jurisprudence. Ainsi, les obligations respectives du prête-nom et de l'emprunteur de nom, par exemple, ou celles du commissionnaire et du commettant, sont soumises aux dispositions du Code civil contenues dans son titre relatif au mandat : la personne interposée est tenue d'accomplir le mandat qui lui a été confié et d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille (articles 1991 et 1992 du Code civil). Elle doit se conformer strictement aux instructions qu'elle a reçues et respecter les limites de sa mission, sous peine d'engager sa responsabilité vis-à-vis du maître. Comme tout mandataire, elle est tenue de rendre compte de sa gestion (article 1993 du Code civil), c'est-à-dire de rendre état de tout ce qu'elle a reçu pour le compte de son mandant et de lui transférer, d'une manière ou d'une autre, les bénéfices de l'opération. Comme tout mandataire, sa responsabilité pénale peut également se trouver engagée, lorsqu'elle détourne et emploie à son usage personnel les sommes ou objets qu'elle détient pour le compte de l'interposant : en effet, elle tombe alors sous le coup de l'article 314-1 du Code pénal (ancien article 408) qui punit l'abus de confiance.

De son côté, le maître de l'affaire, comme tout mandant, est tenu de décharger la personne interposée des obligations qu'elle a contractées pour lui et de lui rembourser les avances qu'elle a faites pour l'exécution du mandat (article 1999 du Code civil). Il doit encore l'indemniser des pertes qu'elle a subies à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (article 2000 du code civil). Enfin, il doit lui payer la rémunération éventuelle prévue au contrat, quelle que soit la forme et le nom qu'elle peut prendre (commission, salaire, honoraire, participation aux bénéfices, etc.).

48. Il est évident que cette application jurisprudentielle du régime du mandat aux diverses situations d'interposition de personne, du moins dans les rapports entre la personne interposée et le maître de l'affaire, ne peut s'expliquer que si celles-ci répondent, au moins en partie, à la définition et aux caractéristiques de celui-là. Ainsi, selon la définition du *Littré*, le mandat est le « contrat par lequel on commet le soin d'une affaire à quelqu'un qui s'en charge » : tel est bien également le but de l'interposition de personne. En effet, l'interposé, comme tout mandataire, reçoit du maître de l'affaire une mission qui doit le conduire à accomplir un certain nombre d'opérations juridiques pour le compte de son mandant, l'interposant. L'intervention de l'interposé, comme celle du mandataire, est donc altruiste, puisqu'il n'agit pas pour lui-même, mais pour le compte d'une personne qui l'a chargé d'une mission. Dans les deux cas (interposition de personne et mandat), cette intrusion de l'intermédiaire dans une affaire qui ne le concerne pas *a priori*, confère alors à la situation une physionomie particulière : celle d'un triangle reliant entre elles les trois personnes concernées (mandataire, mandant et tiers cocontractant) et conférant ainsi à chacun d'elles une place qui lui est spécifique.

On sait, en outre, que l'opération de mandat se déroule habituellement en trois temps : d'abord, un accord (le mandat) est conclu entre le mandant et le mandataire en vue de conférer à ce dernier une mission de remplacement ; puis l'opération principale, pour laquelle il a reçu mission, est réalisée par le mandataire sous la forme de conventions conclues avec des tiers ; enfin une reddition de comptes intervient entre le mandataire et son mandant, par laquelle ce dernier restitue les sommes qu'il a pu recevoir des tiers et obtient remboursement de ce qu'il a pu être amené à payer pour le compte du mandant. Or, on retrouve également ces trois étapes dans l'opération d'interposition de personne : l'interposé, dans le cadre d'une convention de prête-nom ou d'un contrat de commission, par exemple, reçoit mission de l'interposant (c'est le contrat de mandat), puis il conclut un ou plusieurs actes juridiques avec les tiers cocontractants (ce sont les opérations principales), et enfin il en transfère, par un moyen quelconque, les avantages et les charges éventuelles à son véritable destinataire, l'interposant (c'est l'opération de reddition de comptes). Mais une observation plus attentive de l'interposition de personne devrait nous amener cependant à nuancer cette thèse de l'analogie parfaite entre les deux techniques.

## B. Les limites de la qualification de mandat

49. Un rapide examen de la jurisprudence nous permet immédiatement de déceler un certain nombre de situations dans lesquelles l'interposition de personne ne prend pas formellement sa source dans un véritable contrat de mandat conclu, d'une manière explicite et préalable, entre le maître de l'affaire et la personne interposée. Sans parler des difficultés évidentes que rencontrent généralement les victimes de l'interposition de personne pour prouver une convention que les parties ont, par définition, voulu garder secrète, c'est bien la question de l'existence même d'une telle convention qui est en cause dans ce genre de situations. En effet, la conclusion d'un mandat, même s'il s'agit d'un mandat *sui generis* selon la formule employée par un célèbre arrêt du siècle dernier<sup>1</sup>, suppose au moins la prédétermination d'une mission précise que le maître de l'affaire confie au mandataire, suivie de l'acceptation de celle-ci par ce dernier. Lorsque cela leur est possible, les juges ne manquent jamais de relever, à partir des indices qui leur sont donnés de connaître, la « collusion » qui existe entre les parties. Mais cela suffit-il à qualifier cette simple entente de véritable mandat ? La personne interposée agit-elle toujours uniquement sur les instructions du maître de l'affaire et dans le cadre d'une "mission" que ce dernier lui aurait conférée, au moins implicitement ?

En réalité, deux situations d'interposition de personne peuvent faire douter que la qualification de mandat soit toujours parfaitement adaptée : il s'agit d'abord de l'hypothèse dite de l'interposition "forcée" (1), dans laquelle l'interposé se trouve contraint de jouer ce rôle d'intermédiaire, dans la mesure où il est entièrement sous le contrôle du maître de l'affaire. Dans ce cas, il n'est nul besoin d'établir un quelconque contrat de mandat entre eux pour assigner une mission à l'intermédiaire, puisque le maître de l'affaire a déjà, par avance, la maîtrise totale des activités de celui-ci. La seconde hypothèse est celle où, au contraire, la personne interposée intervient spontanément dans les affaires du maître, sans révéler aux tiers sa qualité de gérant d'affaires, et en agissant *proprio nomine* (2). Dans une telle hypothèse, l'intermédiaire

---

<sup>1</sup> Req., 25 janvier 1864 : DP 1864.1.282 ; S. 1864.1.105 : « attendu que le mandat proprement dit ne doit pas être confondu avec le mandat *sui generis*, connu sous la dénomination de prête-nom ».

n'agit pas sur les instructions du maître, puisque son intervention est spontanée. Ce dernier ignore généralement la gestion et ne lui a, en tout cas, confié aucune mission. Ces deux situations particulières méritent donc d'être plus attentivement étudiées.

### **1. L'hypothèse de l'interposition de personne dite "forcée"**

50. Le mandat n'étant pas un contrat solennel, aucune forme particulière n'est requise pour sa formation. Aussi n'est-il pas étonnant de reconnaître l'existence d'un mandat entre le maître de l'affaire et la personne interposée en l'absence d'un quelconque écrit, sous réserve toutefois des hypothèses où celui-ci serait, conformément au droit commun du mandat, une condition de preuve de ce contrat. Les parties peuvent donc manifester leur intention commune de conclure cette convention sous les formes les plus diverses : par un acte authentique ou un acte sous seing privé, par un échange de correspondances, au cours d'une conversation téléphonique, par de simples gestes, voire, de manière tacite, par leur silence ou leur comportement tel un commencement volontaire d'exécution. Il arrive même que l'existence du contrat de mandat puisse être déduite implicitement des stipulations d'une autre convention conclue entre le maître de l'affaire et la personne interposée, et qui cependant n'en faisait aucune mention expresse : par exemple, dans l'hypothèse de la vente fictive d'un bien par son propriétaire à un prête-nom en vue de le soustraire au droit de gage de ses créanciers, la contre-lettre, par laquelle les parties proclament le caractère fictif de la vente, contient implicitement un mandat donné par le vendeur apparent, qui est resté le véritable propriétaire, à l'acheteur apparent, son prête-nom, d'accomplir pour lui tous les actes matériels et juridiques inhérents à sa qualité de propriétaire apparent, et notamment tous les actes conservatoires qui se révéleront nécessaires. L'absence de formalisme exigé pour la conclusion du contrat de mandat permet donc à la jurisprudence de donner cette qualification aux hypothèses les plus diverses d'interposition de personne, y compris le cas échéant grâce à l'utilisation plus ou moins artificielle de la notion de mandat implicite.

51. Il reste toutefois des situations d'interposition de personne dans lesquelles le recours à la qualification de mandat, même implicite, ne semble pas possible. Il en est

ainsi des nombreuses hypothèses d'interposition dite "forcée" : il arrive en effet que l'accomplissement d'une opération par la personne interposée au profit d'un tiers, mais *proprio nomine*, ne soit pas proprement volontaire, mais résulte d'une contrainte exercée sur elle par ce dernier. Lorsque la contrainte est purement matérielle, elle ne s'oppose pas à la qualification de mandat, puisqu'au contraire ce genre de pression a précisément pour objectif d'obtenir la conclusion forcée de ce contrat : la jurisprudence présente, par exemple, la situation d'un gérant de fait d'une SARL qui avait choisi comme gérante statutaire, c'est-à-dire comme prête-nom, une personne sur laquelle il « avait autorité », en l'espèce une personne qui était jusqu'alors employée par sa femme comme serveuse de restaurant<sup>1</sup>. L'interposition était alors "forcée" dans la mesure où le prête-nom n'avait pas la possibilité matérielle de refuser de jouer ce rôle, sous peine d'être privé de son emploi. De même, on doit incontestablement reconnaître le caractère forcé de l'interposition dans une affaire où, suite au refus d'une personne de servir de prête-nom dans une opération de vente fictive, le maître de l'affaire avait présenté au notaire une autre personne, demeurée inconnue, qui avait signé l'acte litigieux en ses lieu et place<sup>2</sup>. Dans ces hypothèses, une action en nullité de l'acte pour vice ou défaut de consentement et en inscription de faux en écritures permettraient sans doute de contester la réalité ou la liberté du consentement de la personne interposée à la conclusion du contrat de mandat. Mais, du moins tant que ces actions n'ont pas abouti, la personne interposée peut recevoir la qualité de mandataire, puisque le mandat, même vicié, a au moins une existence.

Au contraire, il existe d'autres formes d'interposition forcée, qui résultent d'une contrainte que l'on pourrait qualifier de "juridique" et contre laquelle toute tentative de résistance *a priori* et de délivrance *a posteriori* est strictement impossible, et qui ne prennent leur source dans aucune convention préalable. En effet, la personne interposée se trouve engagée dans le processus d'interposition de personne, ni avec, ni contre son gré, car elle ne dispose pas de la faculté ou de la capacité d'exprimer elle-même une volonté personnelle juridiquement efficace ; mais, elle s'y trouve cependant engagée contre son intérêt, et au profit et par la seule volonté de celui-là même que la loi a désigné pour défendre ses intérêts et exercer à sa place et en son nom les droits dont elle

---

<sup>1</sup> Crim., 25 mai 1988 : pourvoi n° 87-82.613.

<sup>2</sup> Crim., 4 mars 1986 : pourvoi n° 86-90.074

est titulaire. Il s'agit de l'hypothèse du dirigeant d'une société qui utilise celle-ci comme prête-nom dans une affaire où il est personnellement intéressé, ou du représentant légal d'un incapable majeur ou mineur qui utilise son pouvoir et le nom de l'incapable pour réaliser une opération qui lui profite personnellement.

52. De telles situations répondent indiscutablement à la définition sommaire que nous avons retenue de l'interposition de personne : la société, comme l'incapable, est amenée, par la volonté de son représentant, à accomplir une ou plusieurs opérations juridiques *en son nom propre, mais pour le compte d'autrui*, à savoir précisément pour le compte de son représentant, mais pris en sa qualité personnelle. Pourtant, il semble difficile de considérer qu'un contrat de mandat soit à la base de cette interposition de personne : en effet, la société ou l'incapable n'étant pas en mesure d'exprimer une quelconque volonté, il faudrait admettre que c'est au représentant, *es* qualité, qu'il appartiendrait d'accepter un tel mandat, conféré par le maître de l'affaire, c'est-à-dire par lui-même, mais cette fois-ci agissant à titre personnel. Il y aurait alors une sorte de contrat de mandat conclu par le représentant avec lui-même (en ses deux qualités différentes), mais sans aucune extériorisation de cette double volonté puisque le détournement de pouvoir doit, autant que possible, rester caché. Or, même pris en ses deux qualités, il nous semble pour le moins artificiel de considérer que le maître de l'affaire se donne à lui-même une mission dans le cadre d'un contrat de mandat secret qu'il conclurait avec lui-même : en effet, même s'il a deux qualités différentes, il reste une seule et même personne et ne peut pas donc pas matériellement se donner d'ordres ou de missions à lui-même.

53. A défaut d'une intervention de la personne interposée sur instructions du maître de l'affaire, il nous semble alors que cette situation doit être analysée comme une sorte de gestion d'affaires, entendue dans son sens large, c'est-à-dire comme une action spontanée de la personne juridiquement interposée (la société ou l'incapable) pour le compte du maître de l'affaire (le représentant, pris en sa qualité personnelle). Cette seule définition suffit à mettre en évidence le détournement de pouvoir, puisqu'une société ou un incapable ne peuvent accomplir, par l'intermédiaire de leurs représentants, que des opérations établies pour leur propre compte : dès lors, il paraît incontestable que le



représentant commet une faute en utilisant le pouvoir et la maîtrise qu'il a du nom du représenté pour son compte personnel. Cependant, cette faute n'est pas, par elle-même, suffisante pour provoquer l'anéantissement inconditionnel de l'opération. Celle-ci est, en effet, soumise au régime commun de la gestion d'affaires (au sens large), et à ce titre, pourrait produire tous ses effets si la gestion était ratifiée par le maître (par exemple, par le mineur devenu majeur) ou déclarée judiciairement utile pour lui. Finalement, le problème de l'interposition dite "forcée" n'est donc pas autre chose que celui de la gestion d'affaires, avec simplement une probabilité beaucoup plus grande de voir l'opération rendue inefficace à cause du détournement de pouvoir qu'elle implique.

## **2. L'hypothèse de la gestion d'affaires *proprio nomine***

54. La gestion d'affaires, entendue dans son sens large, peut être définie comme toute intervention *spontanée* d'une personne dans les affaires d'une autre. Elle est donc traditionnellement exclue par la doctrine quasi unanime de la qualification d'interposition de personne puisqu'elle est, par définition, exclusive de la qualification de mandat. Pourtant, un auteur isolé a émis depuis longtemps l'idée que, lorsque le gérant d'affaires agit en son nom propre, il doit lui aussi, au même titre que n'importe quel mandataire agissant *proprio nomine*, recevoir la qualification de prête-nom (et donc de personne interposée). Au regard de la définition temporaire que nous avons retenue de l'interposition de personne (action en nom propre, pour le compte d'autrui), nous ne voyons, en effet, aucune raison d'exclure la gestion d'affaires *proprio nomine* de cette qualification : le gérant d'affaires agit pour le compte d'autrui, de sorte que sa motivation - altruiste - est bien en contradiction avec la forme de son intervention - à savoir, en son nom propre.

Doit-on alors ajouter à la définition de l'interposition de personne l'exigence d'un accord préalable entre le maître de l'affaire et la personne interposée ou peut-elle résulter d'une simple décision unilatérale et spontanée de cette dernière ? Dans la mesure où les textes faisant référence à la technique de l'interposition de personne ne nous apportent aucun élément de réponse, et étant rappelé le caractère nécessairement arbitraire des définitions doctrinales, les deux opinions sont également défendables. Toutefois, il nous semble préférable de regrouper, sous le même concept, la situation du

mandataire agissant en son nom propre et celle du gérant d'affaires agissant également en son nom propre, car l'une et l'autre sont caractérisées par la même contradiction entre la motivation de l'acte (pour le compte d'autrui) et la forme de cette action (en son nom propre). En outre, les deux situations ne sont pas, malgré leurs différences indiscutables, tellement éloignées l'une de l'autre, puisqu'il est arrivé que l'on désigne parfois la gestion d'affaires comme un quasi-mandat<sup>1</sup>.

### C. La qualification de mandat (ou quasi-mandat) sans représentation

55. Ce mandat (ou quasi-mandat) particulier que constituerait la technique de l'interposition de personne ne répond pas parfaitement à la définition qu'en donne le Code civil : il a une spécificité qui tient à la forme de l'intervention du mandataire, à savoir une intervention *proprio nomine*, et à toutes les conséquences qui doivent alors en résulter. Le caractère occulte de l'interposition de personne, c'est-à-dire l'obligation dans laquelle se trouve l'interposé de garder secrète l'identité du véritable maître de l'affaire, interdit toute action formelle au nom de l'interposant. Tenue dès lors d'agir en son nom propre, la personne interposée se trouve ainsi personnellement engagée par l'acte qu'elle a accompli pour le compte de l'interposant, et doit en supporter elle-même toutes les conséquences juridiques. Sur ce point, la différence avec le contrat de mandat traditionnel est donc essentielle : en effet, grâce au mécanisme de la représentation, le mandataire ordinaire, celui qui agit au nom du mandant, est totalement déchargé des conséquences de l'acte, car le lien de droit est établi directement sur la tête du mandant, comme si ce dernier avait lui-même accompli l'opération. Au contraire, l'interposition de personne contraint l'interposé à établir le lien de droit sur sa propre tête, et s'oppose, en principe, à la création d'un lien juridique direct entre le maître de l'affaire et le tiers cocontractant.

56. C'est donc finalement le seul mécanisme de la représentation qui semble différencier la technique de l'interposition de personne du mandat traditionnel. Or, malgré la définition qu'en donne l'article 1984 du Code civil, il est aujourd'hui admis

---

<sup>1</sup> Alain BÉNABENT, « Droit civil. Les obligations », collection « Domat droit privé », Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 454, p. 278.

que la représentation a acquis une autonomie certaine par rapport au contrat de mandat : à quelques exceptions près<sup>1</sup>, la plupart des auteurs reconnaissent désormais que la représentation n'est pas de l'essence du mandat, mais seulement de sa nature. C'est pourquoi, il a été proposé depuis fort longtemps de donner à l'interposition de personne la qualification de "mandat sans représentation" (ou quasi-mandat sans représentation). En effet, puisqu'il agit pour le compte d'autrui, l'interposé est bien un mandataire ; mais, parce qu'il agit en son nom propre, l'interposé n'est pas un représentant. C'est donc *a priori* sur la base de cette double proposition que le régime de l'interposition de personne doit être construit. Les relations juridiques établies entre le maître de l'affaire et la personne interposée sont identiques à celles du mandant et du mandataire. Mais les relations juridiques avec les tiers cocontractants sont limitées à la seule personne interposée, tandis que le maître de l'affaire reste absolument étranger par rapport aux contrats conclus pour lui par la personne interposée, mais en son nom propre. Nous retiendrons donc, du moins à titre provisoire, cette première qualification juridique, et tenterons d'en vérifier le bien-fondé au regard des sources directes du droit positif (loi et jurisprudence).

---

<sup>1</sup> Philippe LE TOURNEAU, Rép. civ. Dalloz, v° « Mandat », 2000, n° 65, p. 13.



## SECTION 2 : LA NOTION D'INTERPOSITION DE PERSONNE

### DANS LES SOURCES DIRECTES DU DROIT POSITIF

57. L'utilisation, par le législateur, de l'une ou l'autre des expressions "interposition de personne" ou "personne interposée" n'est pas un phénomène ponctuel et marginal. Au contraire, nos recherches nous ont permis de recenser un nombre important de textes contenant une ou plusieurs références à la notion d'interposition de personne<sup>1</sup>, et qui concernent des domaines les plus variés<sup>2</sup>. Pourtant, aucun de ces textes n'apporte la moindre définition du concept, ni même le début d'une explication sur le sens que le législateur entend lui donner. Ce silence doit-il alors être interprété comme étant un signe de la volonté du législateur de s'en remettre entièrement au langage courant ou convient-il, malgré tout, de chercher à dégager un sens spécifique à ces

---

<sup>1</sup> Au moins 71 textes législatifs et réglementaires actuellement en vigueur, auxquels s'ajoutent au moins 14 textes aujourd'hui abrogés et un nombre important de circulaires ou d'instructions ministérielles, de règlements intérieurs (barreaux, cercles de jeux ...), et de clauses contractuelles (contrats de travail ou conventions collectives) portés à la connaissance du juriste par certaines décisions judiciaires qui en relèvent les termes pour les besoins de l'affaire jugée.

<sup>2</sup> Droit des libéralités et des incapacités, mais aussi droit des sociétés, droit des procédures collectives et droit commercial général, droit pénal, droit fiscal et douanes, droit de la santé publique, droit de la construction et de l'habitation, condition des étrangers en France, droit du sport et droit des loisirs, statuts des notaires et des avocats, etc.

expressions lorsqu'elles sont employées dans un contexte juridique ? Pour le langage courant, la notion de "personne interposée" n'a pas de sens plus précis que celui d'intermédiaire, dont elle constitue un synonyme. Or, il semble *a priori* que le législateur n'ait pas voulu donner à la notion un autre sens que celui-ci : ce ne serait pas trahir sa volonté que de remplacer, partout où elle se trouve, la formule « par personne interposée » par la formule « par intermédiaire ». En effet, tous ces textes, malgré leur extrême diversité, présentent une structure analogue et utilisent le concept d'interposition de personne dans un même but : il s'agit toujours de déjouer une pratique visant à contourner légalement l'application d'une règle impérative qui vient d'être énoncée à l'encontre d'une ou plusieurs catégories de personnes déterminées, en étendant son champ d'application à toute autre personne physique ou morale dont l'intervention masquerait en réalité celle de l'une des personnes visées par le texte. En d'autres termes, il s'agit d'affirmer que l'on ne peut pas faire indirectement, par recours à un intermédiaire, ce que le texte interdit de faire directement, ou que l'on ne peut pas échapper à une obligation (fiscale, par exemple) en dissimulant, par recours à un intermédiaire, une partie de ses activités ou une partie de son patrimoine.

Il paraît toutefois évident que le législateur ne vise, sous la dénomination de "personnes interposées", que les intermédiaires dont l'intervention serait susceptible de constituer un obstacle juridique à l'application normale des prescriptions du texte. Ainsi, ne sont pas concernés, par exemple, le courtier qui se contente de mettre en relation les parties à l'opération, ou bien le mandataire représentant ordinaire dont la participation à la conclusion du contrat n'empêche pas l'établissement des relations juridiques directes entre les seules parties intéressées. Les deux aspects de la notion d'interposition de personne mis en évidence dans nos développements précédents, et résumés par la formule « action en nom propre pour le compte d'autrui », sont donc, bien évidemment, incluses dans la conception légale de cette notion.

58. Mais, par ailleurs, le but du législateur étant d'empêcher toute échappatoire illégitime à l'application de la règle impérative, il convient de donner à la notion d'interposition de personne le sens le plus large possible : toute autre définition plus restrictive ne respecterait pas cet objectif et doit, en conséquence, être écartée. Nous avons déjà observé que la distinction entre interposition de personne et prête-nom

fondée sur le caractère gratuit ou onéreux de l'opération principale, proposée par certains auteurs, n'est pas conforme à la volonté du législateur : la notion d'interposition de personne ne peut se restreindre au seul domaine des libéralités. Le critère de distinction fondé sur la qualité de complice ou de victime du tiers cocontractant, c'est-à-dire sur sa connaissance et sa participation à la contre-lettre ou, au contraire sur son ignorance de l'existence de celle-ci, n'est pas davantage opérationnelle : peut-on imaginer, par exemple, qu'une convention conclue entre une société anonyme et l'un de ses dirigeants, par recours à un intermédiaire, serait soumise à l'autorisation exigée par l'article L. 225-38 du Code de commerce<sup>1</sup> seulement si le tiers cocontractant, c'est-à-dire la société elle-même, connaissait la qualité réelle de l'intermédiaire, tandis que cette autorisation ne serait pas nécessaire si la société ignorait cette qualité, puisqu'alors l'intermédiaire ne pourrait plus être qualifié de personne interposée ? Quant à l'article 1596 du Code civil, il serait totalement vidé de sa substance, si la nullité de la vente des biens du mineur au profit d'un intermédiaire dissimulant en réalité le tuteur ne pouvait être prononcée qu'au cas où le tiers cocontractant, c'est-à-dire le mineur lui-même, aurait connu et participé à la contre-lettre. Le prête-nom, défini comme un mandataire agissant pour le compte d'autrui, mais en son nom propre, ne peut donc être exclu de la qualification de personne interposée.

Mais celle-ci doit également s'appliquer au commissionnaire que l'article L. 132-1 du Code de commerce définit lui-même comme « celui qui agit en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant » : dès lors, doit être rejeté tout critère supplémentaire de l'interposition de personne qui aboutirait à exclure ce mode d'action, par exemple fondé sur le caractère civil ou commercial de l'interposition ou sur une distinction entre simulation et dissimulation. En effet, le commissionnaire se différencie du prête-nom par le caractère ostensible de son activité d'intermédiaire agissant en nom propre pour le compte d'autrui, ce qui empêche toute simulation sur sa qualité réelle : il garde secret l'identité du commettant, mais ne se présente pas, pour autant, comme agissant pour son propre compte. Aussi, s'il suffisait, par exemple, pour échapper à l'application de l'article 35 du Code général des impôts - qui soumet à l'imposition sur les bénéficiaires industriels et commerciaux les « personnes qui, à titre professionnel, effectuent [...] directement ou par personne interposée, des

---

<sup>1</sup> Anciennement article 101 de la loi du 24 juillet 1966.

opérations à terme sur marchandises » sur les marchés visés par cet article -, d'effectuer les mêmes opérations par l'intermédiaire d'un commissionnaire, la précision relative à l'interposition de personne perdrait alors une grande partie de son intérêt.

59. Il existe cependant une condition à propos de laquelle une hésitation est possible pour respecter au mieux la volonté du législateur sur le sens à donner à la notion d'interposition de personne : en effet, tous ces textes visent à assurer une meilleure efficacité à la règle impérative qu'ils édictent, en évitant que le recours à la technique de l'interposition de personne ne permettent à ses destinataires de la contourner. Ils ont donc tous pour objectif d'empêcher une utilisation frauduleuse de la personnalité physique d'un individu ou de la personnalité morale d'un groupement (et de l'indépendance juridique qui en résulte) comme un écran à l'application normale de la règle. C'est pourquoi certains auteurs, principalement au siècle dernier, ont estimé que la fraude était de l'essence même de l'interposition de personne<sup>1</sup>. Et de fait, aucun texte, à ce jour, ne fait référence à cette technique en dehors d'une hypothèse de fraude. Deux interprétations sont donc possibles : soit cette fraude est inhérente à la notion d'interposition de personne, soit le législateur n'a souhaité intervenir que dans les cas d'interposition frauduleuse, ce qui n'empêche pas qu'il puisse exister des situations d'interposition de personne non frauduleuses.

C'est alors à ce niveau que la construction doctrinale, guidée par les exigences et intérêts de la connaissance scientifique, peut prendre le pas sur la seule interprétation exégétique des textes. En effet, si le législateur mentionne, dans les textes susvisés, la technique de l'interposition de personne, c'est pour observer qu'elle constitue un écran à l'application ordinaire de la loi et décider qu'il convient de faire "sauter" l'obstacle qu'elle a ainsi établi. Or, il semble bien que toute action réalisée en nom propre pour le compte d'autrui, lorsqu'elle n'est pas frauduleuse, pose exactement le même problème au juriste et commande toujours des solutions de même nature. L'observation de cette analogie, par l'étude successive du régime applicable aux situations d'interpositions de

---

<sup>1</sup> « C'est une fraude, voilà bien pourquoi elle se cache » : DEMOLOMBE, « Donations et testaments », n° 639, cité par Prosper BOURGUIGNON, qui était du même avis : Prosper BOURGUIGNON, « Notion juridique de l'interposition de personne », thèse Paris, 1906, p. 8. Au contraire, à la même époque : Louis DEMARTIAL, « Étude critique sur l'interposition de personnes », thèse Paris, 1912, p. 19. Rappelons également la position ambiguë de Béatrice VIAL-PEDROLETTI (« L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986) : « L'interposition de personnes peut servir toutes sortes de fins » (p. 2), mais aussi « L'interposition étant par nature un procédé frauduleux [...] » (p. 464).



personne frauduleuses (§ 1), puis aux situations d'interpositions de personne non frauduleuses (§ 2), permettra alors, sans doute, de montrer l'intérêt de les regrouper sous un concept unique.

## **§ 1 : Les situations d'interpositions de personne frauduleuses**

60. S'il est incontestable que le législateur est intervenu, à plusieurs reprises, pour préciser que telle interdiction ou telle obligation frappant certaines catégories de personnes doit être étendue également à toutes personnes interposées de celles-ci, son intervention est restée ponctuelle : il n'a jamais posé de principe général en ce sens. Les tribunaux ont donc eu à connaître de très nombreuses situations dans lesquelles une règle impérative avait été détournée grâce à une interposition de personne, mais dans un domaine où le texte était resté lui-même muet sur l'emploi de cette technique. Il aurait été alors particulièrement choquant de laisser ce procédé produire les effets escomptés sous le prétexte que le législateur n'avait pas prévu expressément cette hypothèse. La jurisprudence a donc toujours posé et respecté le principe selon lequel il n'est pas possible de faire indirectement, par personne interposée, ce qu'il n'est pas possible de faire directement. Les fraudes (ce mot étant entendu dans un sens très large) que l'interposition de personne permet de réaliser sont très nombreuses. Mais, dans tous les cas, dès lors que l'interposition est démontrée, les juges appliquent la loi comme si c'était le maître de l'affaire lui-même qui avait accompli l'opération.

Par exemple, lorsque l'achat d'un bien par un prête-nom pour le compte de l'emprunteur de nom a pour objectif ou pour résultat de faire échapper ce bien au droit

de gage des créanciers de l'emprunteur de nom, les tribunaux permettent à ceux-ci de pratiquer une saisie, alors même que leur débiteur n'en est pas et n'en a jamais été juridiquement propriétaire<sup>1</sup>. De même, sous l'empire des lois révolutionnaires concernant les communautés religieuses, un grand nombre de décisions judiciaires du XIX<sup>e</sup> siècle avaient systématiquement annulé les conventions passées pour le compte de communautés non autorisées par des prête-noms membres de celles-ci, comme si elles avaient été réalisées directement par les communautés elles-mêmes<sup>2</sup>. Le respect de l'esprit de la loi impose évidemment ces solutions, mais pas celui de sa lettre : en effet, si l'incapacité posée par le texte vise la congrégation religieuse, elle ne vise pas, dans le silence du texte, les membres de celle-ci ; si l'article 2092 du Code civil accorde aux créanciers un droit de gage général sur tous les biens mobiliers et immobiliers de leur débiteur, il ne leur permet pas de saisir un bien appartenant à un individu, le prête-nom, qui n'est pas leur débiteur. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les fondements juridiques de telles dérogations. Nous pourrions alors constater les insuffisances de la théorie de la simulation (A), ainsi que les limites de la théorie de la fraude (B).

#### A. Les insuffisances de la théorie de la simulation

61. « Toute personne intéressée, déclarait PLANIOL<sup>3</sup>, aura le droit de démasquer [l'intervention d'un prête-nom], et en faisant apparaître le nom du véritable intéressé, de se prévaloir des conséquences avantageuses que l'exacte application de la loi pourra avoir pour elle ». Une opinion de même nature était émise par LAROMBIÈRE<sup>4</sup> : « que demandent-ils [les tiers victimes] ? Un retour à la vérité des actes, à la réalité des choses. Ils demandent [à] en revenir à ce qui est, à ce qui n'a pas cessé d'être un seul instant. Ils demandent que la dissimulation soit percée à jour, le déguisement démasqué, la simulation découverte. C'est un masque, un voile qui couvre et cache la vérité ; ils le

<sup>1</sup> Paris, 11 juillet 1990 : D. 1991.33, note LARROUMET - Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1989 : Bull. civ. I, n° 52, p. 34 ; RTD civ. 1989.544 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1976 : Bull. civ. I, n° 64, p. 51 ; JCP 1976.IV.119 - Com. 27 juin 1973 : Bull. civ. IV, n° 227, p. 204.

<sup>2</sup> Cf notamment : Req., 19 juillet 1882 : DP 1882.1.451 - Grenoble, 6 avril 1881 : DP 1882.2.9 - Nancy, 15 juin 1878 : DP 1879.2.236 - Civ., 9 novembre 1859 : DP 1860.1.70 - Req., 15 décembre 1856 : DP 1857.1.97.

<sup>3</sup> Marcel PLANIOL, « Traité élémentaire de droit civil », tome II, n° 2271 (cité par André PONCET, « Du prête-nom », thèse Paris, 1901, n° 65, p. 148).

<sup>4</sup> LAROMBIÈRE, « Théorie et pratique des obligations », tome II, art. 1167, n° 63 (cité par A. PONCET, *op. cit.*, n° 67, p. 150).

brisent et l'enlèvent : voilà tout ». Au delà des affirmations péremptoires et des incantations vibrantes d'indignation à l'égard du procédé, ces auteurs exprimaient simplement le sentiment majoritaire qui domine la doctrine depuis cette époque jusqu'à nos jours : l'interposition de personne ne serait qu'une forme de simulation. Il suffit alors de dénoncer le mensonge et de rétablir la vérité : l'interposé n'est qu'un masque derrière lequel se cache le véritable maître de l'affaire. Ce n'est donc pas l'interposé qui a accompli l'opération interdite, c'est le maître de l'affaire lui-même auquel l'interposé n'a fait que prêter son nom.

62. La théorie de la simulation semble permettre, en effet, de produire le résultat espéré : l'article 1321 du Code civil dispose que les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers ; mais il ne refuse aucunement à ceux-ci le droit de les invoquer à leur profit. Toute personne intéressée peut donc intenter l'action en déclaration de simulation à l'encontre des simulateurs et faire produire ses effets ordinaires à la situation juridique réelle, telle qu'elle vient d'être ainsi rétablie. Car le droit français des obligations donne d'abord toute sa place à la vérité, lorsqu'elle est démontrée : ce n'est que par une faveur exceptionnelle, et dans un souci de protection, qu'il accorde aux tiers de bonne foi le droit d'invoquer la situation apparente au détriment de la vérité. Lorsque ceux-ci n'y ont pas intérêt, l'apparence doit alors céder immédiatement le pas devant la situation réelle. Les créanciers de l'emprunteur de nom doivent donc être admis à pratiquer une saisie sur le bien qui se trouve entre les mains du prête-nom, dès lors qu'ils prouvent que leur débiteur en est le propriétaire réel. De même, toute personne intéressée peut demander la nullité d'une convention passée apparemment par une personne capable, si elle prouve qu'un groupement sans existence légale, donc incapable, en est l'auteur et le bénéficiaire réel.

63. Mais la théorie de la simulation suppose, pour le moins, une contradiction entre la situation apparente et la situation réelle. Or, ce point mérite une attention plus particulière : le prête-nom du débiteur, par exemple, en se portant acquéreur du bien pour le compte de celui-ci, a agi en son nom propre. Il a établi un véritable lien de droit entre lui et le tiers cocontractant. Il n'est donc pas un acquéreur fictif : il n'apparaît pas seulement comme le propriétaire de ce bien, mais il est le véritable propriétaire. Peu

importe qu'il l'ait acquis pour le compte de l'emprunteur de nom, et qu'il ait éventuellement envisagé un moyen quelconque de transférer à ce dernier le droit de propriété, au moment le plus opportun pour lui. La réalité sur sa qualité de propriétaire exclusif du bien est conforme à l'apparence. De même, les conventions suspectes passées par une personne membre d'une congrégation religieuse n'avaient-elles pas réellement opéré un transfert de propriété au profit de celle-ci, puisqu'elle avait toujours agi en son nom propre ? Il importe peu que, pour se décider, la personne interposée avait eu en vue l'utilisation qu'elle pouvait en faire au profit de la communauté : cette considération relève de la motivation profonde de l'opération, mais n'exclut pas une intention véritable de devenir propriétaire. Seule sa qualité de membre de la congrégation permettait ainsi de supposer qu'elle disposerait du bien en l'affectant au service du groupement et de ses objectifs, mais elle restait finalement entièrement libre de ses choix<sup>1</sup>.

En se présentant comme l'acquéreur *proprio nomine* du bien et donc comme le seul propriétaire, le prête-nom du débiteur ou celui de la congrégation ne mentent pas ; ils ne trompent personne. La seule divergence éventuelle que l'interposition de personne peut faire naître entre la situation apparente et la réalité se situe au niveau des motivations : en agissant en son propre nom, sans préciser davantage, la personne interposée prend le risque de faire croire aux tiers qu'elle agit également pour son propre compte, ce qui n'est pas la vérité<sup>2</sup>. Mais, une fois celle-ci rétablie, l'interposé devra alors effectivement être considéré comme ayant agi pour le compte d'autrui, ce qui ne produit aucun effet juridique particulier, mais toujours en son nom personnel, point à propos duquel il n'avait absolument pas menti. La seule théorie de la simulation ne permet donc pas de justifier une substitution, c'est-à-dire un prétendu rétablissement du maître de l'affaire à la place de l'interposé, et d'en déduire ensuite une application ordinaire du texte, qui aurait ainsi fait échec à la manœuvre.

---

<sup>1</sup> Caen, 31 janvier 1827 : S. 1791-1830, 8<sup>e</sup> vol., 1825-1827.2.324. Cet arrêt illustre l'idée que l'on ne saurait regarder une libéralité comme faite à personne interposée uniquement à partir de l'opinion que peut avoir le donateur de l'emploi que fera probablement le donataire des biens compris dans la disposition.

<sup>2</sup> Ce risque n'est même pas toujours présent dans toutes les formes d'interposition de personne : le commissionnaire, par exemple, révèle ouvertement sa qualité d'intermédiaire dont il a fait d'ailleurs sa profession et son commerce. Il ne prétend donc nullement avoir agi pour son propre compte.

## B. Les limites de la théorie de la fraude

64. Un fondement plus solide à cette substitution peut-il alors être trouvé dans le principe exprimé par l'adage « *fraus omnia corrumpit* » ? Il ne fait aucun doute que l'interposition de personne constitue, dans l'immense majorité des cas, une fraude au sens large du terme, c'est-à-dire une manœuvre déloyale, une ruse, une tromperie. Mais, pour l'application de cette maxime, il faut donner à la notion de fraude un sens beaucoup plus précis<sup>1</sup>. En effet, au sens strict, celle-ci consiste à faire jouer les lois les unes contre les autres, non pas en créant une apparence trompeuse, mais en se plaçant volontairement et réellement dans une situation de fait telle qu'elle doit déclencher l'application d'une règle de droit différente de celle qui aurait dû normalement être appliquée. Elle suppose donc la réunion de trois éléments constitutifs : une règle obligatoire contre laquelle la fraude est dirigée, une intention frauduleuse et l'utilisation d'un moyen juridiquement efficace. Chacune de ces conditions peut prêter à discussion dans le cadre d'une interposition de personne.

65. D'abord, une limite importante à la mise en oeuvre de la théorie de la fraude résulte de l'exigence, pourtant évidente, d'une intention frauduleuse, c'est-à-dire d'une volonté d'échapper à l'application de la règle obligatoire. En effet, ce qui est inadmissible et constitutif d'une sorte de « culpabilité civile »<sup>2</sup> sanctionnée par la maxime « *fraus omnia corrumpit* », c'est le manquement à la morale juridique, le mépris pour la loi. Aussi ne peut-il y avoir fraude, au sens strict, que lorsque « le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à *dessein* d'un moyen efficace »<sup>3</sup> : si l'utilisation de ce moyen n'est pas motivé exclusivement, ou du moins à titre principal, par le désir d'échapper à l'application de la règle obligatoire, il importe peu alors qu'un tel résultat soit finalement atteint, la fraude n'est pas caractérisée. Les créanciers de l'emprunteur de nom, par exemple, pourront saisir le bien qui se trouve entre les mains du prête-nom à condition de démontrer que

---

<sup>1</sup> Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994, n° 811, p. 799.

<sup>2</sup> Georges RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1927, n° 160.

<sup>3</sup> Jean VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français », Dalloz, 1957, préface G. MARTY, p. 208.

l'emploi de la technique de l'interposition de personne avait précisément pour but de faire fraude à leur droit de gage général sur les biens de leur débiteur. Mais si, au contraire, la motivation principale de l'emprunteur de nom était autre, même non légitime (par exemple, liée à des raisons fiscales), la saisie du bien par les créanciers de l'emprunteur de nom n'est plus justifiable sur ce fondement. A la nécessité de prouver l'interposition de personne s'ajoute donc celle de prouver l'objectif poursuivi, la seule constatation du résultat n'étant pas suffisante.

66. Quand bien même l'intention frauduleuse serait démontrée, une discussion reste possible en ce qui concerne les deux autres conditions de mise en oeuvre de la maxime. D'abord, la fraude n'est envisageable que si elle est dirigée contre une règle obligatoire : les règles supplétives sont donc évidemment exclues de son champ d'application. Mais de toute manière, une règle, quelle qu'elle soit, ne peut acquérir son caractère obligatoire que par la réunion de certaines circonstances de fait, décrites par le texte : or, par définition, ces circonstances ne sont pas présentes puisque l'auteur de la fraude s'est délibérément placé dans une situation qui lui permet d'échapper à l'application du texte. La fraude doit donc être entendue comme une modification volontaire de la situation de fait dans laquelle on se trouvait afin d'empêcher les conséquences juridiques qui devaient normalement se produire. Pour l'application de la maxime « *fraus omnia corrumpit* », une règle sera donc qualifiée d'obligatoire lorsque les conditions de sa mise en oeuvre étaient réunies avant que n'intervienne ce changement intentionnel de situation.

Dès lors, il n'est pas douteux que l'emprunteur de nom détourne l'application d'une règle dite obligatoire, l'article 2092 du Code civil, lorsqu'il fait volontairement sortir de son patrimoine un ou plusieurs biens, en en transférant la propriété à un prête-nom, dans le seul but de priver ses créanciers de leur droit de gage. Mais, dans l'hypothèse où le prête-nom se porte, dès l'origine, acquéreur des biens en son nom propre, pour le compte de l'emprunteur de nom, ce dernier n'en a jamais été juridiquement propriétaire : en conséquence, les conditions de mise en oeuvre de l'article 2092 n'ont jamais été réunies. Il n'est plus question alors d'écarter les conséquences normales de la situation dans laquelle l'emprunteur de nom se trouvait, car celui-ci ne s'est jamais trouvé dans la situation envisagée. A défaut d'une règle

obligatoire dont l'application aurait dû s'imposer au sujet de droit, la fraude ne peut pas être retenue. On se trouve, en tout cas, à la limite entre l'habileté et la fraude proprement dite.

67. Enfin, la théorie de la fraude n'est susceptible d'être mise en oeuvre que si le sujet de droit a employé, pour tourner la règle obligatoire, un moyen juridiquement efficace, c'est-à-dire un moyen tel que le jeu normal des dispositions légales ne permet pas de sanctionner la manœuvre. Le procédé utilisé doit donc « déclencher des conséquences juridiques *neutralisant* les effets de la règle obligatoire »<sup>1</sup>. On ne peut alors retenir aucune fraude à la loi lorsque le résultat obtenu par la technique employée n'est pas celui que le texte impératif prohibait ou un résultat équivalent. Dès lors, pour cette raison, l'annulation par les tribunaux, par exemple, des acquisitions faites par des personnes membres de congrégations religieuses non autorisées, sur le fondement de la fraude, mérite une discussion plus approfondie : en effet, ce que la loi interdit aux groupements sans existence légale, c'est de réaliser des opérations juridiques quelconques, et de détenir un patrimoine. Or, le recours à la technique de l'interposition de personne n'a absolument pas pour effet de rendre le groupement, même en plusieurs étapes, propriétaire du bien acquis par le prête-nom : il reste définitivement privé de personnalité juridique et de capacité à contracter. Il n'est nullement envisagé que la personne interposée transfère, par un second acte, la propriété du bien au groupement, car cette opération serait inévitablement vouée à l'échec. Celle-ci se contentera d'affecter le bien au service de la communauté, par exemple, par une mise à disposition à titre gratuit pour y loger d'autres membres ou y exercer une activité en rapport avec l'objet et la philosophie du groupement. Un tel résultat n'est pas cependant en contradiction avec la loi : celle-ci posait une incapacité, que l'interposition de personne n'a pas réussi à « neutraliser » véritablement. Le résultat obtenu n'est pas celui que le texte sanctionnait, mais simplement un pis-aller qui reste dans le cadre de la loi. Le moyen employé n'étant pas véritablement efficace, la fraude n'est, une fois de plus, pas suffisamment caractérisée pour justifier, sans appel, l'annulation d'une telle convention.

---

<sup>1</sup> J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN *op. cit.*, n° 820, p. 810.



68. Les fondements de ces nombreuses décisions judiciaires qui appliquent un texte à une personne non expressément visée par celui-ci, sous le prétexte qu'elle n'est qu'une personne interposée, sont plus faciles à trouver dans des considérations d'ordre extrajuridique, telles que le souci d'adapter le droit au fait, le désir de se laisser guider par le bon sens, et l'ambition de rendre une décision équitable. Mais, malheureusement, les justifications juridiques apportées ne sont pas toujours satisfaisantes : qu'il s'agisse de la théorie de la simulation ou de la théorie de la fraude, l'obstacle, résultant du fait que la personne interposée agit en son propre nom, est régulièrement apparu dans nos explications. Faire disparaître l'écran que constitue la personne interposée pour atteindre directement le maître de l'affaire n'est pas une opération facile : telle est pourtant la tentation à laquelle les tribunaux ont toujours unanimement cédé, lorsque l'interposition est frauduleuse, même si les fondements juridiques prêtaient parfois à discussion. Une étude de la jurisprudence, à partir d'un certain nombre de décisions particulièrement éclairantes, nous permettra de constater également que, dans les hypothèses d'interpositions de personne non frauduleuses, la même inclination des tribunaux à substituer, pour les effets de l'acte, le maître réel de l'affaire à la place de la personne interposée peut être observée, en contradiction avec la qualification de mandat sans représentation, qui interdit *a priori* une telle substitution.

## § 2 : Les situations d'interpositions de personne

### non frauduleuses

69. L'action d'un individu en nom propre pour le compte d'autrui, qu'elle soit frauduleuse ou non, doit être soumise, en principe, dans les domaines où le législateur n'est pas intervenu, à un régime d'une extrême simplicité, puisqu'il est basé sur la qualification de mandat sans représentation : chacun ne peut être tenu que par les seules conventions auxquelles il a personnellement consenties. Ainsi, les relations entre l'interposé et l'interposant sont régies, pour l'essentiel, par le modèle des relations entre mandataire et mandant tel qu'il résulte des articles 1991 et suivants du Code civil<sup>1</sup>. D'un autre côté, les relations entre l'interposé et le tiers cocontractant sont régies exclusivement par la convention conclue entre ces deux personnes, puisque chacune d'elles a agi en son propre nom. C'est l'interposé, et non le maître de l'affaire, qui sera seul tenu à l'égard du tiers cocontractant des dettes et obligations résultant du contrat ; c'est lui qui bénéficiera des créances et deviendra, le cas échéant, personnellement propriétaire. Enfin, en ce qui concerne les relations juridiques directes entre le tiers cocontractant et le maître de l'affaire, elles sont, en principe, inexistantes : tout au plus,

---

<sup>1</sup> Sauf évidemment dans le cas du gérant d'affaires agissant en son nom propre.

les actions paulienne et oblique leur sont-elles ouvertes, si les conditions de leur exercice sont toutefois réunies. Exceptionnellement, la loi peut accorder une action directe en paiement ou en responsabilité de l'un contre l'autre. Mais, à défaut, l'absence de représentation, combinée avec le principe de l'effet relatif des contrats, interdit alors toute autre relation directe entre eux.

70. Telles sont les conséquences normales de la qualification de mandat sans représentation : elles font clairement apparaître le rôle d'écran joué par l'intermédiaire qui agit pour le compte d'autrui, mais en son propre nom. Dès lors, on ne s'étonnera pas d'observer que les tribunaux ont été régulièrement saisis par les victimes de la manœuvre en vue de faire constater la réalité qui se cache derrière la situation apparente, et faire rétablir ensuite chacun des participants à sa véritable place. Finalement, qu'elle soit frauduleuse ou non, l'intervention d'une personne dans une opération pour le compte d'une autre, mais en son nom propre, provoque toujours les mêmes difficultés, résultant de la même contradiction entre les deux aspects de son mode d'intervention : dans le premier cas (interposition frauduleuse), il n'est pas possible de sanctionner directement le maître de l'affaire pour avoir violé la règle impérative posée par le texte, puisque juridiquement, il n'est pas intervenu dans l'opération ; et dans le second cas (interposition non frauduleuse), il n'est pas possible d'établir le lien de droit directement sur la tête du maître de l'affaire, puisque juridiquement, ce dernier n'est pas l'auteur de la manifestation de volonté qui a rencontré celle du tiers cocontractant.

Nous savons que cette situation particulière a conduit le législateur à réagir ponctuellement, en décidant que tel comportement prohibé par un texte, lorsqu'il est réalisé par une personne interposée, doit être soumis à ce texte, exactement comme s'il avait été directement réalisé par le maître de l'affaire lui-même, invitant ainsi les tribunaux à discerner, au delà des apparences, celui qui est l'auteur ou le bénéficiaire réel de l'acte. On comprend aisément que, dans les nombreux domaines où le législateur n'est pas intervenu expressément, la tentation était grande, pour les tribunaux, de procéder également à une telle substitution. Mais celle-ci ne pouvait se réaliser qu'en violation des principes précédemment évoqués résultant de la qualification de mandat sans représentation. La jurisprudence a-t-elle néanmoins cédé à cette tentation ? Il nous semblerait, dans ce cas, tout à fait opportun de regrouper, dans un concept unique, les

situations non frauduleuses d'action en nom propre pour le compte d'autrui, avec les situations frauduleuses, si l'on peut effectivement y observer cette même propension de la jurisprudence à outrepasser l'écran que constitue la personne interposée pour atteindre directement le maître de l'affaire. Or, de très nombreux exemples permettent évidemment de le démontrer : une multitude de décisions admettent de reconnaître le droit de propriété du maître de l'affaire sur un bien, alors même que le prête-nom s'était porté acquéreur en son nom propre<sup>1</sup>, ou bien de lui attribuer la qualité de débiteur ou de créancier, en vertu d'une convention dans laquelle le prête-nom est intervenu à sa place et pour son compte, mais en son nom propre<sup>2</sup>, etc.

Toutefois, la jurisprudence moderne, consciente des limites de la qualification de mandat sans représentation, tout en se refusant par ailleurs à abandonner purement et simplement ce dogme, se réfugie généralement dans une attitude de prudence, non dénuée d'ambiguïté, en ce qui concerne la qualification précise de ce procédé. Au contraire, la doctrine et la jurisprudence anciennes étaient absolument convaincues par la qualification de mandat sans représentation : c'est donc tout naturellement dans les décisions de cette époque que les contradictions les plus flagrantes apparaissaient, qu'il nous semble intéressant de mettre en évidence aussi bien dans le domaine de la convention de prête-nom (A), que du contrat de commission (B).

### **A. La convention de prête-nom**

71. Considérant la convention de prête-nom comme un mandat révocable au même titre que n'importe quel autre mandat, une jurisprudence constante consacre le droit pour l'emprunteur de nom de reprendre en main la gestion de ses affaires et, pour cela, de se substituer au prête-nom, de se mettre en ses lieu et place<sup>3</sup>. Ce droit lui est accordé à un moment quelconque de la gestion, y compris au cours d'une instance judiciaire provoquée par le tiers cocontractant en vue d'obtenir une condamnation contre le prête-nom. Ainsi que le faisaient remarquer quelques décisions anciennes, il ne s'agit

---

<sup>1</sup> Com., 21 mars 2000 : pourvoi n° 97-14.796 - Civ. 3<sup>e</sup>, 13 octobre 1999 : pourvoi n° 97-21.791 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999 : Bull. civ. I, n° 197, p. 129 - Com., 21 février 1995 : pourvoi n° 93-12.786 - Paris, 11 juillet 1990 : D. 1991.33, note C. LARROUMET - etc.

<sup>2</sup> Com., 5 décembre 1995 : pourvoi n° 94-12.158 - Com., 9 novembre 1993 : pourvoi n° 92-10.489.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juin 1999 : Bull. civ. I, n° 197, p. 129 - Com., 21 février 1995 : pourvoi n° 93-12.786 - Com., 27 juin 1973 : Bull. civ. IV, n° 227, p. 204 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1957 : Bull. civ. I, n° 220, p. 273.

pas d'une simple intervention, mais d'une véritable substitution plaçant l'emprunteur de nom dans la situation exacte où se trouvait le prête-nom et l'obligé à respecter les droits que les tiers ont pu acquérir de ce dernier<sup>1</sup>. Elle lui permet en retour de bénéficier des droits et avantages acquis par le prête-nom. Ainsi, le propriétaire apparent d'un immeuble, par exemple, peut se voir à tout moment enjoindre de laisser une tierce personne prendre, en son lieu et place, la qualité de propriétaire, dès lors qu'il est démontré qu'au moment de l'acquisition de cet immeuble, ce dernier était le véritable maître de l'affaire. Pourtant, le contrat d'acquisition avait bien été conclu par l'acquéreur apparent lui-même, et agissant en son nom propre. L'absence prétendue de représentation doit donc nous amener à rechercher les fondements d'une telle jurisprudence : l'article 1165 du Code civil ne dispose-t-il pas que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et ne nuisent pas aux tiers, de même qu'elles ne doivent pas lui profiter en dehors des hypothèses de stipulation pour autrui ? Or, l'emprunteur de nom n'est-il pas précisément un tiers par rapport aux opérations conclues par le prête-nom ?

72. Ayant observé que la situation qui nous occupe offre une grande analogie avec celle qui résulterait d'une cession de créance ou de droit réel, la doctrine ancienne se proposait d'expliquer cette substitution du maître de l'affaire à la personne interposée par l'application des différentes règles relatives à ce mécanisme. En effet, « il semble difficile de trouver une autre base théorique aux rapports qui s'établissent entre l'emprunteur de nom et les tiers si l'on ne perd pas de vue cette règle primordiale qu'il n'y a et ne peut y avoir aucun lien direct entre eux »<sup>2</sup>. C'est donc en qualité d'ayant cause à titre particulier de son prête-nom que l'emprunteur de nom pourra exercer les actions et invoquer les moyens de défense qui appartenaient à celui-ci. Ainsi se trouvent justifiées les décisions qui admettent que l'emprunteur de nom puisse invoquer un droit que son mandataire avait acquis pour lui, mais en son nom propre, c'est-à-dire sans représentation. Il lui suffit, pour reprendre à tout moment ses affaires en main, de se faire céder par le prête-nom tous les droits que ce dernier a acquis pour lui : l'obligation

---

<sup>1</sup> Req., 2 janvier 1828 - Toulouse, 22 février 1828 - et Bordeaux, 21 novembre 1828, tous publiés dans le recueil Sirey 1791-1830, 9<sup>e</sup> volume, 1828-1830, respectivement partie 1, p. 1 ; partie 2, p. 38 ; et partie 2, p. 156.

<sup>2</sup> André PONCET, « Du prête-nom », thèse Paris, 1901, n° 59, p. 122.

de rendre compte, qui incombe au mandataire, lui confère d'ailleurs le droit d'exiger du prête-nom une cession volontaire<sup>1</sup>, et à défaut, d'obtenir des dommages et intérêts. Il est même envisageable d'admettre une cession judiciaire, constituant une sorte d'exécution forcée en nature de cette obligation.

C'est d'ailleurs ainsi que peuvent être interprétées les décisions qui permettent au maître de l'affaire d'agir contre son prête-nom récalcitrant pour la revendication de la propriété du bien acquis par celui-ci, ou l'attribution de la titularité d'un droit résultant du contrat : en effet, les tribunaux, en reconnaissant la qualité de simple mandataire prête-nom du titulaire apparent du droit, constateraient implicitement son obligation de céder les droits acquis en vertu du contrat à son mandant, et à défaut d'une cession volontaire, prononcerait alors une cession judiciaire implicite. Toutefois, il reste encore certaines solutions, rendues par la jurisprudence dans des situations un peu particulières, qui ne peuvent pas se justifier par cette simple analyse : elles concernent, par exemple, le sort des actes accomplis par le prête-nom (1), ou bien l'attribution du droit de propriété au maître de l'affaire (2).

### **1. Le sort des actes accomplis par le prête-nom**

73. L'analyse fondée sur le mécanisme de la cession de créance ou de droit réel semblait convenir assez bien pour justifier le droit de l'emprunteur de nom à invoquer à son profit les différents avantages acquis pour lui par son prête-nom. Mais elle n'est pourtant pas entièrement satisfaisante : c'est l'originalité de la situation devant laquelle se sont trouvés les magistrats de la Cour de cassation, dans une affaire ancienne, mais qui pourrait parfaitement se présenter aujourd'hui encore devant eux, qui nous permettra d'en constater les limites<sup>2</sup>. En l'espèce, un certain ANDRÉ avait souscrit un billet à ordre de 513 francs au profit de son beau-frère TEISSIER. Ce dernier, 29 ans et quelques mois plus tard, voulut en être enfin payé, avant que n'intervienne la prescription trentenaire. Or, prévoyant des contestations et craignant alors de donner le spectacle public d'une

---

<sup>1</sup> Il est vrai que, dans le cas d'une cession de créance, l'emprunteur de nom devra naturellement, pour la rendre opposable aux tiers, remplir les mesures de publicité prescrites par l'article 1690 du Code civil. Mais elle est cependant parfaite, entre le cédant et le cessionnaire, dès la rencontre des consentements. De plus, cette formalité n'est pas excessivement gênante puisqu'elle n'oblige pas à révéler les raisons réelles de la cession, c'est-à-dire à avouer que le cédant n'était depuis le début qu'un prête-nom du cessionnaire.

<sup>2</sup> Civ., 7 avril 1813 : S. 1791-1830, 4<sup>e</sup> volume, 1812-1814.1.327.

querelle familiale, il imagina de faire poursuivre son débiteur par un prête-nom. C'est pourquoi, il endossa le billet à ordre au profit des frères RIBOT, qui le passèrent ensuite à un certain CAVALLIER. Ce dernier assigna finalement le sieur ANDRÉ à comparaître devant le Tribunal de commerce d'Anduze. ANDRÉ borna toute sa défense à soutenir que le billet n'avait pas cessé d'être la propriété de TEISSIER et que CAVALLIER, qui n'était qu'un prête-nom de ce dernier, n'avait donc pas qualité pour en poursuivre le paiement. Ce point fut reconnu par le jugement du tribunal de commerce. Mais, lorsque le maître de l'affaire, qui avait été ainsi démasqué, voulut reprendre ensuite l'instance à son nom, le délai de prescription était malheureusement écoulé : il prétendit alors pouvoir profiter des assignations et autres actes de procédure accomplis par son prête-nom. Le tribunal de commerce, ainsi que la Cour de cassation, firent droit à sa demande, admettant ainsi une sorte de « subrogation »<sup>1</sup> dont les fondements restent énigmatiques.

74. Pour analyser et discuter sérieusement cette décision, il convient d'abord de s'interroger sur les raisons qui ont conduit le Tribunal d'Anduze à repousser, dans un premier temps, la demande initiale formée par le prête-nom. En effet, celui-ci étant le seul porteur du billet, n'était-il pas normal qu'il en réclame le paiement à son échéance ? Comment sa qualité de prête-nom pouvait-elle suffire à le priver d'un tel droit ? Pour être autorisé à poursuivre un débiteur en paiement de sa dette, du moins par une action personnelle directe, il faut être titulaire de la créance. Par conséquent, si le tribunal n'a pas admis l'action du prête-nom, c'est qu'il a peut-être considéré que ce dernier n'en était pas titulaire : le fondement implicite de cette décision reposerait donc sur le caractère fictif des cessions successives qui sont intervenues entre TEISSIER et les frères RIBOT, puis entre ces derniers et CAVALLIER. La démonstration de cette fictivité conduit alors à faire disparaître les effets que cette double cession paraissait avoir produits : le droit de créance n'a jamais été transmis aux acquéreurs successifs, mais est toujours resté la seule propriété de l'emprunteur de nom.

Cependant, si l'on adopte un tel raisonnement, il n'est plus possible d'admettre ensuite, au profit de l'emprunteur de nom, le bénéfice des actes de procédure accomplis par le prête-nom. En effet, les poursuites intentées par ce dernier sont, dans cette

---

<sup>1</sup> Le terme doit être entendu comme un simple synonyme de « substitution » ou de « remplacement ». Il ne s'agit pas, dans cette matière, du mécanisme particulier prévu par les articles 1249 et suivants du Code civil et qui suppose toujours un paiement préalable.

hypothèse, nécessairement nulles puisqu'elles sont fondées sur un titre de propriété qu'il n'a jamais détenu réellement : il n'avait aucune qualité personnelle pour agir, et ne représentait pas davantage celui qui était le titulaire réel de la créance puisqu'il a toujours agi en son propre nom. Reconnaître le caractère fictif de son droit sur le billet à ordre impliquait donc de le priver de manière rétroactive de toute qualité pour accomplir les actes de poursuite en son nom personnel. Il est vrai que la théorie de la simulation offre habituellement aux tiers de bonne foi une option leur permettant, s'ils le souhaitent, de ne pas supporter les conséquences du rétablissement de la vérité et de s'en tenir à l'apparence dont ils ont été victimes. Mais l'emprunteur de nom n'est pas un tiers de bonne foi : il ne peut refuser que lui soit opposé le caractère fictif des cessions successives du billet. Or, considérer comme simulée, c'est-à-dire inexistante, cette double cession devait conduire les tribunaux à annuler les actes de procédure accomplis par le prête-nom en son propre nom et à interdire à l'emprunteur de nom de les invoquer à son profit. L'hypothèse fondée sur le caractère fictif des cessions initiales doit alors, pour cette raison, être abandonnée.

75. En effet, la validité de tels actes ne pouvait être admise que si le prête-nom était considéré comme réellement titulaire de la créance, c'est-à-dire si les cessions du billet aux frères RIBOT, puis à CAVALLIER, étaient réelles. En ce cas, comme nous l'avons expliqué précédemment, l'emprunteur de nom pouvait reprendre à tout moment l'instance à son nom et effectivement profiter des poursuites commencées par le prête-nom, grâce à une rétrocession de la créance à son profit. Mais encore faut-il que celle-ci soit réalisée car, à défaut, le prête-nom reste seul titulaire de la créance et, en cette qualité, doit être admis sans difficulté à engager lui-même les poursuites et obtenir le paiement. Or, cette rétrocession volontaire n'était, à notre connaissance, toujours pas intervenue au jour du jugement : ni l'emprunteur de nom, ni le prête-nom n'avaient manifesté le désir de mettre fin à l'interposition de personne. Il faut en conclure que le refus opposé à la demande en paiement du prête-nom par le tribunal de commerce, dans son premier jugement, était totalement injustifié. Mais alors, à défaut de cette rétrocession, on devait également considérer que l'emprunteur de nom n'avait, indépendamment d'ailleurs de toute prescription, aucune qualité pour reprendre ensuite l'instance à son nom. Les juges se seraient alors doublement trompés : d'abord en



repoussant la demande émanant du prête-nom, puis en acceptant celle de l'emprunteur de nom.

Une hypothèse cependant permettrait éventuellement d'expliquer la deuxième décision du tribunal et le rejet consécutif du pourvoi par la Cour de cassation : il faudrait supposer que le premier jugement, en déclarant établie la qualité de simple prête-nom de CAVALLIER, a implicitement prononcé une cession judiciaire de la créance au profit de l'emprunteur de nom, de sorte que ce dernier pouvait ensuite, en qualité d'ayant cause à titre particulier du prête-nom, invoquer tous les actes de procédure accomplis par celui-ci. Nous avons, en effet, admis précédemment qu'une cession judiciaire puisse être ordonnée par un tribunal, à titre d'exécution forcée en nature de l'obligation de reddition de comptes qui pèse sur le mandataire. Mais elle ne pouvait être prononcée que sur la demande expresse de celui qui est le créancier de cette obligation, c'est-à-dire le mandant, l'emprunteur de nom. Or, en l'espèce, l'emprunteur de nom n'était même pas présent dans l'instance originaire intentée par le prête-nom. Ce n'est donc pas en qualité d'ayant-cause à titre particulier de son prête-nom que l'emprunteur de nom pouvait invoquer les actes de procédure accomplis par celui-ci.

76. Il résulte de ces explications que seul le prête-nom est, dans un premier temps, titulaire du droit qu'il a acquis en son nom propre, et que, par conséquent, lui seul peut exercer l'action correspondante, tant qu'aucune cession de ce droit n'est réalisée au profit de son emprunteur de nom. Or, celle-ci ne peut intervenir qu'avec le consentement du cédant et du cessionnaire, c'est-à-dire du prête-nom et de l'emprunteur de nom, ou exceptionnellement, par une décision judiciaire sur la demande unilatérale de l'emprunteur de nom. C'est donc là tout le paradoxe de l'analyse basée sur le mécanisme de la cession de créance que de ne pas permettre aux tiers, qui sont pourtant les principales victimes de la manœuvre, de dénoncer l'interposition de personne et de provoquer cette substitution du maître de l'affaire à son prête-nom, tandis que celui-ci, qui est pourtant à l'origine de l'interposition, peut librement reprendre, quand il le souhaite, sa véritable place et invoquer, à son profit, les opérations accomplies pour lui par la personne interposée (soit par une cession volontaire, soit par une cession judiciaire). Cette solution discriminatoire, moralement inadmissible, n'est évidemment pas celle que la jurisprudence a retenue : elle a toujours autorisé les tiers à établir

l'existence d'une interposition de personne et à réclamer ensuite la substitution qui doit en découler. La décision du Tribunal d'Anduze était donc conforme à cette jurisprudence, qui est totalement constante sur ce point, mais que l'analyse basée sur le mécanisme de la cession de créance ne permet pas de justifier.

## **2. L'attribution de la propriété au maître de l'affaire**

77. Il résulte de la qualification de mandat sans représentation que, lorsque le prête-nom conclut avec le tiers cocontractant un contrat translatif de propriété, c'est lui, et non le maître de l'affaire, qui devient propriétaire du bien, du moins aussi longtemps qu'il ne sera pas procédé entre eux à une cession du bien. Or, plusieurs arrêts n'ont pas accepté cette conséquence et ont rendu des décisions qui impliquaient de considérer, au contraire, le maître de l'affaire comme directement propriétaire du bien. Il en est ainsi notamment dans une affaire, rendue à nouveau à propos d'une congrégation religieuse, mais cette fois-ci à son profit, l'évolution des idées et des institutions politiques de l'époque ayant certainement contribué à modifier la considération des tribunaux pour ce genre de groupement<sup>1</sup>.

En l'espèce, il s'agissait d'une communauté de Bénédictines établies à Valognes, qui fut dissoute en 1791 par les lois révolutionnaires. Cependant, dès 1795, plusieurs des anciennes religieuses, parmi lesquelles se trouvait la dame DE MENILDOT, se réunirent de nouveau sous la direction de leur ancienne abbesse et de leur chapelain, l'abbé RAYMOND DE SAINT-MAURICE. Elles louèrent une maison et y établirent un pensionnat pour les jeunes filles. Le 25 octobre 1810, la dame DE MENILDOT, devenue supérieure de l'établissement, fit, conjointement avec l'abbé RAYMOND DE SAINT-MAURICE, l'acquisition de cette maison, ainsi que d'une église, de jardins et de dépendances. Puis, décédé en 1822, l'abbé RAYMOND DE SAINT-MAURICE avait légué la moitié qui lui appartenait à la dame DE MENILDOT, laquelle avait elle-même, avant son décès en 1825, institué pour ses légataires universelles les dames FLEURY et QUESNEL, toutes deux religieuses dans son couvent. Enfin, lorsque la communauté religieuse de Valognes fut définitivement autorisée par ordonnance royale de 1827, les deux légataires ont fait donation à celle-ci de tous les biens composant le legs. C'est en cet état des choses que

---

<sup>1</sup> Civ., 5 juillet 1841 : S. 1841.1.650.

la dame DE TOURVILLE, agissant comme nièce et héritière de la dame DE MENILDOT, a formé, sur la base des articles 906 et 911 du Code civil, une demande en nullité du testament de cette dernière, comme constituant une libéralité faite par personnes interposées au profit d'un incapable, puisque la communauté n'avait eu d'existence légale que postérieurement au décès de la testatrice.

78. Il était difficile pour les juges du fond de ne pas retenir, au vu des éléments fournis, l'existence d'une interposition de personne, destinée à contourner l'absence de personnalité juridique du groupement. Or, dans ce domaine, les prescriptions de la loi sont d'une clarté absolue : il n'est nul besoin de recourir à la théorie de la simulation ou de la fraude pour prononcer la nullité de la libéralité, car c'est le texte lui-même qui décide que « toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ». L'hésitation n'était *a priori* pas permise. Or, pour empêcher cette annulation, l'argument suivant a été invoquée par la communauté des Bénédictines, que la cour d'appel a elle-même retenue dans sa décision, sans encourir néanmoins la cassation : une fin de non-recevoir doit être opposée à la demande de la dame DE TOURVILLE, car il résulte des différents actes de la cause que l'acquisition réalisée en 1810 l'avait été par des prête-noms pour le compte exclusif et avec les deniers de la communauté, de sorte que la demanderesse était sans qualité pour réclamer du chef de sa tante des biens dont cette dernière n'avait jamais été propriétaire ! L'arrêt de la cour d'appel attaqué aurait ainsi déclaré à bon droit que la dame DE MENILDOT n'était, dans son testament, que la « dépositaire » des biens dont elle disposait et dont elle aurait simplement assuré la propriété à leurs légitimes propriétaires par cet acte de dernière volonté. Il peut paraître surprenant, comme le fit remarquer l'héritière dans son pourvoi, que la communauté ait pu devenir directement propriétaire des biens considérés, alors qu'elle n'avait aucune existence légale à cette époque et ne l'a obtenue que bien plus tard. Mais la rétroactivité qui s'attache à l'autorisation accordée par le gouvernement permet sans doute de considérer que la validité de l'acquisition était simplement suspendue jusqu'à ce que la communauté ait enfin une existence légale. C'est du moins l'argument que semble avoir retenu la Cour de cassation.

79. Ce qui est encore plus étonnant, et qui n'a pourtant pas fait l'objet du pourvoi, c'est cette conclusion hâtive que les juges ont immédiatement tirée de la simple constatation d'une interposition de personne : en effet, ils en ont déduit que l'emprunteur de nom, en l'espèce la communauté religieuse, était devenue directement propriétaire, semblant oublier que les prête-noms avaient acquis les biens en leur propre nom, c'est-à-dire sans représentation. Comment une personne peut-elle devenir propriétaire d'un bien si elle n'est ni présente, ni représentée dans l'acte d'acquisition ? Une fois de plus, l'obstacle qui aurait dû résulter du fait que la personne interposée a agi en son propre nom, a été purement et simplement balayé, sans que personne, ni la demanderesse déboutée, ni le commentateur de l'arrêt, ne s'en étonne.

Ce silence étrange, sur un point qui méritait pourtant d'être relevé, ne peut s'expliquer que par le caractère d'évidence attribué par les différentes parties, les juges et l'annotateur à l'affirmation selon laquelle l'emprunteur de nom est directement devenu propriétaire du bien. En effet, puisqu'il est démontré que le prête-nom a réalisé l'opération exclusivement pour le compte et sur les instructions de l'emprunteur de nom, il est "naturel" de considérer ce dernier comme le véritable auteur de l'acte et de faire reposer sur lui les conséquences juridiques qui en résultent. On retrouve ainsi l'idée déjà exposée précédemment selon laquelle l'interposition de personne n'est qu'une forme de simulation, qu'il suffirait de dénoncer pour rétablir une réalité indiscutable. Dans l'affaire qui vient d'être exposée, il aura suffi de démontrer que la communauté religieuse était le véritable maître de l'affaire, c'est-à-dire le véritable acquéreur des biens, pour en déduire sa qualité de propriétaire. C'est tout de même oublier un peu vite que, si le prête-nom agit pour le compte de l'emprunteur de nom, il le fait *proprio nomine*.

80. La Cour de cassation a eu encore plusieurs fois l'occasion de confirmer cette jurisprudence, et notamment de manière parfaitement explicite dans un arrêt plus récent du 17 juillet 1958<sup>1</sup>, de surcroît un arrêt de cassation. Les faits étaient d'une extrême simplicité : un certain ASSAYAS avait servi de prête-nom à MOSSERI pour l'acquisition d'un appartement que ce dernier habitait. Puis, l'emprunteur de nom tardant à rembourser à son prête-nom les dépenses que ce dernier avait avancées du fait de

---

<sup>1</sup> Soc., 17 juillet 1958 : Bull. civ. IV, n° 940, p. 706.

l'exécution de son mandat, celui-ci lui réclama le paiement de loyers et de charges. La cour d'appel lui donna raison en qualifiant l'emprunteur de nom de "tiers locataire". Cet arrêt fut cassé sur le visa des articles 1134 et 1984 du Code civil : « attendu que, dans ses rapports avec le mandant, le prête-nom, à la différence de ses rapports avec les tiers, n'est qu'un mandataire ; attendu qu'en l'espèce ASSAYAS n'ayant agi dans l'acquisition de l'appartement qu'en qualité de prête-nom de MOSSERI, c'est ce dernier, dans leurs rapports respectifs, qui était juridiquement propriétaire de l'appartement ». Bien que limitant son affirmation aux seules relations entre le prête-nom et l'emprunteur de nom, la Cour de cassation pose à nouveau, avec une netteté indiscutable, ce principe pourtant incompatible avec la qualification pure et simple de mandat sans représentation, selon lequel l'emprunteur de nom est devenu directement propriétaire du bien acquis pour lui par son prête-nom.

## **B. Le contrat de commission**

81. Il est encore plus difficile d'admettre l'existence d'un lien juridique direct entre le maître de l'affaire et le tiers cocontractant, dans le cadre du contrat de commission. En effet, le commissionnaire est défini par l'article L. 132-1 du Code de commerce comme celui qui « agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ». Or, le second alinéa de cet article prévoit que les devoirs et les droits d'un commissionnaire qui agirait au nom du commettant sont déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII, autrement dit par les règles du mandat représentatif. La doctrine quasi unanime en a alors, depuis toujours, déduit que le commissionnaire, qui agit en son nom propre, n'est pas un mandataire représentant. En outre, à la différence d'un prête-nom, le commissionnaire ne peut pas dissimuler au tiers cocontractant sa qualité d'intermédiaire, qui résulte du caractère professionnel de son activité : il n'est donc absolument pas possible de recourir à la théorie de la simulation. Par conséquent, c'est bien le régime pur et simple du mandat sans représentation qui doit normalement lui être appliqué.

Or, une jurisprudence constante, établie en matière de commission à l'achat de marchandises, considère que le commettant devient directement propriétaire des marchandises achetées par le commissionnaire. Nous verrons plus tard que cette solution

ne peut s'expliquer que par le recours au mécanisme de la représentation. Mais, pendant très longtemps, cette explication ne pouvait pas être retenue. Il aurait donc dû en résulter le rejet immédiat de cette solution relative au transfert direct du droit de propriété. Au contraire, la jurisprudence, même en l'absence d'une quelconque explication, l'a toujours admise, en se basant finalement sur le seul argument à sa disposition : l'évidence. Un arrêt, très ancien, mais particulièrement révélateur<sup>1</sup>, nous semble être la meilleure illustration de cette réticence quasi instinctive des tribunaux à se conformer au régime du mandat sans représentation.

82. En l'espèce, des négociants autrichiens, les sieurs CALLIANO, avaient fait l'achat, en qualité de commissionnaires agissant en leur propre nom et avec leurs propres deniers, de trente balles de coton pour le compte d'un négociant strasbourgeois. Les cotons furent ensuite expédiés avec la lettre de voiture au commettant. Mais, avant d'avoir retiré les balles du bureau des douanes, ce dernier fit faillite. Les commissionnaires firent alors une demande en revendication des marchandises qu'ils avaient expédiées sur le fondement du privilège du vendeur accordé par les anciens articles 576 et 577 du Code de commerce. Il est vrai qu'un privilège spécifique était accordé aux commissionnaires par l'ancien article 93 du Code de commerce (devenu l'article 95, puis l'article L. 132-2), mais celui-ci ne concernait que le commissionnaire chargé de faire des ventes pour le compte du commettant. Or, les sieurs CALLIANO étaient des commissionnaires chargés d'acheter, et non de vendre, des marchandises. La jurisprudence, par une interprétation que nous ne discuterons pas, ayant décidé que ce privilège spécifique ne devait pas être étendu à cette hypothèse<sup>2</sup>, il ne restait alors au commissionnaire que le privilège des articles 576 et 577 précités. Mais pour pouvoir en bénéficier, il fallait que celui-ci se voie reconnaître la qualité de vendeur des marchandises. La question que posait cette affaire peut donc se résumer en ces termes simples : un commissionnaire qui a reçu l'ordre d'acheter des marchandises en son nom propre pour le compte d'un commettant, et qui les a payées de ses deniers, en est-il

---

<sup>1</sup> Civ., 14 novembre 1810 : S. 1791-1830, 3<sup>e</sup> volume, 1809-1811.1.258.

<sup>2</sup> Aujourd'hui, les textes et la jurisprudence ont changé et ce privilège est reconnu tant au profit du commissionnaire acheteur que du commissionnaire vendeur : Rouen, 7 mars 1906, publié sous Civ., 27 juillet 1909 : DP 1910.1.345, note LACOUR.

l'acheteur, donc le propriétaire, et lorsqu'il les a expédiées, en est-il le vendeur, à l'égard de son commettant ?

83. Le Tribunal de commerce, par des motifs qui ne nous sont pas connus, accueille la demande des sieurs CALLIANO. Mais son jugement fut infirmé par l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar : « attendu que, suivant l'art. 576 du Code de commerce, la revendication ne peut être exercée que par le vendeur ; que les sieurs CALLIANO ne sont pas vendeurs des marchandises qu'ils ont revendiquées ; qu'ils ne sont que simples commissionnaires ou mandataires ; [...] que cela résulte encore de la facture [...], puisque, comme vendeurs, ils n'eussent pu porter en compte à SALTZMANN, ni frais de pesage, ni courtage, ni commission ; qu'étant reconnu qu'ils n'ont acheté les cotons que pour le compte de SALTZMANN, [...] il dérive de ces faits la connaissance naturelle [souligné par nous] que les CALLIANO n'ont pas eu un instant la propriété de ces marchandises, et qu'ainsi ils n'ont pu être vendeurs, ni dès lors exercer l'action en revendication qui appartient au vendeur ».

Les commissionnaires tentèrent en vain de rappeler qu'ils ne s'étaient à aucun moment qualifiés de mandataires ; qu'ils n'avaient pas agi au nom de SALTZMANN et qu'ils avaient payé de leurs propres deniers les marchandises ; que ce n'était pas au nom du commettant qu'ils avaient déclaré en prendre livraison ; et surtout que ce dernier n'était intervenu d'aucune manière, ni dans la formation, ni dans l'exécution du contrat ; et qu'aucune relation, qu'aucun rapport ni direct, ni indirect n'ont été établis par le contrat entre le vendeur et SALTZMANN, de sorte qu'on ne pouvait réputer celui-ci acheteur immédiat et personnel. Or, ajoutaient-ils, comme il faut bien, puisqu'il y a eu une chose vendue, trouver un acheteur, cette qualité ne pouvait appartenir qu'aux seuls commissionnaires. Ayant acheté les marchandises en leur propre nom, c'était une conséquence "naturelle" que de les considérer d'abord comme acheteur, puis comme revendeur. D'ailleurs, si le commissionnaire avait revendu la marchandise à un tiers avant d'en avoir fait l'expédition à son commettant, celui-ci ne pourrait pas la reprendre des mains du nouvel acheteur ; il ne pourrait pas davantage en demander la revendication. Car le commissionnaire, qui a pris l'engagement d'acheter en son nom pour le compte d'autrui, n'a contracté qu'une obligation de faire ce qui lui était demandé, laquelle obligation se résout simplement, en cas d'inexécution, en dommages

et intérêts, aux termes de l'article 1142 du Code civil. Ainsi, selon les sieurs CALLIANO, la propriété a reposé, dans un premier temps, sur leur propre tête et il a fallu procéder à une rétrocession au profit du commettant pour rendre ce dernier enfin propriétaire.

Pourtant, cette argumentation n'a pas convaincu la Cour de cassation, qui, sur ce point, a estimé que « la Cour d'appel a pu, d'après l'appréciation par elle faite des lettres, factures et autres actes du procès, ne pas les regarder comme vendeurs, par la raison qu'ils les avaient achetés d'ordre et pour compte de SALTZMANN ». Et ce n'est pas davantage l'annotateur qui pouvait venir à leur secours puisqu'il considérait lui aussi comme « évident [...] que la propriété des cotons n'avait pas résidé un seul instant sur la tête des commissionnaires ».

84. Cependant, l'intérêt du commerce ne permettait pas de s'en tenir à cette solution : si le commissionnaire, qui a acheté et payé de ses deniers des marchandises pour son commettant, était réduit, en cas de faillite de ce dernier, à perdre ses avances, et à ne venir dans la masse que par simple contribution sur les marchandises, tandis que de son côté, il avait la certitude d'être poursuivi par le vendeur, envers lequel il s'est personnellement engagé, l'avenir du contrat de commission serait alors sérieusement compromis. C'est pourquoi, la Cour de cassation, saisissant le deuxième moyen invoqué par la partie demanderesse, et visant l'article 1251-3<sup>e</sup> du Code civil relatif au mécanisme du paiement avec subrogation, a décidé que « les CALLIANO s'étaient engagés pour et avec SALTZMANN [envers le vendeur] ; que, dès lors, ils avaient eu intérêt d'acquitter le prix de cette vente ; et qu'en l'acquittant, ils avaient été subrogés de plein droit aux lieu et place des vendeurs, conformément à l'article cité ; en sorte qu'en leur refusant la revendication par eux demandée, la Cour d'appel de Colmar est contrevenue à l'article 1251, n° 3 du Code civil ».

Si cet arrêt peut, à première vue, paraître à certains « plein de sagesse »<sup>1</sup>, il doit susciter, à la réflexion, une interrogation qui n'a heureusement pas échappé à la sagacité de l'annotateur : le commissionnaire est bien obligé envers le vendeur, mais il l'est pour sa propre dette. Tel est, en effet, le système mis en place par la jurisprudence que nous étudions : le commettant devient directement propriétaire des marchandises achetées, mais c'est le commissionnaire lui-même qui reste tenu des obligations contractuelles

---

<sup>1</sup> Tel était l'avis de l'annotateur.



envers le tiers cocontractant. Le premier n'est donc, en aucun cas, personnellement et directement engagé envers le vendeur. Aussi, comment le commissionnaire pourrait-il être subrogé dans les droits de son commettant en payant une dette dont celui-ci n'est pas le débiteur ?

85. C'est à ce niveau que l'annotateur va tenter une explication dont il nous sera aisé de montrer le caractère spécieux. Il commence par citer un arrêt de l'Ancien Régime, rapporté par un certain DENISART<sup>1</sup> : en effet, le 21 juillet 1742, il a été jugé que lorsqu'un commissionnaire avait, en son nom et pour le compte d'autrui, acheté des marchandises, le vendeur n'avait pas d'action contre le commettant si ce dernier avait envoyé au commissionnaire les fonds nécessaires au paiement. De cette décision, l'annotateur tire la conséquence suivante : le commettant n'est certes pas l'obligé direct du tiers vendeur, mais celui-ci peut néanmoins avoir quelques droits à exercer contre lui, tant qu'il n'a pas envoyé à son commissionnaire les fonds nécessaires. Mais ce n'est alors qu'une action indirecte fondée sur l'article 1166 du Code civil. Il s'agit là d'une application tout à fait ordinaire du droit des obligations et nul ne saurait contester que le vendeur des marchandises dispose contre le débiteur de son débiteur d'une action oblique. « Or, il suffit, selon l'annotateur, que le vendeur ait eu, au moment de la cession, des droits contre le commettant pour que [...] le commissionnaire, qui était aussi tenu de la dette, ait pu, en la payant, acquérir une subrogation légale ». L'inversion que réalise cet auteur est stupéfiante : il faut, en effet, se rappeler que c'est le commissionnaire qui est le débiteur principal envers le tiers, et que le commettant ne peut devenir lui-même débiteur du tiers que par le mécanisme de l'action oblique. Le commettant n'est donc qu'un débiteur "dérivé" à l'égard du tiers cocontractant. Or, par le mécanisme de la subrogation légale, c'est celui qui paie la dette du débiteur principal qui est ensuite subrogé dans les droits de ce dernier. Ce mécanisme ne peut donc pas permettre au débiteur principal, qui ne fait que payer sa propre dette, d'obtenir ensuite une subrogation légale dans les droits du débiteur "dérivé".

86. Au lieu d'invoquer une prétendue subrogation légale fondée sur l'article 1251 du Code civil et totalement inapplicable en l'espèce, il aurait été beaucoup plus

---

<sup>1</sup> Les références sont citées ainsi par l'annotateur : « Denisart, v<sup>o</sup> *Commissionnaire* ».

simple de retenir la qualité d'acheteur-revendeur du commissionnaire et de lui accorder le bénéfice du privilège des articles 576 et 577 du Code de commerce. Une telle décision aurait permis d'aboutir à la solution que l'intérêt du commerce exigeait, tout en respectant les principes de base du droit des obligations, au premier rang desquels se trouve notamment la règle de l'effet relatif des contrats. A ce raisonnement imposé *a priori* par une logique implacable fondée sur une exacte application de l'article 1165 du Code civil, les juges ont préféré opposer une "évidence", un sentiment "naturel", qui les a conduit à une impasse.

Cet arrêt est doublement significatif pour la démonstration que nous tentons de réaliser : d'abord, parce que l'affirmation selon laquelle, en cas d'interposition de personne, c'est le maître de l'affaire qui devient directement propriétaire des biens achetés pour lui, mais *proprio nomine*, par la personne interposée, n'est plus justifiée, comme c'était le cas dans les différentes espèces étudiées précédemment, par la volonté du juge de faire prédominer une solution plus équitable ou plus conforme à l'intérêt général que les autres. Au contraire, dans l'affaire qui nous préoccupe, il y avait opposition entre une telle affirmation et la solution finale à laquelle voulaient aboutir les juges, de sorte qu'il a fallu recourir à un autre mécanisme dont l'application s'avère d'ailleurs injustifiée. De plus, cette affirmation intervient, non plus dans le cadre de la convention de prête-nom, mais dans celui du contrat de commission. Or, si l'on pouvait discuter de la qualification de mandat sans représentation dans la première hypothèse, celle-ci semble imposée, comme nous l'avons vu précédemment, par la loi elle-même en matière de commission.

Cet arrêt permet donc parfaitement de mettre en évidence cette inévitable contradiction entre la stricte logique juridique qui aurait dû s'imposer, et la tentation irrépressible de dépassement de celle-ci à laquelle les juges ont finalement cédé. Il s'agit là d'une caractéristique essentielle du concept d'interposition de personne, résultant de l'opposition volontairement créée entre la motivation altruiste de l'auteur de l'acte (pour le compte d'autrui), et la forme égoïste de son intervention (en son nom propre). Nous pouvons donc conclure que toutes les situations dans lesquelles cette contradiction se manifeste peuvent être regroupées dans un concept unique, celui de l'interposition de personne, dont les deux éléments constitutifs mis en évidence doivent être maintenant précisés dans le cadre d'une définition logique.

## CHAPITRE DEUXIÈME :

### LA RECHERCHE SYSTÉMATIQUE

87. Comme le proposait déjà Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, au siècle dernier, à propos du prête-nom<sup>1</sup>, nous pensons que le terme de “remplacement”, bien que n’appartenant pas au langage habituel du juriste, désigne parfaitement le premier aspect de l’intervention de la personne interposée dans les affaires d’autrui. En effet, il reste suffisamment large pour englober non seulement toutes formes de mandat (gratuit ou onéreux, civil ou commercial, général ou spécial, occulte ou ostensible...), mais aussi toutes interventions spontanées d’une personne pour le compte d’une autre, c’est-à-dire toutes gestions d’affaires au sens large, dès lors que le gérant agit *proprio nomine*. Or,

---

<sup>1</sup> Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom, mandataire ou gérant d’affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898.

aucune raison spécifique ne permet de justifier l'exclusion de telles situations, puisque, comme le prête-nom ou le commissionnaire, le gérant d'affaires intervient lui aussi « pour le compte d'autrui » : dès lors, la même opposition entre la forme de son action (en son nom propre) et la motivation de celle-ci (pour le compte d'autrui) se retrouve dans cette hypothèse.

Mais, par ailleurs, le terme de “remplacement” reste malgré tout suffisamment précis pour permettre de distinguer l'interposition de personne des autres formes d'intermédiation, telle que le simple courtage, les différents contrats de transport, de transit ou d'affrètement, le recours aux services d'un interprète lors de la phase de négociation d'un contrat international ou le recours à un arbitre en cas de litige entre les parties. En effet, par cette formule, nous souhaitons ainsi exprimer que la personne interposée « ne rend pas un service quelconque, mais particulièrement le service de *se substituer au maître dans un acte juridique* concernant ce dernier, si bien que d'une manière ou d'une autre le maître doit être appelé plus tard à *reprendre la place* [...] occupée pour lui »<sup>1</sup>. A la différence de celle d'intermédiaire, la notion de remplacement a donc un sens plus spécifique qu'il convient de préciser (Section 1).

88. Ainsi, tout individu qui réalise une ou plusieurs opérations à la place et pour le compte d'une autre personne est un remplaçant. Mais tout remplaçant ne reçoit pas nécessairement la qualité de personne interposée : en effet, il faut en outre que son intervention dans les affaires d'autrui se fasse sous son propre nom. La personne interposée doit alors non seulement donner de son temps, apporter ses compétences particulières, réaliser le cas échéant des recherches, des études ou des analyses techniques, économiques et juridiques, prospecter une clientèle ou définir des stratégies pour le compte du maître de l'affaire, mais aussi “prêter” son nom, son patrimoine et sa personnalité juridique, afin de préserver l'anonymat de ce dernier. C'est en cela que l'interposition de personne se distingue des autres formes de remplacement, et principalement du mandat représentatif traditionnel.

Toutefois, les modalités de ce secret sur l'identité du véritable maître de l'affaire restent encore très insuffisamment définies par la seule formule « action en nom propre » : quelle doit être l'étendue du secret ? Quelles sont les personnes visées par

---

<sup>1</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, p. 18, note 1.

celui-ci et dans quelles conditions ? Comment reconnaître qu'une personne a agi en son propre nom ou au nom d'autrui ? Au delà des diverses précisions que nous serons alors amenés à apporter sur la nature exacte de ce secret, il nous apparaîtra que c'est une sorte de "dissimulation juridique" qui résulte de l'interposition de personne (Section 2).



## SECTION 1 : UN REMPLACEMENT

89. Dire d'une personne qu'elle est un remplaçant signifie qu'elle occupe dans l'opération une place qui n'est pas la sienne : or, telle est bien la situation de la personne interposée, puisqu'elle endosse personnellement la qualité de partie contractante dans une convention qui ne la concerne pas directement. Elle est, en quelque sorte, l'auteur d'une manifestation de volonté qui n'est pas véritablement la sienne ou, du moins, qui ne devrait pas l'être si elle ne s'occupait que de ses propres affaires. En réalité, si elle a décidé de réaliser cette opération, c'est uniquement parce qu'elle a pris en considération les conséquences bénéfiques que celle-ci pourrait produire au profit de l'interposant, soit qu'elle ait reçu de ce dernier des instructions particulières en ce sens (mandat), soit qu'elle ait spontanément décidé d'agir dans son intérêt (gestion d'affaires) : quoiqu'il en soit, on peut dire, dans les deux hypothèses, qu'elle intervient « pour le compte » du maître de l'affaire.

Cette expression est d'ailleurs, par elle-même, suffisamment éloquente pour nous donner une idée intuitive assez précise de ce qu'elle recouvre. Mais lorsque l'on cherche à la définir de manière plus systématique, on se heurte alors rapidement à l'extrême difficulté d'en trouver un ou plusieurs critères satisfaisants : il est difficile de dire avec précision quels sont les éléments qui permettent d'affirmer qu'un acte a été

accompli par un individu pour son propre compte ou pour le compte d'autrui. Nous étudierons donc successivement les différents critères proposés : en effet, après avoir successivement repoussé le critère matériel, basé sur l'attribution des conséquences de l'acte à autrui (§ 1), puis le critère comptable, fondé sur la notion d'intérêt (§ 2), nous retiendrons finalement la nécessité d'une analyse psychologique, centrée autour de la notion d' "instrumentalisation" au service de l'intérêt d'autrui (§ 3).

-



## § 1 : Le critère matériel

90. On pouvait, dans un premier temps, penser qu'une personne agissant pour le compte d'autrui est tout simplement une personne qui réalise une opération dont les effets se produiront dans le patrimoine d'un tiers. Cette définition, simple et générale, aurait pu *a priori* faire l'unanimité en doctrine, si elle ne présentait pas malheureusement l'inconvénient de rester imprécise : elle est, en effet, susceptible de plusieurs interprétations, quant à la nature exacte des conséquences que cette opération est censée produire dans le patrimoine d'autrui pour lui conférer la qualification d'opération pour le compte d'autrui. Un acte juridique produit généralement une multitude de conséquences de toute nature à l'égard de nombreuses personnes, de sorte qu'il sera nécessaire d'opérer un tri pour déterminer celles qui devront être finalement retenues comme critère de l'action pour le compte d'autrui. On peut ainsi se demander s'il convient de prendre en considération uniquement les conséquences directes de l'opération dans le patrimoine d'autrui ou bien si l'on doit également retenir les conséquences indirectes (A). Dans ce dernier cas, doit-on alors limiter le critère aux seules conséquences juridiques, qu'elles soient directes ou indirectes, ou bien peut-on inclure également les conséquences économiques que l'opération produit au profit d'un tiers pour la qualifier d'opération accomplie pour le compte d'autrui (B) ? Et enfin, dans

cette dernière hypothèse, à défaut d'un filtre objectif satisfaisant entre les conséquences les plus diverses qu'une opération peut produire, nous pourrions nous demander si le recours à la volonté des parties ne permet pas d'apporter le critère définitif de la notion d'action pour le compte d'autrui (C).

### A. Conséquences directes et conséquences indirectes

91. Représenter, c'est agir au nom et pour le compte d'autrui. Aussi n'est-il pas étonnant que ce soit dans le cadre de l'analyse du mécanisme de la représentation que la doctrine a d'abord cherché à définir l'expression « pour le compte de ». Le professeur Michel STORCK, dont la thèse relative à ce mécanisme sera exposée en détail dans nos développements ultérieurs, proposait le raisonnement suivant<sup>1</sup> : le processus de réalisation de tout acte juridique suppose nécessairement trois étapes successives. D'abord, le droit positif doit accorder une prérogative à un individu (par exemple, le propriétaire d'un bien peut le vendre). Puis, celui-ci doit exercer cette prérogative par une manifestation de volonté (le propriétaire du bien conclut un contrat de vente). Enfin, cette manifestation de volonté produit les conséquences juridiques envisagées (le vendeur perd sa qualité de propriétaire, au profit de l'acheteur). A ces trois étapes correspondent alors trois qualités différentes : celle de sujet titulaire du droit, celle d'auteur de l'acte et celle de sujet d'imputation des effets de cet acte. Habituellement, elles sont endossées par une seule et même personne : c'est, en effet, celui qui détient la prérogative, qui l'exerce ensuite, et qui en subit alors les conséquences juridiques. Or, selon cet auteur, une personne agit pour le compte d'autrui lorsqu'il y a précisément une dissociation entre ces différentes qualités : agir pour le compte d'autrui « signifie que l'action doit être menée par une personne dans l'intérêt d'autrui et que les effets résultant de l'action sont imputés directement à ce tiers »<sup>2</sup>. C'est donc dans l'affectation des effets juridiques directs de l'opération à une personne étrangère à sa conclusion que se trouverait le critère de reconnaissance de l'action pour le compte d'autrui.

---

<sup>1</sup> Michel STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., Paris, 1982, préface D. HUET-WEILLER.

<sup>2</sup> M. STORCK, *op. cit.*, p. 123, n° 162.

92. Cette conception restrictive, retenue par cet auteur parce qu'il avait en vue le mécanisme de la représentation, objet de son étude, ne nous semble pas admissible dans la mesure où elle exclut d'emblée de son champ la totalité, ou du moins, l'essentiel des hypothèses d'interposition de personne. En effet, la personne interposée, qui agit nécessairement, et par définition, en son nom propre, ne peut en aucun cas rattacher les conséquences juridiques directes de ses actes à une tierce personne (le maître de l'affaire) qu'elle désignerait comme sujet d'imputation. Dès lors, réunissant sur sa propre tête la double qualité d'auteur de l'acte et de sujet d'imputation, elle ne pourrait pas être regardée comme agissant « pour le compte d'autrui ». Il est évident que cette conclusion ne saurait être admise. D'ailleurs, le législateur lui-même condamne cette conception, en définissant le commissionnaire comme celui qui agit « pour le compte d'un commettant »<sup>1</sup>.

En réalité, cet auteur avait simplement voulu, par sa définition, s'opposer à une autre conception, plus large et en même temps plus vague, défendue par Guy FLATTET dans sa thèse sur « Les contrats pour le compte d'autrui »<sup>2</sup>, et à laquelle il reprochait son imprécision. Néanmoins, même si ce reproche devait s'avérer exact, nous ne pensons pas qu'il doive nécessairement entraîner le rejet pur et simple de la conception élargie, mais simplement conduire à la rendre un peu plus précise. En effet, la conception restrictive aboutit à limiter la notion d'action pour le compte d'autrui au seul mécanisme de la représentation, et accessoirement à la stipulation pour autrui et aux hypothèses exceptionnelles d'action directe, c'est-à-dire aux seules techniques qui font produire au contrat des effets juridiques directs dans le patrimoine d'un tiers. Or, comme le faisait remarquer Guy FLATTET, « la conclusion d'un contrat peut faire naître dans le patrimoine d'autrui des droits qui, sans doute, n'en font pas l'attributaire direct de la prestation, mais qui tendent à la lui attribuer »<sup>3</sup>. Lorsqu'un prête-nom, par exemple, se porte acquéreur d'un bien, qu'il s'empressera de revendre ensuite à son emprunteur de nom, comment nier qu'il agit pour le compte de ce dernier ? D'une part, il a acheté ce bien pour lequel il ne trouvait aucun intérêt particulier, ne faisant en réalité que suivre les instructions qu'il avait reçues du maître de l'affaire : il semble alors difficile de

---

<sup>1</sup> Article L. 132-1 du Code de commerce.

<sup>2</sup> Guy FLATTET, « Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. », thèse Paris, Sirey, 1950.

<sup>3</sup> G. FLATTET, *op. cit.*, n° 12, p. 10.

prétendre qu'il agissait pour lui-même. Et d'autre part, il faut bien admettre que la propriété du bien sera finalement attribuée au maître de l'affaire, même si cela se fait en plusieurs étapes : en effet, le droit de propriété, d'abord transféré du patrimoine du vendeur à celui du prête-nom, doit ensuite être à nouveau transféré vers celui de l'emprunteur de nom, en application de la convention de prête-nom. En définitive, que ce soit par un procédé direct ou indirect, les effets du contrat sont toujours attribués au maître de l'affaire, pour le compte duquel l'acte a été accompli : c'est cela seul qui importe.

## **B. Conséquences juridiques et conséquences économiques**

93. On peut se demander si la conception large qui résulte de la théorie de Guy FLATTET ne se heurte pas à une application rigoureuse du principe de la personnalité : le célèbre article 1165 du Code civil ne dispose-t-il pas que « les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes » ? Le contrat doit donc en principe s'exécuter exclusivement entre ceux qui l'ont conclu. Peu importe que l'un de contractants se soit engagé à transmettre ensuite, par un nouvel acte, certains effets du contrat à une personne absente à sa conclusion : juridiquement, cette personne et le cocontractant sont indépendants. Le patrimoine et la personnalité juridique de l'intermédiaire forment un écran entre eux, leur interdisant ainsi toute relation juridique directe. Toutefois, le juriste se doit parfois de dépasser le cadre purement juridique de ses investigations et d'observer les réalités économiques qui se présentent à lui.

Dans cette perspective, il apparaît alors difficile d'échapper au constat suivant : que l'un des cocontractants soit directement obligé à l'égard d'un tiers étranger à la conclusion du contrat (le sujet d'imputation), au lieu de devoir l'exécuter intégralement envers celui qui l'a conclu personnellement (l'auteur de l'acte), ou bien que ce dernier soit lui-même tenu de faire parvenir à ce tiers les prestations reçues du cocontractant, « le résultat économique est identique »<sup>1</sup>. Certes, les moyens employés sont différents, mais le contrat passé est bien, dans les deux cas, un contrat pour le compte d'autrui. Il est donc nécessaire de donner à l'agissement pour le compte d'autrui une définition plus large qui, dépassant les limites strictes du dogme de l'individualisme, se trouvera plus

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

en harmonie avec la réalité économique. Toutefois, il n'est pas question de qualifier de contrat pour le compte d'autrui toutes les conventions qui produisent un effet quelconque dans le patrimoine d'un tiers étranger à sa conclusion. C'est pourquoi l'auteur de cette thèse se proposait de préciser « la nature de la répercussion qu'un contrat doit avoir sur le patrimoine d'autrui pour lui conférer le caractère de contrat pour le compte d'autrui »<sup>1</sup>.

94. Lorsqu'une grande entreprise, par exemple, s'installe dans une ville particulièrement touchée par la crise économique et embauche du personnel, les petits commerçants en tirent un bénéfice important, lié à l'augmentation du pouvoir d'achat de leur clientèle. Mais cette répercussion indirecte des contrats de travail conclus par la société n'est que purement accidentelle. Elle résulte du jeu des circonstances. De même, lorsqu'un hôtel achète, en vue de sa destruction, une vieille bâtisse, parce que celle-ci obstruait partiellement une vue sur un superbe panorama, cette opération procure un bénéfice aux propriétaires des immeubles voisins. Cependant, ce contrat n'est pas un contrat pour le compte d'autrui, car la répercussion se produit de façon réflexe. Les voisins n'ont aucun droit à faire valoir contre le vendeur ou l'acheteur ; aucun lien de droit ne s'est établi avec eux, du fait du contrat. Pour attribuer à une opération le caractère de contrat pour le compte d'autrui, il faudrait donc qu'elle produise, au bénéfice d'une personne absente à sa conclusion, un avantage de nature juridique, et non seulement matériel.

C'est exactement le raisonnement tenu par Guy FLATTET, qui proposait alors la définition suivante : « sera donc contrat pour le compte d'autrui la convention par laquelle une personne absente à la conclusion d'un contrat aura un droit sur une ou plusieurs prestations fournies par l'une des parties, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'autre partie. Dans sa première forme, la plus parfaite et la plus efficace, le contrat pour le compte d'autrui confère à autrui une action directe contre l'un des contractants pour obtenir sa prestation ; dans la seconde, il fait naître une action contre l'autre partie pour obtenir la prestation reçue du co-contractant »<sup>2</sup>. C'est donc la mise en place obligatoire d'un mécanisme de transfert des prestations et obligations du

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, n° 10, p. 9.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, n° 12, p. 10.

contrat dans le patrimoine d'un tiers qui indiquerait la qualité de simple intermédiaire qu'endosse l'une des parties contractantes : ce transfert peut s'opérer immédiatement, par l'effet de la représentation, et faire entrer les prestations du contrat directement dans le patrimoine du tiers, ou bien se réaliser en plusieurs étapes, impliquant notamment un transit par le patrimoine de l'intermédiaire. Quoiqu'il en soit, dès lors qu'un tiers, étranger à la conclusion d'un contrat, a cependant un droit direct ou indirect à faire valoir sur une ou plusieurs des prestations résultant de ce contrat, celui-ci deviendrait un contrat conclu pour le compte d'autrui.

95. L'idée d'un mécanisme de transfert comme critère de l'action pour le compte d'autrui, donc de l'interposition de personne, a déjà été évoquée : nous avons vu qu'elle constituait, pour Anne-Marie ESSO-ASSI, l'un des éléments fondamentaux de sa définition de l'interposition de personne<sup>1</sup>. Elle apporte toutefois, par rapport aux explications de Guy FLATTET, quelques éléments de précision complémentaires. D'une part, indique-t-elle, l'objet du transfert ne peut pas consister uniquement dans les avantages et profits : les charges et les obligations résultants du contrat doivent également y être inclus<sup>2</sup>. Ainsi, lorsqu'un prête-nom rétrocède à son emprunteur de nom le bien qu'il avait acheté pour lui en son nom propre, il lui transfère non seulement le droit de propriété du bien, mais aussi la dette correspondant au prix, le risque lié à la disparition de la chose (« *res perit domino* »), l'obligation de prendre livraison, ainsi que toutes les servitudes, gages ou hypothèques qui grèvent la chose. Par conséquent, le tiers, pour le compte duquel l'acte a été accompli, ne devrait pas être désigné comme le bénéficiaire final de l'opération, mais plutôt comme l'attributaire final des effets du contrat<sup>3</sup>.

D'autre part, précise-t-elle, il n'est absolument pas nécessaire que le transfert s'étende sur la totalité des charges et des avantages : un transfert partiel est tout à fait

---

<sup>1</sup> Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987 : « Le but de l'interposition de personne est le second élément constitutif de cette technique [...]. Mais en quoi consiste ce but ? Il peut provisoirement être défini comme étant le transfert ou la rétrocession par l'interposé des avantages et des charges résultant de l'opération juridique conclue, au destinataire désigné par le maître de l'affaire » (n° 101, p. 78).

<sup>2</sup> Cf, pour plus de précisions, le paragraphe « A. L'objet du transfert » : Anne-Marie ESSO-ASSI, thèse précitée, n° 104, p. 80.

<sup>3</sup> Observons toutefois que l'expression « bénéficiaire » n'implique pas nécessairement l'exclusion des charges, mais seulement l'existence d'avantages supérieurs aux charges.

suffisant<sup>1</sup>. Imaginons, en effet, qu'une personne souhaite acquérir une petite parcelle voisine de son jardin, et contenant une source, afin de pouvoir irriguer son propre terrain. Mais, craignant que le propriétaire, avec lequel elle a de très mauvaises relations, refuse de la lui vendre, elle fait alors appel à un intermédiaire (par exemple, un autre voisin), qu'elle charge de l'acquisition de la parcelle. Puis, dans la mesure où le maître de l'affaire n'est intéressé que par la source et ne souhaite pas payer des frais d'enregistrement supplémentaires et disproportionnés par rapport à la valeur minime de la parcelle, il se contente de demander à l'interposé de lui attribuer une simple servitude conventionnelle d'aqueduc, de sorte que l'intermédiaire restera finalement propriétaire du bien, qui a pourtant été acheté pour le compte du maître et avec l'argent fourni par celui-ci.

96. Mais, la différence fondamentale entre la conception de Mme ESSO-ASSI et celle de M. FLATTET porte principalement sur les modalités du transfert. Pour ce dernier, il faut prendre en compte toute répercussion, qu'elle soit directe ou indirecte, du contrat sur le patrimoine d'un tiers, à la condition toutefois qu'il s'agisse d'une répercussion juridique. Le tiers doit avoir un "droit" sur une ou plusieurs prestations du contrat. Au contraire, Mme ESSO-ASSI estime que le transfert peut consister en une simple affectation économique des effets de la convention. Ainsi, supposons qu'une personne désire faire une libéralité au profit d'une autre, frappée d'une incapacité de la recevoir. Se trouvant dans l'impossibilité légale de lui transmettre directement l'objet de la donation, sous peine de nullité, elle envisage alors de disposer en faveur d'une personne interposée, telle que, par exemple, la concubine de l'incapable. Le rôle de cette dernière ne consistera pas à réaliser une seconde libéralité au profit du véritable bénéficiaire, car le détournement de la loi serait alors trop facilement détectable, puisque la seconde donation devrait faire l'objet d'une mesure de publicité foncière. Le transfert, de nature simplement économique, résidera alors dans le fait, pour la personne interposée, de mettre le bien à la disposition du destinataire réel, son concubin. On peut cependant dire qu'elle a accepté la libéralité "pour le compte de" son concubin, bien que celui-ci n'ait aucun droit à faire valoir sur la chose. Il semble alors que ce nouvel

---

<sup>1</sup> Cf, pour plus de précisions, le paragraphe « B. L'étendue du transfert » : Anne-Marie ESSO-ASSI, thèse précitée, n° 116, p. 89.

élargissement du critère, proposé par Mme ESSO-ASSI, permette de mieux cerner le concept de « contrat pour le compte d'autrui » : peut être ainsi considérée comme réalisée pour le compte d'autrui, toute convention qui produira, dans le patrimoine d'un tiers, des effets de toute nature, positifs ou négatifs, directs ou indirects, juridiques ou économiques, dès lors que ces conséquences atteignent ce tiers, étranger à la conclusion du contrat, en vertu d'un mécanisme de transfert volontairement et préalablement mis en place par les parties.

### **C. Conséquences voulues et conséquences fortuites**

97. Lorsqu'un contrat crée une nouvelle dette dans le patrimoine de l'une des parties, il en résulte des conséquences économiques pour les autres créanciers de celle-ci, qui voient leur gage diminuer. De même, lorsque le propriétaire d'un terrain enclavé, bénéficiant d'une servitude légale de passage sur le terrain voisin, achète une parcelle attenante qui lui donne un nouvel accès à la voie publique, la servitude tombe obligatoirement<sup>1</sup> : pour le propriétaire du fonds servant, l'effet économique du contrat de vente, auquel il est bien évidemment étranger, est donc substantiel. Il ne s'agit pourtant pas de contrats conclus pour le compte d'autrui puisque les effets économiques qu'ils produisent dans le patrimoine des tiers sont purement fortuits : ils ne résultent pas de la mise en place et de l'utilisation volontaires d'un quelconque mécanisme de transfert des avantages et des charges de la convention. Or, nous le savons, pour Mme ESSO-ASSI, l'existence d'un tel mécanisme est un élément fondamental de la définition de l'interposition de personne, et de l'action pour le compte d'autrui, car il traduit le désir originel de l'une des parties de faire bénéficier des avantages du contrat non pas elle-même, qui en est l'auteur, mais une tierce personne étrangère à sa conclusion. Or, c'est finalement cette volonté qui doit fonder la qualification d'action pour le compte d'autrui.

98. Imaginons maintenant qu'une société multinationale A désire prendre le contrôle d'une autre société concurrente B. A l'évidence, les actionnaires de cette

---

<sup>1</sup> Une décision judiciaire est toutefois nécessaire pour constater la disparition de la situation d'enclave. Mais, une fois ce constat réalisé, la servitude ne peut plus subsister (sauf accord des parties, qui la transformerait ainsi en servitude conventionnelle).



dernière n'accepteront pas cette prise de participation, de sorte qu'il faudra employer des moyens indirects et plus discrets. A cet effet, la société A utilisera son réseau de filiales et de sous-filiales secrètes : elle demandera à plusieurs d'entre elles d'acheter chacune un nombre limité d'actions de la société concurrente, de manière à ce que, par le cumul de ces participations réduites, la société-mère devienne enfin maîtresse de sa concurrente. Il faut alors observer qu'aucun transfert, ni juridique, ni économique n'intervient : les filiales restent propriétaires des actions acquises et conservent pour elles-mêmes les dividendes éventuels. L'opération permettra simplement à la société-mère d'augmenter ses pouvoirs et de diriger, en fait, la politique menée par sa concurrente, ce qui peut même éventuellement lui conférer, dans le domaine concerné, un quasi monopole. Or, au sens de la définition donnée par Anne-Marie ESSO-ASSI, les opérations d'achat réalisées par les filiales ne constituent pas des actes pour le compte d'autrui, faute de pouvoir démontrer l'existence d'un mécanisme conventionnel ou légal de transfert. Pourtant, celles-ci n'ont agi à l'évidence que sur les instructions de la société-mère. Chacune d'elles ne tire probablement aucun bénéfice personnel de l'opération dont elle est l'auteur, puisqu'aucune n'atteint, individuellement, une participation qui lui permettra de prendre le contrôle de la société. Quant aux avantages économiques résultant de la seule distribution des dividendes, ils sont bien souvent minimes et sans commune mesure avec le prix payé pour l'achat des actions. Le véritable enjeu, auquel elles ne prennent aucune part, réside simplement dans la répartition du pouvoir au sein de l'entreprise concurrente : or, n'ayant pas agi pour elles-mêmes, elles ont donc nécessairement agi pour le compte d'autrui. L'interposition de la personnalité morale indépendante des filiales ne fait pas de doute dans cette hypothèse.

99. Il semble donc que l'interposition de personne et, d'une manière plus générale, l'action pour le compte d'autrui peuvent exister indépendamment de tout mécanisme de transfert tant de nature économique que juridique. Mais surtout, le critère fondé sur l'existence de ce mécanisme apparaît encore plus nettement comme insatisfaisant, lorsque l'on tente de le systématiser : en effet, il serait parfaitement absurde de prétendre qu'un contrat est réalisé pour le compte d'autrui chaque fois que ses effets sont transférés à un tiers par un mécanisme légal, conventionnel, voire simplement matériel, mais en tout cas intentionnellement mis en place. Ainsi, comment

pourrait-on considérer une personne, bénéficiaire d'une libéralité, comme interposée du simple fait qu'elle met volontairement l'objet de la libéralité à la disposition d'un tiers ? De même, est-il imaginable de déclarer toutes les opérations d'achat de marchandises réalisées par un commerçant comme des contrats conclus pour le compte d'autrui sous le seul prétexte que la propriété de ces biens sera volontairement transférée à des tiers (les clients), par des contrats de revente ultérieurs ? La seule observation de l'existence d'un mécanisme de transfert des charges et des avantages de l'opération ne suffit donc pas à caractériser l'action pour le compte d'autrui.

Mais, ne peut-on pas considérer que, à défaut de constituer un critère, la mise en place d'un tel mécanisme de transfert constituerait pour le moins un indice permettant de dégager la volonté initiale de l'auteur de l'acte de faire bénéficier autrui des avantages de celui-ci, de sorte que seule cette volonté serait véritablement importante pour qualifier l'opération d'acte pour le compte d'autrui ? Ainsi, il en résulterait qu'une opération, avec ou sans mise en place d'un quelconque mécanisme de transfert juridique ou économique des avantages et des charges, serait considérée comme accomplie pour le compte d'autrui si l'une des parties contractantes a eu, dès l'origine, la volonté d'en faire profiter autrui, et n'a donné son consentement personnel à l'acte que dans ce seul objectif. Sa motivation, au moment de la conclusion du contrat, était alors altruiste. Au contraire, celui qui donne son consentement à l'acte en considération des avantages qu'il pourra en retirer personnellement a une motivation égoïste, même s'il a, par ailleurs, conscience des avantages qu'un tiers peut également retirer de cette opération, car ceux-ci sont alors fortuits, et non voulus. Il conviendrait ainsi de déterminer si un acte est accompli pour le compte de son auteur ou pour le compte d'autrui en recherchant qui est le "destinataire final" des principaux effets de cet acte, la notion de destination impliquant un élément intentionnel.

100. En réalité, il n'est guère plus satisfaisant de fonder ce critère sur la volonté de l'auteur de l'acte, du moins telle qu'elle est précédemment décrite, que de la fonder sur l'existence objective du mécanisme de transfert. En effet, ce n'est pas parce que l'auteur d'une manifestation de volonté souhaite, par ce moyen, apporter un avantage juridique, ou même simplement économique, à un tiers, que l'acte doit être automatiquement considéré comme réalisé pour le compte d'autrui. Songeons à

l'hypothèse de celui qui est animé par une intention libérale : il désire incontestablement créer un avantage pour autrui, et c'est bien la personne à l'égard de laquelle il a cette intention libérale qui est, dans son esprit, le destinataire final des effets (économiques ou juridiques) de l'acte qu'il accomplira (donation, testament, paiement de la dette d'autrui ou achat pour autrui...). Pourtant, nul ne songerait à assimiler sa situation à celle d'un remplaçant : le donateur n'agit pas pour le compte du donataire, mais pour son propre compte, car il occupe dans l'opération (en l'espèce, la libéralité), non pas la place d'autrui, mais sa propre place.

De même, celui qui renonce à une succession dans le seul but de permettre à un parent plus éloigné d'hériter du *de cuius* réalise, par son acte de renonciation, un avantage objectif pour autrui. En outre, c'est bien la recherche de cet avantage qui a principalement motivé sa décision de renoncer à la succession. Il y a indiscutablement une attribution volontaire (et non fortuite) d'une conséquence économique indirecte de l'opération à autrui. Cependant, dans l'acte de renonciation, le renonçant n'occupe pas la place d'autrui, mais la sienne propre : il renonce au profit d'autrui, mais il ne renonce pas « pour le compte d'autrui ». Il faut donc admettre que ce critère purement matériel de l'action pour le compte d'autrui, qui est fondé sur la seule attribution à autrui des effets principaux de l'acte, ne peut être retenu, même si un élément intentionnel est introduit en vue d'exclure l'ensemble des conséquences qui sont simplement fortuites, et de ne retenir que les conséquences voulues. Un autre critère plus satisfaisant doit être recherché.

## § 2 : Le critère comptable

101. De nombreux auteurs proposent un autre critère, apparemment beaucoup plus simple, fondé sur la notion d'intérêt. La caractéristique fondamentale de l'action pour le compte d'autrui résiderait ainsi dans la double constatation suivante : d'une part, la personne remplacée, c'est-à-dire celle pour le compte de qui l'opération a été réalisée, trouve un intérêt particulier à un contrat à la conclusion duquel elle n'a pourtant pas participé ; d'autre part, et surtout, le remplaçant, c'est-à-dire celui qui est l'auteur matériel de l'acte, n'a lui-même aucun intérêt personnel à l'opération qu'il réalise. Il est vrai que certains remplaçants se font rémunérer pour leur service : cependant, cette rémunération ne prend pas directement sa source dans l'opération réalisée pour le compte d'autrui, mais dans une autre convention antérieure, telle que la convention de prête-nom, conclue entre le remplaçant et le remplacé. Une personne qui accomplit un acte, sans que celui-ci ne lui procure, du moins directement, un avantage susceptible de l'intéresser ne peut qu'agir pour le compte d'autrui. C'est donc par l'établissement d'un bilan global des avantages et des charges de l'opération que le juge pourra déterminer si celle-ci a été accomplie pour le compte de son auteur, ou pour le compte d'autrui.

102. Soumis cependant à une analyse rigoureuse, ce nouveau critère ne semble pas plus satisfaisant que les précédents. La notion d'intérêt est, en effet, susceptible de recouvrir plusieurs acceptions, mais dans tous les cas, nous pourrions constater que l'affirmation d'un défaut d'intérêt du remplaçant et d'un intérêt nécessaire du remplacé dans l'opération est une affirmation abusive, voire inexacte lorsque l'on envisage de lui donner un caractère absolu. Notons d'abord que prétendre d'une personne qu'elle n'a aucun intérêt, au sens large du terme, à une opération qu'elle accomplit revient à dire que son consentement à l'acte n'a pas de motivation, ce qui nous semble impossible. Il est probable alors que les défenseurs de cette thèse ont entendu donner à la notion d'intérêt un sens plus restreint. Doit-on l'assimiler à la notion de « cause » au sens de l'article 1108 du Code civil (c'est-à-dire en quelque sorte un intérêt purement juridique) ? Mais, dans ce cas, l'absence d'intérêt serait donc comprise comme une absence de cause, ce qui provoquerait inévitablement la nullité de tous les actes accomplis pour le compte d'autrui. Il faut donc considérer, pour donner une réelle efficacité à cette théorie, que l'intérêt dont il est question est exclusivement un intérêt objectif, c'est-à-dire pécuniaire, patrimonial. Ainsi, l'action pour le compte d'autrui se caractériserait par un intérêt économique d'un tiers à une opération à laquelle il est apparemment étranger et une absence d'intérêt économique de l'auteur matériel de l'acte. Or, plusieurs exemples peuvent permettre de démontrer l'inexactitude d'une telle proposition : la personne remplacée n'a pas toujours un intérêt économique direct dans l'opération réalisée pour elle par son remplaçant ; et ce dernier, quant à lui, n'est pas forcément privé d'un tel intérêt économique direct à la réalisation de cet acte.

103. Rappelons nous, par exemple, la situation de cette société multinationale A, qui grâce à l'interposition de plusieurs de ses filiales et sous-filiales, réussit à prendre le contrôle de la société concurrente B. Son intérêt dans la réalisation des contrats d'achat des actions de la société concurrente par les filiales n'est, en aucun cas, de nature économique : elle ne percevra pas les dividendes ; elle ne pourra pas non plus réaliser de plus-value en revendant les actions, car elle n'en est pas propriétaire. Son intérêt consiste uniquement dans la maîtrise qu'elle a ainsi obtenue sur les décisions prises par sa principale concurrente. Les conséquences économiques directes des opérations d'achat se produisent exclusivement dans le patrimoine des sociétés filiales. Certes, ces

effets économiques directs au profit des sociétés filiales sont dérisoires au regard des avantages que la société-mère pourra retirer du pouvoir qu'elle vient d'acquérir : elle bénéficiera, par exemple, d'un quasi-monopole de fait, qui lui permettra d'augmenter les prix de ses biens ou services. Mais, cet avantage n'est qu'indirectement lié aux contrats d'acquisition des actions<sup>1</sup>. L'intérêt économique direct de l'opération qui consiste à acheter des actions ne peut profiter qu'aux sociétés filiales, celles qui précisément sont censées ne pas être intéressées par les contrats qu'elles ont réalisés.

104. Un autre exemple, de source jurisprudentielle, nous apportera une démonstration encore plus flagrante de l'inadéquation du critère proposé : les faits nous sont fournis par les motifs d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juin 1986<sup>2</sup>. En l'espèce, Mme veuve DAVY, propriétaire de lots dans un immeuble sis à Fontenay-sous-Bois, avait donné mandat, le 10 avril 1978, à la société anonyme "Étude DAB", syndic de la copropriété, de vendre lesdits lots moyennant le prix minimum de 300.000 francs. Par acte notarié reçu le 25 juillet 1978, cette vente fut réalisée au profit d'une société à responsabilité limitée, dénommée "Cabinet MALLET-DAB" (laquelle prit ultérieurement la dénomination de société "Hiram"), pour la somme de 300.000 francs. Celle-ci a ensuite revendu les biens à un prix très largement supérieur, de sorte que la différence ne pouvait en aucun cas se justifier par les seuls travaux de rénovation réalisés par la suite. En effet, trois appartements ont été revendus pour la somme de 260.000 francs, et les locaux commerciaux pour celle de 450.000 francs. Or, selon la Cour de cassation, la cour d'appel a pu déduire à bon droit des nombreux éléments qu'elle avait relevés que la SARL "Cabinet MALLET-DAB" n'était, à l'évidence, qu'une personne morale interposée<sup>3</sup>. Les acheteurs réels, à savoir la société anonyme "Étude

---

<sup>1</sup> Et si l'on essaie d'élargir à nouveau le critère en englobant les conséquences économiques même indirectes de l'acte dans l'appréciation du concept d'intérêt, la récurrente question des limites se posera alors à nouveau : une troisième société tire peut-être, elle aussi, de cette situation un avantage économique indirect quelconque, peut-on alors la qualifier de personne remplacée ?

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1986 : Bull. civ. I, n° 170, p. 170 ; Lexilaser, pourvoi n° 84-15.398 (texte intégral).

<sup>3</sup> Pour établir l'interposition de personne, la cour d'appel avait notamment relevé « que la Société Anonyme Étude DAB, administrée par Henri DAB, Aron DAB BLANCHARD et Melle Marie-Thérèse MALLET [...] avait pour objet l'administration et la gestion de tous immeubles, l'achat, la vente et toutes négociations concernant les immeubles, que la SARL Cabinet MALLET-DAB avait le même objet social que la Société Étude DAB et que son capital était réparti par moitié entre Henri DAB et Marie-Thérèse MALLET qui en était la gérante, qu'il suffisait de se reporter aux statuts de ces deux sociétés et aux énonciations du mandat donné par la venderesse ainsi qu'à celles de la promesse de vente et de l'acte de vente du 5 juin et 25 juillet 1978 pour constater qu'Henri DAB et Dlle MALLET, spécialistes des opérations immobilières d'affaires avertis, agissant de connivence *sous le masque des deux sociétés*

DAB” et derrière elle, M. DAB et M<sup>elle</sup> MALLET, les deux “animateurs” de cette société et de la SARL “Cabinet MALLET-DAB”, avaient ainsi réalisé une opération fructueuse, tout en échappant à l’interdiction légale faite au mandataire de se porter adjudicataire des biens qu’il est chargé de vendre et à la nullité édictée par l’article 1596 du Code civil. En conséquence, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d’avoir conclu « que c’est la société mandataire, en la personne de ses associés, qui a acquis, par personne morale interposée, le bien qu’elle était chargée de vendre » et d’avoir prononcé, sur la demande de la veuve DAVY, la nullité de la vente du 25 juillet 1978.

105. Pour analyser cette décision, il faut donc admettre comme un fait établi que la SARL “Cabinet MALLET-DAB” était bien une personne interposée ayant agi pour le compte de la société anonyme “Étude DAB” et de leurs deux “animateurs” communs, M. DAB et M<sup>elle</sup> MALLET, puisque tel est le sens de la décision des juges. Or, même si le but de cette interposition était d’échapper à l’application de l’article 1596 du Code civil, il n’en résulte pas moins que la SARL, c’est-à-dire la personne interposée, est devenue elle-même propriétaire d’un immeuble qu’elle a acquis pour un prix dérisoire, et qu’après la réalisation de travaux, elle a pu les revendre à un prix très largement supérieur, réalisant ainsi un substantiel bénéfice. Elle a donc eu personnellement un intérêt économique évident à l’achat de cet immeuble au prix proposé : on ne peut donc plus prétendre que la personne interposée se caractérise toujours par son absence d’intérêt personnel à l’opération. Quant à l’intérêt de M. DAB et de M<sup>elle</sup> MALLET, les deux seuls associés et dirigeants de la société, il ne pourra se réaliser que par le partage d’une partie des bénéfices de la société “Cabinet MALLET-DAB” sous la forme de distribution des dividendes. Dès lors, dans cet exemple, il apparaît nettement que l’intérêt de la personne remplacée (les associés) est impérativement lié à l’intérêt du remplaçant (la société), le second étant d’ailleurs éventuellement supérieur au premier, si les bénéfices ne sont pas intégralement distribués aux associés. Il en résulte que l’idée qu’une personne agissant pour le compte d’autrui (le remplaçant) doit nécessairement se

---

composées avec les mêmes personnes, dirigées et animées par elles, ayant sous des appellations différentes, un siège social à la même adresse où se déroulaient leurs activités sans que la clientèle puisse savoir à quelle société elle s’adressait en réalité et que cette confusion volontairement entretenue par DAB et Dlle MALLET permettait de dire que le mandataire et l’acheteur étaient en réalité les mêmes personnes et que la vente intervenue le 25 juillet 1978 était donc nulle par application des dispositions de l’article 1596 du Code Civil » (exposé des motifs de la cour d’appel rappelés dans le texte intégral de l’arrêt de la Cour de cassation).

trouver dépourvue d'intérêt à l'acte qu'elle accomplit, est clairement condamnée par cette conception jurisprudentielle de la notion d'interposition de personne.

106. La définition de la notion de remplacement ou de substitution dans l'action, c'est-à-dire de l'expression « agir pour le compte d'autrui », semble particulièrement difficile à cerner. En réalité, si aucun des critères proposés jusqu'alors n'est pleinement satisfaisant, c'est probablement parce qu'ils ne reposent que sur un seul aspect de l'action pour le compte d'autrui : son aspect objectif, matériel. Or, nous pensons, au contraire, que l'élément psychologique, importe davantage en la matière. C'est donc une conception subjective de l'action pour le compte d'autrui que nous retiendrons. La personne pour le compte de laquelle un acte a été accompli n'est pas simplement celle qui y trouve un intérêt, ni même celle qui en récolte les conséquences, qu'elles soient directes ou indirectes, économiques ou juridiques : en effet, les contrats produisent toujours de multiples effets dans le patrimoine de plusieurs personnes. Or, il serait absurde de prétendre que l'auteur de l'acte a agi pour le compte de toutes ces personnes. En réalité, celle pour le compte de qui l'opération a été réalisée est celle dont l'intérêt a motivé l'accomplissement de l'acte. Elle n'est donc pas simplement un bénéficiaire des effets de l'opération, mais le destinataire final de ces effets, la notion de « destination » impliquant la recherche d'une certaine intention.

Cependant, les motivations qui conduisent un individu à accomplir une opération sont généralement nombreuses : or, quand bien même on ne retiendrait que le ou les intérêts réalisés par l'acte qui ont été la "cause impulsive et déterminante" de son consentement, il reste difficile de déterminer, dans certains cas, si c'est son intérêt personnel ou l'intérêt d'un tiers qui doit être retenu comme la source première de sa motivation. Par exemple, lorsqu'un mandataire conclut un contrat conformément à la mission qu'il a reçue, il est difficile de dire si sa motivation principale est la réalisation de l'intérêt d'autrui dans le cadre délimité au préalable par ce dernier, ou la réalisation de son propre intérêt, à savoir obtenir la rémunération prévue, échapper à la mise en cause de sa responsabilité contractuelle personnelle au cas où il ne respecterait pas son mandat, avoir le sentiment du devoir accompli ou le plaisir personnel de rendre service à une personne qui lui est chère. Comment établir une hiérarchie entre ces nombreuses motivations ? Cela paraît *a priori* particulièrement délicat. C'est donc un critère encore



plus subtil qui doit être retenu finalement comme élément de la définition de l'action pour le compte d'autrui.

### **§ 3 : Le critère psychologique**

107. L'admission d'un critère psychologique de l'action pour le compte d'autrui ne nous conduit pas pour autant à rejeter les deux critères précédemment étudiés : en effet, le maître véritable d'une affaire réalisée par un remplaçant est incontestablement l'attributaire final des conséquences, au moins économiques, de l'acte accompli pour lui, et il trouve forcément un intérêt personnel à cet acte, même si cet intérêt est indirect ou entre en concurrence avec l'intérêt d'autres personnes, et en particulier avec celui de l'auteur matériel de l'acte (le remplaçant). Cependant, ces éléments ne suffisent pas à établir indiscutablement la distinction entre les actes réalisés pour le compte d'autrui et ceux réalisés pour le compte personnel de leur auteur. Nous avons même constaté que l'adjonction d'un élément intentionnel (la volonté) ou d'un élément psychologique de base (la motivation) ne donnent pas le résultat escompté. Il est donc nécessaire d'approfondir l'analyse psychologique de la phase de prise de décision par l'auteur de l'acte dans la réalisation de cette opération.

108. Lorsqu'un mandataire, chargé de vendre un immeuble pour le compte de son mandant, prend la décision définitive de conclure un contrat de vente avec tel acheteur, qu'il aura pu trouver au préalable, et à telles conditions qu'il aura pu négocier

avec ce dernier, on peut affirmer qu'il agit pour le compte de son mandant, même si la rémunération à laquelle il a droit constitue une motivation égoïste puissante. Au contraire, lorsqu'un disposant prend la décision définitive de conclure un contrat de donation avec telle personne, qu'il veut gratifier, de tel bien qu'il désire lui attribuer, on considérera qu'il agit pour son propre compte, alors même que la réalisation de son propre intérêt moral (intention libérale) ne peut se réaliser que par la réalisation de l'intérêt d'autrui (enrichissement du patrimoine du gratifié) et à son propre détriment (appauvrissement de son patrimoine).

A y regarder de plus près, une seule différence peut être observée entre ces deux situations qui peut justifier que la motivation égoïste de l'auteur de l'acte l'emporte sur la motivation altruiste dans un cas, et non dans l'autre. En effet, dans la première hypothèse, le mandataire aurait pu tout aussi bien obtenir la rémunération qui le motive en concluant un autre contrat, avec une autre personne et/ou à des conditions différentes, dès lors qu'il restait dans le cadre de son mandat. Ainsi, qu'il vende l'immeuble à X ou à Y, à 500.000 francs ou 550.000 francs (si le mandat prévoyait un plancher de 400.000 francs, par exemple), rapidement avec le premier venu ou en prenant son temps pour choisir le meilleur cocontractant, et avec telle clause ou telle autre, cela n'aurait rien changé à l'obtention de sa rémunération, dès lors qu'il restait strictement dans les limites de son mandat. Au contraire, dans la deuxième hypothèse, la satisfaction de l'intérêt moral du disposant n'aurait pas du tout été la même s'il avait conclu le contrat de donation avec une autre personne ou à d'autres conditions. Ainsi, ce qui conduit l'auteur de l'acte à opter finalement pour telle opération précise plutôt que telle autre, c'est la prise en considération exclusive de son intérêt personnel dans le cas du donateur : en effet, la satisfaction de son intention libérale lui impose la conclusion du contrat de donation avec telle personne.

Au contraire, dans le cas du mandataire, c'est la prise en considération de l'intérêt du mandant qui le conduit à choisir finalement une opération plutôt qu'une autre. Le mandataire, pour prendre sa décision finale, doit impérativement se placer mentalement dans la situation du mandant, en vue d'apprécier au mieux les intérêts de ce dernier : il doit faire abstraction de sa propre personne, et mettre entièrement son esprit, c'est-à-dire sa capacité d'analyse, ses compétences intellectuelles, son intuition,

etc., au service de l'intérêt exclusif du mandant. C'est dans cette mesure que l'on peut dire qu'il s'*instrumentalise* au service de l'intérêt d'autrui.

109. Ainsi, toute personne qui agit pour le compte d'autrui (mandataire représentant, gérant d'affaires au sens large, prête-nom ou commissionnaire, etc.), ne peut prendre la décision définitive d'accomplir telle opération plutôt que telle autre, qu'après s'être mentalement placée dans la situation de la personne qu'elle remplace. Cependant, il faut se garder d'en conclure hâtivement que l'auteur d'un acte ne pourra se voir attribuer la qualité de remplaçant qu'à la condition d'avoir eu conscience d'agir à la place d'autrui et d'avoir accepté à cette effet de s'auto-instrumentaliser : en effet, l'hypothèse de l'interposition de personne dite "forcée" vient contredire quelque peu cette affirmation. Songeons, par exemple, au dirigeant d'une entreprise, qui utilise ponctuellement le pouvoir qu'il détient sur celle-ci pour lui faire réaliser des opérations dans son intérêt personnel ou dans l'intérêt d'un tiers : la société interposée, incapable d'avoir une volonté propre, ne peut pas avoir intentionnellement agi dans l'intérêt et à la place du maître de l'affaire. Elle n'a aucune conscience personnelle, aucune capacité intellectuelle qu'elle pourrait, en quelque sorte, mettre à la disposition d'autrui, acceptant ainsi de faire temporairement abstraction de sa propre personne.

En réalité, c'est dans l'esprit du dirigeant de l'entreprise que doit s'analyser le véritable processus psychologique de réalisation de l'acte : en sa qualité de représentant légal de la société, il a donné son consentement personnel à la réalisation d'une opération, sans être véritablement motivé par le souci de réaliser l'intérêt de la société elle-même, mais par celui de réaliser en priorité son propre intérêt ou celui d'un tiers. Il a donc contraint la société à accomplir une opération dont la motivation principale, dans l'esprit de celui qui en est l'auteur intellectuel (le "cerveau"), n'est pas la réalisation de l'intérêt social, même si accessoirement, et par un heureux hasard, elle peut présenter objectivement des avantages pour elle. La notion de remplacement, ou de substitution dans la réalisation d'un acte, est donc bien une notion psychologique, mais la recherche de cet élément psychologique doit se faire dans l'esprit de celui qui prend la décision finale d'accomplir l'opération : l'auteur intellectuel de l'acte fait-il de celui qui en sera l'auteur matériel ou juridique (c'est-à-dire, selon les cas, lui-même ou une personne incapable qu'il représente) le destinataire réel de ses effets essentiels (l'action est alors

accomplie pour le compte de celui-ci) ou fait-il de lui un simple instrument au service de l'intérêt d'autrui (auquel cas, l'action est accomplie pour le compte d'autrui) ? L'exemple de l'interposition de personne forcée nous montre que l'instrumentalisation, qui sert de critère à la notion d'action pour le compte d'autrui, n'est pas forcément le fait de l'auteur de l'acte ("auto-instrumentalisation"), mais peut être également le fait d'une autre personne, par exemple, son représentant légal ou conventionnel ("hétéro-instrumentalisation").

110. C'est ainsi que la décision du juge, dans l'affaire "MALLET-DAB", peut enfin prendre tout son sens : certes, la SARL "Cabinet MALLET-DAB" a réalisé une opération immobilière qui lui procure personnellement un bénéfice évident, mais l'analyse de l'élément psychologique révèle cependant une interposition de personne. En effet, lorsque M<sup>lle</sup> MALLET, gérante de la société, donne son consentement à l'opération au nom de cette société, qu'elle représente, elle n'a pas, selon l'appréciation souveraine des juges du fond, été motivée par le souci principal de réaliser l'intérêt de ladite société, mais plutôt par la seule volonté d'échapper à l'application de l'article 1596 du Code civil. Si le Code civil n'interdisait pas au mandataire de se porter adjudicataire du bien qu'il est chargé de vendre, il est probable que M. DAB et M<sup>lle</sup> MALLET se seraient portés eux-mêmes acquéreurs de l'immeuble (ou par l'intermédiaire de l'autre société, la société anonyme "Étude DAB"). Et par ailleurs, même si l'intérêt personnel de la SARL "Cabinet MALLET-DAB" avait été totalement inexistant dans l'opération, celle-ci n'en aurait pas moins été réalisée, puisqu'elle est motivée par l'intérêt des deux associés et non par celui de la SARL.

Ainsi, la réalisation de l'intérêt de la SARL, indiscutable en l'espèce puisqu'elle a acheté l'immeuble à bas prix, puis l'a revendu à un prix très supérieur, n'apparaît pas comme la motivation principale de l'opération, mais simplement comme un moyen de contourner l'interdiction posée par l'article 1596 du Code civil, qui seule importait à M<sup>lle</sup> MALLET au moment de prendre la décision définitive. C'est dans ces conditions que les juges ont pu affirmer que « le mandataire et l'acheteur étaient en réalité les mêmes personnes et que la vente intervenue le 25 juillet 1978 était donc nulle par application des dispositions de l'article 1596 du Code Civil ». En effet, les véritables "destinataires" des effets de l'opération immobilière réalisée étaient, en réalité, les deux

associés, lesquels avaient agi « de connivence sous le masque des deux sociétés », c'est-à-dire avait instrumentalisé les deux sociétés au service de leurs propres intérêts.

111. On peut donc conclure, d'une manière générale, que l'auteur d'un acte sera considéré comme ayant agi pour le compte d'autrui chaque fois que les circonstances nous conduisent à voir en lui un simple instrument au service de la réalisation de l'intérêt d'autrui : tel est le cas du mandataire ou du gérant d'affaires (au sens large) qui mettent leur propre personne au service d'autrui, même s'ils ont accessoirement un intérêt personnel dans l'affaire. Au contraire, on doit admettre que l'auteur de l'acte a agi pour son propre compte, dès lors qu'il n'envisage la réalisation de cette opération qu'en considération de son seul intérêt personnel, ou bien en prenant également en considération l'intérêt d'autrui, mais simplement comme un moyen indirect de réalisation de son intérêt personnel (par exemple, il fait une libéralité au profit d'autrui, mais en vue de satisfaire ce sentiment personnel que l'on appelle "intention libérale").

Ainsi, selon que la réalisation de l'intérêt d'autrui n'apparaît que comme un moyen de réaliser son propre intérêt, ou bien au contraire que l'intérêt d'autrui est recherché pour lui-même, et suppose une substitution mentale de l'auteur de l'acte dans les affaires d'autrui, même si, accessoirement, ce dernier a aussi un intérêt personnel à la réalisation de l'acte, l'opération sera considérée comme accomplie pour le compte personnel de son auteur ou pour le compte d'autrui. Le seul moyen de déterminer si l'on est dans la première ou dans la deuxième hypothèse consiste à se demander si, dans l'esprit de l'auteur matériel de l'acte (c'est-à-dire de celui qui a pris la décision finale de conclure cet acte), l'auteur juridique (c'est-à-dire, selon les cas, lui-même ou celui qu'il représente), est utilisé comme un instrument mis à son propre service ou au service de l'intérêt d'autrui. Concrètement, chaque fois que l'examen de la situation tend à démontrer que l'intérêt personnel de l'auteur juridique de l'acte n'a pas eu une valeur déterminante dans la motivation qui a conduit à la réalisation de cet acte, il apparaît alors comme un simple instrument au service d'un intérêt étranger.

## SECTION 2 : UNE DISSIMULATION

112. Les raisons qui amènent un individu à faire appel à un remplaçant pour réaliser une ou plusieurs opérations juridiques peuvent être extrêmement variées : éloignement, manque de temps, désir de confier la gestion de ses affaires à un professionnel, etc. N'importe quelle technique de remplacement permet alors de répondre à ces différents soucis, et en particulier la technique du mandat représentatif. Celle-ci présente des avantages incontestables et sera parfaitement adaptée à la plupart des situations. Cependant, il arrive parfois qu'à ces premiers objectifs le maître de l'affaire souhaite ajouter celui de la discrétion, pour des raisons les plus diverses. C'est alors à cette occasion qu'il aura recours à cette technique particulière de remplacement que constitue l'interposition de personne : en effet, celle-ci s'accompagne toujours d'une forme de dissimulation du maître de l'affaire. Elle implique nécessairement, pour la personne interposée, bien qu'agissant pour le compte de l'interposant, de n'intervenir dans l'opération que sous son propre nom, de manière à garantir que le nom du véritable maître de l'affaire reste inconnu des tiers, ou du moins sans lien juridique apparent avec l'opération accomplie pour lui. Cette seconde caractéristique de l'interposition de personne semble donc se traduire par un double aspect : d'une part, un aspect purement matériel, l'anonymat du maître de l'affaire (§ 1), et d'autre part, un élément juridique,

l'établissement du lien de droit (*vinculum juris*) résultant de l'opération sur la tête de l'intermédiaire, c'est-à-dire la personne interposée (§ 2). Nous constaterons que seul le deuxième élément est susceptible de constituer un critère satisfaisant de l'interposition de personne.



## § 1 : Le critère matériel

113. A une époque où il est courant de voir dénoncer le phénomène incontestable de « suridentification des individus »<sup>1</sup> dans notre société, et où la spectre de *Big Brother* hante la plupart des esprits<sup>2</sup>, il est à la fois paradoxal, et en même temps, rassurant de pouvoir mettre en évidence, dans notre droit positif, l'existence de techniques juridiques de nature à permettre à chacun de conserver l'anonymat dans l'exercice d'une activité ou l'accomplissement d'une opération isolée. A condition de ne pas chercher, par ce moyen, à échapper illégitimement à l'application d'un texte impératif, il est tout à fait normal d'admettre la validité de tels procédés. C'est précisément l'objectif des diverses formes d'interposition de personne que de permettre ainsi une dissimulation du véritable maître de l'affaire au cours de la réalisation d'un acte (juridique, ou même simplement matériel<sup>3</sup>). Cette dissimulation doit donc normalement entraîner une certaine ignorance des tiers sur certains éléments de l'opération. Or, lorsque l'on cherche à systématiser le critère matériel de l'interposition de personne, il apparaît difficile de déterminer si cette

---

<sup>1</sup> Expression empruntée à Emmanuel PUTMAN, note sous Saint-Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989 : JCP 1990.II.21505, et reprise par plusieurs auteurs, notamment : Jean François RENUCCI, « L'identité du cocontractant », RTD com. 1993.441, n° 1 - Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998, n° 2.

<sup>2</sup> George ORWELL, « 1984 ».

<sup>3</sup> Cf sur l'interposition de personne matérielle : *infra*, n° 361.

dissimulation porte sur la seule identité du maître de l'affaire (A) ou sur sa qualité réelle par rapport à l'opération, dans laquelle il n'est apparemment qu'un étranger (B). En réalité, nous constaterons que ce secret doit porter à la fois sur l'identité et sur la qualité du véritable maître de l'affaire (C). Mais un tel secret présente, dans l'extrême diversité des formes de l'interposition de personne, des caractéristiques tellement variables, qu'il nous semblera finalement impossible d'en faire un véritable critère de cette technique.

### **A. Une dissimulation d'identité**

114. Dans la mesure où l'interposition de personne a pour objectif principal de permettre au maître de l'affaire de rester dans l'ombre de la personne interposée, il est logique de considérer la dissimulation matérielle de son identité (nom, prénom, adresse ou tout autre moyen d'identification) comme une caractéristique essentielle de cette technique. Il en résulte alors, comme un corollaire évident, la nécessaire absence du véritable maître de l'affaire dans l'opération. En effet, comment serait-il possible de dissimuler l'identité d'un individu qui participerait personnellement à la réalisation de l'acte ? Pourtant, de nombreux exemples démontrent, au contraire, que la présence ou l'absence de l'interposant dans l'acte est un élément totalement indifférent : il lui suffit, en effet, d'apparaître sur la scène juridique en se présentant sous un autre visage, c'est-à-dire en dissimulant sa qualité de maître réel de l'affaire. Ainsi, sa présence peut se révéler parfois nécessaire ou utile, par exemple en qualité de témoin ou d'officier ministériel. Plusieurs décisions révèlent le cas de notaires qui ont tenté de recevoir un acte dans lequel ils étaient personnellement intéressés, en violation de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971 (anciennement article 8 de la loi du 25 ventôse an XI)<sup>1</sup>. Pour dissimuler sa qualité d'acheteur dans l'acte qu'il instrumente lui-même, le notaire demande alors à un prête-nom, généralement un membre de sa famille ou un clerc travaillant sous son autorité, de se porter acquéreur du bien pour lui, mais en agissant évidemment en son propre nom. De son côté, il pourra alors recevoir personnellement cet acte authentique en sa qualité d'officier ministériel et percevoir ainsi les honoraires correspondants : son intervention dans l'accomplissement de l'opération s'est déroulée

---

<sup>1</sup> Civ., 5 juin 1950 : Defrénois 1951, article n° 26952 - Orléans, 5 mai 1849 : S. 1849.2.453 - Amiens, 6 mars 1844 : S. 1847.2.371.

de manière tout à fait ostensible, mais sous une qualité autre que celle de maître de l'affaire.

115. L'interposant, afin de conserver au mieux la maîtrise de ses affaires, peut aussi librement intervenir à toutes les étapes préparatoires, mener lui-même les phases de discussions et de négociations, et enfin être présent physiquement lors de la signature de l'acte par son prête-nom. C'est une situation évidemment très fréquente, dès lors que le tiers cocontractant est complice de l'interposition de personne. Pouvons-nous aller plus loin en affirmant que l'interposant peut également être, non pas seulement un tiers intervenant (témoin, notaire), mais véritablement partie à l'opération ? L'étude de la jurisprudence révèle effectivement plusieurs affaires dans lesquelles une personne avait acquis la propriété d'un immeuble, en partie sous son propre nom, et en partie par l'intermédiaire d'un prête-nom<sup>1</sup>. Dans ces hypothèses, lorsque le maître de l'affaire désire, par la suite, céder cet immeuble à un tiers, il doit faire intervenir son prête-nom dans l'acte de vente pour la partie dont celui-ci est apparemment propriétaire. Mais il doit également intervenir personnellement, et en qualité de vendeur, pour l'autre partie de l'immeuble. En ce cas, prête-nom et emprunteur de nom sont tous les deux présents dans l'acte, chacun en qualité de copropriétaire indivis du bien vendu. Le tiers acheteur ne peut alors ignorer l'identité du maître de l'affaire : ce qu'il ne connaît pas, c'est sa véritable qualité de propriétaire exclusif de la totalité de l'immeuble.

116. Il arrive également que l'imagination, particulièrement débordante, des utilisateurs de la technique de l'interposition de personne conduise parfois à des situations totalement paradoxales : en effet, le maître de l'affaire, qui est pourtant censé se faire remplacer par son mandataire dans l'opération, est parfois au contraire le seul présent à la réalisation de celle-ci et devient lui-même l'auteur de la manifestation de volonté qui aboutira à la conclusion du contrat. Pour cela, il lui suffit, après avoir investi, au moins en apparence, la personne interposée d'un droit dont il est, en réalité, le véritable maître, de se faire ensuite désigner ostensiblement par celle-ci comme son mandataire représentant. Par ce procédé, le maître de l'affaire pourra ainsi gérer lui-

---

<sup>1</sup> Com., 27 juin 1973 : Bull. civ. IV, n° 227, p. 204 (acquisition d'un fonds de commerce par deux frères, dont l'un est le prête-nom de l'autre).

même ses propres affaires et conclure lui-même des contrats pour son propre compte, tout en empruntant le nom de la personne interposée dont il fait semblant d'être le représentant<sup>1</sup>. Devenant ainsi le remplaçant de son remplaçant, il reprend sa propre place tout en conservant les avantages de l'anonymat que lui procure la technique de l'interposition de personne. D'ailleurs, cette manière de procéder est très fréquente en matière de sociétés. En effet, chaque fois que le dirigeant d'un groupement commercial utilise celui-ci comme prête-nom pour réaliser des opérations dans son intérêt personnel, il est dans la situation que nous venons de décrire : c'est lui qui réalise personnellement l'opération et signe les conventions correspondantes, car il intervient en qualité de représentant de la société, qui est elle-même son prête-nom involontaire<sup>2</sup>. Le maître de l'affaire peut donc intervenir lui-même dans l'opération, soit à côté de l'interposé, soit à la place de celui-ci, sans perdre pour autant sa qualité d'interposant.

117. Il semble même possible, pour l'interposant, de participer personnellement à la conclusion de l'acte en qualité de cocontractant de la personne interposée, c'est-à-dire non plus au côté de son remplaçant, mais en quelque sorte face à lui. Ce point mérite attention dans la mesure où il est difficile d'imaginer comment une personne peut être à la fois le maître de l'affaire, censé se faire remplacer par l'interposé, et le cocontractant de l'interposé lui-même. On peut ainsi citer le cas du débiteur saisi qui tente de se porter lui-même adjudicataire de ses propres biens en ayant recours aux services d'une personne interposée<sup>3</sup>. Il sera alors nécessairement présent dans l'acte de

---

<sup>1</sup> Com., 5 décembre 1995 : pourvoi n° 94-12.158 (une société CLI se présente comme le mandataire de la société VERNEUIL Semences, et à ce titre, importe d'Italie des semences d'avoine. Or, en réalité, la société prétendue mandante n'était elle-même qu'une société interposée de la société mandataire) - Crim., 28 septembre 1992 : pourvoi n° 92-80.592 (une concubine exploitait un commerce de garagiste en qualité de prête-nom de son concubin, auquel elle avait donné un mandat général. Celui-ci ayant accompli un certain nombre d'opérations plus ou moins légales qui l'ont conduit devant les tribunaux répressifs, la concubine, après la rupture de leur relation, porta plainte contre son mandataire pour abus de confiance. Les juridictions d'instruction ont prononcé un non-lieu, considérant que la concubine n'étant, en toute connaissance de cause, que le prête-nom de son mandataire, ce dernier ne faisait, sous l'apparence d'un représentant, que gérer ses propres affaires, sans avoir aucun compte à rendre à son prétendu mandant, ce qui exclut alors tout abus de confiance) - Civ. 3<sup>e</sup>, 16 mai 1990 : pourvoi n° 88-17.567 (un prête-nom achète un terrain pour le compte de son emprunteur de nom, puis donne à ce dernier une procuration en vue de la revente de ce terrain à un tiers) - Com., 23 janvier 1990 : pourvoi n° 88-12.190 (M. BRUN, après avoir créé une SARL dont il a confié la gérance à sa femme, se fait désigner par celle-ci comme son mandataire, en vue de l'accomplissement d'une certaine opération, qu'il réalisera en réalité pour son propre compte, mais en apparence pour le compte de la SARL).

<sup>2</sup> Com., 23 octobre 1990 : Bull. civ. IV, n° 254, p. 177 ; Gaz. Pal. 1991.1.panor.79 ; Rev. Soc. 1991.92 note Y. GUYON - Civ., 21 juin 1897 : D. 1897.1.557 ; S. 1899.1.308.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1984 : Bull. civ. I, n° 205, p. 172 ; Gaz. Pal. 1985.1.panor.87, note A. PIEDELIÈVRE ;

vente en qualité de vendeur, se retrouvant ainsi face à son remplaçant, l'acheteur prête-nom. De même, lorsqu'un contrat de société est conclu entre deux personnes dont l'une d'entre elles est en réalité le prête-nom de l'autre, associé unique, cette dernière prend alors dans l'acte la qualité de cocontractant de son prête-nom<sup>1</sup>. Nous pouvons encore citer le cas d'un directeur général adjoint d'une société qui, en vertu d'un pouvoir donné par le président directeur général, a accordé, au nom de la société, un prêt à une personne interposée qui s'est empressée, dès le lendemain, d'accorder elle-même un prêt, d'un montant identique et à des conditions totalement analogues, à ce directeur général adjoint, au mépris de l'ancien article 40 de la loi du 24 juillet 1867 (devenu article 106 de la loi du 24 juillet 1966, puis article L. 225-43 du Code de commerce) qui interdisait aux administrateurs d'une société, autres que les personnes morales, de contracter des emprunts auprès de celle-ci<sup>2</sup>. Dans l'acte de prêt initial, comme dans le second, le maître de l'affaire, c'est-à-dire le véritable emprunteur, avait la qualité de cocontractant de la personne interposée. Ainsi, la présence de la personne remplacée dans l'opération, que ce soit aux côtés du remplaçant, à la place de celui-ci, ou face à lui, ne constitue pas un obstacle à la qualification d'interposition de personne. Le critère de l'interposition de personne ne repose donc pas sur une simple dissimulation d'identité : en effet, comment les tiers, du moins le tiers cocontractant, pourraient-ils ignorer l'identité de l'interposant s'il apparaît dans l'acte ? Ce qui importe alors, c'est uniquement de ne pas révéler sa qualité de maître de l'affaire : on peut dire, dans ce cas, que le secret ne porte pas sur son identité, mais sur sa qualité.

## B. Une dissimulation de qualité

118. Pour certains auteurs, il apparaît évident que l'anonymat du maître de l'affaire ne peut, en aucun cas, reposer sur une simple dissimulation de son identité, mais suppose plutôt une dissimulation, par la personne interposée, de sa qualité d'intermédiaire<sup>3</sup>, et par conséquent de la qualité réelle du maître de l'affaire dans

---

D. 1985.IR.66 - Req., 30 décembre 1850 : S. 1851.1.34.

<sup>1</sup> Com., 1<sup>er</sup> février 1994 : pourvoi n° 92-10.690 (un actionnaire unique avait réparti les 1500 actions de la société entre divers membres de sa famille, ses prête-noms, afin d'atteindre le chiffre des 7 actionnaires exigés par la loi).

<sup>2</sup> TGI Seine, 27 novembre 1962 : D. 1964.730, note A. DALSACE.

<sup>3</sup> Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse

l'opération. En effet, ce n'est pas parce que le remplaçant aura simplement tu le nom du remplacé qu'il devra systématiquement recevoir la qualification de personne interposée. Seul un mensonge, soit caractérisé, soit par simple réticence, sur son véritable rôle dans l'opération, c'est-à-dire sur le fait qu'il agit pour le compte d'une autre personne, permettra de le considérer comme tel. La volonté de cacher ne suffit donc pas ; il faut une véritable volonté de tromper. C'est le cas notamment du prête-nom qui laisse croire, en agissant en son propre nom, qu'il n'intervient dans l'opération que pour son propre compte. Le secret porte alors sur l'existence même de l'interposition.

C'est la raison pour laquelle, selon ces auteurs, la qualification d'interposition de personne ne doit pas être attribuée au contrat de commission ou à la clause de réserve de command. Le commissionnaire, par le caractère professionnel de son activité, ne peut cacher qu'il agit pour le compte de divers commettants, même s'il ne révèle pas, en principe, l'identité de ceux-ci. Quant au commandé, par l'introduction de la clause de réserve de command dans le contrat, il révèle ouvertement sa qualité, au moins éventuelle, d'intermédiaire, tout en dissimulant l'identité du command<sup>1</sup>. Il n'est pas question, dans ces deux situations, de laisser croire au tiers cocontractant que ces intermédiaires agissent pour leur propre compte. Cependant, nos recherches empiriques sur le concept d'interposition de personne nous ont permis d'établir que l'intention du législateur était de donner à cette notion le sens le plus large possible, afin de conserver une efficacité maximale à la règle qu'il entend protéger par une extension de son champ d'application à toute personne interposée. Il ne nous paraît donc pas conforme à son intention d'exclure ainsi du concept d'interposition de personne les techniques du contrat de commission et de la réserve de command. La dissimulation de qualité n'est pas une condition nécessaire pour reconnaître une interposition de personne.

119. Il suffit donc apparemment, dans le cas du contrat de commission ou de la réserve de command, que le secret porte simplement sur l'identité du maître de l'affaire. Les tiers doivent alors rester dans l'ignorance en ce qui concerne cet élément de l'opération, mais il est totalement indifférent qu'ils connaissent le rôle réel joué par la

---

Strasbourg, 1987, n° 42, p. 33 : « Le secret relatif au maître de l'affaire a un contenu variable par opposition au caractère absolu du secret qui entoure la personne interposée quant à sa qualité » - Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 22.

<sup>1</sup> Cf *infra*, n° 236.

personne interposée. Pourtant, nous avons condamné précédemment l'opinion selon laquelle l'interposition de personne suppose une simple dissimulation d'identité. En réalité, cette contradiction n'est qu'apparente : le secret ne porte ni sur l'identité seule, ni sur la qualité seule, mais évidemment sur le lien existant entre les deux. Il importe peu que les tiers connaissent le maître de l'affaire, soit à titre privé, soit dans le cadre de la conclusion du contrat, dès lors qu'ils ignorent sa qualité. De même, il importe peu que les tiers aient connaissance de l'existence d'une interposition de personne, dès lors qu'ils ignorent l'identité du véritable maître de l'affaire. Nous pouvons donc considérer que l'interposition de personne se distingue des autres formes de remplacement par un secret qui porte soit sur le nom de la personne remplacée, soit sur sa qualité réelle dans l'opération.

### **C. Un secret portant sur l'identité ou la qualité réelle du maître**

120. Seule la réunion de ces deux renseignements est susceptible d'empêcher un intermédiaire de se voir attribuer la qualité de personne interposée : en effet, si les tiers connaissent l'identité de celui qui est le véritable maître de l'affaire, il suffit alors qu'ils en ignorent la qualité réelle, et vice versa. Ce qui compte, c'est l'existence d'un secret, qui peut porter indifféremment sur l'un ou l'autre de ces deux éléments. Cependant, l'étude des différentes hypothèses présentées par la jurisprudence permet de constater combien l'étendue de ce secret peut être variable, tant en ce qui concerne sa durée, que le nombre des personnes visées par celui-ci, rendant ainsi impossible l'établissement d'une description systématique de ce secret.

121. Ainsi, il arrive parfois que l'interposition de personne ne soit jamais révélée, ni découverte, de sorte que le secret durera toujours. Par exemple, un agent immobilier se porte acquéreur, à un prix relativement bas, d'un immeuble qu'il est chargé de vendre, par l'intermédiaire d'un prête-nom dont l'intervention est destinée à écarter l'application de l'article 1596 du Code civil (qui prévoit la nullité d'une telle acquisition). Cette interposition de personne peut se révéler parfaitement efficace, de sorte que l'agent immobilier pourra ensuite demander à son prête-nom de revendre l'immeuble, à son prix réel, et de partager les bénéfices qui en résultent, conformément

à la convention de prête-nom secrète qui avait été établie entre eux. Les tiers ne connaîtront donc jamais cette interposition de personne. Mais il arrive, au contraire, que l'identité du maître de l'affaire soit révélée immédiatement après la réalisation de l'opération par la personne interposée, soit par inadvertance, soit parce que la personne interposée n'a pas su garder le secret, soit enfin parce que cela était tout simplement prévu par les parties elles-mêmes dans leur contrat<sup>1</sup>. D'ailleurs, l'adjudicataire d'un bien vendu aux enchères publiques, auquel la loi accorde la possibilité de déclarer command, peut utiliser cette faculté et dévoiler l'identité de son command un instant à peine après que l'adjudication ait été prononcée à son profit. La durée du secret est donc totalement variable d'une situation à l'autre.

122. Quant au nombre des personnes qui seront victimes de ce secret, il peut être également très variable. Parfois, seules deux personnes connaissent l'existence de l'interposition de personne et l'identité du véritable maître de l'affaire, à savoir la personne interposée et l'interposant lui-même. C'est généralement l'hypothèse la plus fréquente, lorsque le but poursuivi par les parties est illégitime et leur impose une discrétion absolue. Au contraire, il arrive parfois que le secret sur l'identité du maître de l'affaire ne soit, selon l'expression populaire, qu'un « secret de Polichinelle » : tel est le cas, par exemple, lorsqu'un dirigeant de fait d'une société traite directement avec les clients et les fournisseurs, recrute lui-même les salariés de l'entreprise et leur donne directement ses ordres, se présente aux yeux de tous comme le dirigeant unique de cette entreprise et prend évidemment seul toutes les décisions la concernant. La personne interposée, qui a accepté de jouer le rôle du dirigeant de droit, n'intervient alors que pour apposer sa signature sur tous les documents que lui présente le maître de l'affaire. Dans une telle hypothèse, le secret ne vise alors à tromper que les organes judiciaires, susceptibles de reprocher au dirigeant de fait d'exercer une activité commerciale qui lui est interdite en raison de sa profession ou d'une condamnation antérieure.

---

<sup>1</sup> Ainsi, dans l'hypothèse où l'acquéreur d'un bien a dû faire appel à un prête-nom uniquement parce qu'il craignait que le vendeur refuse de contracter avec lui, ou lui propose des conditions moins avantageuses, en raison de relations tendues existant entre eux : dans ce cas, une fois la vente réalisée, et dans la mesure où la nullité de celle-ci ne peut être encourue du seul fait de cette interposition de personne, rien ne s'oppose à la révélation immédiate de la vérité par le prête-nom ou l'emprunteur de nom.



123. Nous pouvons même citer un arrêt de la Cour de cassation, en date du 9 février 1994<sup>1</sup>, dans lequel le secret matériel n'existait pas. En l'espèce, les propriétaires d'un local à usage commercial l'avaient loué successivement à plusieurs locataires qui étaient toutes des prête-noms de la locataire initiale, en concluant à chaque fois des baux dérogatoires de courte durée, afin d'échapper à l'application du statut des baux commerciaux (qui prévoit une durée minimale de 9 ans). En effet, si la loi autorise, à titre dérogatoire, la conclusion de baux commerciaux à courte durée, elle a toutefois prévu que le renouvellement de ces baux doit impérativement entraîner l'application du droit commun des baux commerciaux. C'est pourquoi, les propriétaires avaient accepté que la locataire initiale puisse rester dans les lieux, mais à la condition que les locaux soient officiellement loués à d'autres personnes, qui acceptaient de jouer le rôle de prête-noms, et auxquelles les propriétaires pouvaient ainsi accorder de nouveaux baux dérogatoires de courte durée.

Dans cette affaire, personne n'ignorait la réalité : ni les propriétaires des locaux, qui jouaient le rôle du tiers cocontractant, mais qui étaient les véritables instigatrices de l'interposition de personne ; ni la locataire initiale, qui jouait le rôle de l'emprunteur de nom, et qui était, dans une certaine mesure, la victime de la fraude, puisqu'elle perdait le bénéfice du statut protecteur des baux dérogatoires, mais qui connaissait parfaitement la vérité ; ni les locataires prête-noms, qui n'ont bien sûr jamais utilisé, à leur profit personnel, les locaux loués ; ni même les autres tiers, puisque la locataire initiale était restée ostensiblement dans les lieux, et payait les loyers, les impôts, l'électricité et les assurances. Enfin, c'est également la locataire initiale qui était inscrite, dans un premier temps, au répertoire des métiers, puis au registre du commerce. Le secret n'existait donc absolument pas, du moins sur le plan purement matériel, car le seul élément qui importait réellement aux parties, c'était que la locataire initiale ne conserve pas sa qualité juridique de locataire, et ne puisse pas invoquer ensuite le statut des baux commerciaux.

124. Peut-on alors, dans ces conditions, sérieusement fonder le critère de l'interposition de personne sur un secret qui, à la limite extrême, pourrait ne durer qu'un très court instant, et ne viser finalement que quelques personnes, voire uniquement

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 février 1994 : Loyers et copropriété 1994.155.

l'administration et les organes judiciaires ? Un « secret de Polichinelle » est-il encore un secret ? Cet aspect purement matériel de l'interposition de personne apparaît finalement comme beaucoup trop incertain pour être retenu comme un critère de reconnaissance. D'ailleurs, que chacun connaisse parfaitement l'identité du maître réel de l'affaire et le rôle exact joué par la personne interposée dans l'opération, ou que ces informations restent totalement secrètes, cela ne change rien au fait que l'interposé a accompli cette opération pour le compte d'une autre personne, et néanmoins en son nom propre, c'est-à-dire en empêchant juridiquement l'établissement du lien de droit directement sur la tête du maître de l'affaire. Ce qui importe finalement, c'est la contradiction créée entre la motivation de l'acte, qui est altruiste, et les conséquences juridiques de cet acte que les parties ont choisies (du moins en apparence) d'établir dans le patrimoine de l'intermédiaire lui-même, comme si la motivation de son action était égoïste. C'est donc un critère juridique qui doit être retenu.

## § 2 : Le critère juridique

125. S'il n'est pas possible de définir l'interposition de personne, par rapport aux autres formes de remplacement, uniquement à partir d'une analyse purement matérielle de l'anonymat, c'est parce qu'une telle caractéristique ne constitue pas l'essence même de cette technique. En effet, l'interposition de personne est un procédé de dissimulation juridique d'identité, qui peut également s'accompagner d'une dissimulation matérielle, mais pas nécessairement. Que peut donc signifier l'expression « dissimulation juridique d'identité » ? Il s'agit, par cette formule, d'exprimer l'idée d'une dissociation entre l'analyse factuelle de la situation (action pour le compte d'autrui) et son analyse juridique (action en nom propre) : en désignant sa propre identité comme sujet juridique d'imputation des effets de l'acte qu'il accomplit, l'interposé dissimule l'identité du sujet économique ou moral d'imputation des conséquences finales de l'opération. Dans une telle situation, seul le recours au mécanisme de la représentation permettrait de mettre en phase le droit et le fait. Par conséquent, ce qui différencie l'interposition de personne des autres formes de remplacement, c'est-à-dire cette « action en nom propre », c'est tout simplement une absence de représentation. Cependant, pour définir avec précision la notion d'interposition de personne, il convient de déterminer la nature exacte de cette absence de représentation : s'agit-il d'une absence réelle ou d'une absence fictive ? (A). En réalité, la diversité des formes d'interposition de personne nous conduira finalement

à rejeter ces critères trop simplistes, au profit d'un critère encore plus précis, même s'il faut bien en reconnaître une certaine complexité : le concept d'interposition de personne se caractérise par une absence formelle, dans l'acte réalisé par la personne interposée, de désignation du maître de l'affaire comme sujet d'imputation de ses effets juridiques (B).

### A. Une absence réelle ou fictive de représentation

126. La doctrine estime généralement qu'agir au nom d'une personne, c'est la rendre partie à l'acte, de sorte que celui qui agit en son nom propre n'engage que lui-même<sup>1</sup>. Encore faut-il s'entendre sur le sens à donner à la notion de « partie ». Selon la doctrine majoritaire, est partie à l'acte celui dans le patrimoine duquel le contrat produira ses effets juridiques directs, c'est-à-dire celui sur la tête duquel le lien contractuel a été noué. Ainsi, Anne-Marie ESSO-ASSI affirme que l'interposé, agissant en son nom propre, se caractérise par le fait qu'il est « seul débiteur ou créancier des obligations résultant de l'opération effectuée », tandis que les représentants, agissant au nom d'autrui, « s'effacent du lien contractuel »<sup>2</sup>. De même, pour Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE<sup>3</sup>, « se demander qui du remplaçant ou du maître est partie avec le tiers, [c'est] rechercher quel est celui des deux avec qui le tiers s'est accordé [c'est-à-dire celui avec qui] il aura été convenu qu'il nouait le *vinculum juris* ». La notion de partie, retenue par ces auteurs, est donc celle que Jacques GHESTIN, dans la récente controverse doctrinale qu'il a provoquée, qualifie de « parties liées », par opposition aux « parties contractantes »<sup>4</sup>. Elle correspond donc également à la catégorie de personne que Michel STORCK désigne, dans sa thèse<sup>5</sup>, par la formule « sujet d'imputation des effets de l'acte ». Ainsi, agir au nom d'autrui consiste à désigner autrui comme sujet d'imputation des effets juridiques de l'opération. Dans la mesure où seul le mécanisme de la

---

<sup>1</sup> Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987, n° 67, p. 51 : « Agissant en nom propre, l'interposé [...] sera considéré comme partie à l'acte » - Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom. Mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898, n° 20, p. 35 - André PONCET, « Du prête-nom », thèse Paris, 1901, n° 7, p. 11.

<sup>2</sup> A.-M. ESSO-ASSI, *op. cit.*, p. 51, n° 68.

<sup>3</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op. cit.*, p. 35, n° 20.

<sup>4</sup> La question de la distinction des parties et des tiers a déjà été étudiée : cf *supra*, n° 16.

<sup>5</sup> Michel STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., Paris, 1982, préface D. HUET-WEILLER. Son analyse du mécanisme de la représentation sera exposée plus loin : *infra*, n° 391.

représentation permet évidemment une telle dissociation entre la cause de l'acte (la volonté du remplaçant) et ses effets (force obligatoire à l'égard du remplacé)<sup>1</sup>, agir en son nom propre signifie donc agir sans représentation.

127. Une difficulté résulte cependant de cette définition de l'action en nom propre : en effet, nous avons pu constater l'inadéquation de la qualification de mandat sans représentation, du moins pour certaines formes d'interposition de personne à propos desquelles la jurisprudence n'hésite pas à faire produire des conséquences juridiques directes dans le patrimoine du maître de l'affaire. Seule l'admission du mécanisme de la représentation est susceptible d'expliquer ces décisions. D'ailleurs, nous aurons l'occasion de démontrer par la suite, de manière beaucoup plus précise, que le prête-nom, le commandé, et même dans une certaine mesure, le commissionnaire, sont juridiquement de véritables représentants de leurs maîtres de l'affaire. En toute logique, il nous faudrait donc en déduire que le prête-nom, par exemple, n'agit pas « en son propre nom », du moins dans le sens que nous venons de donner à cette expression.

Cette conclusion est évidemment contraire à la définition que tous les auteurs sont unanimes à donner à la technique du prête-nom : celui-ci est bel et bien un intermédiaire qui agit *proprio nomine*. En réalité, cette difficulté pourrait être facilement écartée, à condition d'apporter la précision suivante : la convention de prête-nom constitue une forme de simulation. Cela implique l'existence d'une situation apparente, différente de la situation réelle. Par conséquent, lorsque la doctrine prétend que le prête-nom agit en son propre nom, elle se contente de décrire la situation apparente. En fait, il serait plus exact de dire que le prête-nom déclare agir en son nom propre, c'est-à-dire exercer ses propres prérogatives et nouer le lien de droit sur sa propre tête, tandis que l'analyse juridique démontre qu'il est un représentant du maître de l'affaire. N'est-ce donc pas finalement une absence fictive de représentation qui caractériserait le procédé de l'interposition de personne ?

128. Ainsi, l'expression « agir en son nom propre », lorsqu'elle est utilisée pour décrire le mode d'action du prête-nom, ne signifie pas « agir sans représentation », mais

---

<sup>1</sup> La stipulation pour autrui produit également une telle dissociation, mais partielle et limitée aux créances (par exemple, dans le cas d'une assurance-vie, seul le bénéfice de la créance promise est attribuée au tiers bénéficiaire ; la dette relative au paiement des primes annuelles à l'assureur reste à la charge du stipulant).

uniquement « agir sans révéler la représentation », de manière à dissimuler aux tiers le rôle réel joué par le prête-nom dans l'opération. Mais, il en va différemment des autres formes d'interposition de personne : par exemple, même si nous démontrerons que l'opération de commission produit exceptionnellement les effets de la représentation, elle reste essentiellement une interposition sans représentation. Nous constaterons d'ailleurs que de nombreuses autres situations d'interposition de personne sont dénuées de la moindre représentation du maître de l'affaire. Enfin, même dans les hypothèses où la représentation est incontestable, elle n'est pas toujours dissimulée : par exemple, le commandé, qui utilise la faculté de substitution dont il bénéficie en raison de l'insertion d'une clause de réserve de command dans le contrat de vente initial, et désigne une tierce personne, appelée command, pour qu'elle prenne sa place dans le contrat, est bien un représentant, mais qui ne dissimule pas sa qualité. En effet, seule l'identité du command n'était pas connue, au moment de la conclusion du contrat de vente principal, mais la qualité éventuelle de représentant du commandé était parfaitement connue par le tiers cocontractant, puisqu'elle résultait de la clause de réserve de command. Est-ce alors dans la dissimulation purement matérielle du nom de l'interposant que se trouve le critère de l'interposition de personne, par rapport aux autres formes de remplacement ? Nous avons vu que ce critère n'était pas satisfaisant. Il en résulte que l'on ne peut retenir, comme critère de l'action en nom propre, ni l'absence réelle de représentation, ni l'absence fictive, c'est-à-dire apparente, de représentation. C'est un critère bien plus neutre qui doit être finalement retenu.

## **B. Une absence formelle de désignation du maître de l'affaire comme sujet d'imputation des effets juridiques de l'acte**

129. Par cette formule assez obscure, nous pensons avoir réussi à englober toutes les formes d'interposition de personne. En effet, l'absence formelle de désignation du maître ne doit pas être confondue avec l'anonymat matériel de celui-ci : la connaissance ou l'ignorance des tiers par rapport à la situation réelle importe peu, dès lors que, dans l'acte lui-même, le maître de l'affaire n'est pas formellement désigné. Et d'ailleurs, même s'il est désigné dans l'acte, cela n'a aucune importance, dès lors que ce n'est pas en qualité de sujet d'imputation, c'est-à-dire finalement de personne représentée. Quant

à l'existence ou l'absence effective de représentation, elle est sans influence sur la qualification d'interposition de personne, pas plus d'ailleurs que l'apparence d'une telle représentation (dès lors qu'il n'y a pas de désignation du représenté), ou au contraire, l'apparence d'une non-représentation. Le seul élément qui importe réellement, c'est que, à partir de la seule analyse interne de l'acte, il soit impossible de rattacher juridiquement celui-ci au maître de l'affaire par l'établissement d'un lien de droit direct. C'est, à notre avis, exactement dans ce sens que le législateur entend la notion d'interposition de personne, dans les différents textes où il en est fait mention : par exemple, en interdisant au mandataire chargé de la vente d'un bien de se porter contrepartiste, aussi bien directement que par personne interposée, le législateur n'entend certainement pas faire une distinction entre les différentes manières d'atteindre ce résultat (prête-nom, contrat de commission, déclaration de command, etc.). Le seul élément qui compte vraiment, c'est d'empêcher que ce mandataire ne soit l'acquéreur réel du bien, sans avoir ostensiblement cette qualité dans l'acte.

130. Pour bien comprendre les limites exactes de ce critère, imaginons alors une situation extrême : une personne, agissant pour le compte d'autrui, et ayant le pouvoir de représenter celui-ci, manifeste ostensiblement son intention de représenter, en prenant, dans l'acte, la qualité de représentant de cette personne qu'il ne désigne pas formellement, mais dont chacun peut aisément connaître l'identité par une simple observation de la situation de fait. Pour compliquer l'ensemble, on peut même imaginer que le maître de l'affaire apparaisse lui-même dans l'acte, mais sous une autre qualité (témoin, notaire, cocontractant, représentant apparent de son propre prête-nom, etc.) Il n'y a alors ni secret matériel, ni absence réelle de représentation, ni absence fictive de représentation, ni même absence de désignation de l'identité du maître dans l'acte, mais seulement une absence de désignation de l'identité du maître dans l'acte en qualité de personne représentée. Or, ce seul élément suffit à empêcher l'établissement direct du lien de droit résultant de l'acte sur la tête du maître de l'affaire, de sorte que la divergence entre le droit et le fait apparaît incontestablement dans cette opération. C'est, à notre avis, le seul critère satisfaisant de l'interposition de personne.

131. Il nous semble donc que la notion d'interposition de personne peut être définie comme désignant toute situation dans laquelle une personne (l'interposé) accomplit, spontanément ou sur instructions, une ou plusieurs opérations à la place et pour le compte d'une autre (l'interposant ou maître de l'affaire), dont elle n'est qu'un instrument, mais en acceptant, par une action formelle en son nom propre, c'est-à-dire sans désigner le maître de l'affaire comme sujet d'imputation des effets de cet acte, d'en prendre pour elle-même, du moins en apparence, les conséquences juridiques directes, quitte à devoir ensuite, sous une forme quelconque, les retransférer discrètement à leur véritable destinataire, dont l'identité se trouve ainsi juridiquement dissimulée. C'est, en effet, cette contradiction entre l'instrumentalisation de l'auteur d'un acte au service de l'intérêt d'un tiers, et l'absence formelle de désignation de ce tiers comme devant être le sujet d'imputation, qui constitue l'essence du concept d'interposition de personne. Avec une telle définition, aussi large, et en même temps, aussi précise, nous allons enfin pouvoir démontrer l'autonomie juridique de ce procédé, en établissant des distinctions avec d'autres procédés voisins ou d'autres qualifications voisines.



## **CHAPITRE TROISIÈME :**

### **LA DIFFÉRENCIATION JURIDIQUE**

132. La définition de la technique de l'interposition de personne que nous venons de mettre en évidence, d'une manière purement abstraite, et qui repose sur une sorte d'opposition entre la psychologie altruiste de l'auteur d'un acte (pour le compte d'autrui), et la forme personnelle qu'il donne finalement à cet acte (en son nom propre), englobe, en réalité, des situations extrêmement variées, dont il sera nécessaire de faire ensuite une étude, sinon exhaustive, du moins un peu plus précise et concrète. Nous aurons ainsi l'occasion de constater l'étendue du champ d'application de cette définition. Toutefois, même si nous avons été amené à consacrer une conception plutôt large de cette technique, elle ne doit pas devenir, pour autant, une notion "fourre-tout" : en effet, contrairement à la notion vague d'intermédiaire, celle d'interposition de

personne présente, malgré tout, un degré de précision suffisant pour permettre de la distinguer des autres techniques voisines, et de les exclure ainsi de son champ d'application (§ 1). Cependant, cette autonomie matérielle du procédé est sans intérêt si elle ne s'accompagne pas d'une véritable autonomie juridique : en effet, la qualification d'interposition de personne doit constituer une catégorie nouvelle, et ne pas pouvoir se réduire à une simple application d'une autre qualification juridique préexistante. Il sera donc nécessaire de procéder à une étude des rapports existant entre la qualification d'interposition de personne et les autres qualifications voisines (§ 2).

## SECTION 1 : LES TECHNIQUES VOISINES

133. Grâce à la recherche précise des critères de l'interposition de personne à laquelle nous avons procédé, il est maintenant possible d'établir des distinctions avec les techniques voisines de l'interposition de personne, en particulier toutes celles qui impliquent, comme elle, le recours à un intermédiaire, au sens large du terme. Or, parmi celles-ci, il en est une avec laquelle cette opération se révélera particulièrement délicate, et qui mérite incontestablement une attention particulière, en raison de son importance pratique et du nombre de ses applications dans notre droit positif : il s'agit du mécanisme de la stipulation pour autrui (§ 1). Mais, il ne faut pas, pour autant, négliger les distinctions utiles que nous pouvons également établir avec d'autres procédés voisins, de moindre importance (§ 2) : en effet, une telle étude comparative constituera une excellente occasion de vérifier la solidité de la définition que nous avons retenue pour la technique de l'interposition de personne.

## § 1 : La stipulation pour autrui

134. La technique de la stipulation pour autrui, apparaissant selon l'article 1121 du Code civil comme une exception au principe de l'effet relatif des conventions, peut être définie comme l'insertion, dans un contrat, d'une stipulation par laquelle l'une des parties contractantes, appelée le *stipulant*, obtient de l'autre partie, appelée le *promettant*, qu'il accepte de prendre un engagement au profit d'une tierce personne, qui n'est pas elle-même partie au contrat, et appelée le *tiers bénéficiaire*. Cette dernière dispose alors d'un droit personnel et direct à l'encontre du promettant, alors même qu'elle est totalement étrangère au contrat qui en est la source. Les applications de la stipulation pour autrui sont extrêmement nombreuses, et en particulier dans le domaine des assurances. Citons, à titre d'exemple, le contrat d'assurance-vie dans lequel l'assuré, moyennant le versement de primes annuelles, obtient de l'assureur la promesse de payer, après son décès, une certaine somme d'argent à une ou plusieurs personnes, totalement étrangères à la souscription du contrat, mais qui sont désignées comme les bénéficiaires de la stipulation. Ou bien l'assurance pour le compte de qui il appartiendra, souscrite par le propriétaire actuel d'une chose, pour toute la durée du transport, aussi bien à son profit personnel qu'à celui des propriétaires successifs de la chose, dans le cas où elle serait vendue en cours de transport. Ne peut-on pas alors considérer que l'assuré a

conclu le contrat d'assurance pour le compte d'autrui, mais en son nom propre, puisqu'il reste seul tenu du versement des primes à l'assureur ? Il s'agirait alors d'une hypothèse d'interposition de personne. Néanmoins, on sent bien intuitivement qu'une telle assimilation n'est pas satisfaisante. Il est donc nécessaire de procéder à une recherche précise du critère de distinction entre ces deux techniques (A). Nous pourrions alors, par la mise en oeuvre de ce critère dans le domaine des libéralités, tenter de mettre fin à une difficulté ancienne que la doctrine a toujours eu beaucoup de mal à résoudre : celle de la délicate distinction entre les libéralités avec charge de transmettre à autrui et les libéralités faites à personne interposée (B).

### **A. La recherche d'un critère de distinction**

135. En observant sommairement la situation résultant d'une stipulation pour autrui, telle que la souscription d'un contrat d'assurance-vie, on peut immédiatement constater l'absence de nombreux éléments habituels de l'interposition de personne : ni mensonge, ni dissimulation d'identité ou de qualité, ni contrat ou entente préalable entre le prétendu maître de l'affaire et la prétendue personne interposée, ni mise en place d'un mécanisme de transfert des avantages et des charges résultant du contrat, etc. Certes, nous avons démontré qu'aucun de ces éléments ne pouvait constituer, à lui seul, un véritable critère de la technique de l'interposition de personne. Mais l'accumulation de tant de particularités rend artificielle l'assimilation de la stipulation pour autrui à une forme d'interposition de personne. Il est toutefois bien difficile de déterminer le critère précis qui permettra de distinguer les deux techniques. Après en avoir rejeté plusieurs qui ne nous paraissent pas satisfaisants (1), nous retiendrons finalement celui qui a servi à définir l'interposition de personne, et qui nous conduira effectivement à exclure la stipulation pour autrui de son champ d'application (2).

#### **1. Les critères rejetés**

136. Nous pouvons d'abord tenter de distinguer la stipulation pour autrui de l'interposition de personne, en observant qu'il est totalement inconcevable de considérer le stipulant comme un mandataire, c'est-à-dire comme un intermédiaire agissant sur les

instructions d'un mandant, en l'occurrence le tiers bénéficiaire de la stipulation. En effet, si le stipulant accomplit incontestablement une opération dans l'intérêt du tiers bénéficiaire, il le fait cependant toujours de sa propre initiative. Il arrive d'ailleurs assez souvent que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui en ignore lui-même l'existence, démontrant ainsi qu'il n'en est pas l'initiateur : par exemple, il est possible que le bénéficiaire d'une assurance-vie n'apprenne l'existence de celle-ci qu'à l'ouverture du testament du stipulant. Au contraire, la personne interposée est généralement un mandataire qui n'agit que dans le cadre d'une mission plus ou moins impérative qu'il a reçue de son mandant. Toutefois, ce point ne saurait évidemment constituer un critère satisfaisant de distinction entre l'interposition de personne et la stipulation pour autrui, puisque nous avons admis que la personne interposée n'est pas toujours elle-même un mandataire. Si l'on compare alors la situation du stipulant avec celle d'un gérant d'affaires (au sens large) agissant *proprio nomine*, la distinction devient plus difficile.

137. Il n'est d'ailleurs pas davantage pertinent de fonder cette distinction sur le prétendu caractère secret de l'interposition de personne, qui ne se rencontrerait pas dans la stipulation pour autrui. En effet, si l'interposition, ou du moins l'identité de l'interposant, est généralement dissimulée aux tiers, tandis que la stipulation est au contraire habituellement ostensible, on sait que, sur ces deux points, il ne s'agit pas là de vérités absolues. Ainsi, il peut arriver que la stipulation pour autrui ne contienne aucune mention de l'identité du bénéficiaire, soit parce qu'elle est souscrite au profit d'une personne simplement déterminable, mais pas encore déterminée, ou au profit d'une personne future, soit parce que le stipulant s'est réservé la faculté d'une désignation ultérieure du bénéficiaire<sup>1</sup>. En outre, la possibilité offerte au stipulant de révoquer ou de modifier à tout moment le nom du bénéficiaire, du moins tant que la stipulation n'a pas été acceptée par ce dernier, confirme le peu d'importance accordée, pour la validité de la stipulation, à une désignation précise du bénéficiaire. De son côté, l'interposition de personne est loin de toujours se caractériser par un secret absolu sur l'identité du maître : songeons à l'hypothèse du commerçant qui, suite à une condamnation judiciaire, se trouve dans l'impossibilité de poursuivre ses activités sous son propre

---

<sup>1</sup> Faculté expressément reconnue par le Code des assurances en matière d'assurance sur la vie : en effet, l'article 132-8 dernier alinéa permet à l'assuré de désigner ultérieurement le bénéficiaire s'il ne l'avait pas fait dans le contrat d'origine.

nom, et décide alors de faire appel à son épouse pour tenir le rôle officiel de gérante de droit. Généralement, il se présente aux yeux de tous comme le véritable gérant et ne laisse à son épouse que le soin d'apposer sa signature sur les documents qu'il lui présente. Il n'y a là aucun véritable secret.

138. En réalité, nous avons vu que la dissimulation d'identité qu'implique la technique de l'interposition de personne n'est qu'une dissimulation juridique, c'est-à-dire un rattachement formel des principaux effets juridiques de l'opération à la personne interposée, en particulier les dettes qui peuvent en résulter, et l'absence corrélatrice d'engagement juridique du maître de l'affaire. Or, dans la stipulation pour autrui, le stipulant prend lui aussi sur sa propre tête les conséquences juridiques négatives de l'opération : c'est lui, et lui seul, qui est tenu envers le promettant de payer les primes d'assurance, ou d'une manière générale la rémunération exigée par ce dernier en contrepartie de l'engagement qu'il a pris au profit du tiers bénéficiaire. On peut donc admettre que le stipulant agit également en son nom personnel, dans la mesure où il ne désigne pas le bénéficiaire de la stipulation comme partie liée<sup>1</sup>.

Cette analyse est d'ailleurs confirmée par la confrontation de l'article 1121 avec les deux articles qui le précèdent. En effet, l'article 1119 du Code civil est ainsi rédigé : « on ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». Puis, l'article 1120, relatif à la promesse de porte-fort, commence par la formule « néanmoins, on peut » indiquant une exception à l'article 1119. Enfin, l'article 1121, en commençant par la formule « on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers », fait également de la stipulation pour autrui une exception à cet article. Il en résulte nécessairement que le stipulant, qui stipule pour autrui, le fait en son nom propre, par opposition avec la formule de l'article 1119 qui n'admet une stipulation en nom propre que pour soi-même.

139. Si le stipulant agit dans l'intérêt du tiers bénéficiaire, mais en son nom propre, tout comme la personne interposée agit dans l'intérêt de l'interposant et en son

---

<sup>1</sup> Il est bénéficiaire direct d'un droit résultant du contrat, mais il n'est pas lié par le contrat. En effet, rappelons que, pour réclamer l'exécution de son obligation par le promettant, le bénéficiaire doit d'abord l'accepter, ce qui implique qu'il n'est pas tenu de l'accepter. Il n'est donc, en aucune manière, obligé par la stipulation qui a été faite à son profit.

nom propre, où se situe donc la différence essentielle entre les deux techniques qui nous permettra de les dissocier ? Ne se trouve-t-elle pas finalement dans cette exigence particulière que pose l'article 1121 du Code civil concernant la stipulation pour autrui, à savoir son caractère nécessairement accessoire ? En effet, selon cet article, la stipulation pour autrui n'est valable que « lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre ». Aussi, dans un premier temps, la jurisprudence avait-elle interprété cette formule d'une manière restrictive en limitant la validité de cette technique aux seuls cas où le stipulant stipule à la fois pour lui-même et pour autrui. Or, nous savons que l'intervention de la personne interposée est, au contraire, exclusivement altruiste.

Mais, une évolution sensible, remettant en cause ce critère de distinction, s'est ensuite produite à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, sous la poussée des nécessités pratiques : en effet, il fallait impérativement justifier la validité de certains procédés, inconnus jusqu'alors, par le recours à la qualification de stipulation pour autrui, quitte à procéder, si le besoin s'en faisait sentir, à un assouplissement des conditions de sa mise en oeuvre. C'est ainsi que la validité de l'assurance sur la vie a pu être consacrée par la Cour de cassation, en 1888<sup>1</sup>, en cassant un arrêt d'une cour d'appel qui avait repoussé l'application de l'article 1121 au motif que l'assuré ne stipule pas pour lui-même<sup>2</sup>. Semblant alors abandonner l'exigence du caractère accessoire de la stipulation pour autrui, la Cour de cassation avait admis la validité du mécanisme de l'assurance-vie en affirmant que « le profit moral résultant des avantages faits aux personnes désignées suffit pour constituer un intérêt personnel dans le contrat ».

A partir de cette interprétation extensive, la jurisprudence se contente dorénavant d'un intérêt quelconque, même moral, du stipulant dans l'opération. En outre, une discussion s'est ouverte en doctrine à propos de l'autonomie réelle de cette condition : en effet, ne peut-on pas considérer que l'intérêt du stipulant, au moins moral, est nécessairement inclus dans son acte de volonté ? Dès lors qu'il consent à la stipulation faite au profit d'autrui, c'est qu'il considère forcément avoir un intérêt personnel dans cette opération. Aussi, puisque la volonté fait présumer l'intérêt, seule l'existence de la

---

<sup>1</sup> Civ., 16 janvier 1888 : DP 1888.1.77 ; S. 1888.1.121, note T.C.

<sup>2</sup> Le droit au versement du capital ne prenant naissance qu'à partir du décès de l'assuré, celui-ci ne peut, en aucun cas, devenir le bénéficiaire de la stipulation : dès lors, même si le tiers bénéficiaire désigné refuse la stipulation faite à son profit, ce droit ne lui revient pas personnellement, mais à ses héritiers.



première importe vraiment : en définitive, l'exigence posée par l'article 1121 du Code civil relative au caractère accessoire de la stipulation se ramène à la seule nécessité de constater l'existence d'un support contractuel. Pour qu'un droit naisse au profit d'un tiers, il faut, mais il suffit, qu'un contrat soit conclu en ce sens entre le stipulant et le promettant. Or, cette condition minimale n'est plus évidemment en mesure de constituer un critère de distinction suffisant entre la stipulation pour autrui et l'interposition de personne.

## 2. Le critère retenu

140. C'est finalement en reprenant la définition précise que nous avons donnée à la technique de l'interposition de personne que nous pourrions trouver le véritable critère de distinction. Une personne interposée est une personne qui agit tout à la fois en son nom propre et pour le compte d'autrui. S'agissant du premier aspect, nous ne reviendrons pas sur ce qui en a été dit précédemment : en effet, le stipulant agit, lui aussi, en son nom propre puisqu'il prend sur sa propre tête l'engagement de payer au promettant la contrepartie exigée (les primes d'assurance, par exemple). Il y a donc bien un rattachement formel de l'acte à lui-même et une absence d'engagement juridique de celui qui est pourtant le bénéficiaire final de la stipulation.

Mais, s'agissant du deuxième aspect, nous avons retenu comme critère de l'action pour le compte d'autrui une instrumentalisation mentale de l'auteur de l'acte au service de l'intérêt d'autrui. Le mandataire prête-nom, par exemple, doit nécessairement se mettre à la place du maître de l'affaire, pour imaginer, dans le cadre strict des instructions qu'il a reçus, quelle décision finale ce dernier aurait pu prendre lui-même, s'il avait été présent, capable de discernement et possédant les connaissances techniques nécessaires, etc. Au contraire, le disposant prend la décision définitive de conclure avec le promettant un contrat incluant une stipulation au profit d'autrui en fonction de son seul intérêt personnel, économique ou moral. Il peut évidemment lui arriver de prendre aussi en considération l'intérêt du tiers bénéficiaire, notamment pour choisir exactement le contrat le plus adapté (par exemple, choisir le meilleur assureur pour la souscription d'une assurance-vie), mais cette prise en considération n'est qu'un moyen de mieux

réaliser son propre intérêt moral : l'intérêt d'autrui est alors au service de son propre intérêt.

141. On peut donc imaginer un processus psychologique différent dans l'hypothèse de la stipulation pour autrui et celle de l'interposition de personne, qui pourrait se traduire, de manière caricaturale, par les raisonnements suivants : le stipulant se dira à lui-même : « je veux réaliser l'intérêt d'autrui ; or, telle opération est dans l'intérêt d'autrui ; donc, je réalise cette opération » ; tandis que la personne interposée se dira à elle-même : « je dois prendre la place d'autrui (de ma propre initiative ou sur instructions) ; or, si j'étais autrui, je considérerais que telle opération est dans mon intérêt ; donc, je réalise cette opération ». Le mécanisme de l'interposition de personne inclut une substitution mentale qui n'apparaît pas dans la stipulation pour autrui. Par conséquent, il nous semble que cette dernière est abusivement dénommée « stipulation pour autrui », car le stipulant n'agit pas pour le compte d'autrui, mais pour son propre compte. Il serait sans doute préférable de conserver l'expression utilisée dans l'article 1121 du Code civil : une stipulation « au profit d'autrui ».

En effet, le stipulant conclut une convention dont une partie seulement des conséquences (les prestations dues par le promettant) sera rattachée au tiers bénéficiaire, tandis que l'autre partie (les dettes) sera rattachée à lui-même : ce n'est donc pas en se basant sur l'attribution à autrui ou à soi-même des conséquences de l'acte que l'on pourra qualifier cette opération d'acte accompli pour le compte d'autrui ou pour son compte personnel. Quant aux motivations du stipulant, elles reposent tout aussi bien sur le désir de réaliser l'intérêt du tiers bénéficiaire que sur celui de réaliser son propre intérêt, au moins moral. Cependant, dans le processus psychologique de réalisation de l'opération, il apparaît que la décision finale est prise par le stipulant sans passer par une quelconque substitution mentale dans les affaires d'autrui : en effet, même s'il prend en considération l'intérêt du tiers, c'est par une appréciation purement objective et personnelle de cet intérêt, et sans faire, à aucun moment, abstraction de sa propre personne. A la différence du mandataire, qui prend en compte l'intérêt du mandant de manière subjective en se plaçant mentalement dans la situation de ce dernier, le stipulant reste toujours à sa propre place et n'instrumentalise pas sa propre personne au service de l'intérêt d'autrui.

142. Ainsi comprise, cette conception du mécanisme de la stipulation pour autrui permet alors une réconciliation de la jurisprudence actuelle avec l'analyse exégétique du Code civil : en effet, l'article 1121 ne fait pas de la stipulation « pour soi-même » une condition d'une éventuelle stipulation « pour le compte d'autrui », mais d'une stipulation « au profit d'autrui ». Autrement dit, il est parfaitement possible de désigner autrui comme sujet d'imputation d'une partie des conséquences d'un contrat (stipuler « au profit » d'autrui), dès lors que ce contrat répond à une motivation qui reste principalement égoïste pour son auteur : l'intérêt, au moins moral, du stipulant doit être l'élément déterminant de son consentement. Au contraire, lorsque la stipulation au profit d'autrui est recherchée pour elle-même (motivation altruiste de l'auteur de l'acte), et non comme simple moyen de réaliser l'intérêt personnel de l'auteur de l'acte, on ne se trouve plus en présence d'une stipulation pour autrui, mais d'une convention conclue pour le compte d'autrui. La mise en oeuvre de ce critère, dans le domaine particulier des libéralités, nous permettra, sans doute, de mieux comprendre la portée de cette subtile distinction.

### **B. La mise en oeuvre du critère**

143. La doctrine cherche, depuis longtemps, un critère satisfaisant de distinction entre la libéralité assortie d'une charge d'en transmettre le bénéfice à autrui et la libéralité faite à une personne interposée de celui que l'on désire véritablement gratifier. Or, il semble que la première est une hypothèse de stipulation pour autrui et la seconde une hypothèse d'interposition de personne. Il serait donc intéressant d'appliquer à ces deux situations le critère que nous venons de mettre en évidence, légèrement adapté cependant au domaine des libéralités. Toutefois, il n'est pas inutile, à notre avis, de rappeler au préalable l'enjeu essentiel de cette distinction en énonçant la principale conséquence juridique qui s'y rattache : selon l'article 911 du Code civil, toute disposition entre vifs ou par testament qui est faite au profit d'un incapable par l'intermédiaire d'une personne interposée est nulle. Au contraire, une libéralité faite au profit d'une personne capable avec charge de transmettre au profit d'une personne

incapable n'est pas nulle<sup>1</sup>. En effet, dans ce deuxième cas, seul le sort de la charge sera en principe en jeu : elle sera tantôt réputée non écrite (charge au profit d'une association non reconnue d'utilité publique, par exemple), tantôt validée (charge au profit d'une personne indéterminée ou future), tantôt réduite (charge au profit d'un enfant adultérin, du moins avant la loi du 3 décembre 2001<sup>2</sup>). Ce n'est qu'exceptionnellement que la nullité de la charge provoquera la nullité de la libéralité dans son ensemble si le tribunal estime que la charge était la cause impulsive et déterminante de la libéralité (théorie de la cause).

144. De nombreux critères ont été proposés par la doctrine pour différencier les deux situations : la plupart des auteurs sont d'accord pour admettre que le critère doit être d'ordre psychologique. Mais il est difficile de déterminer quelle est l'intention que l'on doit rechercher, dans l'esprit du disposant, pour reconnaître s'il a voulu faire du gratifié un simple grevé de charge (même si la charge est tellement importante qu'elle le prive quasiment de tout avantage personnel dans l'opération) ou bien s'il a voulu faire de lui une personne interposée, qui accepte, en apparence seulement, une libéralité qui ne lui est pas véritablement adressée. On a successivement proposé de retenir comme critère l'intention du disposant de conférer à la personne désignée dans l'acte une vocation au tout en cas de charge, dont serait au contraire privée la personne interposée, ou bien l'intention de rendre véritablement propriétaire le grevé de charge, tandis que l'interposé ne deviendrait propriétaire qu'en apparence seulement, ou bien encore l'intention d'accorder au grevé de charge au moins un émolument quelconque, c'est-à-dire un bénéfice personnel dans l'opération (même si la charge lui impose de retransférer au bénéficiaire la propriété du bien qu'il a reçu), l'absence d'émolument étant alors au contraire considéré comme un signe d'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> Attention à ne pas confondre cette hypothèse avec la substitution fidéicommissaire, interdite en vertu de l'article 896 du Code civil : en effet, celle-ci consiste également en une libéralité faite à une personne avec charge de la transmettre à autrui, mais uniquement après le décès de cette personne, et assortie en conséquence d'une charge de conserver le bien durant toute sa vie. C'est finalement cette obligation de conserver le bien, économiquement dangereuse, et cette manière indirecte de régler, en quelque sorte, à l'avance la succession du bénéficiaire de la libéralité qui justifient cette défaveur du législateur. Au contraire, lorsque la charge de transmettre à autrui est prévue pour être exécutée du vivant de la personne bénéficiaire de la libéralité, il ne s'agit pas d'une substitution fidéicommissaire illégale.

<sup>2</sup> Cette loi a supprimé la réduction de part successorale dont était victime l'enfant adultérin en présence d'enfants légitimes, assurant dorénavant une parfaite égalité entre tous les enfants.

Cependant, ces trois thèses présentent toutes des défauts similaires. D'abord, il nous semble qu'il y a confusion à retenir comme critère ce qui doit, au contraire, être tenu pour des conséquences de cette distinction : si l'on estime que la personne désignée dans l'acte comme bénéficiaire de la libéralité est un simple grevé de charge, alors seule la charge peut en principe être annulée, de sorte que le grevé de charge a effectivement une vocation au tout, et par conséquent, un intérêt personnel (au moins supplétif) à l'opération, et qu'il reçoit effectivement la propriété du bien, au moins aussi longtemps qu'il n'exécute pas encore sa charge, laquelle lui impose précisément un deuxième transfert de propriété en direction du bénéficiaire de la charge. Il y a donc apparemment une confusion entre les effets de la distinction et les critères de cette distinction.

145. En outre, ces trois thèses reposent sur des affirmations purement gratuites, qui ne se révéleront pas toujours exactes en pratique. Ainsi, on ne voit pas pourquoi, par exemple, l'opération serait nécessairement bénéficiaire (même de manière réduite) pour le grevé de charge, et neutre économiquement pour l'interposé. Songeons par exemple à celui qui accepte, en contrepartie d'une libéralité, la charge de nourrir et soigner jusqu'à leur mort naturelle les animaux du disposant : il n'est pas certain que la charge soit économiquement plus légère que le bénéfice résultant de la libéralité, puisqu'elle dépend de la durée de vie des animaux concernés et de divers facteurs aléatoires. Au contraire, le bénéfice personnel est important pour la concubine qui reçoit, en qualité de personne interposée, la propriété d'un appartement à la place de son concubin, le véritable gratifié, parce que celui-ci est sous le coup d'une incapacité de recevoir, ou bien pour la religieuse, personne interposée, qui accepte en son nom propre un legs pour le compte de sa congrégation, dépourvue de personnalité juridique. Notons d'ailleurs que, malgré leur qualité indiscutable de personnes interposées, ces deux intermédiaires deviennent réellement propriétaires du bien qu'elles ont accepté de recevoir pour le compte du véritable bénéficiaire, contredisant ainsi l'un des trois critères proposés ci-dessus.

Tout cela s'explique, en réalité, par le troisième et principal reproche que nous adresserons à ces théories : elles supposent toutes que l'interposition de personne est nécessairement une forme de simulation, de sorte que les droits de l'interposé seraient obligatoirement fictifs, tandis que ceux du grevé de charge sont réels. Or, nous aurons l'occasion de démontrer par la suite qu'il existe deux formes essentielles d'interposition

de personne : l'une est dite fictive, et l'autre réelle. Le disposant peut donc parfaitement choisir comme intermédiaire entre lui et le destinataire final de la libéralité une personne qui s'interpose réellement, c'est-à-dire qui devient réellement propriétaire du bien donné ou légué, mais qui n'a cependant pour seule fonction que de servir d'écran, et à l'égard de laquelle le disposant n'a aucune intention libérale. En ce cas, aucun des trois critères ne permet de distinguer la libéralité avec charge de transmettre à autrui et la libéralité destinée à autrui, mais faite à une personne réellement interposée.

146. Si l'on alors veut opérer une distinction entre ces deux hypothèses, il convient d'abord d'observer que la question ne se présente pas de la même manière qu'en matière d'acte à titre onéreux. Ainsi, lorsqu'il s'agissait de savoir si un contrat d'assurance-vie constitue une forme d'interposition de personne, c'est au stipulant, c'est-à-dire à la personne qui souscrit la police, que l'on envisageait d'attribuer la qualité de personne interposée, le tiers bénéficiaire de la stipulation étant alors le maître de l'affaire, et le promettant jouant le rôle du tiers cocontractant. Or, en matière de libéralité avec charge ou par interposition de personne, trois personnes interviennent : le disposant, le bénéficiaire désigné et le bénéficiaire final. En cas de charge, c'est le disposant qui stipule au profit du bénéficiaire final, c'est-à-dire qui obtient du bénéficiaire désigné la promesse de transférer la propriété du bien reçu au bénéficiaire final. Or, la question n'est plus, comme c'était le cas en matière d'acte à titre onéreux, de savoir si le stipulant, c'est-à-dire le disposant, peut recevoir la qualité de personne interposée. Il s'agit plutôt de déterminer si le bénéficiaire désigné de la libéralité est un promettant ou une personne interposée : en effet, dans les deux cas, il reçoit lui-même la libéralité, et la transmet ensuite au bénéficiaire final, conformément à l'intention originale du disposant. Comment alors choisir entre ces deux qualités différentes, dont les conséquences juridiques ne sont pas les mêmes ?

147. S'il est une simple personne interposée, le bénéficiaire désigné de la libéralité agit pour le compte d'autrui, c'est-à-dire accepte la libéralité à la place du bénéficiaire final : cela implique donc que celle-ci ne lui soit pas réellement destinée, dans l'esprit du disposant. Au contraire, le bénéficiaire désigné est un promettant s'il accepte d'abord pour lui-même la libéralité (qui lui est donc réellement destinée), et

accessoirement en admettant la charge qu'elle contient au profit d'autrui. C'est donc apparemment l'intention libérale du disposant qui permet de déterminer le rôle que devra jouer le bénéficiaire désigné dans l'opération. Il convient toutefois d'être prudent avec cette notion d'intention libérale, car elle peut recouvrir deux sens différents : si l'on entend simplement lui donner un sens objectif, à savoir la conscience et la volonté de donner sans contrepartie, quels que soient les motifs particuliers ayant pu inspirer cette résolution, elle ne permet pas alors de distinguer la charge de l'interposition de personne, car la volonté de donner (c'est-à-dire de transférer la propriété du bien) au bénéficiaire désigné est aussi réelle en cas de libéralité avec charge qu'en cas de libéralité par personne interposée, du moins lorsqu'il s'agit d'une interposition de personne dite "réelle". Par contre, si la notion d'intention libérale est entendue dans un sens subjectif comme le désir d'avantager autrui sans contrepartie, il importera peu de savoir qui deviendra juridiquement propriétaire du bien, mais seulement de déterminer à qui est finalement destinée la libéralité dans l'esprit du disposant.

Dès lors, en cas de charge, même si le disposant a le désir d'avantager le bénéficiaire de la charge, il n'en demeure pas moins qu'il a aussi le désir d'avantager (au moins à titre supplétif) le bénéficiaire désigné, grevé de charge. Il ne le considère pas comme une simple courroie de transmission de la libéralité au profit du bénéficiaire final : il n'en fait pas un simple instrument au service de l'intérêt de ce dernier. Au contraire, en cas d'interposition de personne, la libéralité que le disposant consent au bénéficiaire désigné n'est pour lui qu'un simple moyen de dissimuler l'identité de celui qu'il a voulu réellement gratifier. Même s'il a dû, pour cela, recourir à une interposition de personne dite "réelle", de sorte que le bénéficiaire désigné est devenu réellement propriétaire du bien avant de le transmettre au bénéficiaire final, il ne lui accorde cependant, dans son esprit, qu'un rôle d'instrument de transmission de la libéralité : c'est le cas, par exemple, lorsque le disposant ne connaissait même pas le bénéficiaire désigné et ne l'a choisi qu'en raison de ses liens particuliers avec le bénéficiaire final (lien familial ou de concubinage, appartenance à un groupement politique ou à une congrégation religieuse, etc.), sans avoir à son égard aucun lien affectif particulier qui puisse justifier une prétendue intention libérale. Pour simplifier cette subtile distinction, nous dirons alors que le disposant n'a, à l'égard de la personne interposée, qu'une intention libérale réelle, mais aucune « motivation libérale ».

## § 2 : Les autres procédés voisins

148. La comparaison de l'interposition de personne avec d'autres procédés ne présente d'intérêt que s'il s'agit, au moins, de techniques faisant appel à trois personnes, dont l'une d'entre elles peut être considérée comme un intermédiaire, au sens le plus large du terme. Or, un grand nombre de ces techniques peuvent effectivement constituer une forme d'interposition de personne, si les conditions en sont remplies, comme elles peuvent également ne pas répondre à sa définition : en réalité, elles sont neutres, par essence, et ne deviennent des interpositions de personne que par l'utilisation particulière qu'en font les parties. Par exemple, la cession d'un bien n'est pas en soi une forme d'interposition de personne, mais peut le devenir si le but des parties était seulement de faire échapper ce bien au droit de gage des créanciers du cédant : dans ce cas, le cessionnaire n'est qu'un prête-nom du cédant, prêt à lui restituer son bien quand il le lui demandera. Nous étudierons quelques unes de ces interpositions de personne par incidence dans nos développements ultérieurs. Mais l'objet du présent paragraphe est seulement de mettre en évidence certaines techniques, qui, par leur essence même, ne peuvent pas constituer des applications, même ponctuelles, de la notion d'interposition de personne. Tel est le cas de tous les procédés dans lesquels l'intermédiaire intervient uniquement dans la phase de préparation du contrat, dont l'opération de courtage est la



principale application (A). De même, la promesse de porte-fort (B), l'accomplissement d'actes de disposition sur la chose d'autrui par celui qui se croit propriétaire (C) et la technique de la supposition de nom (D) ne nous paraissent pas pouvoir entrer dans le cadre de la définition de l'interposition de personne.

### **A. L'opération de courtage**

149. L'opération de courtage consiste simplement, pour l'intermédiaire (le courtier), à mettre en relation des personnes qui veulent traiter ensemble, sans intervenir lui-même dans la conclusion et l'exécution du contrat. Son rôle se limite donc à rechercher un partenaire de qualité pour son client, et accessoirement, à lui fournir des informations précises et des conseils sur l'opération à accomplir et sur le choix du partenaire, auxquels peuvent s'ajouter éventuellement divers services. Les courtiers sont généralement spécialisés dans des domaines précis : il existe, par exemple, des courtiers en marchandises, des courtiers de transport par terre et par eau, des courtiers en assurance, des courtiers matrimoniaux, des courtiers en vins, etc. Or, ce procédé de mise en relation des contractants se différencie sans problème de l'interposition de personne, en ce que le courtier ne réalise lui-même aucune opération juridique pour le compte de son client : chargé uniquement de présenter un ou plusieurs partenaires potentiels, le courtier n'est pas le pouvoir de conclure lui-même le contrat, et n'est pas responsable, en principe, de sa non-conclusion ou de son inexécution. Dès lors, à la différence d'une personne interposée, il ne constitue pas un écran juridique dans les relations entre les deux parties intéressées. Il en va de même pour tous les intermédiaires qui se contentent de faciliter la réalisation matérielle ou juridique d'une opération, sans intervenir personnellement dans l'acte, en qualité d'auteur : interprètes, conseillers, médiateurs, etc. A défaut d'agir, au sens juridique du terme, ils ne peuvent pas agir en nom propre pour le compte d'autrui.

### **B. La promesse de porte-fort**

150. La promesse de porte-fort, prévue par l'article 1120 du Code civil, permet à un individu (le porte-fort), qui constate l'opportunité qui se présente à lui de conclure un

contrat susceptible d'intéresser, de manière quasi certaine, un tiers absent, mais dont il n'a pas reçu le pouvoir de représentation nécessaire, de réaliser, malgré tout, cette opération au nom et pour le compte de ce tiers (le maître<sup>1</sup>). Cette technique lui évite ainsi le dilemme qui consiste à laisser échapper cette opportunité ou à devoir conclure pour lui-même l'opération, et en supporter personnellement toutes les conséquences. La validité de l'acte est alors uniquement subordonnée à une ratification du maître. Mais, pour obtenir un tel engagement définitif et unilatéral du tiers cocontractant envers le maître, il lui aura fallu prendre lui-même un engagement personnel : il a promis au tiers cocontractant la ratification de l'acte par le maître, de sorte qu'à défaut de celle-ci, il engage sa responsabilité personnelle envers le cocontractant. On dit qu'il s'est porté fort de la ratification de l'acte par le maître au nom duquel il a agi.

Grâce à ce procédé, le porte-fort peut réaliser l'opération sans s'engager lui-même dans les liens du contrat principal. De son côté, le cocontractant se trouve engagé dès la conclusion du contrat, mais obtient, en contrepartie, soit l'engagement du maître résultant de sa ratification, soit l'engagement de la responsabilité personnelle du porte-fort pour non-respect de sa promesse. Or, il est incontestable, dans cette hypothèse, que le porte-fort a conclu le contrat pour le compte d'autrui, et qu'il a néanmoins accepté de s'engager personnellement, par sa promesse, tandis qu'au contraire, le maître n'est aucunement lié par le contrat, sauf s'il décide de le ratifier, décision qu'il peut prendre en toute liberté. Ne peut-on pas alors considérer cette technique comme une forme d'interposition de personne ?

151. En réalité, il convient d'analyser plus finement ce procédé, pour conclure de manière négative à cette légitime question. En effet, il ne faut pas traiter ensemble, mais séparément, les deux aspects du mécanisme mis en place : d'une part, le porte-fort conclut effectivement une convention pour le compte d'autrui, mais nécessairement au nom d'autrui, faute de quoi la ratification n'aurait pas l'effet d'engager le maître ; et, d'autre part, le porte-fort prend un engagement personnel, qui consiste en une promesse au profit du tiers cocontractant. Sur le premier point, il n'y a aucune interposition de personne puisque le contrat est conclu au nom et pour le compte du maître. Sur le

---

<sup>1</sup> Nous employons intentionnellement le terme de "maître", car cette conclusion spontanée d'un contrat pour le compte d'autrui constitue en définitive une gestion d'affaires (au sens large).

deuxième point, le porte-fort agit incontestablement en son nom propre, mais aussi pour son propre compte : l'analyse psychologique de la prise de décision, par le porte-fort, de faire ou non la promesse, ne démontre aucune substitution mentale, c'est-à-dire aucune instrumentalisation au service de l'intérêt du maître. En effet, il s'est décidé à s'engager personnellement envers le tiers cocontractant en établissant un bilan entre la probabilité du risque de non-ratification (élément neutre) et l'étendue de son désir de rendre service au maître ou d'obtenir de lui une récompense pour son heureuse initiative (élément personnel). Certes, pour la conclusion du contrat principal, une sorte de substitution mentale a été nécessaire (le porte-fort a agi pour le compte du maître), mais pour la décision relative à la promesse personnelle du porte-fort, c'est une motivation égoïste qui a été déterminante de son consentement. On ne peut donc trouver, dans ce procédé, aucune action en nom propre, pour le compte d'autrui, c'est-à-dire aucune interposition de personne au profit du maître de l'affaire, sauf à confondre abusivement les deux aspects qu'il contient.

### **C. La disposition de la chose d'autrui par celui qui se croit propriétaire**

152. Une interrogation similaire peut apparaître également à propos des actes de disposition sur la chose d'autrui par celui qui se croit propriétaire, dont l'exemple traditionnel est celui de l'héritier apparent qui accomplit, en toute bonne foi, des opérations diverses, et notamment des actes de disposition, sur un bien relevant de la succession, avant d'apprendre l'existence d'un autre héritier plus proche du *de cuius*, qui le prive ainsi rétroactivement de sa qualité de propriétaire du bien. Lorsqu'il réalise l'opération, n'agit-il pas alors en son nom propre, mais pour le compte de celui qui se révélera finalement être le véritable propriétaire ? En effet, si l'on avait retenu les critères matériels ou économiques de l'action pour le compte d'autrui (attribution à un tiers des effets de l'acte, intérêt personnel, positif ou négatif, d'un tiers à cet acte), on aurait pu conclure de la sorte. Mais, il est évident que celui qui réalise une opération relative à un bien dont il se croit propriétaire n'a pas la psychologie nécessaire pour conférer à cette opération la qualité de contrat pour le compte d'autrui : il agit pour lui-même, bien que les circonstances lui apprennent, par la suite, qu'il était, en réalité, privé du droit subjectif correspondant. En effet, au moment précis de la réalisation de l'acte, il

n'a réalisé aucune substitution mentale dans les affaires d'autrui, puisqu'il était persuadé qu'il s'agissait alors de ses propres affaires. Il n'était pas un simple instrument au service de l'intérêt d'un tiers. C'est d'ailleurs parce qu'il agit effectivement pour lui-même et en son nom propre, que nous soutenons la thèse doctrinale<sup>1</sup> selon laquelle la ratification postérieure de l'acte, par le véritable propriétaire, ne doit pas être analysée, par référence à l'adage *Ratihabitio mandato aequiparatur*, comme une forme de représentation, mais comme une simple renonciation de ce dernier à son droit d'invoquer l'inopposabilité de l'acte<sup>2</sup>. On ne trouve donc aucune interposition de personne dans cette situation.

#### **D. La supposition de nom**

153. Le but de l'interposition de personne est principalement d'opérer une dissimulation juridique de la personnalité du maître de l'affaire derrière celle d'un personnage complaisant, afin de lui permettre d'échapper à certaines des conséquences de ses actes ou de bénéficier d'un avantage qu'il n'aurait pas pu obtenir par un moyen direct. Cependant, toute personne qui souhaite voir sa participation à une opération rester secrète, dispose de plusieurs possibilités. Elle peut, comme nous l'avons observé, agir sous le couvert d'une personne physique ou morale, c'est-à-dire réaliser en quelque sorte une substitution de personnalité juridique : c'est l'hypothèse de l'interposition de personne. Mais elle peut également revêtir un déguisement plus fantaisiste : en effet, il existe une autre méthode, qui consiste à emprunter l'identité d'une personne fictive, inexistante, garantie par exemple par l'utilisation de faux papiers. Il ne s'agit alors plus d'une sorte de substitution, mais d'une supposition d'identité ou de nom.

En effet, la supposition, dans son sens juridique, peut être définie comme la présentation d'un faux renseignement, auquel on prétend donner cependant un caractère authentique. Ainsi, la supposition de contrat ou de testament désigne la production d'une acte faux, mais présenté comme authentique. La supposition d'enfant consiste à attribuer à une femme la maternité d'un enfant dont elle n'est pas accouchée. Il en résulte que la supposition de nom est la technique par laquelle un nom imaginaire est

---

<sup>1</sup> Pierre GUIHO, « Les actes de disposition sur la chose d'autrui », RTD civ. 1954.1, n° 27.

<sup>2</sup> Contrairement à la ratification d'un acte réalisé par un gérant d'affaires, ou par un mandataire ayant dépassé les limites de son pouvoir, qui nous paraît effectivement constituer une application de cet adage.

attribué à une personne, de manière à cacher sa véritable identité. C'est une fausse personnalité juridique qui servira à protéger cette personne. Ainsi, un disposant, qui souhaite réaliser une libéralité au profit d'un incapable, peut faire figurer dans l'acte le nom d'un bénéficiaire imaginaire, tout en prévoyant un moyen de faire parvenir ensuite l'objet de la libéralité au bénéficiaire réel, par exemple par un don manuel. Ou bien, un commerçant, lié par une clause de non-concurrence, pourra créer un fonds de commerce concurrent et en assurer la direction en utilisant un faux nom. L'exploitation du fonds sera conduite, sous le contrôle du propriétaire, par un gérant salarié, de sorte que le bénéficiaire de la clause de non-concurrence ne connaîtra de son concurrent que son nom supposé.

154. La supposition de nom présente des analogies évidentes avec l'interposition de personne. En effet, les deux techniques répondent aux mêmes exigences et procèdent d'une même motivation : le désir d'acquisition, par des moyens indirects, d'un avantage que la méthode directe n'aurait pas permis de réaliser. Par exemple, l'objectif du disposant peut être de gratifier un incapable. La supposition de nom, comme l'interposition de personne, lui permettra alors d'échapper à l'annulation de sa libéralité. Mais, l'avantage recherché n'est pas obligatoirement illicite : il peut consister simplement dans la discrétion que toute entreprise est en droit d'attendre à propos de ses affaires. Les deux méthodes ne visent donc pas nécessairement un objectif frauduleux. A l'analogie de motivation se greffe également une analogie au niveau du procédé utilisé : il consiste à remplacer, dans l'opération, l'identité du véritable bénéficiaire par un nom d'emprunt. Ces deux méthodes permettent ainsi au maître de l'affaire de rester dans l'ombre afin de mieux tirer avantage de l'opération. Finalement, elles obéissent à une philosophie commune : "agir masqué pour agir librement".

155. Toutefois, les deux notions ne doivent pas être confondues. Dans l'interposition de personne, l'intermédiaire est un personnage réel, ayant une véritable personnalité juridique, distincte de celle du maître de l'affaire. La supposition de nom, au contraire, substitue à l'identité du maître une identité fictive, ne correspondant à aucune individualité juridique. La personnalité de l'intermédiaire imaginaire se confond alors totalement avec celle du maître. La supposition n'interpose pas une personnalité

juridique réelle. Par conséquent, le personnage imaginaire, à défaut d'existence, ne peut pas agir pour le compte du maître, et en son nom propre. La distinction est essentielle, car elle produit des conséquences importantes, qui nous permettent d'affirmer que la supposition de nom n'est pas une forme d'interposition de personne. En effet, l'écran constitué par le nom supposé sera nécessairement beaucoup plus facile à dissiper, car il n'a aucune valeur juridique : un faux personnage n'a pas d'existence et ne peut donc pas réellement dissimuler le maître. Dès lors, l'absence de personnalité juridique, qui caractérise la supposition de nom, implique que seule la responsabilité du maître de l'affaire peut être recherchée par les tiers. Le personnage imaginaire ne peut donc, en aucun cas, être tenu des dettes et obligations contractées ; il ne peut pas être déclaré en faillite. En outre, certains auteurs pensent que l'emploi d'un nom simulé révèle par lui-même une intention frauduleuse et doit être considéré en soi comme répréhensible<sup>1</sup>. En tout cas, l'utilisation d'un faux nom peut être, par elle-même, constitutive de certaines infractions pénales, notamment le faux en écritures.

Dans l'interposition de personne, au contraire, la personnalité juridique de l'intermédiaire constitue un réel obstacle, de sorte que, du moins dans un premier temps, seul l'interposé est lié par les opérations qu'il a conclues. Pour toucher le maître de l'affaire, il faudra au préalable faire sauter l'écran juridique que constitue la personnalité de l'interposé. Par ailleurs, il est admis que ce procédé n'a rien d'illicite en soi : la règle retenue, en la matière, est celle de la neutralité. En effet, l'interposition de personne ne peut pas plus, en principe, rendre licite des opérations illicites en elles-mêmes, que rendre illicites celles qui ne le sont pas par elles-mêmes. Il n'est donc pas souhaitable d'inclure les hypothèses de supposition de nom dans la notion d'interposition de personne, puisque, par définition, elles ne réalisent l'interposition d'aucune personne. Dès lors, ne peuvent relever de cette notion que les seules situations dans lesquelles une personnalité juridique réelle fait obstacle, du moins dans un premier temps, à l'attribution de la responsabilité de l'opération au véritable maître de l'affaire.

---

<sup>1</sup> Telle est, en tout cas, la position de J. PERCEROU, l'auteur supposé de la distinction. Cf J. PERCEROU, note sous Req., 29 juin 1908 : DP 1910.1. 233.

## SECTION 2 : LES QUALIFICATIONS VOISINES

156. L'étude de l'interposition de personne, tant au travers des différentes définitions qui ont été proposées, que par l'analyse du contexte dans lequel le législateur et la jurisprudence utilisent cette notion, nous ont permis de dégager une formule (action en nom propre pour le compte d'autrui), une définition précise des éléments qui la constituent (instrumentalisation de l'interposé, absence formelle d'engagement juridique du maître), mais aussi une première qualification juridique : celle de mandat (ou quasi-mandat) sans représentation. Pourtant, nous avons pu observer, à partir de plusieurs exemples jurisprudentiels, la forte tendance des tribunaux à faire produire aux opérations réalisées par interposition de personne des conséquences qui ne sont pas conformes à cette qualification : celle-ci se révèle donc inexacte ou insuffisante. L'explication de telles anomalies suppose alors une nouvelle tentative de qualification juridique de l'interposition de personne. C'est dans cette optique que la confrontation de la notion d'interposition de personne avec des qualifications juridiques préexistantes doit être menée afin de déterminer si elle relève de l'une de ces qualifications ou si elle implique, au contraire, la création d'une nouvelle qualification. Dans la deuxième hypothèse, l'autonomie juridique du procédé sera alors démontrée.

157. Le droit positif connaît déjà, depuis fort longtemps, plusieurs hypothèses dans lesquelles une convention liant deux personnes entre elles produit cependant des effets directs envers une troisième personne, non présente à sa conclusion : la stipulation pour autrui, par exemple, n'a-t-elle pour but de créer un droit au profit du tiers bénéficiaire, alors qu'elle résulte d'un contrat conclu entre le promettant et le stipulant, et auquel le tiers bénéficiaire n'a pas participé ? De même, la cession de créance produit directement ses effets envers le débiteur cédé en dehors de toute participation de ce dernier à l'opération : il suffit, pour qu'elle lui soit opposable, de l'informer de cette cession, conformément aux prescriptions de l'article 1690 du Code civil. Nous pouvons également citer le contrat de transport de marchandises, conclu entre le transporteur et l'expéditeur, et qui a pour effet de créer des droits et obligations au profit et à l'encontre du destinataire, pourtant étranger à sa conclusion. Ou bien encore la lettre de change, établie entre le tireur et le bénéficiaire, et qui rend le tiré débiteur de la somme inscrite envers le bénéficiaire.

Or, ces différentes situations ont été regroupées par Christian LARROUMET sous le concept unique d'*opération juridique à trois personnes* (ou opération triangulaire)<sup>1</sup>, qui semble présenter, en effet, un certain nombre de similitudes évidentes avec l'interposition de personne : non seulement ces opérations mettent en cause trois personnes ou catégories de personnes, mais en outre d'une manière telle que chacune de ces personnes sera placée dans une situation juridique qui lui est propre, de sorte qu'il en résulte toujours trois qualités différentes permettant la création de trois liens de droit distincts. Sur ce point, l'interposition de personne ne présente aucune différence avec les autres opérations juridiques à trois personnes. Cependant, la distinction doit être maintenue entre ces deux notions : en effet, il apparaît, selon l'étude de cet auteur, que l'opération juridique à trois personnes ne peut procéder que d'une seule convention qui a pour objet ou pour effet de lier entre elles les trois personnes intéressées<sup>2</sup>, tandis que les relations entre le maître de l'affaire, l'interposé et le tiers cocontractant résultent, au contraire, d'une pluralité d'opérations<sup>3</sup>, qui a précisément pour objectif d'établir un

---

<sup>1</sup> Notamment Christian LARROUMET, « Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé », thèse Bordeaux, 1968.

<sup>2</sup> C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 7, p. 13.

<sup>3</sup> Par exemple, une convention de prête-nom, suivie du contrat principal conclu par le prête-nom avec le tiers cocontractant, et enfin une opération de transfert de avantages et charges éventuelles au profit de l'emprunteur de nom.



strict cloisonnement juridique des liens entre les parties. C'est seulement la combinaison de fait de ces différentes opérations qui leur confère une certaine singularité telle qu'il n'apparaît plus possible au juge de considérer la situation comme une simple addition de relations juridiques bilatérales sans interaction des unes sur les autres.

158. Un contrat résultant de la combinaison de plusieurs techniques contractuelles de sorte que le tout soit « plus que la somme des parties »<sup>1</sup>, telle est la définition que l'on peut donner des *contrats complexes*. Par exemple, le contrat de crédit-bail ou *leasing* peut s'analyser juridiquement comme « la juxtaposition de trois éléments - l'achat d'une chose, la location de cette chose, une promesse unilatérale de vente - auxquels s'ajoute le plus souvent un mandat par lequel la société de crédit-bail demande au preneur d'acheter et de recevoir en son nom et pour son compte le bien qui lui sera loué »<sup>2</sup>. Or, le crédit-bail est économiquement autre chose que cette simple juxtaposition, si bien que la jurisprudence n'a pas hésité à écarter certaines des règles propres à chacun de ces contrats estimant qu'elles étaient incompatibles avec l'esprit de l'opération globale. Cette analyse ne peut-elle donc pas s'appliquer aux opérations accomplies par personnes interposées ?

Si, en effet, un raisonnement analogue peut être mené dans les deux situations, il subsiste néanmoins une différence entre celles-ci : le contrat complexe est, lui aussi, comme son nom l'indique, un contrat unique, qui se contente d'emprunter son régime à plusieurs techniques contractuelles. C'est donc la qualification juridique de ce contrat qui est multiple. Au contraire, l'interposition de personne se réalise ou se traduit par une combinaison de plusieurs contrats (ou actes unilatéraux) séparés et indépendants. Il résulte de cette indépendance que les effets de chacun de ces contrats doivent, en principe, être intégralement réalisés et que les règles propres à chacun d'eux doivent être absolument appliquées. S'il est possible au juge d'interpréter souverainement la volonté des parties à un contrat unique à partir de l'esprit global de cette opération, et d'en déduire leur intention d'exclure telle ou telle règle, il ne serait pas admissible, dans les mêmes conditions, d'interpréter la volonté des parties à un contrat en fonction de l'esprit

---

<sup>1</sup> Philippe RÉMY, RTD civ. 1982.435.

<sup>2</sup> François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 71, p. 80.

global qui résulterait de la combinaison avec d'autres contrats indépendants et ne liant pas les mêmes personnes.

159. Cependant, une certaine consécration juridique de l'interdépendance pouvant exister parfois entre plusieurs contrats « qui, tout en étant liés entre eux, conservent leur individualité »<sup>1</sup>, n'est pas totalement inconnue du juriste. Sous l'impulsion d'une doctrine relativement récente et audacieuse<sup>2</sup>, la jurisprudence a accepté de prendre en considération l'existence de ces *groupes de contrats*, et de leur faire produire, d'une manière limitée, voire ponctuelle, et non sans hésitation, un certain nombre de conséquences juridiques particulières, d'ailleurs d'intensité et de nature variables selon les cas. En effet, définie comme une situation dans laquelle « deux ou plusieurs contrats sont liés l'un à l'autre », la notion de groupe de contrats recouvre nécessairement une réalité passablement hétérogène, dont il est possible toutefois de dégager deux catégories principales, selon que le lien est constitué par une identité de cause, au sens de but commun, ou par une identité d'objet, au sens d'une prestation commune. Dans le premier cas, on parle d'ensembles contractuels (§ 1), et dans le second cas, on parle de chaînes de contrats (§ 2). Ces deux qualifications essentielles doivent être successivement étudiées, en vue de vérifier si elles peuvent être appliquées au procédé de l'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 72, p. 81.

<sup>2</sup> Bernard TEYSSIÉ, « Les groupes de contrats », thèse Montpellier, *Bibliothèque de droit privé*, tome 139, L.G.D.J., 1975 - Jean NERET, « Le sous-contrat », thèse Paris II, *Bibliothèque de droit privé*, tome 163, L.G.D.J., 1979, préface P. CATALA.

## § 1 : Les ensembles contractuels

160. La notion d'*ensemble contractuel*, dans son acception la plus large, désigne un ensemble de contrats distincts tendant à la réalisation d'une opération unique. Leur but commun, « quoique lointain, médiat, par rapport à chacun d'eux pris isolément, constitue leur cause profonde, leur véritable raison d'être économique et juridique »<sup>1</sup>. Tel est le cas, par exemple, de l'ensemble constitué par une vente et un prêt destiné à en assurer le financement ou bien de l'association d'un contrat faisant naître une créance et d'une convention constitutive d'une sûreté qui en garantit le paiement (cautionnement, hypothèque). Dans ces deux hypothèses, on observera que l'un des contrats vise à assurer ou faciliter le paiement, c'est-à-dire l'exécution, de l'autre. Il se présente donc comme un contrat accessoire, simple complément à l'exécution du contrat principal. L'ensemble contractuel est dit alors à dépendance unilatérale. Au contraire, lorsque tous les contrats du groupe se trouvent dotés de la même importance et qu'aucun d'eux ne domine les autres, il s'agit alors d'un ensemble contractuel interdépendant. M. Bernard TEYSSIÉ en donne quelques exemples<sup>2</sup> : ainsi, les contrats de publicité conclus successivement entre un annonceur et un concepteur ou une agence de publicité chargée

---

<sup>1</sup> B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, n° 66, p. 35.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, n° 181, p. 99.

du projet, puis entre cet annonceur, ou l'agence qui le représente, et un ou plusieurs industriels (contrats de fabrication) et enfin entre l'annonceur ou l'agence et un ou plusieurs supports (contrats de diffusion), doivent être regroupés dans un ensemble contractuel puisqu'ils visent tous à réaliser la promotion du même produit, dans le cadre d'un programme de publicité déterminé<sup>1</sup>. La même qualification doit être attribuée à l'ensemble des multiples contrats de concession conclus par un producteur ou un fournisseur avec les différents concessionnaires, dans un but commun de rationalisation et de surveillance de la distribution du produit et en vue d'un développement des ventes<sup>2</sup>. Dans le même esprit, on peut donc se demander si, la notion d'ensemble contractuel étant définie par référence à une identité de cause entre plusieurs contrats juridiquement indépendants, l'interposition de personne, qui implique la réalisation d'une pluralité d'opérations visant toutes un objectif unique au profit du maître de l'affaire, ne constitue pas, elle aussi, un ensemble contractuel. La détermination des limites de cette qualification (A) nous permettra de vérifier les conditions d'application de celle-ci à la technique de l'interposition de personne (B).

#### **A. Les limites de la qualification d'ensemble contractuel**

161. Si l'on devait s'en tenir à la définition large de la notion d'ensemble contractuel, dont l'unique critère repose sur l'identité de cause, ne pourrait-on pas alors, sur la base d'un raisonnement analogue, attribuer également cette qualification, par exemple, à l'ensemble des opérations réalisées par un commerçant, dans le cadre de son commerce, dans la mesure où leur objectif commun est la réalisation de bénéfices au profit de ce dernier, ou mieux encore, à l'ensemble des opérations conclues par un groupement commercial puisqu'elles tendent toutes nécessairement, sous peine de sanction, à la réalisation de l'intérêt de la société, dans le cadre de son objet social ? Et d'ailleurs, d'une manière générale, tous les actes accomplis par une personne ne sont-ils pas liés par le même souci de satisfaction maximale des intérêts de celle-ci ? On comprend donc que la jurisprudence ne pouvait attacher de conséquences juridiques précises à un concept aussi large, sans chercher au préalable à dégager d'autres critères

---

<sup>1</sup> Cf sur les contrats de publicité : François COLLART-DUTILLEUL et Philippe DELEBECQUE, « Contrats civils et commerciaux », précis Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 1998, n° 786, p. 636.

<sup>2</sup> Sur le contrat de concession : F. COLLART-DUTILLEUL et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 935, p. 799.

plus réducteurs. Cette opération l'a alors conduit à établir des distinctions et des sous-catégories au sein du concept général d'ensemble contractuel, qu'il nous faut maintenant étudier pour déterminer si l'interposition de personne relève de l'une d'entre elles.

162. En considération du lien de causalité qui unit les différents contrats conclus en vue de la réalisation d'une opération unique, les tribunaux ont admis sans peine que le sort de chacun d'eux ne pouvait rester sans répercussion sur celui des autres contrats du groupe : c'est pourquoi, ils ont décidé que l'anéantissement, que ce soit par la nullité, la résiliation ou par la résolution, de l'un d'entre eux peut provoquer une destruction complète ou partielle de l'ensemble des contrats du groupe. Mais, pour faire produire une telle conséquence juridique, il fallait d'abord distinguer selon que l'ensemble contractuel est à dépendance unilatérale ou interdépendant. En effet, dans la première hypothèse, seule la disparition du contrat principal est susceptible d'entraîner celle des contrats accessoires, l'inverse n'étant *a priori* pas envisageable<sup>1</sup>. Cette solution est en conformité avec l'adage *accessorium sequitur principale* et avec la théorie de la cause, le premier indiquant clairement que c'est bien l'accessoire qui doit suivre le sort du principal, et non l'inverse, et la seconde nous amenant à constater que le lien de causalité qui peut exister au sein d'un tel ensemble est à sens unique : en effet, les contrats accessoires trouvent leur seule raison d'être dans le contrat principal, tandis que ce dernier a une cause totalement étrangère et indifférente à l'existence des contrats accessoires.

163. Au contraire, dans les ensembles contractuels interdépendants, l'influence est réciproque : tout événement de nature à provoquer la disparition d'un élément du groupe doit, en principe, retentir sur l'ensemble des contrats de ce groupe et entraîner une extinction collective. C'est ainsi que les divers contrats conclus dans le cadre d'une opération d'interposition de personne pourraient eux aussi, s'ils reçoivent cette qualification, être collectivement anéantis, alors même qu'un seul d'entre eux contient en lui-même une cause de nullité : l'annulation de la convention de prête-nom, par exemple, pour cause illicite, pourrait entraîner une annulation corrélative des

---

<sup>1</sup> Sauf dans quelques hypothèses particulièrement rares présentées par Bernard TEYSSIÉ, « lorsque sont décelables un rapport de nécessité ou d'indivisibilité » (B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, n° 353, p. 181).

nombreuses opérations accomplies ensuite par le prête-nom pour le compte du maître de l'affaire, alors même que celles-ci, ayant été réalisées *proprio nomine*, ne sont, en principe, affectées d'aucune cause individuelle de nullité.

Mais cet effet anormal attachés à l'anéantissement d'une convention sur le sort d'autres conventions ne peut, d'après la jurisprudence, se produire que lorsqu'il existe entre celles-ci un lien d'indivisibilité, comparable à celui qui est susceptible de s'établir entre diverses obligations au sein d'un même contrat. En matière d'obligations, l'article 1217 du Code civil en donne la définition suivante : « L'obligation est divisible ou indivisible selon qu'elle a pour objet ou une chose qui dans sa livraison, ou un fait qui dans l'exécution, est ou n'est pas susceptible de division, soit matérielle, soit intellectuelle ». Par transposition de la formule aux ensembles contractuels, nous dirons que les contrats interdépendants sont divisibles ou indivisibles selon que l'opération globale envisagée est elle-même susceptible ou non de division, c'est-à-dire n'admet qu'une exécution globale, ou au contraire, permet une exécution partielle. L'indivisibilité pourra être alors objective, lorsqu'elle résulte de l'imbrication naturelle des contrats, ou subjective, lorsqu'elle résulte de la volonté expresse des parties elles-mêmes, qui ont entendu faire de tous ces contrats un ensemble indissociable.

Dans les deux cas toutefois, la répercussion des effets de l'anéantissement d'un des contrats sur tout le groupe s'explique par une application extensive de la notion d'indivisibilité, combinée avec la théorie de la cause : en effet, selon M. TEYSSIE, tout semble se passer comme si chacun des contrats était affecté d'une condition résolutoire, tacite ou expresse, subordonnant son maintien à la perfection et à la rigoureuse exécution de chacun des autres contrats<sup>1</sup>. La conclusion de chacun d'eux trouvant sa cause finale dans sa participation à une opération globale, et celle-ci étant objectivement ou subjectivement indivisible, toute altération partielle de l'ensemble contractuel provoque inévitablement sa destruction totale. L'interposition de personne relève-t-elle alors de ces deux catégories juridiques particulières ?

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, n° 315, p. 163.

## B. L'application de cette qualification à l'interposition de personne

164. Il est incontestable que l'ensemble des contrats conclus, d'une part, entre le maître de l'affaire et la personne interposée, et d'autre part, entre cette dernière et les tiers cocontractants, obéissent souvent à un objectif commun, de sorte que la condition d'identité de cause nécessaire à la qualification d'ensemble contractuel est généralement présente dans ces hypothèses. Mais il ne s'agit pas là d'une caractéristique obligatoire de l'interposition de personne : d'abord, il arrive qu'aucun contrat n'intervienne entre le maître et l'interposé, notamment lorsque celui-ci agit de sa propre initiative pour le compte du maître (gestion d'affaires au sens large). Ensuite, les différentes opérations accomplies par la personne interposée, en particulier les conventions conclues avec les tiers cocontractants, ne sont pas toujours liées par un objectif commun, si ce n'est évidemment un souci général de bonne gestion des intérêts du maître. Enfin, et surtout, nous avons vu qu'il ne suffit pas de constater une identité de cause pour provoquer une identité de sort entre différentes opérations : en effet, la jurisprudence n'admet cette répercussion du sort de l'une d'entre elles sur les autres qu'après avoir constaté, soit un lien d'accessoirisation (ensemble contractuel à dépendance unilatérale), soit un lien d'indivisibilité objective ou subjective (ensemble contractuel interdépendant). Il faut donc pouvoir constater qu'une opération juridique n'aurait eu aucun motif propre à être accomplie et exécutée si une autre ne l'avait pas été elle-même, c'est-à-dire relever que les parties n'auraient eu aucune raison de conclure l'une si l'autre n'existait pas, pour admettre que l'anéantissement de la seconde provoque *ipso facto* l'anéantissement de la première. C'est évidemment loin d'être le cas de toutes les opérations accomplies dans le cadre d'une interposition de personne.

Par conséquent, même s'il n'existe aucune incompatibilité de principe entre cette technique et la qualification d'ensemble contractuel, il n'est pas possible de généraliser en considérant que toute forme d'interposition de personne relève obligatoirement de cette notion. Et, de toute manière, les conséquences juridiques que la jurisprudence attache à cette qualification, à savoir une simple extension du sort d'un contrat sur les autres contrats, ne sont pas en mesure d'expliquer toutes les solutions jurisprudentielles particulières qui existent en matière d'interposition de personne : elles peuvent éventuellement justifier celles qui conduisent à l'annulation de l'opération principale

accomplie par le prête-nom, mais pas celles qui se traduisent par l'établissement d'un lien juridique direct entre le tiers cocontractant et le maître de l'affaire. Au contraire, la qualification de chaînes de contrats permet un résultat de cette nature.



## § 2 : Les chaînes de contrats

165. A cette première catégorie de groupe de contrats que constituent les ensembles contractuels, s'ajoute une seconde catégorie, particulièrement importante, que l'on dénomme habituellement *chaîne de contrats*, et qui est constituée par des ensembles de contrats, conclus successivement, et de manière linéaire, entre plusieurs personnes, mais portant en tout ou en partie sur un même objet, c'est-à-dire « organisés, à propos d'une même chose, autour d'une même prestation essentielle »<sup>1</sup>. La linéarité de cette chaîne résulte de l'absence de tout personnage-clé, qui serait lié par voie conventionnelle à chacun des participants du groupe, et donc présent dans chacun des contrats du groupe. Au contraire, tous les participants ne sont que des maillons de cette chaîne et n'interviennent au maximum que dans deux contrats, en amont de l'un et en aval de l'autre, mais de sorte que la prestation essentielle commune soit transmise de l'une des extrémités à l'autre, à la manière d'un témoin dans une course de relais.

La chaîne peut être homogène, c'est-à-dire constituée d'un ensemble de contrats de nature identique - telle qu'une succession de contrats de vente portant sur le même objet, ou un succession de contrats d'entreprise portant totalement ou partiellement sur la même prestation -, ou bien hétérogène - comme, par exemple, une succession de

---

<sup>1</sup> B. TEYSSIÉ, *op. cit.*, n° 69, p. 39.

contrats de vente, de bail et d'entreprise portant sur le même meuble ou le même immeuble. On distingue également la chaîne par simple addition - qui se caractérise par une succession de ces contrats aussi bien dans leur conclusion que dans leur exécution, de sorte que l'apparition d'un contrat postérieur suppose la disparition du précédent, c'est-à-dire la complète exécution de la prestation transmise (par exemple, une succession de contrats de vente) -, et la chaîne par diffraction - caractérisée à la fois par une succession, en ce qui concerne la conclusion de ces contrats, et par une conjonction, en ce qui concerne leur exécution, dans le sens où seule l'exécution du second permet l'exécution *ipso facto* du premier : il s'agit, bien évidemment, de la catégorie des sous-contrats (location et sous-location, mandat et sous-mandat, etc.). Le sous-contrat constitue alors un mode d'exécution du contrat principal. Comme pour la qualification d'ensemble contractuel, la détermination des limites de celle de chaîne de contrats (A) permettra de déterminer les conditions d'application de cette qualification à la technique de l'interposition de personne (B).

#### **A. Les limites de la qualification de chaîne de contrats**

166. La qualification de chaîne de contrats, c'est-à-dire la reconnaissance d'une interdépendance entre différents contrats en raison de l'identité d'objet, est susceptible de produire deux conséquences juridiques principales, dont l'une est d'ailleurs particulièrement audacieuse. D'abord, il est également admis, comme pour les ensembles contractuels, que l'anéantissement de l'un des maillons de la chaîne (par exemple, par annulation ou résolution de l'un des contrats) entraîne, en principe, celui des maillons situés en aval : ainsi, dans les chaînes par diffraction (contrat et sous-contrat), la disparition du contrat principal doit provoquer celle du sous-contrat, puisque ce dernier se trouve dès lors privé d'objet. De même, dans les chaînes par addition, la disparition de l'un des contrats en amont entraîne une rupture dans la transmission de la chose, objet de la prestation commune, qui rend nul rétroactivement la conclusion des contrats postérieurs : par exemple, dans une succession de contrats de vente portant sur le même objet, l'annulation de l'un de ces contrats provoque, en principe, une annulation en cascade de tous les contrats de vente postérieurs, puisqu'ils portent tous

sur un bien dont la propriété n'a pas été préalablement transmise à ceux qui prennent successivement la qualité de vendeur.

167. D'une tout autre ampleur est la seconde conséquence juridique qui s'attache à la qualification de chaîne de contrats : elle concerne, en effet, la nature des liens qui se nouent entre les différentes personnes ayant participé à la même chaîne de contrats, sans avoir jamais échangé directement leur consentement, et que l'on appelle généralement les « contractants extrêmes ». Sont-ils les uns par rapport aux autres des tiers ou des parties ? Ce point a été le fruit d'une récente évolution jurisprudentielle, dont l'apogée semble avoir été atteint par l'intervention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt BESSE du 12 juillet 1991, mais dont il n'est pas certain toutefois qu'elle en constitue définitivement le terme. En effet, depuis un certain temps déjà, une partie de la doctrine souhaitait rompre avec l'analyse traditionnelle, qui considère évidemment les contractants extrêmes, au sein d'un même groupe de contrats, comme étant juridiquement des étrangers les uns par rapport aux autres, c'est-à-dire des tiers par rapport aux contrats auxquels ils n'ont pas personnellement consenti. Aux yeux de certains, il ne semblait « pas satisfaisant de [les] considérer complètement comme des tiers »<sup>1</sup>.

C'est pourquoi la première Chambre civile de la Cour de cassation, raisonnant d'abord sur l'hypothèse la plus simple des chaînes homogènes de contrats de vente, a affirmé la nature nécessairement contractuelle de l'action en garantie exercée par le sous-acquéreur contre le vendeur initial<sup>2</sup>. Puis, brisant les résistances de la troisième Chambre civile, l'Assemblée plénière a également, par deux arrêts du 7 février 1986, confirmé cette jurisprudence nouvelle, en l'étendant même aux chaînes de contrats hétérogènes : elle a décidé que le maître de l'ouvrage, dans un contrat d'entreprise, peut agir directement contre le fournisseur des matériaux utilisés par l'entrepreneur, et dispose à cet effet d'une action de nature nécessairement contractuelle<sup>3</sup>. On voit donc

---

<sup>1</sup> G. DURRY, RTD civ. 1969.776.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1979 : Bull. civ. I, n° 241, p. 192 ; D. 1980.IR.222 obs. C. LARROUMET ; RTD civ. 1980.354, obs. G. DURRY.

<sup>3</sup> Ass. plén., 7 février 1986 (deux arrêts) : D. 1986.293, note A. BÉNABENT ; JCP 1986.II.20616 note P. MALINVAUD ; RTD civ. 1986.605 obs. P. RÉMY : dans la première espèce, il s'agissait d'une fuite d'eau résultant de la mauvaise qualité d'un produit appliqué par l'entrepreneur sur les canalisations en vue d'en assurer l'isolation thermique, et que ce dernier avait lui-même acheté à un fabricant. Dans la seconde espèce, des fissurations étaient apparues dans les cloisons montées par l'entrepreneur du fait d'un défaut

très clairement le parti que l'on pourrait tirer de cette jurisprudence si elle pouvait s'appliquer également aux situations d'interposition de personne.

168. Mais, la jurisprudence ne pouvait se contenter d'admettre une solution si innovante, et apparemment en contradiction absolue avec l'article 1165 du Code civil, sans essayer d'en apporter, dans le même temps, une justification théorique. Celle-ci fut facilement trouvée dans le recours à la règle de l'accessoire. En effet, par application de l'adage *accessorium sequitur principale*, il est admis depuis longtemps que tous les droits et actions nés d'un précédent contrat translatif de propriété conclu par l'auteur se transmettent à l'ayant cause à titre particulier lorsqu'ils sont les accessoires de la chose. Le transfert de la propriété de la chose entraîne celui des droits et actions qui lui sont attachés. C'est donc sur le fondement de ce principe que la jurisprudence a résolu la question des rapports entre les contractants extrêmes au sein des chaînes de contrats. Le nouveau titulaire du bien peut donc se prévaloir directement contre le propriétaire initial de l'action en garantie, et d'une manière générale de toute action en responsabilité contractuelle attachée à la chose, dont bénéficiait son auteur. C'est bien d'ailleurs l'action de son auteur, et non la sienne propre, que l'ayant cause à titre particulier exerce : par conséquent, les conditions (prescription, exceptions, clause de non-responsabilité) et les conséquences (évaluation du préjudice, étendue de la restitution en cas de résolution du contrat) de cette action doivent être appréciées, en principe, par rapport au contrat initial, en même temps qu'elles dépendent également de la situation personnelle de l'ayant-cause telle qu'elle résulte du second contrat. C'est le principe de la double limite, dont certains auteurs n'ont pu manquer de relever les inconvénients<sup>1</sup>.

169. Ainsi justifiée, l'action directe accordée par la jurisprudence aux contractants extrêmes, dans les chaînes de contrats, trouvait donc inévitablement sa limite dans la nécessité d'un transfert de propriété d'une chose : elle ne pouvait alors concerner que les chaînes constituées exclusivement de contrats translatifs de propriété, c'est-à-dire principalement de contrats de vente et éventuellement d'un contrat d'entreprise, lorsque l'entrepreneur fabrique ou construit une chose. La fourniture d'un

---

dans les briques fournies par le fabricant.

<sup>1</sup> Mireille BACACHE-GIBEILI, « La relativité des conventions et les groupes de contrats », *Bibliothèque de droit privé*, tome 268, L.G.D.J., 1986, préface Y. LEQUETTE, n° 348, p. 321.

simple travail par l'entrepreneur principal ou le sous-traitant ne permettait pas l'application de cette solution intéressante pour les contractants extrêmes, créant ainsi une discrimination plutôt choquante. Dès lors, il n'était plus possible d'éluder à nouveau la question centrale des rapports entre l'effet relatif des contrats et la notion de groupe de contrats : pouvait-on admettre, comme le suggérait de longue date une partie de la doctrine, qu'une action directe puisse être reconnue entre les contractants extrêmes, en l'absence de toute disposition légale en ce sens, et à défaut d'une « chose-support »<sup>1</sup> dans les contrats de services ?

La première Chambre civile s'est décidée à sauter le pas, dans un arrêt important du 21 juin 1988, en affirmant que « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ». De son côté, la troisième Chambre civile a opposé une vive résistance à cette étape supplémentaire et décisive dans la remise en cause de l'article 1165 du Code civil, ou du moins de sa lecture traditionnelle. L'Assemblée plénière est donc de nouveau intervenue pour mettre fin à cette divergence, qu'elle trancha cette fois-ci, dans le célèbre arrêt BESSE, en faveur de la troisième Chambre civile. Sur le visa de l'article 1165 du Code civil, elle réaffirma que « le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage », et qu'en conséquence ce dernier ne peut se plaindre d'une mauvaise exécution de sa prestation par le sous-traitant sur le fondement de la responsabilité contractuelle<sup>2</sup>. Il semblerait ensuite que toutes les chambres de la Cour de cassation se sont inclinées<sup>3</sup>, sans remettre en cause l'avancée réalisée par la jurisprudence antérieure sur le fondement de la règle de l'accessoire. Il est donc admis dorénavant que seules les actions en responsabilité attachées à la chose se transmettent avec celle-ci.

---

<sup>1</sup> Alain BÉNABENT, « Droit civil. Les obligations », collection « Domat droit privé », Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 265, p. 178.

<sup>2</sup> En l'espèce, le maître de l'ouvrage avait chargé un entrepreneur de la construction d'un immeuble d'habitation et ce dernier avait confié à un sous-traitant l'exécution de divers travaux de plomberie.

<sup>3</sup> Cf toutefois, l'arrêt de la Chambre commerciale du 20 février 1996 (D. 1996.290, note DELEBECQUE), étudié *infra* à propos du contrat de commission (n° 232).

## **B. L'application de cette qualification à l'interposition de personne**

170. Appréciation de la validité d'un contrat en fonction de celle d'un autre contrat, établissement d'un lien de droit direct, de nature contractuelle, entre des personnes qui n'ont jamais échangé leur consentement ... Les conséquences qui s'attachent à la reconnaissance d'une chaîne de contrats sont d'une extrême importance : on comprend alors aisément l'intérêt de se demander si l'utilisation de la technique de l'interposition de personne, qui suppose un fractionnement de l'opération globale en une pluralité de contrats distincts, ne peut pas recevoir une telle qualification. Les divers contrats successifs résultant de la réalisation d'une opération par personne interposée présentent incontestablement un lien entre eux : forment-ils pour autant une chaîne de contrats ? Même si cette hypothèse peut occasionnellement se présenter, la grande diversité des formes d'interposition de personne interdit une telle généralisation. En effet, les contrats dérivant d'une interposition de personne ne pourront constituer une chaîne de contrats que s'ils portent sur une prestation essentielle commune relative à un même bien. Le simple rappel de cette double condition, à savoir d'une part, le caractère commun à tous ces contrats de l'une de leurs prestations, et d'autre part, le caractère réel de cette prestation commune (c'est-à-dire relative à une chose), suffit donc à souligner l'originalité d'une telle hypothèse : elle se révélera assez peu fréquente. Dans les cas où cela se produirait, aucune raison objective ne s'oppose alors à l'application de la jurisprudence exposée précédemment. En effet, il importe peu que la propriété d'un bien soit successivement transmise d'une personne A à une personne B, puis de cette dernière à une troisième personne C, d'une manière purement fortuite, ou au contraire de manière préméditée, dans le sens où B ne serait qu'un intermédiaire chargé, dès l'origine, d'en transmettre la propriété à C. Par conséquent, une action en responsabilité de nature contractuelle peut être intentée directement par le sous-acquéreur C contre le propriétaire initial A.

171. La qualification de chaîne de contrats, comme celle d'ensemble contractuel, n'est donc pas incompatible avec la technique de l'interposition de personne. Mais il n'est pas possible de généraliser en affirmant que les opérations réalisées par interposition de personne constituent toujours des chaînes de contrats. Dès lors, il peut

paraître surprenant qu'une présentation aussi longue ait été consacrée à la notion de groupe de contrats, et en particulier à l'évolution jurisprudentielle du régime des chaînes de contrats. En réalité, elle se justifie, à notre avis, par une étrange similitude que l'on peut, malgré tout, constater avec l'interposition de personne : on y retrouve, en effet, la même difficulté à concilier une observation économique des faits avec une application rigoureuse des dogmes traditionnels du droit des obligations. La première tend à une prise en compte globalisante de l'opération, permettant une répercussion de la disparition de l'un des contrats sur le maintien des autres, et éventuellement l'établissement de liens juridiques directs entre contractants extrêmes, et la seconde, notamment à cause des principes de force obligatoire des contrats et d'effet relatif, tend, au contraire, au respect d'un strict cloisonnement entre les contrats. Il est donc particulièrement intéressant de constater que les solutions dégagées à propos des groupes de contrats sont partiellement applicables aux situations d'interposition de personne, dans les cas où celles-ci répondent évidemment aux critères précédemment évoqués. Ainsi, lorsqu'un emprunteur de nom vend un bien à un prête-nom, lequel le revend ensuite à un tiers cocontractant, la qualification de chaîne de contrats permet l'admission éventuelle d'une action directe en responsabilité de nature contractuelle de ce tiers contre le propriétaire initial, c'est-à-dire le véritable maître de l'affaire.

172. L'application du régime prétorien des chaînes de contrats aux opérations d'interposition de personne permet ainsi d'obtenir des solutions tout à fait intéressantes, mais malheureusement partielles : elles ne concerneront, en effet, que les zones d'interférence entre les deux notions. Pourtant, il semble possible de pousser le parallélisme au delà de cette limite : en effet, la manière dont le droit positif a réagi face aux difficultés et aux enjeux soulevés par le concept de groupe de contrats ne peut-il pas constituer un modèle, à la fois pour expliquer l'évolution, beaucoup plus lente et moins perceptible, du concept d'interposition de personne, et éventuellement pour en imaginer les différents orientations possibles et prévisibles ? Nous avons pu observer comment, malgré quelques réticences, il a semblé nécessaire à la jurisprudence, dans le cas des chaînes de contrats, d'admettre finalement des actions directes entre les contractants extrêmes, en l'absence de toute disposition légale, et alors même que le fractionnement de l'opération en une pluralité de contrats était naturel et sérieux. Comment pourrait-elle

alors imaginer une solution différente dans le cas de l'interposition de personne, où le fractionnement est généralement purement artificiel et constitue le résultat d'une manoeuvre intentionnelle des parties ? Mais alors, à l'instar de ce qui a été observé pour les groupes de contrats, il est probable que l'admission de telles actions sera subordonnée à certaines conditions et certaines limites imposées par le ou les principes qui auront servi de fondement à cette solution.

En effet, parce que l'action directe entre contractants extrêmes, dans les chaînes de contrats, est justifiée par l'application de l'adage *accessorium sequitur principale*, elle est admise uniquement dans les chaînes constituées de contrats translatifs de propriété. Il faudra donc, de la même manière, rechercher sur quels fondements une action directe entre interposant et tiers cocontractant serait possible, et en déduire alors, par la même occasion, les limites. En outre, la jurisprudence se décidera peut-être un jour (à tort ou à raison ?) à reconnaître directement, et sur la base d'un principe général, la possibilité d'une action directe entre tiers cocontractant et maître de l'affaire sur la simple qualification d'interposition de personne, c'est-à-dire sur la seule constatation que l'interposé n'a agi, en réalité, que pour le compte de l'interposant, et que ce dernier est finalement celui qui tire véritablement profit de l'opération. Toutefois, la crainte d'ouvrir une brèche trop importante dans la remise en cause de l'article 1165 du Code civil a amené l'Assemblée plénière de la Cour de cassation à rendre son arrêt BESSE. Il est donc probable qu'une censure de même nature serait exercée en matière d'interposition de personne. Les mêmes causes produisant généralement les mêmes conséquences, l'évolution jurisprudentielle du régime des groupes de contrats peut donc probablement servir de parangon à celle concernant l'interposition de personne.

173. Quoi qu'il en soit, en l'état actuel du droit positif, aucune des qualifications juridiques existantes n'est en mesure d'englober les différentes formes d'interposition de personne, et de justifier les conséquences juridiques que les tribunaux rattachent à la découverte d'un tel procédé dans la réalisation d'une opération juridique. Comme nous le constaterons, par l'étude des principales applications du concept d'interposition de personne, seul le mécanisme de la représentation nous paraît finalement pouvoir être le fondement juridique commun à la reconnaissance d'un lien direct entre contractants extrêmes dans les différents cas d'interposition de personne. Mais, dans la mesure où ce



mécanisme paraît incompatible avec la technique de l'interposition de personne, qui implique une intervention en nom propre, ce n'est pas la qualification de mandat représentatif pur et simple qui peut être retenu. L'interposition de personne fait donc appel à une qualification originale<sup>1</sup>, centrée autour du mécanisme de la représentation, mais qui n'en constitue pas une simple application ordinaire. Son autonomie juridique est incontestable. La notion d'interposition de personne présente donc une cohérence interne, et une indépendance externe, qui nous semblent suffisantes pour envisager d'en faire un concept juridique à part entière. Il convient alors maintenant de dresser un tableau plus concret et plus précis de ses principales applications, et d'observer ainsi, derrière l'unité de concept, l'extrême diversité des formes qu'elle peut revêtir.

---

<sup>1</sup> Ou plus précisément, comme nous le constaterons ensuite, à trois qualifications juridiques différentes (interposition fictive, interposition réelle et interposition mixte), mais possédant des caractéristiques suffisamment proches pour pouvoir être réunies dans une catégorie unique : celle de l'interposition de personne.



**TITRE DEUXIÈME :**

**LA MULTIPLICITÉ DES FORMES**



174. La technique de l'interposition de personne, - que nous avons définie comme tout procédé de nature à permettre une intervention en nom propre, mais pour le compte d'autrui, c'est-à-dire une instrumentalisation de l'auteur juridique d'un acte (la personne interposée) au service de l'intérêt d'un tiers (le maître de l'affaire), sans que ce dernier ne prenne ostensiblement la qualité de sujet d'imputation dans l'opération -, possède à la fois une certaine cohérence, et une réelle autonomie juridique. Mais, derrière cette définition large, se cache un ensemble de situations concrètes très variables, qu'il nous faut maintenant tenter de décrire plus précisément et de classer, en vue d'une meilleure compréhension du concept. Or, il apparaît que la reconnaissance d'une interposition de personne dans un ensemble d'opérations n'est pas toujours facile, dans la mesure où elle se greffe parfois sur un ou plusieurs contrats ordinaires, dont la nature juridique ne traduit pas, en soi, la mise en place de cette interposition. Ainsi, la vente (fictive ou réelle) d'un bien à autrui peut cacher une volonté d'instrumentalisation de l'acquéreur au profit du vendeur : par exemple, cette "fausse" vente<sup>1</sup> peut être destinée à soustraire le bien au droit de gage des créanciers du "faux" vendeur. Mais, en soi, le contrat de vente n'a pas pour objectif la mise en place d'une interposition de personne. Dans ce cas, il y a donc, en quelque sorte, une interposition de personne par incidence (Chapitre deuxième), c'est-à-dire résultant de l'utilisation particulière qui est faite d'une opération juridique ordinaire. Au contraire, il existe, dans notre droit positif, un certain nombre de conventions qui ont pour but, et pour effet, de mettre en place une interposition : on peut alors parler de formes d'interpositions de personne par nature (Chapitre premier). Mais, quelle que soit la méthode choisie, nous observerons qu'il s'agit de simples procédés techniques dont le résultat espéré est toujours identique (une dissociation volontaire entre le fait et le droit), et contre laquelle le droit positif tente toujours de répondre par une certaine logique de transparence (ajustement du droit au fait), même si les justifications juridiques sont parfois insuffisantes.

---

<sup>1</sup> Le terme "fausse" indique, pour cette vente, une motivation différente de l'objectif habituel de ce type de contrat, mais ne signifie pas nécessairement que la vente est fictive.



## **CHAPITRE PREMIER :**

### **L'INTERPOSITION DE PERSONNE PAR NATURE**

175. L'interposition de personne par nature est une interposition qui prend sa source dans une convention (ou dans une clause d'un contrat) qui a prévu et organisé sa mise en place. Cette convention (ou cette clause) a donc pour objet principal de donner à une personne la qualité de mandataire (avec ou sans représentation) dans le cadre de la réalisation d'une opération, mais sans lui permettre de désigner son mandant dans l'acte. En réalité, cette formule recoupe trois techniques essentielles, fondamentalement différentes dans leurs modalités et dans leurs objectifs, mais qui impliquent toutes, d'une manière ou d'une autre, une action en nom propre pour le compte d'autrui. La première vise à tromper les tiers sur l'identité du véritable bénéficiaire de l'opération : elle consiste donc à demander à une personne, choisie comme mandataire, d'accomplir

l'opération à la place du maître de l'affaire, mais en faisant semblant d'agir pour elle-même par une action formelle en nom propre. C'est la convention de prête-nom (Section 1). La seconde consiste, notamment dans le cadre d'une activité commerciale, à se décharger intégralement, pour des raisons de facilité ou de manque de savoir-faire, des modalités concrètes de réalisation d'une opération particulière (par exemple, un transport) sur une personne, généralement un professionnel, qui accepte d'en supporter la charge tant matérielle (détermination technique de la solution la plus adaptée, recherche active des partenaires, négociations, etc.) que juridique (action en son nom propre), en contrepartie d'une rémunération et d'un remboursement des frais avancés. C'est le contrat de commission (Section 2). Enfin, la dernière est une clause, insérée dans certains contrats (notamment dans des contrats de vente), qui a pour but de permettre à l'une des parties contractantes, sous la forme d'une action "provisoire" en son nom propre, d'obtenir un engagement définitif de son cocontractant, tout en se réservant la possibilité de désigner *a posteriori* son mandant, dont l'anonymat a pu ainsi être temporairement préservé. C'est la clause de réserve de command (Section 3).



## SECTION 1 : LA CONVENTION DE PRÊTE-NOM

176. Si l'interposition de personne constitue une notion particulièrement confuse, sur la définition de laquelle la doctrine a toujours eu beaucoup de mal à s'entendre, il semble bien malheureusement que celle de la convention de prête-nom n'est guère plus précise. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les relations entre ces deux techniques ont toujours été particulièrement difficiles à cerner : sont-elles nécessairement exclusives l'une de l'autre, ou bien au contraire, parfaitement synonymes, à moins que l'une d'entre elles ne soit qu'un cas particulier d'application de l'autre ? En fait, chacune de ces trois opinions a eu ses partisans, et finalement le choix ne nous paraît pas possible sans un certain effort de clarification. Nous ne reviendrons pas sur les différentes définitions proposées par la doctrine pour la notion d'interposition de personne, car nous avons déjà eu l'occasion de les étudier et de les critiquer longuement en vue d'élaborer notre propre définition. Mais, par contre, l'évolution du sens de la notion de prête-nom mérite maintenant une certaine attention, dans la mesure où elle nous permettra d'éclairer le débat, et de comprendre que chacun ne met pas forcément, derrière cette expression, une définition unique. Nous pourrions ainsi constater que la notion de convention de prête-nom est à géométrie variable (§ 1),

et que cette expression permet, en réalité, de désigner deux formes bien différentes d'interposition de personne : le prête-nom réel et le prête-nom fictif (§ 2).

## § 1 : Une notion à géométrie variable

177. Déjà connue sous l'Ancien Régime, la notion de prête-nom n'avait pas alors un sens véritablement technique : elle ne constituait qu'une « vague figure autant littéraire que juridique convenant à tous ceux qui rendent service avec leur nom, ne s'appliquant en particulier à aucun procédé »<sup>1</sup>. L'expression de prête-nom permettait ainsi de désigner tout intermédiaire de complaisance<sup>2</sup>. Mais elle a acquis ensuite un sens juridique plus précis, qui n'a cessé d'évoluer depuis. Plusieurs conceptions se sont succédées en doctrine, sans annihiler véritablement les précédentes, de sorte qu'il en résulte aujourd'hui une totale confusion terminologique. Souvent considérée comme une notion fourre-tout, la technique de la convention de prête-nom est tantôt définie comme un mandat dissimulé (A), tantôt comme un mandat sans représentation (B), tantôt comme un mandat d'agir en nom propre (C).

---

<sup>1</sup> Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898, n° 1, p. 1.

<sup>2</sup> MOLIÈRE lui-même, dans une scène du *Malade imaginaire* (acte 1er, scène VII), s'est fait l'écho de l'utilisation, déjà fréquente à cette époque, de certains de ces procédés en vue, par exemple, de léguer tout ou partie de ses biens à sa femme, au détriment de ses enfants :

« Argan : Ma femme m'avait bien dit, Monsieur, que vous étiez fort habile et fort honnête homme. Comment puis-je faire, s'il vous plaît, pour lui donner mon bien, et en frustrer mes enfants ?

Le notaire : Comment vous pouvez faire ? Vous pouvez choisir doucement un ami intime de votre femme, auquel vous donnerez en bonne forme par votre testament tout ce que vous pouvez, et cet ami ensuite lui rendra tout. Vous pouvez encore contracter un grand nombre d'obligations, non suspectes, au profit de divers créanciers, qui prêteront leur nom à votre femme, et entre les mains de laquelle ils mettront leur déclaration que ce qu'ils en ont fait n'a été que pour lui faire plaisir ».

## A. Un mandat dissimulé

178. Deux conceptions s'opposent à l'intérieur de cette catégorie : la convention de prête-nom est-elle nécessairement une forme de simulation ou simplement une forme de dissimulation du mandat ? Dans le premier cas, la convention de prête-nom constitue un mandat déguisé (1), qui nécessite la réalisation d'une autre opération apparente derrière laquelle le mandat pourra se dissimuler (un acte fictif) ; dans le second cas, elle constitue, plus généralement, un mandat secret (2) dont la dissimulation peut résulter aussi bien de la conclusion d'un contrat fictif destiné à le cacher, que de la simple discrétion des parties et de la réticence du mandataire à révéler sa qualité aux tiers.

### 1. Un mandat déguisé

179. L'acte de complaisance, par excellence, c'est l'acte fictif, qui tend à donner à une personne une position juridique qu'elle n'a pas réellement, et lui permet ensuite de se comporter comme le titulaire du droit, alors qu'en réalité, elle n'est qu'un mandataire du véritable titulaire. C'est donc principalement sous cette forme que sont apparues les premières utilisations de la technique du prête-nom<sup>1</sup>. Il était alors tentant d'assimiler purement et simplement le prête-nom avec le contrat fictif. C'est la position adoptée par certains auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle : ainsi, AUBRY et RAU parlent de prête-nom « lorsque le mandat se produit sous la forme d'une vente, d'une cession, ou d'un autre acte, par lequel le mandant investit, en apparence, le mandataire de tous les droits de propriétaire ou de maître de l'affaire »<sup>2</sup>. De même, LAURENT appelle prête-nom « celui qui, en apparence, a les droits du propriétaire sur une chose, tandis qu'en réalité, il n'est que mandataire »<sup>3</sup>. Enfin, TROPLONG caractérise le prête-nom par le fait qu'il semble à

---

<sup>1</sup> Par exemple, des cessions fictives de créances en vue d'en permettre le recouvrement sans apparaître en nom dans la procédure (Req., 27 avril 1831 : S. 1831.1.194 - Civ., 7 avril 1813 : S. 1791-1830, 4<sup>e</sup> volume, 1812-1814.1.327), ou bien la cession fictive à un tiers d'une créance qu'une personne détient à l'encontre de l'un de ses successibles afin de permettre à ce dernier de venir dans sa succession à égalité avec les autres héritiers, sans avoir à tenir compte de sa dette (Civ., 15 juin 1813 : S. 1791-1830, 4<sup>e</sup> volume, 1812-1814.1.370), ou encore l'endossement d'une lettre de change en vue d'en faire réaliser le recouvrement par une personne plus compétente (Civ., 29 juin 1846 : S. 1846.1.625), etc.

<sup>2</sup> Charles AUBRY et Frédéric RAU, « Cours de droit civil français », 4<sup>e</sup> édition, 1873, tome IV, § 410, p. 635, cité par André PONCET, « Du prête-nom », thèse Paris, 1901, note 1, p. 8.

<sup>3</sup> LAURENT, « Principes de droit civil français », tome 28, n<sup>o</sup> 76, cité par A. PONCET, *loc. cit.*

l'égard des tiers un maître qui dispose de sa chose, tandis qu'entre les parties « il n'est autre chose qu'un mandataire »<sup>1</sup>.

180. Le contrat fictif étant incontestablement une forme de simulation, le régime du prête-nom devait alors nécessairement obéir à l'article 1321 du Code civil : en effet, l'emprunteur de nom, en cachant le mandat qu'il donne au prête-nom derrière un autre contrat fictif par lequel il semble lui transférer la propriété du bien ou la titularité du droit sur lequel doit porter sa mission, conclut une convention apparente dont le caractère mensonger n'est dénoncé que par une contre-lettre secrète. Il en résulte que le prête-nom pourra valablement disposer de ce droit, comme s'il en était véritablement le maître, puisque la contre-lettre qui établit sa qualité de simple mandataire n'est pas opposable aux tiers. Mais, d'un autre côté, même si cette conséquence n'a pas été admise immédiatement par la jurisprudence, il est maintenant acquis que les tiers pourront également, en fonction de leur intérêt personnel, faire établir en justice, par une action en déclaration de simulation, que la convention apparente n'est pas réelle, et qu'elle dissimule un simple mandat, auquel ils pourront alors prétendre faire produire tous ses effets ordinaires, en particulier si l'intervention du prête-nom visait à nuire à leurs droits, ou à contourner l'application obligatoire d'une règle de droit impérative. La convention de prête-nom était donc définie comme un mandat déguisé sous l'apparence d'un contrat fictif.

## 2. Un mandat secret

181. Pour tromper les tiers, et leur dissimuler l'existence de la convention de prête-nom, il n'est pas toujours nécessaire de recourir à des contrats fictifs. Le simple fait, pour les parties, de ne pas révéler leurs qualités respectives de mandataire et de mandant suffit parfois à opérer une interposition de personne efficace. La jurisprudence a donc eu très rapidement à connaître de mandataires qui agissaient en leur nom propre pour le compte de leurs mandants, mais sans aucun transfert préalable de droits. En effet, s'il est incontestable que, pour vendre, sous son propre nom, un bien appartenant au mandant, il fallait nécessairement que le mandataire en soit propriétaire apparent, de

---

<sup>1</sup> TROPLONG, « Du mandat », n° 43, cité par A. PONCET, *loc. cit.*

sorte que la conclusion préalable d'un contrat fictif s'avérait alors indispensable, cette formalité n'apparaissait pas nécessaire, au contraire, pour acheter un bien à la place de son mandant. En effet, le mandataire possédait lui-même le droit d'acheter ce bien pour son propre compte. Dès lors, il lui suffisait de conclure directement le contrat en son nom propre, sans être contraint de préciser qu'il agissait pour le compte d'autrui, puisque ce point relevait de sa seule motivation interne, et n'avait finalement aucune importance pour la validité apparente de l'opération. De même, la doctrine a pu constater que, lorsqu'un prête-nom devenait, par exemple, associé à la place de son mandant, ou exerçait, sous son propre nom, une activité commerciale pour le compte de ce dernier, le mandat n'était dissimulé derrière aucun contrat fictif. La simulation résultait alors de la simple réticence du mandataire.

Ainsi étendue, la convention de prête-nom n'était plus forcément un mandat déguisé, qui se dissimulait derrière un contrat fictif, mais simplement un mandat secret, un mandat dissimulé, qui pouvait se cacher uniquement derrière le silence du mandataire sur sa qualité réelle. On était passé de la simulation absolue qu'impliquait le contrat fictif, à la simulation relative portant sur l'identité réelle de l'une des parties au contrat, ou bien, ce qui revient au même, sur la qualité de mandataire de l'auteur formel de l'acte. Dans ces conditions, l'expression de prête-nom visait à désigner tout mandataire qui dissimulait sa qualité. Or, pour cela, il devait obligatoirement avoir agi en son nom propre, c'est-à-dire, selon la conception traditionnelle, sans représentation. Un pas supplémentaire fut donc aisément franchi, lorsque certains auteurs envisagèrent de conférer la qualité de prête-nom à tout mandataire agissant sans représentation, quelles qu'en soient la cause et les modalités.

## B. Un mandat sans représentation

182. Tel fut l'objet de deux thèses anciennes, soutenues par Antoine COSTE<sup>1</sup> et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE<sup>2</sup> : « nous appellerons prête-nom le mandataire qui agit *proprio nomine* »<sup>3</sup>. Cette conception présente l'avantage d'englober, sous un même

---

<sup>1</sup> Antoine COSTE, « Du prête-nom », thèse Paris, 1891.

<sup>2</sup> Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898.

<sup>3</sup> A. COSTE, *op. cit.*, n° 5, p. 6.

vocabulaire, des situations variables, mais qui relèvent toutes d'un régime commun : celui du mandat sans représentation. Plusieurs modes de constitution du prête-nom ont été alors décrits par ces auteurs, que l'on peut classer en trois catégories : le mandat implicite sans représentation (1), le mandat explicite sans représentation (2) et la gestion d'affaires sans représentation (3).

### **1. Le mandat implicite sans représentation**

183. On retrouve bien évidemment, dans cette catégorie, le contrat fictif qui cache un mandat en nom propre. Celui-ci peut être une vente, une cession de droit, un bail, une société en commandite, ou tout autre contrat qui permet d'investir, en apparence, une autre personne de tous les droits de propriétaire ou plus généralement de maître de l'affaire : grâce à sa qualité de titulaire apparent du droit, cette personne pourra alors accomplir des opérations pour le compte du véritable titulaire, sans qu'il lui soit nécessaire d'agir ostensiblement au nom de celui-ci. Mais, paradoxalement, il existe un deuxième mode de constitution du prête-nom, qui résulte d'une situation exactement contraire : il s'agit, en effet, d'un contrat, en quelque sorte secret, qui opère réellement un transfert de propriété ou de droit, mais qui ne fait pas l'objet des mesures de publicité nécessaires pour que les tiers en aient connaissance<sup>1</sup>. Les raisons précises de cette absence de publicité peuvent être diverses : absence d'enregistrement pour éviter d'avoir à en payer les frais, ou de payer des taxes, absence de notification d'une cession de créance au débiteur cédé dans les formes prescrites par l'article 1690 du Code civil, soit par méconnaissance de cette exigence, soit par négligence, ou pour toutes autres raisons, etc. Dans ce cas, l'ancien titulaire conserve la titularité apparente du droit et sera seul admis, tant que l'on souhaite préserver le secret, à accomplir des actes relatifs à ce bien ou ce droit. Il devient alors le prête-nom de son cessionnaire, car cette volonté de ne pas rendre public le contrat implique, au minimum, l'intention de conférer au propriétaire apparent la qualité implicite de mandataire, en vue d'accomplir tous les

---

<sup>1</sup> Par exemple, Com., 17 mars 1969 : Bull. civ. IV, n° 98, p. 98 (le salarié, directeur technique d'un fonds de commerce, qui avait acheté ce fonds à son patron, mais qui était peu désireux d'apparaître personnellement dans l'affaire, avait obtenu de ce dernier, moyennant le versement mensuel d'une somme de 2000 francs par mois en plus du prix de la vente, que le fonds reste à son nom, et que lui-même conserve sa qualité apparente de salarié).

actes nécessaires à la conservation du bien ou du droit, et éventuellement d'autres opérations courantes, voire des actes de disposition.

## **2. Le mandat explicite sans représentation**

184. Ces deux premières situations présentaient une caractéristique commune : le prête-nom était propriétaire apparent d'un bien ou titulaire apparent d'un droit, qu'il détenait à la place du maître de l'affaire. Au contraire, il existe un troisième mode de constitution du prête-nom, qui ne suppose aucune création préalable d'apparence trompeuse. Un simple mandat ordinaire intervient entre le prête-nom et l'emprunteur de nom, sans aucune convention accessoire destinée à le dissimuler, et le prête-nom agit ensuite pour le compte de son mandant, mais en son nom propre, cette manière d'agir pouvant résulter soit d'une instruction de son mandant ou d'une clause de son mandat, soit de sa propre initiative, parce qu'il y trouve un intérêt personnel quelconque, ou par simple omission de révéler aux tiers sa qualité, celle-ci leur étant d'ailleurs parfois totalement indifférente.

Ce sont donc des hypothèses très diverses qui se cachent derrière cette catégorie unique. Il peut s'agir tout d'abord d'un individu qui souhaite réaliser une opération, dans laquelle il ne peut pas ou ne veut pas apparaître, et doit alors faire appel à un mandataire qu'il charge d'agir à sa place, mais sous son propre nom. Le maître de l'affaire aura, par exemple, recours à cette technique parce que cette opération lui est interdite (incapacité, interdiction de faire le commerce, interdiction de se porter contrepartiste, etc.), ou bien parce que le tiers cocontractant refuserait, pour des motifs personnels, de contracter avec lui (inimitié entre voisins ou parents), ou encore parce qu'il souhaite ne pas révéler à certains tiers ses liens d'affaires avec le tiers cocontractant (par exemple, un fournisseur de conteneurs qui risquait de perdre sa clientèle arabe si celle-ci apprenait les liens contractuels qu'il envisageait d'établir avec un autre client israélien<sup>1</sup>), ou tout simplement par souci d'anonymat ou de discrétion. Dans ce cas, le contrat de mandat contient lui-même une clause donnant mission au mandataire d'agir sous son propre nom.

---

<sup>1</sup> Com., 26 avril 1982 : Bull. civ. IV, n° 135, p. 120 ; JCP 1982.IV.237 ; D. 1986.233 note D. RAMBURE.



185. Toutefois, cette conception large de la convention de prête-nom doit également englober la situation du mandataire ordinaire, dont le mandant n'a nullement exigé qu'il agisse *proprio nomine*, mais qui agit néanmoins de cette manière. La raison la plus fréquente d'une telle initiative, en pratique, est sans doute l'absence d'utilité de révéler sa qualité de mandataire, et l'identité du mandant : par exemple, lorsqu'une personne réalise des courses dans un supermarché pour le compte d'une autre, elle n'a aucun besoin de révéler à la caissière sa qualité de mandataire. Mais, il existe également des hypothèses où ce silence trouve son explication dans un intérêt personnel du mandataire : par exemple, parce que son rôle consiste à rechercher, pour le compte de son mandant, des clients ou des fournisseurs sur un marché que ce dernier ne connaît pas bien, et que, s'il révèle, aux deux parties contractantes, leurs identités respectives, celles-ci pourront ensuite contracter directement ensemble, sans avoir besoin de passer par son intermédiaire, de sorte qu'il sera alors privé de sa rémunération. Tel est le cas du commissionnaire qui mériterait ainsi la qualification de prête-nom. C'est donc une conception bien large de cette notion qui est retenue par certains, englobant tous les mandataires qui agissent, pour quelques raisons que ce soient, en leur nom propre, c'est-à-dire sans représentation. Un auteur isolé a même émis l'idée d'étendre cette qualification de prête-nom à celui qui agit, de sa propre initiative, pour le compte d'autrui (gérant d'affaires, au sens large), mais en son nom propre.

### **3. La gestion d'affaires sans représentation**

186. Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE<sup>1</sup> prétendait élargir encore la notion de prête-nom en y intégrant, à côté de celui qui agit pour le compte d'autrui et en son nom propre, en vertu d'un mandat, celui qui agit spontanément pour le compte d'autrui et en son nom propre, c'est-à-dire le gérant d'affaires, entendu dans un sens large, qui ne dévoile pas sa qualité aux tiers cocontractants. Il s'agissait pour lui de regrouper sous cette notion unique tous ceux dont l'intervention était altruiste (action pour le compte d'autrui), mais qui ne conduisait pas à rendre le maître de l'affaire lié directement (action en nom propre) : on comprend alors que cette définition est, tout simplement, identique à celle que nous avons retenue de l'interposition de personne. Néanmoins, cet

---

<sup>1</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, thèse précitée.

élargissement a toujours été critiqué, et n'a jamais été repris par aucun auteur. Pour notre part, nous avons effectivement admis que la gestion d'affaires en nom propre constituait une forme d'interposition de personne, puisqu'elle relève de la même problématique que le mandat en nom propre. Mais, il nous semble inopportun de donner à la notion de prête-nom une définition exactement identique à celle de l'interposition de personne : en particulier, nous considérons que l'hypothèse de la gestion d'affaires *proprio nomine* doit être distinguée de la convention de prête-nom, précisément parce qu'elle ne recèle aucune convention, l'intervention du gérant d'affaires étant spontanée.

### C. Un mandat d'agir en nom propre

187. Faut-il donc admettre que tout mandataire, voire tout gérant d'affaires, qui dissimule aux tiers le nom de celui qu'il remplace est forcément un prête-nom ? Parce qu'une telle conception apparaît bien excessive, et parce qu'elle conduit, par exemple, à confondre le contrat de commission avec la convention de prête-nom, et surtout, parce que cette notion de prête-nom ne présenterait plus alors aucune véritable différence avec l'interposition de personne, toutes les thèses modernes tendent, au contraire, à restreindre cette définition. Aussi, la doctrine actuelle ne considère plus généralement comme prête-nom que le mandataire qui, ayant reçu mission d'agir en son nom personnel, agit effectivement de cette manière, et en dissimulant aux tiers non seulement le nom de son mandant, mais aussi sa qualité de mandataire.

Se trouvent ainsi exclus de cette qualification : le gérant d'affaires, qui n'a pas la qualité de mandataire, puisqu'il agit de sa propre initiative ; le commissionnaire, qui ne peut pas dissimuler sa qualité de mandataire, puisque celle-ci résulte nécessairement de son caractère professionnel ; et le mandataire ordinaire, qui reçoit un mandat traditionnel, mais qui agit spontanément en son nom propre, sans en avoir reçu expressément l'ordre de son mandant. Il faut donc, pour reconnaître à un intermédiaire la qualité de prête-nom, une convention, plus précisément un contrat de mandat (explicite ou implicite), une instruction expresse du mandant (résultant du contrat ou donnée verbalement) visant à ce que le mandataire agisse sous son propre nom, puis une action en nom propre du mandataire pour le compte de son mandant, conformément à son mandat, et enfin une dissimulation factuelle, à cette occasion, de sa qualité réelle de

remplaçant. C'est donc une conception beaucoup plus restreinte qui semble être retenue actuellement.

188. Néanmoins, une certaine ambiguïté dans l'utilisation de cette notion n'a pas totalement disparue du discours doctrinal ou jurisprudentiel. Par exemple, nous pouvons citer, pour l'anecdote, un arrêt intéressant de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 16 février 1983<sup>1</sup> : le pourvoi reprochait à la cour d'appel d'avoir donné la qualité de prête-noms à des commissaires-priseurs qui n'avaient pas indiqué en temps utile à l'adjudicataire le nom de son vendeur, alors que « le contrat de prête-nom est le contrat par lequel une personne s'engage à se présenter vis-à-vis des tiers en qualité de titulaire d'un droit appartenant à son cocontractant », ce qui n'était évidemment pas le cas des commissaires-priseurs. La Cour de cassation répondit que la cour d'appel avait justement déduit de l'absence d'indication du nom du vendeur qu'ils devaient « être traités comme prête-nom, sans avoir à rechercher si les conditions du contrat de prête-nom étaient réunies ». Il conviendrait donc, selon cet arrêt, de distinguer la convention de prête-nom proprement dite, qui aurait une définition assez restreinte, et la qualité de prête-nom, qui pourrait être attribuée plus facilement !

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que toutes les définitions de la notion de prête-nom que nous avons étudiées respectent le critère minimal d'une action en nom propre, mais pour le compte d'autrui : à ce titre, la convention de prête-nom relève incontestablement de la définition de l'interposition de personne, dont elle doit être considérée tantôt comme un simple synonyme, tantôt comme une forme particulière d'application. Pour notre part, nous retiendrons cette dernière définition. Cependant, au sein même de cette conception restreinte, une controverse est apparue entre ceux qui prétendent y voir une forme de simulation, et ceux qui nient cette qualification.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 février 1983 : Bull. civ. I, n° 65, p. 56.

## § 2 : Une notion duale

### (prête-nom réel et prête-nom fictif)

189. Le régime juridique de la convention de prête-nom semblait relativement bien établi, depuis longtemps, selon les règles de la simulation : entre les parties (prête-nom et emprunteur de nom), les relations réciproques étaient basées exclusivement sur celles du mandataire et de son mandant ; dans les relations des parties avec les tiers de bonne foi, ceux-ci pouvaient librement choisir, en fonction de leur seul intérêt, de considérer soit le prête-nom, soit l'emprunteur de nom, comme contractuellement lié par le contrat ; enfin, dans les relations des parties avec les tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire ceux qui, au moment de contracter, avaient eu parfaite connaissance de la qualité réelle du prête-nom, seul l'emprunteur de nom devait être considéré comme lié par l'opération réalisée par son prête-nom.

Cependant, un arrêt de la Cour de cassation du 26 avril 1982<sup>1</sup> semblait remettre en cause cette dernière solution, en considérant que même les tiers de mauvaise foi pouvaient invoquer l'apparence, et tenir le prête-nom comme contractuellement lié par

---

<sup>1</sup> Com., 26 avril 1982 : Bull. civ. IV, n° 135, p. 120 ; JCP 1982.IV.237 ; D. 1986.233 note D. RAMBURE (étudié n° 204).

l'opération qu'il avait accompli pour le compte de son mandant. L'interprétation qui en a été donnée par la doctrine de manière quasi unanime était alors celle d'un revirement de jurisprudence : le régime du prête-nom avait tout simplement changé sur ce point. Mais, la lecture de quelques arrêts anciens nous montrent que la solution rendue par la Cour de cassation en 1982 n'était pas totalement nouvelle, bien que ces arrêts aient toujours été suivis d'autres décisions qui revenaient finalement à la solution traditionnelle : la juridiction suprême serait-elle alors en prise à un doute tellement puissant qu'elle n'a pu s'empêcher de "commettre" ces multiples revirements de jurisprudence ? Une autre interprétation nous paraît possible : en effet, ces décisions isolées constituent peut-être la démonstration du caractère dual de la notion de prête-nom. Une présentation plus complète de cette thèse (A) nous paraît donc nécessaire pour vérifier si elle a effectivement fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle implicite (B).

#### **A. L'exposé de la thèse**

190. Pendant très longtemps, la convention de prête-nom avait été présentée comme une hypothèse évidente de simulation, à laquelle devaient être indiscutablement appliquées les solutions particulières de l'article 1321 du Code civil : plein effet de la contre-lettre entre les parties, absence d'effet à l'égard des tiers. Or, certains auteurs<sup>1</sup> firent observer, avec pertinence, que, dans le cadre d'un mandat sans représentation, l'intervention du prête-nom en son nom propre n'a rien d'imaginaire, et de simulé : la convention de prête-nom ne constitue pas une contre-lettre qui viendrait dénoncer le caractère mensonger de l'une des énonciations de l'acte ostensible. En effet, ce dernier prévoit que le lien de droit s'établit entre le prête-nom et le tiers cocontractant, ce qui correspond exactement à la réalité juridique, puisque la convention de prête-nom est bien un mandat, mais un mandat sans représentation. Dès lors, la démonstration de la qualité réelle de mandataire, attribuée à l'auteur matériel de la manifestation de volonté, ne doit pas aboutir à le dégager du contrat et à lier corrélativement le maître de l'affaire, mais seulement à constater que le prête-nom a une obligation de retransférer, par un acte

---

<sup>1</sup> M. PLANIOL, note sous Toulouse, 3 décembre 1889 : DP 1890.2.185 - P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, thèse précitée - J. ROUSSEAU, « Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirects », thèse Paris, 1937.

ultérieur, les avantages de l'opération au profit du maître de l'affaire, de sorte que ce dernier doit être tenu pour un bénéficiaire réel, mais indirect, de celle-ci. Par conséquent, en agissant en son nom propre, le prête-nom ne ment pas, mais cache seulement une circonstance particulière de son action. Dès lors, l'hypothèse du prête-nom ne serait pas une véritable simulation, au sens juridique du terme.

191. Cependant, un tel raisonnement ne peut être exact que si l'on retient effectivement la qualification de mandat sans représentation : or, nous avons déjà eu l'occasion de constater les limites de cette qualification. Au contraire, si la convention de prête-nom est présentée comme une forme de mandat qui n'exclut pas le mécanisme de la représentation, on observe alors une telle dissociation entre la réalité juridique (mandat représentatif) et l'apparence (dissimulation de cette représentation par une action formelle en nom propre), de sorte que la théorie de la simulation est susceptible de s'appliquer. Doit-on alors considérer la convention de prête-nom comme un mandat sans représentation et sans simulation, ou comme un mandat représentatif soumis au régime de la simulation ? En réalité, l'étude du régime de la convention de prête-nom nous permettra de constater que les deux formes coexistent : on peut alors parler d'un prête-nom réel et d'un prête-nom fictif. Dans ces conditions, la recherche d'un critère de reconnaissance paraît utile, puisque chacune de ces deux qualifications conduisent à des régimes juridiques différents.

192. Une partie de la doctrine avait observé depuis longtemps cette dualité de la notion de prête-nom, mais sur la base d'un critère qui nous paraît insatisfaisant. En effet, dès 1889, un auteur<sup>1</sup> établissait une distinction basée sur le but visé par celui qui se sert d'un prête-nom : dans certains cas, le maître de l'affaire cherche à cacher sa personnalité à la partie avec laquelle il souhaite contracter dans le but de la tromper, et pour cela, il a recours à un intermédiaire qui accepte de prendre le contrat à son nom, et d'empêcher ainsi l'établissement direct du lien de droit sur la tête de son mandant. Mais, dans d'autres cas, le maître de l'affaire désire seulement donner une apparence de vie ou de solidité à un acte qui serait nul ou fragile si son nom apparaissait dans l'opération : dans cette hypothèse, l'autre partie peut alors très bien connaître le nom du véritable

---

<sup>1</sup> M. PLANIOL, note précitée.

intéressé, et éventuellement, avoir débattu directement avec lui des clauses du contrat. Au contraire, elle n'a pas contracté sur la foi du prête-nom qu'elle savait être un simple mandataire, ni compté sur sa solvabilité et sa responsabilité personnelle. « Il est donc parfaitement conforme à l'intention des parties de mettre hors de cause le prête-nom, qui n'a été pour toutes deux qu'un homme de paille ; par suite, les effets juridiques du contrat doivent se produire uniquement à la charge ou au profit du véritable maître de l'affaire, si tant est que cet acte soit susceptible d'en produire ». Dans ce cas, et dans ce cas seulement, il y a simulation car l'acte produit directement ses effets à l'égard du maître de l'affaire, alors même que l'intervention du prête-nom tend à le mettre ostensiblement hors de cause. Il faut donc distinguer selon que la dissimulation de qualité du prête-nom est conventionnelle, c'est-à-dire se fait avec l'accord du tiers cocontractant, ou unilatérale, c'est-à-dire à l'insu et au détriment du tiers cocontractant<sup>1</sup>.

193. Cette distinction formelle semble doublement justifiée sur le plan juridique. En effet, la doctrine traditionnelle enseigne généralement que la mise en place du mécanisme de la représentation implique une intention commune du représentant et du tiers cocontractant de tenir le représenté comme une partie liée (*contemplatio domini*). Cette condition n'est évidemment pas remplie, lorsque le tiers n'est même pas informé de la qualité réelle de mandataire de son cocontractant. Par ailleurs, la notion de contre-lettre ne désigne-t-elle pas une convention secrète dans laquelle les parties affirment le caractère mensonger de certaines des énonciations d'une autre convention (ostensible) conclue entre elles ? La simulation implique donc un accord secret entre le prête-nom et le tiers cocontractant, que seule l'hypothèse de la dissimulation conventionnelle permet de constater. Le critère d'application de la théorie de la simulation à l'hypothèse du prête-nom reposerait alors uniquement sur le caractère unilatéral ou conventionnel de la dissimulation de l'identité réelle du maître de l'affaire. Il dépendrait exclusivement de la participation du tiers cocontractant au mensonge, ou au contraire, de son ignorance de la vérité.

---

<sup>1</sup> C'est exactement ce même critère que reprendront plus tard certains auteurs, partisans d'une conception restreinte de la notion de simulation, pour établir une distinction entre la notion de prête-nom et celle d'interposition de personne. Cf notamment Jean Denis BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956.261.

194. Mais, chacune des deux affirmations sur lesquelles se base cette distinction (concernant la condition de *contemplatio domini*, pour la représentation, et le caractère prétendument conventionnel de la simulation) constitue un postulat qui nous paraît contestable, et que nous aurons d'ailleurs l'occasion de discuter très précisément dans nos développements ultérieurs<sup>1</sup>. Pour le moment, contentons-nous de relever que la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer très clairement, par deux arrêts de la première Chambre civile en date du 11 février 1976 et du 28 novembre 2000<sup>2</sup>, en condamnant fermement cette distinction entre la dissimulation unilatérale (à l'insu du tiers cocontractant) et la dissimulation conventionnelle (avec l'accord du tiers). En outre, la jurisprudence applique, depuis toujours, un régime parfaitement identique dans les deux cas. C'est un autre critère qui doit être recherché.

195. La distinction entre le prête-nom réel et le prête-nom fictif repose sur l'application de la théorie de la simulation. Nous venons de préciser que l'exigence traditionnelle d'un « accord simulatoire » pour la mise en oeuvre de cette théorie nous paraît contestable. En effet, un débat sera ultérieurement engagé sur ce point<sup>3</sup>. Nous tenterons notamment de démontrer la possibilité d'une simulation unilatérale. Dans ces conditions, il ne reste plus que deux conditions à réunir pour la mise en oeuvre de la théorie de la simulation : une divergence entre la réalité juridique et l'apparence, et une intention de tromper (c'est-à-dire le caractère volontaire de la divergence). La situation apparente résulte de la forme d'intervention du prête-nom : en agissant en son nom propre, il laisse croire qu'il agit pour lui-même, et donc sans représentation. Pour qu'il y ait une simulation, au sens juridique du terme, il faut donc une situation juridique réelle contraire, c'est-à-dire une intervention du prête-nom pour le compte d'autrui et avec représentation. C'est donc uniquement l'existence ou l'absence de représentation qui conduit à retenir la qualité de prête-nom fictif ou de prête-nom réel.

Ce mécanisme dépend lui-même de l'attribution d'un pouvoir de représentation, et de la volonté de celui qui en dispose de l'utiliser (l'intention de représenter)<sup>4</sup>. C'est

---

<sup>1</sup> Cf les deux chapitres qui seront ultérieurement consacrés aux conditions de la représentation et de la simulation (Deuxième Partie, Titre Premier).

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1976 : Bull. civ. I, n° 64, p. 51 ; JCP 1976.IV.119 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : Defrénois 2001, article n° 37309, p. 237, n° 7, obs. R. LIBCHABER ; JCP 2001.II.10645, note T. AZZI.

<sup>3</sup> Cf *infra*, n° 428.

<sup>4</sup> Puisque nous démontrerons également que le consentement personnel du tiers cocontractant n'est pas



donc par une analyse, au cas par cas, de l'intention des parties au contrat de mandat (le prête-nom et l'emprunteur de nom) que la détermination du caractère fictif ou réel de l'intervention du prête-nom dans l'opération pourra être réalisée, sans avoir à se préoccuper de la position du tiers cocontractant comme complice ou comme victime. Les seuls éléments qui importent pour la qualification de prête-nom fictif ou réel, c'est l'attribution ou non du pouvoir de représentation et la volonté du mandataire de représenter ou de ne pas représenter son mandant.

## **B. La vérification jurisprudentielle**

196. Quelle valeur pouvons-nous accorder à cette thèse ? Elle nous semble correspondre à une bonne compréhension de certaines contradictions apparentes de la jurisprudence concernant les mandataires qui agissent en leur nom propre. En effet, de très nombreuses décisions accordent à la technique du prête-nom le régime particulier précédemment décrit, basé sur la théorie de la simulation. Dans les rapports entre le maître de l'affaire et le prête-nom, on applique toutes les règles du mandat, y compris d'ailleurs celles relatives à la représentation : plusieurs décisions admettent ainsi, sans aucune hésitation, la possibilité pour le maître de l'affaire de démontrer, par une action en déclaration de simulation intentée contre son prête-nom récalcitrant, que sa qualité de mandant lui permet de revendiquer directement à son profit les droits nés du contrat<sup>1</sup>. Si le maître de l'affaire ne pouvait pas invoquer, dans ses rapports avec le prête-nom, le bénéfice du mécanisme de la représentation, il ne pourrait pas revendiquer directement la propriété des biens, droits ou parts sociales acquis par son mandataire sous son propre nom, mais seulement exiger de lui qu'il les lui transmette, par un nouvel acte de cession, ou à défaut, obtenir une condamnation judiciaire à des dommages et intérêts pour non-respect de son obligation contractuelle de rendre compte.

C'est donc un régime résultant d'une combinaison entre le mandat représentatif et la simulation qui est appliqué à la technique du prête-nom. C'est pourquoi, dans les

---

une condition de la représentation : cf *infra*, n° 413.

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 1993 : pourvoi n° 87-17.505 - Paris, 6 décembre 1989 : RTD civ. 1990.268, obs. J. MESTRE ; D. 1990.IR.2 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janvier 1987 : pourvoi n° 85-13.014 - Paris, 26 janvier 1986 : RTD com. 1986.518, obs. C. CHAMPAUD et P. LE FLOCH - Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 décembre 1972 : Bull. civ. I, n° 280, p. 247 - Soc., 17 juillet 1958 : Bull. civ. IV, n° 940, p. 706 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1957 : Bull. civ. I, n° 273, p. 220 - etc.

rappports avec les tiers, il convient de distinguer en fonction de leur bonne ou mauvaise foi, c'est-à-dire de leur connaissance ou leur ignorance de la qualité réelle du mandataire prête-nom dans l'opération. Les tiers de bonne foi disposent d'une option dans la mesure où ils peuvent librement choisir, en fonction de leur seul intérêt, d'invoquer la réalité, c'est-à-dire la qualité réelle de mandataire représentant du prête-nom, avec toutes ses conséquences, tant sur le plan de la validité de l'opération elle-même, que sur le plan de ses effets, ou bien au contraire, s'en tenir à la seule situation apparente, et considérer le prête-nom comme seul contractant, et le maître de l'affaire comme entièrement étranger à l'opération.

197. Par contre, dans les relations entre les simulateurs (prête-nom ou maître de l'affaire) et les tiers de mauvaise foi (c'est-à-dire ayant eu parfaite connaissance de la réalité), seule la situation réelle, lorsqu'elle est établie, commande le régime juridique applicable, c'est-à-dire celui du mandat représentatif : nous pouvons, par exemple, citer un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 juin 1973<sup>1</sup>. Un individu ayant acquis en son nom propre un fonds de commerce de café, en qualité de prête-nom de son frère, le céda ensuite à des tiers, après que la faillite personnelle du maître de l'affaire ait été prononcée. Le syndic de la faillite, qui souhaitait voir déclarer cette cession inopposable à la masse afin de faire rentrer l'immeuble dans le patrimoine du failli, se heurtait donc aux droits des nouveaux propriétaires. La cour d'appel le débouta de sa demande au motif que « le prête-nom ne représente pas le mandant », de sorte que la propriété du fonds de commerce n'est jamais entrée dans le patrimoine du maître de l'affaire, et que la cession consentie par le mandataire est parfaitement valable. Or, la Chambre commerciale rendit un arrêt de cassation, basé sur l'article 1984 du Code civil, et sur la mauvaise foi des sous-acquéreurs qui connaissaient l'identité réelle de leur vendeur (ainsi d'ailleurs que son état de failli) : c'est donc bien le mécanisme de la représentation qui est appliqué, sans possibilité, en l'espèce, de le neutraliser par la théorie de la simulation, à cause de la mauvaise foi du tiers cocontractant.

Ce régime, un peu compliqué à cause des distinctions qu'il implique de réaliser en fonction des parties en présence dans l'instance, mais globalement plutôt équitable,

---

<sup>1</sup> Com., 27 juin 1973 : Bull. civ. IV, n° 227, p. 204.

est celui que la jurisprudence retient habituellement. Cependant, la Cour de cassation rend parfois des décisions difficilement compatibles avec ce régime, et apparemment en contradiction flagrante avec des solutions antérieures bien établies. Or, il nous semble que la dualité de la notion de prête-nom soit la seule explication que l'on peut y apporter, si l'on refuse d'y voir simplement des revirements de jurisprudence réguliers. Quatre arrêts importants de la Cour de cassation, dont le premier date de 1846 et le dernier de 1999, ont régulièrement relancé le débat sur le régime juridique de la convention de prête-nom.

### 1. L'arrêt du 18 février 1846

198. La jurisprudence avait, semble-t-il, déjà fait intuitivement la distinction entre le mandataire qui agit fictivement en son nom propre, et celui qui agit réellement en son nom propre, dès 1846, dans un arrêt qui avait pu alors surprendre la doctrine. Il avait toujours été admis, avant cet arrêt, que l'accord par lequel une personne s'engage envers une autre personne, dont le bien a été saisi, à se rendre adjudicataire du bien et à le lui rétrocéder ensuite, est parfaitement valable, en dépit de l'interdiction qui est faite au saisi de se porter lui-même adjudicataire. On expliquait alors que cette interdiction était destinée à éviter que le saisi, par définition insolvable, ne se perpétue indéfiniment dans sa propriété, au détriment des créanciers saisissants. Or, cette interdiction n'avait aucune raison de s'imposer à un tiers solvable, quand bien même il serait démontré que ce dernier ne serait qu'une personne interposée agissant dans l'intérêt du saisi, puisque, selon la conception de l'époque, le mandataire qui agit en son nom propre ne représente pas le maître. En effet, en agissant en son nom propre, l'adjudicataire s'engage personnellement sur son propre patrimoine, et en l'absence de fraude, cette manière d'agir n'est pas interdite. Plusieurs arrêts étaient venus confirmer cette théorie par une jurisprudence apparemment bien établie<sup>1</sup>.

Or, dans son arrêt du 18 février 1846<sup>2</sup>, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation décida, au contraire, qu'une adjudication faite au profit d'un prête-nom du saisi devait être annulée : « considérant que s'il est vrai qu'un adjudicataire sérieux est

---

<sup>1</sup> Lyon, 7 mars 1832 : S. 1833.2.492 - Colmar, 12 juillet 1825 : S. 1791-1830, 8<sup>e</sup> volume : 1825-1827.2.112 - Paris, 12 mars 1812 : S. 1791-1830, 4<sup>e</sup> volume : 1812-1814.2.58.

<sup>2</sup> Req., 18 février 1846 : S. 1846.1.471.

maître de disposer au profit du saisi de la chose dont il s'est rendu adjudicataire, ce droit ne saurait être invoqué dans l'espèce, puisqu'il est déclaré, en fait, que c'est le saisi lui-même, et non un tiers, qui s'est rendu adjudicataire par prête-nom ». Il ne s'agit nullement d'un revirement de jurisprudence, mais simplement d'une précision qui implique de distinguer l'adjudicataire sérieux du prête-nom, qui ne l'est pas. On doit admettre que le critère de reconnaissance n'est pas facile à déterminer. Mais, il ne fait aucun doute que, pour cette jurisprudence, il est possible d'agir réellement en son nom propre (adjudicataire sérieux) ou fictivement en son nom propre (prête-nom).

## 2. L'arrêt du 25 janvier 1864

199. Nous pouvons également citer deux autres décisions qui ont rendu, dans des situations quasiment identiques, des solutions totalement contradictoires. Dans les deux cas, la question juridique qui se posait était la suivante : lorsqu'un mandataire prête-nom accomplit une ou plusieurs opérations en son nom propre pour le compte de son mandant, véritable titulaire du droit, après que ce dernier soit décédé, doit-on alors considérer cette opération comme nulle et sans effet à l'égard des tiers, dans la mesure où le décès du mandant met fin, en principe, au mandat ? Dans les relations avec les tiers de bonne foi, du moins si ceux-ci invoquent l'apparence, le prête-nom est incontestablement pour eux le seul maître de l'affaire, de sorte que toutes les opérations qu'il peut réaliser seront considérées comme valables, même après le décès du mandant. Mais qu'en est-il à l'égard des tiers de mauvaise foi ? C'est à cette question précise que devaient répondre les magistrats dans les deux affaires qui nous intéressent.

200. Dans la première, qui a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation en date du 9 février 1848<sup>1</sup>, il s'agissait d'un propriétaire apparent de 86 actions d'une société minière, le sieur DELALOGÉ, qui n'était en réalité que le prête-nom du véritable propriétaire, le sieur BOURGOIN. Lorsque ce dernier, traversant une situation financière délicate, dut emprunter une certaine somme d'argent à ses deux oncles, les sieurs CHARLET, le prête-nom (simple commis de BOURGOIN) accepta de se reconnaître débiteur solidaire afin de justifier le nantissement des 86 actions, dont

---

<sup>1</sup> Civ., 9 février 1848 : S. 1848.1.481.

l'emprunteur principal n'était pas le propriétaire apparent. Puis, BOURGOIN décéda en 1832, avant de s'être libéré envers ses oncles de sa dette. Un arrangement intervint alors entre ces derniers et le prête-nom, en 1833, au terme duquel ils consentirent à prendre en paiement les 86 actions qui leur avaient été données en nantissement. Or, quelques années plus tard, l'héritier du maître de l'affaire décédé, constatant que les actions avaient soudainement pris de la valeur, fit enregistrer la contre-lettre établissant les droits de son auteur sur les actions, et la qualité de simple prête-nom du propriétaire apparent, puis contesta la validité de l'acte de cession des actions aux sieurs CHARLET, en ce qu'il était intervenu en 1833, c'est-à-dire après le décès du mandant, événement qui avait nécessairement mis fin au mandat et aux pouvoirs du prête-nom. En outre, la mauvaise foi des nouveaux propriétaires, c'est-à-dire leur connaissance exacte de la situation réelle au moment de la conclusion de l'arrangement avec le prête-nom, étant indiscutable, ils ne pouvaient invoquer à leur profit la situation apparente. Il était donc normal que la cour d'appel, comme la Cour de cassation, décident de faire droit à la demande de l'héritier. Malgré une longue consultation en sens contraire développée à l'occasion de l'examen du pourvoi par de savants juristes de l'époque, la jurisprudence, établie très clairement à cette occasion par la Haute juridiction, était donc la suivante : le prête-nom, vis-à-vis des tiers qui connaissent sa qualité, n'a d'autres pouvoirs que ceux d'un mandataire, et ces pouvoirs expirent par le décès du mandant.

201. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par cette même juridiction suprême, quelques années plus tard, dans son arrêt du 25 janvier 1864<sup>1</sup>. En l'espèce, deux héritières, les demoiselles LÉCURIEUX, avaient cédé, en pleine connaissance de cause, leurs droits successifs à une personne, un certain DELEZÉ, qui n'était, en réalité, que le prête-nom de l'administrateur de la succession, le sieur GEFFRIER. Puis, ce dernier décéda en 1843 sans que la totalité du prix ait été soldée. C'est pourquoi, les demoiselles LÉCURIEUX poursuivirent alors la résolution de la cession, pour défaut de paiement du prix, en intentant leur action contre le prête-nom avec lequel elles avaient traité. Un arrêt confirmatif de la Cour d'appel de la Guadeloupe, rendu le 15 mai 1846, prononça définitivement cette résolution. Or, quelques années plus tard, les demoiselles LÉCURIEUX intentèrent une action en reddition de compte contre les héritiers du sieur

---

<sup>1</sup> Req., 25 janvier 1864 : DP. 1864.1.282 ; S. 1864.1.105, note G. MASSÉ.

GEFFRIER, l'administrateur de la succession. Ces derniers tentèrent alors d'opposer à cette demande la cession intervenue, en 1842, entre leur auteur, par l'intermédiaire de son prête-nom, et les demanderesses, privant celles-ci de tout droit sur la succession, et en particulier du droit de demander des comptes à l'administrateur. Les demoiselles LÉCURIEUX invoquèrent donc la résolution dudit contrat qui leur avait rendu leur qualité à agir en reddition de compte. Or, les héritiers de l'administrateur prétendirent que cette résolution leur était inopposable, car l'action avait été intentée contre le prête-nom après le décès du mandant, circonstance qui avait nécessairement mis fin au mandat. En outre, comme les demoiselles LÉCURIEUX connaissaient parfaitement, depuis l'origine, la qualité de simple mandataire prête-nom du sieur DELEZÉ, ainsi que la date exacte de survenance du décès du mandant, antérieure au jugement qui a prononcé la résolution de cette cession, elles ne devaient pas pouvoir invoquer à leur profit l'inopposabilité de la contre-lettre. En effet, cette argumentation était parfaitement conforme à la jurisprudence établie par l'arrêt précité du 9 février 1848.

202. Ce raisonnement ne fut pas retenu par les juges, qui estimèrent au contraire que le prête-nom DELEZÉ devait être réputé, vis-à-vis des tiers avec lesquels il avait traité en son nom personnel, comme le maître absolu de la chose qui a fait l'objet du contrat, alors même que ces tiers auraient eu connaissance de sa qualité de prête-nom, de sorte que c'est bien contre lui seul, et non contre l'emprunteur de nom, que l'action en résolution du contrat devait être intentée. Cette décision étonnante a été interprétée ensuite par la doctrine, de manière quasi unanime, comme un revirement de jurisprudence, duquel il résulte qu'en matière de prête-nom, les conditions de mise en oeuvre des règles de la simulation sont moins sévères que pour les autres formes de simulation : en effet, tous les tiers, qu'ils aient ignoré ou connu la réalité, peuvent exercer l'option qui leur est ouverte par l'article 1321 du Code civil entre la situation apparente et la situation réelle. Or, l'analyse précise de cette décision ne conduit pas nécessairement à cette conclusion. En effet, si l'on peut imaginer un revirement de jurisprudence émanant de la Cour de cassation, il est plus difficile de comprendre comment les juges du fond eux-mêmes ont pu rendre, dans cette affaire, aussi bien en première instance qu'en appel, une solution si contraire à la jurisprudence antérieure. En outre, la lecture attentive de ces trois décisions successives doit nous conduire à

observer qu'aucune des trois juridictions ne fait allusion à l'article 1321 du Code civil, ni à la notion de simulation, ni même à celle de contre-lettre. Finalement, une autre explication de cette décision peut être admise en se basant sur la dualité de la notion de prête-nom.

203. Dans certains cas, le prête-nom est un mandataire qui agit fictivement en son nom propre, de sorte que les règles de la simulation lui sont applicables, mais dans d'autres cas, il s'agit d'un mandataire qui agit réellement en son nom propre. C'est bien à cette deuxième catégorie que semble faire allusion la Cour de cassation dans cette affaire, lorsqu'elle affirme, dans un attendu très souvent cité, que « le mandat proprement dit ne doit point être confondu avec le mandat *sui generis*, connu sous la dénomination de prête-nom ». En effet, elle affirme que lorsque le mandant a constitué son prête-nom maître absolu de la chose à l'égard des tiers, il importe peu que le tiers avec qui ce dernier a traité en son nom personnel ait eu connaissance de la qualité de prête-nom, car « cette circonstance ne saurait exercer aucune influence sur les droits et obligations qui naissent du contrat ». Or, l'option dont bénéficient les tiers, en matière de contre-lettre, ne joue évidemment pas sur les droits et obligations résultant du contrat, mais seulement sur son opposabilité. Enfin, la Cour de cassation termine son raisonnement de la manière suivante : « cet acte [réalisé par le prête-nom] s'étant accompli hors de la présence du mandant qui a voulu [souligné par nous] y demeurer étranger, celui-ci ne peut pas plus s'en prévaloir qu'il ne pourrait être invoqué contre lui ; [...] la mort du mandant ne saurait, par suite, apporter aucun changement à cette situation, ni infirmer les effets d'une convention qui, à son égard, est *res inter alios acta* ».

On ne saurait mieux dire que ce mandat *proprio nomine* ne produit aucun des effets de la représentation, pas même dans les relations entre les parties, donc *a fortiori* à l'égard des tiers, même de mauvaise foi. La raison en est toute simple : le maître de l'affaire a voulu rester étranger au contrat, et n'a pas donné à son mandataire le pouvoir de le représenter. Ce dernier n'a donc pas agi fictivement en son nom propre, mais réellement en son nom propre. C'est pourquoi, l'ignorance ou la connaissance de la convention de prête-nom par le tiers n'avait aucune importance pour la solution du litige, puisque la théorie de la simulation ne pouvait pas s'appliquer. Mais, depuis cet

arrêt, la jurisprudence n'a pas hésité à rappeler, dans l'hypothèse traditionnelle du prête-nom fictif, que les tiers de mauvaise foi ne peuvent pas invoquer l'apparence<sup>1</sup>.

### 3. L'arrêt du 26 avril 1982

204. C'est l'arrêt précité de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 avril 1982, totalement passé inaperçu à l'origine<sup>2</sup>, qui permit de relancer le débat sur les droits des tiers de mauvaise foi. Les faits sont relativement complexes à interpréter, l'arrêt de la Chambre commerciale (un arrêt de cassation) est très laconique, et l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry, statuant sur renvoi, traduit, par sa motivation confuse, une légitime perplexité. Dès lors, on ne s'étonnera pas des difficultés d'interprétation de cette jurisprudence. En l'espèce, une société israélienne était entrée en relation avec une société française (STÉFI SOVIGAL), fabricant de conteneurs, dans l'intention de passer commande de plusieurs conteneurs destinés au transport du chlore. Malheureusement, la société française exportait l'essentiel de sa production vers des pays arabes du Proche-Orient, et craignait des représailles économiques de la part de ses principaux clients si elle acceptait de contracter avec la société israélienne. C'est dans ce contexte que la société française eut l'idée de recourir à l'interposition d'un prête-nom, en l'espèce une autre société (Les Ateliers de construction de Civray, dite A.C.C.), avec laquelle elle semblait avoir des liens privilégiés, puisque les faits relevés par la cour d'appel de renvoi indiquent que la même personne agissait tantôt comme représentante de la société emprunteuse de nom, tantôt comme représentante de la société prête-nom. Un contrat a donc été conclu entre la société israélienne et la société A.C.C. en vue de la fourniture de vingt conteneurs. Après la livraison des dix premiers, et la conclusion d'un accord modificatif, conclu entre les trois parties concernées, en vue de remplacer les dix conteneurs restants destinés au chlore par dix autres destinés au transport de bromure de

---

<sup>1</sup> Com., 27 juin 1973 : Bull. civ. IV, n° 227, p. 204 (les acquéreurs d'un fonds de commerce, qui savaient que le vendeur n'était qu'un prête-nom, ne peuvent invoquer l'apparence) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1962 : Bull. civ. I, n° 550, p. 465 (le bailleur d'un appartement, qui savait que son locataire en nom n'était qu'un prête-nom du véritable locataire, l'occupant de l'appartement, ne peut invoquer une prétendue apparence trompeuse pour réclamer au prête-nom le paiement des arriérés de loyers impayés) - Req., 4 juillet 1922 : S. 1924.1.287 (l'acquéreur d'actions d'une société, qui savait que son vendeur n'était qu'un prête-nom du véritable souscripteur, ne peut se retrancher derrière l'apparence pour échapper à la revendication de l'emprunteur de nom, dont il savait parfaitement qu'il n'était pas capable de vendre).

<sup>2</sup> Com., 26 avril 1982 : Bull. civ. IV, n° 135, p. 120 - puis, sur renvoi, Chambéry, 15 octobre 1984 : D. 1986.233, note D. RAMBURE.



méthyl, la société STÉFI SOVIGAL fut déclarée en règlement judiciaire et cessa alors la fabrication des conteneurs commandés. A défaut d'être livrée, la société israélienne réclama le remboursement de l'acompte qu'elle avait versé, non pas à la société en "faillite", mais à la société prête-nom.

205. La juridiction de première instance avait déclarée bien fondée cette action du tiers cocontractant contre le prête-nom. La Cour d'appel de Lyon infirma cette décision au motif que la qualité de simple prête-nom de la société intermédiaire devait conduire à considérer la société israélienne et la société STÉFI SOVIGAL comme les véritables parties au contrat, et que la connaissance d'une telle qualité par la société cocontractante lui interdisait d'invoquer l'apparence à son profit. La Cour de cassation, recevant le pourvoi formé par la société israélienne sur le fondement des articles 1134 et 1321 du Code civil, rendit un arrêt de cassation, sur le seul visa de l'article 1134, au motif succinct que « le prête-nom est personnellement et directement engagé envers celui avec lequel il a contracté à ce titre, quand bien même ce cocontractant aurait eu connaissance de sa qualité ». Enfin, la cour de renvoi constata que « même si A.C.C. servait de prête-nom à STÉFI SOVIGAL, il est évident que la simulation ne pouvait profiter qu'à cette dernière entreprise », en raison de ses relations d'affaires avec ses clients arabes, de sorte que la société israélienne « peut s'en tenir à l'apparence, le prête-nom étant alors tenu aux obligations résultant du contrat sans pouvoir se prévaloir du fait qu'il avait agi pour le compte d'autrui ». Cette motivation laisse implicitement entendre que le droit, pour le tiers cocontractant, d'invoquer à son profit l'apparence dépendait finalement de son absence d'intérêt personnel à la mise en place d'une simulation par recours à la technique du prête-nom. Si l'utilisation de ce procédé avait eu un intérêt pour le tiers cocontractant, il n'aurait pu invoquer que la réalité. Mais, comme il n'avait lui-même, dans cette affaire, aucun intérêt à recourir à la simulation, il peut invoquer l'apparence et agir contre le prête-nom. Surprenante argumentation !

206. Dominique RAMBURE<sup>1</sup>, dans son analyse de ces différentes décisions, avait d'abord relevé que l'arrêt de la première cour d'appel était parfaitement conforme à la jurisprudence « ancienne et bien établie ». En effet, la société israélienne cocontractante

---

<sup>1</sup> D. RAMBURE, note précitée.

étant de mauvaise foi, elle ne devait pas pouvoir agir contre le prête-nom. Or, cet arrêt a été cassé. Il fallait donc trouver une explication. Il s'est alors attaché à rechercher différentes décisions anciennes afin d'affiner son analyse de l'arrêt de 1982. Sa conclusion fut la suivante : on ne peut pas affirmer que les tiers de mauvaise foi ont toujours le droit d'invoquer l'apparence, dans l'hypothèse du prête-nom, par dérogation au régime habituel de la simulation (qui reste incontestablement basé sur la distinction entre tiers de bonne foi et de mauvaise foi). Mais, il convient d'établir une hiérarchie dans le degré d'implication du tiers par rapport à la simulation. En effet, le tiers qui a simplement connaissance de la vérité (c'est-à-dire de l'existence de la convention de prête-nom et de l'identité de l'emprunteur de nom) peut utiliser, selon son intérêt, l'option entre apparence et réalité. Mais, le tiers qui participe à la simulation ne dispose pas de cette option. En matière de simulation par prête-nom, il ne faut donc pas opposer tiers de bonne foi et tiers de mauvaise foi, mais tiers ayant participé et tiers n'ayant pas participé à la simulation.

207. Cette analyse repose principalement sur la formule d'un arrêt ancien<sup>1</sup> : « les contre-lettres n'ont point d'effet contre les tiers, et [...] le mot tiers comprend ici tous ceux qui n'ont pas participé à la contre-lettre ». Mais, cet arrêt était rendu dans un contexte particulier : il s'agissait uniquement de préciser la notion de tiers, au sens de l'article 1321 du Code civil, par rapport aux tiers de l'article 1165<sup>2</sup>. On peut donc imaginer que les magistrats n'avaient pas porté particulièrement attention à l'utilisation du mot "participer", et n'avaient pas voulu établir une distinction entre les tiers qui ont eu connaissance de la vérité, mais sans participation véritable à la simulation, et ceux qui en ont eu connaissance à cause de leur participation. En outre, cette analyse est en

---

<sup>1</sup> Civ., 8 mars 1893 : DP 1893.1.243.

<sup>2</sup> En effet, la question concernait les créanciers chirographaires de l'une des parties à un contrat : ils ne constituent pas des tiers comme les autres, au regard des articles 1134 et 1165 du Code civil, mais plutôt une catégorie intermédiaire entre les parties et les tiers ordinaires (cf les principaux manuels de droit civil sur ce point). Ils doivent, en effet, subir toutes les conséquences des actes accomplis par leur débiteur, même si elles portent atteinte à leur droit de gage général (sauf possibilité d'intenter l'action paulienne, en cas de fraude). Au contraire, dans le cadre de l'article 1321, ils sont des tiers ordinaires, et peuvent alors s'opposer aux conséquences des contre-lettres conclues par leur débiteur. Par conséquent, même si un débiteur conclut une convention de prête-nom, afin de reconnaître par avance que le bien dont il se portera ensuite ostensiblement acquéreur en son nom propre appartiendra, en réalité, à un tiers, les créanciers chirographaires n'auront pas à subir l'effet de cette convention de prête-nom, et pourront invoquer l'apparence, c'est-à-dire saisir le bien.

contradiction avec d'autres arrêts, que nous avons cités<sup>1</sup>, qui refusent le droit à des tiers de mauvaise foi d'invoquer l'apparence, alors même que les faits démontrent qu'ils n'ont pas participé activement à la simulation, mais en ont simplement eu connaissance. Enfin, le commentateur condamne lui-même son analyse en concluant que, dans cette affaire, la participation de la société israélienne à la simulation était « incontestable », ce qui explique les difficultés de la cour de renvoi « pour conduire un raisonnement juridique cohérent » !

208. Une autre explication de la solution surprenante de l'arrêt de 1982 nous paraît possible : la société A.C.C. était un prête-nom réel, c'est-à-dire un prête-nom qui n'avait pas reçu le pouvoir de représenter ou qui n'avait pas voulu représenter. Dès lors, la situation réelle et la situation apparente était conforme : seul le prête-nom était partie au contrat de livraison des conteneurs. Aucune simulation n'existait, de sorte qu'aucune distinction entre tiers de bonne ou mauvaise foi n'avait d'intérêt. Cette interprétation nous semble confirmée par le fait que la Cour de cassation n'a fait aucune référence à la simulation, ni à l'article 1321 du Code civil ou à une éventuelle contre-lettre. Sur les deux fondements invoqués par le pourvoi, la Cour de cassation a retenu l'article 1134 du Code civil, mais pas l'article 1321. Ce n'était donc pas un problème d'opposabilité de la contre-lettre aux tiers de mauvaise foi, mais un problème de respect des énonciations du contrat principal qui n'étaient pas mensongères : le prête-nom est bien le cocontractant. Notons, pour terminer, que la cour de renvoi précisait : « il convient de souligner qu'avant la signature du contrat [...], un télex, [...] au nom des A.C.C., rappelait à la société D.S.B. [la société israélienne] que toutes ses commandes avaient été libellées au nom des A.C.C. ». N'est-ce pas un élément qui confirme que le prête-nom n'avait pas pris, dans cette espèce particulière, la qualité de représentant de son mandataire, et entendait réellement intervenir en son nom propre ?

Cela nous paraît être la seule explication satisfaisante. Nous ne voyons aucune raison particulière de donner à la théorie de la simulation un régime juridique différent dans l'hypothèse du prête-nom. Néanmoins, cette nouvelle distinction fit florès en doctrine, de sorte que la plupart des manuels, dans les quelques lignes qu'ils consacrent

---

<sup>1</sup> Cf note 1, sous n° 203.

à la convention de prête-nom, la tiennent souvent pour vérité absolue et immuable<sup>1</sup>, et ne prennent même pas le soin de rappeler que cette solution est en contradiction flagrante avec de très nombreuses décisions antérieures. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la jurisprudence, face à une doctrine quasi unanime, ait fini par consacrer cette distinction contestable, mais dont il faut souligner qu'elle ne condamne pas, de toute manière, la distinction entre le prête-nom réel et le prête-nom fictif.

#### 4. L'arrêt du 17 novembre 1999

209. Sous l'influence évidente de la doctrine, la jurisprudence a finalement pris à son compte, par un étrange phénomène de cercle vicieux, cette distinction que les auteurs prétendaient avoir déduit de la jurisprudence antérieure, et notamment de l'arrêt de 1982. D'ailleurs, dans un premier temps, la Cour de cassation ne semblait pas l'avoir intégrée dans son raisonnement : en effet, dans un arrêt du 19 juin 1990<sup>2</sup>, elle a rejeté le moyen selon lequel « le prête-nom est personnellement et directement engagé envers celui avec lequel il a contracté à ce titre, quand bien même ce cocontractant aurait eu connaissance de sa qualité » en décidant que la cour d'appel avait parfaitement justifié son refus d'accorder au tiers le bénéfice de l'option en relevant uniquement que celui-ci « n'ignorait pas » la réalité. Or, les circonstances de l'espèce auraient indiscutablement permis de considérer que le tiers avait participé à la simulation, mais ce n'était pas cette participation qui avait été retenue comme fondement de la solution. Au contraire, dans un autre arrêt du 8 juillet 1992<sup>3</sup>, la Cour de cassation a décidé qu'un tiers cocontractant

---

<sup>1</sup> Alain BÉNABENT, « Droit civil. Les obligations », collection « Domat droit privé », Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 290, p. 196 - Dominique D'AMBRA, Rép. civ. Dalloz, v° « Interposition de personne », 1998, n° 169, p. 18 - Henri, Léon et Jean MAZEAUD, et François CHABAS, « Leçons de Droit civil », tome 2 : « Obligations. Théorie générale », Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, 1998, note 5 sous n° 807, p. 923 - René DE QUENAUDON, J.-Cl. civ., v° « Art. 1984 à 1990 », fasc. 10 : « Mandat. Définition et caractères distinctifs », 1999, n° 5, p. 4 - Michel STORCK, J.-Cl. civ., v° « Art. 1321 », 1993, n° 87, p. 17 - François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 526, p. 496.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1990 : pourvoi n° 87-20.254.

<sup>3</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juillet 1992 : Bull. civ. III, n° 246, p. 151 ; JCP 1993.II.21982, note Georges WIEDERKEHR ; RTD civ. 1993.352, obs. J. MESTRE ; Gaz. Pal. 1993.I.panor.56 (un couple, les époux TRAGIN, désireux d'obtenir le bénéfice d'un prêt, avait imaginé, avec la complicité de la banque, le stratagème suivant : propriétaire d'un immeuble, il s'était entendu avec des amis, les époux PELLETIER, pour leur vendre fictivement le bien, de sorte que ces derniers devaient souscrire un emprunt pour financer cette acquisition fictive, étant bien entendu entre toutes les parties concernées que les véritables emprunteurs étaient les époux TRAGIN. Mais, lorsque ces derniers cessèrent leur remboursement, la banque tenta de pratiquer une saisie-arrêt sur les salaires des emprunteurs apparents. La cour d'appel débouta alors la banque de sa

ne pouvait pas invoquer l'apparence et agir contre le prête-nom, au motif qu'il « avait sciemment participé à la simulation ». Toutefois, la consécration de cette thèse n'était pas encore flagrante car un tiers qui participe à la simulation est *a fortiori* un tiers qui a connaissance de la réalité. Il fallait donc attendre que la juridiction suprême ait à se prononcer sur l'hypothèse d'un tiers qui avait eu connaissance de la réalité, mais sans avoir participé activement à la simulation. C'est seulement par un arrêt du 17 novembre 1999 que la Cour de cassation a pu consacrer cette thèse<sup>1</sup>.

210. En l'espèce, les faits étaient simples : une femme avait prêté une somme d'argent à son beau-frère pour les besoins de sa profession, en concluant ostensiblement le contrat avec sa soeur, qui servait ainsi, dans l'opération, de prête-nom à son mari. Puis, pour des raisons inconnues (sans doute des difficultés financières du beau-frère dans l'exercice de sa profession), la prêteuse avait assigné sa soeur en remboursement du prêt. Celle-ci s'opposa évidemment à une telle demande en invoquant sa qualité de prête-nom et la parfaite connaissance qu'en avait la prêteuse, tiers cocontractant. La cour d'appel ayant repoussé cette argumentation, le pourvoi lui reprochait alors de ne pas avoir recherché « d'une part, si elle n'avait pas été le mandataire de son mari, et, d'autre part, si sa soeur n'avait pas sciemment participé à la simulation ». Or, la Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif, « d'une part, que la cour d'appel, sans être tenue de procéder aux recherches invoquées, a, au vu des éléments produits aux débats, légalement décidé que les parties étaient liées par une convention de prête-nom, que, d'autre part, elle a retenu, sans constater une participation active [du tiers cocontractant] à la simulation, que celle-ci savait que l'argent prêté serait remis à [son beau-frère], qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ».

En permettant au tiers cocontractant d'invoquer l'apparence bien qu'il avait eu connaissance de la réalité dès l'origine, la Cour de cassation paraît bien avoir consacré la thèse de Dominique RAMBURE. On peut cependant s'étonner de la formulation retenue, qui traduit une certaine ambiguïté : en effet, comment expliquer l'affirmation de la Cour de cassation selon laquelle la cour d'appel n'était pas « tenue de procéder aux recherches invoquées » si la participation du tiers à la simulation a effectivement

---

demande sur le motif de sa participation à la simulation qui lui interdisait de se prévaloir de l'apparence).

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1999 : Bull. civ. I, n° 311, p. 202 ; Defrénois 2000, article n° 37188, n° 38, p. 716, note Ph. DELEBECQUE.

l'importance que cette thèse prétend lui donner ? En réalité, il nous semble que la Cour de cassation ne s'est pas prononcée directement sur le bien-fondé de la thèse que nous contestons, puisque celle-ci n'était pas discutée par l'auteur du pourvoi lui-même, mais a tout simplement voulu écarter une prétention qui tendait à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond. C'est donc seulement une consécration implicite de cette thèse qui résulte de cet arrêt.

211. Le doyen WIEDERKEHR, dans son commentaire de l'arrêt du 8 juillet 1992, avait tenté de justifier juridiquement la thèse de RAMBURE. Selon lui, l'explication de la distinction entre le tiers complice et le tiers non-complice, basée sur une application spécifique de la théorie de la simulation à l'hypothèse du prête-nom, n'est pas pertinente, dans la mesure où elle ne traduit pas la nature exacte du problème. En effet, « la détermination des parties à un contrat ne peut dépendre d'une simple question d'opposabilité ». En réalité, « c'est le principe de l'effet relatif des contrats qui est en cause ». Le tiers cocontractant est partie au contrat principal conclu par le prête-nom, mais il est tiers par rapport à la convention de prête-nom. C'est pourquoi, sa simple connaissance ou son ignorance de l'existence de la contre-lettre, à laquelle il n'est pas partie, ne suffit pas à modifier le contrat principal, dans lequel le prête-nom agit en son nom propre. Au contraire, lorsque le tiers cocontractant est complice, la convention de prête-nom résulte d'un accord tripartite. Elle peut donc influencer la portée réelle du contrat principal, en liant directement le maître de l'affaire plutôt que le prête-nom. En effet, « ce que la seule connaissance ne suffit pas à réaliser, la volonté des parties peut le faire ». Il faut donc se demander si la volonté des parties, dans le cadre de cet accord tripartite, a été de ne faire intervenir le prête-nom qu'à titre de représentant, malgré son action formelle en son nom propre, ce qui constituerait alors la base d'une véritable simulation (qualité réelle de représentant, et qualité apparente de non-représentant). Autrement dit, le doyen WIEDERKEHR retient l'opinion précédemment évoquée qui consiste à opposer la dissimulation conventionnelle (c'est-à-dire avec l'accord du tiers cocontractant) et la dissimulation unilatérale (c'est-à-dire à son insu, ou du moins, sans son accord, même si, par ailleurs, il a connaissance de la vérité). Or, nous avons vu que

la Cour de cassation a condamné, à deux reprises, cette distinction<sup>1</sup>. L'explication n'est donc pas satisfaisante.

212. Il faut donc admettre que, selon cette jurisprudence, le régime juridique de la simulation n'est pas le même dans tous les cas : tandis que la distinction habituelle oppose les tiers de bonne foi et les tiers de mauvaise foi, c'est une autre distinction qui est retenue dans le domaine particulier du prête-nom : celle qui oppose les tiers ayant participé et les tiers n'ayant pas participé à la simulation. Toutefois, cette jurisprudence ne résulte pas, comme on l'a toujours prétendu, de l'arrêt du 26 avril 1982 : elle résulte implicitement de cette récente décision de 1999 ! En outre, elle reste, à notre avis, sans aucun fondement juridique, puisque le seul qui a été proposé est en contradiction flagrante avec une autre jurisprudence, récente et parfaitement explicite, de la Cour de cassation. D'ailleurs, puisque l'inopposabilité résultant de la théorie de la simulation se justifie par le seul souci de protéger les tiers qui ont été trompés par l'apparence, ainsi que l'affirme généralement la doctrine, nous ne comprenons pas pourquoi, en matière de prête-nom, certains tiers peuvent bénéficier de cette inopposabilité, alors qu'ils n'ont pas été victimes de cette apparence<sup>2</sup>. Quoiqu'il en soit, même si cette jurisprudence est confirmée, il n'en reste pas moins que les trois arrêts précédemment étudiés n'ont pas fondé leur solution sur l'article 1321 du Code civil, mais sur l'article 1134. Il faut donc en conclure qu'il existe deux types de prête-noms. Lorsque le prête-nom agit réellement en son nom propre, le lien de droit est établi sur sa propre tête, et uniquement sur sa tête (il n'y a ni représentation, ni simulation). Lorsqu'il agit fictivement en son nom propre, le lien de droit est établi sur la tête du maître de l'affaire, mais certains tiers peuvent invoquer, à leur profit, la situation apparente pour considérer le prête-nom comme le véritable contractant.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1976 : Bull. civ. I, n° 64, p. 51 ; JCP 1976.IV.119 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : Defrénois 2001, article n° 37309, p. 237, n° 7, obs. R. LIBCHABER ; JCP 2001.II.10645, note T. AZZI.

<sup>2</sup> Cf dans le même sens : Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987, n° 432 et 433, p. 330 - Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 699.





## SECTION 2 : LE CONTRAT DE COMMISSION

213. A la différence de l'interposition de personne et de la convention de prêter-nom, le contrat de commission<sup>1</sup> fait l'objet d'une définition légale, contenue dans l'article L. 132-1 du Code de commerce<sup>2</sup>. En effet, il résulte de son premier alinéa, que le commissionnaire est « celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ». On pourrait donc immédiatement en conclure que le contrat de commission est une forme d'interposition de personne, si le second alinéa de cet article ne contredisait pas malencontreusement cette définition en énonçant que « les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit *au nom d'un* commettant sont déterminés par le Code civil, livre III, titre XIII » (c'est-à-dire les règles relatives au mandat représentatif). Il en résulte une double interprétation possible : soit l'action en nom propre est de l'essence du contrat de commission, de sorte que la périphrase utilisée dans le second alinéa n'est qu'une manière maladroite de désigner un mandataire commercial que les parties auraient abusivement qualifié de

---

<sup>1</sup> Cf notamment : Alain BÉNABENT, J.-Cl. com., tome 2, v° « Contrat de commission », 1992 - Patrick CHAUVEL, Rép. com. Dalloz, v° « Commissionnaire », 1999 - Marie-Pierre DUMONT, « L'opération de commission », Litec, 2000, préface J.-M. MOUSSERON - Joseph HAMEL (étude collective sous la direction de), « Le contrat de commission. Études de droit commercial », Dalloz, 1949.

<sup>2</sup> Anciennement article 94 du Code de commerce.

commissionnaire, soit le terme de commissionnaire vise indistinctement celui qui agit en son nom propre et celui qui agit au nom du commettant. De nombreux débats sont alors intervenus en doctrine pour tenter de choisir entre ces deux interprétations contraires. Cependant, il ne nous semble pas utile d'en rendre compte dans nos développements, puisque la jurisprudence, après quelques années de silence, s'est ensuite prononcée très clairement, et à de très nombreuses reprises, en faveur de la première interprétation<sup>1</sup>, à laquelle se rallie actuellement la quasi-unanimité de la doctrine. Le commissionnaire est donc uniquement celui qui agit pour le compte d'un commettant sous son propre nom, c'est-à-dire celui qui organise les opérations de bout en bout et sous sa propre responsabilité, de manière à ce que le commettant n'ait à intervenir personnellement ni pour la conclusion du contrat, ni pour son exécution. Celui qui agit au nom de son commettant n'est pas un véritable commissionnaire, mais un simple mandataire. Une fois cette première difficulté résolue, il n'en subsiste pas moins que la notion de commission doit être précisée davantage, afin de pouvoir la distinguer des autres formes d'interposition de personne (§ 1). Nous pourrions alors tenter de rechercher la nature juridique particulière de ce procédé, et d'en déduire, dans ses grandes lignes, les effets qui s'y rattachent. (§ 2).

---

<sup>1</sup> Com., 6 octobre 1992 : Bull. civ. IV, n° 298, p. 215 - Com., 19 février 1985 : Bull. civ. IV, n° 71, p. 62 - Com., 21 juin 1982 : Bull. civ. IV, n° 235, p. 205 - Com., 10 février 1970 : Bull. civ. IV, n° 49, p. 49 - Com., 3 mai 1965 : Bull. civ. III, n° 280, p. 253 - Com., 15 juillet 1963 : Bull. civ. III, n° 378, p. 319 - Com., 6 juillet 1960 : Bull. civ. III, n° 279, p. 257 - Crim., 30 avril 1853 : DP 1853.5.140 - Crim., 24 juillet 1852 : DP 1852.1.254 ; S.1852.1.584.

## § 1 : La définition de l'opération de commission

214. Se contenter de définir le commissionnaire comme « celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant » ne suffit pas à le différencier des autres formes d'interposition de personne. Peut-on, par exemple, attribuer cette qualification à un gérant d'affaires (au sens large) qui agirait en son nom propre pour le compte du géré ? Si l'on ne souhaite pas retenir une telle conclusion, il faut alors spécifier que le commissionnaire est celui *qui a reçu mission* d'agir en son nom propre pour le compte d'un commettant. Cette précision permet également de le distinguer du mandataire ordinaire qui décide spontanément de ne pas révéler sa qualité et le nom de son mandant, en raison de l'absence d'intérêt et de curiosité du tiers cocontractant sur cet aspect de son action. En effet, si le commissionnaire agit en son nom propre, c'est parce que le contrat de commission impose une telle manière d'agir. Ce sont donc finalement les mêmes restrictions que celles qui ont été retenues pour la convention de prête-nom qui doivent être ajoutées à la définition de l'opération de commission : il faut qu'un contrat de mandat soit conclu, que celui-ci soit un mandat en nom propre, c'est-à-dire un mandat qui impose au mandataire d'agir en son nom propre, et enfin que ce dernier agisse effectivement en son nom propre. Ces trois éléments sont communs à l'opération de commission et à la convention de prête-nom. Il ne nous reste

donc plus qu'à déterminer les critères de distinction entre ces deux techniques (A), avant d'en présenter quelques unes des principales applications (B).

### **A. Les critères de distinction avec le prête-nom**

215. On ne peut pas différencier l'opération de commission et la convention de prête-nom en fonction du caractère gratuit ou onéreux des opérations en cause, puisqu'il est admis que la rémunération du commissionnaire n'est pas de l'essence du contrat de commission, et surtout, que la gratuité de l'intervention du mandataire prête-nom n'est absolument pas un élément obligatoire de la convention de prête-nom. De même, le critère qui était habituellement retenu par la doctrine au XIX<sup>e</sup> siècle, à savoir la commercialité de la commission, qui s'opposerait au caractère civil de la convention de prête-nom, est aujourd'hui complètement abandonné : en effet, la doctrine moderne admet volontiers que, même si l'article L. 110-1 alinéa 2<sup>1</sup> du Code de commerce répute acte de commerce toute entreprise de commission, l'acte de commission isolé n'est pas commercial en lui-même. Dès lors, une ou même plusieurs opérations isolées, à condition qu'elles ne constituent pas une entreprise de commission, peuvent avoir un caractère civil. L'hypothèse sera particulièrement rare, car elle suppose, d'une part, que le commissionnaire ne soit pas un professionnel, exerçant à titre habituel des actes de commission, et d'autre part, que les opérations en cause portent sur des actes de nature civile. Mais, elle n'est pas cependant totalement impossible. De toute manière, il est évident que, de son côté, la convention de prête-nom peut également porter sur des opérations de nature commerciale, et être utilisée aussi bien par des commerçants que des non-commerçants : on admet même que le gérant d'une société commerciale puisse être un simple prête-nom du véritable gérant de fait, autrement dit que la convention de prête-nom puisse porter sur toute une activité commerciale dans son ensemble.

216. N'est-ce pas plutôt dans le degré d'opacité de l'intervention en nom propre de l'intermédiaire que réside le critère de distinction entre la convention de prête-nom et le contrat de commission ? C'est, en effet, une opinion répandue que le prête-nom ne se contente pas de taire le nom de son mandant, mais dissimule également aux tiers sa

---

<sup>1</sup> Anciennement article 632 alinéa 2 du Code de commerce.

qualité de mandataire, leur faisant croire ainsi qu'il n'agit que pour lui-même. Au contraire, une telle dissimulation ne serait pas possible pour le commissionnaire, dans la mesure où sa qualité résulte nécessairement de son caractère professionnel. C'est pourquoi, il est habituellement admis que la convention de prête-nom est une hypothèse de simulation, tandis que le contrat de commission n'implique aucune simulation. C'est donc finalement une simple dissimulation matérielle de qualité qui semble séparer l'intervention du prête-nom de celle du commissionnaire.

Mais nous avons déjà observé que la jurisprudence présente des hypothèses qui contredisent cette affirmation : le gérant de fait d'une entreprise commerciale n'hésite pas parfois à se présenter ostensiblement comme le véritable maître de l'affaire, son prête-nom se contentant alors d'apposer sa signature dans tous les actes où le nom du maître ne doit pas apparaître. Il a même été admis que la qualification de prête-nom devait être attribuée à un individu qui, dans l'acte lui-même, ne dissimulait pas sa qualité de simple intermédiaire, mais qui refusait simplement de révéler le nom de son mandant<sup>1</sup>. En outre, il est également admis que la dissimulation de sa qualité par un commissionnaire ne lui fait pas perdre cette qualité<sup>2</sup>. On peut d'ailleurs observer que beaucoup de commerçants exercent des activités diverses qui mêlent indistinctement des achats en vue de la revente et des opérations de commission : dans ce cas, il n'est absolument pas certain qu'ils penseront à préciser systématiquement leur qualité. Par conséquent, il faut bien admettre que le simple fait, pour un intermédiaire agissant en son nom propre, de dissimuler ou non sa qualité n'est pas un critère de sa qualification de prête-nom ou de commissionnaire.

217. Si ce n'est pas la dissimulation de qualité qui permet finalement de différencier le prête-nom du commissionnaire, faut-il en conclure, à l'instar d'une opinion récente<sup>3</sup>, qu'il n'existe pas de véritable critère de distinction entre les deux techniques, dans la mesure où la convention de prête-nom ne serait, pour cet auteur,

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1993 : Bull. civ., n° 191, p. 131 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 octobre 1988 : JCP 1988.IV.373 ; Gaz. Pal. 1988.2.panor.277 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 février 1983 : Bull. civ. I, n° 65, p. 56.

<sup>2</sup> Com., 3 janvier 1995 : RJDA 1995, n° 425, p. 343 - Com., 8 décembre 1980 : Bull. civ. IV, n° 414, p. 332.

<sup>3</sup> C'est la thèse défendue par Fabrice LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom (contribution à l'étude de la représentation imparfaite) », RTD civ. 1999.283.

qu'une forme particulière du contrat de commission<sup>1</sup> ? Cette conclusion n'est pas admissible dans la mesure où, quoiqu'en dise cet auteur, la convention de prête-nom n'est pas exactement soumise au même régime jurisprudentiel que le contrat de commission : il faut donc nécessairement trouver un critère de démarcation entre ces deux techniques. Celui-ci ne nous paraît pas pouvoir reposer directement sur la qualification de simulation qui semble opposer le régime juridique de la convention de prête-nom à celui du contrat de commission. En effet, nous avons admis, dans la section précédente, que la notion de prête-nom était en réalité duale, englobant des mandataires qui agissent fictivement en leur nom propre (prête-nom fictif), et des mandataires qui agissent réellement en leur nom propre (prête-nom réel). Mais nous pensons, malgré tout, pouvoir trouver un critère satisfaisant dans la notion de simulation, non pas dans son sens juridique le plus strict, mais dans un sens plus général.

La simulation consiste en un mensonge, à la différence de la dissimulation qui repose sur un simple secret. Le secret est évidemment un élément du mensonge, mais il ne suffit pas à le caractériser. Il ne devient mensonge que s'il a été volontairement mis en place avec une intention de tromper. Or c'est, à notre avis, cette intention qui oppose la convention de prête-nom au contrat de commission. En effet, même si le prête-nom agit réellement en son nom propre, c'est-à-dire sans représenter son mandant, et même s'il ne dissimule pas nécessairement à tous les tiers sa qualité réelle de mandataire, il reçoit cependant cette qualité de prête-nom car son mode d'intervention (en nom propre) implique, de sa part, une véritable intention de tromper au moins certains tiers (le tiers cocontractant, les créanciers du maître de l'affaire, le fisc ou les autorités judiciaires, etc.). Au contraire, même si occasionnellement un commissionnaire ne révèle pas aux tiers sa qualité, cette dissimulation ne résulte pas pour autant d'une véritable intention de tromper, mais simplement des circonstances de son action.

218. Il est vrai que le prête-nom réel n'est pas soumis, par sa définition même, au régime juridique de la simulation, ce qui tend alors à le rapprocher davantage du

---

<sup>1</sup> Observons que ce raisonnement n'est pas en soi pleinement satisfaisant : en effet, dans la mesure où la notion de prête-nom n'est pas présentée par cet auteur comme un synonyme parfait de celle de commission, mais comme une application particulière, il reste obligatoirement un élément de la première qui doit permettre de la distinguer, au sein de la catégorie générale, des autres formes de commission. Or, cet élément n'a pas été déterminé par cet auteur. A défaut, il aurait donc dû conclure à une synonymie parfaite.

commissionnaire que du prête-nom fictif. En effet, ce qui différencie les deux formes de prête-nom, c'est l'étendue de la simulation : le prête-nom fictif simule d'agir pour lui-même, et sans représentation, alors qu'il agit en réalité pour le compte d'autrui, et avec représentation, tandis que le prête-nom réel simule simplement d'agir pour lui-même, alors qu'il agit, en réalité, pour autrui. La simulation porte donc sur un aspect juridique de son intervention, dans le premier cas, et sur un simple aspect psychologique de son intervention, dans le deuxième cas. C'est pour cette raison que la simulation produit des conséquences juridiques précises dans l'hypothèse du prête-nom fictif, et n'en produit aucune dans l'hypothèse du prête-nom réel. Mais, il n'en demeure pas moins que, dans les deux cas, l'élément psychologique de la simulation, c'est-à-dire l'intention de tromper, existe, et permet ainsi de les différencier du commissionnaire. En effet, la motivation de ce dernier est tout autre : il n'intervient dans l'opération en son nom propre, que dans le seul but de décharger intégralement le commettant des modalités précises de réalisation de l'opération, pour laquelle celui-ci n'a entendu connaître que son commissionnaire, excluant ainsi, autant que possible, tout lien direct, tant au niveau de la conclusion des contrats, qu'à celui de leur exécution, avec les divers intervenants auquel il a finalement été nécessaire de faire appel. Il n'y a donc aucune intention de tromper les tiers dans les motivations respectives du commettant et du commissionnaire.

## **B. Les principales applications**

219. On peut définir le commissionnaire comme celui qui a reçu mission d'agir en son nom propre ou sous un nom social pour le compte d'un commettant, dans le but de simplifier, pour ce dernier, la réalisation et l'exécution concrète de certaines opérations, dont il désire se décharger entièrement sur lui. C'est pourquoi, en général, les commissionnaires sont des professionnels qui connaissent parfaitement le domaine dans lequel ils proposent leurs compétences. C'est donc une opération assez répandue en droit commercial, et qui concerne les domaines les plus variés. Ainsi, il existe, depuis longtemps, des commissionnaires en marchandises, chargés de la vente ou de l'achat de certaines marchandises, sur des marchés spécifiques dont ils ont une bien meilleure connaissance que leurs commettants<sup>1</sup>. De même, tous les intermédiaires qui

---

<sup>1</sup> Com., 15 juillet 1963 : Bull. civ. III, n° 378, p. 319 (vente de chevaux à des haras) - Civ., 29 décembre

interviennent en bourse, pour le compte de leurs clients, mais en leur nom propre, en vue de la négociation de valeurs mobilières ou de marchandises sont considérés comme des commissionnaires<sup>1</sup>.

Une certaine hésitation est intervenue en jurisprudence à propos des centrales d'achat qui sont, en général, chargées de négocier, pour le compte de leurs adhérents, les meilleures conditions d'approvisionnement auprès des fournisseurs, de sélectionner et de référencer de manière très précises des modèles, de fournir des documentations complètes sur les produits référencés, de rationaliser les circuits de distribution, de centraliser les commandes, de les transmettre aux fournisseurs, d'effectuer elles-mêmes les paiements, ainsi que d'apporter une aide technique et des services divers (études de marché, gestion de stocks, publicité collective) : il résulte de la confrontation entre les différentes décisions rendues en la matière que les centrales d'achat ont été qualifiées tantôt de commissionnaires, tantôt de simples mandataires, en fonction d'une analyse des faits qui doit permettre de révéler si les parties ont recherché l'opacité (action en nom propre) ou la transparence (action au nom d'autrui) de la centrale, notamment en étudiant si les factures ont été établies au nom de la centrale, ou directement au nom des adhérents<sup>2</sup>.

220. Les diffuseurs de presse qui vendent des journaux et périodiques en leur nom, mais pour le compte des éditeurs, sont aussi traditionnellement considérés comme des commissionnaires. Il nous faut cependant reconnaître que, dans ce dernier domaine, une jurisprudence récente de la Cour de cassation s'est développée, qui semble *a priori* de nature à remettre en cause cette qualification : en effet, elle avait toujours refusé d'appliquer au commissionnaire, et en particulier au diffuseur de presse, la notion de mandat d'intérêt commun, et les conséquences qui en résultent sur l'impossibilité d'une

---

1930 : DH 1931.1.83 (achat de bois) - Rouen, 25 juin 1904 : DP 1906.2.191 (vente de draps) - Req., 4 novembre 1902 : DP 1903.1.44 (vente d'huile d'olive) - Nîmes, 10 avril 1861 : DP 1863.2.44 (achat de graines de ver à soie) - Civ., 14 novembre 1810 : S. 1791-1830, 3<sup>e</sup> volume : 1809-1811.1.258 (achat de balles de coton).

<sup>1</sup> C'est-à-dire les sociétés de bourse qui ont remplacé, depuis la loi du 22 janvier 1988, les anciens agents de change ; les établissements de crédit qui transmettent les ordres de vente et d'achat ; les intermédiaires intervenant dans les différentes bourses de marchandises ou sur le marché à terme des instruments financiers (MATIF).

<sup>2</sup> Cf M.-E. ANDRÉ, « Centrales d'achat : commissionnaires ou mandataires ? », Cahiers du droit de l'entreprise 1986, n° 27, p. 8 (T. com. Paris, 25 septembre 1985 ; Lyon, 6 décembre 1985 et Com., 12 novembre 1985).



révocation unilatérale du mandat sans motif légitime<sup>1</sup>. Or, par deux arrêts de la Chambre commerciale, l'un en date du 2 mars 1993, et l'autre en date du 29 février 2000<sup>2</sup>, les magistrats de la Haute juridiction ont estimé que le diffuseur de presse était un mandataire d'intérêt commun, au motif que, celui-ci n'étant pas propriétaire des journaux et périodiques qui lui sont confiés en vue de la vente (l'éditeur reprend tous les invendus), il n'agit pas en son nom personnel, mais au nom de la société éditrice. Notons toutefois que, s'il est vrai que le diffuseur n'acquiert pas la propriété des journaux, il reste néanmoins seul débiteur du prix des journaux vendus envers la société éditrice, laquelle n'a aucune action directe contre les clients du diffuseur, élément caractéristique de l'action en nom propre. Cet aspect devrait donc suffire à lui conserver sa qualité de commissionnaire, car il agit, au moins en partie, en son nom propre, et pour le compte de son commettant. D'ailleurs, le contrat de commission n'est-il pas une forme particulière du contrat de mandat, ce qui pourrait justifier ainsi le recours à la notion de mandat d'intérêt commun ?

221. La vente n'est pas la seule opération susceptible d'être accomplie par un commissionnaire. En effet, une autre application, particulièrement importante en pratique, de ce procédé est la commission de transport, réglementée dans ses grandes lignes par les articles L. 132-3 et suivants du Code de commerce<sup>3</sup>, et dont l'activité est strictement encadrée par un décret du 5 mars 1990. Il en résulte que le commissionnaire de transport est celui qui « organise et fait exécuter sous sa responsabilité et en son propre nom, un transport de marchandises selon les modes de son choix pour le compte d'un commettant »<sup>4</sup>. C'est donc lui qui se charge, non pas de transporter lui-même les marchandises (encore qu'il peut être amené à le faire, à titre accessoire, pour une partie limitée du transport), mais à organiser « de bout en bout » l'opération de transport. Il choisira lui-même, dans le cadre des instructions qu'il a reçues de son commettant, les modes de transport les mieux adaptés et les différents transporteurs auxquels il fera appel. Il réservera auprès d'eux le fret et établira les documents. Enfin, il se chargera de

---

<sup>1</sup> Rennes, 9 juillet 1974 : JCP 1975.II.17990 - Grenoble, 5 mars 1956 : D. 1956.327.

<sup>2</sup> Com., 29 février 2000 : D. aff. 2000.165 - Com., 2 mars 1993 : JCP 1993.II.22176, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; D. 1994.48, note T. AUBERT-MONPEYSSEN.

<sup>3</sup> Anciennement articles 96 et suivants du Code de commerce.

<sup>4</sup> Article 1er du décret n° 90-200 du 5 mars 1990, D. 1990.174.

l'assurance des marchandises pendant le transport, du dédouanement, et de l'emballage, l'étiquetage, l'entreposage et la manutention (soit par lui-même, soit plus généralement, en concluant des contrats avec des professionnels compétents). Il est un « intermédiaire précieux »<sup>1</sup>, qui économise à l'expéditeur du temps, des tracas et même de l'argent, puisque ce professionnel spécialisé est en relation permanente avec les transporteurs, et peut ainsi, en faisant jouer pleinement la concurrence, obtenir les meilleures conditions tarifaires. L'activité du commissionnaire de transport est donc particulièrement utile et riche. Notons toutefois qu'il se fait souvent aider, pour certaines parties du transport, par des sous-commissionnaires.

222. Enfin, de manière plus ponctuelle, la jurisprudence a pu attribuer la qualité de commissionnaires à des agences de voyage qui avaient accepté de traiter en leur nom propre, pour le compte de certains clients fidèles et solvables, avec des professionnels du tourisme (transporteurs, hôteliers, etc.), envers lesquels elles s'étaient engagées par une mention explicite insérée dans les bons de commande ou bons d'échange adressés au moment de la réservation<sup>2</sup>. Dans un tout autre domaine, la jurisprudence a également été amenée à consacrer la qualification de commission à propos du contrat conclu entre le producteur et le distributeur cinématographique<sup>3</sup>. Il en va de même pour l'agent artistique (impresario), qui a pour mission d'opérer le placement de l'artiste, puisque la Cour de cassation considère qu'il « agit non comme mandataire de ce dernier mais en qualité d'intermédiaire, et comme tel, est seul tenu des engagements qu'il prend à l'égard des tiers »<sup>4</sup>. Pour terminer, nous observerons que le tirage pour compte, c'est-à-dire l'émission d'une lettre de change pour le compte d'un tiers, est généralement analysé comme une forme de commission, puisque seule cette qualification juridique permet d'expliquer le régime applicable à ce procédé (le donneur d'ordre n'apparaît pas dans la lettre de change, de sorte que, bien que fournisseur de la provision, il n'est pas tenu cambiairement envers le bénéficiaire et les porteurs)<sup>5</sup>. Les applications du contrat

---

<sup>1</sup> JOSSERAND, « Les transports », librairie Arthur ROUSSEAU, 1926.

<sup>2</sup> Com., 20 novembre 1967 : D. 1968.362.

<sup>3</sup> Nancy, 12 janvier 1993, et sur pourvoi, Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 avril 1995 : D. 1996.somm.70, obs. T. HASSLER.

<sup>4</sup> Com., 22 mai 1991 : Bull. civ. IV, n° 173, p. 125 (l'artiste n'est pas tenu de payer le prix de fabrication des disques promotionnels commandés par son impresario à un fabricant).

<sup>5</sup> Michel JEANTIN et Paul LE CANNU, « Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté », précis Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 1999, n° 295, p. 187 - Jean-Christophe SAINT-PAU,

de commission sont donc extrêmement nombreuses. Elles devraient être soumises, en principe, à un régime de base commun, sous réserve de quelques particularités liées aux diverses réglementations spécifiques applicables dans certains domaines.

---

« L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998, n° 281, p. 271.

## § 2 : Les effets de l'opération de commission

223. Il résulte de sa définition que le contrat de commission est essentiellement un mandat sans représentation, qui se trouve donc normalement soumis au régime de l'interposition de personne réelle. L'objectif du commettant est de se "débarrasser" sur autrui des contraintes, tant matérielles que juridiques, qu'implique la réalisation de certaines opérations. C'est pourquoi, le commissionnaire accomplit lui-même tous les actes correspondants pour le compte du commettant, mais exclusivement en son nom propre. Néanmoins, le principe de l'absence de représentation, et par conséquent, de liens directs entre le commettant et le tiers cocontractant, semble devoir, même dans ce domaine, être nuancé. En effet, le régime que le droit positif réserve à l'opération de commission n'est pas parfaitement conforme à la qualification de mandat sans représentation. Cela nous paraît indiscutable, en ce qui concerne les effets réels de ce procédé (A). Mais, une discussion s'est également ouverte sur ce point, depuis quelques années, en ce qui concerne les effets personnels de l'opération de commission (B).

## A. Les effets réels

224. Toutes les opérations de commission devraient être soumises, en principe, à un régime commun résultant de la qualification habituelle de mandat sans représentation. Ainsi, dans les relations entre le commissionnaire et son commettant, ce sont effectivement les règles traditionnelles du mandat qui s'appliquent, par exemple, au niveau des obligations respectives des parties, ou de l'interdiction faite à tout mandataire (sauf autorisation) de se porter contrepartiste, etc. Mais, dans les relations avec les tiers cocontractants, seul le commissionnaire peut être débiteur ou créancier, car il agit en son nom propre. Aucun lien direct ne devrait pouvoir s'établir entre le commettant et les tiers cocontractants. Il s'ensuit que la propriété des divers biens qui font l'objet du contrat de commission doit normalement passer dans le patrimoine de l'intermédiaire : dans le cas du commissionnaire à l'achat, il deviendrait lui-même acquéreur des marchandises, avant d'en transmettre la propriété à son commettant, par application du contrat de commission ; et dans le cas du commissionnaire à la vente, il deviendrait personnellement propriétaire du bien, en vertu du contrat de commission, avant de le vendre lui-même à un tiers. Rien ne s'oppose *a priori* à cette manière d'agir, et à l'analyse juridique qui doit en résulter. Pourtant, ce n'est absolument pas la solution retenue, en droit positif, pour le commissionnaire.

225. La loi elle-même semble déroger à cette conclusion, basée pourtant, de manière parfaitement logique, sur l'absence de représentation que suppose normalement l'action en nom propre du commissionnaire : en effet, l'article L. 621-122 du Code de commerce<sup>1</sup> accorde au commettant, en cas de "faillite" du commissionnaire, le droit de « revendiquer, à condition qu'elles se retrouvent en nature, les marchandises consignées [...] pour être vendues ». On pourrait évidemment interpréter ce texte comme une exception, bien que le terme de revendication trahisse l'idée que, pour le législateur, le commettant est resté propriétaire des marchandises qu'il a déposées chez le commissionnaire pour être vendues. Mais, la jurisprudence a admis que ce droit de revendication, prévu par ce texte uniquement pour la commission à la vente, était également applicable à l'hypothèse de la commission à l'achat : le commettant devient

---

<sup>1</sup> Anciennement article 121 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985

immédiatement et directement propriétaire des marchandises achetées pour son compte, mais en son nom propre, par le commissionnaire.

Par ailleurs, l'article L. 132-2 du Code de commerce<sup>1</sup> a aussi institué, au profit du commissionnaire, un « privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances [...] sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures »<sup>2</sup>. Ce privilège implique évidemment qu'il n'est pas le propriétaire de ces marchandises. Le raisonnement est le même à propos du droit de rétention que la jurisprudence accorde au commissionnaire sur les marchandises qui se trouvent entre ses mains, et destinées à être vendue pour le compte du commettant, ou acquises pour lui, mais non encore livrées.

L'idée que le commissionnaire ne devient pas le propriétaire des marchandises qu'il est chargé de vendre ou d'acheter, ne fait plus aucun doute actuellement<sup>3</sup>. Nous pouvons d'ailleurs observer que cette conclusion résultait déjà de l'analyse détaillée que nous avons faite précédemment d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 14 novembre 1810<sup>4</sup> ! Il s'agit donc d'une solution très ancienne, et qui est aujourd'hui parfaitement établie, mais qui contredit inévitablement la prétendue absence de représentation censée caractériser le contrat de commission. Dans ces conditions, il faut bien admettre, à notre avis, que le contrat de commission en marchandises opère, en quelque sorte, une représentation partielle, limitée apparemment au seul transfert de propriété, mais incontestable<sup>5</sup>.

226. On peut d'ailleurs se demander si cette représentation partielle ne permet pas de justifier finalement la jurisprudence, précédemment rappelée, concernant le statut des diffuseurs de presse<sup>6</sup>, auquel on accorde dorénavant la qualité de mandataire d'intérêt commun, alors qu'elle est traditionnellement refusée au commissionnaire,

---

<sup>1</sup> Anciennement article 95 du Code de commerce.

<sup>2</sup> On observera que l'idée d'un privilège sur des documents n'a aucun sens (puisqu'ils n'ont aucune valeur marchande) : en réalité, c'est un droit de rétention qui est accordé par la loi sur les documents.

<sup>3</sup> T. com. Paris, 30 janvier 1974 : Gaz. Pal. 1974.2.279, note F.-C. FOURGOUX - Civ., 26 mai 1913 : DP 1914.1.305, note CHÉRON - Crim., 18 novembre 1882 : D. 1883.1.230.

<sup>4</sup> Cf *supra*, n° 82.

<sup>5</sup> Cf, sur cette proposition de distinction entre les effets réels et les effets personnels de l'opération de commission : Marie-Pierre DUMONT, « L'opération de commission », Litec, 2000, préface J.-M. MOUSSERON, n° 631, p. 487.

<sup>6</sup> Cf *supra*, n° 220.

parce que celui-ci agit en son nom propre. En effet, le diffuseur de presse est bien un commissionnaire, agissant principalement en son nom propre, sauf en ce qui concerne le transfert de propriété, à propos duquel il reçoit effectivement le pouvoir de représenter l'éditeur, de sorte que la propriété des journaux ou périodiques passe alors directement de l'éditeur aux clients. C'est d'ailleurs, le principal argument qui avait été retenu par la Cour de cassation<sup>1</sup> pour justifier sa nouvelle jurisprudence : le diffuseur de presse « n'était pas propriétaire des journaux puisque la société [éditrice] reprenait les invendus ». La conséquence que l'on doit déduire de cette jurisprudence n'est donc pas, comme l'affirmait le commentateur de l'arrêt, de dénier aux diffuseurs de presse la qualité traditionnelle de commissionnaire, mais de reconnaître qu'un commissionnaire peut parfaitement agir, en partie, en son nom propre (pour les effets personnels du contrat), et en partie, en représentation de son commettant (pour le transfert de propriété).

## B. Les effets personnels

227. On s'est demandé s'il n'était pas possible d'aller plus loin, et de reconnaître, sans nier l'engagement personnel du commissionnaire, la possibilité, sur le plan des effets personnels du contrat, d'établir un lien direct entre le commettant et les tiers. C'est Boris STARCK qui a, le premier, défendu cette thèse, dans une étude collective parue en 1949 à propos du contrat de commission<sup>2</sup>, en proposant une construction originale de la représentation, dite *représentation imparfaite*, qui aurait pour effet d'engager le commettant, tout en conservant au commissionnaire son rôle de partie au contrat. Autrement dit, les deux se trouveraient ainsi liés par le contrat, à l'instar de ce qui était admis, sous l'Ancien Régime, pour le contrat de mandat, lorsque l'évolution du mécanisme de la représentation n'était pas encore totalement achevée. Or, cette construction doctrinale a été ensuite reprise par de très nombreux auteurs<sup>3</sup>, qui

---

<sup>1</sup> Com., 29 février 2000 : D. aff. 2000.165.

<sup>2</sup> Boris STARCK, « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », in « Le contrat de commission. Études de droit commercial », étude collective sous la direction de Joseph HAMEL, Dalloz, 1949.

<sup>3</sup> Cf notamment : Franck AUCKENTHALER, « Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire de la créance envers les tiers », D. 1998.chon.53 - Alain BÉNABENT, J.-Cl. com., tome 2, v° « Contrat de commission », 1992, n° 151, p. 19 (l'auteur admet la rareté de la jurisprudence en la matière, mais parle toutefois, à propos de cette construction, d'une analyse très subtile) - Fabrice

ne se contentent pas de la présenter comme une évolution prévisible, ou même souhaitable, de l'état du droit positif en matière de commission, mais comme l'état actuel du droit. Cependant, lorsqu'il s'agit de trouver des décisions judiciaires qui pourraient appuyer cette opinion, la plupart de ces auteurs ne citent aucune autre décision que celles qui sont invoquées par Boris STARCK dans son article, et qui ne nous paraissent vraiment pas convaincantes. Quelques rares arrêts, plus récents, sont également cités par certains auteurs, mais sans emporter véritablement la conviction. Il nous paraît néanmoins utile d'en apprécier plus précisément la valeur et la portée, afin de démontrer définitivement que cette construction doctrinale de la représentation imparfaite n'a aucunement reçu, jusqu'à ce jour, la consécration jurisprudentielle que l'on prétend lui attribuer.

228. Notons d'abord que l'opinion traditionnelle selon laquelle aucun lien contractuel direct ne peut exister entre le commettant et le tiers cocontractant (sauf évidemment, en ce qui concerne les droits réels, que nous avons étudiés précédemment) est basée sur une jurisprudence constante, et parfaitement explicite<sup>1</sup>. Cependant, Boris STARCK cite un arrêt de la Cour de cassation<sup>2</sup>, dans lequel la validité de la mise en gage de certaines marchandises (bois) que le commissionnaire avait seulement pour mission de vendre fut admise au motif que « le commissionnaire, autorisé par son commettant à agir en son nom propre, est par cela même investi du droit de disposer des choses dont ce commettant lui a donné la possession », sauf à constater explicitement, ajoute l'arrêt, que les tiers savaient, en contractant avec lui, qu'il excédait ses pouvoirs et contrevenait aux instructions qu'il avait reçues. En l'espèce, c'est précisément l'absence d'une telle constatation qui justifiait la cassation de l'arrêt de la cour d'appel. STARCK en déduit que le commissionnaire avait pu représenter son commettant, puisque la mise en gage avait été validée.

---

LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom (contribution à l'étude de la représentation imparfaite) », RTD civ. 1999.283 - Barthélémy MERCADAL, Mémento pratique Francis LEFEBVRE, « Contrats et droits de l'entreprise », 2000, n° 3510 - et les nombreux auteurs de manuels qui présentent le contrat de commission comme une forme de représentation imparfaite. *Contra* : Patrick CHAUVEL, Rép. com. Dalloz, v° « Commissionnaire », 1999, n° 239, p. 19.

<sup>1</sup> Notamment : Com. 9 décembre 1997 : JCP 1998.II.10201, note O. LITTY - Civ., 29 décembre 1930 : Gaz. Pal. 1931.1.299 - Civ., 14 juin 1892 : DP 1892.1.500 - Req., 3 mai 1887 : S. 1890.1.303 - Civ., 20 juillet 1871 : DP 1871.1.232.

<sup>2</sup> Civ., 29 décembre 1930 : DH 1931.83 ; S. 1931.1.136.



Il est vrai que, selon la jurisprudence unanime que nous avons évoquée précédemment, le commissionnaire n'acquiert pas la propriété des marchandises qu'il est chargé de vendre, puisque celle-ci passe directement du patrimoine du commettant à celui du tiers cocontractant. Dès lors, tout contrat réel que le commissionnaire serait amené à conclure concernant ces marchandises, suppose, en principe, pour sa validité, l'obtention préalable du pouvoir de représenter le commettant. Mais cependant, le fait que, dans cette affaire, la mise en gage des marchandises a été validée par la Cour de cassation, ne signifie pas pour autant, comme l'affirmait Boris STARCK, que le commissionnaire avait effectivement représenté son commettant. En réalité, cette décision constitue seulement une application de la théorie générale de l'apparence : en accordant au commissionnaire la possession du bien, et en le chargeant d'agir en son nom propre, c'est-à-dire sans possibilité pour les tiers de connaître l'identité de son mandant et les limites du mandat, le commettant a ainsi créé l'apparence d'un pouvoir illimité du mandataire sur la chose. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour de cassation distingue selon que les tiers connaissaient ou ignoraient, au moment de la conclusion du contrat, les limites des pouvoirs du commissionnaire. Dès lors, aucune conclusion ne peut être tirée de cette décision en faveur ou contre l'opinion défendue par cet auteur, puisque la solution aurait été exactement la même, selon que l'on retienne ou que l'on rejette cette construction originale de la représentation imparfaite.

229. Sont également citées, en général, diverses décisions concernant la validité des clauses-or dans les contrats conclus par le commissionnaire. En effet, ces clauses, qui prévoient le paiement des obligations nées du contrat en or (ou par référence à la valeur de l'or, ou d'une devise étrangère), sont totalement interdites en droit interne, mais autorisées en droit international. Or, il a été décidé, à plusieurs reprises<sup>1</sup>, que lorsqu'un contrat est conclu par un commissionnaire français avec un tiers cocontractant français, mais pour le compte d'un commettant étranger, ce contrat doit être considéré comme international, de sorte que la clause-or est parfaitement valide. C'est donc implicitement admettre que le contrat de commission retient sur les rapports juridiques du commissionnaire avec le tiers. Mais, contrairement à l'opinion de STARCK, nous ne pensons pas que cette jurisprudence signifie que « l'action contre le tiers prend

---

<sup>1</sup> Civ., 8 juillet 1931 : S. 1931.1.387 - Grenoble, 3 juin 1927 : S. 1927.2.133.

naissance directement dans le patrimoine du commettant »<sup>1</sup>. Elle signifie simplement que, pour l'appréciation du caractère international d'un contrat, la jurisprudence peut prendre en compte l'influence qu'exerce sur lui un autre contrat, auquel il est lié par une sorte de lien d'indivisibilité subjective ou objective. En effet, il est généralement admis qu'un contrat international est un contrat qui « met en jeu les intérêts du commerce international »<sup>2</sup>, et que cette définition permet ainsi de « considérer comme internationaux des contrats n'ayant, par leurs éléments propres, de contacts qu'avec un seul pays, mais formant une partie d'une opération économique internationale »<sup>3</sup>. Dès lors, ces décisions, souvent citées par les défenseurs de la représentation imparfaite, ne constituent pas une preuve de son admission concrète en droit positif.

230. Finalement, les seules décisions invoquées par Boris STARCK, qui semblaient véritablement incompatibles avec l'analyse traditionnelle du contrat de commission, étaient de simples jugements, rendus par des tribunaux de commerce, en 1896 et 1904, et que nous n'avons même pas réussi à nous procurer<sup>4</sup> ! Dans la première affaire, le Tribunal de commerce de Nantes aurait refusé d'admettre la compensation entre une dette personnelle du commettant envers le commissionnaire, et la créance du prix des marchandises vendues par ce dernier pour le compte du premier, au motif que le prix des marchandises vendues constitue une dette directe du tiers envers le commettant. Dans la seconde affaire, c'est la compensation, par le tiers, d'une créance personnelle qu'il avait contre le commettant, qui a pu être opposée à la demande en paiement de sa dette de prix par le commissionnaire.

C'était donc admettre implicitement que la créance du prix des marchandises est directement acquise par le commettant. Mais quelle valeur peut-on accorder à ces deux décisions de première instance, dont personne ne semble avoir trouvé, sur ce point précis en tout cas, aucune infirmation, ni confirmation ? Observons toutefois que le

---

<sup>1</sup> B. STARCK, *op. cit.*, p. 168.

<sup>2</sup> Formule empruntée à l'article 1492 NCPC concernant l'arbitrage international, mais étendue par les internationalistes à la définition du contrat international.

<sup>3</sup> Pierre MAYER, « Droit international privé », collection « Domat Droit privé », Montchrestien, 4<sup>e</sup> édition, 1991, n° 696, p. 437.

<sup>4</sup> T. com. Marseille, 24 mars 1904 : Journ. Marseille 1904.4.206 - T. com. Nantes, 30 décembre 1896 : Rec. Nantes 1897.4.121.

Code de commerce, qui accorde au commettant, dans son article L. 621-122<sup>1</sup>, un droit de revendication directe sur les marchandises confiées au commissionnaire, lorsque celui-ci tombe sous le coup d'une procédure collective, reporte, en son article L. 621-124, le bénéfice de cette revendication sur le prix des marchandises visées par l'article précédent, dans le cas où elles ont été vendues par le commissionnaire, semblant ainsi faire de la créance de prix de ces marchandises un droit direct du commettant. Mais cette autorisation exceptionnelle ne peut jouer qu'en cas de procédure collective du commissionnaire : or, si la thèse de la représentation imparfaite était admise en droit positif, cet article L. 621-124 serait parfaitement inutile pour justifier la revendication du commettant sur le prix des marchandises, laquelle ne serait d'ailleurs pas limitée à l'hypothèse de la procédure collective du commissionnaire. En outre, il faut remarquer que l'article L. 621-124 soumet cette revendication du prix à la condition que celui-ci n'ait pas été déjà « payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant » entre le commissionnaire et l'acheteur. N'est-ce donc pas une manière de rappeler que la créance de prix n'appartient pas directement au commettant, puisque la compensation en compte courant est possible entre celle-ci et d'autres dettes personnelles du commissionnaire envers le tiers acheteur ?

231. Une autre décision souvent invoquée est un arrêt de la Cour de cassation, en date du 19 mai 1925<sup>2</sup>. Un agent de change (commissionnaire) avait vendu à un tiers des droits de souscription à l'émission d'actions nouvelles annoncées par une société, qui appartenaient à son client (commettant). Or l'émission n'eut pas lieu, et les tiers acquéreurs assignèrent alors l'agent de change en remboursement. Ce dernier demanda au tribunal de le délier du secret professionnel, et de l'autoriser à révéler le nom de son commettant, afin que l'action soit intentée contre lui. Le jugement du tribunal de commerce, qui lui refusait ce droit, fut cassé, la Cour de cassation permettant ainsi que les tiers agissent directement contre le commettant. Cet arrêt semble donc confirmer la thèse de la représentation imparfaite. Mais, la lecture du chapeau de cet arrêt permet, au contraire, de retenir une toute autre conclusion : « attendu en droit que si les agents de change agissent généralement comme commissionnaires, cela tient aux effets du secret

---

<sup>1</sup> Anciennement article 121 de la loi du 25 janvier 1985.

<sup>2</sup> Civ., 19 mai 1925 : DH 1925.426.

professionnel qui, leur interdisant de faire connaître les unes aux autres les parties engagées dans une opération de bourse, les place dans l'impossibilité de s'actionner directement ; qu'il en est autrement quand, étant donnée la nature de l'opération, l'obligation du secret professionnel disparaît et que l'agent de change peut ou doit révéler le nom de son client ». Par conséquent, si les tiers peuvent, en l'espèce, agir directement contre le vendeur des droits, prétendu commettant, c'est parce que, compte tenu des particularités de cette affaire, la Cour de cassation a estimé que l'agent de change n'a pas agi véritablement comme un commissionnaire. C'est donc une représentation parfaite, et non imparfaite, qui justifie cette solution. La preuve en est que l'arrêt précise, un peu plus loin, « que si DUCHEZ [le tiers] avait une action contre les vendeurs des droits, il n'en avait pas, en l'état des faits constatés, contre les agents de change ». Or, la représentation imparfaite se caractérise précisément par le double engagement du représentant (imparfait) et du représenté.

232. Nous pouvons également écarter un autre arrêt, cité par STARCK<sup>1</sup>, qui déniait au commissionnaire le droit d'agir personnellement en dommages et intérêts contre le tiers pour inexécution du contrat tant que le commettant ne lui avait pas réclamé lui-même une indemnité de ce chef, car cette solution reposait uniquement sur l'absence d'intérêt du commissionnaire à agir, mais pas sur l'existence d'un prétendu lien direct entre le commettant et les tiers. Nous avons même pu relever trois autres arrêts cités abusivement par certains auteurs comme une preuve de la consécration de la théorie de la représentation imparfaite, alors qu'ils établissent précisément le contraire<sup>2</sup>. Il ne reste donc plus, à l'appui de cette construction doctrinale, qu'un arrêt étonnant de la Cour de cassation, en date du 20 février 1996<sup>3</sup>.

En l'espèce, une société AMISTAR avait chargé une société KAMINO d'organiser le transport d'une machine de France en Suisse, sur la base d'un contrat de commission

---

<sup>1</sup> Douai, 12 mai 1854 : S. 1855.2.190.

<sup>2</sup> Lyon, 6 décembre 1985 et T. com. Paris, 25 septembre 1985, publiés en annexe de : M.-E. ANDRÉ, « Centrales d'achat : commissionnaires ou mandataires ? », Cahiers du droit de l'entreprise 1986, n° 27, p. 8 (des fournisseurs qui contractent avec une centrale d'achat, commissionnaire, ne peuvent agir, en paiement de leurs créances, que contre celle-ci, et non directement contre les détaillants, commettants) - Rouen, 25 juin 1904 : DP 1906.2.191 (un commissionnaire, qui était chargé uniquement de vendre des draps, et qui a traité personnellement avec des tiers en vue du décatissage et de l'apprêt de ceux-ci, n'a pas représenté son commettant, qui ne se trouve donc pas engagé envers ces tiers).

<sup>3</sup> Com., 20 février 1996 : D. 1996.290, note Ph. DELEBECQUE.

de transport. Puis, cette dernière avait fait appel à un sous-commissionnaire, la société MOIROUD, pour la partie terrestre du transport sur le territoire français. Enfin, le sous-commissionnaire avait lui-même fait appel à un manutentionnaire, la société DRAGUET, pour procéder au chargement de la machine sur un camion. Le cariste de cette société ayant fait une fausse manoeuvre, la machine fut alors sérieusement endommagée. La compagnie d'assurance de la société expéditrice (commettant), subrogée dans les droits de cette dernière après l'avoir indemnisée, exerça alors une action en responsabilité contractuelle contre le sous-commissionnaire, et en responsabilité délictuelle contre le manutentionnaire. Le premier tenta d'opposer une clause limitative de responsabilité, figurant dans les conditions générales de la Fédération nationale des commissionnaires de transport. Or, la Cour de cassation a retenu, avec la cour d'appel, l'inopposabilité de cette clause au commettant, faute de n'avoir ni un caractère réglementaire, ni été expressément stipulée dans le contrat de sous-commission. Au contraire, s'agissant de l'action en responsabilité délictuelle intentée par l'assureur contre le manutentionnaire, la cour d'appel et la Cour de cassation la rejetèrent, au motif que le commettant (ou son assureur, subrogé dans ses droits) n'avait, contre lui, qu'une action en responsabilité de nature contractuelle !

233. En se prononçant sur l'opposabilité de la clause au commettant, sans remettre en cause le fondement contractuel de l'action du commettant contre le sous-commissionnaire, et en admettant implicitement que, si la clause avait été expressément stipulée dans le contrat de sous-commission, elle lui aurait été alors opposable, la Cour de cassation semble donc admettre l'existence d'un lien contractuel direct entre le commettant et le sous-commissionnaire, alors même que le commissionnaire principal avait conclu le contrat de sous-commission en son nom propre. Certes, il existe un régime particulier, en matière de transport, que l'on pourrait songer à invoquer pour justifier cette solution. En effet, l'article L. 132-8 du Code de commerce<sup>1</sup> dispose que « la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier ». Il en résulte que le commettant, en qualité d'expéditeur, avait une action contractuelle directe contre le transporteur, avec lequel le commissionnaire avait traité. Or, le sous-commissionnaire pouvait, sans doute,

---

<sup>1</sup> Anciennement article 101 du Code de commerce.

être considéré, du moins en partie, comme transporteur (voiturier). En outre, cette solution peut aussi s'expliquer éventuellement par l'article 1994 alinéa 2 du Code civil, qui permet au mandant d'agir « directement contre la personne que le mandataire s'est substituée », même si l'on sait bien que le commissionnaire est un mandataire un peu particulier. C'est d'ailleurs ce fondement que la Cour de cassation semble avoir retenu, puisqu'elle parle de « mandataire substitué ».

Mais par ailleurs, le rejet de l'action de l'assureur, subrogé dans les droits du commettant, contre le manutentionnaire, au motif qu'elle aurait dû avoir un fondement contractuel, ne peut se justifier directement par aucun de ces deux textes. En effet, l'action directe de l'article L. 132-8 du Code de commerce ne vise que le transporteur, et la jurisprudence refuse habituellement de l'étendre à d'autres participants, tel que le transitaire<sup>1</sup> ou le manutentionnaire<sup>2</sup>. Quant à l'article 1994 du Code civil, il ne vise évidemment que le sous-mandataire, et non le cocontractant avec lequel le sous-mandataire a lui-même traité. Quelle explication peut-on alors donner à cette solution surprenante ?

234. En accord avec le commentateur de l'arrêt, il nous semble que seuls deux fondements juridiques sont possibles : la représentation, ou l'action directe dans le cadre d'un sous-contrat<sup>3</sup>. La représentation, qui pourrait être évidemment imparfaite, comme l'affirmait Boris STARCK, permet, en effet, de justifier l'action contractuelle directe du commettant contre les sous-commissionnaires, et les tiers cocontractants, tel que le manutentionnaire. Mais elle ne tient pas compte du fait que le commissionnaire, et le sous-commissionnaire, ont agi chacun en leur nom propre, ni du but spécifique, à notre avis, de l'opération de commission, qui est de simplifier, pour le commettant, aussi bien la réalisation, que l'exécution concrète de l'opération principale (en l'espèce, un transport), en ne lui donnant qu'un seul interlocuteur, le commissionnaire, qui se chargera ensuite de tout le reste. Ce sont les raisons principales qui nous conduisent à rejeter, aussi bien dans cette affaire, que d'une manière générale, la thèse de la

---

<sup>1</sup> Paris, 15 décembre 1986 : BTL 1987.172.

<sup>2</sup> Paris, 22 novembre 1984 : BTL 1985.169.

<sup>3</sup> Jean NERET, « Le sous-contrat », thèse Paris II, *Bibliothèque de droit privé*, tome 163, L.G.D.J., 1979, préface P. CATALA - Bernard TEYSSIÉ, « Les groupes de contrats », thèse Montpellier, *Bibliothèque de droit privé*, tome 139, L.G.D.J., 1975. Sur les rapports entre l'interposition de personne et les groupes de contrat : cf *supra*, n° 165.

représentation imparfaite, du moins dans le cadre de l'opération de commission. C'est d'ailleurs également l'opinion du commentateur de l'arrêt, qui estime ne pouvoir trouver, dans l'analyse réelle de cette opération, « aucune volonté de représentation »<sup>1</sup>.

Il nous semble, en effet, que c'est la notion de sous-contrat qui correspond le mieux à la description des relations entre les différents intervenants. Le commettant avait confié une mission de transport au commissionnaire, lequel n'entendait pas s'en décharger sur le sous-commissionnaire ou sur le manutentionnaire, mais simplement s'adjoindre quelqu'un pour mener à bien cette mission, un peu comme un entrepreneur qui ferait appel à des sous-traitants. On sait, cependant, que l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 12 juillet 1991 (arrêt BESSE) a mis un frein à l'admission des actions directes entre contractants extrêmes. On peut légitimement se demander si cette arrêt n'est pas, d'une manière plus ou moins déguisée, une décision de résistance de la Chambre commerciale.

235. Finalement, en dehors peut-être de cette dernière décision, rien ne permet d'affirmer que la jurisprudence a consacré cette construction doctrinale de la représentation imparfaite. Mais, malgré cette absence réelle de consécration, il est intéressant de noter la percée incontestable qu'elle a faite en doctrine, comme si celle-ci en ressentait un besoin primordial. Elle doit, en effet, être tenue, à notre avis, pour une manifestation nouvelle de ce mouvement général en faveur des actions directes entre contractants extrêmes, en particulier dans le cadre des opérations conclues par des intermédiaires agissant en leur nom propre. Même si la volonté indiscutable des parties au contrat de commission est de ne pas créer de liens juridiques directs entre le commettant et les tiers cocontractants, il y a tout de même quelque chose de dérangeant à admettre, sans aucune restriction, cette stricte séparation juridique entre le sujet d'imputation des effets de l'acte, à savoir l'intermédiaire lui-même, et le destinataire réel de ces effets, le véritable maître de l'affaire. L'observation d'une telle inadéquation du droit au fait, caractéristique de l'interposition de personne, nous confirme alors, si besoin était, l'opportunité de rattacher l'opération de commission à ce concept.

---

<sup>1</sup> Ph. DELEBECQUE, note sous Com., 20 février 1996, D. 1996.290, n° 11.





### SECTION 3 : LA CLAUSE DE RÉSERVE DE COMMAND

236. Institution particulièrement originale, née sous l'Ancien Régime bien avant le XIV<sup>e</sup> siècle, dans le but de protéger les ventes aux enchères publiques contre la défection des personnes les plus fortunées qui, étant généralement de condition élevée, répugnaient à se mêler à la foule des enchérisseurs et à voir leur nom figurer dans les actes de vente, la clause de réserve de command<sup>1</sup> ne semble pas avoir, depuis cette époque, réussi à étendre son champ d'application au delà du domaine des ventes, et notamment des ventes publiques. C'est pourquoi, elle apparaît aujourd'hui comme une institution marginale, et de portée limitée, dont l'étude ne semble présenter qu'un intérêt quasi anecdotique. Pourtant, il est facile d'imaginer tout le parti que l'on peut tirer de ce procédé, dont l'originalité est de permettre à l'une des parties à un contrat de se substituer ultérieurement, si elle le souhaite, n'importe quelle autre personne, qui prendra alors sa place, et devra être ensuite considérée comme ayant personnellement et directement contracté. En outre, la doctrine est unanime à considérer que, dans notre système juridique de liberté contractuelle, rien ne s'oppose à son utilisation dans des domaines les plus variés, et pour la conclusion d'autres types de contrat que celui de la

---

<sup>1</sup> Émile FOUCAULT, « De la vente avec élection de command », thèse Paris, 1893 - Michel STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., Paris, 1982, préface D. HUET-WEILLER, n° 295, p. 220.

vente. Elle peut donc constituer une forme légale de dissimulation d'identité pour tous ceux qui souhaite rester anonyme au moment précis de la conclusion du contrat, mais pouvoir ensuite reprendre, facilement et ostensiblement, l'opération à leur propre compte. Dans ces conditions, une telle limitation de son champ d'application, dans la pratique quotidienne des juristes, peut paraître surprenante.

En réalité, il nous semble qu'il en existe aujourd'hui au moins une application nouvelle, que la doctrine observe avec intérêt et étonnement, mais sans songer à la rapprocher du procédé de la clause de réserve de command : il s'agit de la clause de substitution qui est de plus en plus souvent insérée dans les promesses unilatérales de vente, et qui a donné lieu, depuis quelques années, à une littérature très abondante<sup>1</sup>. En outre, il nous paraît fort probable que, compte tenu des avantages indéniables qu'elle présente, l'utilisation de cette clause de substitution sera amenée à se multiplier, dans des contrats de toute sorte, et à se présenter tôt ou tard devant les tribunaux. C'est pourquoi, il nous semble utile d'étudier, dans ses grandes lignes, le procédé traditionnel de la clause de réserve de command (Sous-Section 1), avant de tenter, par l'étude de cette application nouvelle, d'en démontrer le caractère moderne (Sous-Section 2).

---

<sup>1</sup> Cf la bibliographie citée *infra*, note 1, sous n° 266.

## SOUS-SECTION 1 : LE PROCÉDÉ TRADITIONNEL

237. La clause de réserve de command peut être définie comme la clause par laquelle l'une des parties à un contrat, tout en contractant personnellement, se réserve néanmoins la possibilité de se substituer ultérieurement, dans un délai généralement déterminé par avance, une autre personne qu'elle désignera ensuite, et qui prendra sa place dans le contrat, comme si elle avait elle-même directement contracté. A la différence d'un prête-nom qui révélerait ultérieurement l'identité du maître de l'affaire pour lui permettre de reprendre sa place dans l'opération, le bénéficiaire de la clause de réserve de command, lorsqu'il utilise, dans le délai qui lui est imparti, cette possibilité de substitution, est ensuite totalement dégagé du contrat dont il a été initialement partie, même à l'égard des tiers ou du fisc. En outre, cette désignation est entièrement à sa discrétion, dans le sens où il peut librement décider, soit de conserver le bénéfice du contrat pour lui-même, soit de se substituer finalement toute personne qui acceptera de prendre sa place. Dans la deuxième hypothèse, cette désignation, qui s'appelle déclaration de command (ou élection d'ami), opère alors immédiatement la substitution complète et rétroactive du premier au second. Le tiers désigné est généralement appelé command (ou ami élu), tandis que le bénéficiaire de la clause, contractant initial et désignataire de ce tiers, est appelé commandé (ou commandataire ou déclarant). Une

présentation générale de ce procédé (§ 1) nous permettra, sans doute, d'en déterminer la nature juridique (§ 2) et d'expliquer ainsi ce mécanisme original de substitution qu'une simple déclaration de command semble suffire à déclencher automatiquement.

## § 1 : La présentation générale du procédé

238. La clause de réserve de command n'est pas une simple promesse de portefort, car le contractant initial ne promet pas la ratification du contrat par un tiers, mais s'engage personnellement dans le lien contractuel, tout en se réservant la possibilité de se dégager ultérieurement du contrat, en se substituant une tierce personne, qui y consentira. Il en résulte que le contrat est définitivement formé dès la rencontre des consentements entre les deux parties contractantes initiales (le commandé, bénéficiaire de la clause, et le tiers cocontractant), et qu'il produit alors immédiatement effet entre elles : ainsi, s'agissant d'une vente, le commandé devient personnellement propriétaire du bien, et débiteur du prix. De son côté, le tiers cocontractant est lui-même débiteur, directement envers le commandé, des diverses obligations habituelles liées à sa qualité de vendeur (délivrance, garantie des vices cachés, etc.). Dès lors, si aucune déclaration de command n'intervient ensuite, le contrat naît, s'exécute et prend fin, comme un contrat ordinaire. Et d'ailleurs, même si une telle déclaration intervient finalement, avec la substitution rétroactive qu'elle doit entraîner, il n'en demeure pas moins que le contrat a été effectivement conclu et, dans un premier temps, personnellement exécuté par le commandé lui-même. Par conséquent, ce dernier, même s'il est intervenu dans l'acte exclusivement sur les instructions d'un tiers, au profit duquel il était prévu, dès

l'origine, une déclaration de command au moment le plus opportun, ne saurait être regardé comme un mandataire ordinaire, puisqu'il s'engage personnellement dans le lien contractuel, du moins aussi longtemps qu'il ne déclare pas command. Il agit donc, au moins à titre temporaire, en son nom propre.

239. Mais, d'un autre côté, si une déclaration de command intervient, dans le délai prévu, la personne désignée se substitue alors immédiatement, totalement et rétroactivement au contractant initial : le command et le commandé se trouvent ainsi, par rapport au contrat, dans une situation parfaitement identique à celle d'un mandant et d'un mandataire. Le command devient donc lui-même partie à l'acte, et en subit tous les effets présents, passés et futurs. En outre, il tient tous ses droits directement du tiers cocontractant, et non du commandé. Ce dernier est lui-même censé n'avoir jamais été propriétaire, créancier ou débiteur en vertu du contrat, et se trouve ensuite totalement dégagé, sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où les parties auraient expressément prévu son cautionnement personnel.

Même sur le plan fiscal, l'article 686 du Code général des impôts admet cette substitution, puisqu'il n'exige pas la perception d'un nouveau droit de mutation après une déclaration de command, à condition toutefois que celle-ci intervienne dans un délai de vingt quatre heures à compter de l'adjudication ou de la conclusion du contrat de vente. Cette conséquence fiscale est d'ailleurs, depuis toujours, l'un des principaux intérêts du recours à cette technique. Mais celle-ci présente également des avantages évidents sur le plan des conséquences civiles : en effet, le commandé, n'étant pas obligé de revendre au command le bien qu'il a acheté pour lui, après avoir assumé personnellement toutes les charges du contrat, hésitera moins à se porter acquéreur, lorsqu'il se trouvera face à une opportunité, puisqu'il ne sera tenu, ni de promettre la ratification de l'opération par le tiers, ni de supporter, sur son patrimoine personnel, les conséquences éventuelles de l'option offerte aux tiers de bonne foi par application de la théorie de la simulation. Dès lors, sans se prononcer sur la nature exacte du mécanisme mis en oeuvre, force est de constater que la déclaration de command produit tous les effets ordinaires d'une représentation.

240. Un certain nombre de conditions minimales sont toutefois nécessaires pour la réalisation de cette substitution. Et pour commencer, il faut qu'une clause de réserve de command soit expressément insérée dans le contrat de vente : peu importe qu'elle émane de l'acheteur, qui manifeste ainsi son désir d'en bénéficier, ou qu'elle soit proposée par le vendeur, dans le but de trouver plus facilement un acquéreur, pourvu que sa stipulation, qui n'est soumise à aucune formalisme particulier, résulte d'un accord entre les deux parties. Toutefois, dans les ventes sur saisie immobilière, elle est de droit pour l'adjudicataire, en vertu de l'article 707 alinéa 2 du l'ancien Code de procédure civile, puisque celui-ci dispose que « tout adjudicataire a la faculté de déclarer command dans les vingt-quatre heures de la déclaration de l'avoué [avocat] »<sup>1</sup> : par conséquent, même si le cahier des charges de l'opération d'adjudication contient souvent un article qui rappelle explicitement l'insertion de cette clause dans les conditions de la vente, cette faculté reste offerte à tout adjudicataire directement par l'effet de la loi, et joue donc également dans le silence du cahier des charges sur ce point. Elle est ainsi, en quelque sorte, imposée au vendeur, dans le cadre des ventes publiques aux enchères, tandis qu'elle ne peut exister sans son accord explicite, dans les autres formes de vente, ou pour d'autres types de contrat. Mais, dans tous les cas, elle n'est jamais introduite à son insu : le commandé n'est pas un prête-nom qui cherche à tromper son cocontractant.

241. Bénéficiaire de la clause, le commandé peut alors librement décider de garder pour lui les effets de l'opération, ou bien de se substituer autrui. Dans la première hypothèse, il n'a rien d'autre à faire que d'exécuter personnellement le contrat, et de réclamer à son cocontractant l'exécution de ses propres obligations à son profit. Mais, dans la deuxième hypothèse, il devra faire une déclaration de command, c'est-à-dire désigner la personne qu'il entend se substituer<sup>2</sup>. Toutefois, cette seule désignation suffit à constituer la déclaration de command : d'ailleurs, toute autre stipulation qui conduirait à modifier, même sur un point accessoire, le contrat initial, ou qui serait incompatible

---

<sup>1</sup> Il semble bien que cette disposition n'a pas été reprise par le décret n° 67-167 du 1<sup>er</sup> mars 1967 relatif à la saisie immobilière, qui abrogeait les articles 673 à 717 de l'ancien Code de procédure civile. Mais, l'application de celui-ci étant soumise, en vertu de son article 25, à la fixation de sa date de mise en vigueur par un autre décret, lequel n'a toujours pas été pris jusqu'à ce jour, ce sont donc toujours les dispositions de l'Ancien Code de procédure civile qui restent applicables aux saisies immobilières.

<sup>2</sup> En cas de décès du commandé, avant l'expiration du délai pour déclarer command, cette faculté appartient à ses héritiers.

avec la subrogation pure et simple, et rétroactive, du command au commandé, ne constituerait pas une déclaration de command, mais un acte translatif de droits au profit d'un tiers. Par contre, le commandé peut certainement introduire, dans sa déclaration, des stipulations qui restent compatibles avec l'esprit de la déclaration de command, par exemple la promesse de sa garantie personnelle au profit du command, en cas de défaillance du tiers cocontractant.

Cette déclaration de command peut être faite au profit de toute personne de son choix, y compris d'ailleurs, selon une jurisprudence qui a été généralement critiquée, au profit d'une personne qui était incapable ou inexistante au moment de la conclusion initiale du contrat de vente<sup>1</sup>. Elle peut être divisée au profit de plusieurs commands (sauf stipulation contraire dans le contrat de vente initial), ou bien être partielle, le commandé se gardant une partie de l'opération pour lui-même, et déclarant command pour le surplus au profit d'une ou plusieurs autres personnes. Il peut également séparer l'usufruit de la nue-propriété, ou bien la superficie du fonds des bâtiments qui y sont construits, etc. Quant à la forme de la déclaration de command, elle est totalement libre, sauf pour bénéficier de l'avantage fiscal, puisque l'article 686 du Code général des impôts exige la forme authentique, et impose ensuite une notification au fisc.

242. Le délai dans lequel cette déclaration de command doit intervenir est, en principe, déterminé par les parties elles-mêmes dans le contrat. A défaut, c'est un délai raisonnable qui semble s'imposer comme étant la volonté implicite des parties : en tout cas, il est admis qu'une mise en demeure du commandé, suivie, le cas échéant, d'une action en justice, permet de fixer les limites de ce temps raisonnable. La doctrine

---

<sup>1</sup> Cass., 4 décembre 1865 : S. 1866.1.31. On peut sans doute penser que l'effet rétroactif de la déclaration de command devrait s'opposer à la possibilité, pour le commandé, de se substituer une personne qui était dépourvue de la personnalité juridique au moment de la conclusion initiale du contrat, notamment si cette substitution est analysée comme une application du mécanisme de la représentation.

Mais, si cette solution reste éventuellement discutable en ce qui concerne les personnes physiques, elle nous semble parfaitement justifiée pour les personnes morales : en effet, notre droit des sociétés (article 1843 du Code civil et article L. 210-7 du Code de commerce) admet qu'une société puisse reprendre à son compte, avec effet rétroactif, tous les actes passés, en son nom, par les associés lorsqu'elle était encore en formation, c'est-à-dire privée de la personnalité juridique. Or, si les associés peuvent agir au nom d'une société en formation, et si la reprise postérieure de ces actes par la société suffit à les dégager rétroactivement du contrat, et à engager corrélativement la société, alors on ne voit pas ce qui pourrait empêcher les associés d'agir en leur nom propre, avec réserve de déclaration de command, et de désigner ultérieurement une société, qui était seulement en formation au moment de la conclusion de l'acte, dès lors que cette société a acquis entre-temps la personnalité juridique et a accepté de reprendre à son compte l'acte en question.



majoritaire estime qu'il n'y a aucune raison légitime d'imposer, à toutes les hypothèses, et pour tous les domaines, le délai légal de vingt-quatre heures prévu par les articles 686 du Code général des impôts et 707 alinéa 2 de l'Ancien Code de procédure civile. En effet, le premier ne vise que les conséquences fiscales d'une vente suivie de déclaration de command, et le second ne concerne que les ventes aux enchères publiques sur saisie immobilière. D'ailleurs, le point de départ de ce délai n'est pas le même dans ces deux situations : en effet, le délai de vingt-quatre heures court à partir de l'adjudication ou de la conclusion du contrat de vente pour l'application de l'article 686 du Code général des impôts, tandis que l'article 707 alinéa 2 de l'Ancien Code de procédure civile prévoit que l'avoué ou l'avocat dernier enchérisseur dispose d'un délai de trois jours, après l'adjudication, pour désigner l'adjudicataire, et que la faculté dont dispose ce dernier de déclarer command doit être exercée alors dans les vingt-quatre heures qui suivent la déclaration de l'avoué, ce qui peut faire un total de quatre jours après l'adjudication<sup>1</sup>. Dès lors, ces deux délais, apparemment identiques, ne le sont pas réellement, ce qui justifie finalement la liberté du juge pour fixer les limites de ce délai raisonnable<sup>2</sup>.

243. Toutefois, la déclaration de command ne peut pas entraîner, à elle seule, cette substitution du command au commandé : il faut, en effet, qu'elle soit accompagnée de l'acceptation du command désigné, puisque nul ne peut acquérir, ou être engagé, du fait d'un tiers sans son consentement exprès. En pratique, la technique de la déclaration de command peut toutefois se présenter dans deux situations fort différentes (mais dont

---

<sup>1</sup> Notons toutefois que la jurisprudence fiscale, dans le cas de vente aux enchères publiques, n'impose pas la notification de la déclaration de command dans les 24 heures qui suivent le jugement d'adjudication lui-même, mais dans les 24 heures à partir de la déclaration d'adjudicataire faite par l'avocat ou l'avoué (qui dispose lui-même d'un délai de trois jours à partir du jugement d'adjudication) : cette solution est heureuse, car une application rigoureuse du texte de l'article 686 du Code général des impôts priverait de tout son intérêt la possibilité accordée à l'adjudicataire désigné de déclarer lui-même command (Req., 24 juin 1937 : DP 1937.1.78 - Civ., 1<sup>er</sup> février 1854 : DP 1854.1.72 - Req., 24 avril 1811 : Jur. gén., v<sup>o</sup> « Enregistrement », n<sup>o</sup> 2475).

Il en résulte alors que, même sur le plan fiscal, il existe deux délais différents : pour une vente ordinaire, la période maximale d'incertitude est de 24 heures, tandis que pour une vente aux enchères publiques, cette période peut aller jusqu'à 4 jours.

<sup>2</sup> Sous l'Ancien Régime, les délais prévus par les différentes coutumes étaient variables, mais en général beaucoup plus longs : le plus souvent, on accordait 40 jours, mais, dans plusieurs régions (Toulouse, Anjou, Maine), « on donnait un an, à dater du jour de l'acquisition, sous prétexte que tel était le temps pendant lequel valaient ordinairement les procurations » (E. GLASSON, note sous Trib. civ. Toulouse, 5 février 1894 : DP 1895.2.1). C'est évidemment pour éviter la fraude fiscale, qui consistait à cacher une véritable revente derrière une prétendue déclaration de command, que le législateur révolutionnaire est intervenu, dans sa loi du 22 frimaire an 7, pour imposer un délai de 24 heures au-delà duquel l'avantage fiscal était supprimé.

le régime est parfaitement identique) : soit le command avait accepté, par avance, d'être engagé, avant même la conclusion du contrat, en vertu d'un mandat préalable qu'il avait confié au commandé d'agir pour son compte, mais en son nom propre et avec faculté de déclarer command, soit le command ne ratifie l'opération que postérieurement à sa conclusion, le commandé ayant alors agi sans aucun pouvoir, mais simplement avec l'espoir d'obtenir *a posteriori* la ratification de l'opération par un tiers. Dans le premier cas, le commandé a conclu le contrat sur les instructions du command, mais avec le souci de préserver temporairement l'anonymat de celui-ci, tandis que, dans le second cas, il a réalisé l'opération directement de sa propre initiative, en espérant trouver ensuite une tierce personne qui acceptera de la reprendre à son compte.

D'ailleurs, cette deuxième hypothèse peut se subdiviser elle-même en plusieurs situations psychologiques différentes : en effet, dans certains cas, le commandé avait eu directement à l'esprit un candidat potentiel à la reprise de ses actes, dont il espérait seulement obtenir la ratification ; dans d'autres cas, il n'avait pensé à aucune personne en particulier, mais uniquement à une catégorie de personnes susceptibles d'être intéressées (par exemple, des collectionneurs) ; enfin, le commandé a pu conclure l'opération principalement pour lui-même, en se réservant seulement une issue de sortie pour le cas où des circonstances exceptionnelles viendraient à changer certaines données de l'affaire. Mais, dans ces trois hypothèses, l'incertitude dans laquelle se trouve le commandé, au moment précis de la conclusion du contrat, sur l'obtention future de l'accord d'un tiers pour la reprise de l'opération à son compte, l'oblige à accepter l'éventualité de devoir garder pour lui-même cette opération, et d'en assumer toutes les conséquences sur son patrimoine personnel<sup>1</sup>.

244. La situation est donc fort différente pour le commandé qui a reçu préalablement un mandat de command, et pour celui qui a agi, au contraire, de sa propre initiative : en effet, le premier ne prend aucun risque personnel à conclure l'opération, puisque la substitution ne dépend ensuite que de sa seule volonté, tandis que le second voit sa situation personnelle dépendre en partie de la volonté d'un tiers. Dans la

---

<sup>1</sup> Il agit donc principalement en son nom propre, tandis que sa motivation est, en partie, altruiste : c'est à ce titre que la qualification de « personne interposée » peut lui être attribuée. Elle deviendra d'ailleurs définitive lorsque le commandé fera effectivement sa déclaration de command, indiquant ainsi sa volonté irrévocable de ne jouer dans l'opération qu'un rôle d'intermédiaire.

première hypothèse, l'acceptation prend la forme d'un mandat préalable. Dans la deuxième hypothèse, elle se traduit par une ratification postérieure, qui n'est soumise à aucune forme particulière : elle peut même être tacite, et résulter du comportement du command (par exemple, il se comporte comme le propriétaire de l'immeuble). Elle peut être antérieure ou postérieure à la déclaration de command. Mais, elle doit, au moins, intervenir avant l'expiration du même délai que celui qui s'imposait à la déclaration de command. En effet, ce qui importe réellement, pour les tiers, ce n'est pas la date de la déclaration de command en elle-même, mais la date de la mise en oeuvre de ses effets. Or, celle-ci reste inefficace tant qu'elle n'est pas complétée par l'acceptation du command désigné. Dès lors, cette acceptation doit être soumise au même délai que la déclaration.

245. A l'inverse, le command ne pourrait-il pas se faire lui-même connaître au tiers cocontractant, dans l'hypothèse où le commandé refuserait de faire sa déclaration, en vue d'aboutir à la substitution envisagée ? Autrement dit, la déclaration de command est-elle réellement indispensable pour la mise en oeuvre de cette substitution, en tant que manifestation de volonté, ou bien n'est-elle qu'un simple moyen d'informer les tiers sur l'identité du command, de sorte que tout autre mode d'information pourrait suppléer une éventuelle absence de déclaration par le commandé lui-même ? En réalité, la déclaration de command reste bien une condition *sine qua non* de la substitution, car il ne faut pas oublier que la clause de réserve de command n'accorde pas seulement à son bénéficiaire le droit de préserver temporairement le secret sur l'identité du command, mais une véritable alternative, à savoir garder pour lui l'opération, ou se substituer finalement autrui. Par conséquent, lorsque le commandé réalise l'opération en vertu d'un mandat préalable, qu'il a reçu du command, son refus de faire ensuite sa déclaration devrait représenter un obstacle incontournable pour la mise en oeuvre de cette substitution, même si, par ailleurs, une telle carence constitue incontestablement une faute contractuelle envers son mandant.

On peut néanmoins se demander si, dans une telle hypothèse, une déclaration de command forcée ne pourrait pas être décidée par un tribunal sous la forme d'une simple constatation judiciaire, et à titre d'exécution en nature<sup>1</sup>. Il nous semble alors qu'une telle

---

<sup>1</sup> En effet, lorsqu'une obligation de faire consiste à réaliser un acte juridique, il est admis qu'une décision

demande devrait également intervenir avant l'expiration du délai imposé pour la déclaration de command, ce qui peut rendre délicat la mise en oeuvre concrète de ce mode d'exécution. Néanmoins, compte tenu du rôle que nous pensons pouvoir attribuer à ce délai, il nous semble que ce n'est pas la date de la décision judiciaire qui devrait être prise en compte, ni même celle de l'assignation, mais celle de la simple mise en demeure, à condition qu'une copie en soit adressée au tiers cocontractant afin de l'informer de l'intention du command de saisir le tribunal en vue d'une exécution forcée en nature<sup>1</sup>.

Par contre, il est indiscutable que la seule déclaration unilatérale de volonté du command ne suffit pas à opérer cette substitution, car il ne s'agit pas seulement de parfaire un contrat qui aurait été réalisé, dès l'origine, pour le compte de celui-ci, mais plutôt de "dévier", en quelque sorte, en direction du command, les effets que le contrat produisait, depuis sa conclusion, à l'égard du commandé. On imagine alors volontiers que la nature juridique de ce procédé a fait l'objet de légitimes interrogations, auxquelles nous devons tenter de répondre maintenant.

---

judiciaire puisse y suppléer, en cas de défaillance du débiteur dans son exécution volontaire.

<sup>1</sup> En effet, nous verrons qu'une déclaration tardive n'est pas nulle, mais seulement inopposable aux tiers de bonne foi, et que doit être considéré comme un tiers de bonne foi, celui qui est trompé par l'apparence, c'est-à-dire celui qui, à l'expiration du délai d'exercice de l'option, est légitimement en droit d'interpréter le silence prolongé du commandé comme une renonciation au bénéfice de la substitution (cf *infra*, n° 263). Dès lors, en informant le tiers sur l'existence d'un mandat qui rend obligatoire, pour le commandé, la déclaration au profit du command, et sur l'intention de ce dernier de saisir le tribunal en vue d'une exécution forcée en nature, le command empêche le tiers de devenir, à l'issue du délai, un tiers de bonne foi.

On pourrait croire que cette solution est défavorable au tiers qui voit ainsi sa situation bloquée pendant toute la durée de l'instance. Mais, il n'en est rien, car le tiers continue, pendant cette période d'incertitude, à pouvoir exiger du commandé l'exécution du contrat, et à pouvoir se libérer entre ses mains de ses propres obligations. En effet, tous les actes qui pourraient être accomplis par le commandé, pendant cette période, et dans le cadre de l'exécution du contrat principal, seront nécessairement valables, même à l'encontre du command, soit directement si le tribunal repousse la demande en exécution forcée du mandat, soit par l'attribution rétroactive au commandé de la qualité de représentant du command, si le tribunal admet cette substitution judiciaire. Le commandé peut donc valablement exécuter le contrat au profit du tiers, pendant toute la durée de l'instance. C'est seulement à partir de la date de la décision judiciaire permettant l'exécution forcée en nature que le tiers ne pourra plus avoir de relations avec le commandé.

## § 2 : La nature juridique du procédé

246. La présentation de la technique de la déclaration de command nous a déjà permis de mettre en évidence sa spécificité par rapport à certains mécanismes de notre droit positif. Elle ne doit pas être confondue, par exemple, avec une simple cession de contrat, car elle opère une substitution rétroactive : le command est alors censé tenir ses droits directement du tiers cocontractant, et le commandé n'avoir jamais été lui-même engagé dans le lien contractuel. La clause de réserve de command ne peut pas davantage se ramener à une promesse de porte-fort, car le commandé ne se contente pas de garantir, par son engagement personnel, la ratification de l'opération par un tiers, mais accepte d'être personnellement lié par le contrat qu'il a conclu, du moins aussi longtemps qu'il ne fait pas sa déclaration. En outre, le porte-fort indique toujours, dans le contrat lui-même, le nom de la personne pour laquelle il prétend agir et dont il affirme pouvoir obtenir ensuite la ratification. Au contraire, le commandé ne donne jamais cette indication, dans la clause de réserve de command, puisqu'il se réserve précisément la liberté de décider *a posteriori*. Enfin, le commandé n'est ni un prête-nom réel ou un commissionnaire, puisque la déclaration de command n'opère pas une simple cession du contrat, mais une véritable substitution rétroactive, ni un prête-nom fictif, car il ne ment pas au tiers cocontractant, en lui faisant croire qu'il agit pour lui-même : au contraire,

c'est d'un commun accord que les parties insèrent la clause de réserve de command. C'est donc un procédé tout à fait original qui est mis en place par l'insertion d'une clause de réserve de command. Par conséquent, il nous faut d'abord tenter de déterminer le fondement juridique de la substitution résultant de la déclaration de command (A), pour pouvoir ensuite comprendre, sous tous ses aspects, la spécificité du régime de ce procédé (B).

### **A. Le fondement juridique de la substitution**

247. La conséquence essentielle de la déclaration de command est de faire entrer dans le lien contractuel une personne qui était étrangère à la conclusion du contrat, et de dégager corrélativement celui qui en était l'auteur. Si l'on exclut l'action directe et la stipulation pour autrui, qui pourraient éventuellement permettre de justifier l'inclusion du command dans la sphère contractuelle, mais pas l'exclusion du commandé<sup>1</sup>, seul le mécanisme de la représentation nous paraît alors de nature à expliquer cette anomalie juridique. C'est donc ce fondement que la doctrine moderne retient généralement. Mais, il est évident que le régime juridique de la déclaration de command est plus complexe que celui du mandat représentatif traditionnel : en effet, les conventions conclues par le mandataire produisent immédiatement leurs conséquences envers le mandant, et n'engagent, à aucun moment, le mandataire lui-même. Au contraire, la mise en oeuvre du mécanisme de la représentation semble temporairement suspendue dans l'hypothèse d'une opération contenant une clause de réserve de command : on pourrait alors songer à la qualifier, selon une formule empruntée au professeur Jacques GHESTIN<sup>2</sup>, de clause de « représentation à effet différé ». Mais, ce ne serait pas, en réalité, traduire, de manière satisfaisante, ce procédé original que de le résumer ainsi : en effet, la

---

<sup>1</sup> Une qualification plus complexe avait été proposée par certains auteurs anciens, qui résultait d'une combinaison entre la stipulation pour autrui et la promesse de porte-fort : en effet, la première permettait d'expliquer l'inclusion du command dans la sphère contractuelle, et la seconde de justifier l'engagement personnel du commandé, pour le cas où la déclaration de command ou la ratification du commandé ferait défaut. Mais, l'absence de déclaration de command ou de ratification du commandé n'empêche pas le contrat principal de produire tous ses effets : ils se produisent simplement à l'égard du commandé lui-même. Au contraire, l'absence de ratification, dans le cas d'une promesse de porte-fort, constitue un obstacle à la conclusion effective du contrat, car le promettant n'est pas lié par le contrat principal, mais seulement par sa promesse. Il sera alors condamné à verser des dommages et intérêts, mais pas à exécuter le contrat lui-même.

<sup>2</sup> Jacques GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994.777, n° 20.

représentation n'est pas simplement différée jusqu'à la déclaration de command, elle est également incertaine, car le bénéficiaire de la clause est totalement libre de faire ou non cette déclaration. Il n'agit donc pas nécessairement pour le compte d'autrui, mais "potentiellement" pour le compte d'autrui.

248. En outre, le commandé ne prend pas formellement, dans le contrat initial, la qualité de représentant : en effet, il ne désigne aucun tiers, dont il prétendrait être un simple mandataire, et n'affirme même pas agir au nom d'une tierce personne, dont il préférerait seulement conserver l'anonymat. En réalité, il agit principalement en son nom propre, tout en se réservant, uniquement par une clause isolée, la possibilité de se substituer ensuite une autre personne comme sujet d'imputation des effets de l'acte : l'action au nom d'autrui est donc, elle aussi, simplement "potentielle". Enfin, l'une des conditions habituelles du mécanisme de la représentation n'est-elle pas l'obtention préalable de l'accord de toutes les parties concernées sur l'orientation des conséquences de l'acte en direction d'une personne qui est restée étrangère à sa conclusion ? Cette condition essentielle, désignée par la formule *contemplatio domini*, suppose que le tiers cocontractant soit informé de cette intention de représenter autrui, et de l'identité de la personne représentée, puisque la représentation ne peut se faire sans son accord. La représentation n'est-elle donc pas incompatible avec cette absence de désignation du command dès la conclusion du contrat ? Une personne qui agit « au nom et pour le compte d'autrui », seulement de manière "potentielle", et qui, en ne désignant pas immédiatement celui-ci, empêche ainsi le tiers cocontractant de donner son agrément personnel à la prétendue représentation, peut-elle réellement recevoir la qualité de représentant ?

249. En réalité, comme nous l'avons déjà observé à plusieurs reprises, et comme nous le démontrerons dans nos développements ultérieurs, cette conception classique de la *contemplatio domini* doit être révisée : en effet, elle ne doit pas faire obstacle à l'application du mécanisme de la représentation chaque fois que le tiers cocontractant ignore la qualité de mandataire de celui avec qui il contracte, ou l'identité du mandant. Par conséquent, si la condition de *contemplatio domini* ne s'oppose pas à la représentation secrète de l'emprunteur de nom par son prête-nom, ni à la représentation

partielle du commettant par son commissionnaire (au niveau des effets réels), elle ne doit pas empêcher la représentation “potentielle” du command par le commandé. D’autant plus qu’il serait totalement inexact de prétendre que le tiers cocontractant n’a pas donné son accord personnel à la représentation, puisqu’il a accepté la clause de réserve de command qui avait précisément pour objet de permettre une représentation éventuelle. Bien sûr, au moment de la conclusion du contrat, il ignorait le nom du représenté, mais il a accepté cette incertitude, de sorte que son consentement n’est pas vicié par une quelconque erreur, et encore moins par un dol. Quant à l’incertitude que le procédé de la clause de réserve de command introduit sur la forme définitive de l’intervention du commandé, — à savoir en son nom propre et pour son propre compte, ou bien au nom et pour le compte d’autrui —, elle n’est pas de nature à mettre en doute la qualification de représentation éventuelle, mais nous incite seulement à déterminer la modalité précise de cette éventualité.

250. C’est naturellement à la modalité de la condition que la doctrine moderne a immédiatement songé : après avoir discuté sur la nature de cette condition (suspensive ou résolutoire), la plupart des auteurs s’accordent aujourd’hui à voir dans la clause de réserve de command une double condition, ayant un double effet, à la fois suspensif et résolutoire. En effet, la représentation n’est qu’éventuelle, et dépend de la réalisation de « deux événements futurs et incertains : la déclaration de command et l’acceptation de cette déclaration par le command »<sup>1</sup>. Si cette double condition se réalise, le commandé sera alors considéré comme ayant (rétroactivement) la qualité de représentant : celle-ci est donc suspensive. Mais, il perdra aussi (et de manière rétroactive) sa qualité de partie non représentante : la condition a donc également un effet résolutoire. Si, au contraire, cette double condition ne se réalise pas, le commandé conservera sa qualité de partie non représentante, et ne prendra pas la qualité de représentant. Cette analyse conduit donc à considérer que deux actes juridiques distincts ont été réalisés par le command : le premier, réalisé en son nom propre et pour son propre compte, mais sous la condition résolutoire de la survenance de ce double événement, et le second, parfaitement identique au premier, mais accompli au nom et pour le compte du command, sous la

---

<sup>1</sup> Michel STORCK, J.-Cl. civ., v° « Contrats et obligations », article 1119, 1992, n° 75, p. 12.



condition suspensive de la désignation ultérieure de ce command et de l'acceptation de cette déclaration par ce dernier.

251. La seule présentation de cette analyse suffit à en démontrer le caractère largement artificiel : en effet, comment peut-on affirmer que deux actes juridiques distincts ont été réalisés, alors qu'il s'agit évidemment d'une seule et même convention, contenant simplement une clause un peu particulière ? En outre, l'article 1174 du Code civil pose une exigence partiellement incompatible avec le procédé de la déclaration de command : en effet, il interdit l'introduction de toute condition qui serait purement potestative, c'est-à-dire qui dépendrait uniquement du bon vouloir de l'une des parties (plus précisément, le débiteur de l'obligation). Or, les défenseurs de cette thèse estiment que la condition n'est pas purement potestative, puisqu'elle dépend, non seulement de la déclaration de command, c'est-à-dire de la volonté du bénéficiaire de la clause, qui est l'une des parties au contrat<sup>1</sup>, mais aussi de l'acceptation du command désigné qui, lui, est un tiers par rapport au contrat. Mais, c'est oublier que l'acceptation du command peut résulter parfois d'un mandat préalable à la conclusion du contrat principal : en ce cas, cet événement n'est plus futur et incertain (même s'il est inconnu du tiers cocontractant, au moment de la conclusion du contrat). La condition ne dépend plus alors que de la seule volonté du commandé. Son caractère purement potestatif devrait donc conduire à l'annulation de la clause, et même de la convention dans son ensemble, par application combinée des articles 1174 et 1131 du Code civil<sup>2</sup>.

252. En réalité, le caractère purement unilatéral et potestatif de la déclaration de command nous amène plutôt à la considérer comme l'exercice d'une option<sup>3</sup>. En effet, le droit d'option peut être défini comme une « prérogative juridique qui permet à son

---

<sup>1</sup> En outre, il est bien débiteur des obligations dont la survenance de la condition est supposée le délier ensuite (par application du mécanisme de la représentation), puisqu'il est personnellement lié par le contrat, dès sa conclusion, et aussi longtemps qu'il ne fait pas sa déclaration de command.

<sup>2</sup> En effet, le caractère purement potestatif d'une condition doit entraîner l'annulation de l'obligation qui en dépend (article 1174). Or, dans le cas d'une vente avec clause de réserve de command, ce sont toutes les obligations de l'acheteur qui en dépendent (par exemple, l'obligation de payer le prix). Leur anéantissement prive alors toutes les obligations réciproques du vendeur de leur cause, de sorte que la convention doit être annulée dans son ensemble (article 1131).

<sup>3</sup> C'est la position retenue par quelques rares auteurs : Jacques GHESTIN, avec le concours de Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, « Traité de droit civil. Les effets du contrat », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1994, n° 578, p. 636 - Marie-Laure IZORCHE, « A propos du mandat sans représentation », D. 1999.chron.369.

titulaire de pouvoir, par un acte juridique unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible »<sup>1</sup>. Or, telle est bien la nature de la prérogative qui est accordée au commandé : il peut, de manière unilatérale, mettre fin à une situation juridique incertaine, en choisissant l'un des termes d'une alternative prévue par les parties dès l'origine, à savoir prendre ou non la qualité de représentant. D'ailleurs, en soi, la décision de représenter ou de ne pas représenter son mandant constitue toujours une décision unilatérale du mandataire, puisqu'elle résulte de son pouvoir de représentation (même si, par ailleurs, son refus de représenter peut éventuellement constituer, pour lui, une faute contractuelle envers son mandant). La seule spécificité de la clause de réserve de command est donc de lui permettre de disjoindre, dans le temps, l'exercice de ce pouvoir unilatéral (pouvoir "d'orientation des effets du contrat en direction d'un tiers") de la conclusion même du contrat principal.

On y retrouve alors toutes les caractéristiques habituelles du droit d'option : la période d'incertitude (sur la qualité de l'un des cocontractants, et par conséquent, sur l'identité de l'un des sujets d'imputation), une alternative prévisible, c'est-à-dire dont les conséquences de chacun des termes sont connues par avance (l'acquisition définitive par le contrat de son caractère obligatoire envers le commandé ou envers le command), le caractère unilatéral et normatif de l'exercice de l'option (dès lors que le commandé dispose du pouvoir de représentation, il n'appartient qu'à lui seul de décider s'il représente ou non), et enfin la nature potestative de ce droit, qui n'a aucun débiteur, mais seulement un bénéficiaire et des tiers placés dans une situation de « sujétion »<sup>2</sup> (c'est-à-dire qui ne peuvent ni s'opposer à son exercice, ni le violer, mais uniquement en subir les conséquences). C'est donc bien une représentation optionnelle que la clause de réserve de command introduit dans le contrat.

---

<sup>1</sup> Ibrahim NAJJAR, « Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral », thèse Paris, 1967 n° 45, p. 44. Également : Corinne HOUIN-SAINT-ALARY, « La droit de préemption », *Bibliothèque de droit privé*, tome n° 164, L.G.D.J., Paris, 1979. On peut citer, à titre d'exemple : l'option successorale, qui permet à son bénéficiaire de décider unilatéralement s'il prend la qualité d'héritier ou s'il la rejette ; l'option résultant d'une promesse unilatérale de vente, qui permet à son bénéficiaire de décider unilatéralement si le contrat de vente doit être définitivement formé ou non ; l'option résultant d'un pacte de préférence ou d'un droit de préemption, qui permet à son bénéficiaire, dès lors que la vente du bien est envisagée, d'évincer le candidat-acquéreur, en prenant sa place dans le contrat, ou bien au contraire, de le laisser conclure la vente.

<sup>2</sup> I. NAJJAR, *op. cit.*, n° 99 bis, p. 103.

## **B. La spécificité du régime de ce procédé**

253. La qualification de représentation optionnelle attribuée au mécanisme mis en oeuvre par la clause de réserve de command nous permet maintenant de cerner, de manière plus précise, le fonctionnement de ce procédé. En effet, lorsqu'une telle clause est insérée dans un contrat, celui-ci est immédiatement et définitivement formé, mais avec cette particularité que l'un des contractants bénéficie d'une option qui lui permet de choisir ultérieurement, et de manière unilatérale, la qualité définitive de représentant ou de non-représentant qu'il souhaite prendre dans cette opération. Dès lors, avant de chercher à déterminer les modalités et les conséquences de l'exercice de cette option (2), il nous paraît indispensable de procéder à une analyse de la situation juridique au cours de la période d'incertitude (1).

### **1. La situation juridique pendant la période d'incertitude**

254. Contrairement à ce que pourrait laisser croire la notion d'incertitude, la période d'attente n'est pas, et ne peut pas être, une période juridiquement "vide" : en effet, à défaut d'un choix définitif, il faut bien attribuer une qualification temporaire (positive ou négative) à la situation. C'est pourquoi les conséquences juridiques de l'opération ou de la situation temporaire sont nécessairement orientés, mais seulement à titre provisoire, en faveur de l'un des termes de l'alternative, de sorte que l'exercice de l'option apparaîtra finalement comme une simple confirmation ou infirmation de cette orientation provisoire. Ainsi, dans le cadre de l'option de succession, les successeurs du *de cuius* sont immédiatement considérés, et ce pendant toute la période d'incertitude, comme des héritiers, c'est-à-dire comme ayant déjà accepté la succession, de sorte que le refus éventuel de la succession par l'un d'entre eux apparaîtra finalement comme une renonciation (rétroactive). De même, avant la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, la situation temporaire est soumise, à titre provisoire, au régime de la non-conclusion du contrat de vente, de sorte que la levée éventuelle de l'option apparaîtra ensuite comme une modification (non rétroactive) de la situation antérieure.

Il n'est donc pas étonnant que, pour l'option résultant de la clause de réserve de command, le contrat puisse également produire, pendant la période d'incertitude, des conséquences juridiques temporaires qui sont celles de la non-représentation<sup>1</sup>, de sorte qu'une éventuelle déclaration de command apparaîtra ensuite comme une "déviation" (rétroactive) des effets originaires de l'acte. Cependant, cette orientation temporaire ne doit, en aucun cas, être analysée comme une limitation de la liberté du bénéficiaire de l'option, mais seulement comme une présomption provisoire, dont la confirmation ou l'infirmité définitive ne peuvent résulter ensuite que de l'exercice même du droit d'option.

## 2. L'exercice du droit d'option

255. Si le commandé décide finalement de prendre la qualité de représentant d'une personne dont il a obtenu le pouvoir de représentation correspondant (soit par un mandat préalable à la conclusion du contrat, soit par une ratification postérieure), il lui suffit alors d'exercer son droit d'option par une simple déclaration de command. Dans ce cas, la situation, qui était jusqu'alors incertaine et temporairement soumise au régime de la non-représentation, prend enfin une orientation définitive dans le sens contraire de la représentation. Le commandé est donc considéré, à partir de ce moment-là, comme ayant agi au nom et pour le compte d'autrui. Mais, il n'en reste pas moins que, pendant toute la période d'attente, il avait accepté d'être personnellement engagé dans le lien contractuel (action en son nom propre), alors même que sa déclaration de command postérieure démontre que sa motivation était, en réalité, altruiste (action pour le compte d'autrui) : il était donc, au cours de cette période, dans la même situation qu'un prête-nom réel. Il en va de même lorsque le commandé, bien que motivé exclusivement ou principalement par l'intérêt d'autrui au moment de la conclusion du contrat, renonce finalement, pour une raison quelconque, à cette possibilité de substitution rétroactive, et se contente de rétrocéder au command le bénéfice du contrat, la situation temporaire de non-représentation devient alors définitive : il aura donc agi, en partie, pour le compte

---

<sup>1</sup> En effet, l'objet de l'option, dans le cadre de la clause de réserve de command, n'est pas la conclusion ou la non-conclusion du contrat (comme c'est le cas pour la promesse unilatérale de vente), mais l'orientation des effets de ce contrat en direction du command ou du commandé, c'est-à-dire la représentation ou la non-représentation.

d'autrui, mais en son nom propre. Par conséquent, quelle que soit l'orientation choisie, le procédé de la déclaration de command apparaît bien comme une forme, au moins partielle, d'interposition de personne réelle.

256. Toutefois, nous savons qu'il existe un délai pendant lequel la déclaration de command ou la renonciation au bénéfice de la clause doivent, en principe, intervenir. La situation est alors beaucoup plus complexe, lorsque le commandé exerce son droit d'option après l'expiration du délai. Dans le cas des ventes d'immeubles, l'article 686 du Code général des impôts prévoit qu'une déclaration de command tardive (au-delà du délai de vingt-quatre heures) doit entraîner le paiement d'un second droit de mutation, comme si la situation temporaire de non-représentation s'était finalement perpétuée. Comment doit-on alors analyser cette solution ? Quelle est la nature exacte de ce délai ? La réponse la plus évidente consiste à le considérer comme un délai de prescription ou de déchéance du droit d'option : cette prérogative exceptionnelle, conférant à son bénéficiaire un pouvoir exorbitant par rapport aux tiers, ne doit-elle pas, en effet, être strictement encadrée et limitée dans son champ d'application temporel ? C'est d'ailleurs tout à fait conforme au régime habituel des autres droits d'option, qui sont également soumis à des délais. Cependant, le choix entre ces deux qualifications mérite d'être approfondi, car les conséquences juridiques qui en résultent sont importantes.

257. La prescription est définie par le Code civil comme « un moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi »<sup>1</sup>. La prescription acquisitive concerne exclusivement les droits réels : en effet, c'est la possession du bien (ou du droit réel) qui permet d'en acquérir la propriété à l'issue du délai. Au contraire, la prescription extinctive concerne les droits de créance : c'est l'absence de paiement et l'inaction du créancier qui permet de libérer le débiteur à l'issue du délai. Quant à la déchéance, elle est traditionnellement définie comme « la perte d'un droit à titre de sanction »<sup>2</sup>, mais une partie de la doctrine a mis en évidence le fait qu'il existait des déchéances indépendantes de tout comportement fautif. Nous

---

<sup>1</sup> Article 2219 du Code civil.

<sup>2</sup> Patrick NICOLEAU, « Dicojuris. Lexique de droit privé », Ellipses, 1996. Comparez : Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT, « Lexique de termes juridiques », Dalloz, 1995 (« Perte d'un droit, soit à titre de sanction, soit en raison du non-respect de ses conditions d'exercice »).

retiendrons donc la définition, plus exacte et plus précise, énoncée dans un article récent relatif à ce sujet : la déchéance est « la privation d'un avantage en raison et à proportion d'un manquement qui prive cet avantage de cause »<sup>1</sup>. Ce manquement n'est pas nécessairement fautif, et peut évidemment consister en une inaction prolongée. Dès lors, aucune différence ne transparait de ces deux définitions quant aux effets et à la cause de ces deux mécanismes : la prescription, comme la déchéance, entraîne la perte d'un droit ou d'un avantage (perte du droit réel par l'ancien titulaire, ou perte du droit de créance par le créancier), en raison d'un manquement (absence d'exercice du droit réel ou du droit de créance).

Il nous semble cependant que ce qui distingue ces deux modes d'extinction d'un droit par l'écoulement du temps, c'est leur fondement, c'est-à-dire la cause de cette privation d'avantage. En effet, la prescription est une sorte de consolidation juridique d'une situation de fait au détriment d'un droit antérieur : ainsi, la possession du bien par un non-propriétaire, combinée avec l'absence de possession du bien par le propriétaire (sinon, les deux possessions seraient équivoques) constitue une simple situation de fait (comme si le possesseur était lui-même propriétaire, ce qui n'est pas le cas), que le droit positif finit par consacrer, y compris au détriment de la situation juridique antérieure. De même, l'absence de paiement par un débiteur, combinée avec l'absence d'action du créancier, constitue une situation de fait ressemblant à celle qui résulte de la libération, de sorte que le droit positif finira par consacrer effectivement la libération du débiteur (en laissant éventuellement subsister une obligation naturelle<sup>2</sup>). La disparition du droit par l'effet d'une prescription résulte donc du fait que ce droit a été supplanté par la nouvelle situation juridique consacrée par le droit positif<sup>3</sup>. Au contraire, la perte d'un

---

<sup>1</sup> Olivier SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D. 1999.chron.487.

<sup>2</sup> Cf Henri, Léon et Jean MAZEAUD, et François CHABAS, « Leçons de Droit civil », tome 2 : « Obligations. Théorie générale », Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, 1998, n° 1163, p. 1200.

<sup>3</sup> Cf, dans un sens assez comparable, Gabriel MARTY, Pierre RAYNAUD et Philippe JESTAZ, « Droit civil. Les obligations », tome 2 : « Le régime », 2<sup>e</sup> édition, 1989, n° 319, p. 282 : « La prescription repose sur cette hypothèse de base, à laquelle elle va mettre fin, d'une contradiction entre l'attitude de l'un et le droit (le titre) de l'autre ».

Cf aussi, pour une autre présentation, Frédéric ZENATI et Stéphanie FOURNIER, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD civ. 1996.339 : « la prescription s'analyse [...] comme une érection du fait en droit. [En effet] la possession d'un bien, à force de durer, finit par rendre propriétaire » (p. 339). Or, selon ces auteurs, ce qui est vrai pour la prescription acquisitive l'est également pour la prescription extinctive qui repose sur le même fondement, à savoir la possession : « la possession de la libération, qui n'est, au départ, qu'une situation de fait, va, au bout d'un certain temps, être consacrée par le droit » (p. 340).

droit par l'écoulement d'un délai, dans le cadre d'une déchéance, tire son fondement directement dans le manquement observé : en effet, ce droit disparaît parce qu'il est privé de sa cause, de sa justification<sup>1</sup>.

258. Les conséquences de cette différence de nature sont multiples. D'abord, si ces deux types d'extinction de droit par l'écoulement du temps ne peuvent pas faire l'objet d'une renonciation anticipée, en raison de leur caractère d'ordre public, le Code civil autorise la renonciation à une prescription acquise, tandis que la mise en oeuvre de la déchéance ne semble pas donner un rôle quelconque à la volonté : en effet, c'est une raison objective qui conduit à la déchéance (la disparition d'un élément qui était la cause de l'avantage), de sorte que celle-ci ne peut faire l'objet que d'une constatation. Le juge peut la relever d'office<sup>2</sup>. En outre, une déchéance peut être d'origine légale ou conventionnelle, tandis qu'une prescription est nécessairement légale : le délai est fixé par la loi, car elle seule peut renverser une situation juridique établie par la consécration d'une situation de fait.

Enfin, la principale différence réside dans l'existence de causes de suspension et d'interruption de la prescription qui ne semblent pas applicables à la déchéance. Par exemple, la reconnaissance de sa dette par le débiteur interrompt la prescription extinctive d'une créance, car elle traduit un retour à une situation de fait conforme à la situation de droit (absence de libération). De même, la prescription peut être suspendue en raison de la minorité du bénéficiaire du droit, car ce dernier n'est pas en mesure d'adopter un comportement de fait conforme à celui que réclame normalement la situation de droit (exercice de son droit de propriété ou de créance). Or, ces deux causes de "blocage" de la prescription sont sans effet sur la déchéance puisque celle-ci résulte de circonstances qui mettent objectivement fin au droit par la privation ou l'altération de sa cause. En définitive, la prescription éteint seulement l'action, mais pas le droit<sup>3</sup>, tandis que la déchéance éteint directement le droit. C'est pourquoi, la prescription apparaît plutôt comme le résultat d'un conflit entre deux personnes (ancien et nouveau

---

<sup>1</sup> La déchéance requiert « un manquement intervenant dans certaines circonstances de nature à détruire la cause qui justifie le droit » : Olivier SAUTEL, article précité, n° 20, p. 492.

<sup>2</sup> Olivier SAUTEL, article précité, n° 23, p. 493. Au contraire, il ne peut pas constater d'office une prescription (article 2223 du Code civil).

<sup>3</sup> Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « Foisonnement des délais », in « Les désordres de la prescription », textes réunis par Patrick COURBE, Publications de l'Université de Rouen, 2000, n° 6, p. 10.

propriétaire ; créancier et débiteur), et la déchéance comme le résultat d'une situation objective qui s'impose à tous.

259. Par de nombreux aspects, les délais d'extinction des droits d'option se rapprochent plutôt des délais de déchéance que de prescription. Ils apparaissent ainsi davantage comme un manquement (une inaction du bénéficiaire de l'option) de nature à priver ce droit de sa cause, que comme une consécration du fait par le Droit. D'abord, la source conventionnelle de certains d'entre eux (promesse unilatérale de vente, clause de réserve de command) interdit de les considérer comme un moyen de transformation d'une situation de fait en situation de droit. En outre, le but évident du législateur, ou des parties contractantes, dans le cadre d'un droit d'option, est d'accorder à son bénéficiaire une liberté de choix entre deux situations juridiques équivalentes (accepter une succession ou y renoncer ; lever l'option ou renoncer au contrat de vente ; prendre la qualité rétroactive de représentant ou de non-représentant). Or, une telle liberté ne peut être accordée sans aucune limite : l'incertitude ne peut pas être définitive. La liberté s'arrête donc là où commence le besoin de certitude (ne serait-ce que pour des raisons évidentes de mise en oeuvre concrète). Il n'y a donc rien de surprenant à considérer que la cause de l'option (la volonté d'accorder une liberté) disparaît à l'issue d'un certain délai, et entraîne dans son sillage la disparition du droit.

D'ailleurs, l'extinction du droit d'option n'a pas l'effet libératoire que contient la prescription extinctive : nul n'est libéré du fait de l'écoulement du délai, car nul n'était obligé par l'option. En effet, le droit d'option n'est pas un droit de créance, mais un droit potestatif qui ne crée pas une relation d'obligation entre deux personnes, mais un lien de sujétion d'une personne à l'encontre de tous les autres. C'est pourquoi, il n'est pas possible de renoncer à la perte du droit d'option, comme on renoncerait à une prescription : par exemple, le possesseur peut renoncer à la prescription acquisitive, ou le débiteur à la prescription extinctive, mais qui peut renoncer à l'extinction de l'option successorale, en cas de défaut d'acceptation par l'héritier dans le délai de trente ans ? Les cohéritiers, ou les successeurs "en second", ne peuvent que renoncer à leurs propres droits sur la succession, et ainsi augmenter les droits des autres héritiers. Mais, nul ne peut renoncer au bénéfice de l'extinction de l'option successorale pour "perpétuer"



l'héritier initial dans son droit d'option et sa vocation à hériter. Il en va de même pour les autres droits d'option.

260. Depuis longtemps, une partie de la doctrine avait contesté la qualification de prescription, donnée par le Code civil lui-même (article 789), à l'extinction du droit d'option successorale<sup>1</sup>. Une évolution relativement récente de la jurisprudence semble lui donner raison : en effet, depuis 1989<sup>2</sup>, la Cour de cassation affirme qu'il appartient à l'héritier de prouver qu'il a accepté la succession dans le délai imparti, et non aux autres prétendants à faire la preuve de son absence d'acceptation. Or, la charge de la preuve, en matière de prescription extinctive, pèse toujours sur le débiteur libéré qui doit prouver l'inaction du créancier : en effet, sa prétention est fondée sur une règle dérogatoire (dérogation à l'article 1134 du Code civil), de sorte qu'il devra établir la réunion des conditions nécessaires à sa mise en oeuvre. Mais, dans le cadre de l'option successorale, il n'y a pas de débiteur, seulement des sujets passifs. Tous les droits d'option sont d'ailleurs, sur ce point, dans une situation identique : c'est au bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente qu'il appartient de prouver qu'il a levé l'option pendant le délai (par exemple, s'il y a un doute sur la date exacte de cette levée d'option), et non au promettant de prouver sa "libération". Il en va de même pour le délai d'extinction de l'option de représentation résultant d'une clause de réserve de command : la charge de la preuve pèse sur le bénéficiaire du droit d'option, qui doit établir l'existence d'une déclaration de command intervenue pendant le délai imparti, et non sur le tiers cocontractant.

261. Il est vrai que la qualification de déchéance est généralement présentée comme incompatible avec la possibilité d'une suspension ou d'une interruption du délai, alors que la jurisprudence continue à appliquer, en matière d'option successorale, de telles règles, propres à la prescription. Cependant, rien n'interdit d'admettre que la déchéance peut, elle aussi, dans certains cas, connaître de telles limitations à sa mise en

---

<sup>1</sup> Charles BEUDANT et Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Cours de droit civil français », tome 5 bis, n° 457 - Pierre VOIRIN, obs. sous Req., 27 janvier 1941 : JCP 1941.II.1635.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : Bull. civ. I, n° 34, p. 22 ; Defrénois 1989, article n° 34492, p. 487, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1989.606, obs. J. PATARIN. Solution confirmée par Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993 : Bull. civ. I, n° 304, p. 209 ; D. 1995.somm.332, obs. M. GRIMALDI, et par Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999 : Dr. fam. 2000, n° 31, note B. BEIGNIER.

oeuvre. En effet, elle est une privation d'avantage « en raison et à *proportion* d'un manquement qui prive cet avantage de cause ». Or, la cause de la liberté de choix résultant d'un droit d'option est l'obligation corrélative de choisir. C'est donc le manquement à cette obligation qui doit conduire à la perte du droit. Or, comme il ne peut y avoir manquement à une telle obligation si celle-ci ne peut pas être correctement exercée (par exemple, en cas de minorité du bénéficiaire de l'option), la suspension ou l'interruption du délai n'est pas inconcevable<sup>1</sup>. C'est donc la cause du droit lui-même qui peut justifier l'application de ces motifs de suspension et d'interruption du délai. Les délais d'exercice des droits d'option sont donc probablement des délais de déchéance. Cette conclusion s'impose-t-elle aussi pour le délai dans lequel doit intervenir la déclaration de command ?

262. Cette interprétation serait sans doute recevable, s'il existait un délai unique, valable à l'égard de tous. Bien sûr, il ne s'agit pas d'exiger un délai uniforme pour tous les droits d'option : en effet, le droit d'option de l'héritier doit être exercé dans le délai de 30 ans, tandis que le droit du bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est soumis au délai prévu par les parties, ou à défaut, à un délai raisonnable. Mais si, pour chaque application particulière du concept de déchéance, le délai peut être variable, il n'est pas admissible que, pour une même application, il existe plusieurs délais. Or, tel est le cas, en matière de déclaration de command : nous avons vu que les parties pouvaient déterminer, dans le contrat, un délai qui n'est pas forcément celui que la loi impose sur le plan fiscal. Supposons alors que les parties à un contrat de vente d'immeuble aient prévu un délai de 3 jours pour faire la déclaration de command : si celle-ci intervient le deuxième jour, elle sera inefficace sur le plan fiscal, et n'empêchera pas la perception d'un second droit de mutation, mais sera parfaitement valable sur le plan civil, de sorte que le command sera censé tenir ses droits directement du tiers cocontractant. Nous savons également que le délai applicable, à défaut de précision dans le contrat, est un délai raisonnable, qui ne se confond pas avec le délai fiscal.

Nous pensons donc que la sanction du silence prolongé du bénéficiaire de l'option n'est pas la déchéance de son droit, car un droit perdu par déchéance l'est

---

<sup>1</sup> Il n'est pas étonnant qu'il en aille différemment pour d'autres déchéances (y compris pour d'autres délais de déchéance), car la cause du droit n'est pas toujours identique.

forcément à l'égard de tous. Certes, la nécessité d'opter implique, sans doute, un délai de déchéance uniforme qui entraîne la perte totale et définitive du droit (un délai de trente ans ?), mais celui-ci est indépendant des différents délais fixés par la loi (vingt-quatre heures), par les parties (totalement libre), et le cas échéant, par le juge (délai raisonnable). Ces derniers, en raison de leur diversité, ne peuvent donc pas jouer le rôle de déchéance du droit, mais seulement un rôle d'inopposabilité (qui peut être alors variable d'une personne à l'autre). Une explication s'impose pour mieux comprendre ce mécanisme original.

263. Le commandé bénéficie d'une option : il peut décider de représenter ou de ne pas représenter. Mais les deux termes de cette alternative ne sont pas tout à fait sur un pied d'égalité : l'un d'entre eux (celui de la non-représentation) gouverne déjà, à titre provisoire, la situation temporaire. Dès lors, pour confirmer cette orientation, le commandé peut se contenter de se taire, tandis que l'orientation contraire suppose une déclaration explicite. Il est donc naturel que le silence prolongé du commandé puisse être interprété par les tiers comme une confirmation implicite de la situation juridique temporaire. Mais, la liberté du commandé ne doit pas être entamée par cette simple présomption, car il dispose d'un véritable pouvoir de représentation, qui est à sa totale discrétion. Il en résulte qu'un commandé, qui finit par faire sa déclaration de command, mais dans un délai trop tardif, a créé une divergence entre la situation juridique apparente, résultant de son silence prolongé, et la situation juridique réelle, résultant de sa déclaration. Il y a donc eu une apparence trompeuse qui est susceptible de jouer sur l'opposabilité de la situation juridique réelle.

Sa décision tardive de représenter autrui est juridiquement valable, mais reste inopposable aux tiers de bonne foi qui ont été trompés par son silence prolongé. La loi fiscale a estimé qu'un délai de 24 heures suffisait à faire présumer, aux yeux du fisc, une renonciation implicite au bénéfice de la clause de réserve de command. Les parties peuvent évidemment considérer que, dans leurs rapports respectifs, cette présomption jouera à l'expiration d'un délai différent. Quoiqu'il en soit, une situation, juridiquement gouvernée par le mécanisme de la représentation, mais dont les effets peuvent être paralysés par une inopposabilité, est finalement soumise à un régime exactement

identique à celui du prête-nom fictif. Sous cet aspect, le procédé de la déclaration de command constitue donc une forme partielle d'interposition de personne fictive.

264. Finalement, la déclaration de command apparaît donc comme un procédé particulièrement complexe, qui emprunte son régime juridique, en partie au mécanisme de la représentation pure et simple, en partie à celui de l'interposition de personne réelle (non-représentation), et enfin, en partie à celui de l'interposition de personne fictive (combinaison entre la représentation et la théorie de la simulation). Nous pouvons donc parler d'une interposition de personne "mixte", dont le régime peut être alors résumé par le tableau suivant :

Périodes et événements	Personnes concernées	Régime applicable
Pendant la période d'incertitude, et même au delà, en l'absence de déclaration de command :	Pour tous	Régime de la non-représentation
En cas de déclaration de command non tardive :	Pour tous	Application <u>rétroactive</u> du mécanisme de la représentation
En cas de déclaration de command tardive :	Pour le command, le commandé et les tiers de mauvaise foi	Application <u>rétroactive</u> du mécanisme de la représentation
En cas de déclaration de command tardive :	Pour les tiers de bonne foi	<u>Option</u> entre le régime de la non-représentation et l'application <u>rétroactive</u> du mécanisme de la représentation

Remarque : rappelons que le caractère tardif de la déclaration de command est variable, en fonction des personnes concernées (délai conventionnellement prévu, à l'égard du tiers cocontractant ; délai de vingt quatre heures, à l'égard du fisc, du moins en matière de vente immobilière ; délai raisonnable fixé par le juge, dans les autres cas).

265. Il faut bien admettre que ce régime complexe ne présenterait pas un grand intérêt s'il se limitait à la seule forme traditionnelle de la déclaration de command. Mais l'objectif essentiel de la clause de réserve de command est de permettre au commandé, partie initiale au contrat, de se substituer ultérieurement la personne de son choix dans sa position contractuelle. Il n'y a donc rien d'étonnant à envisager un rapprochement avec d'autres clauses de substitution, que l'on peut trouver parfois dans certains contrats. Il en est ainsi des clauses de substitution généralement insérées dans les contrats de promesse unilatérale de vente, qui font l'objet, depuis quelques années, d'une attention doctrinale toute particulière, en raison d'une solution jurisprudentielle constante, que les auteurs ne parviennent pas à expliquer. Le recours au mécanisme de la représentation optionnelle, que la doctrine n'a pas encore exploité dans ce domaine, nous semble alors particulièrement intéressant à mettre en oeuvre pour tenter de donner enfin une justification satisfaisante à cette jurisprudence.



## SOUS-SECTION 2 : UNE APPLICATION NOUVELLE -

### LA CLAUSE DE SUBSTITUTION DANS LES PROMESSES

#### UNILATÉRALES DE VENTE

266. Rarement, une jurisprudence aussi claire, ferme et constante que celle qui est admise par la Cour de cassation, concernant les clauses de substitution dans les promesses unilatérales de vente, n'aura donné lieu à une littérature aussi abondante et embarrassée<sup>1</sup> ! Pourtant, l'objet de toute cette controverse doctrinale se résume à cette

---

<sup>1</sup> Jean-Luc AUBERT, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juillet 1969 : D. 1970.150 ; Defrénois 1970, article n° 29469, p. 36 - Laurent AYNÈS, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987 : D. 1987.454 - Marcel AZENCOT, « La transmission des promesses unilatérales de vente », JCP éd. N. 1992.I.61 - Martine BÉHAR-TOUCHAIS, « Retour sur la clause de substitution », *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 85 - Françoise BÉNAC-SCHMIDT, « La promesse unilatérale de vente », *Bibliothèque de droit privé*, tome 177, L.G.D.J., 1983 ; « La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité », D. 1990.chron.7 - Marc BILLIAU, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997 : JCP 1997.I.4039, n° 14 - Louis BOYER, « Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », JCP 1987.I.3310 - Philippe BRUN, « Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ? », RTD civ. 1996.29 ; obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997 : D. 1997.somm.341 - André CHAPPERT, « A propos de la substitution d'un tiers dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente », Defrénois 1993, article n° 35503, p. 421 - Jean Loup COURTIER, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999, Les Petites affiches, 1<sup>er</sup> février 2000, p. 18 - Yannick DAGORNE-LABBÉ, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 novembre 1990 : Defrénois, article n° 35141, p. 1241 - Jacques

unique interrogation : l'exercice, par le bénéficiaire initial d'une promesse unilatérale de vente, de la faculté de substitution au profit d'un tiers (dès lors que celle-ci avait été expressément prévue par les parties) doit-elle s'analyser en une cession de la promesse, soumise notamment au formalisme des articles 1690 du Code civil et 1840 A du Code général des impôts, ou bien en une institution juridique autonome, qui échappe alors à l'application de ces règles ? La jurisprudence, « aussi péremptoire qu'énigmatique »<sup>1</sup>, a toujours fermement repoussé la qualification de cession de promesse, de sorte que la doctrine s'est alors trouvée contrainte, soit de critiquer purement et simplement cette affirmation jurisprudentielle comme étant une solution de pure opportunité, soit de tenter de rechercher, sans véritable succès jusqu'à présent, le mécanisme juridique, en dehors de la cession de créance ou de contrat, qui serait susceptible d'expliquer le fonctionnement de cette substitution originale. Pour notre part, l'analyse juridique de ce procédé nous conduira à un rapprochement étroit avec le mécanisme de la déclaration de command (§ 2). Mais auparavant, il nous paraît nécessaire de procéder à un rappel précis de la position de la jurisprudence sur cette question (§ 1).

---

**GHESTIN**, « La nature juridique de la faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente », *Les Petites affiches* 1987, 30 octobre 1987, p. 13 - Emmanuel **JEULAND**, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998.chron.356 ; « Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation », *Bibliothèque de droit privé*, tome 318, L.G.D.J., 1999 ; note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999 : *D.* 2000.195 - J.-F. **LUSSEAU**, « Des problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière », *RTD civ.* 1977.483 - Didier R. **MARTIN**, « Du changement de contractant » *D.* 2001.3144 - Ibrahim **NAJJAR**, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avril 1984 : *D.* 1985.234 ; « Option et substitution dans la promesse unilatérale de contrat », *D.* 1988.chron.135 ; note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1988 : *D.* 1989.65 ; « Clause de substitution et « position contractuelle » », *D.* 2000.chron.635 - Philippe **RÉMY**, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 17 avril 1984 : *RTD civ.* 1985.177 ; obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987, *RTD civ.* 1987.777 - Vincent **SOUBISE**, « La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », *D.* 1994.chron.237 - Olivier **TOURNAFOND**, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999 : *D.* 2000.somm.277 - Georges **VERMELLE**, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avril 1984 : *Defrénois* 1984, article n° 33432, n° 118, p. 1490.

<sup>1</sup> P. BRUN, article précité, n° 2, p. 30.



## § 1 : La position de la jurisprudence

267. En trente années, ce sont pas moins de 8 arrêts<sup>1</sup> qui ont été rendus par la Cour de cassation, relativement à cette question, pour réaffirmer sa jurisprudence avec une constance absolue, qui n'a d'égale que celle d'une partie de la doctrine réticente à l'accepter. Dès lors, pour bien en comprendre la portée, il n'est sans doute pas inutile d'en présenter brièvement le contexte. En effet, entre la phase initiale de négociation d'une vente et la conclusion définitive du contrat, la pratique a développé, depuis très longtemps, des avant-contrats de vente qui prennent la forme de contrats de promesse, dans lesquels l'une des parties s'engage, par avance, à l'égard de l'autre, à la conclusion définitive du contrat. Parmi les trois formes possibles, la plus fréquente, et la seule qui

---

<sup>1</sup> Dans l'ordre chronologique : Civ. 3<sup>e</sup>, **2 juillet 1969** : Bull. civ. III, n° 541, p. 405 ; D 1970.150, note Jean-Luc AUBERT ; Defrénois 1970, article n° 29469, p. 36, note du même auteur - Civ. 3<sup>e</sup>, **4 juin 1971** : Bull. civ. III, n° 357, p. 254 ; Gaz. Pal. 1971.2.791 ; JCP 1971.II.16861 ; D. 1972.somm.36 - Civ. 3<sup>e</sup>, **17 avril 1984** : Bull. civ. III, n° 87, p. 70 ; Defrénois 1984, article n° 33432, n° 118, p. 1490, note Georges VERMELLE ; D. 1985.234, note Ibrahim NAJJAR ; RTD civ. 1985.177, obs. Philippe RÉMY - Civ. 3<sup>e</sup>, **1<sup>er</sup> avril 1987** : Bull. civ. III, n° 68, p. 40 ; D. 1987.454, note Laurent AYNÈS ; JCP 1987.I.3310, article Louis BOYER ; RTD civ. 1987.777, obs. Philippe RÉMY - Civ. 3<sup>e</sup>, **27 avril 1988** : Bull. civ. III, n° 83, p. 48 ; D. 1989.65, note Ibrahim NAJJAR - Civ. 3<sup>e</sup>, **27 novembre 1990** : D. 1990.IR.300 ; Defrénois 1991, article n° 35141, p. 1241, note Yannick DAGORNE-LABBÉ - Civ. 3<sup>e</sup>, **19 mars 1997** : Bull. civ. III, n° 68 ; D. 1997.somm.341, obs. Philippe BRUN ; JCP 1997.I.4039, n° 14, Chronique de « Droit des Obligations », obs. Marc BILLIAU - Civ. 3<sup>e</sup>, **13 juillet 1999** : Bull. civ. III, n° 180, p. 124 ; D. 2000.195, note Emmanuel JEULAND ; D. 2000.somm.277, obs. Olivier TOURNAFOND ; Les Petites affiches, 1<sup>er</sup> février 2000, p. 18, note Jean Loup COURTIER.

nous intéresse dans le cadre de notre étude, est la promesse unilatérale de vente, c'est-à-dire celle par laquelle le propriétaire d'un bien s'engage, par avance, à le vendre au bénéficiaire de la promesse, à la seule condition que celui-ci lui en fasse la demande dans un certain délai (on dira alors qu'il lève l'option qui lui est offerte)<sup>1</sup>. La pratique des clauses de substitution, insérées dans de telles promesses, est née à une époque où la jurisprudence n'admettait pas le droit, pour le bénéficiaire de la promesse, de la céder ensuite à un tiers : en effet, cette clause permettait aux parties de prévoir, dès l'origine, une incertitude sur l'identité du bénéficiaire (en faisant du bénéficiaire initial un interposé potentiel). Toutefois, depuis un arrêt de 1866<sup>2</sup>, la Cour de cassation a admis le principe de la libre cessibilité des promesses unilatérales : dès lors, il était enfin possible, pour le bénéficiaire d'une telle promesse, de la céder, moyennant un prix, à un tiers qui pouvait ensuite lever lui-même l'option à son profit personnel. Il s'est donc développé, au cours des années qui ont suivies, un marché des promesses unilatérales de vente, donnant lieu parfois à des spéculations malsaines, en particulier dans le domaine immobilier.

C'est dans ce contexte que le législateur est intervenu, par une loi du 15 décembre 1963, pour assurer une certaine transparence dans ce domaine : il exige dorénavant, sous peine de nullité (article 1840 A du Code général des impôts), que toute promesse immobilière, ainsi que toute cession de promesse immobilière, soit constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé, mais enregistré dans un délai de 10 jours. C'est alors que le recours à la pratique ancienne des clauses de substitution connût un nouvel essor, puisqu'elle permettait de transmettre le bénéfice de la promesse à des tiers sans utiliser formellement le mécanisme de la cession. Ce jeu "du chat et de la souris" devait nécessairement conduire la Cour de cassation à prendre position sur la nature juridique de la substitution (A). Malheureusement, ses différentes interventions ne nous permettent toujours pas de lever certaines ambiguïtés concernant les conséquences de la mise en oeuvre de ce mécanisme (B).

---

<sup>1</sup> La promesse unilatérale d'achat réalise exactement l'opération inverse, par laquelle un acquéreur potentiel s'engage, par avance, envers le propriétaire du bien, à le lui acheter, à la seule condition qu'il en fasse la demande dans le délai fixé par la promesse. Et enfin, lorsqu'une promesse contient des engagements réciproques de vente et d'achat émanant des deux parties, l'opération est qualifiée de promesse synallagmatique, laquelle « vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix » (article 1589 du Code civil).

<sup>2</sup> Civ., 21 janvier 1866 : D.P. 1866.1.69.

## A. La nature juridique de la substitution

268. L'arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 2 juillet 1969<sup>1</sup>, constituait pour elle la première occasion de se prononcer sur l'application de l'article 1840 A du Code général des impôts dans le cas où les parties avaient recouru au procédé de la substitution. En l'espèce, la propriétaire d'un terrain avait consenti une promesse unilatérale de vente à un acquéreur potentiel dans les termes suivants : « à lui-même ou à tout autre acquéreur trouvé par lui ». En vertu de cette clause, le bénéficiaire initial de la promesse fit donc connaître à la promettante les noms de trois acheteurs qu'il entendait se substituer, en précisant qu'il levait l'option. Puis, confronté au refus de la promettante de poursuivre les pourparlers, le bénéficiaire initial, agissant au nom de ses trois clients substitués, demanda la réalisation forcée de la vente. Pour s'y opposer, la promettante invoqua alors la nullité de la substitution, comme résultant d'une cession de la promesse qui n'avait pas été enregistrée dans le délai de 10 jours.

La réponse de la cour d'appel, non censurée par la Cour de cassation, fut nette : la faculté de substitution dont disposait le bénéficiaire initial de la promesse s'analysant en une stipulation pour autrui, son exercice ne pouvait pas constituer une cession de la promesse, qui aurait été soumise aux formalités de l'article 1840 A du Code général des impôts. Il nous paraît, en outre, intéressant de relever le motif donné par la Cour de cassation pour justifier son analyse juridique, et qui semble avoir échappé à la doctrine : en effet, elle énonce que « pour réaliser une telle opération [à savoir, la substitution], une simple déclaration de sa part [c'est-à-dire de la part du bénéficiaire de la clause] suffirait », tandis qu'une cession doit nécessairement résulter d'un accord entre le cédant et le cessionnaire. Dès lors, il n'était pas étonnant de songer à la stipulation pour autrui, puisque seuls les contrats pour autrui sont susceptibles de créer un lien juridique direct à l'égard d'un tiers par le seul effet d'une déclaration unilatérale de volonté émanant de l'une des parties au contrat<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juillet 1969 : précité.

<sup>2</sup> Cf Guy FLATTET, « Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. », thèse Paris, Sirey, 1950. Un seul auteur a établi explicitement le lien entre la clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente et les contrats pour le compte d'autrui : Marc BILLIAU, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997 : JCP 1997.I.4039, n° 16.

269. Cette décision ayant immédiatement fait l'objet de critiques de la part de ses commentateurs, en particulier à propos de la qualification de stipulation pour autrui, une lecture un peu rapide d'un autre arrêt de la Cour de cassation, en date du 4 juin 1971<sup>1</sup>, avait permis à certains auteurs de croire à un revirement de jurisprudence. Les faits étaient les suivants : une promesse unilatérale de vente avait été consentie à propos d'un appartement, assortie d'une clause de substitution, et suivie du versement d'une indemnité d'immobilisation par le bénéficiaire de la promesse. Ce dernier utilisa la faculté de substitution au profit de sa fille mineure, puis, en sa qualité d'administrateur légal de celle-ci, somma le promettant de venir signer l'acte définitif. Or, la réalisation finale de la vente n'ayant pas eu lieu, il assigna alors le promettant en remboursement de l'indemnité d'immobilisation qu'il avait versée, au motif que la promesse sous seing privé n'avait pas été enregistrée dans le délai de 10 jours et qu'il convenait donc d'en prononcer la nullité, sur le fondement de l'article 1840 A du Code général des impôts<sup>2</sup>. Comme la cour d'appel avait admis cet argument, le demandeur au pourvoi rappela que, selon la jurisprudence établie en 1969, une promesse de vente assortie d'une clause de substitution devait être qualifiée de stipulation pour autrui, et à ce titre, échapper à l'application de l'article 1840 A, qui visait uniquement les cessions de promesses. Or, la Cour de cassation rejeta le pourvoi.

Certains auteurs déduisirent abusivement de cet arrêt que la Cour de cassation avait renoncé à la qualification de stipulation pour autrui, et retenait celle de cession de la promesse. Mais, en réalité, la Cour ne se prononçait, à aucun moment, sur la validité de la substitution, mais seulement sur celle de la promesse elle-même. En effet, l'article 1840 A ne soumet pas à l'obligation d'enregistrement uniquement les cessions de promesses, mais aussi directement les promesses. Or, c'est bien le non-respect des formalités relatives à la promesse qui était sanctionné dans cette affaire. La Cour de cassation s'est donc contenté d'énoncer que l'insertion d'une clause de substitution dans une promesse unilatérale de vente ne modifie en rien sa qualification de contrat de promesse. En effet, un contrat de vente, par exemple, qui contiendrait accessoirement une stipulation au profit d'autrui, ne perdrait pas, pour autant, sa qualification de vente,

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juin 1971 : précité.

<sup>2</sup> Comme le faisait remarquer le commentateur de cet arrêt, on ne comprend pas bien pourquoi le bénéficiaire de la promesse n'avait pas basé sa demande en restitution de l'indemnité d'immobilisation sur le motif que la non-conclusion du contrat de vente était imputable au promettant.

pour devenir, dans son ensemble, une stipulation pour autrui. Dès lors, une promesse unilatérale de vente, qu'elle contienne ou non une clause de substitution, reste une promesse unilatérale de vente. Tel est le seul enseignement résultant de cette décision.

270. Par la suite, si la Cour de cassation, probablement en raison des critiques développées par la doctrine, s'est toujours gardée de réaffirmer sa qualification initiale de stipulation pour autrui, elle n'a jamais perdu, en revanche, une seule occasion de confirmer son refus catégorique de considérer la substitution comme une cession de la promesse, aussi bien pour l'application de l'article 1840 A du Code général des impôts, que pour celle de l'article 1690 du Code civil<sup>1</sup>. Or, qu'elle soit justifiée ou non, cette position ne contribuait pas à contenir la spéculation immobilière, provoquant ainsi une hausse artificielle des prix de l'immobilier. C'est pourquoi le législateur est, à nouveau, intervenu, dans le cadre de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, pour frapper « de nullité d'ordre public toute cession à titre onéreux des droits conférés par une promesse de vente portant sur un immeuble lorsque cette cession est consentie par un professionnel de l'immobilier » (article 52).

Le texte est particulièrement sévère, puisqu'il interdit purement et simplement la cession des promesses, tandis que l'article 1840 A du Code général des impôts se contente d'exiger un enregistrement. Mais, il ne concerne que les promesses de vente immobilière qui sont consenties au profit d'un professionnel de l'immobilier, et qui sont ensuite cédées à titre onéreux. Et surtout, en ne visant, de manière explicite, que la cession de telle promesse, le législateur laisse à nouveau planer un doute sur son éventuelle application aux substitutions. L'absence de jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point<sup>2</sup> laisse à penser que le législateur a peut-être partiellement réussi à moraliser le marché de l'immobilier. Mais, l'insertion de clauses de substitution dans les promesses consenties au profit des professionnels n'a certainement pas disparue. Face à ce nouvel enjeu, la question de la nature juridique de la substitution reste donc

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 avril 1984 : précité - Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1988 : précité - Civ. 3<sup>e</sup>, 27 novembre 1990 : précité - Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997 : précité - Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999 : précité.

<sup>2</sup> C'est du moins ce qu'il ressort d'une recherche effectuée sur la banque de données Juridisque (Cour de cassation).

particulièrement importante. Il n'est, sans doute, pas inutile de procéder à l'analyse des conséquences de sa mise en oeuvre pour tenter de mettre fin à la controverse.

## **B. Les conséquences de la substitution**

271. Lorsqu'une faculté de substitution, prévue dès l'origine dans la promesse, est utilisée par son bénéficiaire au profit d'un tiers, la conséquence la plus évidente est de permettre à la personne substituée d'exercer elle-même l'option, en vue d'obtenir la conclusion définitive du contrat de vente à son profit. Une première ambiguïté résulte cependant de la forme que prend généralement l'acceptation de ce tiers : il arrive, en effet, très souvent que le substitué accepte, en même temps, le bénéfice de la promesse résultant de la substitution, et la promesse elle-même, c'est-à-dire lève l'option. Cette acceptation conduit alors directement à la conclusion définitive du contrat, de sorte que l'on pourrait croire que la conséquence de la substitution est la réalisation de la vente<sup>1</sup>. En réalité, il n'en est rien : la substitution se contente de conférer au substitué les mêmes droits que ceux du substituant, à savoir le droit d'option résultant de la promesse, de sorte qu'il reste ensuite totalement libre de lever cette option, ou bien au contraire, de renoncer à la réalisation de la vente. Il faut donc prendre soin de ne pas confondre l'acceptation de la substitution et l'acceptation de la promesse, même si les deux sont très souvent réalisées ensemble par une seule manifestation de volonté.

272. Une autre conséquence de la substitution qui prête à discussion est celle de la situation du substituant, après la mise en oeuvre de cette faculté : la logique implique de le considérer rétroactivement comme un étranger par rapport au contrat. En effet, « si les mots ont un sens, la substitution entraîne le remplacement d'une personne par une autre et on ne voit pas à quel titre le substituant serait autorisé à s'immiscer dans un rapport contractuel qui ne le concerne plus »<sup>2</sup>. C'est exactement l'opinion que nous nous faisons de ce mécanisme. Toutefois, certains auteurs estiment, au contraire, que la substitution ne fait pas totalement disparaître les rapports originaux du substituant avec le promettant. Pour défendre une telle affirmation, ils se basent sur deux arrêts de la

---

<sup>1</sup> Cf Louis BOYER, article précité, n° 13.

<sup>2</sup> Olivier TOURNAFOND, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999, D. 2000.somm.277.

Cour de cassation, qui semblent, à première vue, établir une jurisprudence en ce sens. Mais en réalité, l'analyse de ces décisions nous conduira à rejeter cette conclusion, qui résulte, à notre avis, d'un abus d'interprétation, que l'ambiguïté de la position de la Cour de cassation ne contribue pas, en effet, à dissiper. Nous ne pourrions pas démontrer positivement que le résultat de la substitution est de faire disparaître le substituant du lien contractuel, mais nous allons au moins constater que la thèse contraire n'est absolument pas consacrée par la jurisprudence. Or, l'enjeu de cette discussion paraît évident dans le débat qui s'ensuivra sur la nature juridique de la substitution.

273. La première de ces décisions est un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, en date du 27 avril 1988<sup>1</sup>. En l'espèce, une société avait consenti une promesse unilatérale de vente, portant sur des lots de copropriété, en permettant à la bénéficiaire d'exécuter « sous sa responsabilité » des travaux dans les lieux. Toutefois, cette promesse ayant été assortie d'une clause de substitution, la bénéficiaire avait ensuite usé de cette faculté en faveur d'un tiers, en s'engageant vis-à-vis de celui-ci à effectuer certaines transformations, avant l'expiration du délai de validité de la promesse. Les parties donnèrent à cette substitution le nom et la forme d'une cession, et accomplirent spontanément les formalités de l'article 1690 du Code civil. Puis, les travaux n'ayant pas été réalisés, le bénéficiaire substitué informa la substituante de sa décision de se retirer. Celle-ci décida alors de lever elle-même l'option, le dernier jour du délai. La société promettante refusa ensuite de réaliser la vente, au motif que la substituante avait perdu sa qualité de bénéficiaire de la promesse. Sur assignation de cette dernière, la cour d'appel accepta de constater que la vente était devenue parfaite. Puis, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par la société promettante, au motif que « l'exercice, par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, de la faculté qui lui a été reconnue de se substituer une autre personne, n'ayant pas le caractère d'une cession de créance, la cour d'appel, qui a constaté que [le bénéficiaire substitué] avait rétracté son acceptation, a pu [...] retenir que la qualité de [la substituante] pour lever l'option n'était pas douteuse ».

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1988, précité.

274. Il résulte d'abord de cette décision que le recours formel au mécanisme de la cession de créance n'a pas suffi à conférer à la substitution le caractère d'une cession, la position de la Cour de cassation étant, en effet, particulièrement ferme sur ce point. Mais, ce qui paraît le plus surprenant dans cette affaire, c'est d'avoir ainsi permis au substituant d'exercer lui-même l'option résultant de la promesse. De nombreux auteurs en ont déduit que la renonciation du substitué à lever l'option rendait au substituant le bénéfice de la promesse, car celui-ci était resté, en quelque sorte, dans l'ombre du substitué, mais n'avait pas totalement disparu du rapport contractuel avec le promettant. Une telle interprétation nous semble abusive, car la Cour de cassation ne parle pas de renonciation, mais d'une « rétractation » de l'acceptation du bénéficiaire substitué. Dans ces conditions, il est tout à fait évident que, quelque soit le mécanisme juridique qui se trouve à la base de la substitution et que nous étudierons ensuite (stipulation pour autrui, délégation, notion autonome de "substitution de personne", représentation optionnelle, ou même cession), dès lors que ce mécanisme nécessitait l'acceptation du substitué pour produire tous ses effets, et que celle-ci a été ensuite "rétractée", toutes les conséquences juridiques de ce mécanisme devaient être rétroactivement effacées, de sorte que chacun se retrouvait alors dans la même situation que celle qui précédait la substitution<sup>1</sup>.

Par conséquent, il ne résulte de cette jurisprudence aucun enseignement sur les effets de la substitution, puisque la rétractation invoquée fait précisément disparaître les effets que la substitution avait provoqués dans un premier temps : dans cette affaire, le droit reconnu à la substituante d'exercer elle-même l'option ne constituait pas un droit subsidiaire résultant de la substitution, mais tout simplement un retour à la situation initiale, résultant de la disparition rétroactive de l'une des conditions essentielles de la mise en oeuvre de la substitution. Il est vrai que le fondement juridique de cette "rétractation" peut sembler particulièrement énigmatique (sans doute, une sorte de résolution conventionnelle, résultant du non-respect de ses obligations par l'une des parties, c'est-à-dire, en l'espèce, l'absence de réalisation des travaux). Mais, ce n'est pas une raison pour confondre rétractation d'un consentement et renonciation à un droit.

---

<sup>1</sup> En effet, si l'acceptation du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est rétractée, le stipulant retrouve le droit de révoquer cette stipulation au profit du tiers et de se l'attribuer personnellement. Si un délégataire ou un cessionnaire rétracte son consentement, les effets de la délégation ou la cession disparaissent. Si le représenté rétracte son acceptation de la représentation, celle-ci ne peut plus être mise en oeuvre, et le bénéficiaire initial de la promesse se retrouve à nouveau dans cette situation temporaire d'incertitude qui caractérise le mécanisme de la représentation optionnelle.



275. La seconde décision invoquée par les défenseurs de l'idée selon laquelle la substitution ne ferait pas disparaître les droits du substituant est un arrêt récent de la Cour de cassation, rendu le 13 juillet 1999<sup>1</sup>. En l'espèce, une société avait, dans un premier temps, reconnu devoir à un certain Mouret la somme de 3 300 000 francs, par un acte du 31 octobre 1992. Quelques temps plus tard, un arrangement était intervenu entre cette société débitrice et son créancier, pour organiser une sorte de paiement "en nature" : en effet, par un acte du 25 mai 1993, la société débitrice s'engageait à vendre à son créancier divers lots d'un immeuble qui lui appartenaient, moyennant un prix exactement identique à la somme dont elle était débitrice, c'est-à-dire 3 300 000 francs, et payable par compensation avec la créance résultant de la reconnaissance de dette. Il était toutefois prévu que, au cas où l'option serait levée, la société débitrice pourrait néanmoins refuser de réitérer l'acte, en versant au créancier la somme de 3 300 000 francs augmentée d'un intérêt. En outre, cette promesse unilatérale de vente contenait également une clause de substitution, que son bénéficiaire ne tarda pas à exercer au profit d'une société civile immobilière dont il était l'administrateur. Cependant, la société promettante refusa ensuite de réitérer la promesse.

Dans un premier temps, le créancier agit alors contre cette société en réitération forcée. Puis la SCI intervint volontairement dans l'instance, en se prévalant de l'acte de substitution, afin d'obtenir que la vente soit réalisée à son profit. C'est dans ce contexte qu'une procédure de mise en redressement judiciaire fut ouverte à l'encontre de la société débitrice. Le créancier, bénéficiaire initial de la promesse non réitérée, déclara alors immédiatement sa créance de 3 300 000 francs. Mais, la cour d'appel rejeta cette créance, en considérant que, par l'acte de substitution fait au profit de la SCI, le créancier avait ainsi cédé celle-ci, de sorte qu'il avait perdu sa qualité de créancier. La Cour de cassation cassa cet arrêt, en rappelant, d'une part, que la substitution d'un tiers dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente ne constitue pas une cession de créance, et d'autre part, qu'une clause de l'acte prévoyait la possibilité pour le promettant de refuser la réitération de la promesse moyennant le versement de la somme de 3 300 000 francs.

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999, précité.

276. Une partie de la doctrine interpréta cette décision comme une confirmation de l'idée selon laquelle le substituant ne disparaît pas totalement du rapport juridique originaire : en effet, comment nier que, dans cette affaire, le substituant avait conservé sa qualité de créancier, alors même que la substitution avait produit tous ses effets au profit de la SCI substituée, laquelle, à la différence de l'affaire précédente, n'avait pas renoncé à son option, ni "rétracté" son consentement, mais au contraire, avait réclamé la réalisation de la vente à son profit ? Mais, c'est uniquement au prix d'une confusion injustifiée entre les deux types de créances dont était titulaire le substituant, dans cette affaire, qu'une telle conclusion peut être finalement admise. En effet, lorsque la Cour de cassation énonce que la substitution n'est pas une cession de créance, elle vise uniquement la créance résultant du droit d'option, c'est-à-dire le bénéfice de la promesse unilatérale : bien que la qualification de "créance" pour un droit d'option ait pu être contestée par une partie de la doctrine<sup>1</sup>, et à défaut d'autres termes appropriés, on peut dire que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente est titulaire d'une créance à l'encontre du promettant. C'est elle, et elle seule, qui peut faire l'objet d'une substitution au profit d'un tiers, dès lors que cette faculté avait été prévue par les parties dès l'origine. Mais, en plus de cette créance résultant de la promesse, le substituant bénéficiait également d'une autre créance de 3 300 000 francs, dont l'origine n'était pas la promesse, mais la reconnaissance de dettes antérieure.

277. La promesse n'a pas créé cette seconde créance, mais s'est contentée de prévoir un mécanisme de compensation conventionnel entre cette créance antérieure et la créance de prix qui pouvait résulter de la réalisation définitive de la vente. Même la clause qui prévoyait la possibilité, pour le promettant, de refuser de réitérer la promesse moyennant la somme de 3 300 000 francs, ne doit pas être interprétée comme créatrice d'une nouvelle créance. On ne doit pas voir en elle une sorte de clause pénale indiquant, par avance, le montant des dommages et intérêts que le promettant devrait payer en cas de refus d'exécuter son obligation résultant de la promesse : en effet, cela signifierait que le refus de réitérer l'acte rendrait alors le promettant doublement débiteur de cette somme, une fois au titre de sa responsabilité contractuelle forfaitairement évaluée par la

---

<sup>1</sup> Cf notamment Ibrahim NAJJAR, « Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral », thèse Paris, 1967, n° 13, p. 15.

prétendue clause pénale, et une seconde fois au titre de la reconnaissance de dettes, qui n'a nullement disparue. Cette clause ne crée donc aucune créance nouvelle, mais se contente de préciser que le refus de réitération de la promesse rend immédiatement exigible la créance antérieure résultant de la reconnaissance de dettes. Or, si la créance résultant de la promesse a bien fait l'objet d'une substitution, celle qui résulte de la reconnaissance de dettes n'était pas incluse dans cette substitution, et n'a fait l'objet d'aucune cession autonome : le substituant était donc resté créancier de cette somme, sans que la compensation prévue initialement ne puisse jouer à son encontre. Il était parfaitement normal d'admettre sa créance de 3 300 000 francs dans la procédure de liquidation judiciaire de la société débitrice. Par conséquent, il n'y avait aucune raison d'en déduire que la substitution constitue un mécanisme qui ne fait pas totalement disparaître les droits du substitué, puisque les effets de cette substitution ne doivent être appréciés que relativement à la créance qui en a fait l'objet, et non en fonction des autres créances, totalement indépendantes, qui n'en ont pas fait l'objet. Cette mise au point, concernant l'interprétation des décisions de la Cour de cassation, était donc nécessaire, avant de procéder à une étude des différentes propositions doctrinales de qualification juridique du mécanisme de la substitution dans le bénéfice des promesses unilatérales de vente.

## § 2 : Les tentatives d'explication

278. La clause de substitution, dont l'insertion dans les promesses unilatérales de vente n'est d'ailleurs qu'une application particulière, constitue un excellent procédé d'interposition de personne temporaire, puisqu'elle permet à un individu de négocier les conditions de la vente et de conclure la promesse en son nom personnel, tout en conservant la liberté de révéler *a posteriori* qu'il fallait le considérer comme ayant agi, dès l'origine, pour le compte d'autrui. Le principal intérêt de cette technique, c'est qu'elle lui permet alors d'exiger la substitution du tiers désigné, et de se dégager ainsi rétroactivement du contrat. Ces avantages résultent évidemment de cette jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui refuse de résumer la clause de substitution à un simple rappel de la libre cessibilité de la promesse. Mais, les réactions de la doctrine, face à ces décisions difficilement compréhensibles pour elle, ont été diverses : certains estiment que cette jurisprudence ne peut être justifiée que par des considérations de pure opportunité, et encourt donc la critique au regard de l'application rigoureuse du Droit, puisque la distinction jurisprudentielle établie entre la cession des promesses et la substitution serait purement artificielle. Pour les autres, au contraire, il convient d'en prendre acte, et de chercher seulement à donner à ce mécanisme original un fondement juridique. Or, cette tâche ne semble pas avoir aboutie de manière satisfaisante, puisque

le débat n'est toujours pas clos. C'est pourquoi, nous envisageons, après la présentation des diverses propositions doctrinales (A), de procéder à un rapprochement avec le mécanisme de la clause de réserve de command, et d'appliquer alors à la clause de substitution la qualification de « représentation optionnelle » (B).

## **A. Les diverses propositions**

279. Nous devons d'abord étudier la qualification de cession de créance, qui conserve ses partisans, malgré la position de la jurisprudence sur ce point (1). Nous envisagerons ensuite les deux propositions isolées d'explication de ce procédé que sont, d'une part, le mécanisme de la délégation (2), et d'autre part, la notion autonome de « substitution de personne » qu'un auteur a réussi à mettre en évidence dans notre droit positif (3). Quant à la qualification de stipulation pour autrui, retenue dans un premier temps par la Cour de cassation, elle mérite une attention toute particulière, dans la mesure où elle reste, sans doute, l'explication la plus proche de celle que nous retiendrons finalement (4).

### **1. La qualification de cession de créance**

280. La Cour de cassation affirme, notamment pour repousser l'application de l'article 1690 du Code civil, que la substitution n'est pas une cession de créance. Mais, la substitution et la cession ne produisent-elles pas un résultat identique, à savoir le transfert du bénéfice de la promesse à un tiers ? Or, un transfert ne peut pas se réaliser autrement que par une cession<sup>1</sup>. N'est-ce donc pas la qualification de créance qui doit être seule remise en cause ? C'est l'opinion défendue par certains auteurs, qui tentèrent d'analyser juridiquement la nature du droit transmis selon de nouvelles perspectives, afin de justifier le rejet de la qualification de cession de créance, sans écarter pour autant celle de cession. C'est ainsi que l'on a pu parler de cession d'option<sup>2</sup>, c'est-à-dire de droit potestatif, ou de cession de contrat ou même de position contractuelle<sup>3</sup>. Ces

---

<sup>1</sup> Ou une donation, si elle a lieu à titre gratuit.

<sup>2</sup> I. NAJJAR, « Option et substitution dans les promesses unilatérales de contrat », article précité - Ph. RÉMY, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987 : RTD civ. 1987.777.

<sup>3</sup> L. AYNÈS, note précitée - I. NAJJAR, « Clause de substitution et « position contractuelle », article

démonstrations, intéressantes quant à l'analyse de la nature juridique de la promesse unilatérale de vente, ne suffisent pas cependant à éluder la véritable question : pourquoi la Cour de cassation opère-t-elle une distinction entre substitution et cession ? Car, quelle que soit la nature du droit résultant de la promesse, c'est le même droit qui fait l'objet, tantôt d'une cession, tantôt d'une substitution : or, dans un cas, la Cour de cassation exige l'application des articles 1840 A du Code général des impôts et 1690 du Code civil<sup>1</sup>, et dans l'autre cas, elle s'y refuse absolument. C'est donc bien la qualification de cession qui est rejetée.

281. En réalité, il ne suffit pas de constater le rejet de la qualification de cession de créance par la Cour de cassation, et de tenir, par hypothèse, pour inattaquable cette position : encore faut-il qu'elle soit justifiée. La question essentielle est donc « de savoir si la technique de la substitution obéit à une autre logique que celle de la cession »<sup>2</sup>. Sur ce point, nous pouvons d'abord écarter la démonstration faite par un auteur<sup>3</sup> d'une prétendue différence entre ces deux techniques au niveau de leurs effets, car elle repose sur un postulat inexact. En effet, cet auteur affirme que la substitution se différencie de la cession en ce qu'elle ne constitue pas un simple changement de créancier relatif à une même position contractuelle, mais aboutit à une modification de la situation contractuelle elle-même : en acceptant la substitution, le substitué aurait nécessairement levé l'option à son profit, de sorte que la promesse unilatérale serait devenue une promesse synallagmatique, c'est-à-dire l'équivalent de la vente définitive. Par conséquent, le substitué ne serait pas investi du droit d'option dont bénéficiait le substituant, car une fois la substitution opérée, il serait lui-même définitivement lié. Mais, comme nous l'avons déjà montré, cette opinion repose sur une confusion entre l'acceptation de la substitution et l'acceptation de la promesse : or, même s'il est vrai que les deux acceptations sont souvent confondues en une seule manifestation de volonté, elles restent juridiquement autonomes<sup>4</sup>.

---

précité.

<sup>1</sup> Sur l'application de l'article 1690 du Code civil aux cessions de promesses unilatérales de vente : Civ., 20 juin 1938 : DP 1939.1.26, note WEILL - Civ., 4 mars 1931 : DP 1933.1.73, note RADOUANT. Quant à l'application de l'article 1840 A du Code général des impôts, elle ressort de ce texte même.

<sup>2</sup> Ph. BRUN, article précité, n° 5, p. 33.

<sup>3</sup> L. BOYER, article précité.

<sup>4</sup> Le substitué, en manifestant sa volonté de lever l'option à son profit, manifeste implicitement son acceptation de la substitution, mais intellectuellement la seconde a nécessairement précédé la première.

282. Il n'en demeure pas moins que, pour justifier cette différence de traitement entre les deux procédés, il faut pouvoir mettre en évidence leurs spécificités, et ainsi démontrer qu'ils ne répondent pas à une définition identique. Or, la première de ces particularités a été énoncée par la Cour de cassation elle-même, dans son arrêt de 1969, étudié précédemment<sup>1</sup> : en effet, pour la mise en oeuvre de la substitution, elle relevait qu'une simple manifestation unilatérale de volonté émanant du substituant suffisait, tandis qu'une cession aurait impliqué la conclusion d'un contrat entre le cédant et le cessionnaire. C'est donc le caractère unilatéral de la mise en oeuvre du mécanisme de la substitution qui permet, avant tout, de distinguer cette technique de celle de la cession. On pourrait cependant douter d'une telle affirmation, dans la mesure où la substitution suppose, elle aussi, l'acceptation du substitué : il n'y a donc pas une seule, mais deux manifestations de volonté. La principale différence réside toutefois dans le fait que ces deux manifestations de volonté se rencontrent pour former un contrat, dans le cas de la cession, tandis que, dans le cas de la substitution, elles conservent leur caractère d'acte unilatéral, sans se fondre en une convention unique.

283. Une autre différence essentielle entre ces deux mécanismes se situe au niveau du caractère rétroactif ou non de leurs effets : la cession rend le cessionnaire immédiatement titulaire de la promesse cédée, mais sans aucun effet rétroactif ; au contraire, la substitution attribue au substitué la titularité de la promesse de manière rétroactive, c'est-à-dire comme s'il en avait été le bénéficiaire dès l'origine, de sorte qu'il est censé tenir ses droits directement du promettant, et non du substituant. Il est vrai toutefois que cet aspect de la substitution a été souvent discuté par une partie de la doctrine<sup>2</sup>. On a fait remarquer notamment que le mécanisme substitutif n'était pas conciliable avec la rétroactivité, dans la mesure où il n'entraîne pas la disparition totale de l'élément substitué. Ainsi, lorsque la Cour de cassation permet au substituant de lever lui-même l'option, au cas où le substitué aurait renoncé à l'opération<sup>3</sup>, elle laisse à

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 268.

<sup>2</sup> Cf notamment : Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 13, p. 36 - E. JEULAND, thèse précitée, n° 316, p. 264.

<sup>3</sup> Cf l'arrêt du 27 avril 1988, précédemment étudié.

penser que le droit d'option avait d'abord transité par le patrimoine du substituant, ce qui serait incompatible avec l'idée de naissance directe du droit au profit du substitué.

Toutefois, ce raisonnement ne tient plus, lorsque l'on observe que la Cour de cassation parlait de « rétractation du consentement » du substitué, puisque celle-ci a nécessairement pour effet de faire disparaître les conséquences de la substitution, et de remettre chacune des parties dans la situation antérieure. Ce n'est donc pas un effet de la substitution qui est mis en évidence par cette décision, mais simplement un retour à la situation antérieure à la substitution. D'une manière générale, il ne nous semble pas admissible de rejeter le caractère rétroactif de la substitution, au motif qu'il serait incompatible avec le prétendu maintien du substituant dans le rapport juridique originaire, puisque nous avons vu que cette thèse est contestable sur le plan logique, et ne s'appuie sur aucune consécration jurisprudentielle<sup>1</sup>. La substitution produit donc des effets rétroactifs qui permettent de la distinguer de la simple cession, et justifient parfaitement la différence jurisprudentielle de traitement entre ces deux procédés : en effet, si l'article 1840 A du Code général des impôts ne s'applique pas à la substitution, c'est parce que le substitué tient ses droits directement de la promesse originaire, dans laquelle le mécanisme substitutif lui a permis de s'insérer, et non d'un acte postérieur, tel qu'une cession, qui aurait pour effet de transférer le bénéfice de la promesse originaire du patrimoine du substituant à celui du substitué.

---

<sup>1</sup> Quant à la thèse défendue par Louis BOYER (article précité, n° 23) selon laquelle « le simple jeu de la substitution ne saurait faire disparaître » l'obligation de verser l'indemnité d'immobilisation, de sorte que « hors les cas [...] d'un consentement donné par le promettant, le bénéficiaire substituant ne sera pas libéré », elle repose sur une affirmation purement gratuite. Il est évident que la substitution ne supprime pas cette obligation, mais elle la fait reposer sur la tête du substitué, de sorte que le substituant en est effectivement libéré. Le promettant, en souscrivant à la clause de substitution, a consenti par avance à la libération de ce dernier, à condition qu'une autre personne accepte de prendre sa place.

La seule difficulté qui pourrait apparaître résulte de l'hypothèse dans laquelle le substituant aurait déjà versé l'indemnité d'immobilisation, puis réclamerait, après la substitution, le remboursement de celle-ci au promettant au titre de la répétition de l'indu (puisque la substitution l'aurait rétroactivement délivré de cette obligation). Mais, l'analyse du mécanisme substitutif par la représentation permet de s'opposer à une telle demande, car le substituant est alors rétroactivement considéré comme ayant versé cette somme pour le compte du substitué (seul débiteur) : dès lors, à l'instar d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires, il peut réclamer remboursement à son mandant ou son géré de toute somme qu'il a été amené à avancer pour lui, mais pas au tiers cocontractant qui a reçu cette somme.



## 2. La qualification de délégation

284. Les critiques faites aux qualifications de cession et de stipulation pour autrui (que nous étudierons plus loin) ont conduit une partie de la doctrine à rechercher d'autres techniques juridiques susceptibles d'expliquer le mécanisme de la substitution dans les promesses unilatérales de vente. C'est ainsi qu'un auteur<sup>1</sup> a imaginé pouvoir invoquer à son propos le mécanisme de la délégation, qui conduit lui aussi à opérer une sorte de substitution de personne. En effet, définie comme « l'opération juridique par laquelle une personne - le *délégué* - s'oblige, sur instructions d'une autre personne - le *délégant* -, envers une troisième - le *délégataire* »<sup>2</sup>, cette technique permet à un débiteur de se libérer envers son créancier, ou du moins de simplifier le paiement de sa dette, en obtenant de son propre débiteur qu'il accepte de s'engager envers son créancier. La délégation est dite "parfaite" ou "novatoire" lorsqu'elle aboutit à libérer le débiteur intermédiaire (délégant). Elle est dite "simple" ou "imparfaite", dans le cas contraire (le créancier a alors deux débiteurs).

L'application de ce mécanisme à la substitution consisterait à considérer que le substituant inviterait son débiteur, le promettant, à se libérer de sa dette entre les mains d'un tiers, le substitué, dans le but d'exécuter ainsi les obligations qu'il a contractées lui-même à l'égard de ce tiers. La condition essentielle de la délégation, à savoir le consentement des trois personnes intéressées, serait indubitablement remplie, même si ces trois consentements ne sont pas simultanés. En effet, le consentement du délégant (c'est-à-dire le substituant) résulte de sa déclaration de substitution ; celui du délégué (le promettant) est formulé dans la clause de substitution, par laquelle il autoriserait, par avance, cette délégation ; enfin, le consentement du délégataire (substitué) résulte de son acceptation de la substitution (avec ou sans libération corrélative du débiteur intermédiaire).

285. Plusieurs critiques peuvent être adressées à cette proposition. D'abord, psychologiquement, l'analyse nous paraît douteuse, dans la mesure où le but principal du substituant n'est pas, en général, de se libérer d'une prétendue dette antérieure envers

---

<sup>1</sup> V. SOUBISE, article précité.

<sup>2</sup> François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 1339, p. 1194.

le substitué par substitution ou adjonction d'un nouveau débiteur (le promettant), mais de "transférer" à un tiers le bénéfice de la promesse, pour l'une des deux raisons suivantes : soit réaliser un profit (spéculation), soit éviter de perdre le bénéfice d'un droit qu'il ne peut pas ou ne souhaite plus exercer à son profit, et sauver en même temps l'indemnité d'immobilisation. De plus, à supposer que la délégation ne nécessite pas la simultanéité des trois consentements, la chronologie de ces consentements, dans l'hypothèse de la substitution, paraît tout de même bien surprenante. En outre, la clause de substitution contiendrait, non seulement une acceptation anticipée de la délégation, et au profit d'un inconnu, mais aussi une renonciation implicite du délégué au principe d'inopposabilité des exceptions<sup>1</sup>, qui caractérise habituellement le mécanisme de la délégation, et qui ne joue pas en matière de substitution<sup>2</sup>.

Ces différents éléments mettent en évidence le caractère artificiel de cette théorie. Mais, l'argument qui nous permettra de l'écarter définitivement résulte d'un aspect de ce mécanisme qui paraissait être précisément, pour l'auteur de cette théorie, son principal avantage : en effet, dans le mécanisme de la délégation, c'est un droit nouveau qui s'instaure directement entre le délégué et le délégataire. Or, si cette précision permet de lever un certain nombre d'objections habituellement invoquées à l'encontre de la qualification de stipulation pour autrui<sup>3</sup>, elle se heurte au problème suivant : puisque la délégation fait naître un droit nouveau, c'est donc une nouvelle promesse unilatérale de vente qui est consentie par le promettant au substitué, laquelle doit impérativement respecter les formalités de l'article 1840 A du Code général des impôts. Dès lors, même si cet article n'est pas applicable à la substitution au titre de la cession de promesse, puisque la substitution n'est pas une cession, il le deviendrait au titre de la création d'une nouvelle promesse, puisque la délégation implique naissance d'un droit nouveau. La difficulté que cette théorie était censée levée réapparaît donc de plus belle !

---

<sup>1</sup> V. SOUBISE, article précité, n° 37, p. 240.

<sup>2</sup> En effet, le promettant peut invoquer contre le substitué toutes les exceptions qu'il pouvait invoquer contre le substituant ... et notamment l'exception de nullité résultant du non-respect de l'article 1840 A du Code général des impôts : cf, dans ce sens, l'arrêt du 4 juin 1971, précédemment étudié (n° 269).

<sup>3</sup> Cf V. SOUBISE, article précité, n° 35 et 36, p. 240.

### 3. La qualification autonome de « substitution de personne »

286. Les récents travaux de recherche d'un auteur, M. Emmanuel JEULAND<sup>1</sup>, ont permis de mettre en évidence la présence, dans notre droit positif, d'une notion autonome de « substitution de personne », dont les applications sont multiples. Si sa démonstration nous paraît globalement convaincante, nous nous permettrons toutefois d'émettre certaines réserves concernant la seule application qui nous intéresse dans le cadre de notre étude : la clause de substitution. Tout d'abord, la notion de « substitution de personne », telle qu'elle nous est présentée par cet auteur, posséderait un certain nombre de caractéristiques, dont nous avons déjà eu l'occasion de contester leur application à la technique de la clause de substitution. Il en va ainsi, par exemple, du prétendu maintien du substituant dans le lien contractuel d'origine avec le promettant, que nous avons vivement récusé. De même, cet auteur conteste le caractère rétroactif des conséquences de la substitution. Mais, il s'agit là d'éléments dont nous admettons volontiers qu'ils puissent prêter à discussion.

287. Ce qui nous paraît moins satisfaisant dans cette thèse, au regard de notre débat, c'est l'absence d'explication juridique directe du mécanisme de la substitution : en effet, les travaux de cet auteur présentent incontestablement un intérêt scientifique pour une meilleure compréhension générale des diverses formes de « substitution de personne », mais cette notion ne peut constituer, par elle-même, du moins en l'état actuel de notre droit positif, une véritable qualification juridique. Or, lorsque cet auteur tente de rechercher « le fondement du lien direct existant entre le substitué et l'insubstitué »<sup>2</sup>, qui semble tout de même s'opposer au principe de la relativité des conventions, il est amené à participer au débat essentiel qui anime la doctrine depuis quelques années sur l'élargissement de la notion de partie, et à adopter l'idée selon laquelle le véritable fondement de notre droit des obligations n'est pas la volonté, mais l'intérêt<sup>3</sup>. Il s'agit là d'un débat très intéressant. Mais, peut-on sérieusement fonder l'établissement du lien contractuel direct entre le promettant et le substitué sur la seule

---

<sup>1</sup> E. JEULAND, thèse précitée.

<sup>2</sup> C'est le titre du chapitre 2 du titre 2 de la première partie de sa thèse (p. 153).

<sup>3</sup> E. JEULAND, thèse précitée, n° 203, p. 168.

notion d'intérêt ? Elle constitue une explication scientifique des différents mécanismes de substitution de personne que notre droit positif autorise, tel que la substitution de mandataire ou la substitution vulgaire ou fidéicommissaire, mais leurs fondements juridiques sont toujours des textes précis. Au contraire, s'agissant des substitutions de personne d'origine purement conventionnelle, telle que la clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente, aucun texte ne peut être invoqué comme fondement juridique. La notion autonome de « substitution de personne » ne peut pas constituer, en elle-même, une qualification juridique.

#### **4. La qualification de stipulation pour autrui**

288. La qualification de stipulation pour autrui est celle qui avait été adoptée, dans un premier temps, par la Cour de cassation, et qui reste sans doute l'une des plus satisfaisantes en l'état actuel du débat. En effet, la parenté entre ce mécanisme et celui de la représentation, que nous retiendrons finalement, est évidente : ils constituent tous les deux des exceptions au principe de la relativité des conventions, qui permettent d'expliquer, d'une part, qu'un lien soit établi entre le promettant, partie au contrat de promesse, et le substitué, tiers à ce contrat, et d'autre part, que ce lien soit direct, et non dérivé, comme dans le cas d'une cession de contrat. On retrouve également deux caractéristiques essentielles du mécanisme de la substitution : l'unilatéralité de sa mise en oeuvre, et la rétroactivité de ses conséquences. En effet, la désignation du tiers bénéficiaire par le stipulant et l'acceptation de cette stipulation par le bénéficiaire constituent deux manifestations unilatérales de volonté, qui ne se rencontrent pas pour former un contrat, mais conservent leur caractère d'acte unilatéral. En outre, lorsque la stipulation est acceptée par le bénéficiaire, elle produit ses effets de manière rétroactive, de sorte que ce dernier est censé tenir ses droits directement du promettant, et en avoir été le seul bénéficiaire dès l'origine (même s'il n'était pas le bénéficiaire initialement désigné).

289. Cependant, la qualification de stipulation pour autrui a également fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales, plus ou moins pertinentes. Nous pouvons, par exemple, repousser l'argument selon lequel la qualification de stipulation pour

autrui, en aboutissant au rejet des formalités prévues par les articles 1840 A du Code général des impôts et 1690 du Code civil, serait de nature à faciliter la fraude. En effet, il convient de rappeler que la fraude ne se présume pas, et que la Cour de cassation n'a pas le pouvoir de renoncer à une qualification juridique qui lui paraît s'imposer, sous le seul prétexte qu'il existe un risque de fraude. De même, doit être rejeté l'argument selon lequel la stipulation pour autrui nécessite que le tiers bénéficiaire soit déterminé ou déterminable, tandis que la clause de substitution est destinée, au contraire, à jouer au profit d'une personne inconnue. En effet, il convient de vérifier le moment précis auquel doit être appréciée cette condition de déterminabilité du tiers bénéficiaire : or, nous savons que la jurisprudence admet depuis longtemps la possibilité, pour le stipulant, de désigner seulement *a posteriori* le tiers bénéficiaire, à la seule condition que l'identité de ce dernier soit effectivement déterminée ou déterminable au moment où la stipulation doit être finalement exécutée<sup>1</sup>. Ainsi précisée, cette condition se trouve donc parfaitement respectée, dans l'hypothèse de la substitution : en effet, il est évident que l'identité du bénéficiaire substitué de la promesse doit être impérativement connue au moment où celui-ci lève l'option, c'est-à-dire exige du promettant le respect de son engagement. Par conséquent, dans les deux cas, la détermination du bénéficiaire final n'est pas nécessaire avant la mise en oeuvre de la créance.

290. On a également observé que les finalités habituelles de la stipulation pour autrui ne correspondaient pas au schéma classique de la substitution. En effet, le recours du stipulant à la technique de la stipulation pour autrui vise traditionnellement, soit à payer une dette au bénéficiaire, soit à lui consentir une libéralité. Or, dans l'hypothèse la plus fréquente en matière de substitution, c'est-à-dire lorsqu'elle est consentie au tiers moyennant un prix, il n'existe aucune dette antérieure entre le substituant et le substitué, ni aucune intention libérale du premier vis-à-vis du second, qui puisse servir de justification à cette prétendue stipulation pour autrui : cette opération n'a aucun effet libératoire à l'encontre d'une quelconque dette antérieure, et elle n'est pas réalisée à titre gratuit, puisque le substitué a dû payer un prix pour la substitution. Certains auteurs<sup>2</sup> ont alors rétorqué que la stipulation pour autrui n'était pas obligatoirement consentie à titre

---

<sup>1</sup> Civ., 28 décembre 1927 : DH 1928.135. Cf également l'article L 132-8 du Code des assurances, qui consacre cette solution en matière d'assurance-vie.

<sup>2</sup> L. BOYER, article précité, n° 7.

gratuit ou libératoire, car elle est une opération intrinsèquement neutre. D'autres auteurs<sup>1</sup> estiment, au contraire, que ces derniers sont victimes d'une confusion, car la neutralité dont il s'agit ne signifie pas que la stipulation peut être consentie au profit du tiers bénéficiaire à titre onéreux, c'est-à-dire en contrepartie d'un prix, mais seulement que cette stipulation peut se greffer indifféremment sur un acte à titre gratuit ou à titre onéreux. Pour notre part, nous admettons ne pas être en mesure de trancher définitivement entre ces deux opinions, même si le principe de la liberté contractuelle, combinée avec l'absence de précision explicite du Code civil sur ce point, nous incite plutôt à admettre la possibilité d'une stipulation pour autrui moyennant un prix.

291. Par contre, l'existence d'obligations éventuelles mises à la charge du tiers substitué constitue un obstacle plus important à la qualification de stipulation pour autrui, puisque celle-ci ne peut porter *a priori* que sur des créances, et non sur des dettes : or, certains auteurs ont fait remarquer que le tiers substitué contractait, « à l'égard du promettant, l'obligation de payer le prix (s'il lève l'option) ou l'indemnité d'immobilisation prévue dans la promesse (s'il ne lève pas l'option) »<sup>2</sup>. Toutefois, s'agissant de la première obligation, il faut relever qu'elle ne prend pas sa source dans la substitution elle-même, mais dans le contrat de vente définitif qui résulte de la manifestation unilatérale de volonté du bénéficiaire (substitué) de la promesse de lever l'option. Or, comme nous l'avons déjà souligné, cette manifestation de volonté ne doit pas être confondue avec celle par laquelle il accepte la substitution. Par conséquent, la simple acceptation de la substitution dans le bénéfice de la promesse ne rend pas le tiers substitué directement débiteur du prix, mais ne peut faire naître, à son égard, qu'une seule obligation éventuelle : celle de payer une indemnité d'immobilisation. Toutefois, il est indiscutable que cette seconde obligation est instituée, comme son nom l'indique, en contrepartie de l'immobilisation du bien résultant du bénéfice de la promesse. L'argument est donc partiellement valable, à l'égard de cette seconde obligation<sup>3</sup>. Or, il

---

<sup>1</sup> E. JEULAND, thèse précitée, n° 89, p. 80 - Ph. BRUN, article précité, n° 14, p. 36.

<sup>2</sup> Ph. RÉMY, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 17 avril 1984, RTD civ. 1985.177.

<sup>3</sup> L'argument ne tient plus évidemment dans le cadre de la toute récente théorie relative à la prétendue « stipulation de contrat pour autrui » (Didier R. MARTIN, article précité). Mais, admettre qu'un contrat tout entier puisse faire l'objet d'une stipulation pour autrui, n'est-ce pas une dénaturation de ce dernier mécanisme ? On ne peut « stipuler au profit d'un tiers » (formule de l'article 1121 du Code civil) que si la stipulation vise un droit, un avantage, et non un contrat contenant des obligations réciproques. Il est vrai qu'un contrat unilatéral (tel que, précisément, la promesse unilatérale de vente) constitue une sorte

n'est pas certain que l'évolution récente de la jurisprudence en faveur de la validité des stipulations pour autrui avec charges suffisent à résoudre la difficulté, car les charges autorisées sont généralement des accessoires de la stipulation, et non de véritables contreparties !

292. Enfin, la principale critique adressée à la qualification de stipulation pour autrui porte sur le caractère direct du lien de droit établi entre le promettant et le tiers bénéficiaire, qui doit exister, par principe, en matière de stipulation pour autrui, et qui ferait défaut dans le cas de la substitution : en effet, comment nier que, avant la mise en oeuvre de la substitution, le contrat de promesse avait déjà produit ses premières conséquences dans le patrimoine du substituant ? Si le substituant était bénéficiaire de la promesse, dès la conclusion du contrat, le substitué ne pouvait pas en être lui-même directement bénéficiaire. En réalité, cet argument ne tient pas compte du caractère rétroactif de la substitution, et de la fiction qui en résulte : par l'effet de la substitution, le substitué est censé avoir été bénéficiaire de la promesse dès l'origine, et tenir ses droits directement du promettant, tandis que le substituant est rétroactivement censé ne jamais avoir été bénéficiaire de la promesse. Or, nous avons démontré que cette rétroactivité était commune à la stipulation pour autrui et à la substitution. Dans les deux cas, la mise en oeuvre de ces procédés, à partir du moment où ils commencent à acquérir leur caractère définitif et obligatoire (c'est-à-dire après la désignation du tiers bénéficiaire et l'acceptation de celui-ci), conduit à effacer rétroactivement la situation juridique antérieure, en établissant un lien de droit direct et irrévocable entre le promettant et le tiers bénéficiaire.

293. En réalité, la critique de ces auteurs est mal orientée, car elle porte sur l'existence du lien direct, ou sur la rétroactivité, c'est-à-dire sur la comparaison des conséquences respectives de la mise en oeuvre de ces deux procédés. Or, ce qui constitue une différence essentielle entre la substitution et la stipulation pour autrui, c'est l'analyse juridique de la situation temporaire d'incertitude, qui précède justement la mise en oeuvre des conséquences de ces procédés. En effet, avant la désignation du

---

d'avantage. Mais, cette explication nous paraît tout de même largement artificielle, et de toute manière, inapplicable à d'autres clauses éventuelles de substitution insérées dans des contrats synallagmatiques. En outre, cette théorie n'échappe pas aux deux critiques qui vont suivre.

tiers bénéficiaire par le stipulant, dans le cas où il s'est réservé la possibilité d'une désignation ultérieure, et dans tous les cas, avant l'acceptation de la stipulation par le tiers bénéficiaire, il existe une situation d'incertitude, résultant de la faculté, pour le stipulant, de révoquer, à tout moment, sa stipulation au profit d'autrui, et qui peut être comparée à l'incertitude résultant de la clause de substitution. Mais, pendant cette période, la stipulation pour autrui, à défaut d'avoir acquis son caractère définitif et irrévocable, ne produit aucun effet obligatoire : le stipulant n'est pas créancier de la stipulation, en attendant qu'elle soit définitivement acquise au profit du tiers bénéficiaire. Au contraire, pendant la période d'incertitude, le substituant est d'ores et déjà titulaire de la promesse de vente : il peut lever l'option à son profit personnel. Dans le cas de la stipulation pour autrui, la mise en oeuvre de la créance stipulée au profit d'autrui est donc "suspendue" pendant toute la période d'incertitude, tandis que, dans le cas de la clause de substitution, la créance résultant de la promesse produit déjà des conséquences provisoires au profit du substituant. C'est cette différence que la doctrine a tenté maladroitement d'exprimer, en contestant le caractère rétroactif de la substitution.

294. Enfin, une dernière différence entre la stipulation pour autrui et la clause de substitution résulte des conséquences que ces deux mécanismes produisent sur le lien de droit établi initialement entre l'intermédiaire et son cocontractant. L'intérêt essentiel de la substitution est de faire disparaître tout rapport juridique entre le substituant et le promettant : la promesse bénéficie au substitué et, contrairement à ce qui est parfois prétendu, le substituant n'est plus tenu au paiement de l'indemnité d'immobilisation (du moins, s'il ne l'avait pas déjà payée avant la substitution<sup>1</sup>), car celle-ci est devenue une obligation du substitué. La substitution libère donc immédiatement le substituant, qui devient, de manière rétroactive, un simple tiers *penitus extraneus* par rapport au contrat de promesse. Au contraire, la stipulation pour autrui ne produit pas cet effet libératoire immédiat au profit du stipulant : par exemple, dans l'hypothèse d'une assurance-vie, l'assuré (le stipulant) continue à devoir payer les primes annuelles à l'assureur (le promettant), même après que le tiers bénéficiaire ait accepté le bénéfice de

---

<sup>1</sup> Dans ce cas, il peut évidemment réclamer remboursement de cette indemnité au substitué. En général, lorsque la substitution se fait à titre onéreux, ce remboursement est compris dans le prix.



la stipulation. Le stipulant ne sera libéré, à l'égard du promettant, qu'au moment de l'exécution finale de la stipulation, c'est-à-dire de la promesse faite au profit du tiers bénéficiaire. Mais, en soi, l'entrée du tiers dans le contrat (résultant de l'acceptation de la stipulation) ne provoque pas la sortie du stipulant : en ce sens, la stipulation pour autrui ne peut pas réaliser une véritable substitution. Par conséquent, il résulte de ces différentes observations que la qualification de stipulation pour autrui ne semble pas parfaitement adaptée pour expliquer le mécanisme de la substitution. Au contraire, nous constaterons que ces différentes critiques ne constituent pas des obstacles à la qualification de « représentation optionnelle », que nous envisageons maintenant d'appliquer au procédé de la clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente.

## **B. La qualification de « représentation optionnelle »**

295. L'application de cette qualification à la clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente constitue une innovation. Certes, un auteur<sup>1</sup> avait déjà mis en évidence, à plusieurs reprises, le caractère optionnel de la faculté de substitution accordée au bénéficiaire initial de la promesse. Mais, il n'avait jamais précisé la nature juridique du mécanisme qui fait l'objet de cette option ; celui de la représentation, dès lors qu'il est admis, depuis longtemps, qu'il peut être aisément détaché du contrat de mandat, nous semble particulièrement indiqué pour expliquer ce phénomène original de substitution de personne, qui constitue l'une des branches de cette alternative. Toutefois, en raison de son caractère inédit, l'extension de la qualification de « représentation optionnelle » à cette clause de substitution nous paraît devoir être justifiée, à la fois positivement, par un rapprochement avec la clause de réserve de command qui est soumise à une telle qualification (1), et négativement, par une appréciation critique de cette proposition (2).

---

<sup>1</sup> I. NAJJAR, notamment dans les articles suivants : « Option et substitution dans la promesse unilatérale de contrat », D. 1988.chron.135 ; note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1988 : D. 1989.65.

## 1. Le rapprochement avec la clause de réserve de command

296. Les points de convergence entre la clause de substitution, insérée dans les promesses unilatérales de vente, et la clause de réserve de command, insérée le plus souvent dans des contrats de vente immobilière, sont si nombreux que seule la terminologie semble différencier l'une de l'autre. On peut ainsi relever leur origine conventionnelle commune (une simple clause insérée dans le contrat principal), leur formulation souvent assez proche (« à telle personne ou à toute autre personne / command / acquéreur qu'elle se substituera »), leur effet commun (une substitution de personne dans la situation contractuelle née du contrat principal). De même, il apparaît que les trois finalités possibles de la réserve de command se retrouvent dans la situation de la clause de substitution : soit la dissimulation temporaire de l'identité du véritable bénéficiaire (dans ce cas, le bénéficiaire initial agissait sur les instructions de ce dernier, et dans le cadre d'un mandat préalable) ; soit la prévision d'une issue de sortie au cas où les circonstances rendraient moins intéressante, pour le bénéficiaire initial, la position contractuelle résultant du contrat principal (dans le cas de la clause de substitution, l'issue de sortie a pour but de sauver l'indemnité d'immobilisation) ; soit enfin, la prévision d'une retransmission du bénéfice du contrat à des personnes ou des catégories de personnes que l'on suppose intéressées, dans le but de rendre service ou de réaliser un profit (spéculation).

297. Le mécanisme mis en place, suite à l'insertion de ces deux clauses dans le contrat principal et à l'exercice de la faculté de substitution qui en résulte, est identique. Dans un premier temps, la situation juridique est gouvernée, à titre provisoire, par l'établissement immédiat du lien de droit sur la tête du bénéficiaire initial. Mais, la situation juridique reste incertaine tant que ce dernier n'aura pas manifesté sa décision de se substituer autrui ou de renoncer à cette faculté. Il dispose, pour cela, d'un délai impératif, dont l'analyse révèle cependant qu'il n'est pas de nature à le priver de son droit, mais seulement à rendre inopposable l'exercice de ce droit. La substitution se réalise par le seul effet d'une simple déclaration unilatérale du substituant, corroborée par l'acceptation du substitué, soit sous la forme d'une ratification postérieure, soit sous la forme du mandat préalable qui a pu être établi entre eux avant la conclusion du

contrat principal. Ses deux conséquences sont l'établissement rétroactif du lien de droit résultant du contrat principal sur la tête de la personne substituée, et l'effacement rétroactif du lien de droit établi, à titre provisoire pendant la période d'incertitude, sur la tête du substituant. Enfin, dans le cas d'une déclaration tardive, les conséquences de la substitution ne peuvent pas se produire normalement à l'égard des tiers, qui ont été en droit d'interpréter ce long silence comme une renonciation du bénéficiaire de la clause à son droit de substitution<sup>1</sup>. Toutes ces étapes sont donc parfaitement identiques pour chacune de ces deux clauses.

298. Jusqu'à ce jour, il semble qu'un seul auteur ait envisagé le rapprochement entre ces deux clauses, en concluant très hâtivement à une impossibilité d'assimilation<sup>2</sup>. Deux réserves ont été émises par celui-ci : d'une part, la complication qui résulterait de l'application cumulative des articles 686 et 1840 A du Code général des impôts, le premier imposant un délai de vingt quatre heures pour la déclaration de command, et le second un délai de 10 jours pour l'enregistrement de la promesse ; et d'autre part, une prétendue différence dans l'intention des parties, dans le sens où la substitution ne serait que l'exception pour le bénéficiaire initial de la promesse de vente, dont l'objectif premier est de lever l'option à son profit personnel, tandis que cette substitution serait, au contraire, le but recherché par le commandé, qui ne se résoudrait à garder le contrat pour lui que par défaut d'avoir trouvé un "remplaçant".

Observons d'abord qu'aucune de ces deux critiques n'est réellement dirimante : en effet, la prétendue complication, qui résulterait de l'application des conséquences d'une qualification juridique à une situation, ne peut pas être un argument satisfaisant pour écarter celle-ci. De même, la préférence qu'accordent généralement les utilisateurs d'une technique pour un usage différent de celui qui est habituellement donné à une technique semblable, portant une dénomination différente, mais parfaitement identique dans son fonctionnement, ne peut pas justifier une véritable distinction entre ces deux techniques.

---

<sup>1</sup> Dans le cas de la clause de substitution dans les promesses de vente, le délai d'exercice du droit de substitution est exactement celui de l'exercice de l'option résultant de la promesse : par conséquent, le silence prolongé du bénéficiaire initial peut être interprété comme une double renonciation, d'une part, à son droit de substitution, et d'autre part, au bénéfice de la promesse.

<sup>2</sup> E. JEULAND, thèse précitée, n° 75, p. 66.

299. En outre, aucune des ces deux critiques n'est fondée. En effet, l'article 1840 A du Code général des impôts concerne les promesses de vente immobilière, tandis que l'article 686 de ce même code concerne les déclarations de command qui font suite à une vente immobilière. Le premier a donc vocation à s'appliquer dans la période qui précède la vente, puisqu'il concerne l'avant-contrat de vente que constitue la promesse, tandis que le second vise uniquement la période qui suit cette vente. Dans ces conditions, aucune difficulté particulière ne doit résulter de l'application de ces deux textes. Quant à la prétendue différence de motivation des utilisateurs de ces deux clauses, elle n'est qu'une affirmation purement gratuite : la grande vague de spéculation immobilière que nous avons connue dans notre pays a démontré que la clause de substitution dans les promesses de vente n'était pas qu'une simple clause de sécurité ; et par ailleurs, l'insertion automatique, et même obligatoire en vertu de l'article 707 de l'ancien Code de procédure civile, d'une clause de réserve de command dans les ventes aux enchères publiques suffit à contester l'idée selon laquelle l'objectif du bénéficiaire de la clause, au moment où il conclut l'opération principale avec le tiers cocontractant, est quasi exclusivement d'en faire usage au profit d'un tiers, qu'il connaît par avance ou bien qu'il tentera de trouver dans un deuxième temps. En effet, dans une vente aux enchères, la plupart de ceux qui se portent adjudicataires, par l'intermédiaire de leur avocat ou de leur avoué, le font réellement pour leur compte personnel, bien qu'ils soient légalement bénéficiaires d'une faculté de substitution. L'assimilation de la clause de substitution à la clause de réserve de command n'est donc absolument pas entravée par ces deux arguments. Il convient maintenant de vérifier si la qualification de « représentation optionnelle » permet de lever toutes les critiques, et notamment celles que nous avons précédemment mises en évidence pour les autres qualifications.

## **2. L'appréciation critique de la proposition**

300. La qualification de « représentation optionnelle » nous paraît satisfaisante pour plusieurs raisons. Observons d'abord qu'aucun autre mécanisme juridique que celui de la représentation ne semble aussi bien adapté pour expliquer ce phénomène original de substitution de personne qui consiste à imputer les effets juridiques d'un contrat à une personne étrangère à sa conclusion. En outre, l'application du régime de

l'option au mécanisme de la représentation permet d'expliquer, à la différence de la qualification de cession, la rétroactivité des effets de cette substitution. Il en va de même pour le caractère unilatéral de sa mise en oeuvre : nous démontrerons, en effet, dans nos développements ultérieurs<sup>1</sup>, que c'est toujours par une déclaration unilatérale de volonté qu'un représentant manifeste son intention de représenter (car le pouvoir de représentation, comme tout pouvoir, s'exerce forcément de manière libre et autonome). C'est donc parfaitement conforme au caractère unilatéral de l'exercice des droits d'option, car dans les deux cas, c'est bien un pouvoir qui est exercé par cette manifestation unilatérale de volonté. Quant à l'acceptation par le bénéficiaire, elle ne joue qu'un rôle d'attribution (préalable ou postérieure) de ce pouvoir, mais n'a, par elle-même, aucune conséquence directe sur l'exercice du pouvoir. De plus, contrairement à la cession, la représentation permet au substitué de s'insérer dans le contrat original, et de tenir ainsi ses droits directement du tiers cocontractant. A la différence de la délégation, elle ne fait pas naître, au profit du tiers substitué, un droit nouveau, c'est-à-dire une nouvelle promesse qu'il faudrait à nouveau enregistrer dans les 10 jours, par application de l'article 1840 A du Code général des impôts. Enfin, relevons que le mécanisme de la « représentation optionnelle » constitue une véritable qualification juridique, contrairement à la notion autonome de « substitution de personne ». Dès lors, aucune de ces critiques, propres à d'autres qualifications, ne constituent un véritable obstacle à la qualification de « représentation optionnelle ».

301. Comme l'on pouvait s'en douter, ce sont essentiellement les critiques adressées à la qualification de stipulation pour autrui qui peuvent être, le plus aisément, transposées à celle de la « représentation optionnelle ». Ce n'est toutefois pas le cas de l'opposition, que nous avons précédemment observée, entre la portée respective de la stipulation pour autrui et celle de la substitution sur la libération de l'intermédiaire : en effet, l'application du mécanisme de la représentation provoque, elle aussi, une substitution immédiate, qui fait disparaître tout lien de droit entre le promettant et le substituant. De même, si la stipulation pour autrui doit, en principe, se limiter aux seules créances, la représentation peut, sans aucune difficulté, porter à la fois sur des créances et sur des dettes, telles que, par exemple, l'obligation de payer l'indemnité

---

<sup>1</sup> Cf *infra*, n° 391.

d'immobilisation. Enfin, la différence juridique observée entre la stipulation pour autrui et la substitution, à propos de la période d'incertitude qui précède leur mise en oeuvre définitive (période improductive d'effets, dans un cas, et au contraire, productive de conséquences provisoires, dans l'autre cas) n'est pas exacte, en ce qui concerne le mécanisme de la « représentation optionnelle », puisque ce dernier produit, lui aussi, à titre provisoire, des conséquences sur la tête du représentant.

302. En réalité, la seule véritable difficulté résulte du caractère souvent onéreux de la substitution, le substituant n'acceptant généralement de mettre en oeuvre la faculté de substitution que moyennant un prix. Il est incontestable que le mandat n'est plus que très occasionnellement une opération gratuite, de sorte qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que le substituant se fasse rémunérer. Mais, cette explication n'est valable que dans la seule hypothèse où le substitué et le substituant ont conclu un contrat préalable de mandat. Au contraire, dans la situation la plus courante, celle où le substituant réalise l'opération de sa propre initiative, dans l'espoir d'obtenir ensuite la ratification de celle-ci par un tiers qui accepte de se substituer à lui, le prix de la substitution ne peut plus correspondre à la rémunération d'un mandataire, puisqu'il n'y a eu aucun mandat. En outre, la notion de prix fait davantage penser à la contrepartie d'un transfert de propriété ou de titularité d'un droit qu'à la rémunération d'un mandataire. Or, c'est bien un prix que le tiers substitué paie au substituant.

303. Il convient cependant d'observer, d'une part, que la représentation peut exister indépendamment d'un quelconque mandat (le substituant pouvant être un représentant, sans être un mandataire), et d'autre part, que la stipulation d'un prix peut également résulter d'un accord entre les parties indépendamment d'un quelconque transfert de propriété (le substitué paie la substitution, et non l'immeuble qui fait l'objet de la promesse de vente). En effet, la notion de prix ne vise pas nécessairement la contrepartie d'une obligation de donner, mais peut aussi désigner la contrepartie d'une obligation de faire ou de ne pas faire : tel est le cas, par exemple, d'un prix payé en contrepartie d'une prestation de service. Pourquoi ne pourrait-on pas alors parler du prix de la substitution, c'est-à-dire de l'exercice de l'option en faveur du tiers substitué ? Ce prix ne doit pas être confondu avec le simple remboursement de l'indemnité

d'immobilisation que le substituant a pu être amené à payer au promettant pendant la période d'incertitude. Il est égal au surplus payé par le substitué au substituant, et correspond à un engagement du bénéficiaire initial de la promesse d'utiliser, au profit du tiers, la faculté de substitution, c'est-à-dire une obligation de faire (l'obligation de désigner le tiers comme bénéficiaire substitué de la promesse). Il n'y a donc rien de surprenant dans le fait, pour le bénéficiaire initial de la promesse, de se faire payer en contrepartie d'une déclaration de volonté de sa part, destinée à mettre en place un mécanisme de représentation au profit d'un tiers, dont il s'était réservé l'éventualité sous la forme d'un droit d'option que lui avait accordé le promettant. Par conséquent, si la notion de prix semblait incompatible avec la stipulation pour autrui, elle ne l'est pas avec le mécanisme de la représentation optionnelle.

304. Même si l'analyse peut sembler audacieuse, compte tenu de son originalité, nous concluons donc dans le sens d'une parfaite identité de mécanisme dans la mise en oeuvre d'une clause de substitution et celle d'une clause de réserve de command. On peut d'ailleurs imaginer tout l'intérêt que la généralisation de telles clauses pourrait présenter dans d'autres circonstances. Par exemple, une entreprise qui a habituellement recours à des méthodes de démarchage pour "placer" ses produits ou ses services pourrait introduire une clause de substitution dans les contrats-types proposés à sa clientèle, et utiliser ensuite cette possibilité, offerte aux clients, de « se dédire à la condition de trouver un remplaçant », comme un argument supplémentaire de nature à faire tomber leurs réticences<sup>1</sup>. D'une manière générale, une telle clause sera également utile à toute personne désireuse de contracter, mais souhaitant se préserver une issue de sortie éventuelle.

Tous les contrats semblent susceptibles de contenir une clause de substitution (sauf quelques rares exceptions, telles que le mariage, par exemple), y compris les contrats habituellement considérés comme conclus *intuitu personae* car, par définition, l'acceptation d'une telle clause démontre que la considération de la personne du cocontractant n'est pas déterminante du consentement de l'autre partie. Le régime juridique applicable nous paraît donc être celui de l'interposition de personne mixte, tel

---

<sup>1</sup> Le commerçant pourra se prémunir du risque d'insolvabilité de la personne substituée par une clause de garantie personnelle du substituant.

que précédemment défini<sup>1</sup>. Parce que l'objectif d'une telle clause est de permettre une incertitude sur l'identité du destinataire final des effets de l'acte, elle constitue, comme la convention de prête-nom et le contrat de commission, une forme d'interposition de personne par nature.

305. En conclusion, nous rappellerons donc que ces trois méthodes principales de mise en place d'une interposition de personne se différencient essentiellement par leurs objectifs : lorsque le but recherché est de tromper les tiers (ou du moins, certains d'entre eux) sur l'identité réelle du maître de l'affaire, c'est la méthode du prête-nom (réel ou fictif) qui s'impose ; lorsqu'il s'agit seulement de requérir, pour des raisons de facilité ou de compétences techniques, l'intervention d'un professionnel en vue de se décharger entièrement sur lui de toutes les modalités matérielles et juridiques de réalisation d'une opération, c'est le contrat de commission qu'il convient d'utiliser ; enfin, lorsque le but est simplement de retarder la désignation du maître de l'affaire, soit pour des raisons temporaires de discrétion, soit parce que son identité n'est pas encore déterminée au moment de la conclusion de l'acte, l'insertion d'une clause de réserve de command ou d'une clause de substitution paraît parfaitement adaptée<sup>2</sup>. Mais, l'interposition de personne peut également résulter parfois d'une utilisation détournée de certains procédés qui sont, par eux-mêmes, étrangers à un tel objectif. On peut alors parler d'une interposition de personne par incidence.

---

<sup>1</sup> Cf le tableau *supra*, n° 264.

<sup>2</sup> Notons qu'une certaine combinaison de ces objectifs n'est pas inconcevable. Cf Civ. 3<sup>e</sup>, 15 novembre 2000 : Bull. civ. III, n° 171, p. 119 ; RTD civ. 2001.355 (l'acheteur d'une parcelle, auteur du dol qui sera finalement sanctionné par l'arrêt, voulait cacher au vendeur la richesse du sous-sol. Or, s'agissant d'une société dont la dénomination sociale - Carrière de Brandefert - aurait pu susciter des doutes dans l'esprit du vendeur, c'est son directeur général qui prit la qualité d'acheteur, agissant en qualité de « prête-nom » [le terme est employé par l'arrêt], mais en prenant soin de se réserver « la faculté de se substituer toute personne physique ou morale de son choix ». Il y avait donc, à la fois, volonté de tromper le vendeur sur l'identité réelle de l'acheteur, et volonté de retarder la désignation du maître de l'affaire. La méthode employée était très habile car, juridiquement, le régime de l'interposition fictive était exclu, puisque l'insertion de la clause de réserve de command introduit un doute sur l'identité de l'acheteur réel, qui ne peut alors être assimilé à un mensonge caractérisé).



## **CHAPITRE DEUXIÈME :**

### **L'INTERPOSITION DE PERSONNE PAR INCIDENCE**

306. L'interposition de personne par incidence peut se définir comme une « intervention en nom propre pour le compte d'autrui » venant se greffer sur un contrat ou une institution n'ayant pas, en soi, un tel objectif. C'est donc uniquement par la mise en évidence d'une instrumentalisation (volontaire ou forcée) que l'on peut caractériser l'interposition de personne, et différencier ainsi les utilisations normales ou détournées de la technique mise en oeuvre. La première, et la plus importante, de ces hypothèses de détournement est celle de l'attribution de la personnalité morale à un groupement qui peut être parfois utilisée, de manière ponctuelle ou permanente, dans l'intérêt exclusif d'autrui (un dirigeant, un tiers, une autre personne morale). Le contrat de société ayant nécessairement pour objectif la réalisation de l'intérêt social, l'utilisation d'une société

comme un instrument au service d'un intérêt différent du sien constitue forcément un détournement. C'est l'hypothèse de l'interposition de personne morale, que nous devons étudier en détail, compte tenu de son importance pratique (Section 1). Les autres formes d'interposition de personne pourront ensuite faire l'objet d'une présentation plus rapide (Section 2).

## SECTION 1 : L'INTERPOSITION DE PERSONNE MORALE

307. Le droit commercial, et en particulier le droit des sociétés, est le domaine privilégié de l'interposition de personne<sup>1</sup> : en effet, si cette technique peut se révéler occasionnellement intéressante dans la vie courante des particuliers, elle est souvent d'une utilité incontestable dans le domaine des affaires. La recherche constante, par les commerçants, d'une optimisation de leurs activités les conduit couramment à une dissimulation de leur participation à un certain nombre d'opérations juridiques, dont ils souhaitent pouvoir tirer les bénéfices sans devoir en supporter certains inconvénients ou risques. L'opération de commission (précédemment étudiée) est d'ailleurs un parfait exemple d'interposition licite destinée à transposer sur autrui la charge matérielle et juridique d'une opération. Mais, il est évident que le recours à des groupements civils ou commerciaux auxquels la loi attribue la personnalité juridique, alors même qu'elles ne sont que des abstractions, constitue également en soi un excellent moyen de partage et de limitation des risques. La reconnaissance de la personnalité juridique morale des groupements, indépendante des personnes humaines qui la composent, a constitué un progrès fondamental pour le développement du commerce. Mais, liée en principe à la

---

<sup>1</sup> Chantal CUTAJAR-RIVIÈRE, « La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique », *Bibliothèque de droit privé*, tome 292, L.G.D.J., 1998 - Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986.

réalisation d'un intérêt collectif différent des intérêts individuels de ses membres, elle peut parfois faire l'objet d'une sorte de détournement d'objectif (pas nécessairement illicite) au profit d'un intérêt particulier : c'est alors que la personne morale devient une personne interposée.

308. Les manifestations de l'interposition de personne dans le droit des sociétés sont multiples, et nécessitent une certaine clarification. D'abord, il convient de ne pas confondre, même si elles sont souvent réunies et étroitement liées, les manifestations d'interposition de personne physique dans le domaine des sociétés et les manifestations d'interposition de personne morale. Ainsi, le recours à la technique du prête-nom est parfois utilisé, pour des raisons diverses, dans la phase de constitution d'une société : certains associés ne jouent alors, dans le contrat de société, qu'un rôle de prête-noms au profit d'autres associés ou de tiers qui se révèlent être les véritables fondateurs<sup>1</sup>. Il est également très fréquent que le dirigeant de droit d'une société ne soit que le prête-nom du véritable maître de l'affaire qui, pour des raisons diverses, ne souhaite pas ou ne peut pas prendre ostensiblement cette qualité<sup>2</sup>. Enfin, dans certains cas, c'est le cocontractant d'une société qui désire cacher son identité derrière celle d'un prête-nom, par exemple parce qu'il n'a pas le droit de contracter avec celle-ci ou parce qu'il doit demander une autorisation préalable<sup>3</sup>.

Ces diverses situations ne relèvent pas de la technique de l'interposition de personne morale car elles font appel à des personnes physiques. Elles sont toutefois souvent imbriquées, de manière étroite, avec de véritables interpositions de personne morale : par exemple, lorsqu'un individu, soumis à une réglementation professionnelle

---

<sup>1</sup> Com., 22 juin 1999 : Bull. Joly 1999.978 - Com., 1<sup>er</sup> février 1994 : pourvoi n° 92-10.690 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 1993 : pourvoi n° 87-17.505 - Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1976 : D. 1977.619, note P. DIENER - Rouen, 6 juin 1973 : Gaz. Pal. 1973.2.910, note P. DELAISI ; RTD civ. 1974.166, obs. G. CORNU - Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1971 : Bull. civ. III, n° 595, p. 425 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1971 : Bull. civ. I, n° 270, p. 228 - Com., 30 octobre 1967 : Bull. civ. III, n° 346, p. 329.

<sup>2</sup> Crim., 28 mars 1994 : pourvoi n° 93-80.293 - Crim., 1<sup>er</sup> février 1994 : pourvoi n° 93-81.359 - Com., 25 janvier 1994 : pourvoi n° 91-20.007 - Crim., 29 novembre 1993 : pourvoi n° 92-85.512 - Crim., 7 décembre 1992 : pourvoi n° 91-83.937 - Com., 22 octobre 1991 : pourvoi n° 90-11.361 - Crim., 20 novembre 1989 : pourvoi n° 88-83.257 - Com., 17 octobre 1989 : Bull. civ. IV, n° 252, p. 169 ; Bull. Joly 1989.999 ; Gaz. Pal. 1990.1.panor.44 - T. com. Paris, 8 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.77, note J.-J. PLOQUIN.

<sup>3</sup> Crim., 8 décembre 1999 : D. affaires 2001.1091 - Soc., 20 octobre 1999 : pourvoi n° 97-41.106 - Com., 23 octobre 1990 : Bull. civ. IV, n° 254, p. 173 ; Gaz. Pal. 1991.1.panor.79 ; Rev. soc. 1991.92, note Y. GUYON - Com., 7 mars 1977 : Bull. civ. IV, n° 70, p. 61

qui lui interdit de faire le commerce, exerce, malgré tout, une activité commerciale sous couvert d'une société qu'il a créée et qu'il dirige par personnes interposées, l'interposition physique des prête-noms est forcément l'une des conditions essentielles de réussite de l'interposition morale de la société. Il ne faut cependant pas tomber dans la confusion générale, et oublier qu'elles constituent des interpositions différentes et autonomes. En effet, la notion de personnalité morale, en raison de son caractère exclusivement juridique, présente des particularités évidentes, notamment au niveau de ses conditions de création, de fonctionnement et de survie, qui confèrent nécessairement une certaine singularité à l'interposition de personne morale.

309. Le langage courant, et celui du monde des affaires, ont imaginés plusieurs manières de dénommer les personnes morales interposées. Par convention, et en raison de la limpidité de la formule, nous proposons de retenir celle de "société-écran" (§ 1). Cependant, cette expression ne devrait concerner que l'hypothèse d'une société dont l'existence est indiscutable, afin que son interposition ne soit pas qu'un simple "écran de fumée". Au contraire, une société dont la personnalité morale est susceptible d'être remise en cause, en raison d'un détournement trop important de l'institution sociale, ne peut pas *a priori* constituer un écran juridique satisfaisant. Par définition, il ne peut pas y avoir d'interposition de personne lorsqu'il n'y a pas de personne, au sens juridique du terme, à interposer. Il convient donc de traiter séparément l'hypothèse de la société dite "fictive", afin de vérifier si elle répond également aux conditions de la qualification d'interposition de personne morale (§ 2). La logique devrait nous conduire à l'exclure d'une telle qualification. Mais, nous verrons, au contraire, que l'évolution récente de la jurisprudence sur les effets de la déclaration de fictivité implique une conclusion toute différente : la société fictive doit être traitée comme une société-écran (du moins, pour ce qui concerne ses activités antérieures à la disparition de sa personnalité morale).

## § 1 : La société-écran

310. On appelle société-écran toute société, dont la personnalité juridique n'est pas discutable, et qui est utilisée par son représentant légal pour accomplir, de manière occasionnelle ou régulière, des opérations juridiques sous son nom social, mais pour le compte d'autrui (c'est-à-dire pour le compte du représentant légal à titre personnel, ou pour le compte d'un tiers ou d'une autre société). Les applications en sont multiples : elles vont de la société commissionnaire, qui accomplit, de manière ostensible, et à titre d'activité principale, des opérations diverses pour le compte de ses commettants, à la société de façade destinée au blanchiment de l'argent sale, en passant par la société filiale dont les activités sont guidées par l'intérêt de la société-mère ou par celui du groupe<sup>1</sup>.

Le succès de la technique de l'interposition de personne morale résulte de ses nombreux avantages. En effet, l'interposition d'une personne physique présente un certain nombre de dangers, que le droit des groupements civils et commerciaux permet

---

<sup>1</sup> Pour ce dernier exemple, on observera que le fait que la société filiale soit instrumentalisée au service de l'intérêt du groupe, c'est-à-dire d'une entité dépourvue de la personnalité juridique, ne pose pas aucun problème. En effet, on sait depuis longtemps que la qualification d'interposition de personne ne suppose pas obligatoirement que le maître de l'affaire ait la personnalité juridique : il suffit, pour s'en convaincre, de se souvenir des nombreuses interpositions de personne mises en place au XIX<sup>e</sup> siècle au profit des congrégations religieuses non autorisées.

généralement d'écarter. Les principaux risques tiennent à la nécessaire indépendance matérielle, juridique, et surtout intellectuelle, de l'interposé par rapport au maître de l'affaire : la personne physique interposée dispose d'une volonté propre, qui peut être divergente de celle du maître de l'affaire, et d'un patrimoine personnel, qui n'est pas exclusivement affecté à la conclusion des contrats au profit du maître. Au contraire, « la volonté de la personne morale n'est autre que celle du bénéficiaire et les créanciers de la personne morale ne se distinguent pas, dans la réalité économique, des créanciers personnels du maître »<sup>1</sup>. De plus, il sera souvent difficile de trouver une personne qui accepte de jouer le rôle d'un "homme de paille", et le maître de l'affaire devra parfois se résoudre à lui accorder une rémunération suffisante pour la convaincre d'apporter son concours, tandis que la création de plusieurs sociétés à son entière disposition lui permet, au contraire, d'agir à sa guise, et d'établir éventuellement des mouvements de capitaux entre le patrimoine de chacune d'elles. Enfin, il paraît assez difficile de jouer librement avec la solvabilité de l'interposé physique, car derrière l'aspect purement financier de l'opération, il ne faut pas oublier l'existence d'une personne humaine dont la survie est, bien évidemment, plus importante que celle d'une personne morale. Il est donc souvent intéressant, en particulier pour les commerçants, de pouvoir interposer une ou plusieurs sociétés afin de dissimuler aux tiers un certain nombre d'activités, d'échapper à l'application de certaines dispositions légales impératives, de répartir les charges et les risques liés à certaines affaires délicates, etc.

311. Toutefois, même si le droit positif reconnaît à la personne morale la qualité de sujet de droit, avec son patrimoine et son identité propres, et lui accorde un certain nombre de prérogatives communes à celles des personnes physiques, il n'en reste pas moins que la société n'est pas une personne comme une autre. Elle n'a pas de consistance matérielle ; elle n'est qu'une abstraction juridique<sup>2</sup>. Mais, surtout, elle est totalement incapable d'émettre une quelconque volonté personnelle : c'est uniquement par la volonté de son représentant légal qu'elle pourrait alors se voir attribuer le rôle de personne interposée. L'interposition de personne morale appartient donc à la catégorie,

---

<sup>1</sup> Guy FLATTET, « Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. », thèse Paris, Sirey, 1950, n° 191 p. 263.

<sup>2</sup> Même les partisans de la théorie de la réalité doivent, au moins, reconnaître que la réalité matérielle consacrée par le droit positif pour les groupements civils et commerciaux n'est pas semblable à la réalité matérielle des personnes physiques.

déjà évoquée, des interpositions forcées<sup>1</sup> : elle implique une instrumentalisation de la société au service de l'intérêt d'autrui. Cela ne signifie pas nécessairement que l'opération est contraire à l'intérêt de la société, et hors du cadre de son objet social<sup>2</sup>, mais l'élément déterminant dans la prise de décision finale de contracter est l'élément altruiste. Or, la société est aussi une institution. A ce titre, elle ne doit être utilisée que dans le cadre du but qui lui a été assigné par la loi. C'est pourquoi, il paraît tout à fait légitime de se demander si une société peut effectivement jouer le rôle d'une personne interposée sans perdre sa personnalité juridique. C'est d'abord la cohérence de la notion même d'interposition de personne morale qui est donc en cause (A). Néanmoins, la démonstration de la compatibilité entre l'interposition de personne et la personnalité morale ne suffirait pas à établir un critère de reconnaissance des sociétés interposées par rapport aux autres. C'est donc également l'autonomie du concept qui doit être mis en évidence (B). Enfin, le caractère nécessairement forcé de l'interposition d'une société-écran ne nous permet pas de la considérer comme un mandataire-représentant du maître de l'affaire : elle présente une spécificité juridique qu'il convient de relever (C).

#### **A. La cohérence de la notion d'interposition de personne morale**

312. Observer que le recours à l'interposition d'une personne morale présente des avantages indéniables pour l'interposant ne signifie pas nécessairement qu'un tel procédé est licite. La prudence nous interdit une conclusion aussi hâtive. En effet, avant d'affirmer une telle licéité, encore faut-il vérifier la compatibilité des conditions d'attribution de la personnalité morale avec les objectifs spécifiques de l'interposition de personne. Mme Béatrice VIAL-PEDROLETTI<sup>3</sup> défend précisément la thèse contraire. Or, celle-ci ne nous paraît pas admissible, car elle repose sur une définition inexacte de la technique de l'interposition de personne. Nous devons donc d'abord exposer cette thèse de l'incompatibilité (1), avant de procéder à une analyse critique de celle-ci (2).

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 51.

<sup>2</sup> Une société commissionnaire, par exemple, a précisément pour activité principale la réalisation de certaines opérations, sous son nom social, mais pour le compte de commettants.

<sup>3</sup> Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986.



## 1. L'exposé de la thèse de l'incompatibilité

313. Selon Béatrice VIAL-PEDROLETTI, la poursuite de l'intérêt social est une notion fondamentale du droit des sociétés : « la société a [...] pour but de réaliser un intérêt commun à tous les membres du groupement ; sa finalité est de poursuivre cet intérêt collectif »<sup>1</sup>. Elle affirme également que cette finalité est inhérente à la personne morale, puisque c'est elle « qui fonde toute la théorie de la personnalité morale, qui justifie son existence même »<sup>2</sup>. Cette opinion n'est évidemment pas nouvelle, ni originale. Cependant, dans un souci de rationalisation, l'auteur rattache alors la société à une catégorie nouvelle qu'elle a créée à cet effet, dénommée « technique juridique à finalité imposée », dans laquelle elle intègre également le mariage et l'adoption. Il existe, en effet, dans notre droit positif, des techniques juridiques qui, contrairement aux autres conventions ordinaires, ne sont pas librement mises à la disposition des parties pour parvenir à un objectif qu'elles déterminent elles-mêmes. Au contraire, ces techniques n'autorisent à leurs utilisateurs aucune liberté quant au choix des buts : « les individus sont tenus de respecter la finalité de la technique qu'ils utilisent parce que le résultat est impérativement prédéterminé par la loi »<sup>3</sup>. La caractéristique de ces techniques est donc de ne permettre d'atteindre aucun autre objectif que celui qui leur est assigné par la loi. Il en résulte alors que tout détournement de finalité doit entraîner la nullité de l'opération. Le respect de l'intérêt social est, pour cet auteur, une condition d'existence de la personne morale.

314. Or, par ailleurs, la technique de l'interposition de personne semble précisément se caractériser par une absence d'intérêt de la personne interposée dans l'opération qu'elle réalise. Agissant exclusivement pour le compte d'autrui, elle ne doit, en principe, retirer personnellement de l'acte aucun avantage juridique ou économique. Sa motivation est altruiste, car elle ne poursuit pas un intérêt propre, mais se contente de réaliser l'intérêt d'autrui. On comprend alors aisément ce qui rend la personne morale totalement incompatible avec l'interposition : l'attribution de la personnalité morale est

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, p. 240.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Eod. loc.*, p. 185.

subordonnée à la mise en oeuvre d'un intérêt propre à la société, l'intérêt collectif des membres, tandis que la technique de l'interposition de personne suppose, au contraire, la réalisation de l'intérêt d'un tiers et l'absence corrélatrice d'intérêt propre de la personne interposée dans l'opération. « Ces deux techniques sont donc totalement inconciliables »<sup>1</sup>. De fait, il faut bien admettre que, lorsqu'une société est détournée de sa finalité pour servir l'intérêt exclusif d'un ou plusieurs associés ou dirigeants, elle doit, en principe, être considérée comme fictive, donc normalement inexistante<sup>2</sup>. Cette solution devrait s'imposer puisque la recherche de l'intérêt social est inhérent à la personne morale. Par conséquent, « lorsque la société représente, comme elle le doit, un intérêt collectif, elle constitue une personne juridique ayant des droits et des obligations propres. Du jour où elle ne fonctionne que dans l'intérêt d'un individu, elle perd au contraire la personnalité morale »<sup>3</sup>. Cela signifie-t-il qu'une personne morale est dans l'impossibilité absolue de devenir une personne interposée ?

## 2. La critique de la thèse de l'incompatibilité

315. Le raisonnement de cet auteur devrait logiquement aboutir à la conclusion d'une impossibilité, pour les sociétés, de devenir des personnes interposées, sous peine de perdre leur personnalité morale. Pourtant, elle serait en contradiction flagrante avec une réalité intangible : en effet, nombreuses sont les sociétés qui, occasionnellement ou de manière permanente, tiennent le rôle de personnes interposées, sans que leur personnalité morale ne soit remise en cause. Il suffit de songer, par exemple, aux sociétés commissionnaires, dont l'activité est exclusivement centrée vers l'action en nom propre pour le compte d'autrui, c'est-à-dire vers l'interposition de personne morale. Il est vrai que Mme VIAL-PEDROLETTI n'inclut pas l'opération de commission dans les hypothèses d'interposition de personne. Néanmoins, elle admet elle-même les limites de ses développements : « il est vrai que les détournements de finalité observés en matière de société ne provoquent pas toujours la disparition de la personnalité morale : l'interposition de personne morale ponctuelle [...] fait exception à cette règle ».

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, p. 241.

<sup>2</sup> Cf toutefois, l'évolution actuelle du droit positif concernant le sort des sociétés fictives : *infra*, n° 330.

<sup>3</sup> Daniel VEAUX, « La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales », thèse Rennes, 1947, n° 163, p. 314.

En effet, l'interposition de personne morale ponctuelle met en cause une société réelle, c'est-à-dire une société dont la finalité a été respectée *ab initio*, et qui a une existence juridique indiscutable puisqu'elle poursuit, à titre principal, un intérêt qui lui est propre, même si elle en est occasionnellement détournée.

316. Cependant, même au-delà de cette limite, nous pensons que l'interposition de personne n'est pas incompatible avec la personnalité morale. Il est vrai que l'intérêt social est une condition d'existence de cette dernière. Par conséquent, lorsque la société est constituée dans un but autre que celui de la recherche de cet intérêt commun, elle ne devrait pas pouvoir acquérir la personnalité morale. Mais, pour décider cette inexistence juridique, encore faut-il constater un détournement de finalité. Or, il n'est pas certain que l'interposition de personne soit, par essence même, en contradiction impérative avec l'intérêt social. Certes, l'interposé n'a pas toujours d'intérêt juridique direct à l'acte qu'il accomplit pour le compte d'autrui, mais il y trouve très souvent un intérêt indirect qui ne permet plus de constater ce prétendu détournement de finalité. Cet intérêt consiste généralement dans la rémunération qu'il perçoit en contrepartie de son intervention. Mais, l'opération peut être également réalisée à titre gratuit, sans être pour autant désintéressée. Elle peut constituer, par exemple, un service accordé à des clients afin de les fidéliser ou un avantage attribué à un dirigeant, un employé ou un collaborateur en contrepartie de services rendus par celui-ci, éventuellement un moyen de nuire aux intérêts d'un concurrent, ou plus généralement un acte isolé qui prend tous son sens et tout son intérêt, pour la société, lorsqu'il est rapproché d'un ensemble d'autres opérations, juridiquement autonomes, mais formant un tout économiquement. Comme nous l'avons déjà longuement démontré, dans la phase de recherche de la définition de l'interposition de personne, l'absence d'intérêt de la personne interposée n'est absolument pas une caractéristique satisfaisante de cette technique. Dès lors, l'incompatibilité de principe entre les deux techniques n'est pas admissible.

## **B. L'autonomie du concept d'interposition de personne morale**

317. Une fois écartée cette première interrogation, il est assez tentant de soutenir la position exactement contraire : la personnalité morale d'un groupement n'est-elle pas

toujours, par nature, une interposition de personne ? Certes, la personne morale dispose d'une autonomie juridique et d'un patrimoine distinct de ses membres, et c'est précisément ce qui rend possible son interposition. Mais, comme le faisait remarquer un auteur<sup>1</sup>, « ce n'est là qu'une explication, qu'un moyen d'ordre technique, qui ne doit pas dissimuler la réalité. Et celle-ci montre qu'en définitive le bénéficiaire réel de l'activité d'une personne morale est toujours une personne physique ». Même dans les cas où la société n'est pas qu'une simple façade destinée à dissimuler les activités d'un commerçant individuel, elle reste une abstraction, une technique juridique au service de l'intérêt de ses membres, c'est-à-dire, directement ou indirectement, au service de personnes physiques. C'est d'ailleurs particulièrement vrai pour la création des sociétés, qui doivent normalement correspondre à un désir de réaliser des bénéfices, dont les destinataires finals sont toujours des personnes physiques (soit directement, soit par l'intermédiaire d'une autre société). Mais, c'est également le cas des associations qui visent, en quelque sorte, à satisfaire un intérêt moral de leurs membres (défense d'une cause, organisation d'activités sportives ou artistiques, etc.). Bref, la personne morale n'est toujours, dans l'esprit de ses fondateurs et de ses dirigeants, qu'un outil, un instrument au service de l'intérêt de personnes physiques. Or, une telle combinaison entre cette instrumentalisation psychologique de la personne morale au profit d'autrui et l'autonomie juridique dont elle bénéficie, qui aboutit à lui faire supporter toutes les conséquences des opérations réalisées en son nom, n'est-ce pas là tout simplement la définition de l'interposition de personne ? Ne doit-on pas alors considérer que toute société est une société-écran, dans la mesure où toutes les opérations que ses dirigeants décident de lui faire réaliser sont normalement accomplies au nom de la société (action en nom propre), mais dans l'intérêt des membres (action pour le compte d'autrui) ?

318. Une telle conclusion repose évidemment sur des postulats discutables. D'abord, il convient de nuancer l'idée selon laquelle seule la personne morale serait engagée par les actes accomplis sous son nom : en effet, les associés sont tenus des dettes de la société, même dans les cas où leur responsabilité est limitée en fonction de la forme sociale choisie. D'une certaine manière, les dirigeants agissent au nom de la

---

<sup>1</sup> Guy FLATTET, « Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. », thèse Paris, Sirey, 1950, n° 154, p. 212.

société, qui elle-même agit, dans un sens très large, au nom des associés. Mais surtout, il n'est pas tout à fait exact de soutenir que les bénéficiaires réels des activités d'une société sont toujours des personnes physiques. Il résulte, en effet, de la définition de la société qu'elle est instituée par plusieurs personnes (sauf le cas particulier de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Par conséquent, hormis le cas d'un détournement de finalité, son activité ne bénéficie pas à plusieurs personnes, prises individuellement, mais à un ensemble de personnes réunies, pour cette raison, dans un groupement, et auquel la loi accorde la personnalité morale. La société n'agit donc pas, en principe, dans l'intérêt personnel et pour le compte de ses membres ou de ses dirigeants, mais dans un intérêt collectif qui se distingue de la simple addition des intérêts individuels. Dès lors, même si la réalisation de l'intérêt collectif permet généralement la réalisation simultanée des intérêts individuels, seul le premier doit être, en principe, déterminant dans la prise de décision.

La société n'est donc pas, par nature, un écran juridique entre les associés et les tiers ; elle n'est pas un simple alibi, pour les associés, leur permettant d'agir dans leur intérêt propre sans en supporter personnellement les conséquences. Même dans le cas de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, elle est un moyen autonome de défense d'un intérêt, qui n'est certes pas collectif, mais qui est bien distinct de l'intérêt purement personnel de l'associé. Ce n'est donc qu'à titre exceptionnel que la société est utilisée pour réaliser un intérêt différent du sien : dans ce cas seulement, il y a interposition de personne morale. C'est, à nouveau, le critère de l'instrumentalisation (occasionnelle ou permanente) d'une société au service d'un intérêt étranger qui permet de reconnaître les sociétés interposées. La société-écran est celle dont la personnalité morale est utilisée en vue de la réalisation d'une opération altruiste, c'est-à-dire dont la motivation déterminante a été un intérêt autre que celui de la société : il importe peu, pour cette définition, que l'opération soit licite ou non au regard de l'objet social, et que l'intérêt de la société elle-même soit (volontairement ou fortuitement, directement ou indirectement) réalisé grâce à cette opération, dès lors que ce qui a réellement déterminé l'auteur matériel de l'acte (c'est-à-dire le représentant légal) à conclure l'opération sous le nom de la société, c'est son intérêt personnel ou l'intérêt d'un tiers. La société-écran est donc mise au service d'un intérêt étranger.

### C. La spécificité juridique de l'interposition de personne morale

319. Comme nous l'avons déjà fait observer, la spécificité de l'interposition de personne morale, c'est son caractère nécessairement forcé : en effet, la société n'étant pas en mesure d'avoir une quelconque volonté ou motivation interne, elle ne peut être instrumentalisée au service de l'intérêt d'un tiers que par la volonté de son représentant légal. Cette particularité entraîne alors des conséquences sur sa qualification juridique et suppose une distinction selon que la société est instrumentalisée au service d'un tiers ou au service de son propre représentant légal. En effet, lorsque le maître de l'affaire est un tiers, il est parfaitement possible que la société-écran ait antérieurement conclu avec lui, par l'intermédiaire de son représentant légal, une convention de prête-nom, de sorte que le régime (précédemment décrit) de l'interposition fictive lui sera applicable. En effet, le droit positif français n'interdit pas d'attribuer à une société la qualité de mandataire-représentant d'un tiers. Toutefois, la qualification d'interposition réelle est également possible dès lors que les conditions de la représentation ne sont pas remplies. La dualité habituelle de qualification juridique se retrouve donc dans cette hypothèse.

Mais, une difficulté survient dans la seconde hypothèse. Lorsque le véritable maître de l'affaire est le représentant légal lui-même, qui détourne la société à son profit personnel, il n'est pas possible d'attribuer à la société-écran la qualité de représentant de son propre représentant légal. Même si la représentation peut être détachée du contrat de mandat ordinaire, elle ne peut naître que par l'effet d'une convention, d'une décision judiciaire ou d'un texte précis. Or, aucun texte, ni aucune décision ne lui attribue cette qualité. Quant à la voie conventionnelle, elle lui est également fermée puisque la société ne dispose pas de la faculté d'émettre une quelconque volonté. Il faudrait alors supposer que le représentant légal aurait conclu, au nom de la société, une convention de prête-nom dans laquelle il apparaîtrait, à titre personnel, comme l'emprunteur de nom : cela n'a finalement aucun sens. En effet, il serait totalement artificiel de considérer que, dans l'acte, le représentant légal représente la société, qui représente elle-même son propre représentant. Dès lors, à défaut de représentation, le régime juridique de l'interposition fictive, basé sur la mise en oeuvre de la théorie de la simulation, est *a priori* exclu.

320. Pourtant, de nombreux exemples jurisprudentiels permettent de constater l'application de ce régime à la société-écran chaque fois que les tribunaux analysent son rôle dans l'opération comme celui d'un prête-nom. Par exemple, ceux-ci n'hésitent pas à prononcer la réintégration d'un immeuble acquis ostensiblement par une société-écran dans le patrimoine personnel de son dirigeant, et à permettre ainsi aux créanciers de ce dernier de saisir le bien<sup>1</sup>. Seule la reconnaissance d'une simulation relative à l'identité du véritable cocontractant dans l'acte initial d'acquisition du bien permet de justifier cette solution. Des tribunaux ont également estimés, à plusieurs reprises, qu'il convenait de prononcer la nullité de certaines opérations juridiques réalisées sous le couvert d'une société-écran sur le fondement d'une disposition impérative à laquelle la société n'est pas formellement soumise, mais qui est applicable au maître de l'affaire<sup>2</sup>. La mise en oeuvre de cette théorie se trouve même confirmée par des décisions qui admettent la possibilité, pour les tiers de bonne foi, d'invoquer l'inopposabilité de la situation réelle<sup>3</sup>. On peut donc s'interroger sur la justification de telles solutions puisque la société-écran ne peut pas être qualifiée de prête-nom.

---

<sup>1</sup> Com., 21 février 1995 : pourvoi n° 93-12.786 (réintégration d'un appartement acquis par une société de droit anglais dans le patrimoine de l'unique actionnaire et de son épouse, car il a été établi que c'est avec les fonds escroqués par cet actionnaire que l'appartement avait été payé, sous le couvert de la société-écran, et que les époux vivaient dans les lieux, qu'ils avaient fait exécuter des travaux d'aménagement et qu'ils se comportaient comme les seuls propriétaires) - Paris, 11 juillet 1990 : D. 1991.33, note C. LARROUMET (un immeuble acquis par une société dont le siège social était situé au Liechtenstein était, en réalité, la propriété personnelle de deux époux, membres du conseil d'administration, et par ailleurs, débiteurs, en qualité de cautions solidaires, d'une somme de 2 500 000 francs suisses prêtée par une banque à leur fils. Pour justifier la réintégration, la cour avait relevé que l'immeuble était occupé par les deux associés, bien qu'ils ne pouvaient faire état d'aucun titre d'occupation, ni établir le paiement d'un quelconque loyer, que ceux-ci s'étaient opposés à la production d'écritures bancaires qui auraient permis de déterminer le titulaire réel du compte à partir duquel le paiement de l'immeuble a été effectué, que les époux s'étaient eux-mêmes déclarés, auprès d'une banque étrangère dont il sollicitait un prêt, comme les propriétaires de l'immeuble, et enfin, qu'ils avaient curieusement démissionné de leurs fonctions au sein du conseil d'administration quelques jours après la première assignation).

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987 : Bull. civ. I, n° 32, p. 22 ; Gaz. Pal. 1987.1.panor.91 (une société civile immobilière s'était portée acquéreur d'un immeuble vendu par un agent immobilier, agissant au nom de sa cliente. Or, la cour d'appel avait relevé que la société n'était qu'une personne morale interposée, dont l'agent immobilier possédait la moitié des parts, l'autre moitié ayant été rachetée par la soeur de celui-ci, et qu'ils avaient ensuite substitué à cette SCI une société à responsabilité limitée en vue de transformer l'immeuble en appartements destinés à la vente. Dès lors, sur la base de l'article 1596 du Code civil, la nullité de cette vente pouvait être demandée par la venderesse).

<sup>3</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janvier 1994 : pourvoi n° 91-22.366 (inopposabilité au bailleur d'un local commercial du statut ordinaire des baux commerciaux dès lors qu'il ignorait que le locataire actuel, bénéficiaire d'un bail dérogatoire de courte durée, n'était qu'un prête-nom du locataire précédent, lequel s'était ainsi maintenu dans les lieux à l'insu du bailleur. La sommation de déguerpir était donc valable) - Com., 23 septembre 1982 : Bull. civ. IV, n° 283, p. 243 (inopposabilité au créancier de bonne foi de la nullité d'un cautionnement consenti par une SARL pour les dettes d'une autre société dissimulant, en réalité, le gérant de la SARL caution).

321. En réalité, la difficulté peut être contournée, en observant que la situation résultant d'une interposition de personne morale est assez proche de celle du mandataire prête-nom, de sorte que, si le régime de l'interposition de personne fictive ne peut pas lui être directement appliqué, il peut néanmoins lui être transposé. En effet, lorsqu'une société est utilisée par son représentant légal dans un intérêt personnel, la théorie de la simulation conserve sa vocation à régir cette interposition de personne morale, puisque celle-ci présente aussi une divergence entre l'apparence et la réalité, mais d'une manière totalement inversée par rapport à la situation du prête-nom. Nous avons démontré, dans nos développements précédents, que le prête-nom avait la qualité réelle de représentant qu'il dissimulait derrière la qualité apparente de non-représentant. Or, le dirigeant de la société-écran, qui détourne celle-ci dans son intérêt personnel, prend dans l'opération la qualité réelle de non-représentant de la société, tandis qu'il a la qualité apparente de représentant. Par conséquent, dans les deux hypothèses étudiées (mandataire prête-nom et société-écran), l'objet de l'action en déclaration de simulation est exactement opposé (représentation, dans un cas, et absence de représentation, dans l'autre), mais le sujet de cette action est aussi inversé (l'interposé, dans un cas, et l'interposant, dans l'autre), de sorte que le résultat final sera similaire.

L'interposition fictive d'une société-écran au profit personnel de son dirigeant n'est pas exactement identique à celle du prête-nom (représentation de l'interposant par l'interposé, et simulation), mais parfaitement comparable (absence de représentation de l'interposé par l'interposant, et simulation). C'est donc un abus de langage mineur qui consiste à désigner la société-écran comme un prête-nom. En tout cas, cette précision terminologique n'empêche pas l'application de la théorie de la simulation, et la mise en oeuvre corrélative du régime de l'interposition fictive. Nous verrons finalement que la distinction entre l'interposition fictive ordinaire des personnes physiques (interposition volontaire) et l'interposition fictive transposée des personnes morales (interposition forcée) ne présente d'intérêt juridique que sur le plan de la preuve<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf *infra*, n° 528.



## § 2 : La société fictive

322. L'une des deux caractéristiques essentielles de l'interposition de personne, c'est la dissimulation juridique du maître de l'affaire que l'intervention de la personne interposée doit permettre de réaliser. C'est pourquoi cette dernière est dans l'obligation d'agir en son nom propre, et de supporter (au moins, en apparence) dans son patrimoine personnel les conséquences juridiques de l'opération. Par conséquent, un intermédiaire, même s'il est utilisé dans une opération comme un simple instrument au service de l'intérêt d'un tiers, ne peut pas recevoir la qualité de personne interposée, s'il n'est pas en mesure de devenir lui-même le sujet d'imputation formel des effets de l'acte. Dès lors, l'interposition d'une entité dépourvue de la personnalité juridique ne peut pas, par définition, être une interposition de personne. Elle relève seulement de la technique de la supposition de nom<sup>1</sup>. Or, une société fictive n'est-elle pas précisément une société de pure façade, c'est-à-dire sans existence réelle, et à laquelle il conviendrait de retirer rétroactivement la personnalité juridique ?

323. Sur le plan des conséquences juridiques, une telle analyse ne poserait aucune difficulté, car la théorie de la simulation permet de dénoncer l'inexistence de la

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 153.

société et de tenir son dirigeant pour ce qu'il est réellement, c'est-à-dire un commerçant individuel répondant personnellement des dettes contractées. Mais, sur le plan de la stricte qualification juridique de cette société, il ne serait plus permis de la considérer comme une personne morale interposée. En outre, aucun cumul de responsabilités ne serait possible, car la société n'existe plus : seul le commerçant agissant sous le couvert de la société serait tenu des dettes. Le régime est donc différent selon que la société est une entité dépourvue de la personnalité juridique ou une personne morale interposée. Or, la question fondamentale de l'existence ou de l'inexistence des sociétés fictives a fait l'objet d'une controverse doctrinale et d'une évolution jurisprudentielle sur laquelle il convient de revenir. En effet, la compatibilité de la qualification de société fictive avec celle de l'interposition de personne dépend des effets de la déclaration de fictivité de la société sur sa personnalité juridique (B). Mais, avant de déterminer, de manière plus précise, la position actuelle de la jurisprudence sur ce point, il ne nous paraît pas inutile de préciser un peu le sens de la notion de société fictive (A).

#### **A. La notion de société fictive**

324. La notion de société fictive est bien évidemment liée à la technique de la simulation. Mais, elle semble souffrir, comme celle d'interposition de personne, d'une certaine imprécision. Il arrive, en effet, assez souvent qu'une simulation se rencontre en matière de société sans que celle-ci n'apparaisse nécessairement comme fictive. Il se peut que l'existence de la société soit réelle, mais qu'il s'y glisse néanmoins une part de fictivité concernant ses éléments constitutifs ou ses activités : ainsi, la souscription, les apports en nature ou en jouissance, la libération des actions, la forme de la société peuvent présenter un caractère fictif. De même, la présence d'un prête-nom parmi les associés peut révéler également une simulation. Mais, ces éléments ne suffisent pas à établir la fictivité de la société. Le groupement peut conserver une existence juridique incontestable, car la simulation qui apparaît dans de telles situations ne porte pas sur un élément essentiel, indispensable à l'attribution de la personnalité morale.

Il en va tout autrement lorsque c'est la société elle-même qui est fictive. Cette situation se rencontre lorsque la société « est dépourvue de consistance ; elle n'existe que sur le papier, c'est une forme de simulation. Elle peut alors parfois dissimuler un

autre contrat (vente, prêt, contrat de travail), mais fréquemment elle ne dissimulera que du néant. Elle n'est qu'un paravent qui abrite les activités d'une autre personne »<sup>1</sup>. Une société fictive est donc une société inconsistante. Il n'est pourtant pas facile de désigner l'élément qui permettra de reconnaître la fictivité d'un groupement. La jurisprudence est particulièrement confuse, et la doctrine hésitante. Pour notre part, nous retiendrons la distinction opérée par un auteur<sup>2</sup> entre les deux formes principales de fictivité de la société, traduisant sa double nature de contrat et d'institution : d'une part, la fictivité juridique (1), qui concerne la simulation relative aux éléments constitutifs du contrat de société, et d'autre part, la fictivité économique (2), qui concerne le non-respect de l'autonomie de la personnalité morale.

### 1. La fictivité juridique

325. Liée aux conditions de validité du contrat de société, la fictivité juridique apparaît exclusivement pendant la phase de constitution de la société. Elle peut porter, par exemple, sur le nombre réel d'associés, sur la mise en commun des apports ou sur la libération du capital social, sur le partage des bénéfices et des pertes, ou enfin sur la réalité du consentement de certains associés. Mais, pour chacun de ces éléments, la seule démonstration de leur caractère fictif ne suffit pas à provoquer la fictivité de la société : en effet, il est couramment admis que le défaut de ces éléments ne confèrent à la société sa qualification de société fictive que s'ils démontrent le défaut d'*affectio societatis*, c'est-à-dire d'intention réelle de s'associer, seul élément véritablement indispensable à l'existence de la société. Ainsi, la détention, par l'un des associés, de la quasi-totalité des parts sociales ne suffit pas pour admettre la fictivité de la société<sup>3</sup>, pas plus que le recours à des prête-noms dès lors que le nombre des associés est suffisant<sup>4</sup>. C'est, en général, la réunion de plusieurs de ces indices qui permettent aux tribunaux de

---

<sup>1</sup> Florence GISSEROT, « La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension des faillites ? », RTD com. 1979.49, n° 10.

<sup>2</sup> Jean-Jacques DAIGRE, Rép. soc. Dalloz, « Société fictive », 1999, n° 7, p. 2.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juillet 1989 : Bull. civ. I, n° 272, p. 181 - Com., 15 mars 1955 : Bull. civ. III, n° 100, p. 80.

<sup>4</sup> Paris, 26 janvier 1986 : RTD com. 1986.518, obs. C. CHAMPAUD et P. LE FLOCH - Com., 2 mars 1969 : D. 1970.somm.16.

déclarer la fictivité, car ils traduisent alors l'absence de ce critère psychologique essentiel que constitue l'*affectio societatis*<sup>1</sup>.

326. Pourtant, « la précision du concept d'*affectio societatis* est loin d'être à la mesure du rôle considérable qu'il joue dans notre droit positif »<sup>2</sup>. Il semble, en effet, toujours particulièrement délicat de tenter de définir une notion aussi fuyante que celle qui repose sur une intention. En particulier, la distinction entre l'*affectio societatis* et le consentement, proprement dit, au contrat de société n'est pas évidente à déterminer, d'autant plus que l'absence du premier se traduit généralement par l'absence du second. En réalité, il nous semble que la thèse de Béatrice VIAL-PEDROLETTI, précédemment exposée, selon laquelle la société est une technique « à finalité imposée », peut nous aider à comprendre la spécificité du contrat de société par rapport à d'autres contrats.

En effet, conclure une convention, c'est accepter d'être lié par des obligations nouvelles et de bénéficier de certains droits nouveaux résultant de l'accord passé entre les parties. Dans certains cas, tout ou partie du contenu du contrat n'est pas librement déterminé par les cocontractants, mais leur est imposé par la loi : on parle alors généralement de clauses légales lorsqu'elles sont limitées à certaines dispositions, et d'un véritable statut légal lorsque tout le contenu du contrat est prédéterminé par la loi. Dans ce dernier cas, la liberté des contractants est limitée à l'acceptation ou au rejet "en bloc" du contrat. Mais, en outre, il arrive souvent que de telles conventions, dont le contenu n'est pas libre, soient également encadrées au niveau des motivations des parties contractantes. Elles ont alors une finalité qui leur est imposée. C'est le cas du contrat de société, dont les dispositions principales sont prédéterminées par la loi, mais aussi le but. En effet, selon l'article 1832 du Code civil, « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie *en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Par conséquent, la volonté, même réelle, de devenir débiteur et créancier des obligations et des droits résultant du contrat de société ne suffit

---

<sup>1</sup> Com., 22 juin 1999 : Bull. Joly 1999.978 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1989 : Bull. Joly 1989.423 - Com., 2 juin 1987 : Bull. civ. IV, n° 132, p. 101 ; Rev. soc. 1987.629, note Y. GUYON - T. com. Paris, 8 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.77, note J.-J. PLOQUIN - Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1976 : D. 1977.619, note P. DIENER - Rouen, 6 juin 1973 : Gaz. Pal. 1973.2.910, note P. DELAISI ; RTD civ. 1974.166, obs. G. CORNU - Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1971 : Bull. civ. I, n° 270, p. 228 - Com., 19 janvier 1970 : D. 1970.479, note G. POULAIN.

<sup>2</sup> P. DIENER, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1976 : D. 1977.619, n° 5.

pas à constituer une société : elle doit nécessairement s'accompagner de la volonté d'inscrire la conclusion de ce contrat dans un objectif conforme à celui qui est imposé par la loi. C'est l'*affectio societatis*.

327. Le défaut de l'un des éléments constitutifs de la société, tel que les apports, la pluralité d'associés ou la répartition des bénéfices, peut éventuellement provoquer, à lui seul, la nullité du contrat de société. Mais, il n'entraîne la fictivité de la société que s'il traduit, en même temps, la volonté des parties cocontractantes d'atteindre, par la constitution de cette société, un but différent de celui qui est prévu par la loi. Il y a alors un détournement d'objectif qui devrait conduire à la privation de la personnalité morale du groupement, puisque celle-ci est intimement liée au but précis que le législateur lui a assigné. Cependant, lorsque les formalités apparentes de la constitution de la société ont été réalisées, notamment la signature du contrat et l'inscription au registre du commerce et des sociétés, la société reçoit la personnalité juridique, même si, sur le plan de la motivation des associés, elle ne la mérite pas. C'est donc toujours *a posteriori* que le défaut d'*affectio societatis* est mis en évidence, de sorte que l'enjeu n'est pas le refus initial d'attribution de la personnalité morale, mais son éventuel retrait rétroactif. Les parties n'ayant pas eu réellement une volonté conforme à celle qui est exigée pour la création d'une société, leur consentement initial au contrat de société, ainsi qu'au but qui lui était impérativement lié, était donc fictif, et par conséquent, la société était elle-même fictive. Telle est la définition de la "fictivité juridique" de la société. Toutefois, compte tenu de ces explications, une difficulté certaine apparaît lorsque la société était initialement réelle, mais a été progressivement détournée de son but : dans ce cas, il s'agit alors d'une "fictivité économique", qui apparaît seulement au cours de la vie de la société.

## 2. La fictivité économique

328. Il n'est pas rare qu'une société, constituée, dans un premier temps, d'une manière parfaitement licite et réelle, devienne ensuite, au gré des évolutions de la politique menée par ses dirigeants, une simple façade, dénuée de consistance, et derrière laquelle une autre personne (physique ou morale) dissimule une partie de ses activités. Il

ne s'agit évidemment pas de la simple hypothèse d'une interposition de personne ponctuelle au profit d'un tiers, mais d'un véritable détournement de la personnalité morale du groupement. L'autonomie de la société n'est plus respectée. Sur la base de cette observation, un premier critère a pu être proposé comme révélateur du caractère fictif d'une société initialement réelle : la confusion des patrimoines. On sait, en effet, que la jurisprudence admet, sur cette base, l'extension de la procédure collective de la société à celui qui a abusivement confondu le patrimoine de la société avec le sien et a établi des flux financiers anormaux entre ceux-ci. Cette attitude est effectivement un signe évident de la conception que se fait le maître de l'affaire de la société qu'il dirige. Mais, est-ce suffisant pour lui attribuer la qualité de société fictive ? L'absence d'autonomie matérielle, économique et financière d'une société par rapport à une autre société ou une personne physique peut-elle la rendre fictive ?

En réalité, toutes les sociétés sont plus ou moins dépendantes d'autres personnes physiques ou morales. En particulier, les sociétés filiales sont toujours constituées sous l'impulsion d'une société unique, la société-mère, à laquelle elles sont unies par un lien de dépendance plus ou moins étroit. On ne peut pas, pour autant, nier systématiquement leur personnalité juridique. Au contraire, il nous semble que la jurisprudence sur la confusion des patrimoines ne doit viser que des sociétés réelles, puisque la notion d'extension de faillite suppose la "faillite" préalable de la société, situation impossible si la société n'existe pas. D'un autre côté, il est exact que la fictivité d'une société se traduit très souvent par des flux financiers importants entre le patrimoine apparent de celle-ci et celui du maître de l'affaire. Par conséquent, nous pensons que la simple observation d'une étroite imbrication entre le patrimoine d'une personne morale et celui d'une autre personne peut être, soit le signe d'une fictivité économique de la société, si elle s'accompagne d'autres éléments qui confortent cette qualification, soit la base de l'application d'une extension de "faillite", mais qui n'est alors possible, par définition, qu'entre personnes réelles.

329. D'autres éléments du comportement du dirigeant de la personne morale peuvent indiquer une fictivité économique. Mais, le seul véritable critère de la fictivité économique de la société, le seul élément dont les autres ne sont que des indices, c'est le détournement de finalité qui caractérise un abus de la personnalité morale. En effet,

puisque seul le défaut d'*affectio societatis*, lors de la constitution de la société, permettait de reconnaître la fictivité initiale de celle-ci, il est logique que seule la disparition, au cours de la vie sociale, de cet élément psychologique, c'est-à-dire de la volonté d'utiliser la personnalité morale du groupement conformément à la finalité imposée par la loi, puisse entraîner également sa fictivité. La difficulté réside alors dans la détermination de cet abus. S'agissant là encore de démontrer une intention, la preuve est non seulement libre, mais nécessairement indirecte : c'est pourquoi, les tribunaux ont recours à la méthode du faisceau d'indices. On ne s'étonnera pas alors que les mêmes éléments puissent tantôt servir à décider la fictivité de la société, tantôt paraître insuffisants. Ainsi, dans un arrêt du 28 novembre 1989<sup>1</sup>, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu la fictivité d'une filiale, et la possibilité, pour un tiers créancier, de poursuivre directement le paiement de sa dette auprès de la société-mère, seule société réelle du groupe, en relevant l'identité de dirigeants, d'actionnaires, de capitaux, de siège social et de références commerciales. Au contraire, par d'autres arrêts, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler le principe de l'autonomie de sociétés ayant entre elles des liens de même nature<sup>2</sup>.

La seule différence essentielle entre ces arrêts, c'est la précision que la cour d'appel avait pris le soin d'apporter, dans la décision où la fictivité avait été retenue, des motivations de la société-mère : l'objectif poursuivi était une dissociation artificielle des différentes opérations d'exploitation d'un navire pour réaliser un montage juridique qui soit avantageux à la société-mère<sup>3</sup>. C'est donc ce détournement d'objectif qui justifie la déclaration de fictivité de la société filiale. Par conséquent, que ce soit au moment de la constitution de la société, ou pendant sa vie sociale, l'intention de conférer à la société un but conforme à celui qui est imposé par la loi est nécessaire pour l'attribution et pour le maintien de son autonomie juridique. Tout détournement devra alors être sanctionné par une déclaration de fictivité. Toutefois, la question de la compatibilité du caractère

---

<sup>1</sup> Com., 28 novembre 1989 : Bull. Joly 1990.179 ; Rev. soc. 1990.240.

<sup>2</sup> Com., 19 octobre 1993 : Bull. Joly 1993.1239, note J.-J. DAIGRE - Com., 11 mai 1993 : Bull. Joly 1993.1050, note Ph. PETEL - Com., 20 octobre 1992 : Rev. soc. 1993.449.

<sup>3</sup> « La cour d'appel [...] a considéré que les différentes opérations liées à l'exploitation du navire ont été dissociées à l'initiative de la société Mamitank Shipping entreprises par l'intermédiaire de son courtier pour réaliser un montage juridique qui lui soit avantageux et qu'en conséquence les autres sociétés n'étaient que des sociétés de façade sans réelle autonomie »

fictif d'une société avec sa qualité de personne interposée reste entière. Car, au delà des éléments de reconnaissance d'une société de façade, il importe surtout de déterminer le sort qui lui sera réservé. En effet, si elle conserve sa personnalité morale, la situation s'analyse en une interposition de personne. Dans l'hypothèse contraire, la situation relève de la supposition de nom.

## **B. Les effets de la déclaration de fictivité**

330. Pour beaucoup d'auteurs, les conséquences de la fictivité des sociétés reposent sur l'idée principale que « ce n'est pas leur validité qui est en cause, mais leur existence même »<sup>1</sup>. La sanction devrait en être alors l'inexistence pure et simple de la société fictive. Mais, un second courant doctrinal estime, au contraire, que la société de façade est atteinte uniquement d'un vice de nullité. Cependant, que la société soit simplement nulle ou qu'elle soit inexistante, ne devrait-elle pas, de toute façon, disparaître et perdre sa personnalité juridique ? Elle est atteinte d'un vice fondamental qui la rend inapte à recevoir la personnalité morale : elle ne répond plus à la définition de la société, qui suppose la réalisation d'un intérêt collectif. La personnalité morale de la société a donc été détournée de sa finalité « imposée ». Il semble alors logique que la société fictive ne puisse pas être qualifiée de personne interposée. Cette solution est justifiée puisque, comme le faisait observer un auteur<sup>2</sup>, lorsqu'une société se confond totalement avec la personne qui agit sous son couvert, en l'espèce son directeur, « il n'y a même plus, comme dans le cas du prête-nom, un tiers interposé, ayant après tout son individualité et sa volonté propres, en même temps qu'un patrimoine personnel constitutif d'une garantie supplémentaire pour les tiers. Il n'y a qu'un homme, le directeur, et qu'un patrimoine, le sien ».

Si cette analyse est incontestablement valable pour les opérations postérieures à la déclaration de fictivité (puisque la nullité, comme l'inexistence, mettent fin, pour l'avenir, au contrat de société), la question de la nullité ou de l'inexistence conserve son utilité pour les actes accomplis pendant que la société menait sa vie artificielle. En effet, il résulte de l'article 1844-15 du Code civil que, par exception au droit commun des

---

<sup>1</sup> Jean CALAIS-AULOY, Rép. soc. Dalloz, v° « Société fictive », version 1971, n° 3, p. 1.

<sup>2</sup> J. PERCEROU, note sous Req., 29 juin 1908 : DP 1910.233.



obligations, la nullité de la société opère sans rétroactivité, de sorte que toutes les opérations réalisées pendant sa vie artificielle ne seront pas remises en cause. Or, dans la mesure où il est démontré que la société fictive n'était qu'un instrument au service d'un intérêt étranger à l'intérêt social, toutes ces opérations ont donc été réalisées au nom de la société, mais pour le compte d'autrui. La société simplement nulle est donc une personne morale interposée. Au contraire, si elle est sanctionnée par l'inexistence, les opérations accomplies sous son nom doivent être rétroactivement mises à la charge de la personne qui agissait sous son couvert, car aucune trace ne doit, en principe, subsister de la société fictive.

331. Il paraît plutôt logique, compte tenu de la définition donnée à la notion de société fictive, de retenir la solution de l'inexistence. Cette conclusion n'est cependant pas admise par tous les auteurs. Certains d'entre eux font remarquer qu'en vertu des articles L. 210-6 du Code de commerce<sup>1</sup> et 1842 du Code civil, la personnalité juridique des sociétés résulte d'une immatriculation au registre du commerce et des sociétés<sup>2</sup>. La société, même fictive, acquiert une personnalité juridique distincte de celle du maître de l'affaire, dès lors que cette formalité est accomplie. « Jouissant d'une autonomie propre du fait de son immatriculation au Registre du commerce et des sociétés, cette personne morale sert effectivement de paravent à l'auteur de l'interposition puisque les actes qui vont lui profiter sont passés au nom de la société. Même si elle se révèle en fait n'être qu'une pure apparence, la société est, juridiquement, un sujet de droit autonome que l'auteur de l'interposition utilise comme mandataire occulte »<sup>3</sup>.

Quoique séduisant, ce raisonnement ne doit pas tromper. En effet, les articles précités désignent seulement la date d'immatriculation comme le point de départ de la personnalité juridique du groupement civil ou commercial. Mais, il ne faut pas attribuer à cette formalité un rôle qu'elle n'a pas. Elle n'est pas le critère d'attribution de la personnalité juridique. On a vu effectivement que les juges n'hésitent pas à traquer les abus de la personnalité morale : l'action en déclaration de fictivité d'une société a

---

<sup>1</sup> Anciennement article 5 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>2</sup> Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987, n° 86, p. 66 ; Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 21 et 90.

<sup>3</sup> B. VIAL-PEDROLETTI, *op. cit.*, p. 21.

précisément cet objectif. Il n'est donc pas question de nier que la société fictive a obtenu, du moins en apparence, la personnalité juridique du fait de son immatriculation. Mais, elle devrait précisément lui être rétroactivement retirée lorsque les tribunaux constatent que, derrière cette façade, la prétendue société ne répond pas à la définition légale. N'étant pas constituée ou utilisée en vue de la réalisation d'un intérêt collectif spécifique, elle ne "mérite" pas la personnalité morale.

332. Nous devrions donc simplement conclure que la qualification de personne interposée dépend en totalité du sort de la personnalité juridique du groupement. Tant qu'elle n'est pas remise en cause, la société peut être une personne morale interposée. Mais, lorsqu'elle disparaît, la société ne devient plus alors qu'un nom supposé. En effet, puisque cette disparition est rétroactive, la société perd la qualité de personne morale interposée qu'elle avait pu obtenir dans un premier temps. Pourtant, une évolution récente de la jurisprudence en matière de société fictive vient donner aujourd'hui un éclairage nouveau sur ses liens avec l'interposition de personne. En effet, par deux décisions essentielles, la Cour de cassation a tranché le débat en faveur de la nullité. Dans la première décision<sup>1</sup>, il s'agissait d'une société civile immobilière à laquelle l'administration fiscale réclamait le paiement des droits d'enregistrement : pour y échapper, les associés avaient alors fait valoir la fictivité de la SCI, car ils savaient que la simple nullité n'aurait produit que les effets d'une dissolution judiciaire, tandis que l'inexistence de la société, qu'ils pensaient pouvoir faire résulter de la déclaration de fictivité, était opposable à tous et avait un effet rétroactif. Or, bien que la fictivité de la société fut effectivement admise, les associés furent condamnés à payer les droits d'enregistrement, car la Cour de cassation rejeta la sanction de l'inopposabilité au profit de la simple nullité.

333. Cette position de principe fut réitérée dans la seconde décision<sup>2</sup> : en l'espèce, une société de droit russe, désirant obtenir un crédit d'une société de droit allemand en vue du financement de la construction d'un navire, constitua, sous l'impulsion de la banque, une filiale de droit chypriote, qui s'est elle-même portée

---

<sup>1</sup> Com., 16 juin 1992 : Bull. Joly 1992.960 ; D. 1993.508, note L. COLLET.

<sup>2</sup> Com., 22 juin 1999 : Bull. civ. IV, n° 136, p. 113 ; Bull. Joly 1999.978 ; Defrénois 1999, p. 1195 ; Dr. soc. 1999, n° 143, obs. T. BONNEAU.

coemprunteur et au nom de laquelle le navire fut immatriculé, afin de pouvoir établir une hypothèque maritime sur ce navire au profit de la banque, car le droit russe ignorait cette garantie réelle. Un peu plus tard, une société tierce, créancière de la société russe, fit procéder à la saisie-exécution, dans le port de Papeete, du navire, puis à sa vente aux enchères et enfin à la distribution du prix d'adjudication. C'est alors que la banque est intervenue pour faire valoir sa qualité de créancier privilégié. La société tierce tenta de la ramener au rang de simple créancier chirographaire, en invoquant alors la fictivité de la société chypriote qui avait consentie l'hypothèque. En effet, cette fictivité devait entraîner l'inexistence, c'est-à-dire la disparition rétroactive de la personnalité morale de la filiale, et par conséquent, aboutir à la nullité de l'hypothèque.

La cour d'appel accepta de déclarer cette fictivité, en constatant que, dans la filiale chypriote, la société russe avait pour seul coassocié, à concurrence de 0,01 % des parts, un secrétaire d'avocat établi à Limassol (Chypre), qui lui servait de prête-nom, que la filiale ne disposait d'aucune structure pour fonctionner, et que la prétendue activité de fréteur coque-nue du navire attribuée à celle-ci ne correspondait à aucune réalité. En conséquence, l'arrêt retient que la société filiale n'a été constituée par la société russe que pour lui permettre d'offrir à la banque une garantie réelle sur le navire. Sur ce point, la Cour de cassation estima l'arrêt de la cour d'appel parfaitement justifié en ce qu'il avait déclaré la fictivité de la filiale. Mais, elle cassa néanmoins cet arrêt au motif qu'il en avait déduit la nullité de l'inscription hypothécaire, « alors qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante et que la nullité opère sans rétroactivité ».

Il résulte donc de cette jurisprudence que la personnalité morale de la société fictive ne disparaît que pour l'avenir, et que toutes les opérations qu'elle a pu réaliser durant sa vie artificielle l'ont été en qualité de personne morale interposée. Comme, par ailleurs, il semble difficile d'imaginer qu'une société, judiciairement déclarée fictive, et par conséquent, dissoute en application de l'article 1844-15 du Code civil, puisse continuer à accomplir des opérations après la disparition de sa personnalité morale, la société fictive n'est donc pas différente de la société-écran, et se trouve soumise à un régime totalement identique pour tous les actes antérieurs à sa déclaration de fictivité<sup>1</sup>. Dans ces conditions, on peut conclure qu'une société fictive est une personne morale

---

<sup>1</sup> Seule l'extension de "faillite" n'est pas, à proprement parler, possible pour la société fictive, car elle n'est pas soumise à une procédure collective, mais à une procédure de dissolution. La faillite du dirigeant n'est donc pas une extension de la procédure collective de la société, mais une faillite personnelle.

interposée qui, en raison de la permanence du détournement de finalité dont elle est l'objet, encourt une sanction supplémentaire, par rapport à la société-écran : celle de sa dissolution.

## SECTION 2 : LES AUTRES INTERPOSITIONS DE PERSONNE

334. Le contrat de société, à la différence de la convention de prête-nom ou du contrat de commission, par exemple, n'a pas pour objectif principal la mise en place d'une interposition de personne. Dès lors, l'utilisation ponctuelle ou permanente d'une société-écran dans l'accomplissement de certaines opérations au profit d'un ou de plusieurs tiers est une simple circonstance qui ne modifie en rien la nature profonde de cette institution. L'interposition de personne morale est donc bien une interposition de personne par incidence. Or, un raisonnement identique peut être mené à propos de nombreux autres procédés. Parce que l'interposition de personne repose alors sur la mise en place d'une opération qui a un but ordinaire, il faut caractériser le détournement par l'application du critère de l'instrumentalisation. Quelques exemples peuvent en être donnés. Ainsi, il arrive qu'une opération de transfert de propriété (non fictive) soit détournée de son objectif habituel, à savoir l'attribution de la libre disposition du bien à son nouveau propriétaire, et soit utilisée en vue d'une interposition de personne dans l'intérêt exclusif de l'ancien propriétaire ou d'un tiers : le nouveau propriétaire est alors tenu d'exercer son droit, non pas librement, mais en se conformant précisément à la mission qu'il a reçue. Cette hypothèse sera désignée comme une forme d'interposition de personne dite "fiduciaire" (§ 1). De même, nous savons que le mécanisme de la

représentation a pour objectif essentiel, par dérogation aux articles 1134 et 1165 du Code civil, de lier le représenté à la place de l'auteur de la manifestation de volonté (représentant). Dès lors, l'invocation ostensible de la qualité de représentant, lorsqu'elle s'accompagne d'une dissimulation (volontaire ou forcée) de l'identité du représenté, de sorte que l'attribution des effets de l'acte à ce dernier soit matériellement impossible, constitue un détournement de la représentation. On peut alors parler d'une interposition "représentative" (§ 2). Enfin, on peut estimer que l'accomplissement d'actes matériels est généralement motivé par un intérêt purement égoïste (économique, moral ou autre) et que l'instrumentalisation paraît donc impossible en ce domaine. Et pourtant, il existe des hypothèses exceptionnelles d'actes matériels accomplis pour le compte d'autrui. Or, certains de ces actes matériels ont des conséquences juridiques, résultant, par exemple, de la qualification de délit civil ou d'infraction pénale. Il nous faudra donc observer comment le droit positif réagit et s'il accepte de prendre en compte cette circonstance psychologique pour mettre en cause directement le maître de l'affaire. Nous parlerons alors d'une interposition "matérielle" (§ 3).

## § 1 : L'interposition fiduciaire

335. La notion de fiducie, qui existait déjà en droit romain et qui a pris ensuite un sens beaucoup plus restreint sous l'ancien droit français, semblait totalement tombée en désuétude, jusqu'à la publication, en 1981, d'une nouvelle thèse<sup>1</sup> prônant un retour à la conception initiale de cette institution. Son auteur, Monsieur Claude WITZ, avait réussi à démontrer la subsistance, de manière plus ou moins clandestine, de plusieurs applications parcellaires de la technique dans notre droit positif, et appelait de ses vœux une consécration législative explicite de celle-ci. Sur la base de cette étude et des travaux doctrinaux qui l'ont suivie<sup>2</sup>, nous pouvons alors la définir comme un pacte, associé à une opération de transfert de propriété (à titre gratuit ou onéreux), par lequel l'acquéreur (fiduciaire) s'engage envers l'aliénateur (fiduciant) à un certain nombre d'obligations qui en limitent le libre exercice, et notamment l'obligation, à l'issue d'une certaine période, d'en retransférer le bénéfice à lui-même ou à un tiers. Elle permet ainsi au fiduciant de donner au fiduciaire les moyens d'une gestion efficace d'un bien dans son intérêt exclusif ou celui du tiers bénéficiaire (fiducie-gestion). Elle lui permet

---

<sup>1</sup> Claude WITZ, « La fiducie en droit privé français », préface D. SCHMIDT, Economica, 1981.

<sup>2</sup> Cf notamment : « Les opérations fiduciaires », Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, L.G.D.J., 1985 - Michel GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », Defrénois 1991, article n° 35085, suivi de la publication de cet avant-projet de loi, dans son état au 1<sup>er</sup> juillet 1991, dont il faut préciser qu'il n'a pas abouti.

également d'utiliser le fiduciaire comme un instrument de transmission de la propriété du bien à un tiers qu'il souhaite gratifier indirectement (fiducie-libéralité). Enfin, elle peut être utilisée dans le but de conférer au fiduciaire une sûreté efficace en garantie d'une créance qu'il détient sur le fiduciaire (fiducie-sûreté).

Dans tous les cas, elle se traduit par le double aspect suivant : un transfert réel de propriété<sup>1</sup>, assorti d'une sorte de mandat, au sens large du terme (mission et instructions), qui oblige le fiduciaire à agir dans l'intérêt du fiduciaire ou du tiers. Étant propriétaire, le fiduciaire agit donc en son nom propre ; mais étant lié par le contrat de fiducie, il doit agir pour le compte d'autrui. Les deux éléments de la définition de l'interposition de personne sont présents<sup>2</sup>. Mais, il faut bien admettre que les restrictions faites au fiduciaire dans l'exercice de ses nouvelles prérogatives constitue une sorte de détournement de l'objectif traditionnel du droit de propriété, à savoir la libre disposition du bien par le propriétaire en vue de la satisfaction de son seul intérêt. Les quelques opérations fiduciaires déjà existantes dans notre droit positif sont donc des formes d'interposition de personne par incidence. Elles existent aussi bien dans les libéralités (A), que dans les actes à titre onéreux (B).

### A. L'interposition fiduciaire dans les libéralités

336. Depuis que la propriété individuelle existe, la question de l'organisation de la succession des personnes décédées, s'est inévitablement posée, et notre droit positif l'a réglée en édictant un certain nombre de principes qui permettent de désigner, de manière automatique, les successeurs en fonction de leur degré de parenté avec le *de cuius* et, en cas de pluralités de successeurs de même niveau, de répartir entre eux les droits composant ce patrimoine. Cependant, nous savons que le *de cuius* peut lui-même

---

<sup>1</sup> Ce qui la différencie de l'interposition fictive, qui ne pourrait s'accompagner que d'un transfert fictif de propriété.

<sup>2</sup> *Contra* Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987, n° 148, p. 112. L'auteur estime que la fiducie n'est pas une forme d'interposition de personne. Il est vrai qu'elle se distingue de l'interposition fictive, car le droit de propriété du fiduciaire est réel. Mais, elle se distinguerait également de l'interposition réelle sur deux points : d'une part, le fiduciaire ne disposerait pas « de la plénitude de son droit de propriété », contrairement à l'interposé réel (idée du « patrimoine d'affectation ») ; d'autre part, le fiduciaire serait un intermédiaire avoué, contrairement à l'interposé réel, qui serait un intermédiaire secret. Or, la notion de « patrimoine d'affectation » n'a pas été consacrée par le droit positif jusqu'à présent. En outre, l'interposition de personne ne se caractérise pas par le critère matériel du secret, mais par une simple action formelle en nom propre, parfaitement applicable à la fiducie.



préparer sa propre succession, soit par une transmission, de son vivant, de certains biens faisant partie de son patrimoine à la personne de son choix, sous la forme d'un contrat à titre gratuit (donation), soit par un acte de manifestation unilatérale de volonté par lequel il précise les personnes auxquelles il entend que tout ou partie de son patrimoine soit attribué après son décès (testament). Les rédacteurs du Code civil ont encadré cette liberté par un certain nombre de restrictions. Celles-ci consistent, d'une part, à limiter, dans certains cas, la quotité du patrimoine qui est véritablement disponible pour des transmissions à titre gratuit, l'autre partie étant alors réservée aux héritiers désignés par la loi, et d'autre part, à édicter un certain nombre d'incapacités diverses (incapacités générales ou spéciales, incapacités de donner ou de recevoir, incapacités de jouissance ou d'exercice).

Dans ces conditions, la tentation est évidente, pour le disposant, de contourner ces limites par le recours à des procédés divers, et notamment le procédé de l'interposition de personne. Ce dernier consiste alors à faire une libéralité ostensible à une personne interposée, tout en prévoyant un mécanisme de transfert du bénéfice de celle-ci à la personne qu'il désire véritablement gratifier : ce mécanisme peut résulter du jeu normal des circonstances, tel que l'avait prévu et espéré le disposant (par exemple, le gratifié réel bénéficie concrètement de la libéralité grâce à une communauté de vie avec le gratifié interposé, ou bien il est son héritier) ; il peut aussi résulter d'un accord établi entre le disposant et la personne interposée, par lequel cette dernière s'engage à opérer ce transfert sous une forme ou sous une autre (seconde libéralité, revente du bien, etc.). C'est dans ce dernier cas que la qualification d'interposition fiduciaire peut être éventuellement retenue. Néanmoins, il conviendra de préciser son champ d'application par rapport à d'autres qualifications possibles (stipulation pour autrui, interposition de personne fictive) (1). Cela nous permettra ensuite de préciser le régime juridique correspondant à cette qualification (2).

### **1. La qualification d'interposition fiduciaire dans les libéralités**

337. Supposons une libéralité consentie au profit d'une personne qui s'engage à la retransférer ensuite au profit d'un tiers, bénéficiaire final. Cette situation relève-t-elle de la qualification d'interposition fiduciaire ou d'une autre qualification ? Nous avons

précédemment déterminé le critère de distinction entre les libéralités avec interposition de personne et les libéralités avec charge<sup>1</sup> : c'est encore la notion d'instrumentalisation qui doit être utilisée. Lorsque le disposant a une « motivation libérale » réelle<sup>2</sup>, même minime et supplétive, à l'égard du bénéficiaire désigné, l'obligation de retransférer est une charge, car le bénéficiaire désigné n'est pas, dans l'esprit du disposant, qu'une simple courroie de transmission de la libéralité. Au contraire, lorsque l'intention du disposant est uniquement d'utiliser le bénéficiaire désigné comme une courroie de transmission, sans avoir aucune motivation libérale à son égard, celui-ci ne devient alors qu'un simple instrument. Le sondage de l'intention profonde du disposant relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, mais il est certain que l'inexistence de liens affectifs réels entre le disposant et le bénéficiaire désigné indique une probable instrumentalisation.

338. Lorsque la qualification générale d'interposition de personne est retenue, le choix entre la qualification précise d'interposition fictive ou fiduciaire (réelle) devient plus délicat. Avant de procéder à une analyse exacte de cette situation, il nous paraît indispensable de dénoncer et de rectifier une erreur fréquente de la doctrine en matière de libéralités : en effet, la majorité des auteurs désignent habituellement le disposant comme étant le maître de l'affaire (en raison de son rôle d'initiateur de l'interposition de personne), et par conséquent, le bénéficiaire final de la libéralité comme étant le tiers cocontractant. Cette analyse ne se révèle exacte que dans certaines hypothèses, les moins courantes. En effet, nous savons que l'interposition de personne se caractérise par un remplacement et une dissimulation. La personne interposée est donc celle qui remplace et qui dissimule. L'interposant (ou maître de l'affaire) est celui qui est remplacé et dont l'identité est dissimulée. Enfin, le tiers (cocontractant ou non) est la troisième personne. Or, dans le cadre d'une libéralité faite à un incapable sous le nom d'une personne interposée, la seule personne dont l'identité doit être dissimulée, c'est l'incapable, c'est-à-dire le bénéficiaire final de la libéralité, et non le disposant. En outre, l'intervention de la personne interposée dans la libéralité ne vise pas à remplacer le disposant, qui est lui-même parfaitement en mesure de jouer son propre rôle dans

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 143.

<sup>2</sup> Entendue, non pas comme la volonté de transmettre à titre gratuit (intention libérale), mais comme la volonté d'enrichir sans contrepartie immédiate.

l'opération, mais uniquement le gratifié réel, qui n'est pas en mesure d'accepter lui-même la libéralité qui lui est adressée, en raison de son incapacité. Dès lors, la qualité d'interposant doit être attribuée à ce dernier, tandis que le disposant, même s'il joue un rôle moteur évident dans la mise en oeuvre de cette interposition de personne, ne prend que la qualité de simple tiers (soit tiers cocontractant, dans le cadre d'un contrat de donation ; soit tiers ordinaire, dans le cadre d'un testament qui ne peut donner lieu qu'à une acceptation unilatérale)<sup>1</sup>.

Il n'en va différemment que dans l'hypothèse d'une libéralité faite par un incapable (incapacité de disposer), puisque c'est alors l'incapable lui-même qui est le disposant, et qui se fait remplacer par la personne interposée, propriétaire apparente du bien, pour réaliser une libéralité qui lui est soit interdite (mineur agé de moins de seize ans, majeur en tutelle), soit soumise à autorisation (majeur en curatelle), soit limitée dans sa quotité (mineur de seize ans qui ne peut disposer, par testament, que de la moitié de ses biens). Il nous semble donc que notre raisonnement (destiné, rappelons-le, à choisir la qualification fictive ou réelle de l'interposition de personne) ne peut pas être identique selon que l'intervention de la personne interposée vise à dissimuler et à remplacer le disposant ou le bénéficiaire de la libéralité.

339. Dans tous les cas (sauf, peut-être, quelques rares situations inhabituelles), c'est le disposant qui est à l'origine et qui décide de la mise en place de l'interposition de personne. C'est lui qui fait appel à la personne interposée. Il arrive d'ailleurs que le gratifié réel ignore l'existence de l'interposition de personne dont il est le bénéficiaire. Il a même été admis, bien que cette solution ait fait l'objet de critiques, qu'une libéralité puisse être considérée comme réalisée par interposition de personne, alors même que la personne interposée ignorait le rôle réel que lui assignait le disposant, et se croyait la véritable destinataire<sup>2</sup>. Un accord ayant pour objet la mise en place de l'interposition de personne n'est donc pas nécessaire. S'il existe, c'est généralement entre le disposant et

---

<sup>1</sup> Le disposant, qui prend lui-même l'initiative de l'interposition de personne, et qui a la maîtrise concrète des opérations, est sans aucun doute le maître de l'interposition, mais pas le maître de l'affaire. Toutefois, en raison de cette ambiguïté, le terme d'interposant nous semble plus indiqué que celui de maître de l'affaire pour désigner le gratifié réel.

<sup>2</sup> Req., 20 juin 1888 : D. 1889.1.25 - Req., 6 août 1862 : D. 1862.1.436. Il s'agit là, selon le néologisme que nous avons forgé, d'une hypothèse d'hétéro-instrumentalisation : ce n'est pas l'interposé qui décide d'agir pour le compte d'autrui (c'est-à-dire d'accepter la libéralité à la place du gratifié réel), mais le disposant qui lui fait jouer ce rôle à son insu.

la personne interposée qu'il est établi. Toutefois, il arrive parfois qu'un accord tripartite intervienne entre le disposant, l'interposé et le bénéficiaire final. Or, la qualification d'interposition de personne fictive suppose nécessairement que la personne interposée ait la qualité de représentant du maître de l'affaire, laquelle qualité implique l'obtention du pouvoir de représentation. Si l'on excepte donc les hypothèses exceptionnelles d'un pouvoir de source légale ou judiciaire (par exemple, le gratifié apparent serait le père du gratifié réel mineur), il faut alors obligatoirement une convention pour l'obtention d'un tel pouvoir. Il en résulte que la qualité d'interposition de personne fictive dépend de l'existence d'un accord établi entre la personne interposée et celle qu'elle est censée remplacer et dissimuler par son intervention (le disposant ou le bénéficiaire final, selon les cas). A défaut d'un tel accord, l'interposition est nécessairement fiduciaire.

340. Dans le cas d'une libéralité faite par personne interposée, c'est-à-dire lorsque l'interposé remplace et dissimule le disposant lui-même parce que le motif du recours à la technique de l'interposition de personne repose sur la personnalité de ce dernier (par exemple, le disposant est soumis à une incapacité de disposer à titre gratuit, ou bien il souhaite conserver l'anonymat), la qualification d'interposition de personne fictive s'impose généralement, chaque fois que la personne interposée connaît la vérité. En effet, le simple fait qu'une libéralité lui soit ostensiblement adressée, alors même qu'elle sait ne pas en être la destinataire réelle, doit suffire à considérer que cette libéralité contient, au moins implicitement, un mandat de retransférer le bénéfice de la libéralité au profit du destinataire final. Or, tout mandat est présumé contenir le pouvoir de représentation correspondant : par conséquent, l'interposition est présumée fictive (sauf à prouver, dans chaque situation particulière, que l'un des éléments de la représentation fait défaut). Dans cette hypothèse, la première libéralité est alors fictive et dissimule, en réalité, une convention de prête-nom. Ce n'est que la seconde libéralité qui contient l'interposition fictive : le propriétaire apparent, prétendu disposant, n'est que le prête-nom du propriétaire réel, disposant réel.

341. Au contraire, lorsque la libéralité est faite à personne interposée, c'est-à-dire lorsque la personne interposée remplace et dissimule le destinataire réel parce que la cause de l'interposition de personne repose sur sa personnalité (par exemple, il est

incapable de recevoir, ou il n'a pas la personnalité juridique, ou encore il est soumis à un régime fiscal plus défavorable que celui de la personne interposée), la qualification d'interposition de personne fictive est impossible lorsqu'un accord est établi seulement entre le disposant et la personne interposée (puisque le pouvoir de représentation ne peut être donné que par la personne remplacée, c'est-à-dire le bénéficiaire final). C'est uniquement lorsqu'un accord tripartite est conclu entre toutes les parties concernées en vue de la mise en place de cette interposition de personne que l'existence d'un mandat entre le bénéficiaire final de la libéralité et la personne interposée peut être présumée, ainsi que l'obtention du pouvoir de représentation correspondant. Par conséquent, il faut prouver le caractère tripartite de cet accord pour en déduire la qualification présumée d'interposition fictive<sup>1</sup>. A défaut, l'interposition est présumée fiduciaire.

342. Dans tous les cas où la qualification d'interposition fictive est rejetée, la personne interposée est donc un intermédiaire réel, qui reçoit réellement la propriété du bien, dont il doit cependant assurer le transfert (total ou partiel) au profit du destinataire final. Or, un transfert de propriété (à titre gratuit) qui n'a pas pour objectif la disposition libre et autonome du bien par le nouveau propriétaire, mais qui vise, au contraire, à bénéficier à un tiers, au profit duquel un second transfert (total ou partiel) est prévu, à plus ou moins longue échéance, c'est effectivement un détournement de l'objectif habituel du droit de propriété. C'est une opération de type fiduciaire. Elle se distingue de la simple libéralité avec charge de retransférer, car l'intermédiaire n'est qu'un instrument, dans l'esprit du disposant, qui n'a aucune motivation libérale réelle à son égard (même supplétive). Mais, elle se distingue également de la libéralité faite par l'intermédiaire d'un prête-nom (fictif), qui ne reçoit pas réellement, en raison de sa qualité secrète de représentant, la propriété du bien. Il y a donc une place, entre ces deux techniques opposées, pour une opération d'interposition de personne réelle, qui implique un transfert réel de la propriété, mais sans motivation libérale réelle au profit de l'intermédiaire.

---

<sup>1</sup> Dans cette hypothèse, la première libéralité est réelle et contient l'interposition de personne (fictive) du bénéficiaire apparent, prête-nom du bénéficiaire réel. C'est le mécanisme de transfert du bénéfice de cette libéralité (par une seconde libéralité ou par un autre moyen) qui est ensuite fictif, puisque le bénéficiaire réel était propriétaire du bien dès la première libéralité.

## 2. Le régime de l'interposition fiduciaire dans les libéralités

343. Le législateur a pris conscience, depuis très longtemps, du danger que représente la technique de l'interposition de personne dans le cadre des libéralités, et a édicté des mesures de protection radicales en posant, à deux reprises, le principe d'une prohibition pure et simple, sanctionnée par la nullité absolue, des libéralités faites à personnes interposées au profit d'un incapable (article 911 du Code civil) ou au profit du conjoint du disposant (article 1099 du Code civil)<sup>1</sup>. De prime abord, on peut s'interroger sur l'utilité de telles dispositions, car la jurisprudence n'a jamais eu besoin d'un texte pour appliquer à une opération, réalisée frauduleusement par personne interposée, les règles qui auraient du s'appliquer sans cette interposition de personne. Ainsi, si une libéralité est consentie à un incapable (par exemple, au médecin de la dernière maladie), par l'intermédiaire d'une personne interposée (par exemple, le conjoint de ce médecin), la démonstration du caractère factice de la libéralité faite au profit du bénéficiaire désigné, et de l'intention libérale véritable du disposant à l'égard de l'incapable, suffit, par application de la théorie de la simulation ou de la théorie de la fraude, à assurer le respect du texte édictant l'incapacité. Mais, c'est une sanction spécifique de l'interposition de personne, dans son ensemble, qui est prévue par ces deux articles.

344. En effet, contrairement au principe de neutralité qui gouverne le régime habituel de l'interposition de personne, c'est une véritable prohibition de ce procédé qui est édictée par ces textes, indépendamment de la sanction que le droit positif attache à la règle contournée. Ainsi, une libéralité adressée au conjoint du disposant ne peut être normalement sanctionnée que si elle excède la quotité disponible spéciale entre époux et uniquement par la réduction de celle-ci. Mais, si cette libéralité est faite à une personne interposée dissimulant le conjoint, celle-ci ne sera pas valable ou simplement réductible, mais nulle par application de l'article 1099 du Code civil. De même, si les différents textes édictant des incapacités de recevoir sont habituellement sanctionnés par la nullité relative, ou même parfois par une simple réduction (par exemple, avant la loi du 3

---

<sup>1</sup> Il a même édicté, pour en faciliter la preuve, des présomptions d'interposition de personne : à ce sujet, cf *infra*, n° 474.

décembre 2001<sup>1</sup>, une libéralité faite au profit d'un enfant adultérin au-delà de la demi-part que la loi lui attribuait dans les droits successoraux de son auteur), c'est une nullité absolue qui sanctionne, selon l'interprétation jurisprudentielle de l'article 911 du Code civil<sup>2</sup>, les libéralités faites sous le masque d'une personne interposée. Il s'agit donc bien d'un renforcement des sanctions qui est appliqué en cas d'interposition de personne dans le cadre des libéralités, en raison de la méfiance que les rédacteurs du Code civil avaient conçue à l'égard de cette technique. Mais, dans ces conditions, la qualification éventuelle d'interposition fiduciaire ou d'interposition fictive ne présente guère d'intérêt.

345. En réalité, ces deux articles ne visent pas toutes les hypothèses de recours à la technique de l'interposition de personne dans le domaine des libéralités. En effet, l'article 1099 ne vise que les libéralités faites au profit du conjoint : ainsi, une libéralité faite à un héritier ou un tiers en violation de la réserve ordinaire est toujours sanctionnée par la simple réduction, même s'il est établi que cette libéralité contient aussi, pour une raison quelconque, une interposition de personne. De même, l'article 911 ne concerne que les libéralités faites au profit d'un incapable (incapacité de recevoir) sous le nom d'une personne interposée. Il n'inclut donc pas les hypothèses, plus rares, de libéralités faites par un incapable (incapacité de donner) sous le nom d'une personne interposée<sup>3</sup>, qui ne sont donc pas sanctionnées par la nullité absolue de l'article 911, mais par la simple nullité relative résultant de cette incapacité. Enfin, toutes les libéralités faites à une personne interposée pour une raison autre que le contournement d'une incapacité éventuelle du disposant ou du gratifié réel ne sont pas soumises à ces dispositions. Le recours à la technique de l'interposition de personne peut, en effet, être motivé par des raisons très diverses : par exemple, par un motif fiscal lié à la qualité ou à la nationalité

---

<sup>1</sup> Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1970 : D. 1970.661, note A. BRETON - Trib. civ. Seine, 14 décembre 1967 : Gaz. Pal. 1968.I.181 - Civ., 3 avril 1963 : D. 1964.306 ; JCP 1964.II.15502.

<sup>3</sup> Une telle hypothèse est moins fréquente, car elle suppose, d'une part, que la personne interposée soit d'abord propriétaire apparente du bien dont l'incapable est le propriétaire réel, et d'autre part, qu'elle accepte de se conformer à la volonté de l'incapable qui désire faire une libéralité. Le premier aspect implique qu'une convention de prête-nom ait été conclue, au moment de l'acquisition initiale du bien par la personne interposée, soit avec l'incapable (majeur), mais avant son incapacité (tutelle, curatelle ou condamnation à une peine afflictive et infamante), soit avec l'auteur de l'incapable (mineur), dont le décès a permis de conférer à l'incapable la titularité des droits composant son patrimoine, et notamment ceux détenus par le prête-nom.

privilégiée du bénéficiaire interposé, ou bien par simple souci de discrétion de la part du disposant. Dans toutes ces hypothèses, le régime juridique applicable dépend alors de la qualification retenue.

346. Si l'accord établi entre le disposant et le gratifié désigné par lui dans l'acte est une simple charge (on la reconnaît, en général, par son caractère ostensible), c'est la qualification de stipulation pour autrui qui s'impose. Dès lors, le véritable gratifié, c'est le bénéficiaire désigné, même si la libéralité est assortie d'une charge tellement lourde que son émolument final, dans l'opération, sera nul ou négligeable. La propriété du bien repose réellement sur la tête du grevé de charge, avant d'être transférée au bénéficiaire final. Et l'existence d'une cause possible de nullité de la libéralité, au cas où elle aurait été directement adressée au bénéficiaire final, ne remet pas en cause, en principe, la validité de la première libéralité faite au grevé de charge, mais seulement la validité éventuelle de la charge elle-même.

Au contraire, si la libéralité établie entre le disposant et le gratifié désigné dans l'acte est une forme d'interposition de personne fictive (cette situation implique une contre-lettre secrète qui dénonce le caractère fictif de la libéralité faite à l'interposé), une action en déclaration de simulation permet de rétablir la situation juridique réelle, et de tenir le bénéficiaire final pour le gratifié réel. Le régime juridique qui s'ensuit repose alors sur cette "rectification" : sauf à l'égard des tiers de bonne foi qui invoqueraient éventuellement l'apparence, c'est le bénéficiaire final qui doit être considéré comme directement propriétaire du bien en vertu de la première libéralité (la seconde libéralité faite par l'interposé au profit du bénéficiaire final devenant alors purement fictive)<sup>1</sup>. Et, dans l'hypothèse où l'interposition de personne mise en place visait à échapper à l'application d'un texte impératif, celui-ci devient applicable, par l'effet de cette dénonciation de fictivité. La situation est plus délicate lorsque l'accord litigieux est analysé comme une forme d'interposition de personne fiduciaire, c'est-à-dire réelle.

---

<sup>1</sup> Cette analyse concerne l'hypothèse de la libéralité faite à personne interposée. Lorsqu'il s'agit d'une libéralité faite par personne interposée (le disposant est incapable ou souhaite rester anonyme), c'est la première libéralité qui est fictive, puisqu'elle est uniquement destinée à conférer à la personne interposée la qualité de propriétaire apparent. L'interposition apparaît seulement dans la seconde libéralité : on doit alors considérer que le bénéficiaire reçoit ses droits directement du disposant, et non de la personne interposée. Cette précision est importante, par exemple, dans un conflit qui opposerait le gratifié, d'une part, et un créancier privilégié de la personne interposée, à supposer qu'il ne soit pas de bonne foi, d'autre part.



347. La particularité de l'interposition fiduciaire, c'est de mettre en place un transfert de propriété à titre gratuit qui est réel, et qui correspond donc à une véritable intention libérale, entendu comme la volonté de donner, mais qui traduit une motivation libérale mensongère. Il en résulte que la libéralité a une cause réelle (intention libérale), et que le bénéficiaire désigné dans l'acte devient donc réellement propriétaire du bien, avant de le retransférer au destinataire final, par application de l'accord passé avec le disposant. Les créanciers de la personne interposée peuvent, par exemple, invoquer à leur avantage ce passage du bien dans le patrimoine de leur débiteur. Quant aux droits du gratifié réel sur le bien, ils ne lui seront définitivement acquis que s'il y a un second transfert de propriété, et uniquement à partir de ce moment.

En effet, le non-respect, par la personne interposée, de son engagement de retransférer le bien, ne peut pas être déjoué par l'attribution directe du droit de propriété au bénéficiaire final, comme dans le cas de l'interposition fictive. Il ne peut pas davantage être sanctionné par la révocation de la libéralité, comme dans l'hypothèse de la libéralité avec charge, puisqu'il ne s'agit pas d'une charge, ni d'une condition, mais d'un simple engagement fiduciaire. En outre, l'exception d'inexécution et la résolution judiciaire du contrat pour inexécution sont inapplicables, puisque réservées aux seuls contrats synallagmatiques onéreux. Enfin, la nullité de la libéralité ne peut pas être prononcée sur le fondement de l'absence de cause, car la cause, c'est l'intention libérale, qui ne fait pas défaut. En fait, le seul motif d'annulation possible est basé sur la cause : soit l'illicéité ou l'immoralité de la cause subjective (le but poursuivi), soit l'absence de cause dans le cadre d'un ensemble contractuel indivisible<sup>1</sup>. Sinon, à défaut d'annulation de la libéralité fiduciaire, l'interposé ne serait tenu qu'à des dommages et intérêts envers son cocontractant<sup>2</sup>. Par contre, il est évident que si l'interposé exécute volontairement sa mission au détriment d'un texte impératif, seule la théorie de la fraude pourrait permettre de déjouer cette prévision par l'annulation de la seconde libéralité, sous réserve de vérifier que les conditions précises de sa mise en oeuvre sont réunies<sup>3</sup>. Les

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 160.

<sup>2</sup> Sauf si un tribunal accepte de décider un transfert judiciaire de propriété, à titre d'exécution forcée en nature de l'obligation du fiduciaire.

<sup>3</sup> En particulier, l'intention frauduleuse. En effet, si une libéralité faite à un interposé fiduciaire, bien que motivée par un simple désir de discrétion, aboutit, par hasard, à ne pas pouvoir appliquer une disposition impérative, celle-ci doit rester sans effet, puisque la théorie de la fraude est inapplicable faute d'intention

conséquences de la qualification d'interposition fiduciaire sont donc très importantes, dans les hypothèses qui se situent en dehors du champ d'application des articles 911 et 1100 du Code civil.

## **B. L'interposition fiduciaire dans les actes à titre onéreux**

348. Bien qu'aucune consécration législative générale de l'institution n'existe dans notre droit positif, il semble que certaines applications ponctuelles peuvent être mises en évidence. La première est celle résultant du rôle de gestionnaire de diverses valeurs mobilières étrangères appartenant à des investisseurs français que la loi attribue à un organisme, créé à son initiative, et dénommée Société interprofessionnelle de compensation des valeurs mobilières (SICOVAM)<sup>1</sup>. En effet, indépendamment de la tenue de compte courants de valeurs mobilières françaises qu'elle assure au profit des investisseurs français, la SICOVAM permet aux titulaires de valeurs étrangères de les faire immatriculer à son nom. Cette fonction est très utile pour permettre la souscription par des français de valeurs mobilières émises à l'étranger sous la forme de titres au porteur<sup>2</sup> (notamment par l'utilisation de la technique du *trust*, propre au droit anglo-saxon, et précisément assez proche de la fiducie). Cette immatriculation de ces titres au nom de la SICOVAM conduit cet organisme à exercer seul tous les droits qui y sont attachés (droits de vote, droits de souscriptions de nouvelles actions, perception des bénéfices). Mais, d'un autre côté, il doit les exercer pour le compte d'autrui : la loi précise maladroitement qu'il agit « comme mandataire des propriétaires réels ». Mais, le mandat dont il s'agit doit être entendu dans son sens large, c'est-à-dire dans le sens d'une mission sans pouvoir de représentation. Comme on a pu le faire remarquer, il s'agit, en effet, d'un mandat « dénaturé, en ce qu'il déchoit le mandant de ses pouvoirs de gestion »<sup>3</sup>. La SICOVAM agit, dans le cadre de sa mission et sur les instructions de

---

frauduleuse.

<sup>1</sup> Décret n° 49-1105 du 4 août 1949 « portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 26 modifié de la loi du 5 juillet 1949 et relatif au régime des valeurs mobilières ainsi qu'aux modalités de liquidation de la Caisse centrale de dépôts et de virements de titres ».

<sup>2</sup> La notion de titres au porteur, depuis la loi du 30 décembre 1981 sur la dématérialisation des valeurs mobilières, n'a plus véritablement de sens : en effet, les valeurs mobilières n'étant plus matérialisées par des titres-papiers, la notion de porteur du titre ne peut plus être entendue au sens propre, mais seulement au sens figuré. Il vaudrait mieux alors parler de titres anonymes, c'est-à-dire inscrits dans les comptes de la SICOVAM et dont l'identité du titulaire n'est pas connue de la société émettrice.

<sup>3</sup> Michel GRIMALDI, article précité, p. 904.

l'épargnant, pour le compte exclusif de ce dernier, mais elle n'agit pas au nom de celui-ci, car c'est elle qui est propriétaire des valeurs mobilières inscrites à son nom. Elle est propriétaire fiduciaire.

349. La convention de portage d'actions peut également être analysée comme une forme d'interposition fiduciaire. Elle se définit comme « la convention par laquelle le porteur accepte sur demande du donneur d'ordre, de se rendre actionnaire par acquisition ou souscription d'actions, étant expressément convenu que, après un certain délai, ces actions seront transférées à une personne désignée et à un prix fixé dès l'origine »<sup>1</sup>. Les raisons du recours à un tel intermédiaire peuvent être diverses : recherche d'une certaine discrétion de la part d'un investisseur, notamment s'il souhaite prendre des participations dans une société concurrente ; obtention d'une sorte de crédit-relais par un investisseur qui ne dispose pas de toute la trésorerie nécessaire, et qui doit faire appel à un organisme financier acceptant de devenir porteur ; service d'arbitrage rendu à des actionnaires dont le désaccord bloque la gestion sociale ; amélioration des fonds propres d'une société par création de nouvelles actions, qui seront temporairement souscrites par un organisme financier, etc. La convention de portage se matérialise souvent par des promesses réciproques d'achat et de vente des actions à un « prix de sortie » convenu par avance.

La qualification de cette opération est assez délicate. On a proposé d'y voir un contrat de prêt ou un contrat d'achat suivi d'une promesse de vente : il s'agit là, sans doute, de qualifications assez conformes à la réalité technique, mais qui ne prennent pas bien en compte la réalité psychologique. Le porteur accepte de devenir propriétaire (réel) des actions (contrat d'achat), mais tout en s'obligeant à les rétrocéder plus tard à une personne désignée dès l'origine (promesse de vente), et à un prix fixé par avance qui comprend le remboursement du prix et des intérêts éventuels (contrat de prêt). Mais, ces analyses ne précisent pas les modalités de gestion des actions pendant la période de détention par le porteur : il exerce tous les droits inhérents à sa qualité d'actionnaire en son nom propre, car il en est juridiquement titulaire, mais pour le compte d'autrui, car il se considère psychologiquement comme un simple instrument au service d'un tiers. Il

---

<sup>1</sup> Philippe MERLE, « Droit commercial. Sociétés commerciales », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 2000, n° 42, p. 61.

exerce son droit de vote dans le sens qui lui est indiqué par le donneur d'ordre. S'il perçoit des bénéfices, il les impute par avance sur le prix de revente qui lui sera dû. Si la société est en situation difficile, la valeur des actions diminue, tandis que le prix de revente, fixé par avance, n'est pas modifié. Autrement dit, il lui répercute toutes les conséquences économiques de la détention des actions, faisant ainsi de lui un bénéficiaire final, ou plutôt un destinataire final de l'opération, mais tout en conservant la titularité réelle (car il n'est pas un simple prête-nom fictif). C'est un propriétaire fiduciaire.

350. La fiducie est également concevable à titre de sûreté. L'idée est que celui qui avance des fonds pour financer une opération devienne temporairement propriétaire, soit d'un bien quelconque appartenant à l'emprunteur, soit du bien que l'emprunteur souhaitait précisément acquérir grâce à cet emprunt, tout en s'obligeant à le rétrocéder ensuite à l'emprunteur dès qu'il sera entièrement remboursé<sup>1</sup>. La pratique avait tenté d'y recourir sur des meubles corporels, mais la Cour de cassation avait, semble-t-il, refusé de reconnaître la spécificité de la technique fiduciaire, et n'y voyait qu'un gage (souvent nul pour contravention à la prohibition du pacte commissoire ou inopposable pour défaut de publicité)<sup>2</sup>. Autrement dit, il ne s'agissait pour elle que d'un achat fictif destiné à dissimuler un contrat de gage : le transfert de propriété n'était pas réel. Mais, une loi du 2 janvier 1981, dite loi DALLY, a admis et organisé une forme de fiducie-sûreté mobilière en permettant aux entreprises de céder, à titre de garantie, des créances professionnelles au profit des établissements de crédit qui leur consentent des prêts, créances que ceux-ci s'engagent évidemment à restituer en cas de remboursement intégral du prêt. L'opération se matérialise au moyen d'un bordereau constatant la cession fiduciaire. Le fait que l'organisme prêteur ne détienne les créances qu'à titre de garantie, c'est-à-dire sans se considérer psychologiquement comme un véritable propriétaire, alors qu'il en a juridiquement et réellement la propriété, indique la présence d'une opération de type fiduciaire. De plus, en dehors du mécanisme de la

---

<sup>1</sup> Pour éviter la dépossession, il est possible de ne pas enregistrer la vente, et de réserver cette formalité à la seule éventualité d'un incident de paiement qui rendrait nécessaire la mise en oeuvre de cette sûreté.

<sup>2</sup> Michel GRIMALDI, article précité, p. 907.

cession DAILLY, une jurisprudence très récente de la Cour de cassation semble (enfin ?) implicitement admettre la fiducie-sûreté en matière mobilière<sup>1</sup>.

351. Au delà de ces applications ponctuelles, nous pensons que l'interposition fiduciaire a un champ d'application illimité. En effet, l'absence de réglementation générale de la fiducie, et notamment l'échec de l'avant-projet de loi de 1991, peuvent éventuellement faire douter de la validité de l'opération et rendre incertains ses effets, mais elle n'empêche pas la conclusion d'accords de type fiduciaire, c'est-à-dire de conventions d'interposition de personne (secrètes ou ostensibles) entraînant transfert ou acquisition réels de propriété à l'égard de l'interposé, mais dans l'intérêt et pour le compte de l'interposant. Toute convention de prête-nom qui implique un transfert de propriété, et qui, pour une raison ou pour une autre, ne remplit pas les conditions de mise en oeuvre du mécanisme de la représentation, entraîne un transfert réel de propriété, laquelle devient alors de type fiduciaire. A défaut de précision contraire, et sous réserve d'un détournement de qualification (comme ce fut le cas pour la fiducie-sûreté concernant les meubles corporels), l'opération ne devrait pas être illégale par principe. Seule la fraude devrait pouvoir en altérer la validité. Par défaut, le régime juridique applicable est celui de l'interposition de personne réelle. En l'état actuel du droit positif, on ne peut consacrer juridiquement la notion de patrimoine d'affectation que l'avant-projet de loi avait prévu<sup>2</sup> pour protéger les droits du maître de l'affaire (fiduciant) par rapport à ceux des créanciers personnels de l'interposé (fiduciaire). Cette technique relève de l'interposition de personne, puisque le fiduciaire possède et agit en son nom propre, pour le compte d'autrui. Mais, elle constitue une interposition de personne par incidence, car elle repose sur un détournement des objectifs habituels des différents contrats de transfert de propriété (donation, vente).

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2001 : D. 2001.3110, note L. AYNÈS (la Cour de cassation valide une clause, insérée dans un contrat de prêt destiné au financement d'un immeuble, par laquelle l'emprunteur cède au prêteur, à titre de garantie du remboursement du prêt, tous les futurs loyers qui pourront être produits par l'exploitation du bien. Il s'agit donc d'une cession fiduciaire de créances organisée en dehors du champ d'application de la loi DAILLY).

<sup>2</sup> Article 2067 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, que l'avant-projet prétendait créer et rédiger ainsi : « Les biens et droits transférés au fiduciaire forment une masse séparée dans son patrimoine ».

## § 2 : L'interposition représentative

352. La notion d'interposition représentative paraît être un contresens : en effet, le mécanisme de la représentation a pour but, comme pour effet, de substituer, dans le lien de droit résultant d'un contrat, le véritable destinataire de l'opération (le représenté) à l'auteur matériel de la manifestation de volonté (le représentant). Or, cette substitution n'est pas compatible avec la forme que doit prendre, dans l'acte, l'intervention d'une personne interposée, à savoir en son nom propre. Dès lors, de deux choses l'une : soit l'absence formelle de représentation n'est qu'un leurre destiné à tromper les tiers, et dans ce cas, l'interposé est un prête-nom fictif ; soit, l'absence de représentation est réelle (que ce soit d'une manière définitive ou simplement temporaire), et dans ce cas, l'interposé est tantôt un prête-nom réel ou un commissionnaire, tantôt un commandé, c'est-à-dire un intermédiaire qui agit réellement en son nom propre au moment précis de la conclusion de l'acte. On comprend donc qu'il y a un certain paradoxe à prendre la qualité ostensible de représentant, si ce n'est pas pour bénéficier de la substitution de personne que celle-ci est censée permettre. Pourtant, telle est la situation de tous ceux qui revendiquent leur qualité de simple mandataire dans un acte, mais qui omettent (par caprice, par négligence, par obligation légale ou conventionnelle, etc.) de désigner la personne représentée, mettant ainsi obstacle à la mise en oeuvre concrète de la

représentation. Le mandataire (représentant) qui tait le nom de son mandant (A) devient une personne interposée. Il en va de même pour ceux qui reçoivent de la loi la qualité de représentant d'une personne qui doit rester anonyme, ou du moins qui ne peut pas être désignée comme sujet d'imputation des effets juridiques de l'acte. Le représentant qui agit en son nom propre (B) est donc aussi une personne interposée.

### **A. Le mandataire qui tait le nom de son mandant**

353. Il existe très peu de décisions relatives à cette situation inhabituelle. Mais, les quelques arrêts de la Cour de cassation que nous avons pu trouver en la matière peuvent nous aider à esquisser un régime juridique. La question ne concerne que le cas du mandataire dont le mandat ne contient pas une obligation d'agir en son nom propre. C'est donc de sa propre initiative que le mandataire tait le nom de son mandant. Or, la Cour de cassation énonce généralement le principe suivant : « le mandataire [ordinaire] qui traite en son nom propre avec un tiers devient le débiteur direct de ce dernier, sauf son recours contre le mandant ». Cette jurisprudence a été appliquée, par exemple, dans une affaire<sup>1</sup> où une société française, mandataire d'une société américaine, avait conclu avec une société de transport français un contrat en vue de l'expédition de marchandises destinées au mandant : le mandataire avait expressément indiqué au transporteur qu'il devrait réclamer son dû directement au destinataire, mais sans préciser que ce dernier était son mandant, de sorte qu'il fut déclaré personnellement tenu au paiement du prix du transport. De même, la conclusion, par un mandataire, d'un contrat de fourniture de personnel pour le compte de son mandant l'engage personnellement à l'égard du tiers cocontractant, dès lors qu'il avait agi en son nom propre<sup>2</sup>.

354. Pourtant, dans ces deux exemples, les conditions de mise en place du mécanisme de la représentation semblaient réunies : d'une part, un mandat qui n'exclut pas l'attribution du pouvoir de représentation, et d'autre part, une réelle volonté du mandataire d'agir pour le compte de son mandant, qui permet de présumer son intention de représenter. Nous savons, par l'étude des autres formes d'interposition de personne,

---

<sup>1</sup> Com., 31 mars 1981 : Bull. civ. IV, n° 168, p. 133.

<sup>2</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 octobre 1972 : Bull. civ. III, n° 528, p. 384.

— et nous le démontrerons d'ailleurs par l'analyse de la représentation<sup>1</sup> —, que ni l'action formelle en nom propre, ni l'absence de consentement du tiers cocontractant à la représentation, ni même son absence d'information sur ce point, ne suffisent à exclure l'application de ce mécanisme. Seule l'ignorance de l'identité du représenté peut constituer un obstacle matériel évident à sa mise en oeuvre concrète : mais, cet obstacle disparaît dès que le mandataire désigne son mandant. Dans ces conditions, pourquoi ne pas lui accorder le bénéfice de la représentation pour lui permettre de se dégager des conséquences du contrat ? En l'espèce, la solution se justifiait sans doute par une inopposabilité de la représentation basée sur la divergence qu'il avait créée, par son silence, entre la réalité juridique et l'apparence, même s'il n'avait aucune intention de tromper son cocontractant. En effet, la théorie de l'apparence, dès lors qu'il apparaît une « erreur commune », produit un résultat identique à la théorie de la simulation. Mais, il en va différemment lorsque le mandataire prend ou reçoit ostensiblement la qualité de représentant, tout en dissimulant le nom du mandant : l'apparence est alors conforme à la réalité.

355. C'est l'hypothèse qui s'est présentée, à plusieurs reprises, devant la Cour de cassation dans des affaires concernant des commissaires-priseurs qui n'avaient pas révélé à l'acheteur le nom du vendeur<sup>2</sup> : la difficulté survenait alors lorsque l'acheteur prétendait mettre en oeuvre, à leur encontre, une action en garantie pour vices cachés ou une action en responsabilité contractuelle. Les commissaires-priseurs invoquaient en vain leur qualité de mandataires représentants car, selon la jurisprudence établie par la Cour de cassation, ils devaient être « traités comme prête-nom, sans avoir à rechercher si les conditions du contrat de prête-nom étaient réunies »<sup>3</sup>. Autrement dit, c'est le régime de l'interposition de personne fictive qui semblait être applicable. En effet, dans les relations entre le vendeur et le commissaire-priseur, il n'était pas question de retenir le régime de l'interposition réelle, car le droit de propriété devait passer directement dans le patrimoine de l'acheteur<sup>4</sup>. Mais, à l'égard des tiers de bonne foi, c'est-à-dire de

---

<sup>1</sup> Cf *infra*, n° 411.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1993 : Bull. civ. I, n° 191, p. 131 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 octobre 1988 : JCP 1988.IV.373 ; Gaz. Pal. 1988.2.panor.277 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 février 1983 : Bull. civ. I, n° 65, p. 56.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 février 1983 : précité.

<sup>4</sup> On n'imagine pas que les créanciers du commissaire-priseur puissent saisir les biens qu'il est chargé de vendre.



tous ceux qui ignorent le nom du véritable vendeur, notamment l'adjudicataire, on ne pouvait les débouter de leur action contre le mandataire sur la base de la représentation, puisqu'aucune action directe contre le mandant n'était matériellement possible, faute de connaître son identité. C'est donc le commissaire-priseur qui devait être tenu pour le vendeur et qui devait se trouver personnellement engagé par les différentes obligations résultant du contrat<sup>1</sup>. On peut cependant s'interroger sur le fondement de cette solution, puisque le commissaire-priseur ne ment pas et apparaît, dès l'origine, sous sa qualité de mandataire chargé de la vente des biens pour le compte des propriétaires.

356. C'est par l'analyse de la motivation de ces arrêts, et par une comparaison avec une décision apparemment dissidente, que la nature juridique véritable de cette hypothèse pourra apparaître. En effet, dans chacune de ces décisions, ce n'est pas le silence du mandataire sur le nom du mandant au moment de la conclusion de l'acte qui est pris en compte pour justifier l'engagement personnel de l'intermédiaire, mais la persistance anormale de ce silence. Se trouve uniquement condamné le commissaire-priseur qui n'a pas « indiqué *en temps utile* à l'adjudicataire le nom du vendeur » ou celui qui n'a « *jamais* voulu ou pu révéler le nom de celui qui aurait été le vendeur »<sup>2</sup>. Mais, au contraire, la Cour de cassation a estimé<sup>3</sup> que c'est à bon droit qu'une cour d'appel avait déclaré irrecevable une demande en responsabilité contractuelle intentée par l'adjudicataire contre le commissaire-priseur, dès lors « qu'un commissaire-priseur n'a pas l'obligation de révéler spontanément le nom du vendeur au moment de la vente », et qu'en l'espèce, ce nom ne lui avait pas été demandé par l'acheteur, lequel avait pu d'ailleurs en prendre connaissance dès la première instance, puisque le mandataire avait appelé en la cause la venderesse.

Finalement, il apparaît que c'est un régime identique à celui de l'interposition de personne dite "mixte" qui s'applique : avant la révélation du nom du représenté, c'est

---

<sup>1</sup> La même solution a été appliquée à une société de gestion immobilière qui, en qualité de mandataire de la propriétaire d'un immeuble loué, avait été personnellement condamnée à faire procéder à des travaux dans l'appartement parce qu'elle avait refusé de révéler le nom de sa mandante jusqu'à ce qu'une injonction judiciaire ne l'oblige à produire son mandat (Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1993 : Bull. civ. I, n° 329, p. 228 ; JCP 1994.IV.158).

<sup>2</sup> De même, dans l'arrêt du 17 novembre 1993 cité en note précédente, il est précisé que « les locataires n'ont eu connaissance de ce nom [celui de la propriétaire] qu'après production sur injonction en cours de procédure ».

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1993 : précité.

l'absence de représentation qui doit être retenue ; puis, cette révélation aura pour effet de permettre la mise en place de la représentation, à condition toutefois qu'elle ne soit pas tardive (« en temps utile »). En cas de révélation tardive, on pourra considérer que le représentant a créé une apparence de non-représentation, contraire à la réalité juridique, et qui justifie alors l'application de la théorie de la simulation. C'est pourquoi, la Cour de cassation affirme qu'il doit être « traité comme prête-nom ». Un mandataire, qui se présente comme un représentant tout en refusant de désigner son mandant, introduit implicitement dans le contrat une incertitude sur sa qualité, qui peut être considérée comme une option de représentation. La différence essentielle avec la clause de réserve de command, c'est que la qualité de mandataire est certaine dès le départ. Mais, la mise en oeuvre finale de la représentation est incertaine. Cette analyse est également valable pour tous ceux qui reçoivent de la loi une qualité "théorique" de représentant, mais assortie d'une interdiction ou d'une impossibilité de désigner, du moins au moment de la conclusion de l'acte, le représenté comme sujet d'imputation.

## **B. Le représentant qui agit en son nom propre**

357. Par cette formule, nous entendons désigner tous ceux qui agissent pour le compte d'autrui de manière ostensible, en recevant de la loi une qualité incontestable de représentant, mais qui se trouvent tenus à une obligation, temporaire ou permanente, de secret, ou bien qui n'ont pas la possibilité de désigner le maître de l'affaire comme sujet d'imputation directe des effets de l'acte (par exemple, parce qu'il n'a pas encore la personnalité juridique au moment de la conclusion de cet acte), ou encore qui décident, pour une raison quelconque, de ne pas révéler son identité. Nous avons pu recenser quelques situations exceptionnelles qui correspondent à cette définition. La première concerne à nouveau le domaine des ventes publiques sur saisie immobilière : en effet, nous avons relevé, dans l'étude de la clause de réserve de command, que le délai légal de vingt-quatre heures pour déclarer command était précédé d'un premier délai de trois jours pendant lequel l'avocat dernier enchérisseur devait déclarer le nom de l'adjudicataire<sup>1</sup> (lequel bénéficiait ensuite de la faculté de déclarer command). Cette

---

<sup>1</sup> Car, aux termes de l'article 704 de l'ancien Code de procédure civile, le ministère d'un avocat est obligatoire pour les adjudications dans les ventes sur saisie immobilière.

déclaration d'adjudicataire a pour effet de lier le client de l'avocat et de le faire "entrer" dans le contrat de vente comme une personne représentée. Néanmoins, l'article 707 alinéa 1<sup>er</sup> de l'ancien Code de procédure civile impose à l'avocat un délai pour faire sa déclaration et apporter la preuve du mandat qu'il a reçu. A défaut, il est « réputé adjudicataire en son nom ». En effet, sa qualité d'avocat ne permet pas de le considérer, dans un premier temps, comme ayant agi pour lui-même, mais l'absence de désignation de l'adjudicataire empêche la mise en oeuvre de la représentation. Celle-ci ne pourra se produire qu'après la déclaration d'adjudicataire. Elle restera toutefois inopposable aux tiers si elle est tardive. Néanmoins, même en cas de déclaration tardive, rien ne semble interdire aux créanciers saisissants, à supposer que tel soit leur intérêt, d'agir contre l'adjudicataire pour obtenir le paiement du prix, autrement dit d'opter pour la situation juridique réelle, celle de la représentation<sup>1</sup>. Il s'agit donc bien d'une interposition mixte (c'est-à-dire une sorte de représentation optionnelle de source légale).

358. Le même raisonnement peut s'appliquer à d'autres représentants, tirant leur fonction et leur pouvoir de la loi, mais qui ne peuvent pas désigner le représenté. Par exemple, l'article L. 113-6 du Code de la propriété intellectuelle<sup>2</sup> prévoit que les auteurs anonymes ou pseudonymes d'oeuvres de l'esprit jouissent sur celles-ci des mêmes droits que les autres, et qu'ils doivent être « représentés dans l'exercice de ces droits par l'éditeur ou le publicateur originaire, tant qu'ils n'ont pas fait connaître leur identité civile et justifié de leur qualité »<sup>3</sup>. Il précise également, au cas où l'anonymat serait levé par l'auteur ou par le représentant légal (qui, dans ce cas, commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité envers l'auteur), que seront alors « maintenus les droits qui auraient pu être acquis par des tiers antérieurement ». Dès lors, tant que l'auteur reste anonyme, l'éditeur ou le publicateur originaire apparaît comme un simple représentant, mais qui ne peut pas invoquer le mécanisme de la représentation pour éviter de voir le lien de droit s'établir sur sa propre tête. Les tiers ne peuvent donc avoir de rapports qu'avec le représentant, qui s'engage personnellement. Dès que l'anonymat disparaît, le mécanisme de la représentation produit ses effets à l'égard de l'auteur, mais sans faire

---

<sup>1</sup> L'article 707 ne prévoit pas que l'avocat « est adjudicataire », mais qu'il est « réputé adjudicataire ».

<sup>2</sup> Anciennement article 11 de la loi du 11 mars 1957.

<sup>3</sup> Georges BONET, « L'anonymat ou le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique », thèse Paris, 1966.

perdre aux tiers leurs droits acquis : il faut donc supposer que les tiers cocontractants peuvent exiger l'exécution du contrat aussi bien de l'auteur lui-même (représentation), que de leur cocontractant initial, le représentant légal (droits acquis). La représentation serait donc inopposable aux tiers parce qu'ils ont cru que l'anonymat de l'auteur empêcherait définitivement toute mise en oeuvre de cette représentation, et n'ont donc accepté de contracter que sur la foi du représentant légal.

359. Enfin, une dernière situation nous paraît également relever de cette catégorie : celle des personnes qui agissent au nom d'une société en formation. En effet, l'article 1843 du Code civil dispose que « les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas. La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci »<sup>1</sup>. Les conséquences de la reprise ressemblent fort à celles de la représentation : la société est engagée, alors qu'elle n'a pas participé à la conclusion de l'acte, tandis que l'auteur de la manifestation de volonté est déchargé du contrat<sup>2</sup> (sauf si le cocontractant obtient expressément un engagement solidaire ou un cautionnement). La jurisprudence n'accorde le bénéfice de cette reprise que pour les actes faits au nom et pour le compte de la société, ce qui traduit l'exigence d'une intention de représenter de la part de l'associé. Les modalités de la reprise varient selon trois méthodes (état des opérations en cause annexé au statut de la société avant la signature ; désignation, dans les statuts ou par acte séparé, d'un mandataire ; reprise, après immatriculation, par décision de l'assemblée des associés), mais elles peuvent toutes être assimilées à une attribution d'un pouvoir de représentation *a priori* (mandat) ou *a posteriori* (ratification<sup>3</sup>). Enfin, la doctrine enseigne généralement que la reprise

---

<sup>1</sup> Une disposition sensiblement équivalente résulte de l'article L. 201-6 alinéa 2 du Code de commerce (anciennement article 5 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966) pour les sociétés commerciales.

<sup>2</sup> Com., 22 mai 1991 : Bull. Joly 1991.702, note P. LE CANNU ; Defrénois 1991, p. 1185, n° 3, note J. HONORAT - Com., 12 février 1974 : Rev. soc. 1974.493, note J. H. ; JCP 1975.2.17965, note N. BERNARD.

<sup>3</sup> Cette idée de ratification ne permet pas, pour autant, d'assimiler la situation de l'associé à celle d'un simple gérant d'affaires : en effet, si un gérant d'affaires agit au nom du géré sans obtenir ensuite la ratification de l'acte, cet acte ne produit aucun effet. Seule la responsabilité délictuelle du gérant peut être engagée à l'égard du tiers cocontractant. Au contraire, si l'associé agit au nom de la société en formation sans obtenir ensuite la reprise de l'acte par celle-ci, il est personnellement engagé.

des délits n'est pas possible, comme en matière de représentation. C'est donc bien une sorte de représentation légale qui résulte de cette reprise.

360. Celui qui agit au nom d'une société en formation prend donc la qualité de représentant, et bénéficie rétroactivement, après la reprise, d'un mécanisme identique à celui de la représentation, mais ne peut pas en bénéficier dès l'origine. En effet, l'absence de personnalité juridique de la société en formation interdit à l'associé de désigner celle-ci comme sujet d'imputation, malgré une évidente volonté d'agir dans son intérêt. C'est pourquoi, il est temporairement lié par l'acte qu'il a accompli au nom de la société. Il le restera d'ailleurs définitivement, en cas de défaut de reprise par la société. Lorsque plusieurs associés ont réalisé ensemble une opération au nom de la société, ils sont tous tenus (avec ou sans solidarité, selon la nature commerciale ou civile de la société). Mais, ceux qui n'ont pas participé ne sont pas liés. La doctrine s'est interrogé sur la nature juridique de cette situation : il est intéressant de noter que la qualification la plus souvent retenue actuellement est celle d'une action au nom de la société sous la condition résolutoire de la reprise par la société<sup>1</sup> ... qualification qui ressemble étrangement à celle proposée pour la déclaration de command !! Les arguments invoqués à son encontre pour l'une sont donc valables pour l'autre, en particulier le caractère purement potestatif de cette condition<sup>2</sup>.

En réalité, celui qui agit au nom d'une société en formation bénéficie d'une sorte d'option légale de représentation : il peut garder pour lui l'opération, ou bien au contraire, se dégager des conséquences de l'acte, en prouvant au tiers cocontractant la réunion des conditions nécessaires à la substitution (immatriculation de la société, et reprise). Le parallélisme nous semble d'ailleurs conforté par la décision d'une cour d'appel qui n'avait pas admis une reprise faite plus de deux ans après la réalisation de l'acte, et après que le tiers cocontractant ait formé une action en paiement contre les associés<sup>3</sup> : la notion de reprise tardive a permis aux juges d'écarter les conséquences

---

<sup>1</sup> Yves GUYON, « Droit des affaires », tome 1 : « Droit commercial général et Sociétés », 10<sup>e</sup> édition, Economica, Paris, 1998, n° 164, p. 168 - Philippe MERLE, « Droit commercial. Sociétés commerciales », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 2000, n° 79, p. 103 - G. RIPERT et R. ROBLOT, Michel GERMAIN, Louis VOGEL, « Traité de droit commercial », tome 1, 17<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., 1998, n° 1061, p. 831. Il est à noter que, pour justifier l'engagement personnel de l'associé en cas de non reprise, il faut ajouter une action en nom propre sous condition suspensive de la reprise.

<sup>2</sup> La société n'est engagée que si elle reprend l'acte, c'est-à-dire si elle le veut bien !

<sup>3</sup> Paris, 22 novembre 1988, BRDA 1989/6, p. 17.

légales qui devaient normalement s'attacher à cette reprise. Certes, le fondement invoqué dans la décision était la fraude, mais la théorie de l'apparence aurait permis le même résultat. En effet, par son inaction prolongée (absence d'immatriculation et de reprise), l'associé a laissé croire aux tiers qu'il renonçait à la faculté de substitution dont il disposait. C'est donc le régime de l'interposition mixte qui lui est applicable<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Qu'en est-il de l'associé ou du gérant qui agit pour le compte d'une société en participation ? A la différence de la société en formation, la société en participation n'aura jamais la personnalité juridique (article 1871 du Code civil). Dès lors, le gérant agit en son nom propre pour le compte des participants. Si la société est totalement occulte, le gérant fait entièrement écran. Si la société est ostensible (« tous les participants agissent en qualité d'associés au vu et au su des tiers »), tous les participants sont tenus à l'égard des tiers des engagements souscrits par l'un d'entre eux (article 1872-1). Mais, si le gérant révèle le nom des participants contre leur gré, ceux-ci ne sont pas tenus (ancien article 421 de la loi du 24 juillet 1966, non repris par la loi du 4 janvier 1978, mais réaffirmé par la jurisprudence). Cette solution est étrange. En effet, puisque le gérant a agi au nom des participants en les désignant, ceux-ci devraient être liés ... sauf à considérer qu'ils ne lui avaient pas conféré le pouvoir de les représenter. C'est donc la seule explication possible : lorsque la participation est occulte, le gérant agit pour le compte des participants, mais sans pouvoir de représentation, c'est-à-dire réellement en son nom propre. Ce n'est donc pas une interposition mixte, mais une interposition réelle ! Si l'alinéa 3 de l'article 1872-1 prévoit exceptionnellement l'engagement individuel de certains participants, c'est soit sur le fondement de l'apparence (« associé qui, par son immixtion, a laissé croire au cocontractant qu'il entendait s'engager à son égard »), soit sur le fondement d'un pouvoir de représentation de source légale, de même nature que celui prévu en cas de gestion d'affaires (lorsqu'« il est prouvé que l'engagement a tourné à son profit »). Ces deux exceptions confirment donc que le gérant qui agit pour le compte d'une société en formation qui se veut occulte, est un interposé réel.

### § 3 : L'interposition matérielle

361. Que l'interposition de personne permette de réaliser, en son nom propre et pour le compte d'autrui, des opérations juridiques les plus diverses, qui peuvent être simples ou complexes, ponctuelles ou permanentes, légales ou interdites, dangereuses ou utiles au développement économique, c'est un constat que l'on doit admettre. Mais, n'est-ce pas abuser de la notion d'interposition de personne que de la croire également possible pour l'accomplissement d'actes purement matériels ? La crainte de faire perdre à ce concept original son sens et son intérêt juridiques nous rend évidemment enclin à une certaine prudence. Pourtant, sur la base de la définition que nous en avons retenue, rien ne s'oppose à une telle hypothèse : que l'auteur d'un acte matériel puisse être considéré psychologiquement comme un instrument au service de l'intérêt d'un tiers ne fait aucun doute (peu importe qu'il agisse spontanément ou sur instructions pour le compte de ce tiers) ; que cet acte matériel puisse, le cas échéant, produire certaines conséquences juridiques précises (indépendantes de la volonté de son auteur) n'est pas inconcevable (il s'agit alors d'un fait juridique) ; enfin, que l'absence d'imputation de ces conséquences sur la tête du tiers pour le compte duquel il a agi soit théoriquement impossible, et le contraigne à supporter personnellement les effets qui en résultent, est une évidence, en matière d'actes matériels, puisque l'imputation des conséquences d'un

fait juridique ne dépend pas de la volonté de son auteur, mais de la loi. Est-il opportun, dans ces conditions, de parler d'interposition de personne chaque fois que l'auteur d'un acte matériel agit pour le compte d'autrui ? Une fois encore, c'est le droit positif qui nous aidera à trancher cette question d'ordre terminologique : en effet, il ne peut y avoir d'interposition de personne matérielle, au sens juridique du terme, que si le droit positif attache des conséquences juridiques à cette qualification, c'est-à-dire s'il fait produire à l'acte matériel ses conséquences directement sur la tête du maître de l'affaire. Or, même s'il n'existe aucun principe général en ce sens, l'étude du droit positif permet d'en observer quelques exemples intéressants, aussi bien en matière pénale (A), qu'en matière civile (B) ou administrative (C).

### **A. L'interposition matérielle en matière pénale**

362. En droit pénal, il n'existe pas d'actes juridiques, mais seulement des faits : même lorsqu'une incrimination implique l'accomplissement d'un acte que le droit civil qualifie de juridique, il est pris en compte en tant que fait, car les conséquences pénales qui en résultent ne sont pas celles voulues par les parties, mais celles imposées par la loi. Cela n'exclut pas le caractère volontaire de ces faits : ils constituent alors des actes matériels. Or, il existe un principe fondamental, en matière pénale, qui est exprimé dans l'article 121-1 du Code pénal : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Aussi, lorsqu'une personne commet une infraction, elle seule doit normalement répondre de ses actes, même s'il est établi qu'elle avait agi pour le compte d'une autre personne. Cela ne signifie pas, pour autant, que le maître de l'affaire échappera à toute sanction, notamment lorsqu'il est l'instigateur de l'infraction : il pourra être poursuivi comme complice. En effet, l'article 121-7 désigne comme complice « la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre », ainsi que « la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ». Il y a donc, dans cette définition, des éléments amplement suffisants pour atteindre, la plupart du temps, le maître de l'affaire, en se basant sur les quelques indices qui, d'une manière ou d'une autre, permettent son rattachement à l'acte principal constitutif de



l'infraction. Mais, il faut croire que cette appréhension légale du phénomène n'était pas satisfaisante, puisque des exceptions importantes ont été progressivement admises.

363. D'abord, quelques textes pénaux contiennent des références expresses à la technique de l'interposition de personne permettant de poursuivre directement le maître de l'affaire en qualité d'auteur principal de l'infraction. Elles sont cependant de nature variable. En effet, il arrive parfois que l'interposition de personne soit évoquée uniquement à propos de l'un des éléments constitutifs de l'infraction : ainsi, l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 réprimant le délit d'initié dispose que celui-ci consiste dans « le fait, pour les dirigeants d'une société [...] et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées [...], de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ». Il résulte de cette définition que trois éléments sont nécessaires à la constitution de cette infraction : le caractère privilégié de l'information, la qualité ou les fonctions particulières de celui qui recueille l'information, et l'exploitation de cette information par des opérations de vente ou d'achat de titres. Or, la référence à la technique de l'interposition de personne ne vise que cette dernière condition<sup>1</sup>. Ce n'est donc pas l'infraction qui est commise par personne interposée, mais seulement l'un des éléments constitutifs<sup>2</sup>.

364. Dans d'autres cas, c'est bien l'accomplissement, par personne interposée, de l'infraction dans son ensemble qui est visé par le texte. En effet, il est parfois apparu plus juste au législateur de sanctionner directement le maître de l'affaire comme auteur, parce que l'élément le plus important, pour certaines infractions, c'est le but poursuivi, et non l'acte qui le matérialise. Dans ce cas, l'auteur matériel est un instrument entre les mains de l'auteur intellectuel. En toute logique, il doit être considéré comme un simple complice par fourniture de moyens, aide et assistance. Mais, la plupart du temps, il sera

---

<sup>1</sup> Cf, pour une application de ce texte : Paris, 26 mai 1993 : Gaz. Pal. 1994.1.277, concl. JOBARD.

<sup>2</sup> Le délit d'initié commis par personne interposée supposerait que la personne interposée ait reçu elle-même l'information, qu'elle possède elle-même la qualité ou les fonctions prévues par le texte, et enfin qu'elle accomplisse elle-même les opérations litigieuses, mais tout cela dans l'intérêt et pour le compte du maître de l'affaire (hypothèse d'un homme de paille, qui transmet au maître de l'affaire tout ce qu'il apprend dans le cadre de sa fonction apparente dans l'entreprise, et qui obéit à tous ses ordres).

sanctionné comme coauteur, la formule « directement ou par personne interposée » permettant d'englober aussi bien l'auteur matériel que l'auteur intellectuel. Telle est la situation qui résulte, par exemple, de l'article 225-10 du Code pénal réprimant le délit de proxénétisme hôtelier, défini comme « le fait, par quiconque, agissant directement ou par personne interposée : 1° De détenir, gérer, exploiter, diriger, faire fonctionner, financer ou contribuer à financer un établissement de prostitution [...] »<sup>1</sup>. En effet, cette liste est suffisamment large pour permettre aux magistrats de sanctionner directement, en plus du maître de l'affaire, la personne interposée elle-même sur la base de sa participation matérielle à l'activité prohibée, sauf si elle n'a joué dans l'opération qu'un rôle purement passif d'homme de paille, ignorant tout des activités réelles du maître de l'affaire<sup>2</sup>.

365. Enfin, si la mise en cause directe du maître de l'affaire par certains textes a pour objectif d'ajuster le droit au fait en substituant à sa qualité théorique de complice celle d'auteur de l'infraction (et d'éviter ainsi les aléas de la théorie de la complicité), c'est parfois, au contraire, un motif beaucoup plus important qui commande la précision relative à l'interposition de personne dans le texte. En effet, il arrive qu'une infraction dépende nécessairement d'une qualité particulière de son auteur : par exemple, le délit d'ingérence ou prise illégale d'intérêts ne peut être commis que par un fonctionnaire<sup>3</sup>. Dès lors, si un fonctionnaire ne prend pas directement un intérêt dans une entreprise ou une opération dont il a la charge d'assurer la surveillance ou l'administration, mais seulement par l'intermédiaire d'une personne interposée, ce comportement ne pourrait pas être puni sans la prise en compte de cette interposition de personne. En effet, la complicité suppose un fait principal punissable : or, la personne interposée n'étant pas elle-même fonctionnaire, sa prise d'intérêt dans l'opération litigieuse n'est pas illégale. Il ne s'agit donc plus de transformer un complice en auteur principal, mais de donner efficacité au texte en prévoyant l'hypothèse de l'interposition de personne<sup>4</sup>. En théorie,

---

<sup>1</sup> Crim., 18 décembre 1984 : pourvoi n° 84-90.671.

<sup>2</sup> Dans ce cas, c'est l'élément intentionnel qui fait défaut : elle ne pourra alors être condamnée ni comme coauteur, ni même comme complice.

<sup>3</sup> L'article 432-12 du nouveau Code pénal a remplacé l'article 175 de l'ancien Code pénal : le texte initial contenait une référence précise à la technique de l'interposition de personne ; le nouveau texte contient une formule plus vague (« directement ou indirectement »), mais qui englobe l'interposition de personne.

<sup>4</sup> Crim., 20 février 1995 : pourvoi n° 94-81.186 (exemple d'une triple interposition, car le maire avait attribué un marché à une société [interposition 1] dont les associés [interposition 2] étaient les prête-noms

l'absence d'une précision expresse, dans le texte incriminateur, interdit toute poursuite pénale. Et ceci, d'autant plus que les textes pénaux sont d'interprétation stricte.

366. Pourtant, la jurisprudence ne semble pas s'être arrêtée à ce raisonnement, moralement insatisfaisant, mais juridiquement exact. En effet, à notre connaissance, la Cour de cassation ne retient jamais l'argument, invoqué par ceux qui sont condamnés pour des faits commis par l'intermédiaire d'une personne interposée, selon lequel la décision des juges du fond doit être cassée au motif qu'elle n'a pas mis en évidence des faits matériels précis imputables à la personne condamnée (et pour cause, ces faits ont été accomplis par la personne interposée), et qu'elle a donc nécessairement violé le principe d'interprétation stricte de la loi pénale en condamnant cette personne sur la base de faits commis par un tiers. Par exemple, la Chambre criminelle a rejeté les pourvois formés contre différentes décisions qui avaient prononcé, sans fondement textuel, des condamnations pour exploitation illicite de plusieurs débits de boissons par prête-noms<sup>1</sup>, exercice illégal d'un commerce par un étranger non titulaire de la carte de commerçants au moyen de plusieurs sociétés dont les gérants nominaux étaient des prête-noms<sup>2</sup>, exercice par prête-noms d'une activité commerciale en vue de conserver la qualité de chômeur et de percevoir indûment les indemnités correspondantes<sup>3</sup>, entrave à la liberté des enchères en raison de pressions faites contre un adjudicataire par un homme de main<sup>4</sup>, ou encore acquisition irrégulière d'actif d'une société en liquidation judiciaire par le liquidateur sous le couvert de sa tante<sup>5</sup>.

367. La prise en compte de l'interposition de personne par le législateur, comme par la jurisprudence, est donc indiscutable. Elle permet de poursuivre directement le maître de l'affaire comme auteur principal de l'infraction, et la personne interposée

---

du fils du maire [interposition 3]) - Crim., 19 décembre 1990 : pourvoi n° 90-80.837 - Crim., 27 octobre 1987 : pourvoi n° 84-94.258.

<sup>1</sup> Crim., 25 février 1985 : Bull. crim. n° 86, p. 227.

<sup>2</sup> Crim., 29 janvier 1980 : Bull. crim. n° 36, p. 84.

<sup>3</sup> Crim., 1<sup>er</sup> février 1994 : pourvoi n° 93-81.359.

<sup>4</sup> Crim., 18 mai 1993 : pourvoi n° 92-81.031 (le demandeur au pourvoi relevait l'absence de pressions matérielles qui lui soient personnellement imputables).

<sup>5</sup> Crim., 8 décembre 1999 : D. aff. 2001.1091 (l'article 488, 2° de la loi du 24 juillet 1966 [devenu L. 247-8 du Code de commerce] renvoie à l'article 395 de cette loi [devenu L. 237-7], qui interdit la cession de l'actif de la société « au liquidateur ou à ses employés ou à leurs conjoint, ascendants ou descendants », mais pas à la tante !)

comme complice ou coauteur<sup>1</sup>. Mais, il nous semble qu'une étape supplémentaire a été franchie par les rédacteurs du Code pénal en 1993 en instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Cette innovation a fait l'objet de très nombreux commentaires<sup>2</sup>. Beaucoup d'aspects de cette importante réforme échappent totalement au sujet de cette étude. Mais, nous pensons aussi que, sous un certain angle, elle constitue une nouvelle manifestation de cette prise en considération de l'interposition de personne matérielle en droit pénal. En effet, l'article 121-2 de ce nouveau Code pénal énonce deux idées fondamentales : la première est le principe même de la responsabilité pénale d'une personne pourtant dénuée d'existence physique ; la deuxième concerne les conditions de mise en oeuvre de cette responsabilité. Si, sur le plan théorique, on a pu lever les objections traditionnelles à la reconnaissance de cette responsabilité, il n'en restait pas moins deux constats indiscutables : la personne morale n'a aucune volonté propre et ne peut accomplir personnellement aucun acte matériel. La mise en oeuvre concrète de sa responsabilité pénale se heurtait donc à l'impossibilité de voir réunies directement sur sa propre personne les deux conditions fondamentales du droit pénal : l'élément moral et l'élément matériel de l'infraction<sup>3</sup>. Dès lors, la responsabilité pénale des personnes morales devait forcément être une responsabilité du fait d'autrui.

Il ne restait donc plus au législateur qu'à déterminer de qui la personne morale serait responsable, pour quelles infractions, et selon quel critère. S'agissant du champ d'application, l'article 121-2 prévoit cette responsabilité « dans les cas prévus par la loi ou le règlement » sans établir une quelconque liste ou classification. S'agissant des individus dont elle doit répondre, ce sont ses « organes ou représentants », c'est-à-dire ceux qui ont, sur le plan civil, le pouvoir de la représenter. Mais, il est évident que la représentation, au sens juridique de ce terme, n'est pas possible pour l'accomplissement d'actes purement matériels, surtout de nature délictueuse. Le pouvoir conféré par la loi

---

<sup>1</sup> Elle a même été invoquée, dans une affaire d'homicide volontaire et de tentative de vol, en vue de condamner pour complicité par fourniture de moyens une personne qui avait fourni l'arme du crime, non pas directement, mais par l'intermédiaire d'une personne interposée restée inconnue : il serait donc possible d'être auteur d'une infraction par personne interposée, mais aussi complice par personne interposée !! (Crim., 18 décembre 1989 : pourvoi n° 89-85.761. L'auteur du pourvoi invoquait le fait qu'il n'avait pas confié personnellement l'arme à l'auteur principal du crime, mais on a estimé qu'il l'a fait par personne interposée).

<sup>2</sup> Cf Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, J.-Cl. pén., « Art. 121-2. Responsabilité pénale des personnes morales », 1994, et toute la bibliographie citée.

<sup>3</sup> Qu'elles soient intentionnelles ou non, les infractions supposent toujours une volonté. Qu'elles soient des infractions d'action ou des infractions d'omission, elles supposent toujours la possibilité d'accomplir des actes matériels.

aux « organes ou représentants » ne peut pas inclure la réalisation d'infractions. Ceux-ci les accompliront donc obligatoirement en leur nom propre : le pouvoir de représentation lié à la qualité d'organe ou de représentant de la personne morale n'est pas le critère de mise en oeuvre de cette responsabilité. Ce critère est précisé par l'article 121-2 : c'est le fait que les infractions ont été accomplies par les personnes concernées « pour le compte » de la personne morale, c'est-à-dire le critère de l'instrumentalisation. La personne morale, insusceptible d'une quelconque responsabilité pénale directe, peut être responsable « par ricochet », c'est-à-dire par interposition de personne<sup>1</sup>. Il est vrai que cette responsabilité par ricochet ne conduit pas à « l'irresponsabilité par ricochet » de la personne physique que l'on serait en droit d'attendre de ce raisonnement<sup>2</sup>, puisque l'article 121-2 alinéa 3 dispose que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celles des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Toutefois, ce ne sera pas la première fois que nous constaterons que la prise en compte de l'interposition de personne ne se traduit pas toujours par une substitution pure et simple, mais parfois par une extension de responsabilité.

## B. L'interposition matérielle en matière civile

368. Un acte purement matériel, en matière civile, est un acte volontaire dont les conséquences n'ont pas été voulues par son auteur, c'est-à-dire un fait juridique. Or, si le mécanisme de la représentation permet, pour les actes juridiques, de déroger aux principes d'individualisme et d'autonomie de la volonté, il ne peut pas être étendu, dans notre conception française du droit des obligations, aux faits juridiques volontaires. Dès lors, le principe reste que seul l'auteur matériel de l'acte doit en subir les conséquences juridiques. Par conséquent, notre droit positif ne devrait pas permettre *a priori* de prendre en compte la motivation altruiste de l'auteur d'un acte matériel pour détourner ses effets en direction du tiers intéressé. Pourtant, ce principe subit au moins deux

---

<sup>1</sup> La jurisprudence a confirmé que la responsabilité pénale de la personne morale suppose de constater que l'infraction a été commise par une personne physique déterminée ayant la qualité d'organe ou de représentant (Crim., 18 janvier 2000 : D. 2000.636, note J.-C. SAINT-PAU - Crim., 2 décembre 1997 : JCP 1998.II.10024, rapp. F. DESPORTES). Il n'y a aucune responsabilité pénale des personnes morales possible directement pour leur propre faute, à moins de renoncer aux éléments moraux et matériels des infractions.

<sup>2</sup> Cf Jean-Christophe SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ? », note sous Crim., 18 janvier 2000 : précité.

exceptions. La première, la moins importante, est d'origine jurisprudentielle : les tribunaux ne semblent pas hésiter à attribuer les conséquences de la possession ou la détention d'un bien à un tiers si le possesseur ou détenteur leur paraît être une simple personne interposée, c'est-à-dire un instrument entre les mains de ce tiers. Or, la possession n'est pas un acte juridique, mais un fait juridique<sup>1</sup>. Le droit fiscal est le terrain de prédilection de ce genre de décisions, car il soumet souvent le paiement d'une taxe ou d'un impôt à des conditions de possession ou de détention de certains biens, par préférence au critère du droit de propriété<sup>2</sup>. La seconde exception concerne la faute délictuelle : d'une part, les tribunaux prennent parfois en compte les agissements d'une personne pour les imputer à une autre qu'ils estiment être la véritable instigatrice et bénéficiaire de l'acte<sup>3</sup>. Mais surtout, le Code civil a instauré un cas de responsabilité civile du fait d'autrui qui relève du mécanisme de l'interposition de personne : c'est la responsabilité du commettant du fait du préposé.

Bien que le droit de la responsabilité civile soit actuellement en pleine effervescence jurisprudentielle, rendant hasardeuse toute affirmation péremptoire en ce domaine, il nous semble que la responsabilité du commettant du fait du préposé n'est pas de même nature que les autres responsabilités civiles du fait d'autrui<sup>4</sup>. En effet, qu'elles soient fondées sur l'idée d'une faute dans la surveillance, sur la notion de risque, sur celle de garantie<sup>5</sup>, ou sur un autre fondement, elles apparaissent toujours comme des responsabilités autonomes. La jurisprudence la plus récente tend d'ailleurs à confirmer ce caractère, en admettant, par exemple, que la responsabilité des père et mère du fait de leur enfant mineur n'implique pas l'examen préalable de la responsabilité de ce dernier<sup>6</sup>, que seule la force majeure ou la faute de la victime permettrait d'exonérer

---

<sup>1</sup> La possession comprend un élément moral, l'intention de se comporter comme un propriétaire, qui ne doit pas être confondu avec la volonté de devenir propriétaire.

<sup>2</sup> C.E. 30 octobre 1991, décision n° 100.294, Maurice TIBOUL.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1993 : pourvoi n° 92-14.492 (une ancienne agent général d'assurance en retraite fut condamnée à restituer à la compagnie d'assurance pour laquelle elle avait travaillé les indemnités compensatrices pour avoir détourné son ancienne clientèle par personnes interposées, à savoir son mari et son fils. Or, aucune activité de démarchage de clientèle ne pouvait lui être matériellement imputée).

<sup>4</sup> A l'exception de la responsabilité de l'État du fait des fonctionnaires qui s'en rapproche effectivement, mais qui relève de la matière administrative, traitée dans le paragraphe C suivant.

<sup>5</sup> Boris STARCK, « Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée », thèse Paris, 1947.

<sup>6</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mai 2001 : D. 2001.2851, rapp. P. GUERDER, note O. TOURNAFOND - Ass. plén., 9 mai 1984, 2<sup>e</sup> arrêt : D. 1984.525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; JCP 1984.II.20255, note N. DEJEAN DE LA BÂTIE.

ceux-ci, même en l'absence de faute de surveillance<sup>1</sup>, et enfin, que la responsabilité du mineur peut être engagée concurremment avec celle de ses père et mère, dès lors que les conditions propres à chacune d'elles sont réunies. Au contraire, la responsabilité du commettant du fait du préposé se présente plutôt comme une responsabilité d'emprunt.

369. L'article 1384 alinéa 5 du Code civil dispose que sont responsables « les maîtres et les commettants du dommage causés par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Les conditions de la mise en oeuvre de cette responsabilité sont les suivantes : d'abord, l'existence d'un lien de préposition, entendu comme un lien de subordination<sup>2</sup> ; ensuite, un fait illicite du préposé, c'est-à-dire un fait de nature à engager sa propre responsabilité<sup>3</sup> ; enfin, un certain rattachement du fait du préposé à l'exercice de ses fonctions. Cette dernière condition a fait l'objet de très nombreux arrêts dont il résulte aujourd'hui assez clairement que, pour s'exonérer de sa responsabilité, le commettant doit démontrer que son préposé a agi en dehors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. L'ensemble de ces éléments permettent déjà de constater que la responsabilité du commettant n'est rien d'autre que la responsabilité du préposé lui-même, qui s'étend à celui-ci en raison du lien particulier qui les unit. Mais, en outre, la jurisprudence récente vient de franchir un pas supplémentaire, et même décisif, dans le sens d'une substitution pure et simple de la responsabilité du commettant à celle du préposé : en effet, par un arrêt du 25 février 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a décidé que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »<sup>4</sup>. Autrement dit, seul ce dernier doit

---

<sup>1</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 19 février 1997 : JCP 1997.II.22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY. Cf aussi, pour la responsabilité générale du fait d'autrui, mise en évidence en 1991 par l'arrêt BLIECK, Crim. 26 mars 1997 (3 arrêts) : (1<sup>er</sup> arrêt) JCP 1998.II.10015, note M. HUYETTE ; (2<sup>e</sup> arrêt) JCP 1997.II.22868, rapp. F. DESPORTES ; (3<sup>e</sup> arrêt) D. 1997.496, note P. JOURDAIN (« les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, du code civil ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute »).

<sup>2</sup> Ce lien de subordination peut résulter d'un contrat de travail, éventuellement d'un contrat d'entreprise si le maître de l'ouvrage se réserve la direction effective et la surveillance du travail (Req., 15 juillet 1930 : S. 1931.I.225), d'un service particulier rendu en raison d'un lien de famille, de concubinage, d'amitié ou de complaisance occasionnelle.

<sup>3</sup> La responsabilité du commettant peut être engagée aussi bien du fait du préposé fautif, que du fait du préposé dément ou du fait du préposé gardien de la chose source du dommage.

<sup>4</sup> Ass. plén., 25 février 2000 : D. 2000.673, note Ph. BRUN.

supporter les conséquences juridiques des délits commis par le premier dans les limites de ses fonctions.

Le fondement de cette “substitution” nous paraît être, une fois encore, cette idée d’instrumentalisation : en effet, si le préposé est quelqu’un qui obéit au commettant (lien de préposition), et si l’acte qu’il a accompli entre dans la limite des missions qu’il a reçues de lui (fonctions, autorisation, finalités), on peut alors estimer qu’il avait nécessairement perdu une grande partie de son autonomie dans la réalisation de cet acte, et qu’il était devenu, dans une certaine mesure, un simple instrument au service de l’intérêt de son commettant. Dès lors, si la cause objective du dommage, c’est bien l’acte du préposé, sa cause subjective, c’est l’intérêt du commettant, car le préposé a agi pour le compte de celui-ci. Il paraît donc logique de rattacher au commettant l’acte matériel accompli par le préposé.

370. Cette analyse n’est pas totalement nouvelle : déjà, en 1935, un auteur<sup>1</sup> avait tenté d’expliquer cette règle originale par la notion de représentation. Même si, au sens strictement juridique, ce mécanisme n’est pas applicable aux faits juridiques, il faut reconnaître qu’il y a bien une sorte de représentation, au sens large, du commettant par son préposé. D’une part, comme nous l’avons démontré, ce dernier accomplit un acte matériel dans des conditions telles que l’on peut dire qu’il a agi pour le compte du commettant. D’autre part, le commettant n’est pas engagé pour une faute personnelle, prouvée ou supposée, dans la surveillance du préposé, mais pour des faits imputables à celui-ci. D’ailleurs, le commettant ne peut pas s’exonérer en invoquant la force majeure ou la faute de la victime, sauf en ce que celle-ci pourrait jouer sur la responsabilité du préposé lui-même. Par conséquent, si ce dernier répond aux conditions ordinaires de sa propre responsabilité, celle du commettant est automatique puisqu’il se substitue à lui pour l’attribution des conséquences juridiques qui en résultent. Le préposé, en agissant pour le compte de son commettant, mais nécessairement en son nom propre (puisque la représentation est impossible pour les délits), est devenu une personne juridiquement interposée.

---

<sup>1</sup> Edmond BERTRAND, « Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l’idée de représentation dans l’article 1384 § 5 nouveau du Code civil », thèse Aix, 1935.



### C. L'interposition matérielle en matière administrative

371. Le droit administratif connaît depuis longtemps la substitution pure et simple de la responsabilité de l'État à celle de ses agents et fonctionnaires lorsque ceux-ci agissent dans un certain cadre qui traduit le lien d'instrumentalisation caractéristique de l'interposition de personne<sup>1</sup>. En effet, depuis le célèbre arrêt PELLETIER, rendu par le Tribunal des conflits le 30 juillet 1873<sup>2</sup>, il est admis que l'État est seul responsable des fautes commises par les agents publics lorsqu'elles constituent des fautes de service. Au contraire, les fautes personnelles de l'agent engage sa propre responsabilité. Pour établir la distinction entre ces deux types de faute, il est généralement fait appel à une citation de LAFERRIÈRE : il y a faute de service lorsque « l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur ... plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences ». On dit également que la faute de service est « imputable à la fonction » et non au fonctionnaire. Au contraire, la faute personnelle est une faute « détachable de la fonction », c'est-à-dire finalement une faute commise par le fonctionnaire lorsqu'il cesse d'être un instrument au service exclusif de l'État. La première engage la responsabilité de l'État ; la seconde, celle de l'agent public.

Même si la complexité de l'action administrative a permis de mettre en évidence des situations intermédiaires dans lesquelles la faute, bien que détachable de l'exercice des fonctions proprement dites, n'en est pas moins commise à l'occasion du service ou « n'est pas dépourvue de tout lien avec le service », de sorte que la jurisprudence a admis un cumul de responsabilité de l'État et de l'agent<sup>3</sup>, l'idée centrale reste que l'État est responsable des actes commis par son agent chaque fois que ce dernier peut être considéré comme un instrument à son service. Pourtant, le fonctionnaire qui agit pour le compte de l'État et qui commet, à cette occasion, une faute de service ne peut pas avoir représenté l'État, au sens juridique du terme, dans l'accomplissement de cette faute : il aura donc agi en son nom propre. L'agent public est donc une personne nécessairement

---

<sup>1</sup> René CHAPUS, « Droit administratif général », tome 1, Domat Droit public, Montchrestien, 13<sup>e</sup> édition, 1999, n° 1523, p. 1329 - Jean-François LACHAUME, « Droit administratif », *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 1995, p. 488.

<sup>2</sup> T.C., 30 juillet 1873 : Rec. Lebon 1<sup>er</sup> suppl 117, concl. DAVID ; D. 1874.3.5.

<sup>3</sup> Arrêts LEMONNIER (CE, 26 juillet 1918 : Rec. Lebon 761, concl. BLUM ; S. 1918-1919.3.41, note HAURIUO ; D. 1918.3.9) et SADOUDI (CE, A., 26 octobre 1973 : Rec. Lebon 603 ; D. 1974.255, note J.-M. AUBY).

interposée entre l'État et les administrés, qui engage celui-ci vis-à-vis de ceux-là aussi bien par les divers actes juridiques qu'il accepte ou décide dans le cadre de ses pouvoirs, que par les actes matériels fautifs qu'il réalise dans le cadre de cette instrumentalisation.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

372. Nous avons donné une définition précise à l'interposition de personne, et nous avons mis en évidence son fondement juridique basé sur l'étude du droit positif, son fondement doctrinal par une synthèse des différentes définitions proposées, son fondement logique par le recours à des démonstrations rigoureuses destinées à rechercher des critères de reconnaissance, et son fondement scientifique par la mise en évidence d'une problématique commune. Nous avons, en outre, réussi à démontrer son autonomie. Mais, nous avons aussi dressé une liste (non exhaustive) de nombreuses applications, qui répondent à cette définition, et dont le régime traduit toujours une certaine mise en cause directe du maître de l'affaire, par dérogation aux différents principes d'autonomie des personnes, d'indépendance, et d'effets relatifs des contrats, qui gouvernent notre droit positif. La démonstration de l'unité de ce concept ne sera cependant parfaitement réussie qu'à la condition de constater une unité de régime juridique correspondant à cette unité de définition. Or, cette constatation est impossible, car (nous l'avons déjà observé) les régimes juridiques sont multiples : dans ce cas, peut-on parler d'une véritable qualification juridique ?

D'abord, pour l'application des textes ponctuels qui contiennent une référence explicite à cette notion, il s'agit bien d'une qualification unique : ainsi, l'interdiction,

prévue par l'article 1596 du Code civil, pour le mandataire de se porter acquéreur, directement ou par personne interposée, du bien qu'il est chargé de vendre, ne souffre pas de distinctions en fonction de la technique précise utilisée. Que, pour contourner cette interdiction, le mandataire fasse appel à un prête-nom fictif ou réel, à une société-écran ou une société fictive, à un professionnel ayant la qualité de commissionnaire, à une personne qui s'engage à utiliser à son profit une clause de substitution ou une clause de réserve de command que ce mandataire aura subtilement introduit dans le contrat de vente, ou à un banquier qui lui avance les fonds et accepte de devenir propriétaire fiduciaire (à titre de sûreté, par exemple), cela ne doit rien changer à la mise en oeuvre de ce texte. En outre, même au-delà du champ d'application de ces textes contenant une référence à l'interposition de personne, les différents régimes juridiques correspondant à ces multiples techniques possèdent un certain nombre de points communs incontestables, qui nous permettent de croire en la possibilité de construire une théorie générale de l'interposition de personne.

**DEUXIÈME PARTIE :**

**LA TENTATIVE D'UNIFICATION DU RÉGIME**



373. Il résulte de l'étude des différentes formes d'interposition de personne à laquelle nous avons procédé qu'il existe, en réalité, sur le plan de l'analyse juridique, trois qualifications principales, avec des variantes pour chacune d'elles. La première est la qualification d'interposition fictive, qui conduit à l'application de la théorie de la simulation. Elle se rencontre, en principe, lorsque les conditions de la représentation et de la simulation sont cumulativement remplies. C'est le cas face à un prête-nom fictif, face à un gérant d'affaires agissant *proprio nomine*, et dont la gestion est déclarée utile<sup>1</sup> ou dont l'acte est ratifié par le géré, ou encore face à une société-écran (ou une société fictive, pour la période qui précède la déclaration de fictivité) que son représentant légal utilise dans l'intérêt d'un tiers dont il a secrètement reçu mandat. Cependant, dans le cas de la société interposée qui est utilisée dans l'intérêt personnel de son représentant légal, la théorie de la simulation s'applique, mais sans le mécanisme de la représentation<sup>2</sup> : c'est une hypothèse d'interposition fictive particulière.

La seconde catégorie est celle de l'interposition réelle, qui se caractérise, en principe, par une absence de représentation et de simulation : elle concerne le prête-nom réel<sup>3</sup>, l'interposé fiduciaire et l'interposé qui accomplit des actes matériels volontaires. Quant au commissionnaire, il est un interposé réel particulier, car cette qualification ne vise que les effets personnels des opérations qu'il accomplit pour le compte du commettant : au contraire, pour les effets réels, il est un représentant (sans simulation), car le droit de propriété passe directement du tiers au commettant ou du commettant au tiers.

Enfin, la dernière qualification est celle de l'interposition de personne mixte, qui se caractérise par une incertitude, de source légale ou conventionnelle, sur la représentation, mais une incertitude volontaire, et admise par le tiers cocontractant, de sorte que la théorie de la simulation est, en principe, exclue, sauf dans l'hypothèse d'une déclaration tardive. Cette qualification vise la clause de réserve de command, et d'une manière générale, toutes les clauses de substitution. Elle vise également, bien que

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1999 : pourvoi n° 98-11.742.

<sup>2</sup> En effet, le représentant légal a l'apparence d'un représentant ; donc, il n'y a simulation que si la réalité juridique est précisément l'absence de représentation.

<sup>3</sup> Dans le cas du prête-nom réel, il y a simulation, au sens technique, c'est-à-dire intention de tromper, mais pas simulation, au sens juridique, c'est-à-dire contradiction entre la réalité et l'apparence juridique.

l'incertitude ne résulte pas alors d'une clause explicite admise par le tiers cocontractant, toutes les hypothèses d'interposition dite "représentative", c'est-à-dire le cas du mandataire qui tait le nom de son mandant, et du représentant qui ne désigne pas, dans l'acte, le nom du représenté.

Dès lors, face à une telle pléthore de qualifications juridiques différentes, il semble difficile *a priori* de parler du régime de l'interposition de personne. Pourtant, nous en prenons le risque, car force est de constater que, derrière cette diversité, on retrouve toujours les mêmes fondements juridiques (Titre premier), dont seule la combinaison semble finalement varier d'une catégorie à l'autre, et dont les résultats concrets, à défaut d'être parfaitement identiques, nous paraissent, pour le moins, convergents (Titre deuxième). Aussi, il nous semble que la diversité des qualifications juridiques n'est pas forcément un obstacle à une analyse systématique de l'interposition de personne.



**TITRE PREMIER :**

**DES FONDEMENTS JURIDIQUES COMMUNS**



374. Nous savons que l'interposition de personne se caractérise par la réunion de deux éléments essentiels : un remplacement et une dissimulation. Aussi n'est-il pas étonnant que toutes les formes d'interposition de personne aient été confrontées à ces deux mécanismes fondamentaux de remplacement et de dissimulation que constituent la représentation et la simulation. En effet, le mode normal d'intervention d'une personne qui agit pour le compte d'autrui est de recourir à la représentation, puisqu'elle n'a *a priori* aucun intérêt à supporter personnellement les conséquences d'un acte qui ne la concerne pas directement. De même, la motivation évidente de celui qui demande à un intermédiaire d'agir pour lui, mais en son nom propre, est de tromper les tiers en leur dissimulant sa participation personnelle à l'opération, mensonge caractéristique de la simulation. Et, de fait, l'analyse juridique à laquelle nous avons procédé, pour chacune des principales formes d'interposition de personne, à partir du régime que le droit positif lui a réservé, nous a conduit, à de multiples reprises, à retenir des qualifications centrées essentiellement autour de ces deux mécanismes.

Pourtant, un simple rappel des conditions habituelles de leur mise en oeuvre devrait suffire à provoquer un doute accablant sur leur compatibilité avec la technique de l'interposition de personne : la représentation n'exige-t-elle pas que le représentant agisse au nom du représenté, et la simulation que deux conventions, l'une ostensible, et l'autre occulte (la contre-lettre), soient établies entre les mêmes parties, dont la seconde est destinée à modifier ou annuler les stipulations de la première ? Or, la personne interposée agit nécessairement en son nom propre, et soit de sa propre initiative, soit en vertu d'un mandat (qui n'est d'ailleurs même pas toujours secret) conclu avec le maître de l'affaire, et non pas avec le tiers cocontractant ! Comme nous l'avons expliqué, au début de notre étude, c'est la qualification juridique de mandat sans représentation et sans simulation (puisque la réalité devient alors conforme à l'apparence) qui semblait s'imposer *a priori* en matière d'interposition de personne. Mais depuis, nous avons amplement réussi à démontrer son inadéquation. Or, toute notre démonstration serait vaine s'il apparaissait que ces deux mécanismes étaient réellement incompatibles avec la technique de l'interposition de personne. Il est donc indispensable de reprendre, en détail, l'analyse des conditions précises de la représentation (Chapitre premier), puis de

la simulation (Chapitre deuxième), afin d'en démontrer définitivement la compatibilité avec la technique de l'interposition de personne.

## **CHAPITRE PREMIER :**

### **LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION**

375. Le mécanisme de la représentation s'est construit très lentement, par étapes successives, au cours d'une longue période qui s'étend de la fin de l'Empire romain jusqu'à nos jours<sup>1</sup>. En effet, son développement s'est toujours heurté à l'hégémonie de certains principes fondamentaux qui ont gouverné nos systèmes juridiques au cours des siècles : ainsi, en droit romain primitif, le formalisme et le caractère personnel des obligations s'opposaient à l'admission de la représentation, puisque seule la personne présente lors de l'établissement du lien de droit et ayant accompli les formalités requises

---

<sup>1</sup> Pour l'historique de la représentation : Michel STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., 1982, n° 91, p. 71 - René de QUENAUDON, « Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale », thèse Strasbourg, 1979, n° 8, p. 25.

pour la validité de l'acte pouvait être engagée par celui-ci. Aujourd'hui encore, les principes d'individualisme et d'autonomie de la volonté commandent que chacun ne puisse engager que lui-même par l'effet de sa propre volonté : ainsi, l'article 1134 du Code civil, qui pose le principe de la force obligatoire des contrats à l'encontre des parties contractantes, ne devrait pas permettre que l'auteur d'une manifestation de volonté créatrice d'un lien de droit puisse être totalement dégagé des effets juridiques qui en résultent ; et l'article 1165, qui pose le principe de l'effet relatif des conventions à l'égard des tiers, devrait empêcher que ces conséquences juridiques soit établies sur la tête d'une personne qui n'a pas elle-même participé à la conclusion de cet acte. Malgré ces obstacles, le mécanisme de la représentation a réussi à s'imposer dans notre droit positif, marquant ainsi, dès l'origine, les limites que les rédacteurs du Code civil eux-mêmes attachaient à ces deux articles<sup>1</sup>.

376. On comprend alors aisément l'intérêt de pouvoir appliquer ce mécanisme à la technique de l'interposition de personne, puisque celle-ci se caractérise précisément par la même contradiction à l'égard des deux articles précités : l'ensemble des solutions légales ou jurisprudentielles applicables à l'interposition de personne tendent à faire produire à l'acte ses conséquences dans le patrimoine d'une personne autre que celle qui est l'auteur de la manifestation de volonté. Or, dans notre droit positif, la représentation constitue le seul mécanisme général permettant une substitution de même nature que celle que nous avons observée en matière d'interposition de personne. En effet, le représentant ne joue son rôle d'intermédiaire que pour la conclusion du contrat. Il est ensuite, selon l'expression parfois employée, totalement "transparent" et n'intervient plus pour l'exécution de celui-ci, car il n'est pas lié par l'acte dont il est pourtant l'auteur matériel.

L'interposition de personne présente des similitudes évidentes avec la représentation. Elles sont toutes les deux des méthodes de remplacement : en effet, la personne interposée, comme le représentant, agit pour le compte d'une autre personne, qui est le véritable maître de l'affaire. Néanmoins, si le représentant agit pour le compte du représenté, il le fait nécessairement, selon la définition habituelle de ce mécanisme,

---

<sup>1</sup> Au point qu'une partie de la doctrine a cru pouvoir dénier, purement et simplement, à l'effet relatif des contrats sa qualité de principe : cf notamment, René SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934.525.

« au nom de » ce dernier, tandis que la personne interposée doit obligatoirement agir « en son nom propre ». Cette différence rend-elle alors véritablement incompatibles les deux mécanismes ? Il le semble bien au vu de leurs définitions respectives. Mais, en réalité, nous devons observer que la représentation est une notion qui ne fait pas partie du donné juridique. Le Code civil ne contient aucune disposition générale quant au sens, au contenu et à la portée de ce concept : il en consacre seulement certaines applications particulières, notamment la représentation conventionnelle résultant du mandat et les diverses représentations légales. Finalement, la représentation est « un concept induit », non créé de toute pièce par la doctrine, mais construit « sur les applications qu'en a faites le droit positif »<sup>1</sup>. Dès lors, les conditions habituelles que la doctrine énumère pour sa mise en oeuvre ne sont que celles qu'elle a elle-même posées. Il convient donc, avant de se résigner à la conclusion à laquelle nous avons abouti, d'en vérifier le bien-fondé. Pour mener à bien cette analyse, nous nous proposons de procéder d'abord à une recherche des fondements théoriques de la substitution qui caractérise la représentation afin de vérifier ensuite si elle ne peut pas être étendue à l'hypothèse de l'interposition de personne. C'est donc uniquement par l'explication théorique de la représentation (Section 1) que nous pourrions justifier l'analyse pratique de ce mécanisme et déterminer les conditions concrètes de sa mise en oeuvre (Section 2).

---

<sup>1</sup> M. STORCK, *op. cit.*, note 14, p. 10.





## SECTION 1 : L'EXPLICATION THÉORIQUE DU MÉCANISME

### DE LA REPRÉSENTATION

377. Si le mécanisme de la représentation, après une lente évolution, avait à peu près réussi à s'imposer dans sa forme la plus achevée à partir du XIV<sup>e</sup> siècle et fut repris, par le biais de ses principales applications, dans le Code civil, son fondement théorique a été source d'interrogations et de controverses tout au long des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, et le débat n'est actuellement pas encore totalement clos. Les tentatives d'explication ont été très nombreuses, mais pas toujours convaincantes. En effet, l'originalité de la représentation repose sur cette double constatation : sa mise en place conduit, d'une part, à faire produire à l'acte juridique réalisé par le représentant ses effets directement sur la tête du représenté, qui n'a pourtant pas participé personnellement à sa conclusion, et d'autre part, à affranchir le représentant de tout lien de droit avec le tiers cocontractant, une fois l'acte accompli. Or, ces conséquences s'opposent aux règles ordinaires du droit civil. Il était donc important, aux yeux de la doctrine, de rechercher les fondements théoriques de cette substitution, d'expliquer cette « monstruosité logique ». C'est pourquoi, la représentation a fait l'objet de nombreuses analyses doctrinales qu'il ne nous paraît pas inutile de présenter rapidement afin de

justifier l'explication que nous retiendrons finalement de ce mécanisme. En effet, c'est en nous appuyant sur une présentation critique de ces différentes théories que nous nous efforcerons de démontrer, d'une part, que la représentation est une véritable exception à l'autonomie de la volonté (§ 1), et d'autre part, qu'elle résulte de l'exercice d'un pouvoir nécessairement autonome (§ 2).

## **§ 1 : La représentation, véritable exception**

### **à l'autonomie de la volonté**

378. Les auteurs les plus anciens n'admettaient pas, dans leur for intérieur, la remise en cause de l'autonomie de la volonté. Ils ont alors tenté d'élaborer des théories qui englobaient la représentation dans le cadre de ce principe, quitte, pour cela, à en réduire la portée ou à minimiser le rôle du représentant. Ainsi, l'un d'eux annonçait, non sans une certaine fierté : « Pour nous, la théorie de la représentation repose sur l'application la plus large et la plus éclairée du principe de l'autonomie de la volonté »<sup>1</sup>. Cependant, la pertinence des critiques adressées à ces théories incita une partie de la doctrine à émettre, au contraire, l'idée d'une possible dissociation entre la volonté et l'effet juridique créé. Certes, la force obligatoire des contrats et leur effet relatif sont énoncés très clairement par les dispositions du Code civil ; mais, dans la mesure où ils tirent leur valeur d'une règle de droit, pourquoi le législateur ne pourrait-il pas décider, pour satisfaire tel ou tel impératif, d'élargir le cercle des personnes susceptibles, par leur volonté, d'engager un patrimoine ? Seule une conception purement subjectiviste, voire naturaliste, du droit pourrait s'y opposer, en considérant l'autonomie de la volonté

---

<sup>1</sup> Dan CORBESCO, « De la représentation dans les actes juridiques », thèse Paris, 1912, n° 89, p. 77.

comme un principe d'essence supérieure qui devrait être strictement respecté par tous, y compris par le législateur lui-même. En réalité, l'analyse des différentes propositions doctrinales fondées sur l'application du principe d'autonomie de la volonté nous permettra de constater l'incompatibilité de la représentation avec ce principe (A). Il faut donc se résoudre à admettre l'idée que la volonté d'une personne puisse créer un lien de droit sur la tête d'une autre, c'est-à-dire à reconnaître une sorte d'« hétéronomie de la volonté » (B).

### **A. L'incompatibilité de la représentation avec le principe d'autonomie de la volonté**

379. Tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup>, les auteurs ont cherché à expliquer la représentation de différentes manières, mais toujours dans le souci de la concilier avec le principe de l'autonomie de la volonté. Ils refusaient d'y voir une exception à ce principe. Au contraire, ce mécanisme n'en constituait pour eux qu'une application nouvelle. Ce point étant alors posé en postulat, leur raisonnement devait nécessairement les amener à désigner le représenté comme l'auteur de l'acte. En effet, il résulte de l'autonomie de la volonté que les conventions n'ont d'effets qu'à l'égard des parties contractantes et n'en produisent point à l'égard des tiers. Or, comme dans l'hypothèse de la représentation, seul le représenté est lié par l'acte, il faut en déduire sa qualité de partie contractante, c'est-à-dire d'auteur de la manifestation de volonté qui est à l'origine de l'acte. Plusieurs théories ont été émises en ce sens.

Nous pouvons d'abord rejeter la théorie la plus ancienne qui consistait à prendre à la lettre cette conclusion en considérant que le représentant se contente de transmettre la volonté du représenté, comme un simple messenger ou un "porte-voix"<sup>1</sup> : en effet, une telle limitation du rôle du représentant n'est pas conforme à la réalité, puisque celui-ci dispose toujours, au moment de la conclusion du contrat, d'une certaine marge de manoeuvre, plus ou moins importante, qui l'oblige à réaliser des choix personnels<sup>2</sup>. Une

---

<sup>1</sup> « Ces conventions peuvent être passées ou en présence des parties ou en leur absence, et dans ce dernier cas, l'affaire peut se conclure aussi bien par une lettre que par un messenger, qui doit être assimilé à une lettre vivante [sic] » (Friederich-Carl Von SAVIGNY, « Le droit des obligations », tome II, traduit par C. GÉRARDIN et P. JOZON, 1863, § 57, p. 192).

<sup>2</sup> Même dans le cadre du mandat le plus impératif et le plus précis qui soit, le mandataire dispose, au moins, de l'alternative suivante : conclure ou ne pas conclure l'opération.

autre thèse, qui se voulait plus réaliste, consistait à considérer la représentation comme le fruit d'une collaboration, se traduisant alors par une sorte de « division psychologique de la volonté »<sup>1</sup> : en effet, l'acte juridique résulterait de la volonté réunie du représenté et du représentant, le premier fixant les limites, les grandes lignes et les objectifs, et le second prenant la décision définitive<sup>2</sup>. En introduisant la volonté du représenté dans la formation du contrat, cette théorie permettait, sans doute, de faire de celui-ci une partie contractante et de justifier alors son engagement ; mais, elle n'explique pas pourquoi le représentant, qui a également participé à la conclusion de l'acte, n'est pas lié par lui. En outre, aucune de ces deux théories ne permet de justifier la représentation légale ou la gestion d'affaires, puisqu'il est évident que la volonté du représenté ne peut jouer aucun rôle dans la conclusion de l'acte lorsque celui-ci est hors d'état de manifester une volonté juridiquement efficace ou ignore la gestion de ses affaires par un tiers.

380. C'est alors par une répartition des tâches plus subtile qu'un auteur a tenté d'expliquer le mécanisme de la représentation<sup>3</sup>. En effet, il proposait de distinguer dans l'acte juridique deux éléments différents : « un élément objectif : accord des parties pour la détermination du contenu des droits et obligations qui vont naître, et un élément subjectif : accord des parties pour faire naître les droits et obligations dont le contenu est déterminé, dans leurs patrimoines respectifs ». Sa théorie consistait donc à faire du représentant une sorte de négociateur qui se met en rapport avec le tiers et qui modèle le contenu de l'obligation, tandis qu'il appartiendrait au représenté (ou à la loi, dans certains cas) de rendre parfaite cette obligation en la faisant entrer dans son patrimoine (par un mandat ou une ratification)<sup>4</sup>. Le principe d'autonomie de la volonté se trouvait donc sauvegardé dans la mesure où il ne vise, selon cet auteur, que la création du lien de droit, et non la détermination du contenu de l'obligation.

---

<sup>1</sup> Maurice BOYER, « Essai sur la représentation dans les actes juridiques », thèse Toulouse, 1898, p. 38.

<sup>2</sup> Dan CORBESCO, « De la représentation dans les actes juridiques », thèse Paris, 1912, n° 89, p. 77 - MITTEIS, « Die Lehre von der Stellvertretung », 1885, § 13, p. 109 (cité par Eustache PILON, « Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations », thèse Caen, 1897, p. 38).

<sup>3</sup> Jean CLARISSE, « De la représentation. Son rôle dans la Création des Obligations », thèse Lille, 1949.

<sup>4</sup> La représentation serait donc « le fait, pour une personne, dénommée représentant, de délimiter le contenu d'une obligation dont les effets se produiront dans le patrimoine d'une autre personne, dénommée représenté, en raison d'une habilitation conférée par la volonté du représenté ou par la loi » (J. CLARISSE, *op. cit.*, § 89, p. 178).

Cette conception, apparemment séduisante, n'était pas davantage conforme à la réalité : tout d'abord, il est inexact d'affirmer que le représenté ne participe pas à la détermination du contenu de l'obligation, puisqu'il fixe les limites et les objectifs de la mission du représentant, et parfois même, de manière très précise et impérative. Ensuite, il nous semble que, contrairement à ce que prétend cet auteur, le principe d'autonomie de la volonté n'est pas compatible avec « le fait d'abandonner à des volontés étrangères [...] la possibilité de déterminer l'étendue de la prestation ». En effet, on ne peut pas vouloir une obligation dont les termes ne sont pas définis par avance. On ne peut pas, sans se contredire, proclamer l'indépendance totale des volontés et admettre une telle aliénation de la volonté de l'un à la volonté de l'autre<sup>1</sup>. Par conséquent, la volonté du représenté, si elle abandonne au représentant le soin de déterminer, même partiellement, le contenu de l'obligation, n'est plus une volonté autonome, une volonté qui se donne sa propre loi.

Mais surtout, il est important de relever que le représentant ne se contente pas d'une détermination abstraite de l'obligation : il doit donner son propre consentement pour que cette pure abstraction devienne une obligation juridique. Cette affirmation se vérifie aisément dans les cas de représentation légale : en effet, si le tuteur délimite le contenu de l'obligation, ce ne peut pas être l'incapable qui lui fait ensuite produire ses effets obligatoires dans son patrimoine. Est-ce donc la loi elle-même ? Cela signifierait alors qu'il suffit que le tuteur conçoive intellectuellement la création d'une obligation (et éventuellement qu'il se mette à penser à haute voix) pour que celle-ci prenne aussitôt effet juridiquement et entre automatiquement dans le patrimoine de l'incapable. En réalité, c'est bien le représentant, qui doit d'abord négocier le contenu de l'obligation, et qui conserve ensuite le choix d'accepter ou de repousser le projet qui a résulté de cette négociation. Il en va de même en cas de représentation conventionnelle. On doit donc reconnaître que le représenté est engagé par l'effet de la volonté du représentant.

---

<sup>1</sup> Le principe d'autonomie de la volonté consacre une sorte de souveraineté que chaque individu possède dans la gestion de ses propres affaires. Or, comme l'affirmait ROUSSEAU en matière politique : « Le souverain peut bien dire : Je veux actuellement ce que veut un tel homme ou du moins ce qu'il dit vouloir ; mais, il ne peut pas dire : Ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore ; puisqu'*il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir* » (Jean-Jacques ROUSSEAU, « Du contrat social », Livre II, chapitre premier : « Que la souveraineté est inaliénable »).

381. Cette conclusion était admise, depuis fort longtemps, par la doctrine qui, ne pouvant se résoudre à abandonner le principe d'autonomie de la volonté, a eu souvent recours, par réflexe, à la notion de fiction juridique, s'appuyant en cela sur l'autorité de son illustre aîné, POTHIER<sup>1</sup>. En effet, ces auteurs admettent que c'est bien la volonté du représentant qui est réellement à l'origine de la formation du contrat, mais ils estiment que la représentation consiste à faire *comme si* la volonté émise par le représentant était celle du représenté<sup>2</sup>. « *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum* »<sup>3</sup> : quiconque agit par l'intermédiaire d'autrui doit être considéré comme s'il avait agi lui-même. Comment pourrait-on alors ne pas observer que cette théorie, si elle était admise, pourrait être parfaitement transposée à la technique de l'interposition de personne, puisque le maître de l'affaire, comme le représenté, agit par l'intermédiaire d'autrui ?

Cependant, cette explication n'est pas entièrement satisfaisante. D'abord, en raison de son caractère inutilement artificiel<sup>4</sup>, puisqu'elle consiste à nier délibérément une réalité matérielle dans le seul but de préserver le caractère absolu d'un principe : c'est la politique dite « de l'autruche ». Ensuite, parce qu'elle ne permet toujours pas d'expliquer la représentation d'un incapable. En effet, dire qu'il faut fictivement considérer la volonté du représentant comme étant celle du représenté afin de pouvoir lui conférer la qualité de partie contractante implique que ce dernier soit capable de contracter. Grâce à la fiction, c'est la personnalité du représenté qui apparaît sur la scène juridique à la place de celle du véritable auteur (matériel) de l'acte, le représentant. Or, si celui-ci est un incapable, l'acte devrait être nul. Cette conclusion conduirait alors à rendre impossible la représentation d'un incapable. Le représenté n'est donc pas engagé par la volonté du représentant au motif qu'elle doit être artificiellement assimilée à sa

---

<sup>1</sup> POTHIER, in «Oeuvres de Pothier » par BUGNET, tome V, 1847, n° 87, p. 207. Cf également : Maurice BOYER, « Essai sur la représentation dans les actes juridiques », thèse Toulouse, 1898, p. 4 - Pierre BOUQUIER, « Étude générale de la représentation dans les actes juridiques », thèse Montpellier, 1899, p. 22 - LABBÉ, « Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires », Paris, 1856, p. 11 - Eugène MAGNIN, « De la représentation », thèse Paris, 1899, p. 6 - TELEMANN, « De la représentation en matière réelle et personnelle en droit romain », thèse Paris, 1900, p. 1 - Raymond Théodore TROPLONG, « Le droit civil expliqué. Du mandat », tome XVI, 1846, n° 595, p. 565.

<sup>2</sup> Ils attribuaient à la représentation son sens étymologique : représenter (*repraesentare*), c'est rendre présent ... juridiquement celui qui, par définition, se trouve en réalité absent. Or, « supposer étranger à l'acte celui qui le fait, et présent celui qui ne l'est pas, c'est une fiction » (LABBÉ, *op. cit.*, p. 11).

<sup>3</sup> Droit canonique : Can., 71, « De reg. jur. », in VI (5,12), cité par Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom. Mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898, n° 76, p. 165.

<sup>4</sup> M. STORCK, *op. cit.*, n° 115, p. 85. Cf également Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », *Archive de philosophie du droit*, tome XX, 1975, n° 10, p. 280.

propre volonté, mais tout simplement au motif que cette volonté étrangère est, par elle-même, suffisamment efficace pour l'engager juridiquement.

382. Une dernière théorie doit être présentée<sup>1</sup> qui, sous couvert de « se détourner franchement » de la conception subjectiviste de l'obligation et du caractère dogmatique qu'elle attribue à l'autonomie de la volonté, n'en constitue qu'une nouvelle application indirecte, puisqu'elle qualifie le mécanisme de la représentation de simple modalité<sup>2</sup>, afin de lui dénier sa qualité évidente d'exception pure et simple au principe d'autonomie de la volonté. En effet, la modalité est définie comme une modification apportée par les parties aux conséquences naturelles d'un acte juridique<sup>3</sup> : dès lors, puisque nous savons que la conséquence normale d'un acte est de ne lier que les parties contractantes et que la représentation produit précisément un effet différent, comment ne pas voir dans ce résultat anormal la conséquence de la modalité "représentation" ? Si l'acte produit ses effets juridiques dans le patrimoine du représenté, c'est parce que les parties l'ont voulu ainsi en modifiant l'effet naturel de cet acte par le recours à une modalité. D'ailleurs, pour être complet, l'auteur ajoute que, lorsque la modalité est due à la loi (hypothèse de la représentation légale), elle « repose sur la volonté présumée des parties »<sup>4</sup>.

Malgré les dénégations de son auteur, cette thèse reste largement inspirée par la conception subjectiviste du droit (voire par une conception naturaliste<sup>5</sup>) : en effet, la représentation étant une modalité, elle trouve son fondement dans la volonté des parties. Il est vrai que cet auteur ne précise pas de quelles parties il s'agit. Mais, si l'on suppose

---

<sup>1</sup> René POPESCO-RAMNICEANO, « De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé », thèse Paris, 1927, p. 204. Cette théorie constitue, pour cet auteur, la « vérité », qui « vaut aussi bien pour la France que pour l'Allemagne, aussi bien pour la Suisse que pour l'Angleterre » (p. 687), à laquelle « il faut sans hésiter souscrire » (p. 219), et qui nous a été révélée par « notre vénéré maître, M. LÉVY-ULLMANN » (LÉVY-ULLMANN, « La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques » in « Acta Academiae universalis jurisprudentiae comparativae », tome 1, La Haye, 1927). Pour notre part, nous ne partagerons pas l'enthousiasme de cet auteur.

<sup>2</sup> « La représentation est la modalité en vertu de laquelle les effets d'un acte accompli par une personne (dite : le représentant) pour le compte d'une autre (dite : le représenté) se produisent directement et immédiatement sur la tête du représenté » (LÉVY-ULLMANN, *op. cit.*, p. 342).

<sup>3</sup> Cf également, sur la notion de modalité, la thèse de M. OSIAS qui a tenté de montrer que les modalités sont en nombre indéfini, notamment le terme et la condition, mais aussi l'abstraction (objet de sa thèse) et la représentation : OSIAS (sous la direction de LÉVY-ULLMANN), « L'acte abstrait en droit comparé », thèse Paris, 1924, p. 23.

<sup>4</sup> R. POPESCO-RAMNICEANO, *op. cit.*, p. 218.

<sup>5</sup> Seule une conception naturaliste peut permettre de parler des conséquences "naturelles" d'un acte. Dans la conception objectiviste, il existe seulement des règles "supplétives", auxquelles les parties peuvent éventuellement déroger.



qu'il s'agit seulement des deux parties au contrat principal, c'est-à-dire le représentant et le tiers cocontractant, trois difficultés surgissent : d'abord, en cas de représentation légale, pourquoi faire appel à la volonté « présumée » des parties puisque le représentant et le tiers ne sont pas incapables ; ensuite, si la représentation est une modalité résultant de la seule volonté des parties contractantes, « il suffirait, pour que le représenté soit lié, qu'un sujet de droit, déclarant agir au nom d'autrui, s'entende avec un tiers »<sup>1</sup> ; enfin, dans une telle optique, cette théorie n'expliquerait toujours pas comment il est possible que le représenté soit engagé sans que sa volonté ait participé à la formation de l'acte ou à l'introduction de la modalité "représentation".

Il est donc fort probable que l'auteur a voulu inclure le représenté parmi les « parties » dont la volonté (réelle ou présumée) est nécessaire à la mise en place de la modalité "représentation". Il nous semble alors que cette conception est en contradiction avec l'idée même de modalité. C'est là, en effet, le principal reproche que l'on peut adresser à cette théorie : une modalité ne peut concerner que les effets d'un acte en modifiant les conséquences naturelles de celui-ci. Elle ne modifie en rien les conditions de formation de cet acte. Par conséquent, la conclusion du contrat affecté de la modalité "représentation" ne doit pas être différente de la conclusion du même contrat privé de cette modalité. La forme modale ne peut jamais être qu'une variante du modèle : elle n'en altère jamais la substance. Or, au contraire, le mécanisme de la représentation concerne non seulement les effets de l'acte, mais également sa formation. Il suffit d'observer que lorsqu'une des conditions de la représentation fait défaut (par exemple, le prétendu représentant ne disposait pas du pouvoir de représenter), la conséquence n'en est pas l'attribution des obligations à la charge du représentant lui-même (c'est-à-dire l'exécution du contrat, mais avec ses effets naturels, non modifiés par la modalité), mais plutôt la nullité pure et simple, ou du moins l'inopposabilité de la convention. Celle-ci n'a pas pu se constituer valablement car la représentation est une partie constitutive de l'acte de volonté qui est à la source de ce contrat. Elle ne saurait donc être assimilée à une simple modalité. Elle constitue, en réalité, une véritable exception au principe d'autonomie de la volonté, dont il ne faut pas hésiter à récuser le caractère dogmatique.

---

<sup>1</sup> Gilbert MADRAY, « Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français », thèse Bordeaux, 1931, p. 128.

## **B. L'explication de la représentation par une possible « hétéronomie de la volonté »**

383. Nous avons montré le rôle essentiel que joue la volonté du représentant dans le mécanisme de la représentation. Celui-ci ne se contente pas d'être porteur de la volonté du représenté, ni même d'élaborer le contenu de l'obligation que le représenté rendrait parfaite en la faisant entrer dans son patrimoine. Au contraire, le consentement personnel du représentant est indispensable à la formation de l'acte, à la naissance des droits et obligations et à leur imputation dans le patrimoine du représenté, c'est-à-dire à la mise en oeuvre du mécanisme de la représentation. Or, la caractéristique essentielle de ce mécanisme est de faire produire à l'acte juridique des effets dans le patrimoine du représenté, tandis que le représentant ne supporte aucune conséquence juridique de l'acte qu'il a pourtant lui-même accompli. Et ce mécanisme étrange est parfaitement reconnu tant par le législateur, que par les tribunaux. La représentation permet donc à un individu d'en engager un autre par sa propre volonté. Une personne peut ainsi être liée ou bénéficiaire d'un acte auquel elle n'a pas participé. Il s'agit là d'une exception aux principes multiséculaires d'individualisme, d'autonomie de la volonté et d'effet relatif des contrats, c'est-à-dire l'application d'une sorte d'« hétéronomie de la volonté ». Nous tenterons de le démontrer à partir de l'étude de deux thèses proposées, qui ne s'opposaient qu'en apparence et que nous concilierons. La première est basée sur l'étude de l'acte juridique (1) et la seconde sur celle de l'obligation (2). La présentation de ces deux analyses de la représentation nous permettra ensuite de mieux comprendre l'explication finale que nous retiendrons.

### **1. L'analyse de la représentation par l'étude de l'acte juridique**

384. Pour tenter de percer le mystère du mécanisme de la représentation, il faut procéder à un examen en cascade : une certaine vision du droit implique une certaine conception de l'acte juridique, laquelle permet une certaine compréhension de la représentation. Nous avons déjà relevé que la philosophie subjectiviste constituait le fondement des théories de la doctrine classique. Ce sont donc naturellement des auteurs

affirmant la primauté du droit objectif qui se sont attachés à trouver de nouvelles justifications à la représentation. Au premier rang de ceux-ci (et parmi les plus extrémistes), le publiciste Léon DUGUIT apporta sa contribution à la théorie de la représentation. Son raisonnement repose d'abord sur un refus catégorique de croire en l'existence même des droits subjectifs. Tout au plus admet-il que, dans des conditions déterminées par le droit objectif, certaines voies de droit sont ouvertes aux sujets de droit tendant à leur garantir certains avantages en réprimant certains agissements. De ces individus, on dit qu'ils se trouvent dans une certaine « situation juridique »<sup>1</sup>. La loi attache à chaque situation juridique certains effets de droit. Un individu peut être placé dans une de ces situations soit par les circonstances de la vie (fait juridique), soit par sa propre volonté (acte juridique). Mais, dans la deuxième hypothèse, « il n'est pas exact de dire que l'effet de droit est produit par l'acte juridique, [...] il faut dire qu'un effet de droit est consécutif à un acte juridique [... car] la volonté individuelle est impuissante par elle-même à créer un effet de droit, [...] elle peut seulement déclencher une déclaration d'intention à laquelle le droit objectif attache certaines conséquences »<sup>2</sup>. Cette conception de l'acte juridique fut reprise par Gilbert MADRAY, qui la résumait ainsi : « La volonté est simplement la condition d'application des règles de droit, elle ne les crée point »<sup>3</sup>.

385. Pour ces auteurs, le mécanisme de la représentation s'explique alors par le même raisonnement : le représentant n'exerce pas les droits du représenté ; mais, par sa volonté, il déclenche simplement, dans certaines circonstances et à certaines conditions, l'application d'une règle de droit objectif qui produira des effets dans le patrimoine du représenté. Le fait qu'une personne puisse engager le patrimoine d'une autre par sa déclaration de volonté n'est plus, comme on l'a dit, une « monstruosité logique » : en effet, si le représenté est lié par l'acte, c'est simplement « parce que l'accord des volontés met alors en mouvement une disposition législative qui crée le phénomène de la représentation. Et cette norme nous paraît être l'article 1998 C. civ. »<sup>4</sup>. Mais la

---

<sup>1</sup> Léon DUGUIT, « Traité de droit constitutionnel », tome 1 : « La règle de droit. Le problème de l'État », 3<sup>e</sup> édition, 1927, p. 307.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, p. 474.

<sup>3</sup> G. MADRAY, *op. cit.*, p. 138.

<sup>4</sup> *Eod. loc.*, p. 152.

représentation ne s'oppose-t-elle pas, malgré tout, à l'effet relatif des contrats ? Ne produit-elle pas un « effet anormal du contrat »<sup>1</sup> qui ne pourrait être expliqué sans bouleverser les principes généraux du Droit ? Non, point ; car les deux principes cohabitent : la situation juridique appelle tantôt l'application de l'article 1998 du Code civil, tantôt celle de l'article 1165 du Code civil. Et de conclure que la représentation « n'offre plus, dans notre droit privé, aucun caractère anormal, elle obéit à la technique qui régit les autres notions fondamentales »<sup>2</sup>. Telle est l'explication à laquelle s'arrêtait MADRAY.

386. Au contraire, DUGUIT aboutissait à une conclusion fort différente. Au grand étonnement de MADRAY, qui n'en comprenait pas les raisons, il déclarait : « Cette notion de représentation m'a toujours fortement embarrassé. Après de longs efforts, je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement. [...] C'est un mot, et rien de plus. [...] Il était complètement inutile d'imaginer la représentation et il est complètement inutile de chercher à l'expliquer »<sup>3</sup>. MADRAY, désarçonné devant cette affirmation sans explication, ne trouve alors qu'un faible argument pour l'écarter : il invoque les multiples applications de ce mécanisme dont il avait fait une présentation dans la première partie de son ouvrage. En d'autres termes, cela revient à dire : « le phénomène de la représentation existe, je l'ai observé ». Mais, l'observation d'un fait n'est pas une preuve de la nécessité de créer un concept nouveau pour le désigner. Car, tel est bien le sens qu'il faut donner à la déclaration de DUGUIT : si la représentation n'est pas un mécanisme anormal, si, comme nous l'avons mis en évidence, « elle obéit à la technique qui régit les autres notions fondamentales », alors pourquoi créer un concept spécifique pour la désigner ? La notion de représentation est parfaitement inutile, car elle ne désigne aucun procédé particulier : elle n'est qu'un vain mot<sup>4</sup>. La conclusion à laquelle aboutit cet auteur ne peut évidemment nous satisfaire, même s'il faut bien admettre que, lorsqu'un phénomène ne présente aucune particularité, il ne peut effectivement pas être détaché du groupe auquel

---

<sup>1</sup> Expression reprochée à E. PILON par G. MADRAY, *op. cit.*, p. 64.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, p. 161.

<sup>3</sup> L. DUGUIT, *op. cit.*, p. 475.

<sup>4</sup> Observons d'ailleurs que, selon le même raisonnement, l'autonomie de la volonté devrait aussi être qualifiée de « vain mot » (ou plutôt de vain principe). Elle n'est que la mise en oeuvre d'une règle de droit objectif dans certaines circonstances.

il appartient et constituer une catégorie autonome. C'est précisément Eustache PILON, dont la démarche a été si vivement critiquée, qui, par l'étude de l'obligation, a mis en évidence la spécificité de la représentation et justifié ainsi l'opportunité d'en faire un concept juridique autonome.

## 2. L'analyse de la représentation par l'étude de l'obligation

387. Beaucoup d'explications ont été avancées à propos du mécanisme de la représentation. Pourtant, en les examinant en détail, nous nous apercevons finalement qu'aucune d'entre elles ne heurte de front le dogme de l'autonomie de la volonté. Pour les uns, la représentation n'est qu'une application de ce principe puisqu'ils considèrent que l'auteur de l'acte est (réellement ou fictivement) le représenté lui-même. Pour les autres, la représentation ne serait qu'une modalité. Enfin, MADRAY lui-même refuse d'opposer les articles 1998 et 1165 du Code civil. Aucune de ces théories ne nous autorise alors à envisager la représentation comme une exception, perspective pourtant tellement évidente. Seul Eustache PILON<sup>1</sup> propose une explication susceptible d'aboutir à cette conclusion. Paradoxalement, il est celui à l'égard duquel les critiques sont les plus nombreuses. Elles résultent le plus souvent d'une imparfaite compréhension de sa thèse.

388. PILON proposait la formule suivante : « la représentation s'analyse juridiquement dans la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté ; en d'autres termes, c'est la volonté du représentant se substituant à celle du représenté qui participe directement et réellement à la formation du contrat, qui produira ses effets dans le patrimoine du représenté »<sup>2</sup>. C'est donc le représentant qui contracte (ce que confirme l'article 1998 du Code civil) et le représenté qui est engagé. Comment cela est-il possible ? La réponse ne peut provenir que de l'étude de l'obligation. « Qu'est-ce en effet qu'une obligation ? Un lien entre deux personnes ? Oui, mais aussi et surtout un lien entre deux patrimoines. En réalité, c'est un patrimoine qui doit une prestation à un autre patrimoine. Qu'est-ce à dire, sinon que tout patrimoine

---

<sup>1</sup> Eustache PILON, « Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations », thèse Caen, 1897.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, p. 47.

peut se trouver engagé par un autre que son organe normal, et que je puis mettre ma volonté au service d'un autre patrimoine sans engager le mien ? C'est là tout simplement ce que fait le représentant »<sup>1</sup>. La conception de cet auteur repose donc sur les deux propositions suivantes : plusieurs personnes peuvent engager un patrimoine ; mais seule l'une d'entre elles dispose de ce pouvoir à titre habituel (l'organe normal), tandis que les autres ne peuvent en disposer qu'à titre exceptionnel (les représentants). MADRAY, en repoussant si fermement le caractère anormal de la représentation, plaçait ce mécanisme sur le même plan que la règle de l'effet relatif des contrats. PILON, au contraire, établit une hiérarchie entre les deux : l'un est le principe, l'autre, l'exception. Ce n'est donc pas le principe de l'autonomie de la volonté qui est remis en cause, mais simplement son caractère dogmatique et absolu.

389. Cette thèse a été particulièrement mal comprise. Elle a fait alors l'objet de très nombreuses critiques. Ainsi, certains auteurs lui reprochent d'accorder une place excessive à la volonté et de voir dans la représentation juridique une application du principe de l'autonomie de la volonté<sup>2</sup>. Leur affirmation se fonde principalement sur deux phrases dans lesquelles PILON prétend que la création du rapport de représentation suppose la réunion des trois volontés du représentant, du représenté et du tiers<sup>3</sup>. Ils en ont déduit une adhésion de l'auteur à la thèse volontariste. Mais, une telle interprétation doit être rejetée. En effet, celui-ci n'a nullement précisé s'il considère que ces volontés ont créé directement l'effet de droit, ou si elles ont simplement déclenché l'application d'une règle de droit objectif. Ce débat lui échappait totalement car il concerne l'acte

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, p. 48 : cette présentation est destinée à atténuer le caractère blasphématoire de l'idée selon laquelle un individu peut se trouver engagé par un autre individu. Il est plus facile de concevoir qu'une personne puisse engager, non pas une autre personne, mais un patrimoine qui n'est pas le sien. En réalité, ne nous y trompons pas, l'obligation n'a pas perdu totalement son caractère personnel et ne se définit pas seulement comme « un patrimoine qui doit une prestation à un autre patrimoine ». Cependant, le débiteur n'est plus aujourd'hui engagé envers le créancier *sur* sa personne (physique) elle-même, mais seulement sur son patrimoine personnel. Dès lors, le représentant engage, non pas seulement un patrimoine autre que le sien, mais également une personne autre qu'elle-même. Et cela n'a rien de blasphématoire si l'on abandonne le caractère dogmatique du principe d'autonomie de la volonté, pour n'y voir qu'un principe parmi d'autres que le législateur a posé et auquel il peut librement déroger. Cependant, en 1897, DUGUIT et la doctrine objectiviste n'avait pas encore pris part au débat, et PILON n'aurait donc pas pu expliquer sa thèse sans l'artifice auquel il a eu recours.

<sup>2</sup> Cf notamment, G. MADRAY, *op. cit.*, p. 111.

<sup>3</sup> « Le rapport de représentation est le résultat des trois volontés du représentant, du représenté et du tiers » et « Trois volontés sont, en effet, nécessaires pour créer le rapport de représentation » : E. PILON, *op. cit.*, p. 51 et 319.

juridique et PILON a fondé ses explications sur l'obligation. En outre, il convient sans doute de replacer cette thèse dans son contexte. En effet, celle-ci a été écrite en 1897, à une époque où la doctrine reconnaissait une puissance absolue à l'autonomie de la volonté. Toutes les théories proposées tentaient de démontrer que le représenté est lui-même l'auteur de l'acte (soit réellement, soit fictivement). C'est contre ce dogme que PILON s'est élevé. Nous ne pouvons donc lui reprocher de n'avoir pas pris parti sur des discussions qui ne sont apparues que bien plus tard.

390. La notion de « substitution » sur laquelle PILON fonde sa thèse a également suscité des interrogations qui, là encore, nous paraissent traduire une incompréhension à son égard. D'une part, une faille aurait été décelée à propos des cas de représentation légale. PILON nous explique certes que c'est la volonté du tuteur, « substituée par injonction légale à celle du mineur, qui entre en concours avec celle du tiers pour former le contrat dont les effets se produiront dans le patrimoine du mineur »<sup>1</sup>. Cependant, cette explication n'a pas convaincu certains auteurs qui posent alors la question suivante : comment la volonté du représentant peut-elle se substituer à celle, en principe inexistante, du représenté ? D'autre part, ceux-ci pensent que cette thèse n'exclut pas totalement toute part de fiction : en effet, comment admettre que la représentation s'analyse dans la substitution réelle et complète de la personnalité juridique du représentant à celle du représenté, sans recourir à une fiction ?

Nous pensons, au contraire, que le terme de “substitution” exprime parfaitement le phénomène de remplacement que produit la représentation. Substituer consiste à mettre une personne à la place d'une autre afin de lui faire jouer le même rôle. Nous pouvons dire que le représenté (“l'organe normal”) est désigné par le droit objectif comme acteur principal, chargé, par une manifestation de volonté, de déclencher l'application d'une règle de droit objectif produisant des effets dans son patrimoine ; le représentant est, en quelque sorte, acteur suppléant, chargé de le remplacer en certaines circonstances<sup>2</sup>. Ainsi, dans cette optique, il n'est nullement question de prétendre que la

---

<sup>1</sup> E. PILON, *op. cit.*, p. 50.

<sup>2</sup> On voit, à ce niveau, apparaître une différence de degré entre la représentation et l'interposition de personne : dans les deux cas, il y a remplacement. Mais la substitution constatée dans le cadre de l'interposition de personne était une simple substitution de fait : l'interposé accomplit une opération qui *normalement* devrait être accomplie par le maître de l'affaire. Or, la substitution opérée dans le cadre de la représentation, qui contient également cet aspect de fait, comprend en outre un aspect juridique : le

volonté exprimée par le représentant est censée être celle du représenté. Il s'agit simplement d'affirmer que la volonté du premier joue le même rôle que celle du second, mais l'un à titre principal, l'autre à titre accessoire. Par ailleurs, PILON n'a pas non plus considéré la volonté du tuteur comme étant fictivement celle du mineur, laquelle, par hypothèse, est inexistante. Mais, il a relevé que la volonté du premier joue le rôle qui revient normalement à celle du second, et dont celui-ci a été temporairement privé pour raison d'incapacité. Autrement dit, chaque patrimoine dispose d'un organe normal de décision. Mais, le représentant peut se substituer à celui-ci dans certaines circonstances : il est alors un organe exceptionnel de décision<sup>1</sup>. La nature exacte de la prérogative dont il dispose dans le patrimoine du représenté doit être analysée de manière plus précise : nous pourrions ainsi constater qu'il s'agit d'un pouvoir nécessairement autonome et indépendant des droits dont dispose le représenté lui-même dans son propre patrimoine.

---

représentant exerce un droit (ou "pouvoir") identique à celui qui revient *normalement* au représenté. La représentation réalise ainsi une double substitution : une substitution psychologique (la motivation du représentant est altruiste) et une substitution juridique.

<sup>1</sup> L'emploi de la notion d'organe est maladroit car il laisse entendre que le représentant doit disposer du pouvoir d'administration totale du patrimoine du représenté, alors qu'il existe évidemment de nombreuses situations de représentation conventionnelle limitées à la conclusion d'un ou plusieurs actes déterminés (cf René de QUENAUDON, « Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale », thèse Strasbourg, 1979, n° 55, p. 79 - André ROUAST, « Travaux de l'association Henri Capitant », volume 4 : « La représentation dans les actes juridiques », 1949, p. 119).

Toutefois, même si elle est maladroitement exprimée, l'explication de PILON reste valable, car le mécanisme mis en oeuvre est exactement identique selon que la représentation correspond à une fonction de remplacement (mandat) ou une fonction organique (représentation légale).



## § 2 : La représentation, exercice d'un pouvoir

### nécessairement autonome

391. C'est également par une étude approfondie de l'acte juridique que Michel STORCK<sup>1</sup> a procédé à une analyse du mécanisme de la représentation, que nous avons déjà eu l'occasion de présenter brièvement. Rappelons que cet auteur avait observé que l'acte juridique se décomposait en trois éléments constitutifs : « l'acte juridique naît de l'exercice d'un droit (premier élément) par l'expression d'une volonté (deuxième élément), d'où résulte l'établissement d'un lien de droit (troisième élément) »<sup>2</sup>. Les parties à un acte peuvent donc revêtir trois qualités différentes : celle de « sujet titulaire du droit exercé », celle d'« auteur de l'acte de volonté », et celle de « sujet d'imputation des droits et obligations créées ». L'autonomie de la volonté exige la réunion de ces trois qualités sur la tête d'une seule personne. Mais, au contraire, la représentation en permet une dissociation et une répartition entre deux personnes : en effet, le représentant est l'auteur de l'acte, tandis que le représenté est, en même temps, le sujet titulaire du droit et le sujet d'imputation. Représenter, c'est donc exercer les droits dont une autre

---

<sup>1</sup> Michel STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., 1982.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, n° 2, p. 17.

personne est attributaire, et dont les effets se produiront dans le patrimoine de cette autre personne. Michel STORCK considère, en effet, qu'un droit subjectif est composé de deux éléments : le titre et la puissance. La représentation serait alors, tout simplement, le transfert du seul élément "puissance" au représentant, de telle sorte que le représenté resterait effectivement titulaire du droit.

392. Cette théorie semble impliquer que la personne représentée, en restant ainsi sujet titulaire du droit, prive nécessairement le représentant de cette qualité. Or, ne peut-on pas dire que seule une personne « titulaire » d'un droit peut l'exercer et ne doit-on pas considérer que, si une personne exerce un droit que la loi ne lui attribue pas, elle viole purement et simplement cette loi ? Par conséquent, si le représentant dispose légalement du pouvoir d'accomplir un acte pour le compte du représenté, n'est-il pas lui aussi « titulaire » du droit correspondant ? Il y a donc deux titulaires du même droit, mais l'un à titre principal, et l'autre à titre accessoire ou exceptionnel. Le représentant ne recueille qu'un droit « dérivé », un « démembrement » du droit originaire, tandis que le représenté reste attributaire du droit subjectif mis en oeuvre. C'est pourquoi seul ce dernier peut recevoir la qualité de « sujet titulaire du droit ». Le représentant ne « fait usage [que] d'un droit dérivé qui se compose de la puissance rattachée au droit originaire, et d'un titre l'habilitant à intervenir au nom d'autrui »<sup>1</sup>. Par conséquent, du droit originaire, il n'y a eu qu'un transfert partiel, portant uniquement sur la seule puissance, à l'exclusion du titre.

393. Cette présentation ne nous semble pas encore correspondre tout à fait à la réalité concrète qui condamne, à notre avis, la notion de "transfert" auquel fait référence cet auteur. En effet, un transfert implique nécessairement une perte par l'un de ce qui est acquis par l'autre. Or, le mandant ne perd pas le droit d'accomplir lui-même l'opération après avoir donné au mandataire le pouvoir de le représenter. Conscient de cette objection, Michel STORCK affirmait alors que ce transfert de l'élément "puissance" peut toujours être révoqué (même lorsque le mandat est stipulé irrévocable !<sup>2</sup>) et que le fait pour le représenté d'accomplir lui-même l'acte constituerait précisément une révocation

---

<sup>1</sup> M. STORCK, *op. cit.*, n° 137, p. 102.

<sup>2</sup> On peut alors se demander comment un tel mandat peut-il rester irrévocable, si le mandant peut, à tout moment, retirer au mandataire cette "puissance", c'est-à-dire finalement son pouvoir de représentation.

implicite<sup>1</sup>. Mais, en réalité, il faut bien admettre que le représentant et le représenté ont concurremment, et non alternativement, le pouvoir d'agir : il n'y a pas un transfert de l'élément "puissance", mais plutôt un élargissement du cercle des personnes habilitées à accomplir l'acte, c'est-à-dire possédant cette "puissance". D'ailleurs, dans le cas de la représentation légale d'un incapable ou d'une société, comment la loi pourrait-elle transférer du représenté vers le représentant une "puissance" dont celui-ci est lui-même privé ? En réalité, elle attribue directement au représentant une "puissance" nouvelle, appelée "pouvoir", qui est indépendante de celle, de même nature, qu'elle accorde ou retire, pour raison d'incapacité, au représenté. On touche donc là à un élément essentiel de notre démonstration : le représentant n'exerce pas un droit « dérivé », mais un droit *personnel et autonome*, qui n'a en commun avec le droit dont est titulaire le représenté que son objet. Le droit du représentant, comme celui du représenté, concerne une prérogative qui produira ses effets dans le patrimoine du représenté, mais ces deux droits sont strictement indépendants l'un de l'autre.

394. On comprend mieux ainsi comment il se peut que seul le représenté reçoive la qualité de « sujet titulaire du droit », alors que le représentant dispose lui aussi du droit d'exercer la prérogative correspondante. En effet, il ne s'agit pas du même droit, mais de deux droits distincts ayant le même objet : le représenté est « sujet titulaire du droit » d'exercer pour lui-même une certaine prérogative ; le représentant n'est, en quelque sorte, que le « sujet titulaire du droit » d'exercer, pour autrui, une prérogative identique, c'est-à-dire produisant les mêmes effets. Le droit du représenté est gouverné par le principe d'autonomie de la volonté ; celui du représentant est gouverné par l'admission exceptionnelle de l'hétéronomie de la volonté. L'un et l'autre ont une égale vocation à produire effet dans le patrimoine du représenté<sup>2</sup>. L'un et l'autre trouvent leur source dans la seule souveraineté de la loi : en effet, la volonté du représenté, même lorsqu'elle est nécessaire pour conférer au représentant un tel pouvoir (représentation conventionnelle), ne peut être qu'une des conditions de déclenchement des règles de droit régissant le mécanisme de la représentation. Mais la prérogative dont dispose le représentant, qui lui permet, par sa volonté personnelle, de lier un tiers, reste une

---

<sup>1</sup> M. STORCK, *op. cit.*, n° 138, p. 103.

<sup>2</sup> On est très loin des thèses qui voyaient dans le représentant l'auteur d'une manifestation de volonté, qui est réellement ou fictivement celle du représenté !

prérogative propre, indépendante de celle qui permet à ce tiers de se lier lui-même, car l'une et l'autre prennent directement leur source au même niveau : celui de la loi<sup>1</sup>.

395. Cependant, si ces deux droits sont autonomes, ils ne sont pas pour autant sur un pied d'égalité. Le représenté, sujet d'imputation des effets de l'acte, est en principe la seule personne titulaire du droit d'accomplir un acte dont les conséquences se produiront dans son patrimoine, car l'autonomie de la volonté reste le principe fondamental de notre droit des obligations : il est une traduction juridique de l'individualisme, c'est-à-dire de l'idée que chaque individu est le mieux placé pour défendre ses propres intérêts. Au contraire, le mécanisme de la représentation, qui permet une intervention extérieure dans la gestion des intérêts du représenté, ne pouvait que constituer une exception temporaire. Les deux droits trouvent leur source dans deux règles de droit différentes, mais l'une de ces règles pose un principe et l'autre une exception. C'est à ce titre que se justifie la distinction opérée par certains auteurs entre les concepts de « droit subjectif » et de « pouvoir »<sup>2</sup>.

En effet, le droit positif connaît deux catégories de prérogatives juridiques, qui sont, par essence même, distinctes l'une de l'autre. D'une part, il y a des prérogatives, appelées « droit subjectifs », qui sont conférées à leur titulaire dans son seul intérêt personnel et dont l'exercice est, pour cette raison, abandonnée à son libre arbitre, sous la réserve du contrôle de l'abus de droit. Et, d'autre part, il existe d'autres prérogatives, appelées « pouvoirs », qui sont conférées à leur titulaire dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien, et dont l'exercice est, à ce titre, subordonné à une certaine finalité altruiste, qui justifie la possibilité d'un contrôle judiciaire du détournement de

---

<sup>1</sup> C'est cela que nous ont enseigné les théories objectivistes de DUGUIT et MADRAY : si la volonté d'un individu lui permet d'engager habituellement son propre patrimoine, c'est parce que cette volonté a déclenché l'application de l'article 1134 du Code civil ; et si la volonté d'un représentant engage le patrimoine du représenté, c'est parce que cette volonté a déclenché l'application d'une autre norme législative : l'article 1998 du Code civil (ou 1375 C. civ. en cas de gestion d'affaires, ou 456 C. civ. dans le cas d'un mineur sous tutelle, etc.).

<sup>2</sup> Emmanuel GAILLARD, « Le pouvoir en droit privé », préface G. CORNU, Economica, 1985 - François TERRÉ, « Introduction générale au droit », précis Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2000, n° 257, p. 285. Cf également la même distinction, mais sous des vocables différents : Jean DABIN, « Le droit subjectif », Paris, Dalloz, 1952, p. 237 (droits-fonctions / droits égoïstes) - René DAVID, « La protection des minorités dans les sociétés par actions », Sirey, 1929, n° 44 (droits-pouvoirs / droits-fonctions) - Louis JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'Abus des droits », 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, 1939, n° 308 (droits à esprit égoïste / droits à esprit altruiste) - Michel STORCK, *op. cit.*, n° 169, p. 127 (droits / pouvoirs).

pouvoir<sup>1</sup>. Même si Emmanuel GAILLARD montre que la notion de pouvoir ne se limite pas à cette seule hypothèse, la représentation apparaît évidemment comme l'un des modes principaux d'exercice d'une prérogative appartenant à cette catégorie des « pouvoirs », tandis que la même prérogative, lorsqu'elle est susceptible d'être exercée par le représenté lui-même, constitue un simple « droit subjectif »<sup>2</sup>. Cette différence de qualification, et ses conséquences sur le régime applicable à ces deux catégories de droit, condamne donc la conclusion de DUGUIT, qui voyait dans la représentation un concept inutile, un « vain mot » : au contraire, elle montre l'intérêt de créer un concept original pour désigner cette technique qui, parce qu'elle est une consécration de l'hétéronomie de la volonté, ne répond pas aux mêmes exigences que les techniques habituelles de réalisation d'opérations juridiques. Il ne nous reste plus qu'à approfondir la notion de pouvoir pour mieux connaître la situation particulière du représentant.

396. D'une manière générale, il nous semble que le terme qui définit le mieux la prérogative qu'emporte tout pouvoir est celui de décision. En effet, le droit dont est investi le titulaire d'un pouvoir est celui de « faire prévaloir sa décision, de trancher, par l'exercice de sa volonté, une situation juridique et d'imposer à autrui la décision prise »<sup>3</sup>. Or il apparaît finalement, à l'analyse de cette prérogative, qu'elle se décompose en deux avantages, qui sont le droit d'exprimer un intérêt distinct du sien, et le droit d'édicter une norme obligatoire pour autrui. En effet, le pouvoir est d'abord l'aptitude à exprimer un intérêt distinct du sien : le mandataire exprime donc, non la volonté, mais l'intérêt du mandant, le dirigeant social celui de la personne morale, et le tuteur celui de l'incapable, etc. Cette présentation n'est pas vraiment surprenante dans la mesure où, depuis quelques années déjà, certains travaux relatifs au droit des obligations ont montré que la volonté n'était pas prise en compte par le Droit pour elle-même, mais uniquement

---

<sup>1</sup> Le contrôle du détournement de pouvoir porte sur « l'adéquation du mobile déterminant de l'agent [le titulaire du pouvoir] au but fixé par la norme attributive de pouvoir. Il n'entame pas l'appréciation de l'opportunité de la mesure litigieuse, dont l'agent juridique est seul juge » : E. GAILLARD, *op. cit.*, proposition de thèse n° 8, p. 223.

<sup>2</sup> Cette opposition, *par essence*, entre le « droit subjectif » du représenté et le « pouvoir » correspondant du représentant tend à démontrer que le second n'est pas qu'un simple « démembrement » du premier, comme le prétendait Michel STORCK. Il n'y a pas eu simplement un transfert de l'élément « puissance », mais création, à côté de la prérogative accordée au représenté, d'une nouvelle prérogative (ayant le même objet) accordée au représentant, mais d'une nature différente puisque la première est un « droit subjectif » et la seconde un « pouvoir ».

<sup>3</sup> E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 216, p. 138.

parce qu'elle est la forme sous laquelle peut s'exprimer l'intérêt, véritable fondement de l'obligation contractuelle<sup>1</sup>. C'est pourquoi la volonté du représentant permet d'engager le représenté, puisque c'est l'intérêt de ce dernier qui a été exprimé par celle-ci. Quant à la volonté du représenté, indispensable pour la formation du contrat de mandat, elle ne doit avoir aucune place dans la conclusion directe du contrat principal et dans la mise en oeuvre du mécanisme de la représentation.

397. Mais l'expression, par le titulaire du pouvoir, d'un intérêt distinct du sien ne présenterait en soi aucune importance si elle ne produisait pas d'effet contraignant pour autrui : une prise de décision ne se limite donc pas à une simple résolution intellectuelle, mais implique une véritable détermination à en assurer le respect par autrui. Voilà pourquoi la prérogative conférée au titulaire du pouvoir contient aussi le droit d'édicter une norme, c'est-à-dire de prendre une décision qui sera obligatoire pour son destinataire. C'est là d'ailleurs l'élément essentiel du pouvoir que d'accorder à son titulaire le droit d'empiéter sur la sphère juridique d'autrui. Il arrive alors parfois que le destinataire de la norme ne soit pas celui dont l'intérêt a été exprimé par le titulaire du pouvoir. Mais généralement, les deux qualités coïncident parfaitement : ainsi, le pouvoir du représentant en constitue une parfaite illustration, puisque le représenté est à la fois celui dont l'intérêt a été exprimé par la volonté du représentant, et le destinataire des effets de cette manifestation de volonté. Le pouvoir peut donc être défini comme l'aptitude à émettre, dans l'intérêt d'autrui, une volonté destinée à produire des effets de droit à l'égard d'autrui, c'est-à-dire l'aptitude à passer des actes juridiques pour autrui.

398. En conclusion, nous retiendrons donc cette explication du mécanisme de la représentation : si le représenté, simple tiers par rapport à la convention conclue par le représentant, est cependant lié par elle, c'est tout simplement parce que, toutes les autres conditions étant réunies par ailleurs, la volonté du représentant devient une condition suffisante de déclenchement de l'application d'une règle de droit, dont la spécificité est précisément de faire produire à l'acte de volonté ses conséquences dans le patrimoine d'une personne autre que celle qui en est l'auteur. Il existe donc, dans notre droit positif,

---

<sup>1</sup> Cf dans ce sens : Georges ROUHETTE, « Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse Paris, 1965, p. 503.

à côté des règles de droit soumises au principe de l'autonomie de la volonté, d'autres règles de droit, toutes aussi efficaces et légitimes, mais qui sont gouvernées par l'idée d'hétéronomie de la volonté. Cependant, une hiérarchie doit être établie entre elles, dans la mesure où les premières, constituant le principe, ont une vocation large à s'appliquer, tandis que les secondes, à cause de leur caractère exceptionnel, sont d'application limitée et soumises à un contrôle strict des conditions de leur mise en oeuvre. C'est précisément la recherche de ces conditions qui doit nous conduire maintenant à mener, sur la base de cette analyse théorique, un examen concret du mécanisme de la représentation, afin d'en vérifier la compatibilité avec la technique de l'interposition de personne.





## SECTION 2 : L'ANALYSE PRATIQUE DU MÉCANISME

### DE LA REPRÉSENTATION

399. « La justification de la représentation est moins importante que la façon dont elle s'exerce » : c'est en ces termes que les célèbres auteurs d'un traité de droit civil<sup>1</sup>, concluent le débat sur les fondements de la représentation. Ils expriment ainsi une opinion répandue qui vise à séparer l'explication théorique du phénomène de son observation concrète et de la présentation des conditions de sa mise en oeuvre. Il nous semble, au contraire, que ces deux aspects de la représentation sont intimement liés : la détermination des éléments nécessaires au déclenchement du processus implique une connaissance préalable du mécanisme théorique mis en oeuvre.

C'est donc sur le fondement des thèses adoptées dans les développements précédents que nous tenterons de justifier l'exigence de telle ou telle condition de la représentation. Nous pourrons alors seulement établir un rapprochement avec l'interposition de personne et conclure sur la délicate question de la compatibilité entre les deux procédés. Il convient donc de poser d'abord précisément le problème (§ 1),

---

<sup>1</sup> Jacques GHESTIN, avec le concours de Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, « Traité de droit civil. Les effets du contrat », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1994, n° 568, p. 621.

avant de tenter d'y apporter une solution en faveur de la démonstration de compatibilité entre les deux mécanismes (§ 2).

## § 1 : La position du problème

400. Si les fondements théoriques de la représentation ont fait l'objet de très nombreuses controverses, tous les auteurs sont cependant d'accord aujourd'hui pour poser au moins trois conditions nécessaires à la mise en oeuvre de ce mécanisme : le représentant doit disposer du pouvoir de représentation (de source légale, judiciaire ou conventionnelle) ; il doit manifester sa volonté personnelle de contracter avec le tiers ; et il doit enfin partager avec celui-ci la *contemplatio domini*, c'est-à-dire l'intention commune de faire produire les effets du contrat dans le patrimoine du représenté. Or, c'est à propos de cette troisième condition que se situe la difficulté de conciliation du mécanisme de la représentation avec l'interposition de personne : en effet, pour partager avec le tiers une telle intention, le représentant doit d'abord la manifester ostensiblement en agissant au nom du représenté. Au contraire, la personne interposée est tenue d'agir en son nom propre. Dès lors, à supposer qu'elle possède l'intention de représenter le maître de l'affaire, elle ne pourra pas la partager avec le tiers cocontractant puisque celui-ci ignore tout de sa véritable qualité. C'est donc sur cette troisième condition que devra se porter plus particulièrement notre attention dans l'analyse du mécanisme. Néanmoins, une certaine mise en perspective des différentes étapes du processus de la

représentation (A) nous aidera à déterminer, plus précisément, le contenu et la portée exacts de cette condition de la *contemplatio domini* (B).

### A. Les étapes du processus de mise en oeuvre de la représentation

401. Il nous semble que, pour mener à bien une telle analyse, deux observations essentielles doivent être préalablement faites, afin d'éviter toute confusion entre les différentes sortes de conditions que suppose le déclenchement de la représentation. En effet, il faut d'abord remarquer que la mise en oeuvre de ce mécanisme, comme n'importe quel autre mode de réalisation d'opérations juridiques, implique trois étapes consécutives, qui conduisent chacune à un certain nombre de conditions de nature tout à fait différente les unes des autres : une phase préparatoire, au cours de laquelle se mettent en place l'ensemble des *conditions préalables* ou *conditions de validité* ; une phase principale de mise en mouvement du mécanisme par la réunion d'un certain nombre de *conditions de déclenchement* ou *conditions d'existence* ; et enfin, une phase consécutive de réalisation des effets, parfois subordonnée à une ou plusieurs *conditions de mise en oeuvre matérielle* ou *conditions d'efficacité* ou *d'effectivité*.

Ces trois catégories ne sont pas d'égale importance : en effet, le défaut de l'une des conditions de validité ou de l'une des conditions d'efficacité peut empêcher le mécanisme de la représentation de produire tout ou partie de ses effets, mais n'intervient nullement au niveau de son existence même, de telle sorte que la survenance de certains événements, tels que la confirmation, la ratification ou la disparition d'un obstacle matériel à sa mise en oeuvre, peuvent *a posteriori* redonner vie et pleine efficacité à ce mécanisme. Au contraire, le défaut de l'une des conditions d'existence du mécanisme ne permet pas à la représentation d'avoir une quelconque chance de produire le moindre effet : ces conditions constituent donc l'essence même de ce mécanisme, et sont insusceptibles d'un quelconque assouplissement ou tempérament.

De plus, à cette classification initiale opérée entre les différentes conditions de la représentation doit s'ajouter une seconde distinction : en effet, nous devons observer que, la représentation n'étant qu'un mode de réalisation d'un acte juridique pour le compte d'autrui, elle devra nécessairement se greffer sur une convention principale conclue avec un tiers cocontractant, qui lui servira, en quelque sorte, de support. Or,

celle-ci reste elle-même soumise aux règles habituelles de formation des contrats, qu'il faudra alors savoir combiner, sans les confondre, avec le processus de mise en oeuvre de la représentation. Il sera donc extrêmement utile de savoir rattacher très précisément chacune des conditions à la catégorie à laquelle elle appartient, afin de déterminer exactement à quel niveau se produiront les conséquences de son non-respect.

402. Nous pouvons reprendre, étape par étape, le processus de réalisation d'une opération juridique par représentation. Le résultat final à atteindre doit être la conclusion d'un contrat dont les effets se produiront dans le patrimoine du tiers et du représenté. Conformément au droit commun des obligations, il suffirait alors pour cela que la volonté contractuelle de l'un rencontre la volonté concordante de l'autre. Mais, dans la situation que nous étudions, le recours à la représentation présente précisément cette particularité que ce n'est pas le représenté, mais le représentant, qui manifeste la volonté de contracter avec le tiers, tout en désirant voir établir les effets du contrat sur la tête du représenté. Or, cela n'est normalement pas permis dans notre droit positif, à cause du principe d'effet relatif des conventions. Aussi, est-il normal de vérifier qu'un tel pouvoir a été accordé au représentant sur le fondement d'un texte précis. Ce sont, par exemple, les articles 389-3 et 450 du Code civil qui donnent à l'administrateur légal ou au tuteur d'un mineur la mission et le pouvoir de le représenter dans tous les actes civils, ou encore l'article 1998 du Code civil, dans le cadre du mandat.

Une fois muni de son pouvoir exceptionnel, le représentant pourra alors engager le patrimoine du représenté, à condition toutefois de ne pas dépasser les limites de sa mission : sinon, il se trouverait en situation de dépassement de pouvoir, ce qui pourrait conduire à rendre l'acte inopposable au représenté. Toutefois, dans cette hypothèse, sa qualité de représentant n'en serait pas pour autant affectée, puisque la nécessité de détenir le pouvoir de représentation correspondant à l'opération réalisée n'est pas, en soi, une condition de déclenchement, c'est-à-dire d'existence, du mécanisme de la représentation, mais une simple *condition préalable*, dont le défaut peut être pallié par une ratification postérieure. L'obtention du pouvoir de représentation ne doit donc pas être considérée comme une condition indispensable à l'attribution de la qualité de

représentant, puisque, en principe, l'absence de pouvoir se traduit seulement par une inopposabilité<sup>1</sup>.

403. A supposer alors que le représentant dispose effectivement du pouvoir de représentation, sa volonté personnelle pourra ensuite produire tous les effets envisagés dans le patrimoine du représenté : il faut cependant qu'elle s'inscrive dans le cadre de la conclusion d'un contrat, ou éventuellement d'un acte unilatéral, conformément au droit commun des obligations. C'est donc bien la volonté personnelle du représentant qui rencontrera celle du tiers cocontractant. C'est pourquoi, nous pensons que les conditions relatives à l'existence et à la liberté du consentement doivent être appréciées en la personne du représentant, et non en celle du représenté. Les vices éventuels (erreur, dol, violence) qui peuvent affecter le consentement du représenté ne peuvent concerner que la validité du contrat de mandat, mais pas directement celle de l'opération accomplie par le représentant, même s'il est évident que la nullité du mandat prive rétroactivement le représentant de son pouvoir de représentation et influence ainsi les effets de l'opération principale<sup>2</sup>. Il faut donc, pour mettre en oeuvre le mécanisme de la représentation, que le représentant exprime d'abord son intention personnelle de conclure la convention principale, et que celle-ci rencontre la volonté concordante du tiers cocontractant : en effet, aucun contrat ne peut se former sans l'échange mutuel des consentements de chacune des parties contractantes, et aucune représentation ne peut être mise en place sans la formation préalable d'un contrat (ou exceptionnellement d'un acte unilatéral) sur lequel elle pourra se greffer et en orienter les effets en direction du représenté. En effet,

---

<sup>1</sup> Cf Michel STORCK, « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., 1982, n° 231, p. 170.

<sup>2</sup> Qu'en est-il de la capacité ? Contrairement à la formule généralement retenue par la doctrine, nous estimons également que la capacité à accomplir l'opération principale ne doit pas être appréciée chez le représenté, mais chez le représentant. En effet, si la capacité, en cas de représentation légale, était appréciée chez le mineur ou le majeur protégé, l'opération serait inévitablement annulée, et la représentation d'un incapable se révélerait alors totalement impossible. En réalité, dans la représentation conventionnelle, la capacité du mandant doit effectivement être prise en compte, mais uniquement pour la validité du mandat lui-même. Celui qui ne dispose pas de la capacité d'accomplir telle opération pour lui-même, ne dispose pas plus de la capacité de donner à autrui le pouvoir d'accomplir cette opération pour lui. Or, la nullité du contrat de mandat conduit ensuite à rendre nul ou inefficace l'acte principal pour cause de défaut de pouvoir de la part du représentant : c'est donc uniquement à ce titre que la capacité du représenté peut influencer la validité de l'acte principal. Au contraire, la capacité du représentant est directement appréciée pour l'opération principale, mais il ne s'agit pas de la capacité à accomplir l'opération pour lui (autonomie de la volonté), mais de la capacité à accomplir l'opération pour autrui (hétéronomie de la volonté). Voilà pourquoi un mineur peut être choisi comme mandataire, et conclure valablement une ou plusieurs conventions pour autrui, alors qu'il serait dans l'incapacité de les conclure pour lui-même.

la représentation n'est pas un acte juridique, mais simplement un mode de réalisation d'un acte juridique : sur ce point, elle est donc parfaitement identique à l'interposition de personne<sup>1</sup>.

404. A ce stade du processus de mise en place de la représentation, un contrat vient donc d'être formé entre le représentant, muni du pouvoir d'agir pour autrui, et le tiers cocontractant. Cependant, aucune exécution concrète n'est encore possible, faute d'avoir déterminé les personnes qui devront être liées par ce contrat, c'est-à-dire les « sujets d'imputation des effets » de cet acte. Or, tant que l'on se situe dans le champ d'application du principe d'autonomie de la volonté, les articles 1134 et 1165 du Code civil règlent eux-mêmes ce point : en effet, seules les parties contractantes, auteurs de l'acte, peuvent recevoir la qualité de sujets d'imputation. Mais, la représentation est une manifestation de l'idée exceptionnelle d'hétéronomie de la volonté : c'est pourquoi, les parties contractantes devront désigner elles-mêmes le sujet d'imputation qui prendra la place du représentant, afin de lier le premier et de dégager le second de toutes les conséquences juridiques de son intervention. Tel est précisément l'objet de cette troisième condition de la représentation que la doctrine désigne par la formule *contemplatio domini*, et qu'il convient maintenant d'étudier de manière plus précise.

### **B. Le contenu et la portée de la condition de la *contemplatio domini***

405. Lorsqu'une personne est titulaire d'un pouvoir, elle ne perd pas pour autant son aptitude à passer des actes juridiques pour elle-même, de sorte que, très souvent, la même opération peut être réalisée par un représentant aussi bien en son nom personnel qu'au nom du représenté. Il dispose alors d'un choix lors de la conclusion du contrat principal : soit il exerce son "pouvoir", décide de représenter et oriente ainsi les effets de l'acte en direction du représenté, soit il exerce son "droit subjectif", décide alors de ne pas représenter et laisse ainsi le lien de droit s'établir sur sa propre tête<sup>2</sup>. Il est donc

---

<sup>1</sup> Sauf que cette dernière permet aussi la réalisation d'actes matériels. Au contraire, la représentation ne le permet pas, car elle est une application de l'idée d'hétéronomie de la volonté, tandis que l'acte matériel, en tant que fait juridique, ne produit ses effets que parce que la loi le décide, et non pas parce qu'une volonté a été émise en ce sens.

<sup>2</sup> Ce choix est indépendant de la motivation de son acte : en effet, il peut décider de représenter, alors même que l'opération est réalisée dans son intérêt personnel (détournement de pouvoir), ou au contraire, de ne pas représenter alors qu'il agit pour le compte d'autrui (comme, par exemple, le prête-nom réel, et

tout à fait naturel d'exiger du représentant qu'il ait l'intention de représenter : en effet, la représentation n'est possible que si le représentant le décide, puisque tel est précisément l'objet de son pouvoir. Il s'agit d'ailleurs bien d'une condition essentielle de ce mécanisme, c'est-à-dire une *condition de déclenchement ou d'existence* : à défaut d'une réelle volonté, de la part du représentant, de représenter autrui, le mécanisme de la représentation n'est pas simplement privé d'effet, même rétroactivement, mais il est tout simplement inexistant. Dès lors, aucun événement extérieur, ni aucune circonstance postérieure, pas même une éventuelle confirmation ou ratification émanant du représenté lui-même, ne pourrait pallier l'absence de cette intention. La condition de la *contemplatio domini*, si elle est entendue simplement comme l'intention du représentant de représenter autrui, se trouve entièrement justifiée.

406. Mais, la doctrine traditionnelle ne s'est jamais contentée de cette intention unique. A l'origine, la condition de la *contemplatio domini* était d'ailleurs assez lourde, puisque les auteurs exigeaient un accord des trois parties concernées sur la volonté de représenter et sur l'identité de la personne représentée. Seule la combinaison de ces trois volontés concordantes, du moins dans le cadre de la représentation conventionnelle, pouvait justifier à leur yeux les conséquences anormales que ce mécanisme produit dans le patrimoine du représenté. On s'est cependant très vite rendu compte que la volonté du représenté ne se situait pas au même niveau que celles des deux autres : elle n'intervient pas pour la conclusion de l'acte principal, mais seulement pour la formation préalable du contrat de mandat. Elle appartient donc, selon la classification opérée précédemment, à la catégorie des *conditions préalables* de la représentation. Et encore convient-il de rappeler le caractère alternatif de cette condition : la conclusion d'un contrat de mandat, qui suppose le consentement du mandant, n'est qu'un des modes d'obtention du pouvoir de représentation parmi d'autres (pouvoir de source légale ou judiciaire). Cette simple observation suffit donc à démontrer que la volonté du représenté ne peut pas être l'une des conditions d'existence du mécanisme de la représentation, puisqu'elle n'est même pas exigée dans tous les cas.

En outre, lorsqu'elle se révèle nécessaire, la volonté du représenté ne porte pas directement sur le choix définitif de représenter ou de ne pas représenter lors de la

---

dans une certaine mesure, le commissionnaire).



conclusion du contrat principal, mais seulement sur une sorte d'autorisation préalable donnée au représentant d'agir en son nom : c'est donc à ce dernier seul qu'appartient la décision finale, pour chacune des opérations qu'il réalise, de représenter ou de ne pas représenter. Il nous semble avoir suffisamment démontré, dans nos développements précédents, que c'est bien la volonté du représentant qui engage le représenté, grâce au pouvoir qui lui a été accordé et dont l'exercice ne peut être, par définition, qu'unilatéral et totalement indépendant d'une quelconque volonté étrangère. Nous pouvons donc aisément écarter l'acceptation directe de la représentation par le représenté lui-même comme condition de la représentation. Sa volonté personnelle ne peut éventuellement jouer un rôle que pour la conclusion préalable du contrat de mandat, c'est-à-dire pour l'attribution du pouvoir de représentation au représentant (qui n'a d'ailleurs, elle-même, aucune conséquence directe sur la validité de l'acte principal, mais seulement sur son opposabilité).

407. Si le partage de l'intention de représenter du représentant avec le représenté lui-même est dorénavant exclue des conditions de la représentation, la doctrine moderne continue cependant à exiger une intention commune avec le tiers cocontractant. Elle considère, en effet, qu'il ne peut y avoir juridiquement aucune représentation, c'est-à-dire aucune orientation des effets du contrat en direction d'une personne étrangère à sa conclusion, sans que toutes les parties contractantes ne soient d'accord sur ce point. C'est une conséquence logique du principe de l'effet relatif des contrats. Cette condition implique-t-elle alors que le représentant déclare ouvertement au tiers cocontractant son intention d'agir au nom et pour le compte du représenté, ou bien suffit-il que le tiers en ait finalement connaissance, quelle qu'en soit la manière, et la partage implicitement en acceptant la conclusion du contrat sans émettre aucune réserve ? En d'autres termes, l'agissement formel au nom du représenté est-il de l'essence de la représentation ou seulement de sa nature ? Dans le premier cas, le mécanisme de la représentation serait totalement inconciliable avec l'interposition de personne. Mais, dans le second cas, l'agissement *proprio nomine* de la personne interposée étant essentiellement formel, il ne se trouverait plus nécessairement incompatible avec la représentation : il suffirait que le tiers cocontractant ait connu la qualité réelle de la personne interposée dans l'acte et ait implicitement accepté la représentation du maître de l'affaire. Peu importe, dans ces

conditions, leur mode d'action formel, pourvu que les parties aient, dans leur esprit, partagé la même intention.

408. Une décision du Tribunal civil de la Seine du 9 octobre 1896<sup>1</sup> est souvent citée pour démontrer que l'agissement au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation. En l'espèce, un commis voyageur, utilisant pour ses déplacements les services d'une compagnie de chemin de fer, avait fait enregistrer plusieurs caisses d'échantillons sous son propre nom. Or, l'une d'entre elles était tombée du chariot sur lequel elles avaient été mises, et avait été broyée par le train. Le patron actionna alors la compagnie en réparation du préjudice subi et se vit opposer par celle-ci l'argument suivant : l'enregistrement ayant été fait au nom du préposé, lui seul avait qualité pour agir. Le tribunal a pourtant décidé, au contraire, qu'un lien de droit direct existait entre la compagnie et le préposant, car celui-ci avait été représenté par son commis voyageur au moment de l'enregistrement des bagages<sup>2</sup>. Il n'était donc pas nécessaire, pour mettre en oeuvre le mécanisme de la représentation, que le préposé agisse au nom de son patron : il avait suffi de constater que le tiers cocontractant, en l'espèce la compagnie de chemin de fer, avait eu connaissance de la qualité de mandataire de celui avec qui il avait contracté, ou du moins n'avait pu l'ignorer compte tenu des circonstances. Cette décision démontrait ainsi que l'agissement au nom du représenté n'était pas de l'essence de la représentation, mais seulement de sa nature.

409. On peut évidemment se demander si une décision aussi ancienne, émanant d'une juridiction de première instance, peut encore aujourd'hui servir de fondement à un raisonnement juridique de cette importance. Mais, la Cour de cassation, dans une affaire récente tout à fait similaire, a retenu la même solution<sup>3</sup>. En l'espèce, le dirigeant d'une entreprise s'était rendu personnellement dans les locaux d'une société de location de matériel vidéographique pour exprimer une demande de location, avait choisi le matériel

---

<sup>1</sup> Trib. civ. Seine, 9 octobre 1896, S. 1897.2.149.

<sup>2</sup> « Attendu [...] qu'il est constant qu'au moment où B. [le commis voyageur] remettait à la Compagnie les colis qui devaient l'accompagner, il agissait en qualité de préposé, c'est-à-dire de mandataire de M., son patron, et formait avec elle un contrat qui intéressait directement ce dernier ; que la forme et la nature des colis, ainsi que la carte de circulation présentée par B. au moment de l'enregistrement de ses bagages, ne pouvait laisser aucun doute sur sa qualité de voyageur de commerce ; qu'un lien de droit existe donc entre elle et M. dont B. n'était que le mandataire ».

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1990 : pourvoi n° 87-20.254.

qui lui convenait, et finalement, avait renvoyé au lendemain la conclusion du contrat, en indiquant au préposé de la société qu'il enverrait une personne chargée de le représenter. Pourtant, lorsque l'employée est venue retirer le matériel, la société imposa que le contrat soit libellé à son nom. Puis, comme le matériel ne fut pas restitué à la société de location, celle-ci assigna l'employée en remboursement de sa valeur. La Cour de cassation rejeta le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Celle-ci, malgré une action formelle en nom propre, n'avait pas hésité à retenir, au profit de l'employée, sa qualité de simple mandataire représentant de son patron, et en conséquence, avait décidé que la société de location, qui avait accepté la conclusion du contrat en parfaite connaissance de cette qualité, n'avait aucune action contre son cocontractant formel « à raison de l'inexécution d'engagements contractuels qui ne sont pas les siens ». La solution ne pouvait pas se justifier par la théorie de la simulation, car l'employée n'était pas un prête-nom de son patron : elle n'avait aucune volonté de tromper qui que ce soit. Elle n'était finalement qu'un représentant qui avait agi en son nom propre. L'action formelle en nom propre n'est donc pas apparue, pour la Cour de cassation, comme un obstacle à la mise en oeuvre du mécanisme de la représentation, puisque le tiers connaissait la qualité réelle de simple mandataire de son cocontractant : en effet, en acceptant de contracter avec l'employée en pleine connaissance de cause, on peut estimer qu'il avait implicitement accepté sa qualité de représentant, même s'il lui a imposé, par ailleurs, une action formelle en nom propre.

410. La définition de la représentation doit donc être reformulée car il résulte clairement de cette jurisprudence que le représentant peut agir pour le compte d'autrui, mais en son nom propre. Il reste néanmoins que, dans les deux affaires précitées, le tiers cocontractant connaissait, par un moyen autre que la désignation formelle du représenté dans l'acte, l'identité de ce dernier, ou du moins, l'existence de la représentation<sup>1</sup>. Dès lors, l'interposition de personne qui se réalise avec la complicité du tiers cocontractant n'est pas incompatible avec le mécanisme de la représentation, malgré une intervention formelle du représentant en son nom propre. Mais, au contraire, lorsque l'intervention *proprio nomine* d'un mandataire se réalise à l'insu du tiers, celui-ci ne peut pas partager, ni formellement, ni psychologiquement, avec le prête-nom une éventuelle intention de

---

<sup>1</sup> En effet, dans la première affaire, la compagnie de chemin de fer ignorait l'identité du commettant.

représenter, puisqu'il croit réellement que ce dernier agit pour son compte personnel. La représentation serait donc exclue dans cette hypothèse. Or, c'est précisément dans de telles situations, où le tiers est la victime de l'interposition de personne, que le besoin de lui accorder une action directe contre l'emprunteur de nom se fait le plus vivement sentir. Il serait donc bien utile de pouvoir démontrer que le mécanisme juridique de la représentation peut aussi s'appliquer dans cette situation. Cette démonstration suppose donc une remise en cause, ou du moins une nouvelle mise en perspective, de l'exigence traditionnelle d'un consentement personnel du tiers cocontractant à la représentation.

## § 2 : La démonstration de la compatibilité

411. La conception traditionnelle donne, en réalité, au tiers cocontractant une place trop importante dans le processus de mise en oeuvre de la représentation : en effet, sa volonté personnelle est posée comme une condition de déclenchement de ce mécanisme, au même titre que celle du représentant. Or, l'exigence d'une telle double volonté est incompatible avec l'idée d'un pouvoir qui appartiendrait au représentant : la décision du titulaire d'un pouvoir ne peut être qu'une manifestation unilatérale de volonté, libre et totalement indépendante de toute volonté extérieure<sup>1</sup>. En effet, si la décision de représenter autrui, prise par le représentant, ne suffisait pas, par elle-même, à déclencher le mécanisme de la représentation, du moins lorsque l'ensemble des conditions préalables à sa mise en oeuvre sont remplies, le représentant ne serait pas véritablement titulaire d'un "pouvoir", qui doit être entendu comme l'aptitude à décider unilatéralement pour autrui. Mais, d'un autre côté, il faut bien admettre que l'orientation des effets du contrat en direction du patrimoine du représenté ne peut pas se faire sans l'accord de toutes les parties contractantes, ce qui suppose, d'une part, une information du tiers cocontractant sur la mise en place du mécanisme de la représentation, et d'autre part, son acceptation corrélative. C'est dans la conciliation entre ces deux impératifs,

---

<sup>1</sup> Cf E. GAILLARD, *op. cit.*, n° 220, p. 140.

apparemment contradictoires, à savoir la protection des intérêts du tiers cocontractant (A), et le respect du caractère unilatéral et autonome de l'exercice de son pouvoir de représentation par le représentant (B), que se situe la résolution de la délicate question de la compatibilité entre l'interposition de personne et la représentation.

### **A. La protection des intérêts du tiers cocontractant**

412. En principe, l'exercice d'un pouvoir quelconque, ne doit dépendre que de la seule volonté de son titulaire. Mais, s'agissant du pouvoir de représentation, nous avons pu observer que celui-ci était obligatoirement lié à la conclusion d'un contrat principal sur lequel ce mécanisme doit se greffer, afin d'en orienter les conséquences juridiques en direction d'une personne étrangère (le représenté). La représentation devient alors un élément du contrat principal conclu entre le représentant et le tiers cocontractant. Il paraît donc tout à fait logique que ce dernier ait son mot à dire sur la mise en place du mécanisme de la représentation. Pourtant, la personne interposée, en agissant en son nom propre, ne lui permet pas de connaître, et *a fortiori*, d'accepter ou de refuser cet élément du contrat. Est-ce suffisant pour empêcher la mise en place de ce mécanisme ? Pour répondre à cette question fondamentale, il nous faut étudier, plus précisément, les conséquences, sur la conclusion du contrat principal, de l'absence de consentement du tiers cocontractant (1), ainsi que celles de son absence d'information (2).

#### **1. Les conséquences de l'absence de consentement du tiers**

413. Une représentation peut-elle avoir lieu et produire tous ses effets ordinaires sans que le tiers cocontractant n'ait à donner son consentement ? En réalité, il convient de répondre d'une manière nuancée à cette question, en prenant bien soin de distinguer, comme nous l'avons fait précédemment remarquer, les conditions qui sont propres au mécanisme de la représentation des conditions du droit commun des obligations qui sont imposées pour la conclusion du contrat principal lui-même. En effet, l'acceptation de la représentation par le tiers cocontractant n'est pas, et ne peut pas être, en soi, une condition de déclenchement de ce mécanisme, car le pouvoir du représentant doit être nécessairement exercé de manière libre et indépendante de toute volonté étrangère.

Cependant, la détermination de l'identité des « sujets d'imputation des effets » du contrat principal, qui résulte effectivement d'une décision unilatérale du remplaçant de représenter ou de ne pas représenter celui qu'il remplace, devient ensuite *ipso facto* un des éléments du contrat, au même titre, par exemple, que la détermination de l'objet du contrat, de l'étendue des obligations réciproques des parties ou bien des modalités de paiement. Il est donc intéressant de rappeler quelles sont les conséquences habituelles de l'absence d'accord des parties sur l'un des éléments d'un contrat, pour pouvoir les transposer ensuite à l'hypothèse particulière d'une absence d'accord des parties sur l'élément "représentation".

414. Il résulte logiquement de la théorie de l'autonomie de la volonté que seuls les éléments à propos desquels chacune des parties contractantes a donné son consentement peuvent, en principe, acquérir une valeur obligatoire et s'intégrer au contrat. Mais il serait abusif d'en déduire la nécessité, pour les parties, de se mettre d'accord sur tous les éléments imaginables du contrat : il leur est impossible de tout prévoir dans les moindres détails ! En réalité, les différents éléments du contrat ne présentent pas tous forcément la même importance. En effet, en ce qui concerne la formation du contrat, le consentement de chacune des parties contractantes s'avère nécessaire uniquement sur les éléments essentiels, c'est-à-dire ceux « sans lesquels il serait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue »<sup>1</sup>. Il est vrai que cette définition reste imprécise et laisse, en général, à la jurisprudence une large part de liberté dans la détermination de ce qui peut constituer un élément essentiel du contrat<sup>2</sup> : il semble cependant peu probable que l'identité des « sujets d'imputation » constitue l'un de ces éléments indispensables à la caractérisation précise de la convention. En effet, la nature d'un contrat ne dépend pas des personnes à l'égard desquels il doit produire ses effets. L'absence d'accord des parties sur l'élément "représentation" ne constitue donc pas, en soi, un obstacle réel à la formation du contrat.

415. Toutefois, pour être plus précis, il faut observer que l'absence d'accord peut se présenter sous deux formes différentes qu'il convient de distinguer : l'hypothèse du

---

<sup>1</sup> Jean-Louis AUBERT, « Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat », thèse Paris, 1970, n° 52.

<sup>2</sup> Cf l'évolution de la jurisprudence à propos du prix dans les contrats de vente.

non-accord pur et simple, et celle du désaccord. Il peut y avoir ainsi non-accord entre les parties sur un élément du contrat, soit tout simplement parce qu'elles n'ont pas envisagé ensemble ce point, soit parce qu'elles ont dû constater, à l'issue des négociations, un désaccord entre elles sur ce point, et ont néanmoins décidé de passer outre et de conclure le contrat sans régler au préalable la difficulté. Dans les deux cas, le contrat est alors valablement formé, puisque seul l'accord des parties sur les éléments essentiels est nécessaire à sa formation. Au contraire, l'hypothèse du désaccord est un peu plus complexe : en effet, il n'empêche pas directement la formation initiale du contrat, mais est susceptible de constituer, pour l'une des parties, un vice du consentement pouvant entraîner éventuellement sa nullité. Certes, il appartient au représentant seul de prendre la décision de représenter : le consentement du tiers cocontractant n'est requis, ni pour la mise en oeuvre du mécanisme de la représentation, ni pour la formation du contrat principal. Mais, le tiers cocontractant ne doit-il pas, au moins, en être initialement informé, faute de quoi son consentement à la conclusion du contrat principal risquerait d'être vicié ?

## **2. Les conséquences de l'absence d'information du tiers**

416. Supposons l'hypothèse d'un contrat formé avec un désaccord, entre les parties, sur l'identité des « sujets d'imputation », à savoir que le représentant a décidé de représenter, tandis que le tiers cocontractant croyait que le lien de droit s'était établi seulement avec le représentant : telle est évidemment la situation qui résulte de la conclusion d'une convention principale par un prête-nom qui cache volontairement au tiers cocontractant sa qualité réelle d'intermédiaire. Il est possible que ce dernier, s'il avait su la vérité, aurait refusé de contracter, du moins aux mêmes conditions : il pourra alors demander éventuellement l'annulation du contrat pour erreur sur la personne ou pour dol, si les conditions en sont réunies. Or, aux termes de l'article 1110 du Code civil, l'erreur « n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de cette convention ». Dès lors, il est incontestable que, pour tout contrat conclu *intuitu personae*, le tiers cocontractant doit être informé, préalablement à sa conclusion, de l'existence éventuelle de la représentation et de



l'identité du représenté, ce qui lui permet ainsi, le cas échéant, de ne pas donner son consentement au contrat. Il n'a donc pas directement à consentir à la représentation, mais peut cependant s'y opposer indirectement en refusant de contracter, si la personne du représenté ne lui convient pas. Et, dans le cas où ces informations lui auraient été cachées, il peut demander *a posteriori*, et dans les conditions de droit commun, la nullité de la convention pour erreur sur la personne.

417. On peut, en outre, se demander si le fait que le prête-nom ait sciemment occulté de révéler au tiers sa qualité ne constitue pas également un dol : en effet, aux manoeuvres, proprement dites, pratiquées par l'une des parties contractantes contre l'autre, la jurisprudence assimile souvent le mensonge, et notamment le mensonge par réticence. Par conséquent, dès lors que le prête-nom a, par son silence, volontairement dissimulé au tiers cocontractant sa qualité de représentant, ce dernier est en droit de demander ensuite l'annulation du contrat pour dol, à condition d'en démontrer le caractère déterminant, c'est-à-dire de démontrer que, s'il avait connu la qualité réelle de son cocontractant et l'identité du représenté, il aurait refusé de contracter. Il en résulte donc une obligation d'information, qui pèse sur le représentant, et relative à sa qualité réelle et à l'identité du représenté, mais uniquement dans ces situations particulières où la considération de la personne du cocontractant est déterminante pour le tiers. En dehors de ces hypothèses, le contrat peut donc être alors valablement formé, et le mécanisme de la représentation peut être déclenché, sans que le tiers cocontractant n'ait à donner un quelconque consentement, et même sans qu'il soit nécessaire de l'en informer. Lorsque le contrat n'est pas conclu *intuitu personae*, l'intermédiaire peut donc librement prendre la qualité de représentant et lier le représenté, tout en dissimulant ces éléments du contrat au tiers cocontractant, par exemple en agissant en son nom propre.

418. Il reste cependant que, si la dissimulation de l'identité du véritable sujet d'imputation, c'est-à-dire de la personne représentée, n'est pas un obstacle théorique au déclenchement du mécanisme de la représentation, elle peut tout de même poser une difficulté pratique évidente lorsqu'il s'agira d'exécuter le contrat : en effet, comment faire produire au contrat ses conséquences si l'on ignore l'identité de la personne à qui elles doivent être attribuées ? Comment le tiers cocontractant peut-il, par exemple,

obtenir le paiement du prix, s'il ignore qui en est le véritable débiteur ? Il semble donc que l'information sur l'existence de la représentation et sur l'identité du représenté constitue, au moins, une *condition de mise en oeuvre matérielle* du mécanisme de la représentation : à ce titre, elle doit donc rester aussi restreinte que l'obstacle matériel qu'elle vise à pallier. Il en résulte alors un certain nombre d'observations que nous pouvons faire à propos de cette condition. D'abord, cette information ne se révèle nécessaire qu'à partir de la phase d'exécution du contrat : le représentant n'est donc pas tenu de manifester son intention de représenter et de dévoiler l'identité du représenté dès la conclusion de l'acte. Il peut garder le secret pendant un certain temps au delà de la formation du contrat sans que cela n'affecte ni la validité de l'opération, ni la mise en place du mécanisme de la représentation. Nous avons pu constater, à plusieurs reprises, l'importance que cette observation pouvait avoir pour l'analyse juridique de certaines formes d'interposition de personne, et en particulier pour la technique de la déclaration de command.

419. Nous pouvons, sans doute, aller encore plus loin et constater que, dans certaines circonstances, la révélation de telles informations au tiers cocontractant n'est même pas nécessaire pour faire produire à la convention toutes ses conséquences. C'est d'ailleurs une situation assez fréquente, en matière d'interposition de personne, dès lors que la personne interposée a la qualité de représentant du maître de l'affaire. Supposons ainsi un prête-nom qui se porte acquéreur d'un bien pour le compte d'un emprunteur de nom, qu'il représente juridiquement, mais tout en dissimulant au vendeur sa qualité de représentant. Ne connaissant alors que le prête-nom, le tiers cocontractant (vendeur) lui réclamera le paiement du prix, bien qu'il n'en soit pas le véritable débiteur. Mais, afin de conserver le secret sur l'identité du maître, le prête-nom acceptera alors d'effectuer lui-même le paiement : celui-ci sera parfaitement libératoire, aussi bien pour le créancier que pour le véritable débiteur, puisque le prête-nom a la qualité (secrète) de représentant du maître, et qu'il a donc pu valablement payer à la place de ce dernier. Par conséquent, la connaissance, par le tiers, de l'identité du véritable débiteur n'a aucune importance. Quant à la détermination de la propriété du bien, elle restera incontestablement faussée par la manoeuvre d'interposition de personne, puisqu'aux yeux de tous, c'est le prête-nom qui sera considéré comme propriétaire, tandis qu'en réalité, cette qualité repose sur

la tête du maître de l'affaire. Mais, une telle incertitude ne présente finalement aucun inconvénient particulier, tant qu'aucun conflit n'apparaît entre le prête-nom, propriétaire apparent, et son emprunteur de nom, propriétaire réel, ou leurs ayants cause (par exemple, des créanciers saisissants).

Supposons ensuite que, quelques années plus tard, le prête-nom, toujours en sa qualité secrète de représentant du maître de l'affaire, vende lui-même le bien à un sous-acquéreur. Le prix en sera alors valablement payé par celui-ci au prête-nom : en effet, selon sa qualité apparente, le prête-nom en est le créancier, tandis que, selon sa qualité réelle, il est le représentant du véritable créancier, et à ce titre, il est habilité à recevoir le paiement. Quant à la propriété, elle sera transmise, sans difficulté, au sous-acquéreur : il lui importe peu, en effet, de savoir qu'elle ne lui a pas été véritablement transmise du patrimoine du prête-nom, propriétaire seulement apparent, mais de celui d'une autre personne qu'elle ne connaît pas, propriétaire réel, puisque, de toute manière, elle pourra toujours s'adresser, en cas de problème, au prête-nom, qui a conservé sa qualité de représentant du véritable vendeur. On peut donc constater que les conséquences de ces deux contrats successifs se sont effectivement produites sans que l'identité du véritable sujet d'imputation ne soit, à aucun moment, dévoilée : la personne interposée, en sa qualité de représentant secret, a pu conclure l'opération pour le compte du maître de l'affaire, puis prendre pour elle, en cette même qualité secrète, toutes les conséquences de ces opérations, et exécuter valablement les deux contrats à la place du véritable sujet d'imputation.

Il résulte de cet exemple que la révélation de la qualité de représentant, et de l'identité du représenté, n'est absolument pas indispensable à la mise en oeuvre concrète du mécanisme de la représentation, qui peut parfaitement produire tous ses effets de manière automatique et secrète<sup>1</sup>. C'est alors uniquement lorsque le prête-nom, le maître de l'affaire ou un tiers, intéressé et bien informé, veulent mettre fin à l'interposition de personne et rétablir chacun dans son "véritable rôle" qu'il deviendra nécessaire de constater la vérité et de rendre publics les effets que la représentation avait secrètement produits.

---

<sup>1</sup> L'opération de commission à la vente ou à l'achat de marchandises nous en offre également un parfait exemple : nous savons que, s'agissant des effets réels, le lien entre le commettant et le tiers cocontractant est direct (le commissionnaire n'est, à aucun moment, propriétaire du bien qu'il a acheté ou vendu pour le compte du commettant). Nous avons donc conclu à l'existence d'une représentation partielle (limitée aux effets réels). Or, le commissionnaire ne révèle pas au tiers cocontractant l'identité de son commettant.

420. Il en résulte que, sauf exceptions, le déclenchement et la mise en oeuvre concrète du mécanisme de la représentation ne suppose, ni le consentement préalable du tiers cocontractant (*contemplatio domini*, au sens traditionnel), ni même une quelconque information de celui-ci. En effet, il suffit que le représentant, muni de son pouvoir de représentation, décide unilatéralement de représenter. En outre, la manifestation de son intention de représenter peut intervenir aussi bien pendant la conclusion du contrat principal, que postérieurement à celle-ci. Mais d'ailleurs, cette intention, en elle-même, doit-elle être nécessairement forgée, dans l'esprit du représentant, au moment précis de la formation du contrat principal ? L'intermédiaire peut-il réaliser l'opération pour le compte de celui qu'il remplace sans avoir à décider immédiatement s'il prend la qualité de représentant ou celle de remplaçant non représentant ? L'enjeu de cette question est évident, au regard de la qualification de « représentation optionnelle » que nous avons attribuée à certaines formes d'interposition de personne. Il apparaît cependant que prendre la décision de représenter ou de ne pas représenter, c'est orienter les effets de l'acte, soit en direction du représenté, soit en direction du remplaçant lui-même, c'est-à-dire désigner le sujet d'imputation des effets du contrat. Or, nous avons pu constater que le contrat principal peut être valablement formé sans aucun accord entre les parties sur cet élément, et même sans que le tiers cocontractant n'ait à recevoir une quelconque information sur ce point. En effet, la détermination des sujets d'imputation affecte uniquement les conséquences du contrat : rien n'impose donc qu'elle soit effectuée dès sa formation. On peut alors imaginer, et l'exemple de la clause de réserve de command nous permet d'ailleurs de le confirmer, que le représentant ne soit pas obligé de prendre immédiatement sa décision. L'exercice de son pouvoir de représentation est donc, non seulement, unilatéral, mais aussi totalement autonome par rapport à la conclusion du contrat principal.

### **B. L'exercice autonome et unilatéral du pouvoir de représentation**

421. Nous avons affirmé que la mise en place du mécanisme de la représentation ne nécessitait pas une coïncidence temporelle entre le moment de la prise de décision, par le représentant, de son intention de représenter et la conclusion du contrat principal.

Ce dernier peut être valablement formé, bien que la détermination du sujet d'imputation reste temporairement en suspens. Il convient cependant d'apporter à cette affirmation une importante nuance : en effet, la représentation est, non seulement un mécanisme qui affecte les conséquences de l'acte, mais qui touche également à sa cause, à sa formation. C'est d'ailleurs le principal reproche que nous avons adressé à la théorie évoquée précédemment, selon laquelle la représentation doit être analysée comme une modalité de l'acte juridique. Nous avons fait remarquer que la modalité, au sens juridique du terme, ne peut affecter que les effets de l'acte, tandis que la représentation concerne aussi la phase de formation du contrat<sup>1</sup>. Or, s'il est assez facile d'admettre que le choix du sujet d'imputation puisse effectivement avoir lieu postérieurement à la conclusion du contrat, il est plus difficile d'imaginer que l'acte juridique puisse se former sans que soit déterminé simultanément à quelle prérogative de son auteur celui-ci doit être rattaché : en manifestant son intention de contracter, le remplaçant a-t-il exercé son propre « droit subjectif » ou a-t-il exercé « le droit dont une autre personne est attributaire »<sup>2</sup> ? Il est donc important de savoir si cette indétermination est réellement un obstacle à la formation du contrat principal.

422. Il nous semble que tel n'est pas le cas. En effet, il faut d'abord remarquer que, contrairement à la formule employée ci-dessus, nous avons considéré que le représentant n'exerçait pas le droit d'autrui, mais son propre droit à engager autrui (son « pouvoir ») : l'indétermination ne porte donc pas entre le droit de l'un et le droit de l'autre, mais entre deux droits dont est titulaire la même personne. En outre, dans notre système juridique, il semble que l'absence de droit ou de « pouvoir » de la part de l'un des contractants n'empêche pas la formation des contrats : en effet, contrairement à l'absence de consentement de l'une des parties, qui constitue un véritable obstacle à l'existence même du contrat, l'absence de droit ou de « pouvoir » n'est qu'une cause de nullité, voire d'inopposabilité de l'acte, au même titre, par exemple, que l'absence de capacité de l'une des parties ou l'illicéité de l'objet ou l'immoralité de la cause. Or, de telles irrégularités peuvent être effacées par la survenance de certaines circonstances, qui donneront rétroactivement pleine efficacité au contrat : par exemple, la confirmation de

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 382.

<sup>2</sup> Formule de M. Storck, *op cit.*, n° 130, p. 97.

l'acte par la partie incapable, une fois qu'elle est devenue capable, supplée l'absence initiale de capacité. De même, la ratification par le mandant d'un acte accompli par le mandataire sans pouvoir permet de suppléer à cette absence initiale de pouvoir. Dès lors, si le pouvoir de représentation peut être accordé au représentant *a posteriori*, par l'effet d'une ratification, et avec effet rétroactif, nous pouvons alors affirmer, à plus forte raison, que l'utilisation de ce pouvoir peut également intervenir postérieurement à la formation du contrat.

Seule la volonté de contracter est véritablement nécessaire pour donner une existence à l'acte, tandis que le rattachement de cette manifestation de volonté, soit à un droit subjectif personnel, soit à un pouvoir de représentation d'autrui, donne seulement une valeur obligatoire à cet acte, encore imparfait, en orientant ses effets en direction de l'intermédiaire ou en direction du maître de l'affaire. Les deux aspects peuvent donc être parfaitement disjoints et intervenir à des moments différents. Dans ces conditions, rien n'empêche alors l'intermédiaire de réaliser l'opération juridique, sans déterminer immédiatement s'il prendra ou non la qualité de représentant : il disposera alors d'une option, au sens juridique du terme. La qualification de « représentation optionnelle » n'est pas une formule absurde. Le pouvoir de représentation d'autrui est une prérogative personnelle du représentant, qu'il peut exercer librement, de manière unilatérale, et en toute indépendance par rapport à la volonté des autres intéressés.

423. L'ensemble de ces observations nous amènent à conclure dans le sens de la compatibilité entre le mécanisme de la représentation et la technique de l'interposition de personne. Il aura fallu, pour cela, dénoncer comme abusive l'une des conditions habituellement exigées par la doctrine pour la mise en oeuvre de la représentation : si le représentant doit effectivement avoir l'intention de représenter, le tiers cocontractant n'a pas à partager cette intention, ni même à en être informé (sauf pour les conventions conclues *intuitu personae*). La manifestation de cette intention n'est même pas toujours utile pour la mise en oeuvre concrète des conséquences juridiques du mécanisme de la représentation : celui-ci peut parfois produire ses effets secrètement, sans qu'aucun obstacle matériel ne nécessite une révélation publique de son existence. Quant à la formation intellectuelle de cette intention de représenter, elle peut être disjointe de la conclusion du contrat principal, et faire l'objet d'un droit d'option accordé à la personne

interposée, comme dans le procédé de la clause de réserve de command ou de la clause de substitution. Ces précisions étant apportées, il ne faut cependant pas en conclure que toute personne interposée peut recevoir la qualité de représentant : seule la compatibilité entre les deux mécanismes a été démontrée. Nous avons pu déterminer, au cas par cas, les différentes techniques d'interposition de personne qui contiennent les éléments nécessaires à la mise en place du mécanisme de la représentation. Il nous reste maintenant à étudier les conditions de la théorie de la simulation.





## **CHAPITRE DEUXIÈME :**

### **LES CONDITIONS DE LA SIMULATION**

424. Définie, dans un sens large, comme la technique qui « consiste, de la part d'une ou de plusieurs personnes, à scinder une apparence d'une réalité dans un but d'illusion »<sup>1</sup>, la simulation apparaît comme une manifestation du mensonge dans la vie juridique. Elle implique en effet la création volontaire d'une situation ostensible, qui sera portée à la connaissance de tous, mais qui ne traduit pas exactement la situation réelle, laquelle demeure, au contraire, cachée aux yeux du plus grand nombre. Tel est le cas, par exemple, lorsque les parties à un contrat de vente énoncent dans l'acte un prix inférieur au prix réellement payé dans le but de restreindre l'assiette d'imposition

---

<sup>1</sup> Jean ABEILLE, « La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés », thèse Aix-Marseille, 1938, p. 73.

correspondante ; ou bien, au contraire, lorsqu'un prix supérieur au prix réellement envisagé est déclaré dans une promesse de vente en vue d'obtenir du banquier un crédit plus conséquent. Il est important de relever le caractère prémédité de cette divergence entre l'apparence et la réalité, car elle n'est que la traduction de la volonté de tromper qui anime les utilisateurs de cette technique. Il y a donc une différence de degré entre la simulation et la dissimulation : en effet, le simulateur ne se contente pas de préserver le secret sur tel ou tel aspect de la vérité, mais va jusqu'à créer une apparence trompeuse. Aussi la simulation implique-t-elle généralement un mensonge positif, des manoeuvres plus ou moins élaborées. Mais il n'est pas douteux que la simple dissimulation (le mensonge par réticence) peut également constituer une forme de simulation, lorsqu'elle est, elle aussi, destinée à tromper les tiers. Il ne faut donc pas confondre intention de cacher et intention de tromper. Or, l'interposition de personne est souvent présentée comme une technique de dissimulation volontaire d'identité, mais sans aucune précision relative à l'intention du dissimulateur. Nous avons pu constater toutefois que son utilisation n'est pas, le plus souvent, motivée par un simple désir de discrétion, mais par une véritable volonté d'induire les tiers en erreur, en vue d'atteindre un résultat que la révélation de l'identité du maître de l'affaire n'aurait pas permis de réaliser. Les éléments essentiels de la simulation semblent donc présents dans ces nombreuses situations d'interposition de personne. Peut-on alors conclure à une compatibilité entre les deux techniques ?

425. Il est vrai que la doctrine traditionnelle a toujours admis cette compatibilité, enseignant généralement que, lors de la conclusion d'un contrat, la simulation peut porter aussi bien sur le consentement même des parties (opération fictive), que sur la nature réelle de la convention (par exemple, donation déguisée en vente), sur son objet, c'est-à-dire l'étendue réelle des prestations dues (par exemple, prix fictif) ou enfin sur l'identité de l'une des parties (c'est l'hypothèse de l'interposition de personne). Mais, une partie de la doctrine moderne préconise de retenir une conception plus restrictive de la simulation : en effet, en se basant sur une analyse exégétique du seul texte de portée générale existant en la matière - l'article 1321 du Code civil, qui dispose que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers » -, elle affirme que la simulation suppose obligatoirement

la coexistence de deux conventions contradictoires conclues entre les mêmes parties, la première étant apparente, mais mensongère, et la seconde, la contre-lettre, étant exacte, mais secrète. Or, la convention de prête-nom est bien un acte secret, mais elle n'est pas conclue entre les mêmes parties que l'acte apparent. Dès lors, seul un accord secret établi entre le prête-nom et le tiers cocontractant, par lequel ceux-ci préciseraient que l'action formelle du prête-nom en son nom propre n'est qu'un leurre destiné à cacher le véritable maître de l'affaire, pourrait constituer une contre-lettre. C'est pourquoi, ces auteurs reprennent la distinction, que nous avons déjà évoquée, entre la dissimulation conventionnelle, c'est-à-dire celle qui est mise en place avec l'accord et la complicité du tiers cocontractant, et la dissimulation unilatérale, c'est-à-dire celle qui se fait à son insu (et le plus souvent, à son détriment). Dans le premier cas, il y aurait contre-lettre, et donc simulation par interposition de personne. Dans le second cas, il n'y aurait aucun accord simulatoire entre les parties destiné à tromper les tiers, mais uniquement la volonté unilatérale de l'une des parties de tromper l'autre, son cocontractant. Même si nous avons vu que la jurisprudence a fermement condamné cette distinction<sup>1</sup>, la thèse du caractère nécessairement conventionnel de la simulation mérite d'être étudiée.

426. Toutefois, à l'encontre de cette conception restreinte, certains auteurs ont fait valoir que la notion de simulation devait recouvrir une réalité beaucoup plus large : en effet, la dissimulation volontaire d'un aspect de la vérité dans le but de tromper est un phénomène qui dépasse largement le cadre strict des contrats et dont il faut pouvoir tenir compte dans son ensemble. D'ailleurs, la jurisprudence a créé, depuis longtemps, une voie de droit particulière, appelée « action en déclaration de simulation », qui permet à toute personne intéressée de demander au juge le rétablissement de la vérité et l'application consécutive du régime juridique correspondant<sup>2</sup> : il serait alors choquant de limiter l'ouverture de cette action aux seules hypothèses de simulation conventionnelle,

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1976 : Bull. civ. I, n° 64, p. 51 ; JCP 1976.IV.119 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : Defrénois 2001, article n° 37309, p. 237, n° 7, obs. R. LIBCHABER ; JCP 2001.II.10645, note T. AZZI.

<sup>2</sup> La formule « action en déclaration de simulation » est d'ailleurs maladroite, car il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une action spécifique et autonome, mais simplement d'une opération qui consiste, dans le cadre d'une autre action quelconque (action en nullité, action en revendication ...), à établir, au delà des apparences, la réalité des faits, en vue de leur faire produire ensuite les conséquences juridiques normales qui doivent résulter de l'action principale engagée. La prétendue « action en déclaration de simulation » ne peut donc, en aucun cas, être exercée à titre principal et pour le seul plaisir de voir la vérité triompher.

laissant ainsi le champ libre au mensonge, pourvu qu'il soit unilatéral ... Ces deux thèses paraissent séduisantes, et le choix entre la conception extensive et la conception restrictive semble difficile. Il est cependant essentiel pour le sujet qui nous intéresse dans la mesure où l'application du régime de la simulation à l'hypothèse du prête-nom en dépend. Mais, en réalité, nous pourrions constater que ces deux thèses ne sont pas véritablement contradictoires, car elles ne se placent pas sur un plan identique : traduisant l'ambiguïté de la notion de simulation (Section 1), elles répondent à des considérations différentes. La première s'intéresse au procédé de la simulation ; la seconde s'intéresse à l'article 1321 du Code civil, dont il faut admettre que le champ d'application est plus restreint que le procédé en lui-même. Dès lors, la seule véritable question, c'est celle du bien-fondé d'une extension jurisprudentielle de la solution de l'article 1321 au procédé simulatoire, dans son ensemble, par la reconnaissance d'une théorie générale de la simulation (Section 2).

## SECTION 1 : L'AMBIGUÏTÉ DE LA NOTION DE SIMULATION

427. Quel sens le langage courant donne-t-il au verbe « simuler » ? Provenant du latin *simulare* qui signifie feindre, il est généralement défini ainsi : « faire paraître comme réelle une chose qui ne l'est pas »<sup>1</sup>. Or, cette courte définition suffit à faire ressortir les deux principales caractéristiques de la simulation : une divergence entre l'apparence et la réalité et le caractère volontaire de la création de cette divergence, marquée par l'emploi du verbe « faire ». Simuler, c'est donc mentir, tricher, tromper, abuser les tiers, qui n'ont que ce qu'ils perçoivent de l'apparence pour se faire une idée sur la réalité. La motivation du simulateur peut être tout à fait légitime : cacher la vérité est souvent pour lui un moyen efficace de se protéger des nombreuses agressions que les autres peuvent être tentés de diriger contre sa personne ou ses biens, ou des obstacles que ceux-ci peuvent apporter à ses activités les plus diverses. Ainsi, pendant la dernière guerre, certains juifs ont cherché à échapper à la répression opérée à leur encontre par les autorités du gouvernement de Vichy en tentant d'obtenir de faux certificats de baptême : ils ont donc *simulé* une appartenance à la religion catholique en vue de *dissimuler* leur appartenance réelle à la religion juive. C'est le même raisonnement qui

---

<sup>1</sup> Définition commune (à quelques nuances près) aux trois principaux dictionnaires de langue française : Larousse, Robert et Littré.

conduira, par exemple, un candidat à une fonction électorale, à une carrière artistique ou simplement à un emploi quelconque, à *dissimuler* son homosexualité par des artifices multiples lui permettant de *simuler* une prétendue hétérosexualité dans le but d'échapper à une éventuelle discrimination liée à sa véritable personnalité : ceux-ci peuvent d'ailleurs aller jusqu'à la contraction d'un mariage de pure complaisance. Le procédé est également utilisé par le délinquant qui *dissimule* sa participation réelle à une activité criminelle en *simulant* une participation à autre activité ("alibi") qui impliquerait sa présence en un lieu différent de celui du crime et tendrait ainsi à le disculper aux yeux des enquêteurs.

La simulation, ainsi que la dissimulation qui en constitue le corollaire, apparaît comme un procédé typiquement humain dont le domaine semble illimité. Au contraire, la contre-lettre est définie comme un acte (au sens d'*instrumentum*) secret dans lequel les parties à un autre acte ostensible affirment le caractère mensonger de certaines de ses énonciations, et manifestent la volonté réelle qui se dissimulait derrière cette apparence. Même si cette seconde définition peut être nuancée, d'une manière plus ou moins restrictive, en fonction des diverses opinions doctrinales, il apparaît, de toute manière, impossible de lui donner une portée aussi vaste que celle du procédé juridique, dans son ensemble. Il faut donc prendre soin de distinguer le « champ d'exercice naturel du procédé de la simulation dans la vie juridique »<sup>1</sup> du champ d'application du seul texte de portée générale régissant la matière, l'article 1321 du Code civil, qui ne vise qu'un aspect particulier de ce procédé, celui de la contre-lettre. En effet, si la technique de l'interposition de personne peut relever du procédé simulatoire (§ 1), elle est exclue du champ d'application de la théorie des contre-lettres (§ 2).

---

<sup>1</sup> Jean ABEILLE, « La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés », thèse Aix-Marseille, 1938, p. 53.

## § 1 : La compatibilité de l'interposition de personne

### avec le procédé simulatoire

428. Les applications pratiques de la simulation sont innombrables. Cependant, il convient de ne pas confondre le procédé technique et la notion juridique : en effet, tout ce qui entre dans la vie quotidienne n'intéresse pas forcément le Droit. Dès lors, employer la notion de simulation pour désigner toutes les hypothèses de mensonge ou de tromperie par création volontaire d'une fausse apparence, aboutirait à priver celle-ci d'un quelconque intérêt juridique. Elle ne serait plus qu'un mot, vague et dénué de conséquences précises, que l'on pourrait alors facilement remplacer par un autre. Le langage juridique ne peut se contenter d'une telle imprécision. D'ailleurs, il n'existe de concept juridique que si l'ensemble des éléments qui entrent dans sa définition sont unis soit par des conséquences juridiques identiques ou de même nature, soit, pour le moins, par une problématique juridique commune. On ne peut en effet mettre sur le même plan, par exemple, les plaintes de l'hypocondriaque qui *simule* une maladie et la conclusion d'un contrat de vente fictif destiné à *simuler* un transfert de propriété. En fait, le procédé de la simulation ne peut concerner le Droit que si son utilisation est de nature à modifier

l'ordonnement normal des rapports de droit, c'est-à-dire lorsque les règles qui sont normalement applicables à la situation réelle risquent d'être écartées à cause de cette création volontaire d'une fausse apparence semblant commander l'application d'un régime juridique différent. Que l'hypocondriaque soit réellement ou fictivement malade ne change rien à sa situation juridique. Par conséquent, toute situation ou toute activité qui ne produit, par elle-même, aucun effet de droit particulier n'est susceptible de simulation que dans le sens général du procédé technique, mais ne peut, en aucun cas, entrer dans le domaine de la notion juridique.

429. Au contraire, lorsqu'un certain nombre de conséquences juridiques précises sont attachées exclusivement à la constatation de l'existence d'une situation particulière, la simple mise en place d'une apparence mensongère peut suffire à exclure, aux yeux de tous ceux qui se laissent tromper par l'imposture, les conséquences juridiques normales que la situation réelle commandait. Le champ d'exercice naturel du procédé de la simulation dans la vie juridique, loin de se limiter au seul domaine des contrats, s'étend alors à toutes ces situations, dites "juridiques", auxquelles le droit positif attache des effets précis, puisqu'il est toujours techniquement possible d'y échapper en créant une fausse apparence. Retenir le caractère nécessairement conventionnel de la simulation, c'est donc ne vouloir connaître de celle-ci « qu'un type particulier, celui qui donne lieu à l'établissement d'une contre-lettre, en laissant à l'écart nombre de ses manifestations les plus authentiques »<sup>1</sup>. D'ailleurs, les partisans de cette conception large affirment que la jurisprudence n'a jamais hésité à reconnaître l'existence d'une simulation dans le cadre d'un acte juridique unilatéral (A) ou d'un fait juridique (B), hypothèses qui, par définition, se situent en dehors du domaine des conventions. Dans ce cas, il n'y aurait plus aucun doute sur la compatibilité de la technique de l'interposition de personne avec la notion de simulation. Peut-on alors effectivement invoquer ces décisions comme la preuve indiscutable d'une orientation jurisprudentielle en faveur de la conception large de la notion juridique de la simulation ? Malheureusement, une analyse détaillée de ces décisions nous conduira souvent à une conclusion plus nuancée.

---

<sup>1</sup> J. ABEILLE, *op. cit.*, p. 19.



## A. Le procédé simulatoire dans le cadre d'un acte juridique unilatéral

430. A une partie de la doctrine qui affirmait l'impossibilité de rencontrer la simulation dans le cadre d'un acte unilatéral en raison de son caractère nécessairement conventionnel, Michel DAGOT<sup>1</sup>, principal défenseur de la conception large, opposait plusieurs décisions qui semblent démontrer le contraire. Il en est ainsi, par exemple, de celles qui attribuent la qualification de donations déguisées à des libéralités qui prennent la forme de reconnaissances de dette fictives ou de transferts fictifs de titres nominatifs. Déjà en 1878, un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation admettait une telle hypothèse<sup>2</sup>. En effet, une certaine Demoiselle VILLEMONEIX avait, par acte notarié, reconnu devoir à sa domestique, Marie SOIRAT, une somme de 20.000 francs que « ma succession payera après mon décès ». Bien que cet acte fut qualifié de billet à ordre et en revêtit toutes les formes, il constituait en fait une libéralité, comme le reconnaissait Marie SOIRAT elle-même. C'est pourquoi, les héritiers de la donatrice en demandèrent l'annulation au motif qu'il constituait une fraude à la loi dans la mesure où, Marie SOIRAT étant mineure, le déguisement de la libéralité en acte unilatéral avait pour seul but de dispenser celle-ci de la formalité de l'acceptation, puisque toute donation doit être acceptée par le donataire. La Chambre des requêtes rappela alors la règle selon laquelle les libéralités déguisées doivent respecter les conditions de fond habituelles des libéralités (capacité à donner, capacité à recevoir, etc.), ainsi que les conditions de forme des actes dont elles prennent l'apparence. En conséquence, une libéralité faite sous la forme d'un acte unilatéral de reconnaissance de dette n'est pas assujettie à la formalité de l'acceptation. La Cour de cassation semblait donc admettre la possibilité d'une simulation indépendante d'un quelconque « accord simulatoire » entre le simulateur (la donatrice) et le tiers cocontractant (la donataire).

431. Pourtant, sur le fondement de cette jurisprudence, il peut paraître surprenant que, quelques années plus tard, la juridiction suprême ait rendu un arrêt de cassation<sup>3</sup> à l'encontre de l'arrêt d'une cour d'appel qui avait admis la validité d'une libéralité faite

---

<sup>1</sup> Michel DAGOT, « La simulation en droit privé », thèse Toulouse, 1967.

<sup>2</sup> Req., 3 décembre 1878 : D. 1879.1.271.

<sup>3</sup> Civ., 18 octobre 1909 : D. 1910.1.462.

sous la forme d'un transfert unilatéral de titres nominatifs. Devait-on interpréter cette nouvelle décision comme un revirement de jurisprudence ? Tout au contraire, la Cour de cassation, loin de prétendre s'en écarter, réaffirmait clairement la règle posée par ses décisions antérieures. Mais, elle y apporta une précision qui détruit la conclusion hâtive que les partisans de la conception large de la simulation en avaient tirée. En effet, un certain MORIZOT avait fait immatriculer sur les registres de la Compagnie du chemin de fer Paris-Lyon-Méditerranée, 41 obligations de cette société au nom de son petit-fils Paul GUÉRARD. Ce dernier, après le décès de son grand-père, avait vendu ses actions à la Compagnie LE PHÉNIX. C'est à cette occasion que la veuve MORIZOT et les héritiers (les époux GUÉRARD, parents de Paul GUÉRARD) demandèrent la nullité de cette vente, fondée sur la nullité de la donation déguisée antérieure que cachait en réalité le transfert de titres opéré par le sieur MORIZOT au profit de son petit-fils. Les juges du fond ayant accepté de retenir la qualification de donation déguisée, le pourvoi reprochait alors à la cour d'appel d'avoir repoussé sa demande en nullité fondée sur le défaut d'acceptation de cette libéralité par le donataire, puisque la donation étant un contrat, elle requiert obligatoirement le consentement de toutes les parties.

Dans son arrêt, la Cour de cassation commença alors par un rappel de sa jurisprudence antérieure en des termes particulièrement nets : les seules conditions de forme requises pour la validité d'une donation déguisée étant celles de l'acte dont elle emprunte l'apparence, le non-respect de la formalité de l'acceptation de la libéralité par le donataire n'est pas en soi une cause de nullité de celle-ci, lorsqu'elle prend la forme d'une cession de titres nominatifs<sup>1</sup>. Toutefois, précisa-t-elle, « la donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux demeure assujettie, *quant au fond*, à la règle essentielle qu'il y ait, avant le décès du donateur, acceptation de la libéralité par le donataire ; [...] s'il n'est pas nécessaire, dans ce cas, que l'acceptation de ce dernier soit expresse et formelle, son intention d'accepter doit, tout au moins, résulter des circonstances qu'il appartient au juge du fond de constater et d'apprécier ». En l'espèce,

---

<sup>1</sup> « Attendu que les libéralités faites sous le voile d'acte à titre onéreux sont valables, en la forme, lorsqu'elles réunissent les conditions requises pour la constatation des actes dont elles empruntent l'apparence ; - Attendu qu'aux termes de l'art. 36 c. com., la cession des actions ou obligations d'une société s'opère par une déclaration de transfert, inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoir ; que ce texte ne requiert pas la participation du cessionnaire - Attendu, par suite, que la donation ainsi effectuée ne saurait être nulle, sous le seul prétexte qu'elle n'est pas accompagnée de l'acceptation du donataire, l'acte n'étant pas, à raison de sa forme, soumis à cette exigence ».

c'est l'absence d'une telle constatation qui conduisit alors la Chambre civile à rendre son arrêt de cassation. Il résulte donc de cette précision que, si l'acceptation du donataire n'est pas nécessaire en tant que formalité, son consentement personnel à la donation, sous quelque forme que ce soit, est néanmoins requis pour la validité de celle-ci. Ainsi, cette jurisprudence ne suffit pas à nous convaincre que la simulation n'est pas nécessairement conventionnelle : en effet, si l'acte apparent (la reconnaissance de dette ou le transfert de titres nominatifs) est unilatéral, l'acte secret (la libéralité) reste soumis à l'exigence d'un double consentement, qui ressemble fort à l'« accord simulatoire » dont on prétendait pourtant pouvoir s'affranchir pour reconnaître une simulation.

432. En réalité, si, dans ces deux hypothèses, l'exigence du double accord paraît entièrement justifiée, puisque le seul acte unilatéral était l'acte apparent, tandis que l'acte secret, quant à lui, était bel et bien une convention, il ne devrait pas en être de même lorsque l'acte unilatéral apparent dissimule un autre acte unilatéral secret. Telle est la situation qui se présentait devant les juges de la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 mars 1951<sup>1</sup>, et cité par Michel DAGOT comme un parfait exemple de simulation unilatérale. En l'espèce, un bail avait été conclu, pour une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction, entre un certain LE GUEN, fermier, et dame BLAVOYER, propriétaire. Au terme de la convention, il était prévu que « lorsque l'une des parties voudra faire cesser le présent bail, elle devra prévenir l'autre par lettre recommandée un an à l'avance ». Cependant, une loi du 4 septembre 1943 institua un statut du fermage qui imposait, lors de la conclusion ou du renouvellement d'un bail rural, une durée minimale de 9 ans. C'est donc en vue d'échapper aux dispositions de cette loi que la dame BLAVOYER avait donné un congé au preneur pour le 29 septembre 1944. Pourtant, le fermier resta encore dans les lieux pendant plusieurs années, jusqu'à ce que la propriétaire l'enjoigne finalement de déguerpir, le tenant pour un occupant sans titre qui ne peut se prévaloir du statut du fermage.

Pour la débouter de sa demande, les juges du fond relevèrent alors que la bailleuse n'avait nullement l'intention réelle de se séparer du fermier et lui avait donné l'assurance que rien ne serait changé, en fait, dans leurs rapports, le persuadant ainsi de l'inutilité de saisir la Commission paritaire des baux ruraux. Ils constatèrent également

---

<sup>1</sup> Soc., 8 mars 1951 : Bull. civ. IV, n° 168, p. 137.

qu'elle avait continué à percevoir le montant du loyer et qu'elle avait présenté, en 1946, un compte de fermage. Il semble donc *a priori* que la fameuse hypothèse d'école du congé fictif - envisagée et aussitôt repoussée par M. MARTIN DE LA MOUTTE dans sa thèse relative à l'acte juridique unilatéral<sup>1</sup>, au motif qu'« il n'est pas possible en même temps de vouloir et de ne pas vouloir » -, se trouve consacrée par cette décision, que Michel DAGOT s'est empressé de rapporter.

Ce n'est toutefois pas la conclusion à laquelle une analyse un peu plus attentive de l'arrêt nous conduira finalement. En effet, il faut relever que la Cour de cassation ne parle à aucun moment de simulation, et qu'elle formule sa décision dans les termes suivants : « la décision attaquée a pu [...] déduire de ces constatations que les parties avaient *renoncé* à l'effet du congé et que celui-ci n'avait pas fait obstacle à la tacite reconduction du bail le 29 septembre 1944 ». Ce n'est donc pas le prétendu caractère simulé du congé qui était retenu comme fondement de la décision, mais l'interprétation du comportement des parties comme une renonciation à ce congé. En outre, la qualification de simulation ne peut pas être cumulée à celle de la renonciation : en effet, il n'est pas possible de renoncer aux conséquences juridiques d'un acte fictif, puisque celui-ci en est, par définition, totalement dénué, en raison de son inexistence. Dès lors, s'il y a une renonciation, cela signifie que l'acte principal (le congé) est réel. De plus, même si l'on suppose qu'en utilisant le terme « renoncer », la Cour de cassation voulait en réalité parler de simulation, il n'en reste pas moins qu'à ses yeux, cette « simulation-renonciation » n'était pas unilatérale, mais émanait bien des parties (« les parties avaient renoncé »). Il est difficile, dans ces conditions, de considérer que, par cet arrêt, la Cour de cassation a manifesté son adhésion à la thèse d'une possible simulation sans « accord simulatoire », c'est-à-dire d'une simulation unilatérale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Jacques MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral », thèse Toulouse, 1951, n° 246.

<sup>2</sup> Un second exemple, beaucoup plus pertinent, semblait avoir été trouvé par les défenseurs de cette thèse : il s'agissait de l'hypothèse d'un legs testamentaire déguisé sous la forme d'une reconnaissance de dette incluse dans le testament. En effet, dans ce cas, l'acte apparent (la reconnaissance de dette), comme l'acte fictif (le legs) étaient des actes unilatéraux, dont la validité ne supposait pas le consentement du bénéficiaire. Il est cependant à regretter que le seul exemple jurisprudentiel cité par Michel DAGOT pour illustrer cet exemple (Civ., 16 octobre 1957 : Bull. civ. I, n° 377, p. 301) ne corresponde pas concrètement à l'hypothèse envisagée, puisque, en l'espèce, les juges ont estimé qu'il n'était pas démontré que la reconnaissance de dette incluse dans le testament constituait une libéralité déguisée !

433. Par conséquent, l'admission d'une simulation par acte unilatéral se présente davantage comme une hypothèse d'école élaborée par la doctrine que comme une réalité dont la jurisprudence se serait fait l'écho. Tout au plus, peut-on citer un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 16 novembre 1910 : un chef d'entreprise, qui opérait, antérieurement à la loi du 9 avril 1898, une retenue sur le salaire de ses ouvriers pour assurances contre les accidents du travail, avait ensuite maintenu cette pratique, en violation de cette loi, en dissimulant la retenue dans le règlement d'atelier sous la qualification fictive d'« entretien de l'outillage et du matériel ». Il s'agissait alors effectivement d'une décision unilatérale apparente du chef d'entreprise (à savoir celle d'établir une nouvelle retenue pour l'entretien de l'outillage et du matériel) qui n'était destinée, en réalité, qu'à dissimuler une autre décision unilatérale secrète (la décision de maintenir la retenue pour assurance contre les accidents du travail). Notons cependant que la notion de simulation n'était pas invoquée par la Cour de cassation, pas plus d'ailleurs que l'article 1321 du Code civil.

### **B. Le procédé simulatoire dans le cadre d'un fait juridique**

434. Pour dénoncer l'exigence de l'« accord simulatoire » qui est posée par les défenseurs de la conception restreinte de la simulation, il est également possible d'invoquer un certain nombre d'arrêts qui semblent admettre l'existence d'une simulation en matière de fait juridique volontaire. Deux types d'hypothèses sont présentées, à titre d'exemple, par Michel DAGOT : celle du paiement fictif et celle du siège social fictif. La première est cependant sujette à discussion, dans la mesure où la doctrine traditionnelle accorde généralement à l'opération de paiement une qualification conventionnelle : seule une partie de la doctrine moderne préfère y voir actuellement un fait juridique. Par contre, il semble indiscutable que la détermination du siège social réel d'une société constitue un fait juridique : or, il arrive parfois que les fondateurs d'une société, en vue de voir attribuer à celle-ci une nationalité spécifique, ou d'écarter la compétence d'un tribunal, ou encore de bénéficier d'avantages fiscaux particuliers, décident d'indiquer dans les statuts un siège social où ils n'établiront ensuite qu'un minimum d'organes d'administration (une simple boîte aux lettres, par exemple), tandis que l'essentiel des organes de décision et des activités se situeront, en réalité, en un

autre lieu, qui constitue le véritable siège social. Celui qui est désigné dans les statuts n'est donc qu'un siège social fictif, et les juges n'hésitent pas, dans une telle hypothèse, à rétablir la vérité et à en déduire toutes les conséquences juridiques qui s'imposent. Il y a alors, dans cet exemple, une simulation qui, parce qu'elle porte sur un fait juridique volontaire, ne peut pas résulter d'un quelconque « accord simulatoire », mais seulement d'une décision unilatérale, ou du moins d'une décision de nature non conventionnelle (en l'espèce, la décision prise par les dirigeants relative au lieu d'implantation matérielle des bureaux et des services les plus importants de l'entreprise, et du lieu d'exercice réel de ses activités). Cependant, cette solution n'est aujourd'hui que l'application directe de l'article L. 210-3 du Code de commerce (anciennement article 3 de la loi du 24 juillet 1966), de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la qualification de simulation.

435. Même si ces décisions ne réussissent pas à démontrer, avec toute la clarté que l'on aurait pu souhaiter, l'adhésion de la jurisprudence à la conception large de la notion de simulation, elles laissent toutefois entrevoir l'existence d'hypothèses de simulation qui dépassent le cadre strict des contre-lettres. En effet, il s'agit là d'une question de fait, que la jurisprudence ne pouvait que constater : il existe des situations dans lesquelles un individu parvient unilatéralement, c'est-à-dire sans aucun « accord simulatoire », à créer une fausse situation juridique apparente, avec l'objectif évident d'échapper aux conséquences qui devraient résulter de la situation réelle. Or, on ne voit pas comment la jurisprudence pourrait se contenter, pour des raisons purement terminologiques, de sanctionner uniquement le mensonge conventionnel et de laisser prospérer, au détriment des tiers, le mensonge unilatéral, au prétexte qu'il ne répond pas à la définition stricte de la simulation : par conséquent, l'« action en déclaration de simulation » doit être ouverte dans tous les cas. Dès lors que la situation apparente ne correspond pas à la situation réelle, toute personne intéressée est habilitée à dénoncer cette divergence. Il en est ainsi, par exemple, lorsque la qualité juridique apparente de la personne interposée ne correspond pas à sa qualité réelle.

C'est non seulement une solution juste, mais également une solution qui ne présente aucun caractère exceptionnel : il ne s'agit là que d'une application normale des règles de droit. En effet, il est évident que, lorsqu'une règle de droit quelconque attache des conséquences juridiques précises à l'existence d'une situation particulière qu'elle

décrit, elle vise à gouverner toutes les situations qui répondent réellement à cette description, et non celles qui y répondent seulement en apparence. Par conséquent, le strict respect de cette règle impose de toujours rechercher, dans l'analyse des faits, quelle est la situation réelle, sauf dans les hypothèses exceptionnelles où une autre règle de droit décide, au contraire, de privilégier l'apparence et de s'opposer à cette recherche de la vérité. Tel est le cas précisément de l'article 1321 du Code civil. Dès lors, tant qu'il s'agit de déterminer uniquement le « champ d'exercice naturel du procédé de la simulation », ainsi que celui de cette prétendue « action en déclaration de simulation », les défenseurs de la conception large ont tout à fait raison de dénoncer les inconvénients d'une définition trop restreinte de la simulation : en effet, la première partie de l'article 1321 du Code civil, - qui prévoit qu'entre les parties, seule la contre-lettre, c'est-à-dire l'acte secret mais réel, doit recevoir plein effet -, n'est rien d'autre qu'une application ponctuelle d'un principe général selon lequel le régime juridique applicable à une situation doit être celui commandé par la situation réelle, et non celui commandé par la situation apparente. Sur ce point, la règle posée par le Code civil ne présente donc aucune particularité. En réalité, le véritable enjeu de l'article 1321 se situe au niveau de la seconde partie, c'est-à-dire celle qui prévoit l'inopposabilité de la contre-lettre : à titre exceptionnel, les tiers de bonne foi, peuvent refuser de se voir opposer le régime juridique commandé par la situation réelle. Or, les règles exceptionnelles ne sont-elles pas précisément d'interprétation stricte ?

## **§ 2 : L'incompatibilité de l'interposition de personne**

### **avec la théorie des contre-lettres**

436. Constatant que le Code civil ne parle, à aucun moment, de simulation, certains auteurs ont estimé que cette notion se confondait nécessairement avec celle de la contre-lettre, qui seule a fait l'objet d'une réglementation générale dans le cadre de l'article 1321 du Code civil. Celui-ci dispose que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont pas d'effet contre les tiers ». Il en résulte que la contre-lettre, qui peut être définie comme un acte secret destiné à rectifier les énonciations volontairement mensongères d'un acte ostensible, ne pourra pas être opposée aux tiers de bonne foi qui, à cause de cette simulation, auront cru à la sincérité des énonciations de l'acte ostensible. Estimant toutefois que cette règle, protectrice des intérêts des tiers victimes de la simulation, ne doit pas finalement se retourner contre eux, la jurisprudence accorde, en réalité, aux tiers de bonne foi une option : ils peuvent, selon leur intérêt, invoquer eux-mêmes à leur profit l'acte secret et réel, ou bien au contraire s'en tenir à l'acte apparent. Cette solution originale peut-elle être appliquée dans l'hypothèse particulière du prête-nom ? Elle permettrait ainsi à tous les tiers victimes de l'interposition (qu'il s'agisse du tiers cocontractant ou des autres



tiers) de choisir, à leur gré et en fonction de leur seul intérêt, tantôt le prête-nom lui-même, tantôt l'emprunteur de nom, comme le véritable auteur de l'acte, auquel les conséquences juridiques doivent être rattachées.

437. Les défenseurs de la conception restreinte<sup>1</sup> de la notion de simulation s'opposent à l'application de l'article 1321 du Code civil à une telle hypothèse puisque le caractère unilatéral de la dissimulation de la qualité du prête-nom serait incompatible avec le caractère nécessairement conventionnel qu'ils attribuent à la contre-lettre. Or, s'il est vrai que cette notion n'est, elle-même, pas davantage définie par le Code civil que celle de simulation, il existe cependant un certain nombre d'indices qui permettent d'affirmer le rattachement implicite des rédacteurs du Code civil à la conception conventionnelle de la contre-lettre. Le plus important d'entre eux résulte d'ailleurs des termes mêmes de l'article 1321 qui, en parlant de « parties contractantes », indique clairement qu'aux yeux du législateur, la contre-lettre est nécessairement un contrat. On peut y ajouter le fait que cet article est situé dans un titre III intitulé « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». L'étude étymologique de l'expression « contre-lettre » elle-même, qui représente parfaitement l'idée d'un écrit fait *contre la lettre* d'un autre écrit, confirme cette doctrine. C'est donc à partir de cette interprétation purement exégétique de l'article 1321 du Code civil que les partisans de la conception restreinte ont élaboré une définition technique et précise de la notion de simulation (A), qui les a conduit à opérer une distinction entre l'interposition de personne par prête-nom, c'est-à-dire réalisée à l'insu du tiers cocontractant victime, et l'interposition de personne *stricto sensu* qui résulte, au contraire, de la conclusion d'un accord entre la personne interposée et le tiers cocontractant complice (la contre-lettre). Cependant, pour justifier une telle conception restreinte de la simulation, il a fallu également élaborer une critique de la conception extensive de la notion de simulation (B).

---

<sup>1</sup> Notamment : Jean Denis BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956.261 - R. LIBCHABER, note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : Defrénois 2001, article 37309.

## **A. L'exposé de la conception restreinte de la notion de simulation**

438. Il résulte de cette conception restreinte une notion de simulation dont les contours, relativement précis, peuvent être ainsi décrits : l'emploi de la technique simulatoire suppose nécessairement la conclusion de deux conventions contradictoires, la première, ostensible, contenant une ou plusieurs énonciations, que l'on peut qualifier de mensongères, dans la mesure où elles ne correspondent pas à la volonté réelle des parties (par exemple, un prix fantaisiste), que la seconde (la contre-lettre) doit avoir précisément pour objectif de dénoncer, afin de rétablir dans son intégrité la volonté réelle des parties (le prix réel). Les deux conventions doivent impérativement se contredire, de sorte que leur exécution conjointe s'avère impossible, dans la mesure où les conséquences juridiques de l'une sont incompatibles avec celles résultant de l'autre. C'est pourquoi la contre-lettre ne doit pas être confondue avec la convention "interprétative" dont le but est simplement de compléter ou préciser, sur certains points, la convention principale. En outre, la contre-lettre doit être maintenue secrète, afin de laisser aux tiers l'illusion que l'acte ostensible est entièrement réel et d'obtenir ainsi l'effet recherché. A ce titre, la contre-lettre doit être nettement distinguée de la simple convention "rectificative", dont le but est également de corriger les fausses énonciations d'une autre convention, mais qui ne présente aucun caractère secret particulier, dans la mesure où l'inexactitude contenue dans l'acte principal résulte simplement d'une erreur des parties que celles-ci souhaitent effacer au plus vite et ostensiblement, et non de la volonté des parties de tromper les tiers sur ce qu'elles ont réellement voulues.

439. Pour les partisans de la conception restreinte de la simulation, il convient d'ajouter au moins deux autres conditions essentielles : la simultanéité intellectuelle des deux actes et l'identité des parties. L'acte secret doit, en effet, être contemporain de l'acte apparent, non pas dans le sens où sa rédaction doit avoir lieu au même moment que celle de l'acte apparent (simultanéité matérielle), mais dans le sens où la volonté réelle des parties, que la contre-lettre extériorise, doit être contemporaine de la volonté des parties que l'acte apparent prétendait exprimer (simultanéité intellectuelle). Ainsi, la technique de la contre-lettre doit être également distinguée de celle qui consiste à conclure une nouvelle convention, dans le but de modifier une convention principale

antérieure dont les effets ont été entièrement voulus, mais qui ne correspondent plus à la volonté actuelle des parties. Il n'y a, dans ce cas, aucune contre-lettre, mais simplement une succession de contrats, tous réels, exprimant une évolution de la volonté des parties. Enfin, parce que l'acte secret vise à modifier ou détruire tout ou partie de l'acte apparent, il ne peut acquérir de valeur juridique et produire ses effets que s'il émane des mêmes parties : il ne s'agit là que d'une application évidente des principes découlant de l'autonomie de la volonté, à savoir la force obligatoire de la convention ostensible, qui s'oppose à ce que l'une des parties puissent s'en dégager sans l'accord de l'autre, et l'effet relatif de la convention secrète, qui s'oppose à ce que celle-ci puisse produire ses effets à l'égard d'une personne étrangère à sa conclusion. Il est donc nécessaire, pour pouvoir invoquer la qualification juridique de simulation, d'établir non seulement la coexistence de deux conventions contradictoires, mais également l'identité des parties à ces deux conventions.

440. Tel est, dans les grandes lignes, le schéma qu'il faut constater, selon les partisans de la conception restreinte, pour pouvoir parler de simulation et appliquer l'article 1321. C'est sur cette base qu'ils estiment alors devoir faire une distinction entre les différentes formes d'interposition de personne. En effet, s'ils admettent que la simulation puisse porter sur l'identité de l'une des parties à la convention principale, encore faut-il que celle-ci résulte d'un accord secret entre toutes les parties contractantes de cette convention ostensible. Aussi ne voient-ils généralement aucun obstacle à faire entrer dans le domaine de la simulation la technique de l'interposition de personne, lorsque le tiers cocontractant connaît le maître réel de l'affaire et accepte de ne voir dans l'autre partie contractante qu'un intermédiaire : dans ce cas, la simulation est le fait des deux parties, et vise à tromper uniquement les autres tiers, ou à empêcher la stricte application d'une règle impérative défavorable au maître de l'affaire (par exemple, une incapacité). Mais lorsque la personne interposée réalise l'opération pour le compte du maître de l'affaire en maintenant le tiers cocontractant dans l'ignorance de sa qualité réelle de prête-nom, les conditions précitées ne sont plus réunies pour pouvoir justifier l'application des solutions prévues par l'article 1321.

On trouve bien, dans cette situation, une convention ostensible (l'opération principale) et une convention secrète (la convention de prête-nom), mais elles ne sont

pas conclues entre les mêmes parties. Il n'y a, par ailleurs, aucune autre convention secrète établie entre les deux parties contractantes de l'acte ostensible, c'est-à-dire entre le prête-nom et le tiers cocontractant, en vue de constater le mensonge concernant la place réelle occupée par l'un d'entre eux dans cet acte. Au contraire, il s'agit d'un mensonge unilatéral du prête-nom visant à tromper l'autre partie. Dès lors, la conclusion s'impose d'elle-même : aucune des conséquences de l'article 1321 du Code civil ne devrait pouvoir trouver application dans ces situations. Or, on le sait, la jurisprudence ne reconnaît absolument pas cette distinction et considère qu'il y a simulation dans tous les cas<sup>1</sup>. La conception restreinte semble donc rejetée par les tribunaux. En dehors même de l'hypothèse du prête-nom, il existe d'autres situations pour lesquelles la jurisprudence a eu recours à la notion de simulation, bien que celles-ci n'entraient pas dans le cadre de la définition restreinte et du schéma-type qui en résulte. Certains auteurs, et en particulier Jean Denis BREDIN, ont alors dénoncé cette extension jurisprudentielle abusive de la notion d'acte simulé.

## **B. Les critiques de la conception extensive de la notion de simulation**

441. Bien que ne concernant pas directement l'hypothèse particulière du prête-nom, l'analyse réalisée par Jean Denis BREDIN<sup>2</sup> concernant certaines décisions qui ont retenu une conception large de la simulation, et les critiques qu'il leur a adressées à cette occasion, constituent des éléments de réflexion tout à fait intéressants qui méritent d'être rapportés, dans la mesure où ils sont, pour la plupart d'entre eux, immédiatement transposables à l'hypothèse du prête-nom et au problème de sa compatibilité avec la simulation. Il nous faut donc d'abord rappeler ces critiques, dans le cadre de l'analyse des décisions qui en ont été la source (1), avant d'en apprécier leur valeur, dans le cadre d'une application à l'hypothèse spécifique de l'interposition de personne (2).

---

<sup>1</sup> « Le terme de simulation peut s'appliquer soit à la simulation conventionnelle, soit au prête-nom » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1976 : Bull. civ. I, n° 64, p. 51 ; JCP 1976.IV.119). Cette solution a été confirmée très récemment : la simulation par interposition de personne ne suppose pas que l'acte ostensible et l'acte secret ait été conclus entre les mêmes personnes (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : Defrénois 2001, article n° 37309, p. 237, n° 7, obs. R. LIBCHABER ; JCP 2001.II.10645, note T. AZZI.).

<sup>2</sup> J. D. BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956.261.

## 1. L'énoncé des critiques dans leur contexte

442. Ce sont d'abord des décisions qui ont accepté de prononcer la nullité des sociétés fictives sur le fondement de la théorie de la simulation qui ont attirées l'attention de M. BREDIN. Ainsi, dans un arrêt ancien du 13 mai 1929<sup>1</sup>, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'une cour d'appel qui avait déclaré nulle une société anonyme au motif qu'elle était l'agence d'une autre société et qu'elle n'avait été créée que pour la commodité des opérations de celles-ci, de sorte que le contrat de société était en réalité « simulé ». Or, reprenant une formule empruntée au commentateur de l'arrêt, le professeur H. ROUSSEAU, Jean Denis BREDIN affirme qu'on peut simuler un contrat de vente, mais qu'on ne simule pas la création d'une société anonyme. En effet, « la société anonyme se passe de la volonté des individus qui la créent » : dès lors que les formalités exigées par la loi ont été réalisées, la société anonyme est constituée quelle que soit l'intention des fondateurs et le but poursuivi. Or, on sait qu'il n'y a pas de simulation si l'acte apparent échappe au pouvoir destructeur de l'acte secret, c'est-à-dire s'il n'y a pas de contradiction entre les deux actes. Dès lors, affirmer que la constitution d'une société échappe à la volonté des individus, cela revient à dire que l'acte apparent, créateur de la société, ne peut, en aucun cas, être neutralisé par un quelconque acte secret.

A supposer qu'il existe réellement un acte secret établi entre les fondateurs d'une société, il serait, de toute manière, incapable d'empêcher la naissance de l'être moral, dès lors que les formalités ont été accomplies. Par conséquent, le véritable motif de la nullité éventuelle ne peut pas résulter du caractère prétendument simulé de l'existence de la société, mais doit se situer plutôt au niveau des conditions de formation du contrat de société, en l'espèce l'absence d'un véritable consentement, et surtout l'absence d'*affectio societatis*. Les prétendus associés n'avaient aucunement l'intention de mettre leur apport en commun en vue d'un partage des bénéfices et de se comporter ensuite en véritables associés. A défaut de l'une des conditions essentielles de validité du contrat, la société n'a pu valablement se constituer et sa nullité doit être prononcée, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une notion déformée de la simulation.

---

<sup>1</sup> Req., 13 mai 1929 : S. 1929.1.289, note H. ROUSSEAU.

443. Un raisonnement analogue a été conduit par cet auteur à propos de deux autres arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans la première affaire<sup>1</sup>, il s'agissait de l'apport apparent d'un immeuble, fait par un associé, à une société en formation qui cachait en réalité, selon les juges du fond, une vente pure et simple, l'apporteur « ayant définitivement abandonné son apport en pleine propriété contre paiement immédiat de sa valeur ». En conséquence, la nullité du contrat de société a été valablement prononcée par la cour d'appel, après avoir constaté « la volonté très nette des contractants de ne pas considérer l'apporteur en nature comme un associé ». Toutefois, les tiers sous-acquéreurs de la totalité des parts sociales ont été admis à se réclamer uniquement de l'acte apparent et à soutenir que l'immeuble avait été ainsi régulièrement apporté à cette société, dont la nullité ne leur était pas opposable. De même, dans la seconde affaire<sup>2</sup>, la constitution d'une société immobilière entre un propriétaire et son jardinier, détenteur apparent de parts sociales en blanc, puis la cession de la totalité des parts à un tiers, avait été également analysées comme un détournement utilisé pour faire passer un domaine d'un patrimoine à un autre et constituant ainsi une vente susceptible, à ce titre, d'être annulée pour lésion de plus des 7/12<sup>e</sup>. En effet, la cour, après avoir constaté « le caractère étrange de la société qui ne fait l'objet d'aucune gestion sociale réelle entre la date de la constitution et celle des cessions », restituait alors à l'ensemble des opérations leur véritable qualification de vente immobilière.

444. Jean Denis BREDIN estime que, si la solution donnée par ces deux décisions était très certainement équitable, la Cour de cassation n'en a pas moins, pour cela, singulièrement étendu la notion d'acte simulé. Il n'y a, en effet, dans ces exemples, aucun acte secret visant à dénoncer le caractère simulé du contrat de société, mais uniquement une volonté d'atteindre, par ce moyen commode, un résultat spécifique à moindre frais. Les parties ont simplement utilisé l'acte ostensible comme un « procédé détourné », notion qu'il ne faut pas confondre avec celle de la simulation. En effet, le détournement de procédé consiste en l'utilisation d'un procédé juridique particulier, dont les parties acceptent toutes les conséquences, bien qu'elles ne l'ont pas réellement

---

<sup>1</sup> Com., 10 juin 1953 : JCP 1954.II.7908, note D. BASTIAN.

<sup>2</sup> Com., 26 mai 1954 : JCP 1954.II.8377.

voulu pour lui-même (ou pour le but que la loi lui a spécifiquement assigné<sup>1</sup>), mais uniquement pour l'un des avantages particuliers qui s'y rattachent. Or, peut-on vraiment soutenir que les parties, notamment l'apporteur en nature, dans le premier exemple, ou le jardinier, porteur des parts sociales en blanc, dans le deuxième exemple, n'avaient pas réellement accepté de se soumettre entièrement au contrat de société qu'elles avaient signé ?

Ce n'est donc pas le consentement réel des parties au contrat de société, et à toutes les conséquences qu'il engendre, qui fait défaut, mais l'intention qui devrait la sous-tendre, c'est-à-dire la volonté commune de s'associer, l'*affectio societatis*, car le procédé juridique de la société a été employé à une autre fin que celle qui est naturellement la sienne. Dès lors, le recours abusif à la notion d'acte simulé, dans ces décisions, aurait pu être évité en basant les solutions sur d'autres fondements plus sûrs : en effet, l'annulation de la société résulte tout simplement de l'absence de l'une des conditions essentielles de sa validité, à savoir « la mise en commun en vue de partager les bénéfices ». Il est vrai toutefois que, par le recours à la notion de simulation, la Cour de cassation a pu maintenir les effets de l'apport en nature au profit des tiers sous-acquéreurs, dans le premier cas, et prononcer la rescision de l'acte pour lésion de plus des 7/12<sup>e</sup>, après lui avoir redonné sa véritable qualification de vente, dans le second cas. Mais, de toute manière, en prononçant la nullité de la société pour défaut d'*affectio societatis*, les juges auraient également permis à l'apporteur en nature de reprendre l'immeuble : en effet, l'annulation de la société ou la rescision de la vente produisent les mêmes conséquences, à savoir le retour à la situation antérieure. De même, s'agissant des tiers sous-acquéreurs des parts sociales, protégés dans la première décision par l'article 1321 du Code civil, ils auraient été aussi sûrement protégés par la notion de société de fait, sans qu'il soit besoin de recourir à l'article précité. Selon Jean Denis BREDIN, le recours à la notion de simulation était donc parfaitement inutile.

445. Les mêmes critiques sont ensuite adressées par cet auteur à certaines décisions rendues par les tribunaux en matière de mariage dit "simulé". En effet, ceux-ci ont été saisis, à de nombreuses reprises, de la question de la validité d'un mariage utilisé

---

<sup>1</sup> Cf la notion de « technique à finalité imposée », qui résulte des travaux de Béatrice VIAL-PEDROLETTI, et qui a été étudiée précédemment (n° 313).

uniquement comme un procédé juridique, c'est-à-dire contracté dans le seul but de parvenir à un résultat particulier, plus ou moins étranger aux fins du mariage, mais sans réelle volonté de fonder un foyer et d'entrer dans l'institution matrimoniale. C'est ainsi qu'ont été demandées, par exemple, la nullité d'un mariage contracté entre un homme de 23 ans et une femme de 68 ans dans le but de créer au mari une cause d'exemption du service militaire<sup>1</sup>, ou bien celle du mariage d'une française qui, poussée par les circonstances de la première guerre mondiale, avait épousé en Turquie un citoyen américain pour échapper aux risques de la captivité<sup>2</sup>, ou celle d'un mariage contracté pour sauvegarder l'honneur d'une famille et donner une légitimité à un enfant à naître<sup>3</sup>, ou bien encore celle du mariage contracté, à la fin de la seconde guerre mondiale, par une Allemande avec un prisonnier de guerre français dans le dessein de lui permettre de quitter la zone du territoire allemand occupée par les troupes russes<sup>4</sup>. Une jurisprudence s'est progressivement constituée en la matière, en établissant une distinction basée sur la motivation des époux. Lorsque ceux-ci n'ont cherché à atteindre qu'un des résultats secondaires du mariage, la jurisprudence estime alors qu'il n'y a pas de véritable consentement au mariage, que ce mariage est simulé et doit être en conséquence annulé. Par contre, lorsque les époux ont recherché un résultat particulier qui n'est pas « entièrement étranger à l'union matrimoniale » (par exemple, la légitimité de l'enfant), ils ont valablement adhéré au statut du mariage et celui-ci ne doit pas être annulé, même si les époux ont tenté, par certaines clauses particulières, de se soustraire à certaines des conséquences du mariage : dans ce cas, seule la validité de ces clauses doit être remise en cause.

Or, sans discuter la pertinence de cette distinction qui ne relève pas de l'objet de son étude, Jean Denis BREDIN engage sa discussion à propos des seules décisions qui prononcent la nullité du mariage. Dans certains cas, relève-t-il, le fondement de cette nullité est, tout simplement, le défaut de consentement, par une application ordinaire de l'article 146 du Code civil. Mais, dans d'autres cas, il semblerait que les juges se soient laissés « entraînés par la séduction des mots ou la pauvreté apparente du vocabulaire juridique », en parlant abusivement de simulation et d'acte simulé pour justifier leur

---

<sup>1</sup> Lyon, 10 avril 1856 : DP 1857.2.54.

<sup>2</sup> Grenoble, 11 avril 1923 : cité par Jean Denis BREDIN, *op. cit.*, note 4 sous n° 21, p. 273.

<sup>3</sup> T. civ. Bayonne, 9 avril 1936 : S. 1936.2.124.

<sup>4</sup> T. Seine, 7 janvier 1948 : JCP 1948.II.4430, note J. MAZEAUD.



décision. En effet, il n'est nul besoin de recourir à ces notions pour prononcer la nullité de ces mariages : la théorie du consentement et l'article 146 du Code civil suffisent largement à obtenir ce résultat.

## **2. L'application des critiques à l'hypothèse de l'interposition de personne**

446. Finalement, il résulte de ces analyses trois reproches principaux, adressés par cet auteur aux décisions qui fondent la nullité d'une société ou d'un mariage sur leur caractère prétendument simulé, que nous allons étudier plus précisément dans la mesure où ils peuvent être étendus à l'hypothèse du prête-nom. Ils concernent successivement l'absence d'acte secret venant contredire l'acte apparent (a), l'absence de contradiction entre la volonté apparente et la volonté réelle des parties contractantes (b), et enfin, l'inutilité du recours à la notion de simulation pour justifier les solutions rendues par les tribunaux dans ces décisions (c).

### **a. L'absence d'acte secret**

447. L'auteur s'étonne d'abord que l'on puisse reconnaître une simulation dans des hypothèses où il n'existe finalement aucun acte secret : en effet, même si l'on admet que la contre-lettre n'a pas nécessairement un caractère conventionnel et qu'elle peut résulter d'un simple acte unilatéral, voire d'un acte matériel, n'est-il pas, au moins, indispensable de relever l'existence d'un tel acte ? Or, dans l'hypothèse de la société dite "fictive" ou du mariage dit "simulé", où est l'acte secret ? Il y a bien un acte ostensible - la signature du contrat de société ou la cérémonie du mariage comprenant le prononcé du « oui » fatidique -, ainsi qu'une intention secrète - celle d'utiliser ces deux institutions comme de simples procédés juridiques, détournés de leur objectif -, mais aucun acte secret.

Or, la même remarque peut être faite à propos de l'hypothèse du prête-nom (définie, dans ce contexte, comme l'interposition unilatérale, réalisée à l'insu du tiers cocontractant) : en effet, on y retrouve l'acte ostensible - l'opération principale réalisée par le prête-nom avec le tiers cocontractant -, ainsi qu'une intention secrète - celle d'utiliser l'action en nom propre comme un simple procédé juridique détourné de son

objectif habituel qui est la réalisation de l'intérêt personnel de l'auteur de l'acte<sup>1</sup> -, mais aucun acte secret. Il y a bien une convention secrète : la convention de prête-nom conclue entre le prête-nom et l'emprunteur de nom. Toutefois, celle-ci vise seulement à régir les relations mutuelles entre les parties et à donner au prête-nom une mission particulière. Ce n'est pas elle qui permet, en soi, de constater la volonté secrète du prête-nom d'agir pour le compte du maître de l'affaire : en effet, le caractère altruiste ou égoïste de la motivation d'une personne dépend de sa seule conscience, et la convention de prête-nom n'est qu'un élément extérieur permettant éventuellement de présumer cette motivation, mais ne constitue pas en soi une manifestation secrète de cette volonté d'agir pour autrui. Dès lors, l'absence de l'acte secret (la contre-lettre) ne doit-elle pas finalement nous conduire à rejeter la qualification d'acte simulé dans ces différentes hypothèses ? La conclusion du contrat de société, la contraction du mariage ou l'action en nom propre ne sont-elles pas simplement des procédés juridiques, certes détournés, mais réels ?

448. Nous devons admettre que ces situations se caractérisent par une absence d'acte secret. Mais une telle circonstance doit-elle, pour autant, nous faire douter de la qualification d'acte simulé ? En effet, la même observation ne peut-elle pas être faite à propos de certaines hypothèses dont la qualification de simulation n'est pourtant pas discutée ? Lorsque les parties à un contrat de vente, par exemple, décident, pour des raisons fiscales, de mentir sur le véritable prix, elles ne prennent pas toujours le soin de rédiger véritablement une contre-lettre, mais se contentent souvent de matérialiser cette forme de simulation par une simple remise de la main à la main de la partie non déclarée du prix réel, appelée couramment dessous de table. De la même façon, lorsqu'un contrat de vente apparent dissimule en réalité une donation déguisée, une contre-lettre n'est pas alors systématiquement rédigée entre les parties. Le vendeur apparent se contente généralement de ne jamais réclamer le paiement du prix, voire parfois de signer un reçu de complaisance ou même, plus fréquemment encore, de faire, dans l'acte de vente, la déclaration mensongère d'avoir déjà reçu le paiement : où se trouve alors l'acte secret prétendument caractéristique de la simulation ? Le reçu de complaisance, qu'il soit

---

<sup>1</sup> En effet, la réalisation de l'intérêt d'une tierce personne passe normalement par une action au nom de cette personne.

autonome ou inséré dans l'acte de vente lui-même, ne peut en tenir lieu, ne serait-ce à cause de son caractère ostensible.

449. De la même manière, la simulation par interposition de personne *stricto sensu*, c'est-à-dire dans les cas où l'interposition est réalisée avec la complicité du tiers cocontractant, et où la qualification de simulation est alors admise sans discussion par les défenseurs de la conception restreinte, ne se traduit pas non plus systématiquement par la rédaction d'un acte secret entre les simulateurs, à savoir l'interposé et le tiers cocontractant. Un arrêt récent de la Cour de cassation<sup>1</sup> en donne d'ailleurs une nouvelle illustration. En l'espèce, un couple, les époux TRAGIN, avaient imaginé, en vue d'obtenir de la banque CGIB des fonds qui ne leur auraient pas été accordés autrement, le stratagème suivant, réalisé avec la complicité de la banque prêteuse et d'un couple d'amis prête-noms, les époux PELLETIER : ils ont vendu fictivement à ces derniers une maison d'habitation, afin que le financement de cet achat serve de prétexte à un emprunt réalisé, en apparence, par les acheteurs auprès de la banque, mais fait, en réalité, pour le compte des pseudo-vendeurs. Aussi, lorsque la banque, non remboursée de son prêt, demanda l'autorisation de pratiquer une saisie-arrêt sur les salaires des époux PELLETIER, ceux-ci s'y opposèrent en invoquant leur qualité de simple prête-noms des époux TRAGIN. La banque fut finalement déboutée de sa demande, après que la cour d'appel ait constaté qu'elle avait « sciemment participé à la simulation ».

Or, en l'espèce, aucun acte secret n'était intervenu entre les parties contractantes du contrat de prêt, à savoir la banque et les époux PELLETIER, pour constater cette interposition de personne et énoncer leur volonté commune de tenir les époux TRAGIN comme véritables emprunteurs. La lecture de l'arrêt fait apparaître, au contraire, que cette simulation a été prouvée, en l'espèce, grâce à une lettre du notaire, versée aux débats, et établissant que les époux TRAGIN se sont personnellement reconnus débiteurs du remboursement. C'est donc une reconnaissance unilatérale de l'emprunteur de nom qui fonde cette interposition de personne : la complicité de la banque ne fait aucun doute, mais celle-ci n'a pas, pour autant, formellement signé une contre-lettre par laquelle elle aurait reconnu les époux TRAGIN comme les véritables emprunteurs.

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juillet 1992 : Bull. civ. III, n° 246, p. 151 ; JCP 1993.II.21982, note G. WIEDERKEHR ; RTD civ. 1993.352, obs. J. MESTRE ; Gaz. Pal. 1993.1.panor.56.

Pourtant, selon la distinction mise en place par les défenseurs de la conception restreinte, cette forme d'interposition de personne constitue indiscutablement une simulation puisqu'elle se fait avec la complicité du tiers cocontractant. Il y avait bien un accord simulatoire, mais qui ne s'est traduit par aucun acte secret.

450. Ainsi, l'exigence d'un acte secret, prétendument nécessaire pour donner à une situation la qualification de simulation, ne semble donc pas respectée même dans les quelques exemples que nous venons de citer où cette qualification est pourtant admise par tous. En réalité, nous répondra-t-on, cette contradiction n'est qu'apparente car elle résulte de l'ambiguïté qui repose sur le sens à donner au mot "acte" : certes, dans les exemples précités, on ne peut relever aucun écrit secret constatant que l'acte ostensible est simulé et rétablissant la vérité, mais l'existence d'un accord simulatoire secret entre les parties est incontestable. Or, c'est bien l'acte juridique, au sens de la manifestation de volonté (*negotium*) qui importe, et non l'acte au sens de l'écrit constatant cette volonté (*instrumentum*). Par conséquent, la contre-lettre peut prendre les formes les plus diverses, dès lors qu'elle permet de constater un accord de volonté entre les parties pour dénoncer comme fictif un des éléments de l'acte ostensible. Or, cet accord existe indiscutablement, en matière d'interposition de personne, lorsque le tiers cocontractant est complice, et n'existe pas, au contraire, lorsque l'interposition de personne se fait à son insu : la distinction serait donc parfaitement justifiée.

451. Peut-on vraiment affirmer que c'est l'existence d'un accord simulatoire secret, acte juridique au sens du *negotium*, qui permet de reconnaître une simulation ? Dans ce cas, il faudrait également contester cette forme particulière de simulation, dite "simulation absolue", qui consiste à tromper les tiers, non pas sur l'un des éléments de l'acte ostensible, mais sur l'existence même de cet acte. Ce seraient ainsi toutes les opérations fictives, qui se trouveraient alors exclues de la qualification de simulation. En effet, prenons le cas d'une vente fictive : les parties n'ont pas réellement voulu la vente qu'elles ont prétendu vouloir. Il y a donc bien une intention réelle secrète qui est en contradiction avec une manifestation apparente de volonté. Mais où est l'acte secret ? En réalité, le contrat apparent de vente ne cache pas un autre acte réel et secret, mais tout simplement le néant. Or, peut-on parler d'un accord secret des parties sur la non-

conclusion du contrat de vente ? Non, il faut plutôt parler d'une absence d'accord réel des parties sur la conclusion du contrat. Ce que cet exemple montre, c'est qu'il n'est besoin, pour la simulation, d'aucun acte secret, c'est-à-dire ni d'écrit secret (acte au sens d'*instrumentum*), ni d'accord secret (acte au sens de *negotium*).

En effet, la simulation consiste à donner volontairement à une situation une apparence différente de celle qui est la sienne normalement, afin de faire croire que l'on ne se trouve pas dans le cadre de la situation réelle. Or, s'il est généralement nécessaire de faire des actes positifs particuliers pour créer l'apparence, aucun acte spécifique n'est nécessaire pour se trouver dans la situation réelle : celle-ci résulte des circonstances. Si un contrat fictif (par exemple, une vente) dissimule un autre contrat (une donation déguisée), il faudra effectivement un accord secret entre les parties pour constituer ce contrat réel (la donation suppose l'accord du donateur et du donataire). Mais, si le contrat fictif ne dissimule que le néant, aucun accord secret n'est alors nécessaire pour mettre en place ce néant, c'est-à-dire cette absence de contrat réel : la contre-lettre ne pourrait servir qu'à établir ce néant, mais pas à le constituer.

452. Par conséquent, nous pensons que la contre-lettre doit être comprise comme un simple mode de preuve de la situation réelle en matière conventionnelle : en effet, la volonté réelle des parties à un contrat ne pouvant être connue que si elle fait l'objet d'une manifestation extérieure, c'est sous la forme d'un écrit secret, appelé contre-lettre, que celle-ci sera prouvée. Ce rôle de la contre-lettre est d'ailleurs confirmé par la place de l'article 1321 dans le Code civil : il est inséré dans le chapitre concernant la preuve des obligations, et non pas dans celui concernant la création des obligations. Par conséquent, si l'exigence d'une contre-lettre n'est entendue que comme un mode de preuve de la simulation, en matière de convention, elle n'est donc pas nécessaire, en dehors du domaine des conventions, et d'une manière générale, dans tous les cas où la preuve écrite n'est pas indispensable (en matière commerciale, en cas de fraude, en matière de fait juridique, etc.). En elle-même, la qualification de simulation, plus large que celle de contre-lettre, n'impose aucunement la constatation préalable de l'existence d'un acte secret.

## **b. L'absence de contradiction**

453. Une deuxième critique est adressée par cet auteur aux décisions qui admettent la qualification de simulation en matière de société ou de mariage : il n'y a pas de véritable contradiction entre la volonté apparente et la volonté réelle. En effet, les conséquences juridiques de l'acte ostensible (le contrat de société ou de mariage) sont entièrement voulues, ou du moins acceptées, par les parties. Ainsi, celui qui se marie avec un Français, uniquement en vue d'acquérir la nationalité française, a parfaitement conscience de toutes les conséquences juridiques qui s'attachent à cette union, et même s'il espère pouvoir échapper, par un accord amiable avec son conjoint complice, à certaines d'entre elles, telles que l'obligation de communauté de vie ou de fidélité, il accepte néanmoins d'y être juridiquement tenu et prend le risque de s'y voir contraindre ou de subir une sanction (divorce). De même, l'associé fictif, qui n'a pas réellement l'*affectio societatis*, a malgré tout la volonté réelle de prendre la qualité d'associé, et de devenir ainsi titulaire de tous les droits et obligations qui en résultent, même s'il n'a pas vraiment l'intention de les exercer concrètement. Dès lors, la contradiction ne se situe pas exactement entre la situation juridique apparente et la situation juridique réelle, mais entre la situation apparente et la motivation réelle, c'est-à-dire l'esprit dans lequel cette situation a été mise en place. On devrait alors parler de détournement de procédé, plutôt que de simulation.

454. Cette remarque nous paraît effectivement bien-fondée. Mais il nous semble qu'elle est également applicable à l'interposition de personne, sous ses deux formes, c'est-à-dire aussi bien celle que M. BREDIN exclut de la qualification de simulation que celle où il l'admet. En effet, dans l'hypothèse d'une interposition de personne qui se fait avec l'accord du tiers cocontractant, la personne interposée, en agissant en son nom propre, n'accepte-t-elle pas réellement d'être personnellement liée par l'acte, même si l'analyse de sa motivation démontre finalement qu'elle n'a pas agi pour elle-même, comme c'est normalement le but de l'action en nom propre, mais pour autrui ? Dès lors, sur ce point, si l'on admet que, pour entraîner la qualification juridique de simulation, la contradiction ne peut se situer qu'entre la volonté apparente et la volonté réelle, et non entre la motivation apparente et la motivation réelle, la distinction entre les deux formes

d'interposition de personne (à l'insu du tiers cocontractant ou avec son accord) n'a plus aucune raison d'être, puisque les deux échapperaient ainsi à la qualification de simulation.

### **c. L'inutilité du recours à la notion de simulation**

455. Enfin, le dernier reproche mérite également toute notre attention, puisqu'il tend à démontrer l'inutilité du recours à la notion de simulation dans les hypothèses étudiées. En effet, pour chacune d'entre elles, Jean Denis BREDIN a estimé possible de justifier les décisions rendues par les tribunaux sur d'autres fondements juridiques que ceux de la simulation. Par exemple, le mariage célébré uniquement en vue de l'obtention d'un avantage étranger au but de l'institution matrimoniale pourrait être annulé sur le fondement de l'article 146 du Code civil, pour défaut de consentement. Ou bien, le contrat de société, signé par des associés non sérieux, peut être annulé pour défaut d'*affectio societatis*.

En réalité, la critique n'est pas pertinente. En effet, il n'a jamais été question d'annuler un contrat de mariage ou de société pour simple raison de simulation : celle-ci n'a pas, en principe, un tel pouvoir destructeur. C'est donc bien toujours le défaut de consentement réel des époux qui justifie la nullité du mariage. Mais, ce défaut de consentement doit être établi. Or, il est en contradiction avec la manifestation apparente de consentement des époux lors de la cérémonie. Comment peut-on alors annuler un mariage pour défaut de consentement alors même que les époux ont effectivement prononcé, en toute liberté et en pleine conscience, le « oui » solennel devant l'officier d'état civil ? Il faut d'abord démontrer que celui-ci ne correspondait pas à la volonté réelle des époux, autrement dit que la situation apparente est trompeuse. Or, seule l'action en déclaration de simulation permet cela. Elle n'est d'ailleurs pas une action, à proprement parler, mais un simple préalable à l'action principale, qui consiste à établir la réalité des faits sur laquelle doit s'apprécier l'application des règles de droit. Aussi, le recours à la simulation était-elle bien nécessaire pour justifier les solutions rendues par les tribunaux dans les hypothèses étudiées par M. BREDIN : elle constituait une étape préparatoire indispensable pour l'application des règles de droit invoquées ensuite. Le reproche d'inutilité n'est donc pas fondé.

456. Il résulte de ces observations que même les situations pour lesquelles les partisans de la conception restreinte admettent la qualification de simulation ne peuvent entrer dans le schéma strict décrit par eux, et rappelé précédemment. Ainsi, si l'on devait s'en tenir réellement à l'exigence de deux conventions écrites contradictoires, l'une étant secrète, et l'autre apparente, établies forcément entre les mêmes parties, c'est-à-dire à la seule forme de simulation qui peut résulter d'une contre-lettre, très peu d'hypothèses relevant du procédé technique de la simulation ne pourraient recevoir la qualification juridique de simulation, et en particulier aucune des deux formes d'interposition de personne, ni celle qui se fait à l'insu du tiers cocontractant, ni celle qui se fait avec son accord. Faut-il alors en déduire que toutes ces hypothèses de divergences volontairement créées entre une situation apparente et une situation réelle, qui n'entrent pas dans le cadre de la définition restrictive de la simulation, ne peuvent pas être dénoncées, et ensuite soumises à l'application du régime juridique commandé par la situation réelle, sous prétexte qu'elle n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 1321 du Code civil ? Ce serait alors encourager le mensonge et la fraude (au sens large) que de ne pas les sanctionner pour des raisons purement terminologiques.

457. En réalité, il convient de ne pas confondre les deux branches de l'article 1321 : dans une première partie, il donne plein effet à la contre-lettre dans les relations entre les parties contractantes, et dans une seconde partie, il prive celle-ci de son opposabilité envers les tiers. Mais, à la lecture attentive de cet article, il apparaît que seule la deuxième partie constitue l'objet véritable de la règle qu'il énonce : en effet, il ne dispose pas que les contre-lettres ont plein effet entre les parties contractantes, mais que « les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ». Cette formulation négative doit donc être comprise comme une simple restriction de l'effet normal des contre-lettres : c'est à une application ordinaire de l'article 1134 du Code civil que la contre-lettre doit toute sa valeur juridique entre les parties, et provoque corrélativement une perte de valeur juridique de la convention apparente, du moins en ce qui concerne le point de divergence. Ce que l'article 1321 apporte, dans cette situation particulière, c'est une exception par rapport à cette règle habituelle : la contre-lettre, à la différence d'une convention ordinaire, ne produira d'effet qu'entre les parties



contractantes, car elle en est dénuée envers les tiers<sup>1</sup>. Dès lors, le champ d'application de la prétendue "action en déclaration de simulation" n'a aucune raison de se trouver limité par celui de l'article 1321 du Code civil : toute situation apparente, sur la base de laquelle un certain nombre de règles de droit doivent être appliquées, peut faire l'objet d'une démonstration de fictivité, afin de rétablir la vérité et fonder la solution de droit sur la seule base de la situation réelle. Peu importe alors que cette situation réelle résulte d'une convention écrite secrète (contre-lettre) ou d'un simple acte unilatéral, voire d'un fait juridique (telle que la motivation réelle de l'une des parties).

Par contre, la question reste entière en ce qui concerne la deuxième partie de l'article 1321 : l'inopposabilité de la contre-lettre envers les tiers de bonne foi est-elle susceptible de s'étendre à toute situation de divergence volontairement créée entre l'apparence et la réalité ? Il n'est pas douteux que l'analyse exégétique de l'article 1321 du Code civil nous conduit à exclure de son champ d'application toutes les hypothèses qui n'entrent pas dans le cadre strict de la définition de la simulation retenue par les défenseurs de la conception restreinte, et notamment les deux formes d'interposition de personne (avec l'accord du tiers ou à son insu). Mais n'est-il pas possible cependant de construire, par analogie, une théorie générale de la simulation qui engloberait toutes ces hypothèses et permettrait de leur appliquer un régime identique ?

---

<sup>1</sup> L'effet dont il s'agit, dans l'article 1321, c'est évidemment l'opposabilité de la convention, car l'article 1165 suffit déjà à la priver d'une quelconque valeur obligatoire envers les tiers, comme n'importe quel autre contrat d'ailleurs.



### SECTION 3 : LE BIEN-FONDÉ D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE

#### DE LA SIMULATION

458. L'article 1321 du Code civil ne vise que les contre-lettres, dont il faut bien admettre que la définition ne doit pas être artificiellement étendue, mais qui n'épuise pas cependant toute la matière des simulations. Aussi est-on amené à se demander si la solution particulière prévue par cet article ne pourrait pas être également appliquée aux autres situations de simulation, non pas par une extension abusive de son champ d'application, mais par un comblement prétorien de ce vide législatif sous la forme d'une théorie générale de la simulation. Pour répondre à cette légitime interrogation, deux raisonnements traditionnels peuvent être menés, aboutissant à des solutions exactement opposées. On peut, en effet, justifier l'application aux autres formes de simulation d'un régime identique à celui des contre-lettres grâce au raisonnement par analogie : puisque tel régime a été prévu par le législateur pour telle situation précise qu'il a envisagé, on doit supposer qu'il est conforme à son intention d'appliquer également ce régime à toutes les situations analogues qu'il n'a pas expressément envisagées. Mais, on peut tout aussi bien rejeter cette conclusion par un raisonnement *a contrario* : si le législateur n'a prévu ce régime que pour telle situation, on doit alors

interpréter son silence relatif aux autres situations analogues comme un refus de les voir soumises à ce régime. Comment trancher entre ces deux analyses contradictoires ?

En réalité, pour apprécier convenablement la portée exacte qu'il faut accorder à un texte, il convient de se demander s'il constitue un simple texte d'application d'un principe général qui l'englobe, ou au contraire, un texte d'exception qui ne doit recevoir qu'une interprétation strictement limitée. Or, la solution originale prévue par l'article 1321 du Code civil, à savoir l'inopposabilité des contre-lettres à l'égard des tiers de bonne foi, est *a priori* une exception aux principes généraux qui gouvernent le droit des obligations. Dès lors, seul son rattachement à un autre principe général, susceptible de renverser les solutions traditionnelles du droit des obligations, pourrait nous permettre de justifier le développement d'une théorie générale de la simulation : celui-ci pourrait être tout simplement la théorie de l'apparence. En effet, cette théorie, parce qu'elle est elle-même une source d'inopposabilité des effets de la situation réelle (§ 1), pourrait constituer le fondement d'une théorie générale de la simulation (§ 2).

## § 1 : La théorie de l'apparence, source d'inopposabilité

### des effets de la situation réelle

459. Reconnue comme une certaine forme de soumission du droit pur à la "dictature" des faits, la théorie de l'apparence<sup>1</sup> consiste, d'une manière générale, à écarter délibérément des solutions conformes à la logique juridique basée sur une analyse rigoureuse de la situation réelle au profit de solutions qui privilégient la situation apparente. Elle s'intègre d'ailleurs dans un phénomène beaucoup plus vaste de notre droit positif qui accorde une valeur juridique certaine à l'apparence dans de nombreux domaines : ainsi, le législateur n'a pas hésité, par exemple, par le jeu de la prescription acquisitive, à faire produire des conséquences juridiques directes sur le droit de propriété d'un bien immobilier au profit de son possesseur, c'est-à-dire de celui qui se comporte dans les faits comme son propriétaire, même s'il n'en est pas le véritable propriétaire. D'autres textes soumettent, par exemple, la création d'un droit à la mise en oeuvre de mesures de publicité, ou au respect d'un certain formalisme impératif, de sorte que ce droit ne peut pas exister sans sa manifestation extérieure. On peut

---

<sup>1</sup> Fernand DERRIDA et Jacques MESTRE, Rép. civ. Dalloz, v° « Apparence », 1986 - Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEAUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994, n° 838, p. 828.

également citer l'article 1642 du Code civil qui délimite l'obligation de garantie du vendeur en fonction du caractère apparent ou caché des vices de la chose. Ces différents textes font donc de l'apparence, c'est-à-dire de l'aspect visible des faits, un élément constitutif d'un droit. Dans d'autres textes, c'est une valeur probatoire qui s'attache à l'apparence : c'est ainsi que la possession d'état d'enfant légitime ou d'enfant naturel est admise comme un mode de preuve suffisant d'une filiation. De même, on sait que l'article 2279 du Code civil accorde à la possession d'un bien meuble non seulement une valeur créatrice d'un nouveau droit de propriété, lorsque le possesseur n'était pas le propriétaire, mais aussi une valeur probatoire de ce droit, lorsque le possesseur était réellement le propriétaire. Au delà de ces lois particulières, et d'une manière plus générale encore, on doit admettre que la situation apparente peut toujours, au minimum, être retenue *a posteriori* comme révélatrice de l'existence d'un droit.

460. Cependant, l'apparence peut aussi être trompeuse. Il arrive en effet qu'une situation de fait apparente révèle l'existence d'une situation juridique qui ne correspond pas à la réalité. En ce cas, et sous réserve des hypothèses où la loi donne précisément à l'apparence une valeur créatrice d'un droit, seule la situation réelle, une fois qu'elle est connue, doit rester comme fondement des solutions de droit applicables. Par exemple, si la possession d'un immeuble n'a pas duré assez longtemps pour devenir constitutive du droit de propriété par prescription, elle n'acquiert alors qu'une valeur probatoire. Or, si l'analyse minutieuse des faits révèle que le possesseur n'est pas réellement propriétaire du bien, les solutions de droit applicables à cette situation devront tenir compte de cette réalité intangible. Cependant, il est possible que, pendant la période où la situation réelle n'était pas encore connue et où seule la situation apparente semblait indiquer l'état des droits de chacun, certaines personnes ont été amenées à accomplir des actes qu'elles n'auraient évidemment pas réalisées si elles avaient su la vérité. Elles se trouvent donc dans une situation délicate, puisqu'elles découvrent *a posteriori* que l'acte en question est nul, ou du moins n'atteint pas son but, et ceci en raison d'une croyance légitime qu'elles ont eu dans la situation juridique que l'état apparent des faits laissait supposer. Pour corriger cette injustice résultant d'une application trop rigoureuse du droit, le législateur est alors intervenu, à plusieurs reprises, pour déclarer inopposable à ces tiers

de bonne foi l'établissement de la vérité, et rendre ainsi valable ou efficace les actes qu'ils ont été amenés à accomplir sur la base de la situation apparente.

Ainsi, l'article 1240 du Code civil dispose que le paiement fait, de bonne foi, au possesseur d'une créance doit être considéré comme valable, c'est-à-dire libératoire pour le débiteur, même s'il est ensuite établi que le possesseur n'en était pas le véritable titulaire. De même, l'article 1844-16 du Code civil prévoit que la nullité d'une société ne peut pas être opposée aux tiers de bonne foi : en effet, celle-ci ne peut résulter que d'un vice de fond nécessairement caché aux yeux des tiers, alors que le simple respect des formalités de constitution avait suffi à donner corps à cette société, dont les tiers de bonne foi ne pouvaient prévoir la nullité. On peut encore citer les articles 2005, 2008 et 2009 du même code, en vertu desquels les actes accomplis par un mandataire, dont le mandat avait été préalablement révoqué ou éteint, restent valables à l'égard des tiers de bonne foi qui avaient ignoré cette cause de disparition des pouvoirs du mandataire. Il résulte de tous ces textes que le législateur a organisé une protection efficace des tiers victimes d'une apparence trompeuse en laissant subsister à leur égard toutes les conséquences juridiques qui semblaient s'imposer d'après la situation apparente, alors même qu'il est démontré que celle-ci ne correspondait pas à la réalité. Il ne s'agit plus alors d'attacher des effets juridiques à l'apparence elle-même, mais à la croyance légitime que les tiers avaient en cette apparence.

461. La théorie de l'apparence consiste tout simplement en une généralisation prétorienne de cette protection originale : toute personne qui est amenée à croire en l'existence d'une situation juridique, sur la base d'une situation de fait apparente dont il est malheureusement démontré par la suite qu'elle ne traduisait pas la réalité des droits de chacun, peut, à certaines conditions, considérer et faire admettre par les tribunaux que la vérité ainsi démasquée lui est inopposable, de sorte que sa simple croyance en l'existence d'un droit peut suffire à suppléer l'existence réelle de ce droit. Cette solution s'oppose parfois à des principes fondamentaux de notre droit, tels que l'autonomie de la volonté et l'effet relatif des contrats, ou l'adage *Nemo plus juris*, etc. Mais, le législateur a implicitement consacré cette théorie en énonçant un certain nombre d'applications ponctuelles, et la jurisprudence n'a jamais hésité à l'appliquer dans des situations non expressément prévues par les textes. Son domaine d'application est donc habituellement

considéré comme illimité. Dans ces conditions, il apparaît tout à fait légitime de se demander si l'article 1321 du Code civil n'est pas, lui aussi, une de ces applications ponctuelles de la théorie générale de l'apparence. Seule une comparaison assez précise permettra, sans doute, de répondre à cette question.



## **§ 2 : La théorie de l'apparence, fondement d'une théorie générale de la simulation**

462. La contre-lettre est une convention secrète par laquelle les parties à une autre convention ostensible dénoncent le caractère volontairement mensonger de tout ou partie des énonciations contenues dans cette dernière, en précisant quelle était finalement leur véritable intention : par exemple, le prix annoncé dans l'acte de vente ostensible n'est pas le prix réellement voulu par les parties, et c'est la contre-lettre qui contient seule leur volonté réelle. Ou bien, le transfert de propriété, réalisé en apparence sous la forme d'un acte de vente, n'est pas fait réellement à titre onéreux, mais à titre gratuit, de sorte qu'il faut voir dans l'opération, non pas une vente, mais une donation. Ou bien encore, le contrat apparent de vente est dénoncé dans la contre-lettre comme étant entièrement fictif, de sorte que le transfert de propriété n'a pas réellement eu lieu entre le prétendu vendeur et le prétendu acheteur. Bref, la contre-lettre a pour seul but d'établir, c'est-à-dire de prouver, le caractère mensonger d'une manifestation extérieure de volonté, derrière laquelle se cache une volonté réelle différente : il est d'ailleurs significatif, à notre avis, que l'article 1321 du Code civil se situe, non pas dans le chapitre relatif aux effets des obligations conventionnelles, au même titre que les articles

1134 et 1165, mais dans le chapitre relatif à la preuve des obligations. En effet, il n'y a pas deux volontés contradictoires que l'on devrait combiner, mais seulement deux manifestations de volonté contradictoires, l'une correspondant à la volonté réelle des parties, mais tenue secrète à l'égard des tiers, et l'autre correspondant à une volonté que l'on voudrait faire croire comme étant celle des parties, mais qui ne l'est pas.

On retrouve les éléments de la théorie de l'apparence, à savoir une croyance erronée des tiers en l'existence d'une situation juridique basée sur une situation de fait apparente, mais trompeuse, c'est-à-dire sur une manifestation mensongère de volonté. Or, cette croyance peut les amener à agir d'une certaine manière qu'ils n'auraient pas envisagée s'ils avaient su la vérité. C'est pourquoi l'article 1321 permet aux tiers de bonne foi de s'opposer à ce que leurs droits soient ainsi remis en cause *a posteriori* par une révélation de la situation réelle, c'est-à-dire de la volonté réelle des parties. On fait donc produire, au profit des tiers de bonne foi, des conséquences juridiques à la déclaration mensongère de volonté, sans tenir compte de la volonté réelle des parties que seule la contre-lettre énonçait.

463. Pour pouvoir affirmer que la solution de l'article 1321 est une application de la théorie de l'apparence, il faut également vérifier si les conditions posées pour la mise en oeuvre de cette théorie se retrouvent dans l'hypothèse particulière des contre-lettres. Elles sont généralement classées en deux catégories distinctes : un élément matériel de l'apparence, et un élément psychologique. Il faut, en effet, d'abord une « réalité visible que l'observateur considérera comme révélatrice de la situation de droit »<sup>1</sup> : or, une déclaration écrite de la volonté prétendue des parties à un contrat, signée parfois même en présence d'un notaire et éventuellement de deux témoins, et suivie, le plus souvent, d'une exécution apparente de ses énonciations, constitue indiscutablement une situation de fait visible dont les tiers peuvent raisonnablement déduire une certaine situation de droit. Ils peuvent, par exemple, déduire d'un contrat fictif, mais apparent, de vente d'un immeuble, ayant fait l'objet des mesures habituelles de publicité foncière, que le droit de propriété est désormais passé sur la tête de l'acquéreur, de sorte qu'ils peuvent eux-mêmes conclure avec ce dernier un contrat réel

---

<sup>1</sup> Jacques GHESTIN et Gilles GOUBEUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994, n° 862, p. 852.

relatif à ce bien (vente, bail, prêt, hypothèque ou gage, etc.). Mais, il faut également un élément psychologique, à savoir la croyance erronée des tiers à cette situation apparente, condition qui apparaît toutefois, au fil d'une jurisprudence incertaine, à géométrie variable, selon les domaines concernés.

Traditionnellement, c'est une erreur individuelle du tiers qui invoque le bénéfice de l'apparence, combinée avec une « erreur commune », - c'est-à-dire partagée par tous, ou du moins par une large majorité, même si individuellement certaines personnes connaissaient la vérité -, et même, dans certains cas, une « erreur invincible », - c'est-à-dire à laquelle il était normalement impossible d'échapper -, qui est exigée pour la mise en oeuvre de la théorie de l'apparence. Mais, selon certaines décisions, il suffirait que ce tiers ait effectivement ignoré la réalité (bonne foi), et que cette ignorance ne résulte pas de sa propre négligence (« erreur légitime ») : en effet, ceux qui savaient la vérité ou ceux qui auraient dû savoir, au prix de quelques précautions élémentaires, ne peuvent pas être considérés comme victimes de l'apparence trompeuse et dignes de la protection particulière que leur accorde la théorie de l'apparence. La doctrine, après avoir constaté que la jurisprudence retenait tantôt l'erreur commune ou invincible, tantôt l'erreur légitime, sans trancher définitivement en faveur de l'une ou l'autre de ces deux conceptions, a tenté de délimiter le champ d'application de chacune d'elles. Il n'est pas certain qu'un critère satisfaisant ait pu être ainsi dégagé, car même si la plupart des décisions qui font référence à l'erreur légitime ne sont intervenues qu'en matière de mandat apparent, et celles qui retiennent l'erreur commune à propos de propriété apparente, aucune systématisation ne paraît véritablement possible. On peut alors se demander pourquoi une telle variation, en fonction des hypothèses en cause, voire en fonction des circonstances particulières de l'affaire.

464. C'est parce que la théorie de l'apparence est le résultat d'une combinaison entre deux impératifs contradictoires qu'une solution intermédiaire doit toujours être recherchée. En effet, l'objectif principal de cette théorie est de répondre à un souci de sécurité juridique, du moins sous son aspect dynamique<sup>1</sup> : si les tiers qui prennent la décision d'agir sur la base de la situation de fait visible sont perpétuellement soumis au

---

<sup>1</sup> Sur la notion de sécurité dynamique : René DEMOGUE, « Les notions fondamentales du droit privé », 1911, p. 72.

risque de voir l'efficacité de leur action remise en cause suite à une révélation de l'existence d'une divergence entre la réalité et l'apparence à laquelle ils ont cru, leur volonté d'agir en sera nécessairement amoindrie, et l'immobilisme deviendra pour eux une attitude plus raisonnable. C'est pourquoi la théorie de l'apparence leur permet de tenir pour vraie la situation juridique qui résulte de la seule observation des faits. Mais, une telle solution ne peut se faire qu'au détriment de la mise en oeuvre rigoureuse et logique des règles de droit normalement applicables : c'est donc l'efficacité du droit qui est également en cause, et dont il faut tenir compte. Voilà pourquoi la solution dérogatoire résultant de la théorie de l'apparence ne doit être comprise que comme une mesure de protection exceptionnelle, dont le champ d'application doit être strictement limité au seul bénéfice des personnes qui la méritent. Il y a donc une délicate opération de mise en balance des mérites et des fautes de chacun à réaliser pour apprécier l'opportunité de déroger au droit commun sur la base de cette théorie. C'est ainsi que s'explique l'absence de protection des auteurs de l'apparence trompeuse, des tiers de mauvaise foi, et de tous ceux qui ont été imprudents.

465. On peut également considérer que, dans certains domaines, seul le caractère véritablement invincible, ou du moins commune, de l'erreur peut justifier la protection, car sa mise en oeuvre doit être encore plus exceptionnelle du fait de la présence d'autres personnes, tout aussi innocentes, et qui auraient à souffrir des solutions résultant de la théorie de l'apparence. Par exemple, lorsqu'une personne acquiert un bien d'une autre, qu'elle croit être le véritable propriétaire, mais qui ne l'est pas réellement, son intérêt à voir consacrer ses droits sur la base de la théorie de l'apparence s'oppose à l'intérêt du véritable propriétaire, qui peut être, lui aussi, parfaitement irréprochable dans son comportement : il faut donc au moins que l'erreur du tiers soit commune pour justifier le sacrifice des intérêts du véritable propriétaire. Enfin, c'est également ainsi que peut s'expliquer, à notre avis, la jurisprudence qui refuse de consacrer, sur la base de la théorie de l'apparence, les droits acquis par un tiers de bonne foi à titre gratuit (même si l'erreur était commune et invincible) : en effet, l'application normale des règles de droit commandées par la révélation de la situation réelle ne produira pas, à son égard, un véritable appauvrissement, mais seulement la perte d'un moyen de s'enrichir, tandis que pour le titulaire véritable du droit, c'est un appauvrissement que l'application de la

théorie de l'apparence produirait à son détriment. Il nous semble donc que les trois fondements idéologiques de la théorie de l'apparence sont les suivants : la sécurité juridique dynamique, l'efficacité du droit, et enfin l'équité qui permet de trancher entre les différents intérêts en cause.

466. Ces différents éléments se retrouvent-ils dans la théorie des contre-lettres ? En effet, c'est dans un souci d'efficacité de la loi, en particulier en vue d'assurer le respect de l'article 1134 du Code civil, que l'article 1321 prévoit de faire produire à la contre-lettre tous ses effets, puisqu'elle seule exprime la volonté réelle des parties. Mais, c'est aussi dans un souci de sécurité dynamique, c'est-à-dire de protection des tiers qui agissent sous l'empire d'une croyance erronée en la réalité de la volonté exprimée dans la convention ostensible, que cet article leur permet, dans le second alinéa, de s'opposer à une remise en cause *a posteriori* de la situation juridique à laquelle ils ont cru. Enfin, c'est le même esprit d'équité, imposé par la nécessité de concilier ces deux impératifs contradictoires, qui doit conduire à distinguer ceux qui méritent cette protection de ceux qui ne la méritent pas. Il était donc logique d'exclure du bénéfice de l'inopposabilité de la contre-lettre ceux qui en étaient les auteurs, ainsi que tous les tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire ceux qui connaissaient la vérité avant d'entrer en relation juridique avec les simulateurs.

Mais fallait-il, en outre, exiger une erreur commune ou invincible ? Comme nous l'avons relevé précédemment, le degré de sévérité exigée à l'égard de ceux qui invoquent la théorie de l'apparence dépend de la mise en balance des mérites et des fautes de chacun : il était donc naturel, dans le cas des contre-lettres, de n'exiger qu'une erreur légitime, c'est-à-dire une erreur que les précautions normales de vérification n'auraient pas permis de dissiper, car cette erreur ne résulte pas d'une simple divergence fortuite entre la réalité et l'apparence, mais d'une création volontaire de cette divergence par les auteurs de la contre-lettre, en vue précisément de tromper les tiers victimes. Il y a donc, chez eux, un comportement plutôt immoral qui doit conduire à établir la balance plus facilement en faveur des tiers de bonne foi. C'est finalement la seule différence entre la contre-lettre et les autres formes d'apparence trompeuse. C'est pourquoi, on peut admettre que la théorie des contre-lettres n'est qu'une application de la théorie de

l'apparence, assortie simplement d'une sévérité accrue pour les auteurs du mensonge, et d'une générosité plus large à l'égard des tiers<sup>1</sup>.

467. Dès lors, parce que l'article 1321 du Code civil ne fait que consacrer une application ponctuelle de la théorie générale de l'apparence dans le domaine restreint des contre-lettres, nous devons admettre que les solutions qu'il a édictées peuvent être étendues aux autres formes de simulation : en effet, on y retrouve toujours les diverses caractéristiques communes aux différentes applications de la théorie de l'apparence, ainsi que celle qui reste propre à la contre-lettre, à savoir l'intention de tromper qui se trouve à l'origine de la divergence entre l'apparence et la réalité. Il importe peu que l'établissement de la vérité résulte d'un accord simulatoire, sous forme écrite ou verbale, ou d'un simple acte unilatéral, voire d'un fait juridique volontaire, ni que l'acte secret et l'acte ostensible soit établis entre les mêmes parties. Dès lors qu'une situation de fait, semblant traduire un certain état du droit, a été volontairement mise en place en vue de dissimuler la véritable situation juridique, il y a une simulation qu'il est possible de tenir pour inopposable à l'égard des tiers de bonne foi.

L'interposition de personne, qu'elle se fasse à l'insu ou avec l'accord du tiers cocontractant, peut relever de ce régime dans la mesure où elle tend à faire croire à une situation juridique qui ne traduit pas la vérité : en agissant en son nom propre, la personne interposée cache délibérément sa qualité réelle de mandataire. Tous les tiers de bonne foi dont le comportement a été orienté en fonction de leur croyance légitime à ce mensonge peuvent tenir la révélation postérieure de la vérité comme inopposable à leur égard. Encore faut-il que cette action en nom propre ne traduise pas la situation juridique réelle : nous avons vu, en effet, que certains mandataires n'ont aucun pouvoir de représentation, ou aucune intention de représenter, de sorte que le maître de l'affaire, pour le compte duquel ils agissent, sera effectivement dégagé des conséquences

---

<sup>1</sup> Il en résulte une conséquence très importante : on sait que la jurisprudence actuelle règle généralement le conflit entre tiers de bonne foi au profit de celui qui invoque l'apparence. Mais, nous pensons que cette solution se justifie directement par la théorie générale de l'apparence, et non par la théorie particulière de la simulation. Dès lors, nous estimons que le conflit entre tiers de bonne foi ne doit se régler en faveur de l'apparence que si l'erreur est commune ou invincible, tandis qu'à l'égard des simulateurs ou des tiers de mauvaise foi, l'erreur simplement légitime suffit. Cette opinion est partagée par Michel DAGOT (thèse précitée, n° 296, p. 293) et nous paraît d'ailleurs confortée par la formule même de l'arrêt qui est présenté comme ayant posé le principe (Civ., 25 avril 1939 : DP 1940.1.12 ; Gaz. Pal. 1939.2.57) : « les juges du fond ont pu donné la préférence au droit du créancier hypothécaire, en considération de l'erreur que la force invincible des apparences avait provoquée ».

juridiques des actes accomplis pour lui. La situation apparente est, dans ce cas, parfaitement conforme à la réalité juridique. Il serait donc totalement abusif de conclure que toute interposition de personne constitue une forme de simulation, seule la compatibilité entre les deux mécanismes ayant été finalement démontrée.

468. Il résulte donc de cette analyse de la théorie de la simulation que sa mise en oeuvre suppose, d'une part, une divergence entre la réalité juridique et l'apparence, et d'autre part, une intention de tromper. Mais, lorsqu'ils sont présents, ces deux éléments sont suffisants, sans avoir à se préoccuper du caractère conventionnel ou unilatéral du mensonge : par conséquent, si la personne interposée a une réelle volonté de représenter le maître de l'affaire (ainsi que le pouvoir correspondant), et si, malgré tout, elle déclare formellement agir en son nom propre, dans le but de faire croire aux tiers qu'elle n'est pas un représentant, la théorie de la simulation doit pouvoir s'appliquer et permettre à tous les tiers de bonne foi de choisir, en fonction de leurs seuls intérêts, entre les effets de la situation juridique réelle (représentation) et ceux de la situation apparente (non-représentation). Au contraire, les tiers de mauvaise foi, ainsi que les simulateurs, ne peuvent invoquer que les effets juridiques résultant de la réalité.

Toutefois, dans la situation particulière de l'interposition forcée d'une société au profit de son représentant légal, c'est le raisonnement exactement inverse qui aboutit au même résultat : la réalité juridique est une absence de représentation de la personne morale par son représentant légal, tandis que l'apparence est celle d'une représentation. En conséquence, les tiers de mauvaise foi et les simulateurs doivent supporter cette réalité, et libérer la personne morale des actes accomplis sous son nom. Les tiers de bonne foi bénéficient, au contraire, d'une option, et peuvent invoquer l'engagement apparent de la société interposée, y compris dans leurs relations avec les autres tiers de bonne foi, et notamment la société elle-même. Enfin, même lorsque la théorie de la simulation ne peut pas s'appliquer, nous avons vu qu'il était possible, sur d'autres fondements juridiques, de prendre en compte la personnalité du maître de l'affaire à la place de celle de la personne interposée, et d'en tirer ensuite toutes les conséquences juridiques qui s'imposent. Par conséquent, si la représentation et la simulation constituent des fondements communs à toutes les formes d'interposition de personne, mais dont la combinaison varie d'une situation à l'autre, il n'en reste pas moins que,

malgré la grande diversité des qualifications retenues, ce sont des résultats convergents qui résultent des différents régimes juridiques applicables.



**TITRE DEUXIÈME :**

**DES RÉSULTATS CONVERGENTS**



469. Ce qui fait l'intérêt de la notion d'interposition de personne, c'est que, pour chacune des formes qu'elle peut revêtir, nous avons pu constater finalement que les diverses qualifications juridiques retenues aboutissaient toujours à des résultats concrets convergents, traduisant une tendance irrépressible du droit positif à mettre directement en cause le maître de l'affaire. S'agissant en particulier des solutions prétorienne, elles ont souvent précédé les explications juridiques éventuelles qui pouvaient les justifier. C'est pourquoi, en pratique, les tribunaux utilisent indifféremment les expressions de « prête-nom », « mandataire agissant en nom propre » ou « personne interposée », sans distinguer ceux qui agissent avec ou sans représentation, et avec ou sans simulation. La théorie générale de l'interposition de personne, que nous tentons de réaliser, implique donc de mettre en évidence les effets communs de ces différents régimes juridiques : nous pourrions alors les considérer comme les effets de la qualification d'interposition de personne (Chapitre deuxième). Toutefois, ceux-ci ne pourront se produire sans une identification préalable de l'interposition de personne (Chapitre premier), selon des règles probatoires qu'il convient également de préciser.



**CHAPITRE PREMIER :**

**L'IDENTIFICATION DE L'INTERPOSITION**

**DE PERSONNE**



470. La mise en oeuvre d'un régime juridique implique forcément la preuve préalable de la réunion des conditions nécessaires à son déclenchement. Or, en l'espèce, la preuve à rapporter est celle des deux éléments de l'interposition de personne, c'est-à-dire le remplacement et la dissimulation. Comme nous l'avons observé, le deuxième élément se traduit par une action purement formelle en nom propre, c'est-à-dire une absence de désignation du maître de l'affaire comme sujet d'imputation des effets de l'acte. Il s'agit donc d'un aspect très facile à reconnaître. Par contre, le second élément est d'ordre psychologique : il s'agit de l'instrumentalisation. C'est donc sur celui-ci que toutes les difficultés se concentreront. Comment reconnaître qu'une personne a agi pour son compte personnel ou pour le compte d'autrui, indépendamment de la forme de son action (en nom propre ou au nom d'autrui) ? S'agissant de prouver une intention, une motivation (altruiste ou égoïste)<sup>1</sup>, deux observations préalables doivent être faites : d'une part, cette preuve se révélera souvent difficile, d'autant plus que, en matière d'interposition de personne, l'instrumentalisation s'accompagne généralement de nombreux mensonges ; d'autre part, elle sera nécessairement indirecte, car nul ne peut être certain de ce qui a réellement déterminé le consentement de l'auteur de l'acte. C'est donc uniquement à partir d'un certain nombre de faits matériels objectifs que l'on pourra présumer cet élément. Ces deux constats expliquent sans doute que le législateur s'est parfois senti le devoir d'établir des présomptions légales destinées à en faciliter la preuve. Nous étudierons donc successivement l'identification systématique (Section 1) et l'identification empirique (Section 2) de l'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> Rappelons, en outre, que l'instrumentalisation peut être le fait de la personne interposée elle-même (auto-instrumentalisation) ou d'un tiers (hétéro-instrumentalisation).





## SECTION 1 : L'IDENTIFICATION SYSTÉMATIQUE

471. L'identification systématique de l'interposition de personne consiste à prouver l'utilisation de cette technique dans une opération à partir d'éléments, qui n'en sont habituellement que des indices, mais que la loi impose de considérer comme obligatoirement révélateurs de l'existence d'une interposition. Basée sur une supposée probabilité statistique, la méthode de la présomption légale permet, en effet, de faciliter la preuve d'un fait souvent difficile à établir, tel que l'instrumentalisation psychologique de l'auteur formel d'un acte au service de l'intérêt d'un tiers, par un déplacement de l'objet de cette preuve, au profit d'un autre fait, beaucoup plus facile à établir, et dont la loi déduit, de manière automatique, l'existence du premier fait. Ainsi, le simple constat d'un lien de parenté unissant l'auteur formel d'un acte avec une personne à l'égard de laquelle la loi interdit la réalisation de cet acte peut suffire à présumer une interposition de personne. Ce sont donc des présomptions de cette nature que le législateur a posées, pour l'application de certaines dispositions impératives (§ 1), et que la jurisprudence a toujours considérées comme irréfragables.

472. En imposant aux juges de considérer, de manière systématique, certaines personnes comme interposées dans la réalisation de certaines opérations interdites ou

réglementées, le législateur obtient cependant un résultat qui dépasse l'objectif initial. En effet, par une combinaison de la présomption avec les conséquences juridiques de la qualification d'interposition de personne, le texte se trouve finalement appliqué à des personnes qui n'étaient pas visées à l'origine. Par exemple, le fait de présumer, dans une libéralité, que le bénéficiaire est une personne interposée, uniquement parce qu'il est le père d'une personne incapable de recevoir, revient à lui étendre purement et simplement cette incapacité. Or, il existe également d'autres textes qui, sans passer par cette double étape, semblent réaliser une sorte de "raccourci", en visant directement dans leur champ d'application diverses personnes que le législateur soupçonne d'être interposées. Ces dispositions s'inspirent alors indiscutablement des présomptions d'interposition de personne. Mais, le mécanisme de la présomption est, en principe, une simple méthode probatoire. Par conséquent, le résultat d'une présomption légale est uniquement l'établissement d'un fait, auquel une autre disposition pourra ensuite faire produire des conséquences juridiques. Dès lors, les dispositions qui visent directement les personnes soupçonnées d'être interposées, ne relèvent pas, à proprement parler, de la méthode des présomptions d'interposition de personne, mais constituent plutôt des méthodes assimilées aux présomptions (§ 2).

## § 1 : Les présomptions légales d'interposition de personne

473. En matière d'interposition de personne, c'est toujours l'existence d'un lien entre la personne qui est l'auteur formel de l'opération et celle qui est visée par un texte relatif à ce genre d'opérations qui permet au législateur de poser une présomption selon laquelle l'auteur de l'acte n'est qu'une personne interposée agissant pour le compte de la personne visée par le texte. La nature de ce lien peut être variable, mais il s'agit souvent d'un lien familial, d'un lien successoral ou d'un lien de contrôle (subordination, prise de participation dans une société). Toutefois, même si les principales présomptions sont généralement assez proches les unes des autres, il apparaît souvent des nuances qui peuvent être importantes. Dès lors, il nous semble qu'une présentation des principales présomptions existantes, en l'état actuel du droit positif, peut nous permettre de mieux comprendre ces nuances, et d'en mesurer toute la portée (A). Celles-ci apparaissent d'ailleurs d'autant plus essentielles qu'il résulte de l'article 1352 du Code civil que, lorsque le législateur pose une présomption pour l'application d'un texte qui édicte une nullité ou « dénie l'action en justice », ce qui est le plus souvent le cas en matière d'interposition de personne, cette présomption est nécessairement irréfragable, c'est-à-dire insusceptible d'une quelconque preuve contraire. Dans ces conditions, il est évident que les effets de telles présomptions, à l'égard des personnes ainsi désignées, et le

résultat final qui en découle, sur la plan de l'efficacité de la méthode, doivent faire l'objet d'une analyse critique (B).

### **A. L'état du droit positif**

474. La méthode de la présomption légale d'interposition de personne n'est pas nouvelle, puisque les rédacteurs du Code civil l'avaient déjà utilisée, dans le domaine des libéralités, sous la forme de deux articles fondamentaux, qui ont certainement constitué ensuite un modèle pour l'édiction des autres présomptions. C'est pourquoi, nous étudierons d'abord ces deux textes, l'article 911 du Code civil (1), puis l'article 1100 du même code (2), avant de présenter les autres présomptions légales (3).

#### **1. L'article 911 du Code civil**

475. Comme en témoigne un édit du roi HENRI II en date de février 1549, la technique de l'interposition de personne est utilisée, depuis plusieurs siècles, dans le but de contourner les incapacités en matière de libéralités<sup>1</sup>. Au lieu de donner directement à la personne incapable, le disposant donne à une personne de confiance ou à un proche de l'incapable en s'assurant que ce dernier puisse lui-même profiter de la libéralité, soit indirectement, par une mise à disposition gratuite (par exemple, grâce une communauté de vie avec le bénéficiaire interposé), soit directement, par une retransmission de l'objet de la libéralité à son profit. C'est donc en vue de conférer une efficacité maximale aux différentes règles édictant des incapacités de recevoir que l'article 911 du Code civil prévoit expressément la nullité des libéralités faites à des incapables par l'intermédiaire de personnes interposées. Encore faut-il pouvoir établir l'existence d'une interposition de personne. C'est précisément pour en faciliter la preuve que le second alinéa de cet article énonce alors un certain nombre de présomptions d'interposition de personne. Il dispose, en effet, que « seront réputées personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants, et l'époux de la personne incapable ». Depuis la rédaction du

---

<sup>1</sup> Édit du roi HENRI II de février 1549 (cité par Paul-Victor MARTIN, « Théorie de la simulation dans les actes juridiques », thèse Paris, 1880, p. 159) : « Les donations qui frauduleusement seraient faites durant le temps de l'administration à personnes interposées venant directement ou indirectement au profit des tuteurs, curateurs, gardiens, baillistes et administrateurs, seraient aussi nulles ».

Code civil, une jurisprudence abondante est venue préciser les conditions d'application de cet article.

476. La nullité édictée par l'article 911 ne concerne que les dispositions faites « au profit d'un incapable », et non celles faites par un incapable au profit d'un tiers<sup>1</sup>. Ce sont donc uniquement les incapacités de recevoir qui sont visées par cet article. Il s'agit essentiellement de l'incapacité du tuteur, prévue à l'article 907 du Code civil, ainsi que celle des médecins, chirurgiens, pharmaciens et ministres du culte qui ont traité ou assisté le disposant au cours de sa dernière maladie, prévue à l'article 909 (et, jusqu'à la loi du 3 décembre 2001, celle qui était prévue par l'ancien article 908 à l'encontre de l'enfant adultérin, au delà de la demi-part à laquelle il avait droit). En outre, par un renvoi à l'article 911 du Code civil, l'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles<sup>2</sup> étend le champ d'application de ces présomptions à l'incapacité des personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employées des établissements d'hébergement sociaux ou médico-sociaux définis par ce code.

Par contre, l'article 911 ne joue pas lorsqu'il y a simplement lieu à réduction de la libéralité<sup>3</sup>, ce qui paraît tout à fait normal puisque le dépassement de la quotité disponible est indépendant de l'identité de la personne bénéficiaire de la libéralité (bénéficiaire réel ou interposé). Il ne s'applique pas davantage dans les hypothèses où la demande en nullité est fondée sur un autre motif que l'incapacité (par exemple, pour cause illicite ou immorale<sup>4</sup>). Enfin, s'agissant de l'incapacité de recevoir de certaines personnes morales, telles que les associations non reconnues d'utilité publique, elle n'est soumise à l'article 911 du Code civil que pour la sanction spécifique édictée en cas d'interposition de personne (nullité absolue)<sup>5</sup>, mais n'est évidemment pas concernée par

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 mai 1958 : Bull. civ. I, n° 242, p. 192.

<sup>2</sup> Anciennement article 209 bis du Code de la famille et de l'aide sociale.

<sup>3</sup> Bordeaux, 16 novembre 1864 : DP 1865.2.116.

<sup>4</sup> Par exemple, une libéralité faite par un homme marié à la fille de sa maîtresse est susceptible d'être annulée pour cause immorale, mais à la condition de prouver l'interposition de personne, puisque les présomptions de l'article 911 du Code civil fondées sur le lien de parenté ne peuvent pas jouer (Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 avril 1987 : Bull. civ. I, n° 135, p. 104 ; Gaz. Pal. 1987.2.panor.172. En l'espèce, l'interposition n'a pas été retenue en raison de l'attachement personnel du testateur à l'égard de la fille de sa maîtresse, qu'il considérait comme sa fille, et qui l'avait soigné et assisté avec persévérance au cours de sa maladie, et lui avait témoigné dévouement, affection et amitié jusqu'à sa mort).

<sup>5</sup> Pour un exemple récent : Nancy, 21 octobre 1997 : inédit (un testament fait, dans un premier temps, en faveur d'un parti politique d'extrême droite ayant le statut juridique d'association non reconnue d'utilité publique, puis refait, sur les "conseils" du secrétaire administratif et financier, en faveur du président de ce

les présomptions d'interposition de personne, puisqu'une personne morale n'a pas de famille. L'assimilation du lien existant entre une société-mère et ses filiales à un lien de filiation maternelle nous paraîtrait, en effet, largement douteuse.

477. La présomption de l'article 911 s'applique quelle que soit la forme de la libéralité : donation, testament, don manuel, et même donation déguisée (par exemple, donation déguisée sous la forme d'une vente fictive). Les personnes visées par cette présomption sont d'abord les parents de l'incapable, qu'ils soient légitimes, naturels ou adoptifs<sup>1</sup>, mais pas les autres ascendants. Sont également réputés personnes interposées les enfants de l'incapable, mais aussi tous les descendants. Dans ce cas, il est admis que la présomption s'applique, quelle que soit la nature de la filiation : légitime, naturelle, adoptive, et même adultérine, à condition qu'elle soit légalement établie<sup>2</sup>. Enfin, cet article vise le conjoint de l'incapable, même si les époux sont séparés de fait, séparés de corps ou en instance de divorce. Par contre, le principe d'interprétation stricte, qui doit normalement jouer en matière de présomptions, ne permet pas une extension au fiancé<sup>3</sup>, ni au concubin, pas plus d'ailleurs qu'aux parents ou aux descendants du conjoint (enfants d'un précédent mariage). Les alliés de l'incapable (autre conjoint du père ou de la mère, conjoint d'un descendant), ainsi que les collatéraux (frères et soeurs, etc.) ne sont pas davantage inclus dans cette présomption d'interposition de personne. Par conséquent, pour toutes ces personnes, leur rôle éventuel de personnes interposées dans le bénéfice de la libéralité devra être prouvé.

## 2. L'article 1100 du Code civil

478. C'est une présomption de même nature que l'article 1100 du Code civil édicte concernant les donations faites par un époux, au delà de la quotité disponible spéciale des articles 1094 et suivants, à son conjoint par l'intermédiaire d'une personne

---

parti, a été annulé par la cour sur le fondement de l'article 911 du Code civil, après avoir déclaré la qualité de personne interposée de ce président).

<sup>1</sup> S'agissant de la filiation naturelle, il n'est même pas nécessaire qu'elle soit établie antérieurement à la libéralité (Civ., 22 janvier 1884 : DP 1884.1.117 - Civ., 30 janvier 1883 : S. 1883.1.193, note LABBÉ), en raison de son caractère rétroactif. Par contre, la doctrine estime qu'il en va différemment pour la filiation adoptive, qui n'a pas cet effet rétroactif.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1971 : Bull. civ. I, n° 79, p. 67.

<sup>3</sup> Req., 24 janvier 1881 : S. 1881.1.412.

interposée<sup>1</sup>. Comme on le sait, il résulte de l'article 1099 du Code civil que le déguisement et l'interposition de personne, dans le cadre d'une libéralité faite entre époux, aboutit à la nullité absolue de cette libéralité, alors même qu'elle aurait été valable ou n'aurait été soumise qu'à une simple réduction si elle avait été directement et ostensiblement faite entre les époux. On comprend alors l'importance que revêt la détermination du champ d'application et des personnes visées par la présomption de l'article 1100. En effet, cet article répute personnes interposées, pour l'application de l'article 1099, les enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage et les « parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation ».

479. La jurisprudence a estimé que toutes les donations faites entre époux étaient concernées par cette présomption : donation par acte authentique, don manuel, donation déguisée<sup>2</sup> (doublement nulle en raison du déguisement et de l'interposition de personne) et donation indirecte. La présomption a également été appliquée, dans un premier temps, aux libéralités testamentaires faites entre époux par personne interposée. Mais, par un arrêt récent, la cour de Cassation a mis fin à cette jurisprudence extensive en refusant l'application de cette présomption aux legs<sup>3</sup>. L'explication de ce revirement provient du changement résultant de la loi du 3 janvier 1972. En effet, cette loi a aligné la quotité disponible spéciale existant entre époux, en présence d'enfants d'un premier lit, sur la quotité disponible ordinaire, de sorte qu'il a fallu revoir le fondement habituellement donné aux dispositions de l'article 1099. La nullité que cet article édicte à l'encontre des libéralités faites entre époux par personne interposée, alors que, faites directement, elles ne sont soumises qu'à une simple réduction, ne peut plus se justifier par cette différence de quotité disponible. Dès lors, selon la doctrine, elle ne peut être justifiée actuellement que par la nécessité de protéger le caractère révocable des donations entre époux (qui

---

<sup>1</sup> Notons que la loi du 3 décembre 2001 (précitée) a modifié les droits successoraux du conjoint survivant, mais elle n'a pas modifié les articles relatifs à la quotité disponible spéciale entre époux et les sanctions et présomptions résultant des articles 1099 et 1100 du Code civil. En effet, même si les droits directs du conjoint dans la succession du *de cuius* ont augmenté, ils restent inférieurs, dans tous les cas, à la quotité disponible maximale entre époux, de sorte que des libéralités peuvent encore intervenir pour améliorer la situation "normale" du conjoint, dans la limite posée par les articles 1094 et suivants.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1993 : pourvoi n° 91-10.681 (donation déguisée sous la forme de l'achat d'un ensemble immobilier par le mari conjointement avec la fille d'un précédent mariage de sa femme, mais dont le prix a été entièrement payé, en réalité, par le mari seul) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 1990 : Defrénois 1990, article 34774, n° 36, p. 557 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 février 1961 : Bull. civ. I, n° 104, p. 84.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avril 1996 : D. 1996.609, rapport J. THIERRY ; JCP 1996.II.22702, note R. LE GUIDECC.

disparaît évidemment lorsque la libéralité est faite à une personne interposée dissimulant l'autre époux). Or, toute libéralité testamentaire est, par nature, révocable : le legs fait à une personne interposée l'est donc autant que celui fait directement à l'époux. Il n'y a donc plus aucune raison particulière d'étendre la sanction spécifique de l'article 1099 (nullité) et les présomptions d'interposition de personne de l'article 1100 aux libéralités testamentaires. Telle fut l'argumentation retenue par la Cour de cassation pour modifier sa jurisprudence<sup>1</sup>.

480. La présomption de l'article 1100 vise, dans un premier temps, « les enfants ou l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage ». Les enfants communs du couple sont évidemment exclus, car la solution contraire reviendrait à interdire toute donation d'un parent à ses enfants tant que l'autre parent reste son conjoint (vivant). Quant aux enfants d'un précédent mariage du conjoint donateur, ils ne sont évidemment pas visés, puisque ce sont eux que le législateur cherche principalement à protéger. Ce sont les enfants d'un précédent mariage de l'autre conjoint qui sont présumés être les personnes interposées de ce dernier. Les tribunaux et la doctrine majoritaire estiment que l'interprétation stricte des présomptions doit conduire à exclure les petits enfants et autres descendants<sup>2</sup>, même lorsque le descendant intermédiaire a disparu<sup>3</sup>. Par contre, l'interprétation stricte du texte n'a pas été retenue pour écarter les enfants du conjoint qui, sans être des enfants communs du couple, ne sont pas, pour autant, des enfants issus d'un autre mariage : la présomption a été appliquée aux enfants naturels<sup>4</sup> et adoptifs<sup>5</sup> du conjoint.

---

<sup>1</sup> « Tout legs est révocable par le testateur, de son vivant, de telle sorte que, depuis la loi n° 72-3 du 3 janv. 1972, il n'y a plus lieu d'étendre aux legs la présomption édictée par l'art. 1100 c. civ. ».

<sup>2</sup> Agen, 5 décembre 1849 (2 arrêts) : DP 1850.2.7 et 104 - Caen, 6 janvier 1845 : DP 1845.2.115.

<sup>3</sup> La disparition du descendant intermédiaire rend le descendant final héritier présomptif du conjoint, mais l'inverse n'est pas automatique, car le descendant final peut avoir lui-même des enfants. Dans le cas où le conjoint est héritier présomptif du descendant final, l'autre branche de la présomption s'applique-t-elle ? Certains semblent en douter, en invoquant une « volonté du législateur d'écarter ici la condition de successibilité » (Dominique D'AMBRA, Rép. civ. Dalloz, v° « Interposition de personne », 1998, n° 123, p. 14).

<sup>4</sup> Paris, 16 mars 1949 : JCP 1949.II.4960, note E. BECQUÉ, D. 1950.419, note H. LALOU.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 février 1968 : Bull. civ. I, n° 76, p. 62 ; D. 1968.587, note P. VOIRIN - Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1965 : Bull. civ. I, n° 12, p. 9 ; JCP 1965.II.14132, note R. L. ; D. 1965.533, note J.-Y. CHEVALLIER ; RTD civ. 1965.690, obs. R. SAVATIER.



481. L'autre branche de l'article 1100 vise « les parents dont l'autre époux sera héritier présomptif ». La notion de « parents » n'est pas limitée au père et à la mère, mais doit être entendue dans son sens large : le seul point qui importe, c'est la condition de successibilité. Celle-ci doit être appréciée exclusivement au moment de la réalisation de la donation : si elle n'existe pas à ce moment précis, la présomption ne joue pas, même si l'héritier intermédiaire disparaît ensuite<sup>1</sup>. Au contraire, l'absence d'héritier intermédiaire au moment de la donation fait présumer l'interposition de personne, même si la vocation successorale de l'époux disparaît ensuite, pour quelque cause que ce soit (prédéces de l'époux, renonciation de l'époux à la succession du gratifié, survenance de nouveaux héritiers de rang préférable à celui de l'époux, etc.). La jurisprudence a décidé également qu'il importait peu que l'époux ne soit pas l'héritier unique du gratifié présumé interposé<sup>2</sup> : pourtant, le présence d'un nombre important de cohéritiers rend plus douteux le soupçon d'interposition de personne. D'un autre côté, il semble que la présomption ne pourra pas s'appliquer dans le cas où le conjoint est simplement légataire universel de la personne gratifiée, et non directement son héritier présomptif. Il est facile de comprendre l'absurdité de telles distinctions, même si la portée de ces dispositions ne doit pas être exagérée, puisque l'absence de présomption d'interposition de personne n'interdit aucunement la preuve ordinaire de cette interposition.

### 3. Les autres présomptions légales

482. La méthode de la présomption d'interposition de personne a connu un certain succès auprès du législateur, qui n'a pas hésité à la réutiliser ponctuellement pour garantir une meilleure efficacité à certains textes. A plusieurs reprises, il a renvoyé expressément la preuve de l'interposition de personne, pour l'application de certaines dispositions impératives, aux présomptions des articles 911 et 1100 du Code civil (a). Ce sont d'autres présomptions, tantôt assez proches, tantôt totalement différentes, qui ont été également édictées par les articles 1125-1 du Code civil (b) et 990 D du Code général des impôts (c).

---

<sup>1</sup> Et ceci même si cette disparition intervient peu de temps après la donation, était parfaitement prévisible et était d'ailleurs prévue par le disposant. Dans ce cas, l'interposition de personne, qui est probable, doit être prouvée.

<sup>2</sup> T. civ. Seine, 12 janvier 1935 : JCP 1935.783, note H. M. - Lyon, 14 mai 1880 : S. 1881.2.38.

### a. Les articles renvoyant aux articles 911 et 1100 du Code civil

483. Mis à part l'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles<sup>1</sup> (précité) qui contient un renvoi direct aux présomptions de l'article 911 du Code civil pour assurer la protection de l'incapacité de recevoir qu'il édicte à l'encontre des personnes physiques propriétaires, administrateurs ou employés des établissements d'hébergement définis par ce code, c'est essentiellement le droit fiscal qui contient des renvois de cette nature. En effet, trois articles du Code général des impôts réputent, pour l'application de leurs dispositions, personnes interposées « les personnes désignées dans le deuxième alinéa de l'article 911 et dans l'article 1100 du Code civil ». Avant de présenter ces trois textes, nous pouvons nous interroger sur les conséquences de ce cumul de présomptions. La notion d'enfants issus d'un précédent mariage résultant de l'article 1100 est incluse dans la notion plus large de descendants résultant de l'article 911. Par conséquent, aux personnes désignées par ce dernier article (père, mère, enfants et descendants, époux), seule la notion de parents dont l'époux est héritier présomptif vient s'ajouter. Toutefois, s'agissant de ce dernier point, une adaptation est nécessaire, car les trois articles concernées ne visent pas spécifiquement les libéralités entre époux. C'est donc le parent dont la personne visée, à titre principal, par le texte, est héritier présomptif, qui sera présumé personne interposée.

484. Les trois textes fiscaux concernés visent à éluder certaines fraudes, en présumant comme fictives certaines opérations réalisées par le *de cuius* au profit de ses héritiers présomptifs, donataires ou légataires. Ainsi, l'article 751 du Code général des impôts dispose que doit être réputé faire partie de la succession du *de cuius*, pour leur valeur totale, tous les biens meubles ou immeubles dont il est usufruitier et dont la nue-propriété appartient à « l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées », sauf si ce démembrement de propriété résulte d'une donation datant de moins de trois mois avant le décès<sup>2</sup>. Sont donc visés, et

<sup>1</sup> Anciennement article 209 bis du Code de la famille et de l'aide sociale.

<sup>2</sup> Article 751 du Code général des impôts (L. n° 48-978 du 16 juin 1948, art. 17-I et II) : « Est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, toute valeur

considérés comme fictifs, parce que dissimulant un objectif frauduleux, les ventes faites par le *de cuius* à ses “successeurs” avec réserve d’usufruit, les donations faites *in extremis* (datant de moins de trois mois) avec réserve d’usufruit, et les achats faits en commun par le *de cuius* et les personnes visées par le texte, dans lesquels le *de cuius* n’acquiert que l’usufruit. Dans tous ces cas, la loi fiscale pose une présomption de propriété totale concernant le bien démembré, estimant que l’acquisition, prétendument onéreuse ou beaucoup trop récente, de la nue-propriété par l’héritier était uniquement destinée à réduire l’assiette d’imposition puisque, d’une part, les droits de mutation à titre onéreux sont globalement plus faibles que les droits de mutation à titre gratuit, et d’autre part, l’imposition ne concerne finalement que la valeur de la nue-propriété, étant entendu que la reconstitution de la pleine propriété, suite au décès de l’usufruitier, ne donne pas lieu à une imposition.

Se trouvent donc soumises à cette présomption de fictivité toutes les opérations ainsi décrites réalisées au profit d’une des personnes désignées par le texte (héritier présomptif du défunt, ou descendant de cet héritier, ou donataire, ou légataire) ou bien au profit du père, de la mère<sup>1</sup>, du descendant, ou du conjoint<sup>2</sup> de l’une de ces personnes, ou enfin au profit d’un parent dont l’une de ces personnes est elle-même héritier présomptif (par exemple, une vente avec réserve d’usufruit au profit de la mère du petit-fils du *de cuius*<sup>3</sup>). La présomption d’interposition de personne est irréfragable, mais la présomption de propriété qui en découle est susceptible d’être combattue par la preuve contraire (c’est-à-dire par la preuve que le démembrement n’était pas fictif, et que le nu-propriétaire avait réellement payé sa part à l’aide de fonds personnels).

---

mobilière, tout bien meuble ou immeuble appartenant, pour l’usufruit, au défunt, et pour la nue-propriété, à l’un de ses présomptifs héritiers ou descendants d’eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, à moins qu’il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n’est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès.

Sont réputées personnes interposées les personnes désignées dans le deuxième alinéa de l’article 911 et dans l’article 1100 du code civil.

Toutefois, si la nue-propriété provient à l’héritier, au donataire, au légataire ou à la personne interposée d’une vente ou d’une donation à lui consentie par le défunt, les droits de mutation acquittés par le nu-propriétaire et dont il est justifié sont imputés sur l’impôt de transmission par décès exigible à raison de l’incorporation des biens dans la succession ».

<sup>1</sup> TGI Bernay, 25 septembre 1974 : Indicateur de l’enregistrement 1975.12630 ; document Juris-Data n° 000205 (le *de cuius* avait vendu, moyennant rente viagère et avec réserve d’usufruit, la nue-propriété d’un immeuble aux parents de la personne qu’il institua ensuite légataire universel de sa succession).

<sup>2</sup> Com., 1<sup>er</sup> octobre 1996 : pourvoi n° 94-15.134.

<sup>3</sup> Dans l’hypothèse, évidemment, où le *de cuius* est le grand-père paternel, et donc sans lien de parenté directe avec la mère (sa belle-fille).

485. L'article 752 du Code général des impôts pose également une présomption de propriété à l'égard de toutes les valeurs mobilières, parts sociales et créances dont le défunt avait eu la propriété, avait perçu des revenus ou avait effectué une opération quelconque (par exemple, participation à une assemblée générale, nantissement du titre ou perception de dividendes) depuis moins d'un an avant le décès<sup>1</sup>. Dans la mesure où cette disposition ne vise qu'à éviter une disparition inexplicée de ces biens en vue de les faire échapper au paiement de l'impôt sur les successions, le texte admet alors que la preuve, au moyen de justifications écrites, du fait que ces biens ne font plus partie de la succession peut être rapportée (par exemple, la preuve de la vente du bien à un tiers). Toutefois, par crainte de la fraude, le législateur a prévu que la preuve de la vente du bien à « l'un des héritiers présomptifs ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à des donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées » ne pourra être admise comme preuve contraire de cette présomption (car cette vente est elle-même présumée fictive), sauf si elle a acquis date certaine avant le décès.

Par conséquent, toutes les valeurs mobilières et créances qui appartenaient au *de cuius* dans l'année qui précède son décès continuent à faire partie de sa succession, sur le plan fiscal, même s'il est prouvé qu'ils ont été vendus entre-temps, sous une forme qui ne donne malheureusement pas date certaine à l'acte, à un héritier présomptif du défunt ou un de ses descendants, ou un donataire, ou un légataire, ou bien au père, à la mère, à un descendant, ou au conjoint de l'une de ces personnes, ou enfin à un parent dont l'une de ces personnes est héritier présomptif. Dès lors, pour échapper totalement au risque de voir réintégrer dans sa succession des actions vendues (puisque la date de son propre décès est nécessairement incertaine), le vendeur doit, à défaut d'une parfaite

---

<sup>1</sup> Article 752 du Code général des impôts (L. n° 80-514 du 7 juillet 1980, art. unique) : « Sont présumées, jusqu'à preuve contraire, faire partie de la succession, pour la liquidation et le paiement des droits de mutation par décès, les actions, obligations, parts de fondateur ou bénéficiaires, parts sociales et toutes autres créances dont le défunt a eu la propriété ou a perçu les revenus ou à raison desquelles il a effectué une opération quelconque moins d'un an avant son décès.

La preuve contraire ne peut résulter de la cession à titre onéreux consentie à l'un des héritiers présomptifs ou descendants d'eux, même exclu par testament, ou à des donataires ou légataires institués, même par testament postérieur, ou à des personnes interposées, telles qu'elles sont désignées par le deuxième alinéa de l'article 911 et l'article 1100 du code civil, à moins que cette cession ait acquis date certaine avant l'ouverture de la succession.

Les mesures destinées à l'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État ».

connaissance de la généalogie de l'acheteur, faire enregistrer la vente pour lui donner une date certaine.

486. Enfin, l'article 773 du Code général des impôts énumèrent les dettes du défunt qui, par exception à l'article 768, ne sont pas déductibles de l'évaluation fiscale de la succession. Parmi celles-ci figurent « les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ou de personnes interposées », qui sont présumées fictives<sup>1</sup>. La preuve de la sincérité d'une telle dette ne peut être rapportée que si elle a été consentie par un acte authentique ou un acte sous seing privé ayant acquis date certaine avant le décès. Dans les autres cas, la présomption de fictivité est irréfragable. Il en résulte que toute dette consentie par une personne, sous une autre forme que celle autorisée par la loi fiscale, ne sera pas déductible de sa succession, si elle est consentie à un héritier ou au père, à la mère, à un descendant, ou au conjoint de cet héritier, ou enfin à un parent dont cet héritier est également héritier présomptif (par exemple, une dette consentie par un père veuf à son beau-père, car ce dernier sera irréfragablement présumé être une personne interposée dissimulant son petit-fils, puisque celui-ci est héritier présomptif des deux parties). Si la dette est consentie par acte authentique ou par acte sous seing privé ayant date certaine, elle sera également non déductible, mais la preuve de la sincérité de cet acte pourra néanmoins être rapportée afin de la rendre déductible.

#### **b. L'article 1125-1 du Code civil**

487. Ce sont des présomptions assez proches de celles de l'article 911 du Code civil que l'article 1125-1 de ce code a prévu, mais en matière d'actes à titre onéreux. Dans son premier alinéa, l'article 1125-1 pose une incapacité spéciale à l'encontre des personnes qui exercent une fonction ou occupent un emploi dans un établissement

---

<sup>1</sup> Article 773 du Code général des impôts (L. 25 février 1901, art. 7) : « Toutefois ne sont pas déductibles :  
1° [...]

2° Les dettes consenties par le défunt au profit de ses héritiers ou de personnes interposées. Sont réputées personnes interposées les personnes désignées dans le dernier alinéa de l'article 911 et dans l'article 1100 du code civil.

Néanmoins, lorsque la dette a été consentie par un acte authentique ou par un acte sous seing privé ayant date certaine avant l'ouverture de la succession autrement que par le décès d'une des parties contractantes, les héritiers, donataires et légataires, et les personnes réputées interposées ont le droit de prouver la sincérité de cette dette et son existence au jour d'ouverture de la succession ;

3° [...]

hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques : il prévoit, en effet, la nullité (« sauf autorisation de justice ») de certaines opérations réalisées entre ces personnes et celles qui sont admises dans l'établissement concerné. Les opérations interdites sont l'acquisition d'un bien ou d'un droit appartenant à la personne soignée, ainsi que la prise à bail du logement occupé par la personne soignée avant son admission dans l'établissement. Or, l'alinéa 2 ajoute, pour l'application de cet article, que doivent être présumés personnes interposées « le conjoint, les ascendants et les descendants » des personnes visées au premier alinéa. Cette présomption est légèrement plus large que celle de l'article 911 : elle ne se limite pas au père et à la mère, mais concerne, d'une manière générale, tous les ascendants. Pour les autres parents, la liste est identique : le conjoint (terme équivalent à celui d'époux de l'article 911) et les descendants. L'influence de l'article 911 sur ces dispositions est donc incontestable.

### **c. L'article 990 D du Code général des impôts**

488. C'est, au contraire, une présomption d'une tout autre nature que l'article 990 D du Code général des impôts a prévue : il s'agit d'une présomption d'interposition de personne morale<sup>1</sup>. En effet, cet article, combiné avec l'article 990 E, soumet les personnes morales étrangères non cotées dites "à prépondérance immobilière", qui possèdent, directement ou par personne interposée, un ou plusieurs immeubles situés en France, à une taxe égale à 3 % de la valeur vénale de ces immeubles. Or, le second alinéa de l'article 990 D dispose que, pour l'application de cet article, toute personne morale, qui ne possède pas directement l'immeuble situé en France, mais qui détient une participation, quelle qu'en soit la forme et la quotité, dans une autre personne morale possédant directement l'immeuble, ou bien dans une personne morale détenant elle-même une participation dans une troisième personne morale détenant l'immeuble, ou encore elle-même interposée dans une chaîne de participations, doit être présumée posséder cet immeuble, quelle que soit le nombre des personnes morales interposées.

C'est donc le seul critère de la participation (même minime) qui est retenu pour cette présomption d'interposition de personne morale. Faut-il en conclure alors que

---

<sup>1</sup> Jean-Pierre LE GALL, « Le traitement de l'interposition de personnes en fiscalité internationale : les articles 155 A et 990 D du Code général des impôts », JCP éd. E 1987.II.14922.

toute personne morale dont une partie, même infime, du capital est détenue par une autre personne morale sera présumée interposée ? Et, dans le cas d'une chaîne de participations, toutes les personnes morales intermédiaires sont-elles individuellement tenues, en plus de la personne morale qui termine la chaîne, au paiement de cette taxe, puisque chacune d'elles répond à la définition de la présomption d'interposition de personne ? Enfin, dans le cas où seule la personne morale "finale" serait considérée comme maître de l'affaire, et tenue à cette taxe, comment la déterminer dans le cas de participations en boucle ? Le simple critère de la participation paraît donc insatisfaisant, s'il ne s'inscrit pas dans le cadre d'une situation très précise, telle que celle visée (à titre principal) par les articles 990 D et 990 E du Code général des impôts.

489. Les dispositions, à titre principal, de l'article 990 D, telles qu'elles résultent de son premier alinéa, et complétées par celles de l'article 990 E, paraissent déjà, par elles-mêmes, constituer une sorte de présomption d'interposition de personne. En effet, l'objectif initial était de déjouer l'artifice qui consiste à posséder un immeuble situé en France par l'interposition d'une personne morale étrangère. Ce dispositif devait donc permettre, selon les termes mêmes de l'Instruction du 13 avril 1983<sup>1</sup>, de « favoriser la disparition de l'écran juridique constitué par la personne morale interposée ». Pour cela, la loi fiscale présume, en quelque sorte, que les personnes morales étrangères qui possèdent un immeuble en France, et qui répondent à certaines caractéristiques ("à prépondérance immobilière", c'est-à-dire dont plus de la moitié de l'actif français est constitué d'immeubles situés en France, à l'exception des immeubles affectés à leur activité professionnelle autre qu'immobilière) sont des personnes morales interposées, en ce qui concerne la possession de cet immeuble. Il devrait en résulter une application directe des dispositions fiscales qui étaient normalement applicables si le maître de l'affaire, personne physique, avait possédé lui-même l'immeuble.

Mais, il ne suffit pas de présumer l'interposition de personne, si la détermination du maître de l'affaire n'est pas possible : or, de nombreuses législations étrangères ont imaginées des formes de sociétés qui garantissent un anonymat total des associés. De plus, en dehors des pays avec lesquels il existe une convention fiscale prévoyant une assistance administrative, l'administration française n'a pas les moyens de vérifier la

---

<sup>1</sup> Cités par J.-P. LE GALL, article précité, n° 31, p. 236.

véracité des déclarations éventuelles de la personne morale étrangère sur l'identité de ses associés. C'est pourquoi, l'article 990 D ne prévoit pas l'imposition directe des associés, mais une sorte de substitut consistant en une taxe de 3 % due par la société étrangère elle-même<sup>1</sup>. Dans ces conditions, on peut alors douter que l'article 990 D ait réellement posé, par cette disposition de l'alinéa premier, une véritable présomption d'interposition de personne, puisqu'elle n'est pas suivie de la mise en cause directe du maître de l'affaire, mais aboutit à une nouvelle taxe pesant sur la personne morale prétendument interposée.

490. Par contre, c'est une véritable présomption d'interposition de personne que le second alinéa de cet article a édictée. Pour être soumis, à titre principal, à cette taxe, il faut que la société soit étrangère (car une société française n'échapperait pas au droit français), qu'elle soit à prépondérance immobilière (dans les conditions précédemment décrites), qu'elles ne soient pas cotées (car la répartition des titres dans le public rendrait peu vraisemblable la prétendue interposition de personne morale), et qu'il n'existe pas de convention d'assistance avec l'État de résidence de la société, ou s'il en existe, que la société refuse de révéler l'identité de ses associés (car sinon, l'imposition directe des associés serait possible), et enfin, qu'elle possède un immeuble en France. Dans ces conditions, qu'est-ce que pourrait être « une personne morale présumée interposée » qui posséderait ainsi l'immeuble pour le compte de cette société étrangère ?

La condition de la prépondérance immobilière étant, en quelque sorte, le critère de distinction entre les "vraies" et les "fausses" sociétés, sur le plan strictement fiscal de la possession d'immeubles en France, seule la participation d'une société étrangère dans une société à prépondérance immobilière est susceptible d'entraîner le paiement de cette taxe. Mais, il importe peu que la société interposée soit elle-même française ou étrangère. Toutefois, dans le second cas, la société interposée, parce qu'elle est elle-même étrangère et à prépondérance immobilière, devrait être tenue au paiement de cette taxe. L'article 990 E lui accorde cependant une exonération de la taxe à la double condition qu'il existe une convention d'assistance administrative avec son État de résidence et qu'elle accepte de dévoiler l'identité de ses associés. Dans cette dernière

---

<sup>1</sup> La loi avait même explicitement exonéré les associés de la société étrangère n'ayant pas leur domicile fiscal en France des droits de mutation à titre gratuit concernant l'immeuble possédé par la société (article 797 A, aujourd'hui abrogé).



hypothèse, ce sont alors les associés qui sont soumis à l'imposition : les personnes physiques et les personnes morales françaises sont directement soumis au droit fiscal ordinaire ; les sociétés étrangères qui possèdent une participation quelconque dans la société interposée sont tenues de la taxe (sauf si elles sont elles-mêmes à prépondérance immobilière, si elles dévoilent l'identité de leurs propres associés, et s'il existe une convention avec leur État de résidence).

Au contraire, dans l'hypothèse où la société étrangère interposée n'a pas procédé à une telle révélation, ou bien si cette révélation est sans effet, à défaut d'une convention d'assistance administrative permettant au fisc d'en vérifier l'exactitude, la taxe est due par la société interposée, puisqu'elle ne répond pas aux conditions d'exonération de l'article 990 E. Quant à la société étrangère associée, ainsi que toutes les autres sociétés qui la précèdent dans la chaîne des participations, elles ne sont pas tenues de payer cette taxe, puisque leur participation directe ou indirecte dans la société interposée n'est pas établie. Il en résulte finalement que c'est toujours la société étrangère la plus proche qui doit cette taxe, sauf à s'en exonérer elle-même en dévoilant l'identité de ses associés.

## **B. L'appréciation critique de la méthode des présomptions légales**

491. S'il apparaît équitable de prendre en compte l'existence d'une interposition de personne, dans une opération, pour la soumettre à l'application des textes concernant le véritable maître de l'affaire, il n'en va pas de même lorsque l'auteur formel de l'acte n'est pas une personne interposée. Or, les dispositions qui édictent des présomptions légales d'interposition de personne, en raison de leur caractère systématique, renforcé d'ailleurs par leur caractère irréfragable, ne tiennent pas compte de la réalité, de sorte qu'un texte peut se trouver applicable à une situation, dans laquelle une interposition est présumée, alors même que l'auteur de l'acte agissait réellement pour son propre compte. La méthode est donc tout à fait contestable (1). Mais, en outre, nous tenterons également de démontrer qu'elle est paradoxalement inefficace (2).

## 1. Une méthode contestable

492. La méthode est d'abord contestable dans son principe : doit-on "sacrifier" des innocents afin de protéger la loi contre d'éventuels risques de fraude ? En effet, la technique de l'interposition de personne suppose un certain contexte psychologique : seules des personnes agissant dans l'intérêt et pour le compte d'autrui peuvent être qualifiées d'interposées (à condition d'agir formellement en leur nom propre). En outre, la fraude suppose également une intention particulière : celle d'échapper ou d'aider autrui à échapper à l'application de la disposition impérative. En principe, elle ne se présume pas. Or, comment peut-on considérer que le simple fait, non volontaire, d'être parent avec la personne visée, à titre principal, par le texte, suffise à présumer ce double élément psychologique ? Même si, statistiquement, la plupart des personnes interposées sont des proches parents, la plupart des proches parents ne sont pas forcément des personnes interposées. Il nous paraît donc déjà excessif de transformer ainsi un simple soupçon en présomption. Mais, cela devient franchement inéquitable lorsque cette présomption est considérée comme irréfragable, car les non-fraudeurs ne peuvent plus alors démontrer leur bonne foi, et échapper à l'application du texte qui ne les concernait pourtant pas à l'origine, puisque l'intervention du proche parent, dans l'opération en cause, était sincère. La méthode des présomptions légales appliquée à l'interposition de personne aboutit donc à une dénaturation de ce procédé : il ne s'agit plus simplement de faciliter la preuve de la vérité, mais d'augmenter artificiellement le champ d'application d'un texte.

493. En outre, ces présomptions apparaissent également contestables dans leurs modalités. En effet, le choix des personnes présumées interposées est souvent arbitraire et sans véritable fondement sociologique. Ainsi, compte tenu des mentalités actuelles de la Société, l'exclusion implicite du lien de concubinage n'apparaît pas satisfaisante : le soupçon d'interposition de personne est sans doute plus important à l'égard du concubin stable que du conjoint séparé de fait ou de corps, voire en instance de divorce. De même, on ne voit pas comment une libéralité consentie par le *de cuius* au petit-fils du médecin qui l'a soigné au cours de sa dernière maladie, alors qu'il existait effectivement un lien d'amitié personnel entre le bénéficiaire et le testateur, serait plus sûrement une

manifestation de l'interposition de personne qu'une libéralité faite au frère, non marié et sans postérité, de ce médecin, surtout si le petit-fils a lui-même des héritiers autres que le médecin (son grand-père). On peut aussi s'interroger sur les raisons des différences dans les formulations retenues. Pourquoi, par exemple, l'article 911 du Code civil se limite-t-il au père et à la mère, tandis que l'article 1125-1 du même code vise tous les ascendants ? Pourquoi l'article 1100 ne vise pas les ascendants (si ce n'est par le lien de successibilité), mais vise les enfants d'un précédent mariage ?

494. On peut alors supposer que la formule de l'article 1100 du Code civil est plus heureuse, en prenant en compte directement le lien de successibilité, plutôt que des liens de parenté qui n'ont finalement, dans l'absolu, aucune valeur sentimentale ou successorale systématique. Or, au contraire, il nous semble que l'arbitraire apparaît encore plus nettement dans cette présomption d'interposition de personne. En effet, l'appréciation du lien successoral devant être réalisée uniquement au moment de la donation, et sans aucune considération pour le nombre de cohéritiers, il en résulte qu'une donation faite à un jeune cousin, éloigné et actuellement sans postérité, de l'époux, mais dont ce dernier est l'un des nombreux héritiers actuels, sera nulle, tandis qu'une donation faite au grand-père de l'époux (nécessairement dans l'autre branche) sera valable, dès lors que le père ou la mère de l'époux qui constitue la génération intermédiaire est encore vivant. Or, il est évident que le cousin, encore très jeune, peut se marier à tout moment, et avoir des enfants qui deviendront ses héritiers, tandis que le conjoint a de fortes chances d'hériter, directement ou indirectement, de son grand-père. Et même si le cousin reste célibataire, il peut parfaitement vivre encore très longtemps, tandis que le grand-père a, sans doute, une espérance de vie plus courte. Enfin, au cas où le conjoint hériterait effectivement du cousin, la nécessité de partager avec de nombreux autres cohéritiers le priverait d'une partie importante de la libéralité dont il est présumé être le bénéficiaire réel.

L'absurdité de cette formule apparaît avec une acuité encore plus importante lorsque la jurisprudence en déduit l'exclusion du lien testamentaire, en ne retenant que le lien successoral *ab intestat*. Ainsi, donner à une personne âgée qui a choisi le conjoint pour légataire universel, ou qui envisage de le faire, ne conduit pas à la nullité de plein droit, puisque la présomption ne s'applique pas, tandis que donner au jeune cousin, dans

les conditions précédemment décrites, entraîne, au contraire, une telle nullité. Ces nombreuses incohérences démontrent finalement que le mécanisme des présomptions d'interposition de personne est beaucoup trop rigide pour pouvoir tenir compte des subtilités de la réalité, qu'il finit alors souvent par déformer. Mais, en outre, il nous semble que cette méthode ne réussit même pas à atteindre son but premier qui est de faciliter la preuve du recours à la technique de l'interposition de personne dans la réalisation de certaines opérations. Elle est tout simplement inefficace.

## **2. Une méthode paradoxalement inefficace**

495. La méthode des présomptions d'interposition de personne a pour objectif de déjouer plus facilement les fraudeurs, en simplifiant la preuve. Or, elle est soumise à un double paradoxe qui aboutit à un résultat précisément contraire. D'une part, nous avons observé que la présomption légale avait pour conséquence de soumettre à l'application du texte toutes les personnes présumées interposées, sans distinguer celles qui l'étaient effectivement de celles qui agissaient réellement pour leur propre compte. Or, lorsque le maître de l'affaire envisage de réaliser une opération, en contradiction flagrante avec une disposition impérative, par le recours à une personne interposée, il est fort probable qu'il prendra alors un minimum de renseignements juridiques. Dans ce cas, la simple lecture du texte lui permettra de prendre connaissance des présomptions posées par celui-ci. Par conséquent, son désir d'échapper à l'application de ce texte impératif le conduira évidemment à choisir comme personne interposée une personne non présumée interposée. Par exemple, au lieu de faire appel à son conjoint, il fera appel à un ami. Il en résulte donc que seuls les non-fraudeurs, par méconnaissance du texte auquel ils ne cherchaient pas à échapper, seront finalement soumis à l'application de ce texte, en raison de la présomption d'interposition de personne. Au contraire, les fraudeurs seront beaucoup moins souvent soumis au jeu de la présomption, puisqu'ils prendront généralement soin de ne pas tomber dans son champ d'application. Il s'agit là d'un premier paradoxe, qui consiste à sanctionner les non-fraudeurs sans être efficace à l'égard des fraudeurs.

496. Un second paradoxe résulte de la constatation suivante : le législateur a souvent choisi de présumer interposées les personnes à l'égard desquelles la preuve de l'interposition était précisément la plus facile à rapporter. En effet, il est généralement plus simple de démontrer l'interposition d'un proche parent que celle d'une autre personne, telle qu'un ami ou une relation commerciale ou professionnelle. Mais, d'un autre côté, il est, sans doute, plus aisé de choisir comme prête-nom un proche parent qu'une personne plus éloignée, à laquelle le maître de l'affaire hésitera alors à faire des confidences, et qui exigera souvent une rémunération personnelle en contrepartie de sa participation à la fraude. Par conséquent, la tendance naturelle des fraudeurs est de préférer le recours à un proche parent. Mais, il est évident qu'en présence d'un texte édictant une présomption d'interposition de personne à l'égard de ce proche parent, le fraudeur n'hésitera pas à rechercher un autre prête-nom dans la catégorie des personnes non désignées par le texte, c'est-à-dire précisément celles à l'égard desquelles la preuve est plus délicate. Il en résulte que les fraudeurs échapperont donc plus fréquemment à l'application d'un texte qui pose une présomption d'interposition de personne que celle d'un texte qui n'en prévoit aucune. En effet, si le texte est muet, le fraudeur optera généralement pour la voie la plus facile, c'est-à-dire le choix d'un proche parent. Dans ce cas, la preuve de l'interposition de personne sera relativement facile à établir. Au contraire, si le texte pose des présomptions légales, le fraudeur choisira alors une personne plus éloignée. Dans cette seconde hypothèse, le risque que l'interposition de personne demeure secrète, ou du moins, que la preuve en soit impossible, est alors beaucoup plus important, d'autant que la simple lecture du texte, révélant la méfiance du législateur à l'égard des fraudeurs, aura, sans doute, incité le maître de l'affaire à une discrétion accrue. On peut alors conclure que, sauf hypothèses exceptionnelles, les non-fraudeurs seront les seules véritables victimes des présomptions d'interposition de personne, auxquelles les fraudeurs auront généralement su échapper, et que le nombre des interpositions non dénoncées doit être, sans doute, plus important dans les cas où le texte a posé des présomptions d'interposition de personne que dans les autres cas. Les effets concrets des présomptions légales apparaissent donc exactement contraires au résultat recherché.

## § 2 : Les méthodes assimilées aux présomptions

497. Ne sont considérées comme posant des présomptions d'interposition de personne que les dispositions qui le précisent expressément, par une formule du style : « seront présumés personnes interposées [etc.] ». En effet, il existe également des textes qui étendent l'application de certaines dispositions à d'autres personnes que celles qui sont visées à titre principal : par exemple, une interdiction peut concerner une personne, désignée par le texte, ainsi que « ses père et mère », ou « ses descendants », etc. Même si ces dispositions particulières s'inspirent alors incontestablement de la méthode des présomptions d'interposition de personne, il nous semble qu'elles doivent en être distinguées car la formule employée par le texte conduit à considérer ces personnes comme directement soumises à la disposition impérative, et non comme des personnes interposées, qui dissimuleraient le véritable maître de l'affaire, auquel le texte doit être ensuite appliqué. Ces procédés assimilés aux présomptions d'interposition de personne apparaissent en grand nombre en droit des sociétés (A), et en matière fiscale (B). Elles sont, sans aucun doute, sujettes aux mêmes observations critiques que les présomptions proprement dites, mais la méthode nous semble cependant moins contestable, dans son principe, car le résultat recherché n'est précisément pas le même : il ne s'agit pas tant de

faciliter une preuve que d'étendre effectivement le champ d'application du texte. Dans ces conditions, le résultat produit est conforme au résultat recherché.

### A. En droit des sociétés

498. S'inspirant, sans aucun doute, des présomptions d'interposition de personne de l'article 911 du Code civil, le législateur (notamment par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales) a étendu certaines interdictions concernant les associés ou les dirigeants sociaux à des personnes qu'il soupçonne être des personnes interposées de ceux-ci. Par exemple, l'article L. 223-21 du Code de commerce<sup>1</sup>, qui interdit d'abord la conclusion de certaines opérations (emprunt, découvert, cautionnement, etc.) par une société à responsabilité limitée au profit de ses gérants et de ses associés, précise ensuite que « cette interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa 1<sup>er</sup> du présent article ainsi qu'à toute personne interposée ». Cette formulation doit nous conduire alors à considérer que les conjoints, ascendants et descendants sont directement visés par cette interdiction. Si un emprunt consenti par une SARL au profit du conjoint du gérant doit être annulé, c'est donc par une application directe du texte, et non parce que ce conjoint serait une personne présumée interposée qui dissimulerait le gérant, auquel le texte doit être finalement appliqué. D'ailleurs, si le législateur avait réellement voulu considérer ces personnes comme des personnes interposées, il aurait sans doute terminé sa phrase par la formule : « ainsi qu'à toute *autre* personne interposée », indiquant ainsi que les personnes précédemment désignées étaient elles-mêmes des personnes présumées interposées<sup>2</sup>.

499. De la même manière, l'article L. 221-10 du Code de commerce, pour les sociétés en nom collectif, ainsi que l'article L. 223-38, pour les sociétés à responsabilité limitée<sup>3</sup>, interdisent de désigner comme commissaires aux comptes les gérants (ou l'associé unique dans le cas d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée)

---

<sup>1</sup> Anciennement article 51 de la loi du 24 juillet 1966.

<sup>2</sup> Les articles L. 225-38 et L. 225-91 du Code de commerce (anciennement articles 106 et 148 de la loi du 24 juillet 1966) prévoient exactement la même interdiction et la même extension, dans le cas des sociétés anonymes. Quant aux sociétés en commandite par action, l'article L. 225-43 renvoie aux dispositions de l'article L. 225-38.

<sup>3</sup> Anciennement articles 17-2 et 65 de la loi du 24 juillet 1966.

« ainsi que leurs conjoints, ascendants, descendants et collatéraux au quatrième degré inclusivement ». Pour une raison qui reste inconnue, c'est une formule légèrement différente qui a été retenue pour la désignation du commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes : l'article L. 225-224 du Code de commerce interdit de choisir « les parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement ». On pourrait croire que le résultat final est parfaitement identique, mais cela n'est pas tout à fait exact. En effet, si les ascendants, descendants et collatéraux au quatrième degré inclusivement sont inclus dans la formule « parents [...] jusqu'au quatrième degré inclusivement », le sort de certains alliés n'est pas le même selon la formule retenue : dans le premier cas, seul le conjoint est visé, tandis que dans le second cas, tous les alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement sont visés (par exemple, les beaux-frères et belles-soeurs, ou bien les conjoints des oncles, tantes et cousins germains). C'est la même formule (« parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement ») qui est utilisée par l'article L. 622-6 du Code de commerce<sup>1</sup> pour la désignation du liquidateur, dans le cas où la société est en « faillite », ainsi que par l'article L. 622-17<sup>2</sup> pour l'interdiction faite à certaines personnes de faire une offre d'acquisition des biens de la société, dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire.

500. La détermination du caractère majoritaire ou minoritaire de la gérance dans une société à responsabilité limitée, c'est-à-dire de la détention, par le ou les gérants, de plus ou de moins de la moitié des parts sociales, aboutit à des conséquences statutaires importantes<sup>3</sup>. Ainsi, le gérant majoritaire, pendant très longtemps, ne bénéficiait pas, concernant les rémunérations qu'il percevait de la société en raison de ses fonctions, de la déduction forfaitaire fiscale de 10 % pour frais professionnels, ni de l'abattement de 20 %, car il n'était pas considéré comme un salarié, contrairement au gérant minoritaire. La loi de finances pour 1997 a mis fin à cette discrimination fiscale. Mais, sur le plan social, cette différence de traitement subsiste : en effet, le gérant minoritaire peut être affilié au régime général de la sécurité sociale, tandis que le gérant majoritaire est considéré comme un entrepreneur individuel, et par conséquent, exclu de ce régime. Or,

---

<sup>1</sup> Anciennement article 149 de la loi du 25 janvier 1985.

<sup>2</sup> Anciennement article 155 de la loi du 25 janvier 1985.

<sup>3</sup> Maurice COZIAN, « Les mille et une tricheries des faux gérants minoritaires de S.A.R.L. », Gaz. Pal. 1986.I.doctr.140.



l'intérêt évident de ce régime privilégié incite, le plus souvent, les gérants à apparaître comme minoritaires, quitte à devoir, pour cela, faire appel à des prête-noms pour la détention d'une partie des parts sociales. La chasse aux faux gérants minoritaires est alors une préoccupation importante du législateur. C'est pourquoi, l'article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale (de même que l'ancien article 211, I alinéa 4 du Code général des impôts) précise que les parts « appartenant, en toute propriété ou en usufruit, au conjoint et aux enfants mineurs non émancipés » du gérant sont considérées comme possédées par ce dernier.

Est-ce alors une nouvelle manière de déjouer le risque d'une interposition de personne ? Dans l'esprit du législateur, cet objectif n'était pas exclu. Mais, l'idée principale de cette disposition était surtout de prendre en compte le pouvoir de représentation légale du gérant sur les biens de ses enfants mineurs : qu'il agisse pour lui-même ou pour le compte de ceux-ci, c'est toujours lui qui décide finalement, qui prend concrètement part au vote et qui a une position dominante au sein de la société. Quant aux parts sociales détenues par le conjoint, elles sont présumées appartenir au gérant, en raison du lien affectif qui est censé exister entre eux et qui rend très probable l'influence du gérant sur le droit du vote de son conjoint. Par conséquent, un gérant, qui serait minoritaire à titre personnel, mais majoritaire grâce aux parts détenues par son conjoint et ses enfants mineurs non émancipés, détiendrait un réel pouvoir de contrôle sur la société, et agirait alors davantage dans l'esprit d'un entrepreneur individuel que dans celui d'un simple salarié. Le droit fiscal estime donc que le gérant détient toujours un pouvoir, sinon de droit, du moins de fait, sur le droit de vote afférent aux parts sociales de son conjoint et de ses enfants mineurs, et que sa qualification de gérant minoritaire ou majoritaire doit alors prendre en compte ce pouvoir de contrôle<sup>1</sup>.

501. Enfin, c'est une sorte de présomption d'interposition de personne morale que les articles L. 225-38 et L. 225-86 du Code de commerce<sup>2</sup> semblent avoir édictée. En effet, ces deux articles prévoient, à titre principal, que toute convention intervenant entre une société anonyme et l'un des administrateurs ou directeurs généraux, ou l'un

---

<sup>1</sup> Le critère de l'instrumentalisation réapparaît donc, de manière sous-jacente, dans cette idée que le gérant oriente, comme il le souhaite, le vote de son conjoint et de ses enfants mineurs (le premier, par un pouvoir d'influence, et le second, par un pouvoir d'administration légale).

<sup>2</sup> Anciennement articles 101 et 143 de la loi du 24 juillet 1966.

des membres du directoire ou du conseil de surveillance est obligatoirement soumise à une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance (sauf les opérations courantes conclues à des conditions normales). Le second alinéa (commun) de ces deux articles énonce ensuite qu'il en va de même pour toutes les conventions dans lesquelles ces personnes sont indirectement intéressées ou dans lesquelles elles traitent avec la société par personne interposée. Enfin, le troisième alinéa (également commun aux deux articles) ajoute que « sont également soumises à autorisation préalable, les conventions intervenants entre une société et une entreprise, si [l'une des personnes précédemment visées] est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise ». La tentation est grande alors de tenir cette entreprise cocontractante pour une personne morale présumée interposée<sup>1</sup>.

502. Un auteur<sup>2</sup> avait contesté cette conclusion, en considérant qu'elle repose sur une confusion entre la notion d'intérêt indirect et celle d'interposition de personne. En effet, il résulte nettement de l'alinéa 2 qu'il existe des conventions dans lesquelles le dirigeant de la société est indirectement intéressé, et d'autres dans lesquelles il agit par personne interposée. Or, même si, dans les deux cas, le résultat final est identique (à savoir, l'obtention d'un avantage par le dirigeant de la société dans un contrat où il n'est pourtant pas personnellement partie), la distinction entre ces deux notions repose, selon cet auteur, sur le caractère réel ou fictif de l'intervention du cocontractant. En effet, si le cocontractant de la société n'est pas le destinataire réel de l'opération qu'il conclut, il n'est donc qu'un prête-nom qui dissimule le maître de l'affaire, c'est-à-dire le dirigeant de la société (auquel l'alinéa premier doit alors être appliqué). Au contraire, si le cocontractant est le destinataire réel, s'il agit pour son propre compte, le bénéfice que peut retirer éventuellement le dirigeant de la société de la conclusion du contrat n'est que purement fortuit. Il est donc "indirectement intéressé", mais n'est pas une personne interposée. Or, la présomption que pose le dernier alinéa, concernant les conventions

---

<sup>1</sup> La même précision apparaît dans les articles L. 223-19 (alinéa 5) et L. 226-10 (alinéa 2) du Code de commerce (anciennement articles 50 et 258 de la loi du 24 juillet 1966) pour les conventions soumises à autorisation préalable dans le cadre des sociétés à responsabilité limitée, et des sociétés en commandite par actions.

<sup>2</sup> Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 307.

conclues entre la société et une entreprise dans laquelle le dirigeant de la société occupe une des fonctions citées par le texte (administrateur, directeur général, gérant, associé indéfiniment responsable, etc.), relève-t-elle de l'intérêt indirect ou de l'interposition de personne ?

503. Pour Béatrice VIAL-PEDROLETTI, l'entreprise cocontractante, comme toute personne morale, ne peut contracter que dans son propre intérêt (l'intérêt social), tandis qu'une personne interposée est, au contraire, nécessairement privée de tout intérêt direct dans l'opération qu'elle réalise pour le compte du maître de l'affaire. Par conséquent, si le dirigeant d'une société, qui exerce, par ailleurs, une fonction importante dans une entreprise cocontractante, trouve un intérêt personnel à l'opération conclue entre cette société et cette entreprise, ce n'est qu'à titre indirect, car l'entreprise ne peut pas être une personne morale interposée de ce dernier. Cette position est parfaitement conforme à l'idée, précédemment développée par cet auteur, selon laquelle l'interposition d'une personne morale serait impossible, car incompatible avec la définition même de la personnalité morale<sup>1</sup>. Or, nous avons déjà eu l'occasion de contester cette affirmation : nous savons, en particulier, que la qualification de personne interposée n'implique pas nécessairement une absence d'intérêt direct dans l'opération<sup>2</sup>. Par conséquent, la situation décrite par le texte (convention conclue entre une société et une entreprise dans laquelle le dirigeant de l'une exerce des fonctions dans l'autre) peut être considérée comme une forme d'interposition de personne.

Le seul élément qui nous permet de douter de la qualification de présomption d'interposition de personne, c'est, une fois encore, la formulation retenue par le texte : « sont également soumises à autorisation préalable ». L'adverbe « également » indique, en effet, que ce qui suit n'est pas une simple application particulière de ce qui précède, mais une nouvelle prohibition. Sont donc soumises à autorisation les conventions conclues par la société avec le dirigeant (alinéa premier), celles dans lesquelles il a un intérêt indirect ou celles dans lesquelles il intervient par personne interposée (alinéa 2), et celles conclues avec une entreprise au sein de laquelle le dirigeant exerce certaines fonctions (alinéa 3). Cette dernière prohibition est certainement inspirée par le même

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 312.

<sup>2</sup> Cf, par exemple, l'affaire MALLET-DAB, n° 104.

objectif que la prohibition de l'interposition de personne, mais constitue une catégorie autonome.

## **B. En matière fiscale**

504. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous pouvons citer quelques dispositions fiscales qui établissent également des procédés assimilés à la méthode de la présomption d'interposition de personne. Ainsi, l'article 160 du Code général des impôts, qui prévoit un taux d'imposition spécifique (16 %) de la plus-value réalisée en cas de cession des parts sociales d'une société, indique que cette imposition particulière est « subordonnée à la seule condition que les droits détenus directement ou indirectement dans les bénéfices sociaux par le cédant ou son conjoint, leurs ascendants et leurs descendants, aient dépassé ensemble 25 p. 100 de ces bénéfices à un moment quelconque au cours des cinq dernières années ». On remarquera l'utilisation du pronom possessif "leurs", précédant les mots "ascendants" et "descendants", qui implique la prise en compte des parts sociales détenues par les ascendants du conjoint (beaux-parents) et les descendants de celui-ci (enfants issus d'un autre lit). En outre, tous les droits qui sont détenus "indirectement" par le conjoint, les ascendants et les descendants sont également inclus : les personnes interposées de ceux-ci sont donc visées par cet adverbe. Cette précision tend alors à confirmer que le conjoint, les ascendants et les descendants ne sont pas eux-mêmes des personnes présumées interposées, mais des personnes directement visées par le texte.

505. L'article 155 A du Code général des impôts<sup>1</sup> a pour objectif de déjouer une pratique courante qui consiste à faire payer les prestations de service rendus en France par certaines personnes (par exemple, des professionnels du sport ou du spectacle) à une personne physique ou morale étrangère qu'elles contrôlent, et dont elles sont salariés, de sorte que seule une faible partie de la rémunération perçue en contrepartie du service rendu sera versée sous la forme d'un salaire imposable en France, tandis que la majeure partie de cette rémunération sera, au contraire, soustraite à l'application de l'impôt

---

<sup>1</sup> Jean-Pierre LE GALL, « Le traitement de l'interposition de personnes en fiscalité internationale : les articles 155 A et 990 D du Code général des impôts », JCP éd. E 1987.II.14922.

français. Il résulte donc de cet article que, lorsque certaines conditions sont remplies, qui rendent probable l'interposition de personne (lorsque le prestataire apparent contrôle le prestataire réel, ou lorsque l'activité du prestataire apparent est essentiellement une activité de prestations de service, ou enfin, lorsque le prestataire apparent se trouve dans un pays à fiscalité privilégiée ou inexistante), les sommes perçues par le prestataire de service apparent (étranger) seront imposées au nom du prestataire réel (français). L'idée est très certainement que le prestataire apparent est considéré comme une sorte de personne interposée du prestataire réel. Mais, on ne peut pas parler véritablement de présomption d'interposition de personne, car le résultat de cette disposition n'est pas l'imposition du prestataire réel dans les mêmes conditions que s'il avait reçu lui-même la rémunération, mais l'imposition du prestataire réel dans les conditions qui auraient été celles du prestataire apparent s'il était domicilié en France<sup>1</sup>. Autrement dit, un artiste qui fait percevoir le fruit de son travail par une société étrangère sera imposé sur cette rémunération, non pas dans le cadre de l'impôt sur le revenu, mais dans le cadre de l'impôt sur les sociétés que la société étrangère aurait payé si elle était française. C'est donc une imposition autonome qui est mise en place par cet article, et non une simple présomption d'interposition de personne destinée à garantir le respect d'une disposition préexistante.

---

<sup>1</sup> J.-P. LE GALL, article précité, n° 12, p. 232.



## SECTION 2 : L'IDENTIFICATION EMPIRIQUE

506. Lorsqu'aucune présomption d'interposition de personne ne vient au secours des parties ou des tiers pour établir l'existence de ce procédé dans la réalisation d'une opération, ce sont les règles probatoires ordinaires qui s'appliquent. Or, nous savons que celles-ci imposent une distinction selon que l'objet de la preuve est un fait ou un acte juridique. Dans le premier cas, tous les modes de preuve sont admissibles, tandis que, dans le second cas, la recevabilité de certains modes de preuve est limitée. Il convient donc de déterminer précisément ce qui doit faire l'objet de cette preuve. La doctrine explique généralement que la preuve de l'interposition de personne résulte de la preuve de l'existence d'un mandat secret (la convention de prête-nom), afin d'en déduire que, dans l'opération, l'auteur formel de l'acte n'avait, en réalité, que la simple qualité de mandataire agissant pour le compte d'autrui. Or, comme, par ailleurs, ce mandataire avait dissimulé sa qualité par une action formelle en son nom propre, c'est donc nécessairement par une « action en déclaration de simulation » que la divergence entre l'apparence et la réalité doit être établie. Cette opinion, parfaitement exacte pour la seule hypothèse du recours à un prête-nom fictif, ne tient cependant aucun compte des nombreuses autres formes d'interposition de personne (par exemple, l'interposition d'un prête-nom réel, d'un commissionnaire, d'un gérant d'affaires agissant en nom propre, ou

l'interposition forcée d'une personne morale dans l'intérêt de son représentant légal, etc.)

507. S'agissant alors de prouver seulement l'interposition, et non l'existence éventuelle d'une représentation et d'une simulation, il suffit d'établir les deux éléments de la définition de ce procédé. L'intervention en nom propre ne pose aucune difficulté, compte tenu de son aspect purement formel : la simple observation de l'acte permet, en effet, de constater que son auteur n'a désigné personne d'autre que lui-même comme sujet d'imputation des conséquences juridiques de cet acte. Par conséquent, seule la détermination de celui pour le compte de qui l'acte a été accompli pose problème, dans la mesure où elle repose sur un élément psychologique, que nous avons précédemment défini comme l'instrumentalisation de l'auteur de l'acte au service d'un intérêt étranger. S'il est donc tout à fait exact que la preuve du mandat préalable peut permettre de présumer l'intention de l'auteur de l'acte d'agir dans l'intérêt et pour le compte du mandant, conformément à la mission qu'il a reçue en ce sens<sup>1</sup>, et par conséquent, de prouver l'interposition (§ 1), il n'en reste pas moins également possible de prouver directement cette intention, par la réunion d'un ensemble de faits tendant à établir l'instrumentalisation de l'auteur de l'acte au service du maître de l'affaire (§ 2), puisque la méthode du faisceau d'indices est parfaitement admissible, s'agissant finalement de prouver une intention, c'est-à-dire un fait juridique. La charge de la preuve pèse alors évidemment sur celui qui invoque l'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> Cette présomption est toutefois susceptible d'être écartée par la preuve contraire : en effet, ce n'est pas parce qu'une personne a reçu le mandat d'accomplir une opération (par exemple, acheter un bien) et qu'elle a ensuite réalisé effectivement une opération de ce type, qu'elle l'a obligatoirement réalisée pour le compte de son mandant. Elle a pu vouloir, malgré l'existence du mandat, agir pour son propre compte.



## § 1 : La preuve du mandat préalable

508. Il résulte de l'article 1341 du Code civil que la preuve des obligations et des contrats se fait normalement par la production d'un écrit (acte authentique ou acte sous seing privé) et qu'il n'est pas possible de prouver par témoignages ou par présomptions du fait de l'homme contre et outre le contenu d'un écrit. La preuve du mandat préalable<sup>1</sup> est donc doublement soumise à cette disposition puisque, d'une part, le mandat est un contrat, et d'autre part, l'établissement de la qualité de mandataire ne peut se faire que contre et outre les énonciations de l'acte ostensible accompli par la personne interposée, dans lequel elle prétend agir en son nom propre, et donc implicitement pour son compte personnel. Cependant, la règle posée par ce texte admet d'importantes exceptions, qui se rencontrent finalement assez souvent dans les arrêts rendus en matière d'interposition de personne. Aussi, après avoir rappelé, dans toute sa rigueur, le principe de la preuve littérale (A), et les modalités de sa mise en oeuvre, nous pourrions en apprécier la portée réelle par l'énumération des nombreuses atténuations qu'il subit (B).

---

<sup>1</sup> Ce mandat préalable ne doit pas seulement s'entendre comme une convention de prête-nom. En effet, il peut s'agir également d'un contrat de commission ou bien d'un mandat de command, ou même encore d'un mandat ordinaire (dans les cas où le mandataire décide, de sa propre initiative, de ne pas révéler le nom du mandant).

## A. Le principe de la preuve littérale

509. L'exigence d'un écrit préconstitué s'impose, non pas comme condition de forme (sauf pour les contrats solennels), mais comme condition de preuve de tout contrat, dès lors qu'il met en oeuvre des obligations portant sur une somme supérieure à celle fixée par un décret (actuellement, 800 euros<sup>1</sup>). La liberté de la preuve du mandat devrait donc être admise lorsque cette somme n'est pas dépassée. Cependant, le second aspect de la règle de l'article 1341 du Code civil, à savoir l'interdiction de prouver outre et contre le contenu d'un écrit par simples présomptions ou témoignages, ne prévoit pas une telle limitation, de sorte que la preuve du mandat, en tant qu'elle est destinée à démontrer la simulation contenue dans l'acte ostensible<sup>2</sup>, suppose toujours un écrit, quelque soit la somme en cause (sauf dans l'hypothèse exceptionnelle où l'acte ostensible ne serait pas lui-même constitué sous la forme d'un écrit). Par contre, il est indiscutable que l'inscription de faux n'est pas nécessaire pour prouver l'interposition de personne dans un acte authentique<sup>3</sup>, car les constatations faites par l'officier public ne portent pas sur les motivations et les intentions réelles des parties, ni sur l'existence ou l'absence du mandat préalable, mais seulement sur la volonté déclarée des parties.

510. Au-delà même des exigences légales, la preuve par écrit du mandat, dans la mesure où il est précisément destiné à rester secret, est effectivement une précaution que les parties ne doivent pas négliger. La confiance du maître de l'affaire à l'égard de la personne interposée ne constitue pas toujours une garantie suffisante de sa bonne foi et de sa parfaite intégrité, sans compter le risque d'une disparition soudaine du mandataire, qui peut priver le mandant de tout moyen de faire reconnaître ses droits à l'égard des tiers ou des héritiers de la personne interposée. L'établissement d'un écrit constatant le mandat est donc particulièrement utile, même si l'on envisage ensuite de le garder secret aussi longtemps que cela s'avérera souhaitable. C'est donc le plus souvent par ce moyen

---

<sup>1</sup> Décret du 15 juillet 1980 (5000 francs), modifié par le décret du 30 mai 2001 (800 euros à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2002).

<sup>2</sup> C'est à ce titre que la doctrine désigne généralement le contrat de mandat secret, la convention de prêt-nom, comme une "contre-lettre" (sans doute abusivement car, comme nous l'avons précisé, le mandat ne contredit pas directement les énonciations de l'acte ostensible, mais seulement d'une manière indirecte, en permettant de présumer l'intention de l'auteur de l'acte d'agir pour le compte d'autrui).

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1971 : Bull. civ. I, n° 270, p. 228.

que l'interposition de personne est établie devant les tribunaux. Mais, il arrive parfois que les parties n'ont pas (ou n'ont plus<sup>1</sup>) d'écrit à leur disposition. La jurisprudence est alors généralement ferme sur ce point : la preuve du mandat n'est pas possible par une simple présomption ou un témoignage. Par exemple, dans un arrêt du 18 janvier 1989<sup>2</sup>, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait refusé de reconnaître les droits du maître de l'affaire sur un chalet et des parcelles de terre acquis par le prête-nom au motif qu'aucune preuve écrite n'était rapportée pour établir l'existence du mandat, sans tenir aucun compte du fait que le maître de l'affaire avait lui-même payé le prix de la vente (en l'espèce, les arrérages d'une rente viagère), les frais de notaire, les impositions foncières, les primes d'assurances, des travaux de remise en état et les grosses réparations du chalet.

511. Il convient de rappeler que l'exigence de la preuve littérale ne se limite pas à l'établissement d'un écrit : plusieurs conditions sont nécessaires pour constituer un véritable acte sous seing privé, au sens de l'article 1341 du Code civil. En effet, cet écrit doit d'abord impérativement contenir la signature de ses auteurs, c'est-à-dire de toutes les parties contractantes. Par conséquent, s'agissant d'un contrat de mandat, seuls les écrits qui contiennent la signature du mandant et du mandataire pourront être admis comme preuve littérale. En outre, les parties doivent également respecter la formalité du « double » chaque fois qu'il s'agit d'un contrat synallagmatique : or, le mandat étant effectivement une convention qui impose des obligations réciproques à la charge de toutes les parties, il faudra donc rédiger autant d'écrits originaux qu'il existe de parties contractantes, un exemplaire devant être ensuite remis à chacune d'elles. Chaque écrit original devra être signé par toutes les parties, et contenir la mention du nombre exact d'originaux qui ont été établis. Enfin, la signature des parties étant la manifestation de leur volonté de contracter, la date de la conclusion du contrat est donc nécessairement concomitante de la date de rédaction de l'écrit. Par conséquent, s'agissant de prouver l'existence d'un contrat de mandat préalable, cet écrit doit obligatoirement être établi à une date antérieure à la réalisation du contrat principal.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 janvier 1963 : Bull. civ. I, n° 43, p. 36 (le prétendu emprunteur de nom affirmait que la contre-lettre avait été remise à un tiers, pendant la période d'occupation allemande, et qu'elle avait été ensuite perdue, suite à l'internement et au décès de ce tiers).

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : Bull. civ. I, n° 28, p. 19 ; Gaz. Pal. 1989.1.panor.60 ; RTD civ. 1990.79, obs. J. MESTRE.

On comprend aisément que toutes ces conditions ne seront que très rarement respectées : en effet, la plupart du temps, l'écrit qui est produit devant les tribunaux ne constitue qu'une reconnaissance unilatérale, parfois même établie *a posteriori*, de la qualité réelle de simple mandataire tenue par la personne interposée dans l'opération principale, bien qu'ayant agi en son nom propre. Le plus souvent, cette reconnaissance unilatérale émane du prête-nom qui protège ainsi l'emprunteur de nom contre le risque de dépérissement de ses droits. Plus rarement, il arrive que cet écrit émane de l'emprunteur de nom qui permet ainsi au prête-nom de se dégager, le cas échéant, des engagements qu'il a pu prendre en son nom propre à l'égard des tiers. De toute manière, même deux reconnaissances unilatérales réciproques ne pourraient constituer la preuve littérale exigée par l'article 1341 du Code civil. Elles peuvent néanmoins valoir comme commencement de preuve par écrit. Elles entrent alors dans le cadre de l'une des nombreuses atténuations que subit le principe de la preuve littérale.

## **B. Les nombreuses atténuations**

512. Le principe de la preuve littérale constitue une règle particulièrement lourde pour l'établissement des contrats synallagmatiques, en particulier pour des contrats que les parties cherchent précisément à garder secret. En effet, sur le plan psychologique, il paraît souvent difficile, pour les parties, de rédiger "noir sur blanc" une convention de prête-nom, en double exemplaire, avec la double signature et la mention expresse du nombre d'originaux existants. Lorsqu'un écrit est rédigé, il s'agit généralement d'une simple reconnaissance unilatérale émanant du prête-nom ou de l'emprunteur de nom. Heureusement pour les parties, ce principe connaît un certain nombre d'atténuations qui en limitent sérieusement la portée. La première d'entre elles résulte de l'article 1347 du Code civil, selon lequel il doit être fait exception au principe de la preuve littérale lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Celui-ci doit être alors entendu comme « tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué ». Ainsi, dans un procès opposant le prête-nom à l'emprunteur de nom, celui qui invoque la convention de prête-nom pourra utiliser tout acte écrit de reconnaissance unilatérale émanant de l'autre partie, puisqu'une telle reconnaissance volontaire rend vraisemblable l'existence du

mandat. Cependant, cet acte ne vaut que commencement de preuve par écrit, et non comme preuve à part entière, de sorte qu'il faudra ensuite le compléter par d'autres modes de preuve, c'est-à-dire par des témoignages ou des indices graves et concordants constituant une présomption du fait de l'homme<sup>1</sup>. On doit d'ailleurs regretter que les tribunaux ne soient pas toujours attentifs à préciser les autres éléments servant de compléments au commencement de preuve par écrit !

513. En l'absence d'un quelconque écrit, ou pour le moins, d'un écrit valant commencement de preuve par écrit, les parties ne peuvent donc pas, en principe, établir l'existence du contrat de mandat, puisque les preuves par témoignages ou présomptions du fait de l'homme ne sont pas admissibles. Néanmoins, cette restriction probatoire ne joue pas dans différentes situations, qui se rencontrent finalement assez souvent en matière d'interposition de personne. L'article 1341 du Code civil prévoit, par exemple, que ses dispositions ne sont pas applicables en matière commerciale. Dès lors, c'est l'article L. 110-3 du Code de commerce<sup>2</sup> qui régit, sur le plan de la preuve, les litiges entre commerçants ou entre commerçants et particuliers. Or, comme nous le savons, celui-ci dispose que, « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi ». Pour que ce principe de liberté de la preuve en matière commerciale puisse jouer, il faut donc que l'acte à prouver soit commercial et que les parties à l'instance, ou du moins celle qui refuse d'admettre l'existence de l'acte, aient la qualité de commerçants<sup>3</sup>.

Sur ce dernier point, s'il est incontestable que toutes les sociétés commerciales doivent être soumises à cette disposition, en raison de leur commercialité formelle et de la commercialité de leurs actes (commercialité par accessoire), il en va différemment pour les personnes physiques. La qualité de commerçant suppose l'accomplissement

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 janvier 1993 : pourvoi n° 87-17.505 (le commencement de preuve par écrit résultait des relevés de compte du magasin du prête-nom, et fut complété par divers témoignages) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janvier 1987 : pourvoi n° 85-13.014 (le commencement de preuve par écrit résultait d'une reconnaissance unilatérale du prête-nom, qui fut complétée par la constatation de divers mouvements et remises de fonds) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 juin 1957 : Bull. civ. I, n° 220, p. 273 (une reconnaissance unilatérale du prête-nom, complétée par la constatation de mouvements de fonds, ainsi que du comportement de l'emprunteur de nom comme s'il était le propriétaire de l'immeuble).

<sup>2</sup> Anciennement article 109 du Code de commerce.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1959 : Bull. civ. I, n° 406, p. 336 (« S'agissant d'un litige entre commerçants les juges du fond ont le pouvoir d'établir par tous moyens la preuve de l'existence de la convention de prête-nom contestée entre les parties »).

d'actes de commerce à titre de profession habituelle. Une difficulté particulière, dans la mise en oeuvre de ce critère, surgit donc lorsqu'une personne accomplit effectivement des actes de commerce à titre de profession habituelle, mais en son nom propre et pour le compte d'autrui : dans les relations entre le prête-nom et l'emprunteur de nom, on peut alors se demander lequel des deux doit recevoir la qualité de commerçant, puisque le principe de la liberté de la preuve ne pourra normalement jouer qu'à l'égard de celui-ci. Or, l'objet de la preuve étant précisément d'établir la qualité réelle de simple mandataire de la personne interposée, nous pensons donc que seul l'emprunteur de nom (le mandant) doit recevoir la qualité éventuelle de commerçant. Si le prête-nom peut être considéré parfois comme un commerçant, c'est uniquement sur la base de la théorie de la simulation et dans les relations avec les tiers. Par conséquent, il nous semble que la preuve de la convention de prête-nom par l'emprunteur de nom, et à l'encontre du prête-nom, ne peut pas relever du champ d'application de l'article L. 110-3 du Code de commerce, sauf si le prête-nom a, par ailleurs, la qualité de commerçant (et à condition que l'opération de prête-nom ne soit pas étrangère à l'exercice de son commerce).

514. La qualification d'acte de commerce peut également, dans certains cas, être assez délicate et dépendre d'éléments très précis, dont les parties n'imaginent pas alors toutes les conséquences qui peuvent en résulter sur le plan des règles probatoires, et par conséquent sur l'issue de litige. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 1<sup>er</sup> février 1994<sup>1</sup> concernant les célèbres laboratoires de cosmétique GARNIER nous en offre une assez bonne illustration. L'affaire commence en 1962, lorsque M. Pierre WICART, étant devenu associé unique de la SARL Laboratoires GARNIER, décida de la transformation de son entreprise en société anonyme. Afin d'atteindre le seuil de 7 actionnaires exigé par la loi, il distribua 1500 actions à 6 membres de sa famille qui devinrent ses prête-noms, et conserva pour lui-même les 1500 autres actions. Puis, lors de pourparlers engagés en 1964-1965 avec le groupe L'ORÉAL en vue de la cession de la totalité des actions Laboratoires GARNIER, Pierre WICART (l'emprunteur de nom) décida, afin de faciliter les négociations avec ce tiers cocontractant, de faire céder par tous ses prête-noms l'intégralité de leurs actions à un nouveau prête-nom, le directeur commercial de la société. Puis, la vente finale fut réalisée en 1965 au profit du groupe L'ORÉAL. Le

---

<sup>1</sup> Com., 1<sup>er</sup> février 1994 : pourvoi n° 92-10.690

prix de la cession correspondant aux 1500 actions détenues par le nouveau prête-nom fut versé sur un compte ouvert au nom de ce prête-nom, mais sur lequel l'emprunteur de nom avait une procuration générale. Naturellement, ce dernier transféra ensuite toutes les sommes correspondantes du compte de son prête-nom vers un compte personnel. Or, quelques temps après, le prête-nom révoqua le pouvoir donné à l'emprunteur de nom sur le compte ouvert à son nom et assigna celui-ci en restitution des sommes transférées.

515. Le litige portait sur la qualité de propriétaire réel ou de simple mandataire, dans l'acte de cession des actions au groupe L'ORÉAL, du directeur commercial, qui était le propriétaire apparent des 1500 actions. Or, la cour d'appel a admis la preuve de la convention de prête-nom à partir de différents éléments qui ne constituaient pas des preuves littérales, ni des commencements de preuve par écrit : il s'agissait, d'une part, d'attestations émanant des anciens prête-noms, par lesquelles ils reconnaissaient leurs qualités réelles et affirmaient n'avoir jamais reçu aucune somme résultant de la vente des actions au nouveau prête-nom, ou uniquement des sommes correspondant à un prix modique, et d'autre part, des lettres émanant du nouveau prête-nom par lesquelles il donnait décharge à Pierre WICART de toutes les opérations effectuées sur le compte ouvert à son nom (à une date postérieure à la date des transferts litigieux). En outre, il existait également un autre écrit émanant du nouveau prête-nom, mais trop ambigu pour pouvoir constituer un commencement de preuve par écrit. D'un autre côté, le directeur commercial pouvait invoquer le contrat de vente ostensible des actions réalisée par les anciens prête-noms à son profit personnel pour affirmer sa qualité corrélatrice de propriétaire-vendeur dans l'acte de vente ultérieur fait au profit du tiers sous-acquéreur.

Par conséquent, il nous semble que tous les éléments retenus par la cour d'appel ne pouvaient servir à l'établissement de la convention de prête-nom que si le litige entrait dans le champ d'application de l'article L. 110-3 du Code de commerce. Or, un contrat de mandat n'est commercial que si l'opération sur laquelle il porte est elle-même commerciale. Par ailleurs, il existe aujourd'hui une jurisprudence très bien établie selon laquelle une cession de parts sociales ne peut être commerciale que si elle entraîne le contrôle de la société. En l'espèce, la vente des 1500 actions mises au nom du directeur commercial était couplée avec celle des 1500 autres actions, de sorte qu'elle entraînait effectivement une prise de contrôle de la société par le tiers cocontractant. Mais, à

supposer que, pour une raison quelconque, l'emprunteur de nom ait fait réaliser la vente des 1500 actions par son prête-nom dans un acte séparé, et antérieurement à la vente des autres actions, la solution du litige aurait-elle été radicalement différente ? En effet, la vente réalisée par le prête-nom n'aurait pas suffi à provoquer la prise de contrôle de la société par le tiers cocontractant. Dans ce cas, l'emprunteur de nom n'aurait-il pas tout simplement perdu son procès en raison de l'irrecevabilité des éléments de preuve rapportés ?

516. Une autre exception notable au principe de la preuve littérale existe dans les cas où il s'agit de prouver une convention de prête-nom ayant un objectif frauduleux<sup>1</sup>. Les exemples sont évidemment nombreux, et la preuve de la convention de prête-nom est alors toujours libre. Qu'il s'agisse de prouver, outre et contre le contenu d'un acte de vente authentique, que l'acquéreur ostensible n'est, en réalité, qu'un prête-nom destiné à cacher l'identité du véritable acquéreur, parce qu'il s'agit précisément du notaire qui instrumentait l'acte dans lequel il est donc personnellement intéressé<sup>2</sup>, ou parce qu'il s'agit d'un homme marié sous le régime de la communauté légale qui désirait, par ce moyen, soustraire le bien acquis à cette communauté existant entre lui et sa femme<sup>3</sup>, ou encore parce qu'il s'agit d'une personne résidant à l'étranger et qui n'a pas souhaité requérir l'autorisation du ministre des finances exigée, à cette époque, pour l'acquisition des parts d'une société civile immobilière<sup>4</sup>, la preuve peut toujours se faire par tous moyens. Même les parties, pourtant auteurs ou complices de la fraude, peuvent établir librement la convention de prête-nom<sup>5</sup>. En effet, compte tenu de l'importance que l'on doit accorder au respect de la loi, la preuve de la fraude doit toujours être libre.

517. De même, il est possible de déroger au principe de la preuve littérale en cas d'impossibilité morale ou matérielle, pour les parties, de se procurer un écrit (article 1348 du Code civil)<sup>6</sup> : mais, dans ce cas, seul l'exigence de l'écrit tombe, car il reste

---

<sup>1</sup> Article 1353 du Code civil.

<sup>2</sup> Civ., 5 juin 1950 : Defrénois 1951.26952.

<sup>3</sup> Req., 26 juin 1883 : D. 1884.1.229 ; S. 1884.1.367.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 1968 : Bull. civ. I, n° 206, p. 155 ; Journ. dr. intern. 1969.366, note J.-Ph. LÉVY.

<sup>5</sup> Req., 22 janvier 1895 : DP 1895.1.205 - Civ., 25 avril 1887 : DP 1887.1.397.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 décembre 1989 : pourvoi n° 88-14.356.



ensuite à prouver positivement l'existence de la convention de prête-nom par un autre moyen (témoignage ou présomption du fait de l'homme)<sup>1</sup>. Il faut également rappeler que, en toute matière et dans toutes les hypothèses, l'aveu judiciaire constitue un mode de preuve parfaitement admissible et suffisant. Il convient cependant de ne pas le confondre avec l'aveu extrajudiciaire qui n'a pas une telle valeur probatoire. Dans les deux cas, il s'agit d'une déclaration émanant de la partie contre laquelle le fait litigieux est invoqué, et par laquelle elle reconnaît ce fait, que ce soit de manière explicite ou implicite. Toutefois, l'aveu judiciaire est fait devant le juge au cours de l'instance, par exemple dans le cadre de l'enquête judiciaire ou pendant l'audience, tandis que l'aveu extrajudiciaire est fait en dehors de l'instance, soit par une déclaration écrite, soit par une déclaration orale dont la teneur est rapportée par des témoins, soit éventuellement dans le cadre d'une autre instance judiciaire antérieure. Le premier fait obligatoirement foi contre son auteur. Au contraire, le second n'a que la valeur d'un témoignage, d'une présomption du fait de l'homme, ou éventuellement, d'un commencement de preuve par écrit. L'analyse de la jurisprudence montre cependant que l'aveu judiciaire n'est pas aussi rare que l'on pourrait l'imaginer<sup>2</sup>.

518. Enfin, une dernière limite importante, posée par le législateur, au principe de la preuve littérale, consiste à exclure de son champ d'application la preuve des faits juridiques. Or, l'existence d'un contrat, tel que le mandat préalable dont il est question, constitue toujours, pour les tiers, un simple fait juridique, dans la mesure où il ne peut créer aucune obligation à leur charge ou à leur profit. Dans ces conditions, la preuve de la convention de prête-nom par les tiers est toujours libre. A cet égard, il importe peu que le tiers soit complice ou victime de l'interposition de personne, et qu'il soit le tiers cocontractant, dans le cadre du contrat conclu par le prête-nom, ou un tiers totalement étranger à l'opération. Le seul élément qui importe, c'est qu'il ne soit pas lui-même partie à la convention de prête-nom. S'agissant des héritiers des parties contractantes, ils

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janvier 1969 : Bull. civ. I, n° 13, p. 9 (cassation de l'arrêt car la cour d'appel, après avoir constaté l'impossibilité morale entre deux concubins de se procurer un écrit, n'avait pas précisé ensuite « les motifs qui lui ont permis de déduire [...] l'existence de la convention de prête-nom »).

<sup>2</sup> Crim., 28 septembre 1992 : pourvoi n° 92-80.592 - Paris, 6 décembre 1989 : RTD civ. 1990.268, obs. J. MESTRE (cet arrêt, souvent mal interprété, rappelle simplement que la rédaction d'un écrit n'est qu'une exigence de preuve du mandat, et non une condition de forme, de sorte qu'un mandat purement verbal est parfaitement valable, et doit produire tous ses effets juridiques, dès lors que la preuve peut en être rapportée malgré l'absence d'écrit : en l'espèce, la preuve résultait d'un aveu judiciaire).

sont considérés comme des tiers lorsqu'ils invoquent des droits qui leur sont propres, comme par exemple l'atteinte à la réserve. Mais au contraire, lorsqu'ils invoquent des droits qu'ils tiennent de leur auteur, ils sont placés dans la même situation que celui-ci, et n'ont pas la qualité de tiers par rapport au contrat de mandat qu'il s'agit de prouver. Il en va de même pour les créanciers des parties qui exercent l'action oblique de l'article 1166 du Code civil. Le rejet de la preuve de la convention de prête-nom par simple témoignage ou présomption résultant du principe de la preuve littérale ne peut donc concerner que les parties au contrat, c'est-à-dire le prête-nom et l'emprunteur de nom, ou leurs ayants cause. Les nombreuses restrictions que connaît ce principe (à l'égard des tiers, en matière commerciale, s'il existe un commencement de preuve par écrit, en cas d'impossibilité morale ou matérielle de se constituer un écrit, ou enfin en présence d'un aveu judiciaire) lui confèrent finalement une portée assez limitée. En outre, même lorsqu'il doit effectivement s'appliquer, dans toute sa rigueur, pour la preuve du mandat préalable, il reste possible aux parties de démontrer, directement et par tous moyens, l'instrumentalisation de l'auteur de l'acte au service de l'intérêt d'autrui.

## § 2 : La preuve de l'instrumentalisation

519. La démonstration de l'existence d'un contrat de mandat préalable permet de présumer l'intention du mandataire d'agir pour le compte du mandant, c'est-à-dire son instrumentalisation volontaire au service de l'intérêt d'autrui. Mais, toutes les personnes interposées ne sont pas forcément des mandataires : le gérant d'affaires qui intervient en son nom propre agit pour le compte d'autrui, mais de sa propre initiative. De même, les personnes physiques incapables d'exercer leurs droits (mineurs, incapables majeurs) et toutes les personnes morales, lorsqu'elles sont instrumentalisées par leurs représentants légaux dans un intérêt personnel ou dans l'intérêt d'un tiers, ne reçoivent aucun mandat, ne concluent aucune convention de prête-nom puisque leur interposition est forcée. Enfin, il reste que le mandat préalable, même lorsqu'il existe, n'est pas toujours facile à établir, surtout lorsque le principe de la preuve littérale s'applique dans toute sa rigueur. Toutefois, dans toutes ces hypothèses, les tribunaux ne refusent pas nécessairement la preuve de l'interposition de personne : elle se traduit alors par la mise en évidence, selon la méthode du faisceau d'indices, d'un certain nombre d'éléments (A), qui sont tous révélateurs de l'élément psychologique de l'interposition de personne. Il en résulte alors une légitime interrogation : si la preuve de l'instrumentalisation est libre, et si elle peut suppléer la preuve du mandat préalable qui ne l'est pas, cette dernière présente-t-elle

encore un quelconque intérêt ? L'appréciation de la valeur juridique exacte de la preuve de l'instrumentalisation (B) nous permettra sans doute d'y répondre.

### **A. Les éléments de preuve de l'instrumentalisation**

520. S'agissant de démontrer une intention, c'est-à-dire un fait juridique, tous les modes de preuve sont admissibles. Néanmoins, il ne peut exister généralement aucune preuve directe de cette intention. C'est donc seulement à partir de la mise en évidence d'un certain nombre de faits matériels, rendant vraisemblable l'instrumentalisation de l'auteur formel de l'acte au service de l'intérêt d'autrui, que l'interposition de personne peut être démontrée. C'est la méthode du "faisceau d'indices", qui relève de la preuve par présomptions du fait de l'homme prévue à l'article 1353 du Code civil. L'analyse de la jurisprudence nous permet de constater la diversité des éléments qui peuvent être retenus comme fondements de ces présomptions. Néanmoins, il nous paraît possible de classer les plus importants d'entre eux en quelques catégories. Ainsi, sont souvent retenus par les juges comme éléments de preuve de l'interposition de personne : la maîtrise de fait exercée par l'interposant sur l'interposé (1), l'anormalité de certains comportements (2), l'existence de coïncidences troublantes (3), et enfin, l'impossibilité, l'improbabilité ou la fictivité de la version "officielle" (4). Avant de donner quelques exemples précis de chacune de ces catégories, il convient de remarquer que les juges prennent toujours le soin d'énoncer le motif supposé du recours à l'interposition de personne, que l'établissement de ces différents éléments matériels a ensuite pour but de confirmer.

#### **1. La maîtrise de fait exercée par l'interposant sur l'interposé**

521. Lorsqu'une personne physique ou morale est l'auteur formel d'un acte dont l'analyse révèle qu'il pourrait parfaitement présenter un intérêt évident pour une autre personne qui exerce sur la première une maîtrise plus ou moins importante de ses activités, il est facile d'en déduire une forte probabilité d'interposition de personne. C'est pourquoi, les tribunaux s'intéressent souvent à la nature des liens qui existent entre l'auteur formel de l'acte et la personne que l'on prétend être le véritable maître de

l'affaire. Le contrôle du premier par le second peut être exercé de manière très variable : d'ailleurs, en soi, la conclusion d'un contrat de mandat, précédemment étudiée, relevait déjà de cette catégorie, puisque le mandant dispose d'une maîtrise juridique certaine sur les activités de son mandataire. Mais, la maîtrise de fait est, en la matière, tout aussi importante. Dans les relations entre personnes physiques, elle peut résulter d'un lien de subordination préexistant (par exemple, sur la base d'un contrat de travail<sup>1</sup>) ou d'un lien d'influence morale, psychologique ou économique (chantage<sup>2</sup>, liens affectifs<sup>3</sup>, pressions commerciales<sup>4</sup>, etc.). La technique qui consiste à faire signer une cession en blanc des droits détenus par la personne interposée pour le compte de l'interposant rend également vulnérable la position de l'interposé dans la disposition des droits concernés<sup>5</sup>. Mais, c'est dans le cadre de l'interposition de personne morale que le contrôle de la société, présentée juridiquement comme l'auteur de l'acte, est le plus souvent mis en évidence par les tribunaux pour démontrer sa qualité de société interposée (société-écran, société fictive).

522. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 26 mai 1993<sup>6</sup> concernant un délit d'exploitation illicite d'informations privilégiées (délict d'initié) par personne morale interposée, les juges du fond ont retenu que la personne bénéficiant de l'information privilégiée était actionnaire, à hauteur de 99,99 %, de la société civile cessionnaire des 25 700 actions litigieuses, qu'il en était le gérant, que les autres parts appartenaient à des membres de sa famille, et qu'il avait reconnu, lors de ses auditions devant la Commission des Opérations de Bourse, détenir entièrement cette société. De même, dans un arrêt du 28 novembre 1989<sup>7</sup>, la Chambre commerciale de la Cour de

---

<sup>1</sup> Paris, 15 janvier 1999 : Bull. Joly 1999.627, n° 137 - Com., 22 octobre 1991 : pourvoi n° 90-11-361 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1990 : pourvoi n° 87-20.254.

<sup>2</sup> Crim., 25 mai 1988 : pourvoi n° 87-82.613 (serveuse de restaurant employée par la femme et menacée de licenciement si elle refuse de devenir gérante de droit de la société créée par le mari).

<sup>3</sup> Orléans, 20 juin 1996 : Jurisdata document n° 045432 (amis) - Crim., 28 mars 1994 : pourvoi n° 93-80.293 (épouse) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 décembre 1990 : pourvoi n° 89-17.088 (épouse) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juillet 1989 : pourvoi n° 87-10.338 (fille) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1989 : Bull. civ. I, n° 52, p. 34 ; RTD civ. 1989.544 (soeur).

<sup>4</sup> Crim., 15 mars 1988 : pourvoi n° 86-94.199 (candidat à la reprise de l'entreprise).

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avril 1989 : pourvoi n° 86-17.873 (cession de parts sociales en blanc) - Paris, 22 janvier 1980 : D. 1980.IR.275 (remise de pouvoir en blanc) - Com., 30 octobre 1967 : Bull. civ. III, n° 346, p. 329 ; RTD com. 1968.131, n° 10, e, obs. R. HOUIN.

<sup>6</sup> Paris, 26 mai 1993 : Gaz. Pal. 1994.1.277, concl. M. JOBARD.

<sup>7</sup> Com., 28 novembre 1989 : pourvoi n° 88-16.082.

cassation rejetait le pourvoi formé contre l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu la qualité de simple société de façade à l'encontre d'une société panaméenne qui exploitait un navire, en constatant une parfaite identité de dirigeants, de capitaux détenus par la même personne, d'adresse et de références commerciales avec une autre société de droit grec, de sorte que l'autonomie réelle de la première par rapport à la seconde était très largement limitée. L'intensité du contrôle exercé par le maître de l'affaire (en l'espèce, la société-mère) sur l'interposé (la filiale) indique alors une forte présomption de fait en faveur de l'interposition de personne<sup>1</sup>.

## **2. L'anormalité de certains comportements**

523. Il résulte de l'acte ostensible que chacune des parties contractantes a agi en son nom propre, de sorte que tous les droits et obligations qui en découlent doivent être normalement attribuées à celles-ci. Toutes les autres personnes ne sont que des tiers. Or, en cas d'interposition de personne, il arrive très souvent que le maître de l'affaire se comporte, par certains aspects, comme s'il était lui-même le bénéficiaire de l'opération, ainsi que le débiteur personnel des obligations correspondantes. Cette attitude n'est pas conforme à sa qualité apparente de tiers. De même, la passivité du sujet d'imputation formel des conséquences juridiques de l'acte face à cette "intrusion" d'un tiers dans le contrat indique une qualité réelle différente de celle qu'il a pris ostensiblement. Certes, le comportement du maître de l'affaire peut parfois s'expliquer "officiellement" par le fait que la personne interposée lui a transféré le bénéfice et les charges définitives de l'opération par un mécanisme quelconque (par exemple, par une revente du bien qu'il avait acquis en son nom propre). Mais, dans ce cas, c'est l'opération de transfert qui peut sembler surprenante, et laisser alors transparaître la motivation initiale réelle de l'interposé : par exemple, lorsqu'une personne achète un bien, sans avoir une activité de commerce dans le domaine concerné, c'est en général pour en disposer personnellement et non pour le revendre immédiatement à un tiers, surtout si la revente se fait sans

---

<sup>1</sup> Il a toutefois été admis que la simple constatation d'un tel contrôle ne suffisait pas forcément à établir l'interposition de personne : TGI Evry, 23 février 1988 : Gaz. Pal. 1990.1.somm.193 (le fait que, dans une vente sur saisie immobilière, la partie saisie soit seule associée et gérante d'une EURL détenant 80 % des parts de la SCI surenchérisseuse ne suffit pas à faire présumer une interposition de personne destinée à détourner l'interdiction faite par l'article 711 de l'ancien Code de Procédure Civile au saisi de se porter lui-même adjudicataire).

bénéfice et au profit d'une personne qui, comme par hasard, n'aurait pas pu ou n'aurait pas souhaité se porter directement acquéreur. L'analyse du comportement des parties et des tiers peut donc contribuer à éclairer le juge.

524. Plusieurs décisions témoignent d'un raisonnement basé sur l'observation de telles anomalies. En effet, lorsqu'une personne (le plus souvent, une personne morale entièrement détenue et contrôlée par l'interposant) se porte ostensiblement acquéreur d'un immeuble, tandis qu'une autre (le véritable maître de l'affaire) en paie elle-même le prix, directement ou indirectement, l'occupe personnellement ou en perçoit les loyers sur son propre compte, effectue éventuellement des travaux, se comporte comme le seul propriétaire et se présente souvent, dans ses propres déclarations écrites ou verbales, comme tel, les tribunaux<sup>1</sup> n'hésitent pas généralement à en déduire l'existence d'un lien d'interposition de personne établi entre elles à l'occasion de la conclusion de l'acte initial d'acquisition. De même, lorsqu'une jeune femme se trouve être apparemment seule propriétaire d'un débit de boissons, et seule titulaire de la licence d'exploitation, mais qu'il résulte de l'analyse des faits que son concubin s'est comporté, dès sa création, comme le véritable tenancier de ce fonds de commerce, notamment en embauchant les hôtesses après avoir convenu avec elles des conditions de leur travail, en passant commande des encarts publicitaires et de l'approvisionnement auprès des fournisseurs, et en disposant de la signature sur les comptes bancaires de cet établissement, on peut présumer sa qualité réelle de maître de l'affaire, et justifier ainsi sa condamnation pour ouverture illicite de deux débits de boissons de la quatrième catégorie en violation de l'article L. 29 du Code des débits de boissons<sup>2</sup>. Pour dissimuler efficacement sa qualité, le maître de l'affaire doit donc essayer de se comporter de la manière la plus conforme à sa qualité apparente de tiers, car toute anomalie risque d'être ensuite interprétée par les tribunaux comme révélatrice d'une interposition de personne.

---

<sup>1</sup> Com., 21 février 1995 : pourvoi n° 93-12.786 - Paris, 11 juillet 1990 : D. 1191.33, note Christian LARROUMET.

<sup>2</sup> Crim., 25 février 1985 : Bull. crim. n° 86, p. 227.

### 3. L'existence de coïncidences troublantes

525. Pour mettre en évidence l'utilisation, dans une opération, de la technique de l'interposition de personne au profit du maître de l'affaire, les tribunaux se basent aussi sur la constatation de certaines coïncidences, qui se révèlent beaucoup trop parfaites pour résulter du simple jeu du hasard. Par exemple, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de rejet de la Chambre sociale de la Cour de cassation<sup>1</sup>, les juges du fond avaient estimé que les primes de fin d'années versées par une association au personnel auxiliaire de la ville de Martigues étaient, en réalité, des compléments de salaires que l'employeur (la ville) avait tenté de soustraire aux paiements des charges sociales en recourant à l'interposition de cette association. Or, pour en décider ainsi, les juges avaient relevé la parfaite équivalence entre le montant des subventions annuelles allouées par la ville à cette association et le montant total des primes versées ensuite par cette dernière. On peut également citer un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>2</sup> dont il résulte que l'interposition de personne pouvait être déduite de l'équivalence parfaite existant entre le montant du prix de la vente d'actions faites au profit des personnes interposées, et le montant de la garantie de passif signée par le vendeur, non pas au profit des acquéreurs apparents, mais au profit du maître de l'affaire.

526. De même, une parfaite correspondance entre les termes contenus dans deux écrits peut parfois permettre d'établir la motivation exacte des parties. C'est en matière de libéralités faites à un incapable par l'intermédiaire d'une personne interposée qu'un arrêt a été rendu en ce sens<sup>3</sup>. En l'espèce, une personne âgée avait décidé de marquer son attachement aux idées d'un parti d'extrême droite en déshéritant, par testament, sa famille et en désignant comme légataire universel le président de ce parti. Or, après son décès, sa soeur intenta une action en nullité de ce testament sur le fondement de l'article 911 du Code civil. En effet, elle prétendait que le véritable bénéficiaire de la libéralité était le parti lui-même, lequel, compte tenu de sa qualité d'association non reconnue

---

<sup>1</sup> Soc., 22 novembre 1990 : pourvoi n° 88-19.338.

<sup>2</sup> Com., 9 novembre 1993 : pourvoi n° 92-10.489.

<sup>3</sup> Nancy, 21 octobre 1997 : inédit.



d'utilité publique, ne disposait pas de la capacité de recevoir à titre gratuit. Dès lors, par application combinée des articles 6, 11 et 17 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 et 911 du Code civil, la nullité du testament devait être prononcée. Or, pour retenir effectivement l'existence de cette interposition de personne, la Cour d'appel de Nancy constata que le testateur avait, dans un premier temps, établi son testament directement en faveur du parti, que le secrétaire de ce parti l'avait ensuite informé de la nullité de l'opération et lui avait conseillé de modifier son testament en remplaçant le nom du bénéficiaire par celui du président du parti, et enfin que le testateur avait effectivement rectifié ses dispositions testamentaires en utilisant des formules qui étaient la reproduction exacte de celles proposées par le secrétaire du parti. Dès lors, l'ensemble de ces éléments démontraient que le disposant n'avait modifié son testament que dans le but d'atteindre le résultat prohibé. La lettre du secrétaire contenait une proposition, tout à fait explicite, d'utilisation frauduleuse de la technique de l'interposition de personne, et la conformité des termes du testament avec ceux contenus dans cette lettre traduit l'adoption de cette intention frauduleuse par le disposant. Puisque la motivation libérale réelle de ce dernier visait le parti politique, la désignation du président de ce parti comme bénéficiaire de la libéralité n'était qu'une façade, de sorte que l'acceptation du legs par le président n'était elle-même qu'une forme d'interposition de personne au profit du véritable bénéficiaire.

#### **4. L'impossibilité, l'improbabilité ou la fictivité de la version "officielle"**

527. La constatation de l'existence d'une interposition de personne peut résulter de l'observation d'éléments qui rendent impossibles, improbables ou fictives la version "officielle" présentée par la personne interposée. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Lyon en date du 3 février 1982<sup>1</sup>, les juges avaient estimé que l'animateur réel d'un atelier de textile, concurrent direct de l'entreprise demanderesse, était bien un ancien salarié de cette entreprise, tenue vis-à-vis d'elle à une obligation de non-concurrence, et non l'épouse de ce dernier, qui était pourtant inscrite au répertoire des métiers à son nom personnel, car il apparaissait que l'épouse travaillait toute la journée dans une autre société, et n'était donc pas en mesure d'organiser, de diriger et de faire fonctionner, sur le plan technique, l'entreprise mise à son nom. De même, la Chambre criminelle de la

---

<sup>1</sup> Lyon, 3 février 1982 : Jurisdata document n° 041414.

Cour de cassation<sup>1</sup> a admis le raisonnement tenu par une cour d'appel qui, pour déclarer les exploitants d'un verger coupables d'avoir eu sciemment recours aux services de travailleurs agricoles clandestins, par l'interposition de plusieurs sous-traitants avec lesquels ils avaient passé des contrats d'entreprise en vue d'effectuer divers travaux agricoles, et qui avaient eux-mêmes recrutés les ouvriers, avait constaté que le prix payé par ces exploitants à leurs sous-traitants ne leur permettait absolument pas d'embaucher des salariés dans le respect des obligations légales résultant du Code du travail : en effet, le prix payé était de 55 francs de l'heure, alors que le coût total de l'heure de travail fut estimé à 54,25 francs, auquel devaient s'ajouter les frais de transport sur les lieux. Les exploitants du verger ne pouvaient ignorer l'impossibilité totale, pour les sous-traitants, de réaliser des bénéfices sans recourir aux services de travailleurs clandestins. Dès lors, en les plaçant dans une telle situation financière, ils les contraignaient à recourir à des méthodes d'embauches illégales, de sorte que l'instrumentalisation des sous-traitants par les exploitants apparaît assez peu douteuse. Les contrats de sous-traitance étaient purement fictifs<sup>2</sup>.

## **B. La valeur juridique limitée de la preuve de l'instrumentalisation**

528. La preuve de l'instrumentalisation de l'auteur de l'acte au profit de l'intérêt d'un tiers, qui peut résulter de simples témoignages ou de présomptions de fait, permet d'établir facilement l'existence de l'interposition de personne dans l'opération, puisque l'action formelle de l'auteur de l'acte en son nom propre n'est pas douteuse. Or, nous avons précisé auparavant que la preuve de l'existence d'un contrat de mandat préalable permettait également d'établir l'intention de l'auteur de l'acte d'agir pour le compte d'autrui, dès lors que l'opération entre effectivement dans le cadre du mandat qui lui a été conféré. Dès lors, il est tout à fait légitime de se demander quel peut être l'intérêt de rapporter la preuve du mandat, qui n'est pourtant pas libre, alors qu'elle n'est finalement qu'un moyen indirect d'établissement de l'interposition, tandis que la preuve directe en est possible par tous moyens. En réalité, la preuve du mandat permet de déduire des conséquences juridiques que la simple preuve de l'instrumentalisation ne permet pas :

---

<sup>1</sup> Crim., 11 mars 1997 : Bull. crim. n° 97, p. 322.

<sup>2</sup> Cf également, Crim., 20 mai 1992 : Bull. crim., n° 198, p. 546.

c'est donc la qualification juridique de l'interposition de personne - réelle ou fictive - qui est en cause. Toutefois, le raisonnement mené ne peut pas être identique, selon que l'instrumentalisation de l'auteur formel de l'acte est volontaire (1) ou forcée (2).

### **1. L'instrumentalisation volontaire**

529. Il nous semble que la preuve de l'existence d'un mandat préalable permet de présumer une succession de conséquences juridiques précises qui doivent aboutir finalement à la qualification d'interposition de personne fictive. En effet, le mandat est un contrat qui s'accompagne, en principe, de l'attribution du pouvoir de représentation correspondant. Même s'il est aujourd'hui admis que ce mécanisme juridique n'est pas de l'essence du contrat de mandat, il est au moins de sa nature. Par conséquent, tout mandataire doit être présumé avoir reçu de son mandant le pouvoir de représentation. Par ailleurs, nous savons que la preuve de l'existence d'un mandat préalable permet de présumer l'intention du mandataire d'agir pour le compte de son mandant. Enfin, il est parfaitement logique de présumer, à défaut de preuve contraire, que celui qui réalise une opération dans l'intérêt et pour le compte exclusif d'un tiers, et qui possède en outre le pouvoir d'engager celui-ci par le recours au mécanisme de la représentation, le fait avec la volonté d'utiliser ce pouvoir. Les conditions de la représentation étant alors réunies, malgré une intervention formelle de l'auteur de l'acte en son nom propre, la situation juridique réelle se révèle donc différente de la situation apparente : les conditions de la simulation sont donc également réunies. Par conséquent, c'est bien un régime résultant de la combinaison entre ces deux mécanismes qui doit être appliqué. L'interposition prouvée à partir de la preuve du mandat préalable est une interposition présumée fictive. Au contraire, lorsque l'interposition de l'auteur de l'acte est démontrée uniquement sur la base de son instrumentalisation volontaire, le mécanisme de la représentation ne peut être admis (sauf à démontrer l'existence d'une ratification postérieure de l'opération par le maître de l'affaire permettant de suppléer le défaut initial de pouvoir), pas plus que la théorie de la simulation.

530. Il en résulte que la simple preuve de l'instrumentalisation volontaire permet seulement la qualification d'interposition de personne réelle. C'est, sans doute, suffisant

pour appliquer un texte impératif qui prévoit expressément l'extension de son champ d'application à toute personne interposée. C'est également suffisant pour appliquer, le cas échéant, les sanctions de la théorie de la fraude, ou certains mécanismes correcteurs particuliers. Mais, une telle qualification ne permet pas l'application du seul mécanisme général de substitution que connaît notre droit positif, c'est-à-dire la représentation. En décider autrement reviendrait à rendre parfaitement inutile la preuve du mandat (par exemple, la preuve de la convention de prête-nom). Il est vrai que la jurisprudence n'a jamais explicitement consacré cette thèse, mais par ailleurs, nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt qui ne respecte pas la distinction que nous avons opérée et les conséquences que nous prétendons y attacher<sup>1</sup>.

En l'espèce, il s'agissait d'établir qu'un appartement acquis ostensiblement par un couple l'était, en réalité, par la mère de l'épouse. Pour retenir l'existence de cette interposition de personne, les juges du fond avaient relevé que la promesse de vente avait été initialement établie en faveur de la mère, que celle-ci avait payé l'indemnité d'immobilisation, qu'elle avait ensuite payé le prix de la vente sous l'apparence d'un prétendu prêt fait à sa fille et son gendre dans des conditions qui apparaissent totalement anormales (remboursement dans un délai de 10 ans, et sans intérêt, alors qu'elle était âgée de 75 ans), qu'elle avait immédiatement pris possession de l'immeuble, qu'elle avait habité dans cet appartement depuis cette date, et enfin qu'elle avait payé toutes les charges et tous les impôts. L'ensemble de ces éléments établissait indiscutablement l'interposition de personne. Mais, aucun d'entre eux ne constituait la preuve littérale d'un éventuel mandat donné par la mère à sa fille et à son gendre. Pourtant, la cour d'appel avait reconnu le droit de propriété de la mère sur l'appartement litigieux, outre et contre le contenu de l'écrit constatant la vente faite au profit des seuls époux. C'est pourquoi, ces derniers demandaient la cassation de l'arrêt de la cour d'appel pour violation, par refus d'application, de l'article 1341 du Code civil.

531. La Cour de cassation rejeta néanmoins le pourvoi, au motif que les tiers peuvent contester, par tous moyens, la sincérité des énonciations de l'acte ostensible, et que la mère était précisément un tiers par rapport au contrat de vente, de sorte que l'exigence de la preuve littérale ne s'imposait pas à elle. Mais, s'il est vrai que la mère

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1988 : pourvoi n° 86-16.664.

n'était pas partie à ce contrat, elle l'était cependant par rapport au contrat de mandat, dont elle n'avait pas pu rapporter la preuve par écrit. Par conséquent, elle n'avait réussi à démontrer que la motivation altruiste des acquéreurs au moment de la conclusion du contrat de vente, c'est-à-dire leur instrumentalisation volontaire à son service exclusif, malgré une intervention formelle en leur nom propre. La preuve de cet élément est libre, mais la portée de cette démonstration est limitée, puisqu'elle ne concerne finalement que l'analyse psychologique de la situation. A défaut d'établir l'existence d'un mandat préalable entre le maître de l'affaire et la personne interposée, il faut présumer l'absence de représentation, et par conséquent, l'absence de simulation (puisque la situation réelle est conforme à la situation apparente). Il n'était donc pas satisfaisant d'admettre que le contrat de vente avait conduit à l'attribution directe du droit de propriété sur la tête du maître de l'affaire. Toutefois, en dehors de cette décision, il ne nous est pas apparu que les tribunaux rejetaient la thèse que nous défendons. Celle-ci n'est cependant valable que dans l'hypothèse d'une instrumentalisation volontaire de l'auteur de l'acte.

## **2. L'instrumentalisation forcée**

532. Il faut entendre par "instrumentalisation forcée" toutes les hypothèses dans lesquelles la personne interposée n'a pas choisi de jouer ce rôle dans l'opération, mais y a été contrainte par le pouvoir de décision que détient sur elle le maître de l'affaire. Il s'agit donc de la situation particulière d'une personne physique ou morale incapable de manifester une quelconque volonté personnelle, et dont le représentant légal abuse de son pouvoir pour la contraindre à réaliser une opération dans son intérêt personnel (a) ou dans l'intérêt d'un tiers (b).

### **a. L'instrumentalisation forcée dans l'intérêt du représentant légal**

533. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever, une telle interposition ne peut pas se traduire par la mise en place d'un mécanisme de représentation, car l'incapable n'est absolument pas en mesure de conclure un contrat de mandat avec son représentant légal. Ce serait donc le représentant légal lui-même qui devrait conclure ce mandat avec lui-même, mais pris en sa qualité personnelle. Il nous paraît donc artificiel

et insatisfaisant de considérer le représentant légal comme le mandant de son mandant. En réalité, il agit directement pour lui-même et réellement en son nom propre, mais sous l'apparence d'une action au nom de la société ou de l'incapable. Il ne s'agit donc pas de prouver la représentation, mais précisément l'absence de représentation. Toutefois, cela n'empêche pas que, comme nous avons pu le démontrer précédemment<sup>1</sup>, l'interposition de personne forcée, en particulier l'interposition d'une personne morale, soit soumise à un régime juridique équivalent à celui du prête-nom fictif (même si cette désignation paraît impropre) : la théorie de la simulation trouve à s'appliquer, dans cette situation, non pas combinée avec le mécanisme de la représentation, mais bien au contraire, avec l'absence de représentation. En effet, il s'agit de démontrer que celui qui se présente ostensiblement, dans l'acte, comme le représentant de la société, agit, en réalité, pour son compte personnel, et sans utiliser réellement le pouvoir de représentation dont il dispose (puisque ce pouvoir n'englobe évidemment pas la réalisation d'opérations dans son propre intérêt). Dans l'hypothèse du prête-nom fictif, il y avait donc simulation car l'auteur formel de l'acte se présentait comme un non-représentant, alors qu'il était le représentant de la personne interposée. Dans l'hypothèse de l'interposition forcée, il y a simulation car l'auteur formel de l'acte se présente comme un représentant, alors qu'il n'est pas représentant.

534. Nous avons vu que la preuve de l'instrumentalisation conduit à présumer l'absence de représentation. Dès lors, l'application, dans cette situation, de la théorie de la simulation, c'est-à-dire d'un régime équivalent à celui de l'interposition de personne fictive, ne suppose pas la preuve du mandat préalable, qui est d'ailleurs, par définition, totalement impossible entre la société et son représentant légal. Elle résulte de la simple preuve de l'instrumentalisation forcée de celle-ci au profit de ce dernier. En effet, dès lors que cette preuve est faite, l'absence de représentation réelle de celui qui prétend cependant intervenir dans l'acte en sa qualité de représentant légal est démontrée. Par conséquent, si la preuve du mandat préalable, dans les conditions de l'article 1341 du Code civil, est nécessaire pour l'application habituelle du régime de l'interposition fictive ordinaire (représentation et simulation), en cas d'instrumentalisation volontaire, elle est parfaitement inutile (et même impossible) pour l'application du régime de

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 320.

l'interposition fictive transposée (absence de représentation et simulation), en cas d'instrumentalisation forcée au profit du représentant légal.

#### **b. L'instrumentalisation forcée au profit d'un tiers**

535. La situation est légèrement plus complexe en cas d'instrumentalisation forcée d'une société (ou d'un incapable) par son représentant légal, mais au profit d'un tiers. Il reste indiscutable que la preuve de l'instrumentalisation suffit à démontrer l'absence réelle de représentation de la personne morale par son représentant légal, malgré la qualité formelle de représentant que ce dernier prend dans l'acte. Il en résulte alors que la société peut être totalement déchargée de toutes les conséquences de l'acte, puisqu'elle n'était pas représentée. Mais, cela ne permet pas, pour autant, d'attribuer les conséquences de l'acte au tiers, véritable maître de l'affaire. En effet, il faut, pour cela, démontrer que le représentant légal de la société avait, en réalité, la qualité de représentant de ce tiers. On se retrouve donc dans la même situation que l'interposition volontaire : si la preuve d'un mandat préalable est démontrée entre le représentant légal de la société et le tiers, le recours au mécanisme de la représentation peut être présumé, et le régime de l'interposition fictive peut être appliqué à l'encontre du tiers, maître de l'affaire. Par contre, si seule l'instrumentalisation de la société au profit du tiers a été démontrée, sans preuve du mandat préalable entre ce tiers et le représentant légal, le résultat doit être, d'une part, l'absence de représentation réelle de la société par son représentant légal, et d'autre part, l'absence présumée de représentation du tiers. C'est donc le régime de l'interposition réelle qui devrait s'appliquer, mais à l'encontre du représentant légal.

536. Il nous semble donc, même si aucune jurisprudence ne nous permet de vérifier cette démonstration, que celui qui fait réaliser une opération par une société qu'il contrôle, mais dans l'intérêt exclusif d'un tiers, devra supporter personnellement les conséquences de l'acte, s'il ne peut pas prouver sa qualité de représentant de ce tiers (maître de l'affaire), quitte à se faire ensuite rembourser par lui les sommes avancées pour son compte. En contrepartie, il pourra évidemment en tirer les bénéfices directs (par exemple, devenir propriétaire du bien acquis abusivement au nom de la société),

sous réserve de devoir les retransférer également au véritable maître de l'affaire (par une revente du bien, par exemple). C'est donc le représentant légal qui devient un interposé réel. Pour pouvoir mettre en cause directement le tiers, le principe de la preuve littérale impose une preuve, par acte sous seing privé établi en double exemplaire, ou par acte authentique, de l'entente préalable (convention de prête-nom) conclue entre celui-ci et le représentant légal, sous la réserve heureuse des nombreuses atténuations que connaît ce principe (commencement de preuve par écrit, liberté de la preuve en cas de fraude, liberté de la preuve par les tiers, liberté de la preuve en matière commerciale, aveu judiciaire, impossibilité morale ou matérielle de se procurer un écrit).

537. Il nous apparaît possible de résumer ces différentes situations de la manière suivante :

Situation	Preuve de l'instrumentalisation seule	Preuve du mandat préalable
Instrumentalisation volontaire :	Régime de l'interposition réelle à l'encontre de l'interposé	Régime de l'interposition fictive à l'encontre du maître de l'affaire
Instrumentalisation forcée au profit du représentant légal :	Régime de l'interposition fictive à l'encontre du maître de l'affaire (représentant légal)	[Situation impossible]
Instrumentalisation forcée au profit d'un tiers :	Régime de l'interposition réelle à l'encontre du représentant légal	Régime de l'interposition fictive à l'encontre du maître de l'affaire (tiers)



**CHAPITRE DEUXIÈME :**

**LES EFFETS DE LA QUALIFICATION**

**D'INTERPOSITION DE PERSONNE**



538. Le point commun entre toutes les formes d'interposition de personne est une certaine inadéquation du droit positif face à une situation de fait qui impose de faire subir les conséquences juridiques de l'acte à la seule personne interposée, en raison de l'écran juridique efficace que son intervention dans l'acte a permis de réaliser. Aussi, le régime de l'interposition de personne se traduira nécessairement par la mise en place de mécanismes que l'on peut qualifier de "correcteurs". La correction ne doit cependant pas signifier condamnation systématique du procédé. Au contraire, l'anonymat est aussi une liberté que notre droit positif doit respecter<sup>1</sup>. Certaines formes d'interposition de personne sont d'ailleurs parfaitement utiles au développement économique du pays : par exemple, l'opération de commission est une technique importante du droit commercial. Le législateur et la jurisprudence ne l'ont donc pas condamnée : ils se sont contentés de prendre en compte, dans une certaine mesure, la personne du commettant pour lui attribuer directement un certain nombre des conséquences des actes accomplis par le commissionnaire.

Cette "prise en compte" d'une personne étrangère à la conclusion de l'acte (le maître de l'affaire) en raison de l'instrumentalisation de celui qui en était l'auteur (la personne interposée) a pu être constatée dans toutes les situations d'interposition de personne, quel que soit son fondement juridique. Or, l'objectif de notre travail est la construction d'une théorie générale, impliquant la mise en évidence d'une définition et d'un régime juridique communs. Nous devons donc, à partir des éléments de régime précédemment exposés pour chacune des applications de la technique de l'interposition de personne, tenter une systématisation qui constituerait, en quelque sorte, le régime de l'interposition de personne. L'observation de ces conséquences juridiques nous permet de considérer que ce régime est essentiellement gouverné par une idée centrale que nous pouvons désigner comme un "principe de neutralisation" (Section 1), dont l'objectif est de traiter la situation comme si le maître de l'affaire avait lui-même personnellement accompli l'acte. Cependant, pour rétablir un certain équilibre et une certaine sécurité face à cette situation volontairement confuse que les utilisateurs de l'interposition de personne ont mise en place, le droit positif s'est également soucié de prévoir un certain nombre de sanctions spéciales (Section 2) à l'encontre de ceux qui sont responsables de ce désordre.

---

<sup>1</sup> Cf Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998.



## SECTION 1 : LE PRINCIPE DE NEUTRALISATION

539. La neutralisation ne doit pas être confondue avec la neutralité que beaucoup d'auteurs ont attribuée à la technique de l'interposition de personne : en effet, il ne s'agit pas seulement de reconnaître la validité d'une opération accomplie par une personne interposée lorsque cette opération aurait été licite si elle avait été accomplie directement par le maître de l'affaire, et de condamner cette opération dans le cas contraire. Il s'agit, d'une manière plus générale, de mettre en place le même régime juridique que celui qui aurait dû s'appliquer si le maître de l'affaire avait directement réalisé l'opération. En d'autres termes, il s'agit de généraliser un principe résultant du droit canonique : « *Qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum* »<sup>1</sup> (celui qui agit par l'intermédiaire d'un autre doit être considéré comme s'il avait agi lui-même). Cependant, par définition, la mise en oeuvre de ce principe se heurte à d'autres principes fondamentaux de notre droit positif (autonomie de la volonté, indépendance juridique des personnes physiques et morales, personnalité de la responsabilité civile et pénale). Il fallait donc trouver des fondements solides à cette neutralisation (§ 1), avant de pouvoir mettre en évidence les effets qui en résultent (§ 2).

---

<sup>1</sup> Droit canonique : Can., 71, « De reg. jur. », in VI (5,12), cité par Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, « Du prête-nom. Mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre », thèse Caen, 1898, n° 76, p. 165.

## **§ 1 : Les fondements de la neutralisation**

540. Les fondements juridiques précis des différentes solutions retenues par la jurisprudence en matière d'interposition de personne ne sont pas toujours très clairement cités. Nous les avons néanmoins mis en évidence par l'étude successive des différentes formes d'interposition de personne. Il en est résulté que ceux-ci peuvent être tantôt des fondements généraux (A), applicables en toutes matières dès lors que les conditions de leur mise en oeuvre sont réunies, tantôt des fondements ponctuels (B).

### **A. Les fondements généraux**

541. Le premier, le plus important, des fondements de la neutralisation est bien évidemment l'action en déclaration de simulation (1), puisque son but est précisément de rétablir la situation réelle chaque fois que l'intervention d'une personne en son nom propre dans une opération n'est qu'un leurre destiné à tromper les tiers et à dissimuler le véritable maître de l'affaire. Elle n'est toutefois applicable que lorsque l'interposition de personne est fictive. Au contraire, dans certains cas, l'action de la personne interposée en son nom propre est seulement artificielle, c'est-à-dire juridiquement réelle, mais psychologiquement fictive. Les conditions de la simulation ne sont alors pas remplies, et

le seul fondement général de neutralisation qui reste à la disposition des juges, c'est la théorie de la fraude, exprimée par l'adage *fraus omnia corrumpit* (2).

### 1. L'action en déclaration de simulation

542. Nous avons déjà amplement étudié la théorie de la simulation et réglé le problème de sa compatibilité avec la technique de l'interposition de personne. Nous ne reviendrons donc pas sur les conditions de fond de sa mise en oeuvre, si ce n'est pour rappeler brièvement qu'il faut établir une divergence entre l'apparence et la réalité, que cette divergence doit impliquer une différence de régime juridique, et enfin qu'elle doit résulter de la volonté du ou des simulateurs de tromper autrui. Par contre, la forme que doit prendre la mise en oeuvre de cette théorie mérite d'être plus précisément décrite : il s'agit de ce que l'on appelle habituellement l'« action en déclaration de simulation ». En réalité, il nous semble que cette formule est maladroite car il ne s'agit pas, à proprement parler, d'une action en justice. Il ne s'agit pas davantage d'une demande en justice, ni d'un acte de procédure. La théorie de la simulation relève uniquement du domaine de la preuve<sup>1</sup> : cette affirmation nous semble d'ailleurs confirmée par la situation de l'article 1321 du Code civil dans le chapitre relatif à la preuve des obligations. La déclaration de simulation constitue simplement un préalable évident à l'appréciation judiciaire du bien-fondé d'une action principale, préalable consistant dans l'établissement des faits à partir desquels le juge devra se prononcer. Néanmoins, il faut reconnaître que ce point a fait l'objet d'une controverse doctrinale. Or, il convient de trancher cette discussion car il en résultera des conséquences précises sur la nature des conditions nécessaires à l'exercice de cette prétendue « action en déclaration de simulation ».

543. A ceux qui voient dans la déclaration de simulation « un simple débat sur la valeur d'une preuve qui arrête l'action principale », Michel DAGOT<sup>2</sup> opposait plusieurs arguments. D'abord, cette thèse serait « en contradiction manifeste avec la jurisprudence

---

<sup>1</sup> Cf, dans le même sens, C. L. FLAVIAN, « Des contre-lettres », thèse Paris, 1929, p. 133 - Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, « Traité élémentaire de droit civil », tome 2, 11<sup>e</sup> édition, 1932, n° 1201, p. 452 - Jacques GHESTIN, avec le concours de Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, « Traité de droit civil. Les effets du contrat », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1994, n° 551, p. 594.

<sup>2</sup> Michel DAGOT, « La simulation en droit privé », thèse Toulouse, 1967, n° 275, p. 270.

qui reconnaît l'action en déclaration de simulation » : mais, le fait que les tribunaux aient repris la formule, utilisée depuis longtemps par la doctrine, n'exclut pas que celle-ci soit un abus de langage. En réalité, le véritable débat est celui de l'autonomie de cette prétendue « action en déclaration de simulation » par rapport à l'action principale : bénéficie-t-elle d'un objet propre et d'un régime spécifique ? Or, sur le premier point, il résulte de l'étude de Michel DAGOT que l'objet de cette action n'est, ni l'obtention de la réparation d'un préjudice, ni une déclaration de nullité ou d'inexistence, ni même une déclaration d'inopposabilité, mais « le rétablissement de la réalité, avec tous les effets que ce rétablissement comporte »<sup>1</sup>. Pourtant, l'article 30 du Nouveau Code de procédure civile définit l'action en justice comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». C'est donc une prétention juridique qui doit constituer l'objet d'une action, et non pas la démarche consistant à établir la situation de fait, même si cette démarche implique, en l'espèce, la destruction d'une apparence contraire.

Quant à « tous les effets que ce rétablissement comporte », ils constituent l'objet de l'action principale, non celle de la prétendue « action en déclaration de simulation ». Aussi, lorsque l'une des parties à l'instance tente de démontrer le bien-fondé de sa prétention juridique (action principale), par l'établissement de la situation de fait réelle qui se cache derrière la situation apparente, elle n'exerce pas une action autonome. Même l'inopposabilité de la contre-lettre, prévue par l'article 1321 du Code civil, doit être entendue comme une règle posant la valeur probatoire d'un tel acte à l'égard des tiers de bonne foi (au même titre que l'article 1341 du Code civil se prononce sur la valeur probatoire des témoignages à l'égard des parties à un contrat) : en effet, l'acte apparent et l'acte secret (contre-lettre) ne constituent pas deux volontés contradictoires (“actes” au sens de *negotium*), mais seulement deux manifestations de volonté contradictoires (“actes” au sens d'*instrumentum*), c'est-à-dire deux éléments de preuve contradictoires relativement à une seule et même volonté interne. L'objet de cette prétendue « action en déclaration de simulation » est donc celui de n'importe quel autre débat sur la preuve, à savoir l'établissement des faits permettant au juge de se prononcer sur le bien-fondé de l'action principale.

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, n° 278, p. 273.



544. Quant au régime spécifique qui aurait été accordé à cette prétendue action, il nous paraît largement hypothétique. D'une part, il est admis que la déclaration de simulation que l'une des parties à l'instance tente d'obtenir du juge n'est pas une fin en soi : en effet, il n'est pas possible de demander au juge une reconnaissance judiciaire de l'existence d'une simulation pour le simple plaisir de faire triompher la vérité. Dès lors, l'intérêt à agir de celui qui intente une « action en déclaration de simulation » n'est pas différent de l'intérêt à agir résultant de l'action principale. Il en va de même concernant la qualité pour agir (« le titre qui permet au plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur le fond du litige »<sup>1</sup>), ainsi que la capacité à intenter une action. Quant à la prescription, il est généralement enseigné qu'elle est trentenaire : en effet, l'action en déclaration de simulation n'étant pas une action en nullité, elle ne serait pas soumise à la prescription quinquennale. Quelques auteurs affirment que cette action serait imprescriptible<sup>2</sup>. Mais, en réalité, la déclaration de simulation n'est soumise à aucune prescription, puisqu'elle ne constitue pas une action en justice : c'est l'action principale qui subit un délai de prescription.

Certes, la jurisprudence semble avoir confirmé que l'action en déclaration de simulation serait prescrite par trente ans à compter de l'acte simulé<sup>3</sup>. Mais, ces arrêts n'ont pas pu être rendus dans le cadre d'actions principales qui étaient déjà prescrites, car sinon l'intérêt à agir aurait fait défaut. On peut donc se demander quel est l'intérêt de poser le principe d'une prescription trentenaire si, concrètement, cette « action en déclaration de simulation » ne peut pas être intentée lorsque l'action principale est prescrite en vertu d'un délai plus court. En outre, dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire celle où la prescription trentenaire est, en principe, acquise, mais où, pour une raison quelconque, la prescription de l'action principale ne l'est pas encore en raison d'un point de départ différent, la jurisprudence admet l'exercice de l'action en déclaration de simulation en « repoussant » le point de départ de la prescription trentenaire<sup>4</sup>. Dans ces conditions, il est difficile de constater l'autonomie des deux actions !

---

<sup>1</sup> Claude GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952.chron.85.

<sup>2</sup> Cf les auteurs anciens cités par Michel DAGOT, *op. cit.*, note 97, sous n° 303, p. 300.

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1975 : Bull. civ., I, n° 191, p. 167 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1971 : D. 1972.302 ; Gaz. Pal. 1972.1.102 ; RTD civ. 1972.778, obs. Y. LOUSSOUARN.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994 : Bull. civ., I, n° 113, p. 84 ; RTD civ. 1994.920, obs. J. PATARIN - Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 novembre 1987 : JCP 1989.II.21214, note F.-X. TESTU ; RTD civ. 1989.803, obs. J. PATARIN - Civ., 13 mars 1934 : DP 1936.1.79 ; S. 1934.1.296.

545. En réalité, - et c'est le seul point que nous concéderons à la critique de Michel DAGOT -, l'« action en déclaration de simulation » ne constitue une véritable action en justice que dans l'hypothèse exceptionnelle où un texte prévoit la nullité d'un acte du simple fait qu'il est simulé : dans ce cas, la simulation n'est plus neutre ; elle produit, par elle-même, des conséquences juridiques sur le fond. Tel est le cas, par exemple, de la nullité prévue par le Code civil à l'encontre des donations déguisées faites au profit d'un incapable ou entre époux (articles 911 et 1099). L'objet d'une telle action est alors la nullité de la donation pour cause de simulation : elle requiert un intérêt à agir, une qualité et une capacité qui lui sont propres ; elle est soumise à une prescription qui lui est également propre (30 ans, en l'espèce, puisqu'il s'agit d'une nullité absolue). Au contraire, lorsque la simulation est régie par le principe ordinaire de la neutralité, elle ne produit que des conséquences sur la valeur probatoire respective de la contre-lettre et de l'acte apparent<sup>1</sup>. Dans cette hypothèse, les conditions de l'« action en déclaration de simulation » ne sont que les conditions ordinaires de tout « mécanisme probatoire »<sup>2</sup>.

546. En principe, seuls des faits contestés et pertinents peuvent faire l'objet d'un débat sur la preuve<sup>3</sup>. Il en résulte que si les parties à l'instance sont d'accord pour ne pas remettre en cause les faits apparents (action de l'intermédiaire en son nom propre), ou au contraire, pour reconnaître les faits réels (qualité secrète de mandataire représentant), l'action en déclaration de simulation ne sera pas nécessaire. En outre, si l'établissement de la simulation, c'est-à-dire d'une divergence entre les faits réels et les faits apparents, ne produit aucune conséquence juridique particulière sur le bien-fondé de l'action principale engagée (par exemple, si la nullité peut être obtenue aussi bien en retenant la personnalité du prête-nom que celle de l'emprunteur de nom), l'action en déclaration de simulation doit être repoussée, non pas pour défaut d'intérêt à agir, mais pour non-pertinence des faits à établir. Enfin, les modes de preuve admissibles pour établir la

---

<sup>1</sup> Ou, d'une manière générale, de tout élément factuel venant en contradiction avec une manifestation apparente de volonté (comme, par exemple, le lieu d'implantation réelle des locaux d'une entreprise par rapport au siège social désigné dans les statuts de la société).

<sup>2</sup> Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994, n° 633, p. 606.

<sup>3</sup> Cette affirmation a cependant été contestée : cf *Eod. loc.*, n° 639, p. 610.

situation apparente et la situation réelle<sup>1</sup> sont tous ceux que le droit français reconnaît habituellement comme recevables (principe de la preuve littérale, avec ses différentes limites et exceptions)<sup>2</sup>, sous réserve de la seule particularité propre à la simulation : l'inopposabilité, à l'égard des tiers de bonne foi, des éléments tendant à prouver la situation réelle à l'encontre de l'apparence résultant du mensonge. Si la preuve de la situation réelle peut être rapportée dans le cadre de cette action en déclaration de simulation sans être bloquée par une telle inopposabilité, le régime juridique applicable devient alors celui résultant de cette situation réelle. Dans le cadre de l'interposition de personne fictive, cela signifie que c'est le maître de l'affaire qui doit être considéré comme le sujet d'imputation des effets de l'acte accompli par son prête-nom. La théorie de la simulation permet une véritable neutralisation de l'interposition de personne.

## 2. L'adage *fraus omnia corrumpit*

547. La notion de fraude peut être entendue de différentes manières. Elle est très souvent utilisée par les tribunaux pour désigner un comportement immoral, c'est-à-dire pour renforcer moralement la légitimité d'une sanction qui trouve son fondement dans une règle autre que la théorie de la fraude : par exemple, la sanction de la « simulation frauduleuse » repose exclusivement sur la théorie de la simulation. Mais, lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions d'application de l'adage *fraus omnia corrumpit* (« la fraude fait exception à toutes les règles »), la notion de fraude doit être comprise dans un sens beaucoup plus strict<sup>3</sup>. Ainsi, dans sa tentative d'élaboration d'une théorie générale de la fraude, Jean VIDAL proposait la définition suivante : « 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

---

<sup>1</sup> La preuve de la situation apparente est généralement beaucoup plus simple que celle de la situation réelle. Elle doit tout de même être rapportée pour que l'action en déclaration de simulation puisse aboutir.

<sup>2</sup> Cf, pour l'application particulière à l'hypothèse de l'interposition de personne : *supra*, n° 508.

<sup>3</sup> Daniel BASTIAN, « Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité », thèse Paris, 1929, p. 143 - G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle "Fraus omnia corrumpit" », D. 1961.chron.169 - Henri DESBOIS, « La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française », thèse Paris, 1927 - J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 809, p. 796 - Louis JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », 1928, n° 171, p. 214 - Jean VIDAL, « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français », Dalloz, 1957, préface G. MARTY.

positif »<sup>1</sup>. Il en résulte trois éléments habituellement exigés pour la mise en oeuvre de cet adage : une règle obligatoire, l'intention d'échapper à son application et l'utilisation d'un moyen juridiquement efficace. Toutefois, nous avons déjà eu l'occasion de mettre en évidence une certaine inadéquation de ces conditions, notamment dans le cadre de la technique de l'interposition de personne<sup>2</sup> : certes, il s'agissait uniquement, à ce stade de nos développements, de contester la qualification de mandat sans représentation, c'est-à-dire de démontrer que seul le mécanisme de la représentation pouvait expliquer un certain nombre de décisions ; mais, il n'en demeure pas moins que, pour les différentes formes d'interposition de personne qui restent exemptes de représentation (interposition réelle), les observations faites à cette occasion restent valables. La notion de fraude (au sens strict) mérite d'être affinée car les trois conditions précitées ne permettent pas de la distinguer clairement de la simple habileté.

548. C'est essentiellement le caractère obligatoire de la règle que l'on cherche à éluder qui pose difficulté. Entendu d'une manière purement objective, il est évident que la fraude ne peut viser que des règles obligatoires par opposition aux règles supplétives. Mais, si l'on veut également exprimer par cette idée que, de manière subjective, la règle doit être "obligatoire" à l'égard de celui qui cherche à y échapper, le critère n'est plus satisfaisant. En effet, par définition, il est impossible que la règle soit obligatoire dans la situation de fait qui se présente en cas de fraude car le fraudeur s'est précisément placé dans une situation qui lui permet d'échapper à cette règle. On a alors tenté de déjouer la difficulté en se basant sur un plan chronologique : les conditions d'application de la règle ne sont évidemment plus réunies, mais elles l'étaient avant la mise en place de la situation de fait actuelle. Mais, dans ce cas, comment expliquer que la jurisprudence ait retenue des fraudes à l'encontre de règles futures (fraudes commises, par avance, au moment où la loi n'est pas encore entrée en vigueur) ou de règles dont les conditions de mise en oeuvre n'étaient pas encore réunies<sup>3</sup> ? Grâce à la prévoyance du fraudeur, les conditions du texte n'ont jamais été réunies ; il n'a jamais été obligatoire pour lui. Or, c'est exactement la même remarque qui nous avons faite en matière d'interposition de

---

<sup>1</sup> J. VIDAL, *op. cit.*, p. 208.

<sup>2</sup> Cf *supra*, n° 64.

<sup>3</sup> Cf J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 817, p. 806 - L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 178, p. 219.

personne : le recours à une personne interposée a souvent pour effet (et pour objectif !) d'empêcher que les conditions d'application d'un texte à l'égard du maître de l'affaire ne soient jamais réunies. Dès lors, la règle ne peut pas se présenter comme obligatoire, ni actuellement, ni même antérieurement.

549. Cette difficulté relative à la première condition de la fraude a aussi des répercussions sur les deux autres. En effet, l'intention de frauder est définie comme la volonté d'éluder cette règle obligatoire : on comprend alors que celui qui est soumis à une règle, et qui cherche ensuite à y échapper, répond à cette définition. Mais, lorsque l'on constate seulement chez une personne la volonté d'échapper à une règle à laquelle elle n'était pas antérieurement soumise, la distinction entre la fraude et le simple calcul juridique n'est pas évidente : chacun est libre de se déterminer, dans la réalisation de ses activités, en prenant en compte les conséquences juridiques de ses actes, et de choisir la situation de fait qui lui convient le mieux. Il n'est donc pas condamnable de vouloir échapper à l'application d'un texte "potentiellement" obligatoire. Ou du moins faudrait-il déterminer à partir de quel critère ce choix deviendrait illégitime.

Quant à la dernière condition, l'efficacité juridique du moyen employé, elle permet, sans doute, d'exprimer la principale différence entre la fraude et la simulation : si la situation de fait qui permet à une personne d'échapper à l'application du texte n'est qu'une apparence mensongère, le moyen utilisé n'est pas efficace puisque la simple dénonciation du mensonge permet de justifier directement l'application du texte. La fraude implique donc le recours à un procédé réel. Mais, même lorsque le moyen employé est réel, il reste à vérifier ensuite son efficacité en constatant qu'il déclenche « des conséquences juridiques neutralisant les effets de la règle obligatoire »<sup>1</sup>. Cela signifie que la situation de fait mise en place par le fraudeur doit commander un régime juridique tel qu'il produit le même résultat ou un résultat équivalent à celui de la règle éludée, mais sans l'inconvénient correspondant. Or, c'est également une caractéristique de l'habileté que de choisir, parmi les différentes orientations possibles, celle qui produira le résultat escompté avec les inconvénients les plus faibles. Il faut donc pouvoir déterminer quelle est la règle "obligatoire" qui servira de référence à la comparaison pour constater sa neutralisation par le moyen employé. En outre, la notion de résultat

---

<sup>1</sup> *Eod. loc.*, n° 820, p. 809.

équivalent n'est pas facile à préciser : si l'on se limite au résultat juridique équivalent, le risque est de ne pas prendre en compte certaines formes de fraude<sup>1</sup> ; si l'on retient tout résultat économique ou moral équivalent, la condition risque fort d'être vidée de sa substance, à défaut d'un autre critère plus restrictif.

550. En réalité, la distinction de la fraude et de l'habileté ne peut pas reposer sur des éléments purement objectifs. En effet, la fraude ne consiste pas à violer une règle dans sa lettre, mais seulement dans son esprit : elle constitue un « manquement à la morale juridique »<sup>2</sup>. Une telle formule paraît surprenante tant la doctrine nous a habitué à distinguer nettement le droit de la morale. Mais, on sait également que le Code civil lui-même considère la morale comme l'une des conditions de validité des contrats par la prise en considération des mobiles qui ont animés les parties (cause immorale). Or, c'est également par une appréciation subjective de l'intention du fraudeur que l'immoralité de ses agissements peut être constatée. En effet, ce qui est inadmissible, et qui se trouve alors sanctionné par l'adage *fraus omnia corrumpit*, c'est le « mépris de la loi »<sup>3</sup> qui ne se caractérise pas par la volonté de mettre en place une situation de fait permettant d'y échapper, mais par la motivation qui sous-tend cette volonté et qui doit être contraire à l'esprit du texte<sup>4</sup>. C'est en ce sens que la situation de fait qualifiée de frauduleuse peut être définie comme une situation « artificielle »<sup>5</sup> : la volonté exprimée correspond à la volonté réelle, mais pas à la motivation réelle.

551. Nous pensons donc pouvoir proposer une autre formulation des conditions de la théorie de la fraude. En effet, par analogie avec la théorie de la simulation, — qui suppose une divergence entre la réalité et l'apparence, le caractère volontaire de cette divergence traduisant une intention de tromper, et enfin le caractère pertinent de celle-ci

---

<sup>1</sup> Comme, par exemple, une interposition de personne (réelle) destinée à contourner une incapacité de contracter visant un groupement sans personnalité juridique : incontestablement, le prête-nom (réel) du groupement peut affecter le bénéfice du contrat à la cause morale défendue par celui-ci, mais pas lui en transférer les avantages juridiques. L'interposition frauduleuse ne permet pas au groupement d'acquérir la personnalité juridique qui lui fait défaut.

<sup>2</sup> L. JOSSERAND, *op. cit.*, n° 189, p. 233.

<sup>3</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 824, p. 814.

<sup>4</sup> C'est pourquoi, les textes qui sont d'interprétation stricte ne sont pas susceptibles de fraude car la lettre et l'esprit du texte correspondent parfaitement.

<sup>5</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 824, p. 814.

(c'est-à-dire une différence de régime juridique entre l'apparence et la réalité) —, il nous semble que les conditions de la théorie de la fraude doivent être : une divergence entre la réalité juridique et la réalité psychologique (situation artificielle) ; le caractère volontaire de cette divergence traduisant l'intention de frauder, c'est-à-dire de violer un texte dans son esprit plutôt que dans sa lettre ; et enfin, son caractère pertinent. A ces conditions, la qualification de fraude fait alors « exception à toutes les règles », en ce sens qu'elle conduit à une “rectification” de la situation de fait prise en compte pour l'appréciation du régime juridique applicable : la manifestation de volonté artificielle est écartée en raison de son caractère contradictoire avec la motivation interne de son auteur. La sanction de la fraude est donc l'inopposabilité, à l'égard des tiers victimes, de cet acte de volonté artificiel<sup>1</sup>. Elle peut être mise en oeuvre par voie d'action (action principale fondée sur l'application du texte éludé) ou par voie d'exception (rejet d'une action principale par application du texte éludé). Par conséquent, dans le cadre d'une interposition de personne frauduleuse (c'est-à-dire réelle, mais artificielle), l'adage *fraus omnia corrumpit* pourrait constituer un fondement de neutralisation efficace de l'écran juridique que constitue l'intervention *proprio nomine* de la personne interposée.

552. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence montre que la notion de fraude qui est le plus souvent utilisée en matière d'interposition de personne est la fraude au sens large. Au contraire, s'agissant de l'application de l'adage *fraus omnia corrumpit* comme fondement unique de la neutralisation, les exemples sont très limités. En effet, la théorie de la simulation et les divers fondements ponctuels que nous étudierons ensuite rendent souvent inutiles le recours à la théorie de la fraude. De plus, il faut bien reconnaître que les quelques techniques d'interposition de personne réelle que nous avons étudiées sont rarement utilisées dans un but illégitime : par exemple, la fiducie-gestion, la fiducie-sûreté et le contrat de commission ont des objectifs spécifiques qui excluent *a priori* la

---

<sup>1</sup> La nature exacte de la sanction a été discutée : nullité ou inopposabilité ? En réalité, il s'agit bien d'une inopposabilité, car elle ne produit pas d'effets *erga omnes*. Elle permet seulement à celui qui invoque la fraude de prétendre à l'application normale de la règle éludée sans que la situation de fait artificielle (qui commande un régime juridique différent) lui soit opposable : par exemple, le mariage d'un médecin avec la personne qu'il soigne au cours de sa dernière maladie, s'il est destiné à frauder l'incapacité de recevoir édictée par l'article 909 du Code civil en se plaçant dans l'une des situations d'exceptions prévues par le deuxième alinéa, n'empêche pas les héritiers du malade d'invoquer la nullité de la libéralité sur la fondement du premier alinéa puisque ce mariage leur est inopposable, compte tenu de son caractère artificiel. Mais, en soi, la fraude ne commande pas la nullité de ce mariage (qui, par définition, n'est pas un mariage fictif, mais un mariage réel puisque artificiel).

fraude, bien que le détournement reste éventuellement possible. De son côté, la fiducie-libéralité est plus fréquemment utilisée dans un but frauduleux, mais plusieurs textes sanctionnent directement cette hypothèse. Quant à la technique du prête-nom réel, elle reste exceptionnelle et suppose de constater explicitement l'exclusion du mécanisme de la représentation : or, les fraudeurs ont davantage le souci de la discrétion que celui de la "provocation juridique". C'est pourquoi, la théorie de la fraude (au sens strict) reste essentiellement cantonnée à l'hypothèse du prête-nom qui agit pour le compte d'un groupement dénué de la personnalité juridique<sup>1</sup> : en effet, dans ce cas, la représentation est nécessairement exclue, et par conséquent, la théorie de la simulation inapplicable. Mais, dans les autres cas, il est difficile et parfaitement inutile de constater l'intention des parties d'exclure la représentation, puisque cela ne permet pas de sauver l'opération et conduit seulement à substituer le fondement de la théorie de la fraude à celui de la théorie de la simulation. Tout cela explique la rareté des décisions qui sanctionnent une interposition frauduleuse directement par la théorie de la fraude<sup>2</sup>.

553. Par contre, il existe une application de cette théorie qui peut plus facilement jouer en matière d'interposition de personne : c'est l'action paulienne. En effet, nous

---

<sup>1</sup> Bastia, 17 février 1890 : DP 1890.2.186 - Caen, 19 août 1882 : DP 1884.2.213 - Req., 19 juillet 1882 : DP 1882.1.451 - Grenoble, 6 avril 1881 : DP 1882.2.9 - Paris, 21 février 1879 : DP 1879.2.225 - Lyon, 12 juillet 1878 : DP 1880.1.145 - Nancy, 15 juin 1878 : DP 1879.2.236 - Civ., 9 novembre 1859 : DP 1860.1.70 - Req., 15 décembre 1856 : DP 1857.1.97.

<sup>2</sup> Cf cependant un exemple extrêmement célèbre : l'affaire RIVOIRE et CARRET-LUSTUCRU (Com., 27 juin 1989 : Bull. civ., IV, n° 209, p. 140 ; D. 1990.314, note J. BONNARD ; JCP 1989.II.21390 ; JCP éd. E. 1989, n° 41, I, p. 257 et n° 48, II.15636, p. 711 ; Gaz. Pal. 1989.2.panor.185 ; RTD civ. 1989.530, n° 4 ; RTD com. 1990.50, n° 3, obs. Y. REINHARD ; Rev. dr. bancaire et bourse 1989.176, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER ; Bull. inf. sociétés 1989, p. 815, n° 293, note P. LE CANNU). Suite à un conflit de longue date opposant les principaux actionnaires de la société holding RIVOIRE et CARRET-LUSTUCRU, les membres de la famille CARTIER-MILLON envisagèrent de céder leurs actions à une société concurrente (BARILLA). Néanmoins, pour contourner l'obligation statutaire d'agrément préalable du cessionnaire (conformément à la procédure prévue par l'article 274 de la loi du 24 juillet 1966), agrément qui aurait été évidemment refusé, les consorts CARTIER-MILLON et la société BARILLA eurent recours au stratagème suivant : les 55 083 actions furent vendues à une société interposée (Embranchement de la Capuche), entièrement détenue par les consorts CARTIER-MILLON, et qui possédait déjà quelques actions, de sorte que l'agrément n'avait pas à être sollicité (cession entre actionnaires) ; puis, les consorts CARTIER-MILLON cédèrent, de manière quasi simultanée, à la société BARILLA le contrôle de la société interposée. La société BARILLA détenait ainsi, par l'intermédiaire de sa nouvelle filiale, une minorité de blocage au sein de l'entreprise RIVOIRE et CARRET-LUSTUCRU, sans que les autres actionnaires n'aient pu s'y opposer. Notons que l'application de la théorie de la fraude supposait que l'interposition de la société Embranchement de la Capuche soit qualifiée de réelle : or, les faits mis en évidence ne permettaient pas d'exclure la qualification d'interposition fictive et l'application de la théorie de la simulation (cf la note précitée de Jérôme BONNARD). Finalement, la seule explication qui nous paraît possible est l'absence d'invocation de la simulation par les parties elles-mêmes, qui ne permettait pas au juge de soulever d'office cet argument de fait (en effet, nous avons vu que l'« action en déclaration de simulation » n'est possible que si la réalité des faits est contestée par les parties à l'instance).



savons que l'article 1167 du Code civil permet à un créancier, victime de l'insolvabilité de son débiteur, d'attaquer tout acte de nature patrimoniale accompli par celui-ci en fraude à son droit de gage. Dès lors, chaque fois qu'une interposition de personne est mise en place dans le seul but de frauder les droits d'un créancier du maître de l'affaire et qu'elle se traduit par une opération constituant un appauvrissement du débiteur (par exemple, une donation ou une vente à bas prix faite en faveur d'un parent qui sert de prête-nom) et entraînant son insolvabilité, le créancier pourra tenter l'action paulienne en vue de faire déclarer l'inopposabilité de cette opération frauduleuse à son encontre.

Un arrêt du 20 mars 1989<sup>1</sup> en constitue une excellente illustration : en l'espèce, une somme importante avait été prêtée à une société civile immobilière qui avait permis, en grande partie, la construction d'un immeuble. Lorsque le créancier cessa de recevoir les intérêts convenus, il mit en demeure la SCI et son gérant de lui restituer les sommes prêtées. Ce dernier s'empressa alors de constituer une nouvelle SCI et de faire vendre l'immeuble constituant le seul actif de la première SCI à la seconde. Le créancier obtint du juge des référés la reconnaissance de la fraude paulienne et fut autorisé à inscrire une hypothèque judiciaire sur l'immeuble vendu (sans que la fictivité de la nouvelle SCI ne soit pour autant déclarée). La Cour d'appel de Colmar confirma cette solution et la Cour de cassation rejeta le pourvoi. L'action paulienne constituait donc un fondement intéressant de neutralisation de l'interposition (réelle) de cette SCI. Mais, son champ d'application, en matière d'interposition de personne, reste limité car elle ne peut être invoquée que dans le cas d'une fraude au droit de gage d'un créancier du maître de l'affaire, tandis que la technique de l'interposition de personne peut avoir des objectifs beaucoup plus divers.

## **B. Les fondements ponctuels**

554. Les sanctions résultant de la théorie de la simulation ou de la théorie de la fraude restent aléatoires et impliquent des distinctions juridiques complexes (fictivité ou artifice) et des recherches d'intention délicates. Il est évidemment beaucoup plus simple de pouvoir justifier la neutralisation d'une interposition de personne sur le fondement d'un texte qui prévoit cette hypothèse. Or, malgré l'absence de réglementation générale,

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 1989 : Bull. Joly 1989.423, n° 150.

le législateur n'est pas resté systématiquement muet à l'égard de cette technique. Il sait, depuis très longtemps<sup>1</sup>, que la volonté d'éluder l'application de certaines dispositions impératives conduit parfois les sujets de droit à faire appel à l'intervention d'une autre personne qui servira d'écran juridique à la mise en oeuvre de ce texte. C'est pourquoi, à l'encontre d'un tel procédé, le législateur a parfois prévu des corrections directes (1) qui permettent l'application du texte par la prise en considération de la personne du maître de l'affaire. En outre, il existe, dans notre droit positif, un certain nombre de corrections indirectes (2) à la disposition du juge qui peuvent également lui permettre d'atteindre le maître de l'affaire et lui faire subir, d'une manière ou d'une autre, les conséquences des actes accomplis pour lui par la personne interposée.

### **1. Les corrections directes**

555. Comme nous l'avons déjà observé, l'analyse du droit positif révèle que les textes qui contiennent une référence à la technique de l'interposition de personne sont nombreux. Le droit des sociétés en constitue d'ailleurs le domaine privilégié puisque la loi du 24 juillet 1966 (actuellement intégrée dans le Code de commerce) ne contient pas moins de 25 articles qui étendent expressément leurs dispositions à l'hypothèse de l'interposition de personne. Les autres textes concernent des domaines très variables. Mais, dans tous les cas, le législateur ne vise toujours qu'à empêcher les sujets de droit d'échapper à l'application d'une disposition impérative précise par le recours à une interposition frauduleuse. Dès lors, même si ces textes sont assez nombreux, ils ne formulent aucun principe général. Il s'agit donc bien de fondements ponctuels dont le champ d'application ne doit pas, en principe, être étendu à des hypothèses voisines non visées expressément par le texte : en effet, la neutralisation se heurte à d'autres principes généraux qui imposent de conférer à ces textes une interprétation stricte.

Il reste cependant bien utile de pouvoir identifier ces textes en reconnaissant les formules exactes qui permettent la neutralisation de l'interposition de personne. Il s'agit d'abord de ceux qui contiennent explicitement les mots « interposition de personne », « personne interposée » ou « société interposée » : par exemple, en matière de libéralité, les articles 911, 1100 et 1125-1 du Code civil ; concernant l'interdiction de se porter

---

<sup>1</sup> Cf l'édit du roi Henri II de février 1549 (cité note 1, sous n° 3).

contrepartiste prévue à l'encontre des mandataires, tuteurs, administrateurs et officiers publics, l'article 1596 du Code civil ; en droit fiscal, nous avons recensé au moins 15 articles du Code général des impôts<sup>1</sup> ; enfin, ces expressions apparaissent également dans de nombreux articles du Code de commerce, notamment issus de la loi du 24 juillet 1966 précitée et de la loi du 25 janvier 1985<sup>2</sup>, ainsi que dans certaines lois particulières concernant les associations, le statut du notariat, des professions judiciaires et juridiques et des avocats, la Commission des opérations de bourse, etc.<sup>3</sup>

556. Mais, d'autres formules permettent également d'englober l'hypothèse de l'interposition de personne dans le champ d'application d'un texte impératif. Par exemple, certaines lois visent celui qui agit « en son nom propre, pour le compte de »<sup>4</sup>, formule qui correspond très exactement à la définition de l'interposition de personne. Parfois, le texte désigne celui qui agit « sous le nom de » ou « sous un nom interposé », ou enfin « sous le couvert de »<sup>5</sup>. Dans certains cas, c'est la technique du prête-nom qui est visée (sans distinguer entre le prête-nom fictif ou réel) : « prête-nom », « prêter son nom », « emprunter le nom d'autrui »<sup>6</sup>. Enfin, la neutralisation est également possible sur la base de formules plus larges qui englobent l'hypothèse de l'interposition de personne : ainsi, de nombreux textes s'appliquent à tous ceux qui réalisent une opération

---

<sup>1</sup> Les articles 35, 39 terdecies, 83 ter, 92 B, 111, 125 B, 150 C, 261, 751, 752, 773, 990 D, 990 E, 990 F et 1750 du Code général des impôts.

<sup>2</sup> Les articles L. 221-10, L. 223-19, L. 223.21, L. 223-38, L. 225-38, L. 225-43, L. 225-86, L. 225-91, L. 225-222, L. 225-224, L. 226-10, L. 227-10, L. 241-2, L. 241-9, L. 244-4, L. 246-2, L. 245-11, L. 245-16 du Code de commerce (ancienne loi du 24 juillet 1966) et L. 626-9 du Code de commerce (ancienne loi du 25 janvier 1985).

<sup>3</sup> Article 17 de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association ; article 13 du décret du 19 décembre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du statut du notariat ; article 54 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme des professions judiciaires et juridiques ; article 111 du décret du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat ; articles 10-1 et 10-3 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 instituant une commission des opérations de bourse ; etc.

<sup>4</sup> Articles 256 et 256 bis du Code général des impôts ; articles L. 221-3, L. 225-20, L. 225-76, L. 225-206, L. 225-210, L. 225-215 et L. 236-2 du Code de commerce.

<sup>5</sup> Article L. 131-7 du Code de commerce (« sous un nom interposé »), article L. 624-5 (« sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements ») et article L. 626-9 (« sous le nom d'autrui »)

<sup>6</sup> Articles 3 et 12 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1986 et articles 35 et 74 de la loi du 30 septembre 1986 concernant le régime de la presse et la liberté de communication, qui interdisent (et sanctionnent pénalement) le fait de prêter son nom ou d'emprunter le nom d'autrui dans la constitution d'une entreprise éditrice ou pour une demande d'autorisation relative à une service de communication audiovisuelle.

On peut alors se demander, notamment en raison des conséquences pénales qui en résultent, si la référence à la technique du prête-nom ne doit pas être entendue comme une exclusion implicite des autres formes d'interposition de personne du champ d'application de ces textes (par exemple, le recours à une interposition fiduciaire). On peut le penser dans la mesure où c'est essentiellement le mensonge qui est sanctionné (la loi sur la presse utilise expressément la notion de simulation).

ou exercent une activité « directement ou indirectement »<sup>1</sup>. L'article 432-12 du Code pénal, réprimant la prise illégale d'intérêts, en constitue d'ailleurs un exemple intéressant dans la mesure où il a remplacé l'article 175 de l'ancien Code pénal (délit d'ingérence) : or, le texte initial désignait explicitement « l'interposition de personnes », tandis que le texte actuel se contente de la formule « directement ou indirectement ». Le but était certainement d'empêcher une limitation injustifiée de son champ d'application par le jeu d'une définition trop restreinte de l'interposition de personne qu'une partie de la doctrine semble préconiser. Mais, si l'on retient la définition large de cette notion (telle que nous l'avons admise), les deux formules deviennent alors équivalentes : en effet, il est difficile d'imaginer une autre méthode indirecte de prise illégale d'intérêts que celle de l'interposition de personne.

## 2. Les corrections indirectes

557. Par corrections indirectes, nous entendons désigner des mécanismes légaux, des solutions jurisprudentielles ou des principes qui ne visent pas spécifiquement la technique de l'interposition de personne, mais qui n'ont cependant aucune raison de ne pas s'appliquer à elle. Elles ont en commun de permettre, d'une manière ou d'une autre, la mise en cause directe du maître de l'affaire pour des contrats ou des opérations accomplis par la personne interposée. La première à laquelle les auteurs les plus anciens avaient songé est l'action oblique résultant de l'article 1166 du Code civil. En effet, puisque la personne interposée est généralement liée au maître de l'affaire par un contrat de mandat, il existe des dettes et des créances réciproques entre eux. Par conséquent, le tiers cocontractant, créancier de l'interposé, peut, en cas d'insolvabilité et de défaillance de ce dernier, exercer à sa place toutes les actions dont il dispose à l'encontre du maître de l'affaire.

Néanmoins, ce recours s'avérera souvent bien illusoire : d'abord, parce que le résultat sera uniquement de faire tomber le produit de cette action dans le patrimoine de l'interposé, où il sera alors le gage commun de tous ses créanciers ; mais aussi, parce que l'action oblique suppose que l'interposé dispose réellement d'un droit de créance à l'encontre du maître de l'affaire. Si l'article 1999 du Code civil accorde au mandataire le

---

<sup>1</sup> Notamment les articles L. 131-7 et L. 233-3 du Code de commerce ou l'article 432-12 du Code pénal.

droit de se faire rembourser les avances et frais qu'il a faits pour son mandant, il ne concerne que les sommes effectivement payées, ce qui n'est pas le cas, par hypothèse, de la créance du tiers cocontractant. Ce dernier ne pourrait donc exercer contre le maître de l'affaire qu'une action oblique en paiement de la rémunération due au mandataire, à condition qu'elle ait été prévue par le contrat : or, dans cette hypothèse, il nous semble fort peu probable que le mandataire ait négligé de la réclamer lui-même, quitte à prendre des dispositions pour la faire échapper au droit de gage de ses propres créanciers. Finalement, l'action oblique est davantage concevable dans le sens contraire : le maître de l'affaire, qui se heurterait à l'insolvabilité et à la défaillance de l'interposé, pourrait agir contre le tiers cocontractant en vue de le contraindre à payer à l'interposé ce qu'il lui doit en vertu du contrat principal.

558. Outre les différentes actions directes en paiement prévues par des textes<sup>1</sup>, un autre fondement de mise en cause du maître de l'affaire peut résulter, comme nous l'avons déjà évoqué, de la jurisprudence relative aux chaînes de contrats portant sur une chose commune<sup>2</sup>. Il peut arriver, en effet, que la propriété d'un bien soit transmise du maître de l'affaire vers son prête-nom, puis du prête-nom vers un tiers cocontractant, ou inversement du tiers cocontractant vers le prête-nom, puis du prête-nom vers son emprunteur de nom : dans ces deux hypothèses, une action directe est possible entre les « contractants extrêmes » pour l'exercice des droits détenus par le prête-nom contre l'un et transmis à l'autre comme un accessoire de la chose. Cette jurisprudence présente une double limite : elle ne concerne que des contrats translatifs de propriété et ne permet que des actions directes en responsabilité ou en garantie. L'action directe en paiement ne semble pas possible sur ce fondement prétorien car il est difficile de considérer le prix du transfert de propriété comme un accessoire de la chose vendue. Néanmoins, dans le cadre de son champ d'application, cette jurisprudence présente un intérêt certain dans les relations entre le tiers cocontractant et le maître de l'affaire, notamment face à une interposition de personne licite et difficile à prouver (puisque l'existence de la chaîne de

---

<sup>1</sup> Par exemple, l'action directe du bailleur contre le sous-locataire (article 1753 du Code civil), celle du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage (article 12 de la loi du 31 décembre 1975), celle de l'assuré contre l'assureur du responsable (article L. 124-3 du Code des assurances), celle du transporteur contre l'expéditeur et le destinataire dans le cadre de la « lettre de voiture » (article L. 132-8 du Code de commerce), etc. Cf : Marie-Laure IZORCHE, Rép. civ. Dalloz, v° « Action directe », 1994.

<sup>2</sup> Cf *supra*, n° 165.

contrats peut être prouvée sans qu'il soit nécessaire d'établir l'instrumentalisation du contractant intermédiaire).

559. Enfin, sans nullement prétendre à l'exhaustivité, deux autres fondements de neutralisation doivent être cités en matière commerciale : l'extension des conséquences de la "faillite" d'une société-écran au maître de l'affaire, et la prise en compte de l'appartenance d'une société filiale à un groupe. S'agissant du premier point, la simple lecture de l'article L. 624-5 du Code de commerce permet de constater que les 7 causes d'extension de "faillite" d'une société à ses dirigeants de droit ou de fait visent très clairement les hypothèses dans lesquelles la société a été détournée de sa finalité pour devenir, occasionnellement ou de manière permanente, une personne morale interposée.

Il en est ainsi, par exemple, lorsque le dirigeant a « disposé des biens de la personne morale comme des siens propres » (alinéa 1, 1<sup>o</sup>) : telle est souvent l'attitude du maître de l'affaire qui considère la société comme sa chose personnelle, et le patrimoine de celle-ci comme le sien. L'extension de "faillite" peut également être prononcée lorsque, « sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, [le dirigeant aura] fait des actes de commerce dans un intérêt personnel » (alinéa 1, 2<sup>o</sup>) : c'est quasiment la définition de l'interposition de personne morale ! Il doit en être de même lorsque le dirigeant a « fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement » (alinéa 1, 3<sup>o</sup>) : dans une telle hypothèse, l'instrumentalisation de la société est évidente. Enfin, la sanction de l'extension de faillite est également prévue à l'encontre du dirigeant lorsqu'il a « poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale » (alinéa 1, 4<sup>o</sup>) : cette attitude est évidemment tout à fait révélatrice du rôle accordé par le dirigeant à la société. Quant aux dernières hypothèses prévues par l'article L. 624-5 (absence ou irrégularité de la comptabilité, détournement de l'actif ou aggravation du passif), elles ne sont, sans doute, pas spécifiques à l'interposition de personne morale, mais peuvent en constituer des indices sérieux.

Il faut ajouter à ces différentes causes légales d'extension de faillite une nouvelle cause jurisprudentielle : la confusion des patrimoines, c'est-à-dire toute situation dans

laquelle l'autonomie du patrimoine de la société n'est pas respectée, compte tenu des nombreuses imbrications anormalement établies avec le patrimoine d'une autre personne (physique ou morale).

560. Par conséquent, à défaut de mettre éventuellement en cause le dirigeant (maître de l'affaire) de manière directe pour chacun des actes réalisés dans son intérêt personnel sous le couvert de la société interposée, sa mise en cause peut intervenir globalement, indirectement et *a posteriori*, par l'ouverture d'une procédure collective individuelle à son encontre. Mais, en outre, sa mise en cause peut également résulter d'une action en comblement du passif de la société s'il a pu être relevé à son encontre une « faute de gestion » (article L. 624-3 du Code de commerce) : or, le détournement, systématique ou occasionnel, de la personne morale à son profit personnel ou au profit d'un tiers peut évidemment constituer un parfait exemple d'une telle faute. Enfin, par la formule « dirigeants de droit ou de fait », ces deux articles permettent la prise en compte du maître de l'affaire réel, même dans le cas où celui-ci avait pris le soin de ne pas apparaître comme dirigeant de la personne morale en faisant appel à une autre personne (physique ou morale) interposée. Ces différentes sanctions constituent bien une forme de neutralisation de l'interposition de personne car elles aboutissent à faire supporter au maître de l'affaire les dettes de la société, comme s'il avait lui-même exercé l'activité commerciale correspondante en son nom propre.

561. La jurisprudence établie en matière de groupe de sociétés<sup>1</sup> constitue aussi, dans une certaine mesure, une forme de neutralisation de l'interposition de personne. En effet, même s'il faut bien admettre que la définition de la notion de groupe de sociétés n'est pas encore clairement établie, elle se caractérise au moins par ce que l'on a pu appeler un « déplacement de la notion d'intérêt »<sup>2</sup>. Dès lors qu'il existe des liens de dépendance entre plusieurs sociétés soumises, directement ou indirectement, à l'une d'entre elles, appelée société-mère, et que cette dernière prend ses décisions en fonction d'un intérêt commun dépassant la somme des intérêts individuels, on peut alors estimer

---

<sup>1</sup> Michel GERMAIN et Maggy PARIENTE, Rép. soc. Dalloz, v° « Groupe de sociétés », 1997 - Charles HANNOUN, « Le droit et les groupes de sociétés », *Bibliothèque de droit privé*, tome 216, L.G.D.J., 1991, préface A. LYON-CAEN.

<sup>2</sup> M. GERMAIN et M. PARIENTE, *op. cit.*, n° 35, p. 7.

que chacune de ces sociétés (y compris la société-mère) agit pour le compte d'une entité étrangère, à savoir le groupe. Or, comme, par ailleurs, elles conservent leur autonomie juridique, toutes les opérations décidées par les dirigeants du groupe sont donc réalisées au nom de ces sociétés membres, de sorte qu'elles deviennent des personnes morales interposées au profit du groupe<sup>1</sup>.

562. A l'égard des tiers, la question principale est donc de savoir s'il est possible de faire supporter les engagements pris par une filiale dans l'intérêt du groupe aux autres sociétés membres<sup>2</sup>. En général, les tiers ne cherchent à se faire payer par les autres membres que lorsque leur débitrice n'est plus en mesure de faire face elle-même à ses engagements. Si elle est en liquidation judiciaire, l'extension de la faillite à la société-mère ou aux dirigeants du groupe (voire à l'ensemble des sociétés membres) est possible dans les conditions que nous avons exposées précédemment. Par contre, il est évidemment plus rare que les tiers demandent à mettre en cause le groupe lorsque la filiale est elle-même en mesure de payer sa dette. Pourtant l'hypothèse s'est présentée en jurisprudence, et les tribunaux ont parfois admis cette dérogation à l'autonomie juridique des sociétés.

C'est généralement sur le fondement de l'apparence que de telles décisions ont pu être rendues. En effet, s'agissant de traduire l'unité économique de deux sociétés réelles et juridiquement autonomes, seule l'invocation d'une apparence contraire à cette autonomie peut permettre de dépasser l'obstacle résultant de l'indépendance juridique de ces sociétés pour atteindre la société-mère (ou les autres sociétés du groupe). Ainsi, de nombreuses décisions admettent l'extension d'une obligation contractée par une société filiale à la société-mère (ou à l'ensemble des sociétés membres du groupe), au motif d'une unité apparente de ces sociétés, résultant, par exemple, d'une unité de dirigeants, de siège social, de dénomination, de locaux, de numéros de téléphone, de papiers à entête désignant le groupe, d'objet social, d'activités commerciales, ou bien de tout autre élément de nature à induire les tiers en erreur et à leur laisser croire en

---

<sup>1</sup> Nous avons déjà noté que l'absence de personnalité juridique du groupe, c'est-à-dire du maître de l'affaire, n'est pas un obstacle à la qualification d'interposition de personne morale : cf *supra*, note 1 sous n° 310.

<sup>2</sup> En dehors d'un engagement exprès de la société-mère, notamment par une lettre d'intention.



l'existence d'une entité juridique unique<sup>1</sup>. Le même fondement a permis de justifier une compensation légale entre les dettes et les créances de la société filiale et de la société-mère à l'égard d'un tiers<sup>2</sup>. Enfin, l'immixtion caractérisée de la société-mère dans les relations contractuelles de la société filiale, dans la mesure où elle traduit une absence apparente d'autonomie de cette dernière et une manifestation apparente de volonté de la société-mère de prendre à son compte les opérations ainsi réalisées, constitue aussi un fondement incontestable d'extension des dettes<sup>3</sup>.

563. Notons cependant que la Cour de cassation reste fermement attachée, en matière commerciale, au rappel de l'autonomie juridique des sociétés appartenant à un même groupe, et du principe de relativité des conventions, chaque fois que la situation ne permet pas l'application de la théorie de l'apparence<sup>4</sup>. Au contraire, dans d'autres domaines bien spécifiques (notamment en droit du travail, en droit fiscal, et en droit pénal), c'est bien la notion de groupe, en elle-même, qui est directement retenue comme fondement de la globalisation des conséquences juridiques d'une situation mettant en cause les sociétés membres de ce groupe. Ainsi, par la notion d'unité économique et sociale, la Chambre sociale de la Cour de cassation a mis en place un ensemble de solutions destinées à prendre en compte les relations (individuelles et collectives) des salariés de la société filiale avec la société-mère<sup>5</sup>. De même, il existe aujourd'hui, en droit fiscal et en droit comptable, des dispositions permettant une prise en considération globale des sociétés appartenant à un même groupe<sup>6</sup>. Quant au droit pénal, il admet que le délit d'abus de biens sociaux n'est pas constitué lorsque des fonds sont transférés

---

<sup>1</sup> Com., 5 février 1991 : D. 1992.27, note Y. CHARTIER ; Rev. soc. 1991.545, note C. BOLZE - Com., 18 octobre 1988 : Rev. droit bancaire et bourse 1989.31, n° 3, obs. M. JEANTIN et A. VIANDIER - Aix, 11 janvier 1985 : Rev. soc. 1987.somm.98, obs. Y. GUYON - Com., 15 novembre 1977 : Bull. civ. IV, n° 265, p. 225 - Civ., 13 décembre 1967 : D. 1968.337, note P.-L. - Civ., 7 janvier 1946 : S. 1947.1.32 ; JCP 1947.II.2999 - Poitiers, 7 mars 1933 : S. 1933.2.124.

<sup>2</sup> Civ., 21 novembre 1934 : S. 1936.1.289, note ROUSSEAU.

<sup>3</sup> Com., 4 mars 1997 : D. affaires 1997.449 ; RTD civ. 1997.691, obs. P.-Y. GAUTIER - Com., 15 juin 1993 : Rev. soc. 1994.730, note R. LIBCHABER ; RTD civ. 1994.881, obs. P.-Y. GAUTIER - Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 1995 : RTD civ. 1996.156, obs. J. MESTRE - Com., 2 mars 1967 : Bull. civ. III, n° 100, p. 100.

<sup>4</sup> Com., 6 mai 1991 : Bull. Joly 1991.697 - Com., 24 mai 1982 : Bull. civ. IV, n° 195, p. 171 ; Rev. soc. 1983.361, note J. BEGUIN - Com., 4 janvier 1982 : Rev. soc. 1983.95, note J.-J. BURST. Cf aussi, Paris, 4 mai 1990 : Rev. soc. 1990.449 ; Bull. Joly 1990.879 - Paris, 31 mai 1989 : Gaz. Pal. 1989.2.603, note J.-P. MARCHI ; Bull. Joly 1990.362 ; Rev. soc. 1989.somm.718, obs. Yves GUYON.

<sup>5</sup> Charles HANNOUN, *op. cit.*, n° 106, p. 72 - Michel GERMAIN et Maggy PARIENTE, *op. cit.*, n° 123, p. 22.

<sup>6</sup> Patrick SERLOOTEN, Rép. soc. Dalloz, v° « Groupe de sociétés (Régime fiscal) », 1997.

d'une société à l'autre, à l'intérieur d'un groupe, du moins lorsque certaines conditions sont réunies. Il existe donc une réelle prise en considération, par le droit positif, de l'interposition de personne morale d'une société filiale au profit du groupe ou de la société-mère, et ceci sans que sa personnalité juridique ne soit nécessairement remise en cause. Le droit des groupes de sociétés obéit, lui aussi, au principe de neutralisation.

564. Tous les fondements juridiques que nous venons de présenter ont pour conséquence commune de permettre la mise en cause directe du maître de l'affaire malgré l'obstacle juridique résultant de l'intervention *proprio nomine* de la personne interposée. Mais, il faut bien reconnaître qu'en pratique, la jurisprudence s'intéresse peu à ces explications juridiques : elle obéit essentiellement à une sorte d'évidence. Nous avons d'ailleurs déjà eu l'occasion de constater le recours explicite à cette notion extra-juridique dans des décisions anciennes<sup>1</sup>. Aujourd'hui, bien que le terme n'apparaisse plus, il nous semble toutefois que l'évidence continue à constituer le fondement réel des décisions consacrant le principe de neutralisation. Les décisions résiduelles qui restent imperméables à toutes justifications juridiques nous permettent, en effet, de le vérifier.

C'est le cas d'un arrêt récent de la Cour de cassation en date du 8 décembre 1999<sup>2</sup>. En l'espèce, le liquidateur amiable d'une société, qui avait vendu à sa tante un immeuble appartenant à celle-ci, avait été poursuivi sur le fondement de l'article 488, 2<sup>e</sup> de la loi du 24 juillet 1966 (devenu l'article L. 247-8 du Code de commerce) pour avoir cédé tout ou partie de l'actif de la société en liquidation contrairement aux dispositions de l'article 395 (devenu article L. 237-7 du Code de commerce). Or, ce dernier article interdit seulement « la cession de tout ou partie de l'actif [...] au liquidateur ou à ses employés ou à leurs conjoints, ascendants ou descendants », mais pas aux collatéraux. Cependant, le fait que la tante avait elle-même revendu l'immeuble à son neveu quelques temps après avait permis aux magistrats de soupçonner une interposition de personne frauduleuse. La cour d'appel renvoya toutefois le prévenu des fins de la poursuite en énonçant que « cette interposition de personne n'était pas constitutive d'un montage frauduleux dès lors que l'immeuble avait été acheté à la société pour un prix correspondant à sa valeur réelle ». Cet arrêt fut cassé au motif que « la cour d'appel a

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 82.

<sup>2</sup> Crim., 8 décembre 1999 : D. aff. 2001.1091, note D. COHEN.

méconnu le sens et la portée du texte susvisé », puisque, selon la Cour de cassation, ce texte prohibe « toute cession au profit du liquidateur, qu'elle soit directe ou indirecte ».

565. La formule « directe ou indirecte » n'était absolument pas inscrite dans le texte de l'article 395, pas plus d'ailleurs qu'une quelconque allusion explicite à la notion d'interposition de personne. En outre, la liste des personnes soumises au texte en raison de leurs liens particuliers avec le liquidateur devait être interprétée de manière restrictive puisqu'une sanction pénale était en cause. Un autre fondement juridique pouvait-il alors expliquer cette décision ? L'application de la théorie (purement civile) de la fraude au droit pénal serait sans doute une voie dangereuse<sup>1</sup>. Mais, de toute manière, il n'est pas certain que le montage mis en cause dans cette affaire relevait de la fraude plutôt que de la simple habileté. En effet, nous avons constaté que la fraude, au sens strict, consistait à violer la loi dans son esprit tout en respectant sa lettre : c'est pourquoi, nous avons observé que les textes d'interprétation stricte (tel que les textes pénaux) ne sont pas susceptibles de fraude, car l'esprit et la lettre de ces textes se rejoignent nécessairement<sup>2</sup>. En outre, si l'on admettait une interprétation large de l'article 395 en prenant en considération le but poursuivi par le législateur, il serait sans doute possible d'inclure l'interposition de personne frauduleuse dans son champ d'application, même dans le silence du texte, mais il n'y aurait alors aucune raison de ne pas retenir, en même temps, l'argument admis par la cour d'appel, à savoir l'absence de préjudice subi par la société. En effet, l'intérêt de l'article 395 n'est-il pas seulement d'éviter que le liquidateur ne profite de sa position pour acquérir personnellement une partie de l'actif de la société à des conditions qui seraient désavantageuses pour elle ? L'esprit du texte ne serait donc pas violé lorsque la cession aurait lieu à des conditions normales, comme c'était le cas en l'espèce. Par conséquent, l'interprétation restrictive et l'interprétation téléologique conduisaient au même résultat.

Il aurait été, sans doute, beaucoup plus satisfaisant de reconnaître à la tante la qualité de prête-nom fictif et d'appliquer la théorie de la simulation afin de tenir le neveu comme le véritable acquéreur de l'immeuble, auquel cas l'article 395 devenait

---

<sup>1</sup> Cf D. COHEN, note précitée.

<sup>2</sup> C'est aussi le cas de la plupart des textes fiscaux. Dans le même sens : Jacques GHESTIN, Gilles GOUBEUX, avec le concours de Muriel FABRE-MAGNAN, « Traité de droit civil. Introduction générale », L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994, n° 824, p. 814.

directement applicable. Mais, ce raisonnement n'a pas été soutenu devant les tribunaux, et la Cour de cassation n'a pas situé sa décision sur ce plan, ni sur celui de la fraude, puisqu'elle parle du sens et de la portée du texte qui, selon elle, inclurait toute cession « directe ou indirecte ». C'est donc une sorte de sentiment d'impérieuse nécessité qui l'a poussée à voir dans le texte même de l'article 395 une formule qui n'existe pas. Il y aurait donc, dans notre droit positif, un principe (implicitement reconnu) qui consisterait à étendre le champ d'application de tous les textes à l'hypothèse de l'interposition de personne puisque sa neutralisation s'impose avec "évidence". De fait, dans toutes les hypothèses où une interposition de personne tend à empêcher l'application d'un texte sans que la neutralisation puisse être justifiée (par la théorie de la simulation, la théorie de la fraude, une formule explicite du texte ou une correction indirecte), la jurisprudence ne semble pas s'être jamais arrêtée à cette absence de justification, du moins lorsque le respect d'une disposition impérative ou de l'équité est en cause<sup>1</sup>. Même s'il n'est pas difficile de comprendre cette position de la jurisprudence sur un plan strictement moral, on peut cependant regretter l'absence de véritable justification juridique de certaines décisions et la violation corrélative des principes fondamentaux de notre droit positif qu'elles impliquent.

---

<sup>1</sup> Cf Crim., 11 mars 1997 : Bull. crim., n° 97, p. 322 (condamnation pénale pour recours aux services de travailleurs clandestins par sous-traitant interposé alors que les articles L. 324-9 et L. 324-10 du Code du travail ne visent pas l'interposition de personne) - Crim., 20 mai 1992 : Bull. crim., n° 198, p. 546 (idem pour recours à des travailleurs étrangers en situation irrégulière) - Paris, 4 mars 1985 : document Juris-Data n° 021088 (condamnation pénale du gérant de fait sur le fondement de l'article 427 de la loi du 24 juillet 1966 qui ne vise pourtant que le gérant de droit) - Req., 1<sup>er</sup> juin 1869 : S. 1870.1.57 (il a été admis qu'un religieux qui a acquis un immeuble pour le compte d'une congrégation non autorisée n'est pas et n'a jamais été propriétaire de cet immeuble, bien qu'il ne puisse pas être un prête-nom (fictif), c'est-à-dire le représentant de la congrégation en vertu d'une convention de prête-nom, puisque cette dernière est dénuée de la personnalité juridique) - Civ., 5 juillet 1841 : S. 1841.1.650 (idem).

## **§ 2 : Les effets de la neutralisation**

566. La neutralisation de la technique de l'interposition de personne consiste à apprécier la situation juridique ostensible comme si le maître de l'affaire avait lui-même directement réalisé l'opération en son nom propre. Une telle perception des faits conduit alors à de multiples conséquences juridiques dont nous pouvons tenter maintenant de dresser un tableau sommaire. Il nous apparaît, à la lecture de la jurisprudence, que les effets de cette neutralisation se produisent aussi bien sur le plan de la validité de l'acte (A), que sur celui de l'imputation de ses conséquences (B). Quelques exemples concrets permettront d'illustrer précisément ces deux aspects.

### **A. Les conséquences sur la validité de l'acte**

567. L'interposition de personne est souvent utilisée en vue d'échapper à une cause de nullité particulière liée à la personne du maître de l'affaire : dans ce cas, la dénonciation de cette interposition permettra évidemment de prononcer cette nullité. En effet, la neutralisation consiste à prendre en considération la personnalité du maître de l'affaire à la place de celle de l'auteur formel de l'acte. Dès lors, une fois cette opération intellectuelle effectuée, il ne reste plus au juge qu'à apprécier la validité de cet acte,

aussi bien par rapport aux dispositions impératives ponctuelles applicables à la situation (1), que par rapport aux règles ordinaires de la théorie générale des contrats (2).

### 1. L'appréciation de la validité au regard des dispositions impératives

568. Chaque fois qu'un texte particulier prévoit, à l'égard de certaines catégories de personnes, une interdiction ou une obligation dont le non-respect doit être sanctionné par une nullité, le principe de neutralisation permet d'appliquer la même sanction aux opérations accomplies par toutes personnes interposées agissant pour le compte de l'une des personnes visées par le texte. Il n'est donc pas question de dresser une liste des situations dans lesquelles la dénonciation de l'interposition de personne aboutira à une nullité. Seuls quelques exemples pourront être présentés à titre d'illustration. Ainsi, de très nombreuses décisions ont pu annuler des libéralités faites au profit d'un incapable par l'intermédiaire d'une personne interposée (article 911 du Code civil)<sup>1</sup>, ou bien des ventes consenties au profit de personnes dissimulant, en réalité, le mandataire chargé de la vente<sup>2</sup> ou un administrateur de la commune venderesse<sup>3</sup> (article 1596 du Code civil). De même, la nullité d'un contrat de société peut être prononcée si le nombre minimal d'associés requis par la loi n'est respecté qu'en apparence grâce à l'interposition d'un ou plusieurs associés prête-noms (articles 1832 du Code civil ou L. 225-1 du Code de commerce)<sup>4</sup>. Sont également nulles les conventions conclues par une société anonyme avec un administrateur ou un directeur général, sans autorisation préalable du conseil d'administration, mais sous couvert d'une personne interposée (article L. 225-38 du

---

<sup>1</sup> Paris, 24 juin 1986 : document Juris-Data n° 023579 (legs fait au profit de l'épouse du médecin ayant soigné le *de cuius* au cours de sa dernière maladie) - Toulouse, 11 juin 1874 : S. 1874.2.201 (legs fait au profit d'un établissement public par personne interposée sans l'autorisation administrative nécessaire) - Angers, 23 février 1859 : S. 1859.2.136, puis Civ., 3 juin 1861 : S. 1861.1.615 (legs fait au profit d'une communauté religieuse non autorisée par personne interposée).

<sup>2</sup> Paris, 24 avril 1990 : Gaz. Pal. 1990.2.633, note G. PAIRE ; D. 1991.somm.159, note G. PAISANT (épouse interposée) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1987 : Bull. civ. I, n° 32, p. 22 ; Gaz. Pal. 1987.1.panor.91 (SCI interposée) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 juin 1986 : pourvoi n° 84-15.398 (SARL interposée) - TGI Orléans, 8 janvier 1980 : D. 1980.176, note Y. GUYON (GIE interposé) - Paris, 12 novembre 1964 : D. 1965.415 (épouse interposée).

<sup>3</sup> TA Basse-Terre, 18 mai 1990 : Gaz. Pal. 1991.panor.42 (nullité d'actes municipaux pris en vue de permettre la vente d'un terrain d'une commune à une société coopérative immobilière et professionnelle dans laquelle le maire avait des intérêts par personne interposée) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 juin 1975 : Bull. civ. I, n° 194., p. 165 (nullité d'un accord relatif à l'exploitation d'une carrière appartenant à une commune intervenu entre celle-ci et le gendre du maire).

<sup>4</sup> Com., 17 janvier 1955 : Bull. civ. III, n° 25, p. 18 (deux des 7 actionnaires étaient des prête-noms).

Code de commerce)<sup>1</sup> ou le cautionnement donné par une SARL au profit d'une autre société dissimulant son gérant (article L. 223-21 du Code de commerce)<sup>2</sup>. La nullité a également pu être prononcée à l'encontre d'actes notariés dans lesquels l'une des parties était une personne interposée dissimulant le notaire qui instrumentait (ancien article 8 de la loi du 25 ventôse an XI)<sup>3</sup>, ou encore d'adjudications faites au profit d'un prête-nom du saisi (article 711 de l'ancien Code de procédure civile)<sup>4</sup>, etc.

569. Dans tous ces cas, la nullité ne repose pas sur l'existence de l'interposition de personne, mais sur la disposition impérative elle-même dont le champ d'application est simplement étendu à l'acte accompli par l'intermédiaire. Par conséquent, le principe de la neutralisation ne doit pas conduire à l'annulation d'une opération réalisée par la personne interposée si la nullité n'aurait pas pu être prononcée à l'encontre du maître de l'affaire : en effet, on dit généralement qu'il est permis de faire indirectement tout ce qu'il est permis de faire directement<sup>5</sup>. En outre, les conditions et les effets de l'action en nullité sont exactement celles qui s'appliqueraient au maître de l'affaire : par exemple, il a été jugé que, la nullité de l'article 1596 étant une nullité relative ouverte uniquement au profit de la victime (le vendeur-mandant), le prête-nom qui dissimule, en réalité, le mandataire chargé de la vente, ne peut pas l'invoquer à son profit<sup>6</sup>. En effet, sauf dans le

---

<sup>1</sup> Com., 23 octobre 1990 : Bull. civ. IV, n° 254, p. 177 ; Gaz. Pal. 1991.1.panor.79 ; Rev. Soc. 1991.92, note Y. GUYON (le président d'une société anonyme exploitant une entreprise de charcuterie avait conclu avec une SARL constituée par ses deux jeunes enfants interposés un ensemble de contrats réalisant un véritable transfert d'activité (cession de matériels, bail commercial, contrat d'approvisionnement exclusif, etc.) sans autorisation du conseil d'administration) - Com., 7 mars 1977 : Bull. civ. IV, n° 70, p. 61 (afin de pouvoir passer outre le refus du conseil d'administration d'autoriser la vente d'un terrain à l'un des administrateurs, ce dernier fit appel à un prête-nom qui se porta acquéreur du bien en son nom propre). Cf aussi, sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867 : T. civ. Seine, 27 novembre 1962 : D. 1694.730, note A. DALSACE.

<sup>2</sup> Com., 23 janvier 1990 : pourvoi n° 88-12.190 (le gérant d'une SARL avait créé une seconde SARL dont il confia la gérance à sa femme. Celle-ci donna ensuite mandat à son époux de conclure avec un tiers un contrat de concession de licence de marque moyennant des redevances dont le paiement fut garanti par un cautionnement de la première SARL).

<sup>3</sup> Grenoble, 21 mai 1895 : S. 1897.2.121 (adjudication amiable des biens appartenant à des mineurs à l'oncle du notaire) - Orléans, 5 mai 1849 : S. 1849.2.453. Actuellement, l'interdiction résulte de l'article 2 du décret du 26 novembre 1971, mais l'acte qui est fait en fraude à ce texte n'est pas nul ; il a seulement la valeur d'un acte sous seing privé (article 23 dudit décret).

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1984 : Bull. civ. I, n° 205, p. 172 ; Gaz. Pal. 1985.1.panor.87, note A. PIEDELIÈVRE - Req., 15 avril 1891 : S. 1895.1.11 - Req., 6 août 1885 : S. 1885.1.347 - Req., 30 décembre 1850 : S. 1851.1.34.

<sup>5</sup> Com., 26 mars 1996 : Bull. civ. IV, n° 98, p. 82 - Com., 30 janvier 1961 : JCP 1962.II.12527, note M. LE GALCHER-BARON.

<sup>6</sup> Bordeaux, 27 février 1828 : S. 1791.1830, 9<sup>e</sup> volume : 1828-1830.2.41.

cas exceptionnel des articles 911 et 1099 du Code civil (libéralités faites à personnes interposées), la nature relative ou absolue de la nullité n'est pas modifiée par l'existence de l'interposition de personne. Les délais de prescription, les causes de confirmation ou de régularisation éventuelles sont les mêmes. L'étendue de la nullité (partielle ou totale) et les causes d'inopposabilité de ses effets (théorie de l'apparence, adage *Nemo auditur*, absence de rétroactivité pour la nullité des sociétés) doivent être appréciées dans les mêmes conditions.

Quant au problème des restitutions éventuelles, il nous semble qu'il peut également se régler selon le principe de neutralisation : le tiers cocontractant peut réclamer au maître de l'affaire la restitution de ce qu'il a payé à la personne interposée, en cas d'interposition fictive, car l'interposé fictif n'a reçu le paiement qu'en qualité de représentant. Inversement, si la neutralisation n'est pas paralysée par l'option des tiers de bonne foi, le maître de l'affaire peut invoquer sa qualité de représenté pour exiger du tiers cocontractant la restitution à son profit. En cas d'interposition réelle frauduleuse, une restitution indirecte peut, sans doute, résulter de la mise en cause du maître sur le fondement de sa responsabilité délictuelle ou sur des fondements ponctuels divers (par exemple, l'extension de la "faillite" de la société-écran, ou l'action directe en garantie dans les chaînes de contrats de vente).

## **2. L'appréciation de la validité au regard de la théorie générale des contrats**

570. Les causes générales de nullité des conventions sont parfois susceptibles de jouer à l'encontre des actes accomplis par la personne interposée lorsque la personnalité du maître de l'affaire est prise en considération grâce au principe de la neutralisation. La plus évidente d'entre elles est, sans doute, le dol dont peut éventuellement se plaindre le tiers cocontractant à qui la personne interposée a volontairement dissimulé l'identité du maître. Les conditions habituelles de l'action en nullité pour dol sont : l'existence d'une erreur, intentionnellement provoquée par des manoeuvres émanant du cocontractant, et revêtant un caractère déterminant pour la victime. Il en résulte d'abord que seul le tiers qui a cru en une représentation inexacte de la réalité peut invoquer le dol : il ne suffit donc pas que l'identité du maître de l'affaire lui ait été simplement cachée ; il faut qu'il ait cru que la personne interposée agissait réellement pour son propre compte. En outre,



cet élément doit avoir été déterminant de son consentement : le juge devra donc vérifier que, s'il avait eu connaissance de la réalité, il aurait refusé la conclusion du contrat, du moins aux mêmes conditions.

De plus, son erreur doit résulter de “manoeuvres” dont il a été victime, mais ce terme est entendu par la jurisprudence dans un sens large : il vise donc des mises en scène, des machinations, mais aussi des mensonges, ou même la simple réticence (par exemple, la réticence résultant de l'action formelle en nom propre sans précision sur la motivation altruiste de son auteur). Par contre, il est, en principe, indispensable que ces manoeuvres émanent de son cocontractant lui-même, c'est-à-dire de la personne interposée : néanmoins, celles qui émaneraient d'un tiers (par exemple, du maître de l'affaire) pourraient également être prises en compte si l'interposé en est le complice ou si le contrat est une donation.

Enfin, la dernière condition de la nullité pour dol est l'intention dolosive, c'est-à-dire la volonté de tromper, qui doit caractériser les “manoeuvres” : ainsi, lorsque le silence de la personne interposée sur sa qualité réelle d'intermédiaire ne résulte pas d'une volonté d'induire le tiers cocontractant en erreur, la nullité ne pourra pas être prononcée. Tel sera le cas lorsqu'un mandataire a tu le nom de son mandant uniquement parce qu'il s'est trouvé face à un cocontractant qui semblait s'en moquer totalement<sup>1</sup>, ou bien lorsque ce mensonge traduisait un souci de discrétion légitime sur un élément que l'intermédiaire ne considérait pas comme déterminant. Enfin, on peut se demander si la dissimulation volontaire de l'identité du maître pourrait donner lieu à une nullité de la convention pour dol lorsqu'elle est justifiée par le désir d'empêcher une discrimination ou un refus illégitime du tiers cocontractant à l'égard du maître : dans ce cas, il faut, sans doute, distinguer selon que la discrimination est légale ou non (peu importe qu'elle soit moralement choquante)<sup>2</sup>.

571. On pourrait, par exemple, imaginer l'application de ce critère dans le cas d'un bail conclu au profit d'une personne interposée : si la discrimination est fondée sur

---

<sup>1</sup> Nous disons bien « semblait » s'en moquer, car s'il s'en moquait réellement, son erreur ne serait pas déterminante.

<sup>2</sup> La justification de ce critère repose, à notre avis, sur le fait que le caractère illégal de la discrimination interdit de considérer l'erreur comme déterminante : en effet, le cocontractant ne peut pas prétendre que, s'il avait su la vérité, il aurait refusé de contracter puisque ce refus aurait été illégal. Par contre, un refus fondé, par exemple, sur un sentiment d'animosité personnelle, pourrait être admis.

l'origine raciale, le sexe, l'appartenance à une religion, l'état de santé ou une orientation sexuelle du maître de l'affaire, l'annulation du bail conclu avec la personne interposée pour dol ne sera pas admise. Au contraire, une discrimination fondée sur des démêlés judiciaires du maître de l'affaire avec ses anciens bailleurs ou ses anciens voisins pour non-paiement des loyers ou troubles du voisinage (à supposer que les faits soient établis par une décision définitive) pourrait constituer le fondement d'une demande en nullité du bail consenti à la personne interposée. Mais, en pratique, il est fort probable que le bailleur tentera de cacher ses motifs illégitimes par des motifs légitimes : il appartiendra alors au juge d'être vigilant dans l'appréciation des motifs réellement déterminants. Il faut reconnaître toutefois que la jurisprudence, en ce domaine, semble assez rare : nous n'avons trouvé qu'un seul arrêt se prononçant sur une demande en nullité pour dol en cas d'interposition de personne, et qui, de surcroît, n'a même pas admis le bien-fondé de l'action<sup>1</sup>. En l'espèce, il s'agissait de banques qui avaient imprudemment accepté de se porter caution pour un bail conclu au profit d'un locataire présenté par la presse comme un homme d'affaires richissime alors que le véritable occupant, un parent du locataire en nom, faisait l'objet de poursuites pénales : la demande en nullité fut repoussée par la cour d'appel car elle estima que la preuve de l'interposition de personne n'était pas suffisamment établie, et qu'en outre, les cautions avaient l'obligation de se renseigner plus précisément<sup>2</sup>. Mais, cet arrêt permet de démontrer *a contrario* que, dans d'autres circonstances, la nullité aurait pu être prononcée.

572. Dans l'hypothèse où certaines conditions du dol ne sont pas remplies (par exemple, l'intention dolosive fait défaut, ou bien le dol émane uniquement du maître de l'affaire sans que la personne interposée soit complice), la nullité pour erreur sur la personne peut également être envisagée lorsqu'elle concerne un contrat conclu en considération de la personne. Cependant, les conditions de sa mise en oeuvre la rendent concrètement difficile à imaginer en matière d'interposition de personne. En effet, il faut, comme pour le dol, une erreur du tiers cocontractant sur la qualité réelle de la personne interposée, et il faut que cette erreur soit déterminante de son consentement.

---

<sup>1</sup> Paris, 1<sup>er</sup> avril 1992 : document Juris-Data n° 020842.

<sup>2</sup> Argument aujourd'hui contestable en matière de dol puisque la Cour de cassation a récemment décidé que « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée » : Civ. 3<sup>e</sup>, 21 février 2001 : D. 2001.2702, note D. MAZEAUD.

Mais, il faut également que l'erreur soit excusable, ce qui exclut l'action du tiers qui n'aurait pas été suffisamment diligent. En outre, l'erreur doit porter, soit sur l'identité physique ou civile, soit sur une qualité de la personne du cocontractant : or, le maître de l'affaire n'est le cocontractant du tiers que dans le cas d'une interposition de personne fictive (représentation). Lorsque l'interposition est réelle, l'erreur sur la personne du maître de l'affaire n'est pas une véritable erreur sur la personne du cocontractant : elle n'est qu'une erreur sur la motivation du cocontractant (action pour son propre compte ou pour le compte d'autrui). Or, si toute sorte d'erreur peut être retenue dans le cadre du dol, celle relative à la motivation du cocontractant est inopérante en matière de nullité pour erreur. Enfin, l'erreur doit être commune, ou plutôt convenue, c'est-à-dire qu'elle doit porter sur un élément que les deux parties savaient être déterminant dans l'esprit de la victime : or, si la personne interposée savait que la considération de la personne du maître de l'affaire était réellement déterminante pour son cocontractant, c'est-à-dire de nature à l'empêcher de contracter, il est difficile de considérer que son silence n'est pas dolosif, auquel cas les conditions du dol sont alors remplies.

573. On peut aussi imaginer que la prise en compte de la personne du maître de l'affaire puisse produire des répercussions sur une demande en nullité fondée sur l'objet ou sur la cause. En effet, une prestation promise par le tiers cocontractant au profit de la personne interposée peut se révéler impossible, indéterminée ou indéterminable, illicite ou contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs à l'encontre du maître de l'affaire. Ainsi, la différence de nationalité qui peut exister entre le prête-nom et l'emprunteur de nom peut impliquer la validité apparente d'une convention conclue par le premier, alors que l'établissement de la réalité permet d'en prononcer la nullité sur la base du droit national applicable au second (par exemple, la vente d'un bien qui se trouve hors du commerce dans un pays, mais pas dans l'autre ; ou l'établissement d'une sûreté réelle mobilière sur un bien qu'un droit national considère comme meuble, tandis que l'autre le qualifie d'immeuble). De même, lorsqu'un contrat prévoit que la détermination des prestations dues par l'une des parties (prix, espèce et quotité de la chose, nature et durée d'une obligation de faire ou de ne pas faire) doit être établie par référence à un élément dépendant d'un tiers, le contrat pourra être annulé pour indétermination de l'objet si ce

tiers se révèle être le véritable maître de l'affaire, c'est-à-dire le cocontractant, qu'il soit débiteur ou créancier de la prestation<sup>1</sup>.

Quant à la cause du contrat, elle peut également donner lieu à une nullité en raison de son inexistence ou de son caractère illicite ou immoral lorsqu'elle est rattachée à la personne du maître de l'affaire : par exemple, une libéralité faite à une personne interposée dissimulant, en réalité, la concubine du disposant, et consentie dans le but de maintenir des relations hors mariage, est nulle pour cause immorale<sup>2</sup>. De même, un cautionnement donné par un tiers pour une dette fictive qui est censée exister entre l'emprunteur de nom et son prête-nom (choisi précisément en raison de son insolvabilité) pourrait être annulé pour cause inexistante. Il a également été décidé que la nullité d'une société à responsabilité limitée, même si le défaut de libération des apports avait été couvert par des versements ultérieurs, pouvait être prononcée pour cause illicite dans la mesure où les fondateurs avaient, en transformant aussitôt après sa constitution la SARL en société anonyme avec effet rétroactif, « voulu s'affranchir de l'accomplissement de toutes les formalités exigées par la loi pour assurer la pleine conscience, la réalité et la sincérité des engagements pris par les fondateurs d'une société anonyme »<sup>3</sup>

## **B. Les conséquences sur l'imputation des effets de l'acte**

574. Nous avons déjà observé que le principe de neutralisation ne devait pas être réduit à un principe de neutralité : en effet, il ne se contente pas de produire ses effets sur la validité de l'acte ; il vise aussi l'imputation des effets de cet acte (dans le cas où l'acte n'est pas nul). Ses conséquences sont donc multiples : elles peuvent être classées en trois catégories. D'une part, le principe de neutralisation permet l'établissement d'un lien de droit direct entre le maître de l'affaire et le tiers cocontractant (1) ; ensuite, il est susceptible de provoquer la mise en oeuvre d'une responsabilité personnelle du maître

---

<sup>1</sup> Rappelons toutefois que, depuis les célèbres arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 1<sup>er</sup> décembre 1995, l'indétermination du prix n'est plus une cause de nullité, sauf pour certains contrats (vente, bail, prêt à intérêt, rente viagère et assurance).

<sup>2</sup> Montpellier, 23 octobre 1984 : document Juris-Data n° 001409 (remise de fonds par un homme marié aux parents de sa maîtresse en vue de l'acquisition par ces derniers d'un terrain et de la construction d'une maison d'habitation où devait loger le couple illégitime).

<sup>3</sup> Com., 19 janvier 1970 : D. 1970.479, note G. POULAIN.

de l'affaire (2) ; enfin, il aboutit, dans certains cas, à la soumission du maître à un statut ou une règle obligatoires (3).

### 1. L'établissement d'un lien de droit

575. La convention conclue par la personne interposée crée un certain nombre de droits et d'obligations qui peuvent être mis personnellement à la charge ou au bénéfice du maître de l'affaire. La conséquence de la neutralisation consiste alors à établir le lien de droit résultant du contrat directement entre l'interposant et le tiers cocontractant. C'est ainsi qu'un grand nombre d'arrêts ont pu admettre la revendication, par le maître de l'affaire ou par ses ayants droit, de la propriété d'un bien qui avait été acquis par la personne interposée en son nom propre : par exemple, une épouse a pu revendiquer un immeuble acquis par un prête-nom de son mari en vue de le soustraire à la communauté de biens existant entre eux<sup>1</sup> ; de même, des héritiers ont pu revendiquer la propriété d'un appartement acquis par une société civile immobilière créée par le *de cujus* dans le seul dessein de soustraire cet immeuble à son éventuelle succession<sup>2</sup> ; un emprunteur de nom a également pu revendiquer à son profit un bien immobilier acquis ostensiblement par son prête-nom dans le but de dissimuler au tiers cocontractant l'identité du véritable acquéreur<sup>3</sup> ; enfin, la propriété de la moitié des parts d'une société coopérative donnant droit à l'attribution d'un pavillon a pu être revendiquée par le frère et beau-frère d'un couple qui s'en était porté ostensiblement acquéreur pour la totalité<sup>4</sup>. Il arrive donc assez fréquemment que la personne interposée soit récalcitrante à transférer au maître de l'affaire le bénéfice du contrat qu'elle a conclu pour lui, obligeant ce dernier à faire la preuve de la convention d'interposition de personne intervenue entre eux.

576. Dans d'autres cas, c'est un tiers intéressé qui tente d'établir que les biens détenus ostensiblement par la personne interposée appartiennent, en réalité, au maître de l'affaire et doivent être réintégré dans son patrimoine afin de pouvoir pratiquer ensuite

---

<sup>1</sup> Req., 26 juin 1883 : D. 1884.1.229 ; S. 1884.1.367.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 octobre 1971 : Bull. civ. I, n° 270, p. 228.

<sup>3</sup> Paris, 6 décembre 1989 : D. 1990.IR.2 ; RTD civ. 1990.268, obs. J. MESTRE.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janvier 1987 : pourvoi n° 85-13.014. Cf également : Soc., 17 juillet 1958 : Bull. civ. IV, n° 940, p. 706 (le locataire apparent d'un immeuble a pu démontrer qu'il en était le véritable propriétaire et qu'il n'avait donc pas à payer à son prête-nom les loyers et les charges correspondant au bail fictif).

une saisie. Il peut s'agir, par exemple, du directeur général des Impôts qui démontre que le patrimoine de deux sociétés à responsabilité limitée, créées par des contribuables qui n'avaient pas satisfait au paiement de leurs dettes d'impôts et se savaient exposés à des redressements fiscaux, appartient, en réalité, à ceux-ci<sup>1</sup> ; ou bien, d'une banque qui tente d'établir que trois lots d'un immeuble sis à Paris (avenue Montaigne) et apparemment acquis par une société dont le siège social est à Vaduz (Liechtenstein), appartiennent en fait à des personnes qui se sont portées caution d'un emprunt consenti à leur fils<sup>2</sup> ; ou encore, de l'ASSEDIC de Paris qui assigne l'un de ses débiteurs et une société de droit anglais dont il est le seul actionnaire afin de faire déclarer qu'un immeuble (sis rue de Courcelles à Paris) appartenant, en apparence, à la société est, en réalité, la propriété du débiteur qui en avait payé le prix (avec des fonds escroqués, par ailleurs), y avait vécu et s'était comporté comme le seul propriétaire, notamment en faisant exécuter des travaux d'aménagement<sup>3</sup> ; ou enfin, d'une ex-épouse qui, en vue de pouvoir faire inscrire sur un domaine agricole et forestier appartenant apparemment à une société civile immobilière une hypothèque légale relative à diverses créances qu'elle possède à l'encontre de son ex-mari, réussit à prouver la fictivité de la société et à faire réintégrer le domaine dans le patrimoine de son débiteur<sup>4</sup>.

577. Mais, indépendamment de l'attribution d'un droit de propriété au maître de l'affaire, le principe de neutralisation permet également de rendre ce dernier débiteur ou créancier en vertu du contrat conclu par la personne interposée. Ainsi, une garantie de passif signée par le cédant de parts sociales, non pas au profit du cessionnaire, mais au profit d'un tiers, et pour un montant exactement identique à celui du prix de la cession, a permis de considérer que cette cession s'était, en réalité, opérée par personne interposée et que la garantie de passif pouvait alors être mise en oeuvre au profit du cessionnaire

---

<sup>1</sup> Com., 2 juin 1987 : Bull. civ. IV, n° 132, p. 101 ; Rev. soc. 1987.629, note Y. GUYON.

<sup>2</sup> Paris, 11 juillet 1990 : D. 1991.33, note C. LARROUMET.

<sup>3</sup> Com., 21 février 1995 : pourvoi n° 93-12.786.

<sup>4</sup> Rouen, 6 juin 1973 : Gaz. Pal. 1973.2.910, note P. DELAISI ; RTD civ. 1974.166, obs. G. CORNU. Cf également : Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 février 1976 : Bull. civ. I, n° 64, p. 51 ; JCP 1976.IV.119 (le syndic d'une faillite qui a été étendue au PDG de la société peut saisir un immeuble acquis, en apparence, par la mère du PDG et léguée entre-temps à la fille de celui-ci, mais qui est, en réalité, sa propriété personnelle) - Com., 27 juin 1973 : Bull. civ. IV, n° 227, p. 204 (le syndic de la faillite d'un commerçant peut saisir un fonds de commerce de café appartenant, en apparence, au frère de ce commerçant et vendu entre-temps à des tiers de mauvaise foi).

réel en raison de l'apparition d'un passif supplémentaire<sup>1</sup>. De même, l'établissement de la qualité de simple prête-nom concernant l'exploitant d'un journal sportif qui dissimule en réalité un conseil juridique dont le statut interdit d'exercer une activité commerciale permet au premier, dans ses rapports avec le second, d'exiger qu'il le décharge de toutes les condamnations prononcées contre lui (paiement de factures diverses) dans la mesure où c'est le maître de l'affaire qui doit en être considéré comme le véritable débiteur<sup>2</sup>. Au contraire, l'attribution des effets du contrat au maître de l'affaire peut parfois aboutir à le "déstituer" d'une créance résultant de ce contrat (en raison de son comportement) et à priver ainsi la personne interposée du droit d'en réclamer le paiement au débiteur : par exemple, un agent immobilier, qui avait obtenu d'une cliente l'engagement de payer la commission à sa fille (parce qu'il était lui-même en liquidation des biens), et qui avait été ensuite, dans le cadre d'une condamnation pénale, privé de son droit à commission, dépossède *ipso facto* sa fille, en sa qualité de simple prête-nom, du droit d'en réclamer le paiement<sup>3</sup>.

578. La solution a également pu être appliquée dans l'hypothèse d'un gérant d'affaires ayant agi en son nom propre<sup>4</sup> : en l'espèce, un expert ayant constaté l'urgence de travaux de remise en état d'un mur fragilisé par des infiltrations d'eau commanda à une société la réalisation de ces travaux dans l'intérêt exclusif du propriétaire et de son voisin, mais sans avoir ostensiblement déclaré agir en qualité de gérant d'affaires. Or, bien qu'un arrêt définitif ait constaté l'utilité incontestable de l'opération pour les deux gérés, l'un d'eux refusait de remplir les engagements contractés par l'expert envers la société au motif que le gérant d'affaires avait agi en son nom propre : la cour d'appel,

---

<sup>1</sup> Com., 9 novembre 1993 : pourvoi n° 92-10.489. Cf également : Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 octobre 1959 : Bull. civ. I, n° 406, p. 336 (un prêt de 3 millions de francs avait été consenti à une société par un particulier (FALTER), mais la garantie personnelle accordée par le gérant de la société ne fut pas signée au profit du prêteur apparent, mais au profit d'un tiers (OPPENHEIM) pour un prêt d'un montant exactement identique et remboursable dans les mêmes conditions que ce tiers ne paraissait n'avoir jamais consenti. En réalité, ce tiers était le véritable prêteur et son prête-nom lui céda d'ailleurs ultérieurement la créance, mais cette cession était fictive puisque la créance appartenait, dès l'origine, à l'emprunteur de nom. La garantie était donc bien valable et son bénéficiaire, c'est-à-dire le véritable prêteur, pouvait l'invoquer à son profit).

<sup>2</sup> Com., 11 juillet 1988 (2<sup>e</sup> moyen) : Gaz. Pal. 1988.2.panor.269 (remarque : le Bulletin de la Cour de cassation n'a publié que le premier moyen). Cf également : Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 décembre 1962 : Bull. civ. I, n° 550, p. 465 (un contrat de bail dans lequel il apparaît que le locataire en nom n'est qu'un prête-nom du maître de l'affaire ne permet pas au bailleur, dès lors que sa mauvaise foi est établie, d'exiger du prête-nom le paiement des arriérés de loyers car seul l'emprunteur de nom est lié par ce contrat).

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juillet 1989 : pourvoi n° 87-10.338.

<sup>4</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1999 : pourvoi n° 98-11.742.

non censurée par la Cour de cassation, le condamna néanmoins au paiement de la dette contractée par le gérant d'affaires, mais dans son intérêt et pour son compte exclusif. Enfin, une solution analogue a été retenue dans une hypothèse où la personne interposée était un commissionnaire<sup>1</sup> : un accord de trafic avait été initialement établi entre un transporteur indépendant et une fromagerie. Or, le transporteur ayant ensuite cessé son activité apporta cet accord à une autre société de transport. Celle-ci, par une décision définitive de la Cour d'appel de Montpellier, avait été condamnée à payer au cédant (la première société de transport) une somme égale à 5 pour cent du prix des transports exécutés dans le cadre de cet accord de trafic, tant que durerait cet accord. C'est donc pour cesser de payer cette somme au cédant que le cessionnaire imagina de rompre fictivement ses relations avec la fromagerie et, par l'effet d'une collusion frauduleuse, de passer à un commissionnaire de transport le contrat de trafic en cause. La cour d'appel constata alors que le commissionnaire était, en fait, le gendre du cessionnaire et que le transport continuait à être assuré par des camions de celui-ci, de sorte que l'interposition du commissionnaire était indiscutable. Par conséquent, le contrat de trafic continuait à lier directement le maître de l'affaire à la fromagerie, l'obligeant ainsi à maintenir le paiement des 5 pour cent au profit du transporteur initial.

## **2. La mise en oeuvre d'une responsabilité**

579. Grâce au principe de la neutralisation, il est possible, en établissant qu'un acte matériellement accompli par une personne l'était, en réalité, pour le compte d'une autre, de faire supporter à cette dernière la responsabilité personnelle de cet acte, sur le plan civil (responsabilité contractuelle ou délictuelle) ou commercial (responsabilité des dettes d'une société sur les biens personnels du dirigeant), pénal ou disciplinaire. Ainsi, il a été jugé que la violation d'une clause de non-concurrence peut résulter d'opérations réalisées par des personnes étrangères au contrat, mais liées au cocontractant débiteur de telle manière qu'elles doivent être considérées comme des personnes interposées<sup>2</sup>. De

---

<sup>1</sup> Com., 2 juin 1975 : Bull. civ. IV, n° 151, p. 126. Cf également : Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1971 : Bull. civ. III, n° 595, p. 425 ; D. 1972.248 ; RTD civ. 1972.795, obs. G. CORNU (dans les relations entre la veuve de l'emprunteur de nom, en l'espèce un notaire, et les deux clercs qui avaient servi de prête-noms dans la constitution d'une société en nom collectif, seule la première, en sa qualité d'ayant cause du maître de l'affaire, est tenue des actes et des dettes de la société).

<sup>2</sup> Par exemple, dans le cadre d'un contrat d'exploitation d'un brevet d'invention qui contenait une interdiction, pour la société licenciée, de fabriquer ou de vendre des articles d'un genre analogue (Com.,



même, une cour d'appel a pu décider que le responsable d'une agence bancaire, qui s'était octroyé à lui-même des fonds à titre personnel par l'intermédiaire d'amis prête-noms en vue de dissimuler le montant de son endettement et de contourner le règlement de crédit relatif aux prêts aux collaborateurs qui exigeait une décision de la fédération, a commis une faute grave personnelle qui justifie son licenciement<sup>1</sup>. Quant à la société de transport de droit grec, qui avait artificiellement dissocié les différentes opérations liées à l'exploitation d'un navire entre plusieurs sociétés-écrans (en se présentant comme l'exploitant de ce navire, mais en attribuant la propriété de celui-ci à une autre société de droit panaméen, l'organisation de l'affrètement à une troisième et l'encaissement des coûts à une quatrième), elle a été déclarée contractuellement responsable du manquant dans la livraison d'une cargaison de fioul, alors même que l'absence d'en-tête concernant le transporteur sur le connaissement permet habituellement de présumer que c'est le propriétaire du navire qui est responsable de la marchandise : en effet, la cour d'appel avait jugé que la société panaméenne officiellement propriétaire n'était qu'une société de façade sans autonomie réelle<sup>2</sup>.

Par contre, la responsabilité contractuelle du maître de l'affaire ne peut pas, en principe, être engagée du simple fait du recours à la technique de l'interposition de personne sans que le comportement de la personne interposée ne constitue, en soi, un manquement aux obligations résultant du contrat. Par exemple, le fait, pour un salarié, d'acquérir un véhicule automobile d'occasion appartenant à son employeur et de l'avoir dissimulé à ce dernier en usant de prête-noms, ne constitue pas une faute grave susceptible de justifier son licenciement puisque rien ne lui interdisait de se porter

---

15 juillet 1965 : Bull. civ. III, n° 437, p. 397. Cf également Paris, 17 janvier 1989 : D. 1989.IR.52), ou bien dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce de vente de disques comprenant une clause de non-rétablissement (Com., 19 janvier 1965 : Bull. civ. III, n° 55, p. 45), ou encore dans le cadre d'un contrat de travail liant une société et un VRP multicartes par lequel la société aurait accordé à son salarié une « exclusivité de fait » dans son secteur, de sorte que la violation de cette exclusivité par une société-écran permet au salarié de prendre acte de la rupture du contrat de travail par son employeur (Soc., 12 mai 1993 : pourvoi n° 89-42.519), ou enfin dans le cadre du contrat liant les compagnies d'assurance à leurs agents généraux dont le statut, homologué par le décret du 5 mars 1949, prévoit une interdiction, pour ces derniers, d'exercer une activité concurrente à l'issue du contrat (retraite, démission, etc.) sous peine de perdre le bénéfice de l'indemnité compensatrice à laquelle ils ont droit (Civ. 1<sup>ère</sup>, 15 décembre 1993 : pourvoi n° 92-14.492 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1993 : pourvoi n° 91-15.618 - Paris, 8 décembre 1989 : document Juris-Data n° 026055).

<sup>1</sup> Orléans, 20 juin 1996 : document Juris-Data n° 045432.

<sup>2</sup> Com., 28 novembre 1989 : pourvoi n° 88-16.082.

acquéreur à titre personnel, le recours à l'interposition de personne n'ayant eu pour objectif que la recherche d'une certaine discrétion<sup>1</sup>.

580. S'agissant de la responsabilité délictuelle personnelle du maître de l'affaire pour des faits commis par la personne interposée, il nous suffit de rappeler que c'est la solution qui résulte de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, tel que nous l'avons précédemment analysé, puisque ce texte permet d'engager la responsabilité personnelle du commettant pour des faits commis par son préposé<sup>2</sup>. Quelques arrêts ont également admis la condamnation pour concurrence déloyale, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, de commerçants qui, sans avoir accompli aucun acte de concurrence à titre personnel, étaient néanmoins les véritables animateurs de sociétés concurrentes dont la direction était confiée à des prête-noms<sup>3</sup>. La responsabilité "commerciale" du maître de l'affaire peut également être engagée par une imputation économique des conséquences des activités d'une société-écran sous la forme d'une extension de dettes ou de faillite : par exemple, l'action en comblement de passif permet de faire supporter au dirigeant de droit ou de fait (maître de l'affaire) ayant commis une faute de gestion tout ou partie des dettes de la société en liquidation judiciaire (article L. 624-3 du Code de commerce)<sup>4</sup>. L'extension personnelle, au maître de l'affaire, de la liquidation judiciaire d'une société de façade peut également résulter de la réalisation par celui-ci de l'un des actes prévus par les 7 alinéas de l'article L. 624-5 du Code de commerce (ou l'ancien article 106 de la loi du 13 juillet 1967)<sup>5</sup>. Enfin, une extension de la faillite d'un commerçant individuel peut être prononcée à l'encontre du maître de l'affaire qui se dissimulerait derrière lui<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Soc., 20 octobre 1999 : pourvoi n° 97-41.106.

<sup>2</sup> Cf *supra*, n° 369.

<sup>3</sup> T. Com. Paris, 8 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.77, note J. J. PLOQUIN (condamnation d'un chirurgien-dentiste qui commercialisait, sous le couvert d'une société de façade ayant pour dirigeants et associés son épouse et son beau-père, des prothèses dentaires à ses confrères réalisant ainsi une concurrence déloyale à l'égard de l'ensemble de la profession de prothésiste dentaire) - Lyon, 3 février 1982 : document Juris-Data n° 041414 (un ancien employé a créé et dirigé, sous le nom de sa femme, une entreprise concurrente de son ex-employeur, comportement qui a été sanctionné sur le fondement de la responsabilité délictuelle à défaut d'une obligation contractuelle de non-concurrence).

<sup>4</sup> Paris, 15 janvier 1999 : Bull. Joly 1999.627, note B. SAINTOURENS - Com., 25 janvier 1994 : pourvoi n° 91-20.007 - Com., 19 octobre 1993 : pourvoi n° 91-14.040.

<sup>5</sup> Rouen, 8 juillet 1982 : document Juris-Data n° 042274 - Com., 29 janvier 1968 : Bull. civ. IV, n° 42, p. 33 - Com., 30 octobre 1967 : Bull. civ. III, n° 346, p. 329.

<sup>6</sup> Com., 17 octobre 1989 : Bull. civ. IV, n° 252, p. 169 ; Bull. Joly 1989.999 ; Gaz. Pal. 1990.1.panor.44 - Com., 17 mars 1969 : Bull. civ. III, n° 98, p. 98.

581. Sur la base du principe de la neutralisation, le maître de l'affaire n'échappe pas davantage à la mise en oeuvre de sa responsabilité pénale individuelle pour des actes commis par la personne interposée. Nous en avons déjà énoncé le principe dans notre démonstration relative à la responsabilité pénale des personnes morales du fait des actes accomplis par leurs dirigeants, ainsi que pour les infractions à propos desquelles le législateur a expressément prévu l'hypothèse de l'interposition de personne<sup>1</sup>. Mais, cette attribution au maître de l'affaire de la responsabilité pénale d'infractions matériellement réalisées par d'autres personnes existe aussi en jurisprudence indépendamment de tout fondement textuel<sup>2</sup>. Notons toutefois que ce même principe peut également produire des effets bénéfiques, dans certains cas, en évitant une condamnation pénale du maître de l'affaire : ainsi, l'exploitant réel d'un commerce, qui fait appel à un prête-nom pour ne pas apparaître personnellement comme dirigeant, et qui se fait ensuite consentir par ce dernier un mandat général lui permettant de gérer directement ses propres affaires, ne peut pas être condamné pour abus de confiance envers son mandant apparent puisqu'il n'a aucun compte à lui rendre. Enfin, la neutralisation permet également la mise en oeuvre de la responsabilité disciplinaire personnelle du maître de l'affaire en raison des actes accomplis par l'interposé<sup>3</sup>.

### 3. La soumission à un statut ou une règle obligatoires

582. Pour terminer, nous pouvons également constater que la prise en compte de la personne du maître de l'affaire, grâce au principe de la neutralisation, permet parfois

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 363.

<sup>2</sup> Crim., 8 décembre 1999 : D. aff. 2001.1091, note D. COHEN (acquisition irrégulière d'actif d'une société en liquidation judiciaire au profit du liquidateur par l'interposition de sa tante) - Crim., 1<sup>er</sup> février 1994 : pourvoi n° 93-81.359 (exercice par un chômeur d'une activité commerciale par l'intermédiaire de prête-noms afin de continuer à percevoir les allocations de chômage) - Crim., 5 mai 1993 : pourvoi n° 92-85.236 (condamnation d'un propriétaire pour construction illégale en méconnaissance d'un permis de construire par l'intermédiaire de son locataire interposé) - Crim., 29 janvier 1980 : Bull. crim., n° 36, p. 84 (exercice d'une activité commerciale par un étranger non-titulaire de la carte de commerçant au moyen de l'interposition de sociétés dont les gérants nominaux n'étaient que des prête-noms), etc.

<sup>3</sup> Crim., 3 novembre 1994 : Bull. crim., n° 350, p. 854 (rejet d'une requête en réhabilitation judiciaire d'un notaire destitué au motif qu'il a assumé, sous le couvert de son épouse, la direction de fait d'une société en dépit de l'interdiction résultant de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 30 août 1947) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 avril 1989 : pourvoi n° 86-17.873 (exercice par un avocat d'une activité commerciale sous couvert de deux hommes de paille) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 mai 1961 : Bull. civ. I, n° 235, p. 186 (acquisition par un notaire d'un terrain qu'il était chargé de vendre sous couvert d'une société de façade constituée avec le concours de ses clercs, suivie d'une revente de ce terrain par la société à l'épouse du notaire et à des conditions avantageuses).

de lui appliquer un statut particulier ou une règle obligatoire. Par exemple, la détention de parts d'une SARL par des prête-noms a souvent pour but de conférer, en apparence, au gérant, maître de l'affaire, la qualité de gérant minoritaire, ce qui tend à lui permettre d'obtenir une affiliation au régime général de la sécurité sociale (article L. 311-3 du Code de la sécurité sociale), ainsi que, du moins jusqu'à la loi de finances de 1997, le bénéfice de la déduction forfaitaire fiscale de 10 % et l'abattement de 20 % dans le calcul de l'impôt sur le revenu (ancien article 211, I alinéa 4 du Code général des impôts). Dès lors, la neutralisation de l'interposition de personne aura pour conséquence de lui dénier cette fausse qualité<sup>1</sup>. De même, il a été jugé qu'une société commerciale dont le capital est majoritairement détenu par un organisme mutualiste dont elle est une émanation sans autonomie réelle doit être soumise aux restrictions imposées par le Code de la mutualité, notamment le but non lucratif de ses activités et l'interdiction de vendre ses produits à des personnes autres que les membres mutualistes<sup>2</sup>.

583. La soumission à une règle fiscale particulière peut également résulter de la neutralisation. Par exemple, l'administration fiscale peut invoquer, au décès du maître de l'affaire, la réintégration dans l'assiette de l'impôt sur les successions des biens détenus pour lui par des prête-noms<sup>3</sup>. De même, pour la prise en considération des éléments de train de vie d'un contribuable énumérés par l'article 168 du Code général des impôts en vue de l'évaluation forfaitaire minimale de son revenu imposable, il est possible d'intégrer les résidences secondaires, bateaux de plaisance, voitures de forte puissance et autres éléments détenus par l'intermédiaire d'une personne interposée<sup>4</sup>. Ces exemples pourraient d'ailleurs se multiplier, en matière fiscale, pour tous les textes qui supposent la prise en compte de biens détenus par le contribuable ou de revenus perçus par lui. La jurisprudence a aussi admis que l'assiette des cotisations de sécurité sociale doit porter sur tous les salaires et primes versés aux salariés, y compris ceux versés indirectement par l'intermédiaire d'une association interposée<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Soc., 22 janvier 1993 : pourvoi n° 90-11.859 - Soc., 22 mars 1990 : pourvoi n° 87-16.376 - Soc., 12 mars 1970 : Bull. civ. V, n° 195, p. 153. Cf Maurice COZIAN, « Les mille et une tricheries des faux gérants minoritaires de S.A.R.L. », Gaz. Pal. 1986.I.doctr.140.

<sup>2</sup> Douai, 30 janvier 1995 : document Juris-Data n° 046110.

<sup>3</sup> Com., 9 octobre 1985 : pourvoi n° 83-17.150.

<sup>4</sup> CE, 17 mars 1993 : requête n° 74.966 (SCHAAR).

<sup>5</sup> Soc., 22 novembre 1990 : pourvoi n° 87-19.338 (versement de primes de fins d'année par la ville de Martigues à son personnel auxiliaire par l'intermédiaire d'un "comité social du personnel communal").

584. Enfin, plusieurs arrêts ont été rendus à propos de l'application du statut des baux commerciaux à des locataires qui, sous couvert de plusieurs prête-noms concluant successivement des baux dérogatoires de courte durée, restaient, en réalité, dans les lieux jusqu'à ce que le bailleur les assignent en expulsion : le plus souvent, ce montage juridique est mis en place à la demande et dans l'intérêt du bailleur (tiers cocontractant) puisqu'il lui permet de faire échec à l'application de ce statut protecteur des intérêts de son locataire (le renouvellement du bail doit être d'une durée minimale de neuf années). Ce dernier devient alors la victime "consentante" de cette fraude à la loi : il accepte que le bail ne soit pas officiellement renouvelé à son nom, mais qu'il soit remplacé par un nouveau bail dérogatoire au profit d'un tiers qui est, en réalité, son prête-nom. Il est donc en droit, par application du principe de la neutralisation, de réclamer le bénéfice de ce statut pour s'opposer à son expulsion<sup>1</sup>. Mais, la neutralisation peut, une fois de plus, conduire à la solution exactement inverse : en effet, s'il est établi que, derrière tous les locataires prête-noms, se cache un véritable locataire qui, à titre personnel, ne répond pas à la condition principale nécessaire pour bénéficier de ce statut, à savoir la qualité de commerçant ou d'artisan, il n'est pas question que l'interposition de personne lui permette alors d'en bénéficier<sup>2</sup>. C'est donc bien une parfaite neutralisation qui résulte de cette jurisprudence.

Mais, il peut également arriver que le recours à des prête-noms soit le fait personnel du locataire qui souhaite rester en place à l'insu du bailleur<sup>3</sup> : dans ce cas, la bonne foi de ce dernier lui permet de s'opposer à l'application du statut des baux commerciaux à son encontre, malgré la mise en évidence de l'interposition de personne. En effet, il bénéficie, à son tour, d'un argument juridique (la théorie de la simulation) que l'on peut rattacher au deuxième effet du régime de l'interposition de personne : les sanctions spéciales.

---

<sup>1</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 février 1994 : pourvoi n° 91-21.907 ; Loyers et copropriété 1994.155 - Civ. 3<sup>e</sup>, 23 octobre 1984 : pourvoi n° 82-16.489.

<sup>2</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 novembre 1995 : pourvoi n° 93-20.587.

<sup>3</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 12 janvier 1994 : pourvoi n° 91-22.366 (à l'issue d'un bail consenti à une société pour une courte durée, la propriétaire avait notifié au locataire une sommation de déguerpir, puis le local avait été loué à une autre société sans que la baillesse sache qu'il s'agissait d'une société prête-nom).



## SECTION 2 : LES SANCTIONS SPÉCIALES

585. L'intérêt essentiel de démontrer l'existence d'une interposition de personne dans la réalisation d'un acte est, comme nous venons de le voir, de mettre directement en cause le maître de l'affaire. Le droit positif apporte ainsi une réponse satisfaisante à la problématique qui lui est posée par le recours à cette technique : elle est neutralisée. Mais, cette première conséquence devait être complétée, dans certaines circonstances, par des sanctions spécifiques à l'encontre de ceux qui participent à la mascarade dans un but illégitime, ou du moins de manière imprudente, et le plus souvent au détriment de tiers plus ou moins "innocents", ou au détriment du respect dû à la loi. Même dans les cas où l'utilisation de l'interposition de personne n'est pas frauduleuse (au sens large), il reste incontestablement utile d'établir, en cas de conflit, une certaine hiérarchie entre les auteurs et complices d'une part, et les victimes, d'autre part. C'est pourquoi, à la simple "indélicatesse" qui résulte du mensonge ou de la dissimulation volontaire de certaines informations à des tiers qui auraient pu tirer profit de la connaissance de ces éléments cachés, la sanction qui paraît la plus adaptée est, sans aucun doute, l'inopposabilité de la neutralisation (§ 1). Mais, il a également paru utile au législateur, dans certains cas, de condamner plus sévèrement le recours à la technique de l'interposition de personne en édictant un certain nombre de sanctions ponctuelles (§ 2).

## § 1 : L'inopposabilité de la neutralisation

586. Le moyen le plus habile de sanctionner les auteurs d'une interposition de personne est de permettre aux tiers victimes d'invoquer le principe de la neutralisation à leur profit, si tel est leur intérêt, mais sans qu'il leur soit opposable si, au contraire, le maintien des conséquences juridiques résultant de la situation formelle (action en nom propre) leur paraît préférable. Or, il existe deux fondements, d'importance inégale, qui peuvent justifier une telle inopposabilité : la théorie de la simulation (A), qu'il nous faut à nouveau évoquer, mais cette fois-ci, sous l'angle de l'inopposabilité de la réalité aux tiers de bonne foi, et éventuellement, la maxime *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (B).

### A. L'inopposabilité résultant de la théorie de la simulation

587. Il est incontestable que la théorie de la simulation constitue une source d'inopposabilité de la situation réelle à l'égard des tiers de bonne foi, et qu'elle leur permet donc de tenir la personne interposée comme l'auteur réel de l'acte et comme le



véritable sujet d'imputation de ses conséquences. Mais, cette théorie n'est-elle pas une simple application de la théorie générale de l'apparence ? En effet, nous avons tenté de le démontrer dans nos développements précédents. Or, celle-ci n'est pas, à proprement parler, une "sanction" puisqu'elle vise principalement à assurer un objectif de « sécurité dynamique ». La théorie de l'apparence peut parfaitement jouer à l'encontre du véritable titulaire du droit, même lorsque son attitude est irréprochable<sup>1</sup>. Toutefois, nous avons constaté que la théorie de la simulation était une application particulière de la théorie générale de l'apparence, qui s'en distingue par le caractère volontaire de la divergence créée entre l'apparence et la réalité : il en résultait une sévérité accrue à l'encontre des simulateurs et des complices, dans la mesure où la mise en oeuvre de l'inopposabilité n'était pas subordonnée à l'existence d'une « erreur commune » ou « invincible », mais simplement de l'« erreur légitime » ou « excusable » du tiers<sup>2</sup>. Il s'agit donc bien d'une sanction prévue à l'encontre de tous ceux qui ont participé (activement ou passivement par leur silence complice) à un mensonge.

588. C'est pourquoi, dans les conflits opposant les tiers de bonne foi au maître de l'affaire ou au prête-nom, les tiers disposent d'une option : ils peuvent, au gré de leur intérêt, choisir de privilégier la situation réelle (le cas échéant, en la prouvant par une « action en déclaration de simulation »), c'est-à-dire l'imputation juridique de l'acte au maître de l'affaire, ou au contraire, la situation apparente (en invoquant l'inopposabilité de la situation réelle), c'est-à-dire le maintien du prête-nom dans sa qualité apparente de sujet d'imputation. C'est grâce à cette option que le fisc, par exemple, peut exiger de percevoir un double droit de mutation en cas d'acquisition d'un bien par prête-nom : d'abord, à l'occasion de l'acquisition initiale du bien par la personne interposée, puis au moment de la rétrocession fictive au maître de l'affaire. D'ailleurs, la jurisprudence a accepté de considérer qu'un jugement déclarant que l'acquéreur n'était qu'un prête-nom et que le droit de propriété avait été directement fixé sur la tête du maître de l'affaire peut être interprété par le fisc comme opérant un second transfert de propriété soumis à

---

<sup>1</sup> « Attendu que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reproché » (Ass. plén., 13 décembre 1962 : D. 1963.277, note J. CALAIS-AULOY ; JCP 1963.II.13105, note P. ESMEIN ; RTD civ. 1963.572, obs. G. CORNU ; RTD com. 1963.333, obs. R. HOUIN).

<sup>2</sup> Cf *supra*, n° 466.

imposition au même titre qu'une rétrocession volontaire<sup>1</sup>. Le fisc peut également, en cas de décès du prête-nom, inclure le bien acquis ostensiblement par lui dans sa succession, même si sa qualité de simple mandataire est ultérieurement établie<sup>2</sup> (établissement qui donne lieu d'ailleurs à un nouveau droit de mutation).

589. De même, lorsqu'un droit réel (par exemple, une hypothèque) est consenti par le prête-nom, propriétaire apparent, à un créancier de bonne foi, il est opposable au propriétaire réel (le maître de l'affaire), même si ce dernier établit que le prête-nom n'avait pas reçu le pouvoir d'accorder un tel droit à un tiers<sup>3</sup>. La solution est identique en cas de cession du bien par le prête-nom à des sous-acquéreurs de bonne foi<sup>4</sup>. Les créanciers du prête-nom peuvent aussi saisir tous les biens qui se trouvent dans son patrimoine, y compris ceux qu'il détient en sa qualité de prête-nom<sup>5</sup>. Les tiers peuvent également s'opposer à la mise en oeuvre d'une nullité ou à l'application d'un statut particulier : ainsi, lorsque les locataires successifs d'un immeuble à usage commercial, loué sous la forme de baux dérogatoires à courte durée, ne sont que des prête-noms du locataire initial qui avait voulu, par ce moyen, contourner le refus du bailleur de renouveler le bail initial à son profit, la déclaration de simulation ne permet pas au maître de l'affaire de réclamer le bénéfice du statut des baux commerciaux, dès lors que le bailleur avait été trompé par cette simulation<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Req. 10 février 1936 : DH 1936.162 ; DP 1937.1.92 ; Gaz. Pal. 1936.1.561 - C. Cass., 7 février 1838 : S. 1838.1.237

<sup>2</sup> Civ., 11 avril 1877 : S. 1877.1.225

<sup>3</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1959 : Bull. civ. I, n° 201, p. 169 ; JCP 1959.II.11146, note E. BECQUÉ - Req., 20 juillet 1910 : D. 1910.1.392 ; S. 1915.1.74 - Req., 22 février 1869 : S. 1869.1.184 - Civ., 30 mars 1836 : S. 1836.1.506 - Nîmes, 14 avril 1812 : S. 1791-1830, 4<sup>e</sup> volume : 1812-1814.2.82.

<sup>4</sup> Aix, 14 mai 1992 : JCP 1993.IV.287 ; RTD civ. 1993.124 (des religieuses avaient souscrit des actions d'une société anonyme exploitant une clinique qui portait le nom de leur congrégation, puis les avaient cédées à un tiers. La congrégation se prétendait véritable propriétaire, mais cette prétention fut écartée en raison de l'inopposabilité « des rapports de fait ou de droit canonique pouvant exister entre celles-ci et la congrégation ») - Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 juin 1966 : Bull. civ. I, n° 362, p. 278 (le prête-nom, un associé minoritaire d'une société civile, avait convaincu, par suite de manoeuvres frauduleuses, l'associé majoritaire de lui céder fictivement ses parts sociales afin, prétendait-il, de lui faciliter la gestion de la société. Mais, lorsqu'il fut en possession des parts litigieuses, il les céda à des tiers : ces derniers étant de bonne foi, ils pouvaient invoquer l'apparence pour conserver la propriété des parts) - Req., 25 avril 1826 : S. 1791-1830, 8<sup>e</sup> volume : 1825-1827.1.326

<sup>5</sup> Caen, 17 mai 1873 : S. 1874.2.46 - Civ., 16 décembre 1840 : S. 1841.1.167.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 janvier 1994 : pourvoi n° 91-22.366.

590. C'est également à l'encontre de la personne interposée que les tiers de bonne foi peuvent invoquer l'apparence : par exemple, la personne qui a demandé une ouverture de crédit à une banque ne peut se soustraire à ses obligations en invoquant le fait qu'elle n'est qu'un prête-nom<sup>1</sup>. Les souscripteurs d'actions d'une société anonyme sont tenus de libérer leurs apports même s'il est établi qu'ils n'ont agi qu'en qualité de prête-noms d'un autre actionnaire<sup>2</sup>. Le mandataire qui traite en son nom propre avec un tiers est personnellement débiteur des obligations résultant du contrat puisque sa qualité secrète de mandataire est opposable au cocontractant de bonne foi<sup>3</sup>. L'inexécution de ces obligations entraînera d'ailleurs la condamnation du prête-nom à verser au tiers des dommages et intérêts sur la base de sa responsabilité contractuelle. Le prête-nom ne pourra pas davantage échapper au paiement d'un impôt en établissant qu'il n'est pas le véritable propriétaire d'un bien ou le véritable bénéficiaire d'une opération. Les tiers de bonne foi peuvent donc ne retenir que la forme de son action (en son nom propre), sans avoir à se préoccuper, ni de sa motivation réelle (pour le compte d'autrui), ni de sa qualité juridique réelle (mandataire représentant). Il faut cependant que celui qui prétend invoquer l'apparence à son profit n'ait pas déjà précédemment exercé son droit d'option en faveur de la réalité<sup>4</sup>, car son choix est indivisible et définitif.

591. Lorsqu'une personne est subrogée dans les droits d'un tiers de bonne foi, elle bénéficie également de l'option, sauf à respecter éventuellement le choix qui aurait été effectué avant la subrogation par le subrogeant : c'est ce qui résulte d'un arrêt du 31 janvier 1989<sup>5</sup>. En l'espèce, les faits étaient assez complexes : une ancienne salariée, qui était débitrice d'une somme de 175 000 francs envers son ex-employeur, s'était portée adjudicataire d'un immeuble par l'intermédiaire de sa soeur (Mme Elsa BONALDO) afin de faire échapper son acquisition au droit de gage de son créancier. Ce dernier assigna évidemment les deux soeurs en vue de faire reconnaître sa créance et d'établir la qualité de simple prête-nom de la soeur propriétaire apparente de l'immeuble afin de pouvoir, le

---

<sup>1</sup> Versailles, 21 janvier 1993 : document Juris-Data n° 040228.

<sup>2</sup> Nancy, 25 novembre 1988 : Bull. Joly 1989.885 - Toulouse, 18 janvier 1887 : DP 1887.2.131.

<sup>3</sup> Com., 31 mars 1981 : Bull. civ. IV, n° 168, p. 133 ; JCP 1981.IV.221 - Civ. 3<sup>e</sup>, 17 octobre 1972 : Bull. civ. III, n° 528, p. 384 - Req., 3 mai 1893 : D. 1893.1.567 - Req., 11 mars 1890 : DP 1893.1.369 ; S. 1890.1.208 - Req., 3 mai 1887 : S. 1890.1.303.

<sup>4</sup> Com., 5 décembre 1995 : pourvoi n° 94-12.158.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 31 janvier 1989 : Bull. civ. I, n° 52, p. 34 ; RTD civ. 1989.544.

cas échéant, procéder à une saisie immobilière. Cependant, au cours du procès, Elsa BONALDO vendit l'immeuble aux époux BIGNEBAT : ces derniers ignoraient l'existence du litige à cause de la faute de leur notaire qui n'avait pas requis de la conservation des hypothèques tous les renseignements nécessaires. Par un arrêt définitif qui reconnaissait l'existence de la convention de prête-nom, le créancier fut autorisé à saisir le bien sans avoir à se préoccuper des droits des époux sous-acquéreurs car la vente lui était déclarée inopposable. C'est dans ce contexte que l'assureur du notaire décida de prendre à sa charge l'intégralité des difficultés résultant de cette situation complexe : il paya d'abord la créance de l'employeur et se fit subroger dans tous ses droits contre son ex-employée, notamment le droit de saisir l'immeuble ; il remboursa également aux époux BIGNEBAT le prix d'acquisition du bien dont ils venaient d'être dépouillés et se fit aussi subroger dans leurs droits et actions.

Le litige qui nous intéresse opposait alors l'assureur-subrogé à Elsa BONALDO : en effet, il lui réclamait le remboursement du prix payé par les époux BIGNEBAT. Elle prétendait alors ne pas être débitrice de cette somme puisque l'arrêt précédent avait reconnu qu'elle n'était qu'un simple prête-nom : la véritable venderesse était donc sa soeur à laquelle la somme devait être réclamée. L'assureur invoqua alors le droit d'option dont bénéficie les tiers de bonne foi et fit constater que, dans la procédure initiale, les époux BIGNEBAT s'étaient prévalus de l'acte apparent, de sorte qu'il était lui-même en droit de s'en prévaloir. Sa demande fut admise par la cour d'appel, dont l'arrêt ne fut pas censuré par la Cour de cassation. Ce qui est cependant original, dans cette affaire, c'est que l'assureur était subrogé, en même temps, dans les droits des sous-acquéreurs qui avaient précédemment invoqué l'apparence, et dans ceux de l'employeur qui avait invoqué la simulation.

592. Néanmoins, le droit d'option qui permet d'invoquer l'inopposabilité de la situation réelle n'est offerte qu'aux seuls tiers de bonne foi. Il n'est évidemment pas accordé au maître de l'affaire ou au prête-nom dans leurs relations réciproques ou dans leurs relations avec les tiers. Mais, il est également refusé aux tiers de mauvaise foi qui doivent donc subir les conséquences de l'« action en déclaration de simulation ». Nous avons cependant constaté qu'il existait une controverse sur la notion de tiers de bonne

foi en matière d'interposition de personne<sup>1</sup>. En effet, contrairement au droit commun de la simulation qui définit le tiers de bonne foi comme celui qui a légitimement cru à la situation apparente et qui ignorait la vérité, une partie importante de la doctrine actuelle considère que, dans le domaine du prête-nom, seuls les tiers qui ont participé activement à la simulation doivent être exclus du bénéfice de l'option, tandis que ceux qui n'ont pas participé peuvent invoquer l'apparence à leur profit, alors même qu'ils avaient eu une parfaite connaissance de la réalité. Nous renvoyons donc le lecteur aux développements consacrés à cette position contestable que la doctrine a prétendu déduire de son analyse de la jurisprudence, et qui, par un curieux phénomène d'influences réciproques, a fini par être effectivement consacrée par un arrêt de la Cour de cassation. Quoiqu'il en soit, avant cette consécration, de nombreux arrêts avaient fait application du critère du droit commun de la simulation : seuls les tiers qui ignoraient la réalité pouvaient s'opposer aux conséquences juridiques qui en résulte en invoquant à leur profit le maintien de la situation apparente.

593. Enfin, il est admis depuis longtemps que, en cas de conflit entre tiers de bonne foi, c'est celui qui invoque l'apparence qui doit l'emporter sur celui qui invoque la réalité. Mais, cette solution ne correspond pas véritablement à une application de la théorie de la simulation : elle résulte de la théorie "pure" de l'apparence. En effet, ce n'est pas à titre de sanction à l'encontre de celui qui invoque la réalité que celle-ci est déclarée inopposable à l'autre partie au litige : il s'agit seulement de trancher entre deux intérêts aussi légitimes l'un que l'autre. C'est donc une application directe de l'adage *Error communis facit jus*. Il doit en résulter, à notre avis<sup>2</sup>, que le tiers de bonne foi qui invoque l'apparence ne pourra l'emporter que s'il a commis une « erreur commune ou invincible », du moins dans les domaines où elle est habituellement exigée (notamment en matière immobilière, où les règles de la publicité foncière donnent un critère de distinction évident entre l'erreur commune et l'erreur individuelle). Au contraire, si le tiers de bonne foi n'est qu'une victime isolée de l'apparence trompeuse, il ne pourra pas invoquer l'inopposabilité de la réalité. Cette opinion est confortée par l'arrêt de la Cour de cassation qui a posé, pour la première fois, le principe de la préférence en faveur de

---

<sup>1</sup> Cf *supra*, n° 204.

<sup>2</sup> Cf *supra*, note 1, sous n° 466.

l'apparence : « les juges du fond ont pu donner la préférence au droit du créancier hypothécaire, en considération de l'erreur que la force invincible des apparences avait provoquée »<sup>1</sup>. Toutefois, un arrêt plus récent du 22 février 1983 est parfois présenté par la doctrine comme ayant repoussé cette distinction, de sorte qu'un tiers de bonne foi qui s'oppose à un autre tiers de bonne foi n'aurait pas à prouver l'« erreur commune » pour pouvoir invoquer l'apparence<sup>2</sup>.

594. En l'espèce, un domaine forestier avait été acquis par trois personnes dont deux étaient des prête-noms du troisième (dans le but, semble-t-il, de ne pas exciter la jalousie des trois soeurs du maître de l'affaire à l'égard de sa situation financière qui était plus prospère que la leur). L'un des prête-noms était la mère de l'emprunteur de nom et de ses trois soeurs, de sorte qu'au décès de leur père commun, ces dernières réclamèrent la prise en compte de la part indivise de la mère dans le domaine forestier et son intégration dans la communauté des biens ayant existé entre elle et son mari défunt. Le frère s'y opposa en démontrant qu'il était le véritable propriétaire de la totalité du bien. Le litige opposant des tiers de bonne foi (les héritières du mari) à l'emprunteur de nom, l'inopposabilité de la convention de prête-nom fut retenue par la cour d'appel au détriment de ce dernier. Mais, dans son pourvoi, le maître de l'affaire fit valoir qu'il existerait une divergence entre la position respective des trois soeurs, deux d'entre elles ayant soi-disant opté pour la situation réelle, et la troisième pour la situation apparente, de sorte qu'un tel conflit entre tiers de bonne foi ne pouvait se régler au profit de l'apparence que si la troisième soeur démontrait son erreur invincible. La Cour de cassation rejeta alors le moyen en constatant qu'il n'y avait pas de désaccord entre les soeurs et que, de toute manière, la théorie de la simulation ne permet pas à des tiers d'opposer la contre-lettre à d'autres tiers, « dès lors, du moins, que ceux-ci sont de bonne foi ».

595. C'est l'absence de référence à l'erreur commune qui fut interprétée comme l'abandon de cette exigence dans le cas de conflit entre tiers. Mais, il convient de faire

---

<sup>1</sup> Civ., 25 avril 1939 : DP 1940.1.12 ; Gaz. Pal. 1939.2.57 ; RTD civ. 1939.790 (suite à l'anéantissement d'une donation immobilière faite par un *de cuius* à sa fille, le conflit opposait l'héritier qui avait obtenu l'annulation de cette libéralité à un créancier qui, entre-temps, avait obtenu de la donataire apparente une hypothèque sur le bien).

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 1983 : Bull. civ. I, n° 71, p. 62 ; JCP 1985.II.20359, note J. P. VERSCHAVE.

plusieurs remarques : d'abord, on peut s'interroger sur la portée d'un principe énoncé incidemment dans une affaire où il n'est pas applicable (pas de désaccord réel). Ensuite, nous observerons que la « bonne foi » exigée par la Cour de cassation s'oppose à l'« erreur invincible » que le demandeur au pourvoi prétendait exiger. Or, entre les deux notions, il existe celle d'erreur commune qui, en matière de convention de prête-nom, est généralement indissociable de la bonne foi, puisque la convention de prête-nom est, en principe, totalement secrète : la question ne se poserait alors que dans l'hypothèse exceptionnelle où la qualité réelle du prête-nom serait concrètement connue de tous ... sauf du tiers qui invoque l'apparence. Par conséquent, même en cas de conflit entre les trois soeurs, celle qui invoquerait l'apparence l'emporterait car l'erreur n'était peut-être pas invincible, mais elle était, en tout cas, commune (publicité foncière). Enfin, il nous paraît important de noter que le problème, dans cette hypothèse, n'aurait pas été un éventuel conflit opposant les trois tiers de bonne foi entre eux, mais un conflit opposant les héritiers d'un tiers de bonne foi à l'auteur de la simulation, la difficulté résultant seulement de l'absence d'unité dans la position des héritiers : dans ce cas, il est normal de retenir la simple bonne foi puisque c'est l'intérêt de l'auteur de la simulation qui est en conflit avec l'intérêt des tiers victimes. Si les deux soeurs prétendent « dissidentes » avaient voulu respecter la réalité, elles se seraient contentées de ne pas réclamer leur part, sans préjudice, pour la troisième, de son droit à invoquer l'apparence.

C'est donc la particularité de la situation qui justifie l'absence de référence à l'erreur commune. Mais, il ne faut pas, à notre avis, en déduire des conséquences pour l'hypothèse du véritable conflit entre tiers de bonne foi. En effet, dans cette dernière hypothèse, c'est bien la théorie « pure » de l'apparence qui justifie l'inopposabilité de la situation réelle, et non la sanction résultant de la théorie de la simulation. Pour confirmer notre position, nous observerons d'ailleurs que, dans l'affaire BIGNEBAT précédemment évoquée (qui est plus récente que l'arrêt du 22 février 1983), le conflit initial entre les tiers (l'employeur-créancier, d'une part, et les sous-acquéreurs, d'autre part) avait été résolu au profit de celui qui invoquait la réalité, et au détriment des sous-acquéreurs qui étaient pourtant de bonne foi (erreur individuelle liée à la faute du notaire) : la solution ne pouvait donc se comprendre que si l'on observe que leur erreur n'était pas commune puisque la publicité foncière permettait de connaître l'existence du procès.

## B. L'inopposabilité résultant de l'adage *Nemo auditur*

596. L'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, qui ne vient pas du droit romain, comme sa forme latine tend à le faire croire, mais de l'Ancien Droit, peut être traduit littéralement de la manière suivante : « Nul ne peut être entendu s'il invoque sa propre turpitude ». Avant d'en étudier l'application éventuelle dans le domaine de l'interposition de personne, il convient d'abord d'exposer la thèse défendue par Philippe LE TOURNEAU<sup>1</sup>, et très majoritairement reprise par la doctrine actuelle<sup>2</sup>, quant au sens, à la valeur et à la portée de cette règle. En effet, malgré sa formulation souple, l'adage est entendu d'une manière très restrictive par cet auteur. Quant à son sens, il serait, plus ou moins, synonyme de l'adage de droit romain *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* (« en égale turpitude, point de restitution ») : il signifierait donc uniquement que la restitution des prestations doit être refusée lorsqu'une convention est annulée en raison de l'immoralité de sa cause. Son domaine serait limité à la matière contractuelle, plus particulièrement aux contrats à titre onéreux, et il ne concernerait donc que les actions en restitution (à l'exclusion des actions en nullité, en exécution ou en réparation pour inexécution). Enfin, cet adage n'aurait qu'une simple valeur coutumière, applicable à titre subsidiaire. Pour notre part, nous ne retiendrons pas cette conception étroite qui est, sans doute, justifiée à propos de la maxime *In pari causa*, mais qui n'a aucune raison d'être étendue à l'adage *Nemo auditur*. En effet, nous ne comprenons vraiment pas ce qui a pu conduire une partie de la doctrine à assimiler artificiellement les deux règles.

597. La maxime *Nemo auditur* n'est, en soi, qu'une simple règle, exprimée sous une forme particulière, mais dont on ne peut déduire aucune conséquence quant à sa valeur juridique exacte. Comme toute autre formule latine, elle peut traduire, en termes savants et anciens, tantôt un véritable principe général du droit, tantôt une règle de droit autrement exprimée dans un texte écrit de notre droit positif, tantôt une simple règle coutumière. Philippe LE TOURNEAU a privilégié cette dernière solution. Or, il suffit de

---

<sup>1</sup> Philippe LE TOURNEAU, J.-Cl. civil, fasc. « App. Art. 1131 à 1333 », « Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règle « nemo auditur ». Règle « in pari causa » », 1995 - Philippe LE TOURNEAU, « La règle « nemo auditur » », L.G.D.J., 1970, préface P. RAYNAUD.

<sup>2</sup> Cf les références citées in Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. civil, fasc. précité, n° 5, p. 3.



relire la traduction française de cet adage pour constater qu'il exprime finalement un principe assez proche de celui de l'article 31 du Nouveau Code de procédure civile : « l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention ». En effet, qu'est-ce donc qu'un intérêt non légitime à intenter une action si ce n'est l'immoralité de la demande ? Celui qui invoque une prétention fondée sur sa propre turpitude ne doit pas pouvoir être « entendu » en justice, ce qui signifie que sa demande sera jugée irrecevable pour défaut d'intérêt légitime. Philippe LE TOURNEAU a contesté cette opinion en affirmant que l'exception d'indignité résultant de l'adage *In pari causa* serait une défense au fond, et non une règle procédurale. Mais, il reconnaît lui-même que « la solution serait différente avec l'adage *nemo auditur* »<sup>1</sup> s'il faisait l'objet d'une « application pure et simple, en toute sévérité, [...] dans sa rustique et rude simplicité », ce qui, selon lui, n'est évidemment pas le cas, du moins en droit privé<sup>2</sup>, puisque l'adage *Nemo auditur* doit recevoir la même interprétation que l'adage *In pari causa*. Considérant que les mots ont un sens, nous pensons, au contraire, que c'est une interprétation littérale de l'adage qui doit être prise en compte : le comportement qui est sanctionné par l'adage n'est pas la turpitude, mais l'invocation de sa propre turpitude ; et la sanction n'est pas l'absence de restitution, mais le refus pur et simple d'entendre l'auteur de la demande.

598. En déclarant irrecevable une demande en justice au motif qu'elle se fonde sur un comportement immoral de son auteur, le juge lui interdit d'invoquer un fait réel (l'existence de la fraude) comme fondement de son raisonnement juridique : en ce sens, on peut dire que l'adage conduit à rendre inopposable à l'autre partie le fait en question. Appliquée à l'hypothèse de l'interposition de personne, cette règle signifie que l'auteur ou le complice d'une interposition frauduleuse ne pourrait pas prétendre s'exonérer des conséquences de la situation ostensible, c'est-à-dire de l'action formelle de la personne interposée en son nom propre, en invoquant lui-même cette fraude : en effet, admettre cette argumentation, même si elle est juridiquement fondée, ce serait encourager le vice. Néanmoins, l'appréciation du caractère immoral d'une prétention, indépendamment de l'étude juridique de son bien-fondé, n'est pas toujours facile, ce qui explique sans doute

---

<sup>1</sup> Ph. LE TOURNEAU, J.-Cl. civil, fasc. précité, n° 146, p. 25.

<sup>2</sup> En effet, en droit administratif, « la turpitude du requérant peut être analysée comme une véritable fin de non-recevoir ».

l'impression d'une mise en oeuvre « aléatoire »<sup>1</sup> de l'adage. Les difficultés rencontrées par la doctrine dans la recherche d'un critère précis la conduisent souvent à critiquer l'exigence d'un intérêt légitime posée par l'article 31 du Nouveau Code de procédure civile<sup>2</sup>. Mais, cette disposition existe, et la jurisprudence en a parfois fait l'application. On ne saurait assimiler l'intérêt légitime à l'intérêt légalement protégé, car la formule deviendrait inutile et supposerait un examen de la demande sur le fond. C'est donc un jugement de valeur purement moral qui est attendu du juge. Comment une demande en justice pourrait-elle être déclarée, dès l'origine, immorale sans avoir à se prononcer sur son bien-fondé ? Tout simplement parce qu'elle traduit le cynisme avéré de son auteur, qui a l'audace de revendiquer sa propre turpitude. Finalement, on se moque de savoir s'il est réellement *turpis*, mais seulement de savoir si sa demande est immorale. Dès lors, l'appréciation de la moralité de sa prétention ne nécessite aucun examen sur le fond puisque, bien ou mal fondée, sa prétention est, de toute manière, objectivement immorale. Il nous est difficile d'être plus précis, mais tel est, à notre avis, l'essence de l'adage *Nemo auditur* et de sa "traduction" textuelle.

599. Cette règle pourrait évidemment s'appliquer dans le cadre de la théorie de la fraude, au sens strict (qui suppose, rappelons-le, une interposition de personne réelle). Mais, elle pourrait aussi concerner la fraude au sens large, notamment l'hypothèse de la simulation frauduleuse : en effet, dans les rapports entre simulateurs et complices, la théorie de la simulation ne leur permet pas, en raison de leur mauvaise foi, d'invoquer à leur profit la situation apparente ; mais, l'adage *Nemo auditur* peut permettre un résultat identique, puisque ceux qui invoquent la réalité frauduleuse se prévalent de leur propre turpitude. Quelques rares arrêts semblent avoir consacré cette inopposabilité, entre les simulateurs eux-mêmes, de l'interposition frauduleuse. Par exemple, dans un arrêt du 30 octobre 1950<sup>3</sup>, la Cour de cassation avait estimé qu'une cour d'appel avait légalement justifié sa décision en refusant, comme le lui demandait l'une des parties à l'instance, de surseoir à statuer en vue de lui permettre de rapporter une preuve susceptible de justifier

---

<sup>1</sup> Serge GUINCHARD (Sous la direction de), « Droit et pratique de la procédure civile », Dalloz Action, 1999, n° 30, p. 15.

<sup>2</sup> Loïc CADIET, « Droit judiciaire privé », Litec, 2<sup>e</sup> édition, 1998, n° 850, p. 364 - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, « Procédure civile », précis Dalloz, 26<sup>e</sup> édition, 2001, n° 104, p. 143.

<sup>3</sup> Com., 30 octobre 1950 : Bull. civ. III, n° 313, p. 220.

sa position, au motif que l'offre de preuve ainsi formulée était « inadmissible ». En l'espèce, il s'agissait d'un litige opposant les acquéreurs de parcelles de terrains à des occupants sans droit auxquels ils réclamaient des dommages et intérêts. Ces derniers demandaient un sursis à statuer afin de pouvoir établir la nullité de la vente, basée sur le fait que le vendeur avait lui-même précédemment acquis les terrains dans le cadre d'une vente publique aux enchères sur saisie immobilière en qualité de personne interposée des débiteurs saisis (les occupants), de sorte que l'adjudication devait être déclarée nulle par application de l'article 711 du Code de procédure civile et devait entraîner la nullité corrélative de la seconde vente. Or, les juges du fond, sans se prononcer sur le fond de l'argumentation (caractère absolu ou relatif de la nullité, bonne ou mauvaise foi des sous-acquéreurs, etc.), ont repoussé cette « offre de preuve » au seul motif qu'elle était « inadmissible » puisque tendant à établir la fraude dont ils étaient les auteurs.

600. Dans un autre arrêt plus récent<sup>1</sup>, la Cour de cassation a de nouveau rejeté un pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'une cour d'appel qui avait également refusé de surseoir à statuer, dans l'attente du règlement d'une action en nullité d'un brevet intentée devant la juridiction compétente, pour condamner le cessionnaire de ce brevet à en payer le prix au cédant au motif qu'il avait « bénéficié largement » de cette interposition frauduleuse et qu'il était « donc mal venu à invoquer la nullité de la cession ». En l'espèce, le brevet n'avait pas été enregistré au nom du véritable inventeur, mais au nom du dirigeant d'une société qui servait de prête-nom. Ce dernier avait ensuite cédé le brevet à la société qui devait, en contrepartie, lui verser des redevances. Pendant des années, le contrat avait été exécuté jusqu'à la mise en redressement judiciaire de la société. L'administrateur refusa alors de payer les redevances au motif que l'action en nullité du brevet (intentée, par ailleurs, devant un autre tribunal) devait avoir des répercussions sur la cession de ce brevet à la société et donc sur son obligation d'en payer le prix. L'argument a été rejeté uniquement en raison de la participation de la société à l'opération frauduleuse qui lui interdisait alors d'invoquer sa propre turpitude.

Il nous semble donc que l'application de l'adage *Nemo auditur* dans le domaine de l'interposition de personne est implicitement consacrée par ces deux arrêts. Il faut cependant reconnaître qu'elle n'a pas toujours été admise dans toutes les décisions. Et,

---

<sup>1</sup> Com., 6 novembre 1990 : Bull. civ. IV, n° 259, p. 181 ; RTD civ. 1991.734, note J. MESTRE.

de toute manière, il n'est évidemment pas question de faire systématiquement obstacle à la neutralisation de l'interposition de personne dans tous les litiges opposant le maître de l'affaire, la personne interposée ou les tiers complices. En effet, la mise en oeuvre de l'adage suppose, au moins, trois conditions : le fait invoqué doit être frauduleux (au sens large du terme, c'est-à-dire immoral) ; celui qui invoque cette fraude doit en être l'auteur ou le complice ; et enfin, les conséquences qui devraient en résulter doivent apparaître au juge comme profondément choquantes en ce qu'elles favorisent le cynisme du fraudeur. L'inopposabilité de la neutralisation est donc possible, à titre de sanction, au profit des seuls tiers de bonne foi, dans le cadre de la théorie de la simulation, et exceptionnellement, au profit des autres, dans le cadre de l'application de l'adage *Nemo auditur*. Notons également qu'il existe d'autres sources d'inopposabilité (par exemple, pour défaut de publicité, pour vice de forme, etc.)<sup>1</sup>, mais elles ne constituent pas des sanctions de l'interposition de personne.

---

<sup>1</sup> Cf Daniel BASTIAN, « Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité », thèse Paris, 1929.

## **§ 2 : Les sanctions ponctuelles**

601. Les différentes sanctions ponctuelles de l'interposition de personne mises à la disposition du juge par le droit positif sont de sévérité variable. Certaines d'entre elles ont été prévues spécifiquement à l'encontre du recours à la technique de l'interposition de personne dans certains domaines ; d'autres sont de simples applications de certaines règles ordinaires du droit commun, qui n'ont cependant aucune raison de ne pas jouer en matière d'interposition de personne. Ces sanctions peuvent être civiles (A) ou pénales (B).

### **A. Les sanctions civiles**

602. Bien que la neutralisation de l'interposition de personne constitue une règle globalement satisfaisante, il a néanmoins paru utile au législateur, dans certains cas, de condamner plus sévèrement le recours à cette technique en raison d'une contradiction évidente avec l'esprit de « transparence » qu'il souhaitait voir triompher et, pour cela, il a édicté un certain nombre d'obligations ou d'interdictions formelles dont le non-respect est sanctionné par une nullité (1). D'autre part, les tribunaux n'ont pas été insensibles au fait que la personne interposée, en se rendant complice du maître de l'affaire, contribuait

à la réalisation du préjudice éventuel que les tiers peuvent subir. Ils ont donc parfois estimé qu'elle pouvait engager, à ce titre, sa propre responsabilité, qui venait alors se rajouter à celle du maître de l'affaire (2) .

### 1. Les nullités formelles

603. Une des sanctions de l'interposition de personne, sans doute la plus sévère, consiste, pour le législateur, à prévoir des causes de nullité formelles, soit directement en condamnant expressément le recours à l'interposition de personne pour telle ou telle opération, soit indirectement en imposant aux parties une obligation d'identification et de renseignement dont le non-respect sera sanctionné par une nullité. Dans la première catégorie, se trouvent essentiellement les articles 911 et 1099 du Code civil qui, comme nous l'avons déjà observé, prohibent toute libéralité faite au profit d'un incapable ou entre époux par personne interposée en la sanctionnant par la nullité absolue (alors que, faite directement au profit de l'incapable ou de l'époux, la sanction serait moins sévère). De très nombreux arrêts font application de ces dispositions<sup>1</sup>.

Certains auteurs se sont également demandé si toutes les donations, même celles qui sont faites à des personnes capables, ne devraient pas être annulées sur le fondement de l'article 932 du Code civil<sup>2</sup> : en effet, cet article prévoit que les donations doivent être acceptées par le donataire « en termes exprès ». S'agissant d'une interposition réelle (hypothèse la plus fréquente), la nullité ne peut pas être encourue car le donataire désigné dans l'acte est le véritable donataire. Le disposant a une réelle intention libérale à son égard, dans le sens où il entend réellement lui transférer la propriété du bien à titre gratuit, même si, en son for intérieur, il est animé par une « motivation libérale » à l'égard d'un tiers<sup>3</sup>. Au contraire, dans le cas d'une interposition fictive (situation plus

---

<sup>1</sup> Nancy, 21 octobre 1997 : inédit (legs à un parti politique par président interposé) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 janvier 1993 : pourvoi n° 91-10.681 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 mars 1991 : JCP éd. N. 1992.571 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 avril 1991 : pourvoi n° 89-14.669 - Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 janvier 1990 : Bull. civ. I, n° 22, p. 16 ; Gaz. Pal. 1990.1.panor.91 - Bordeaux, 23 mars 1989 : document Juris-Data n° 045063 - Orléans, 13 janvier 1977 : D. 1978.138, note A. BRETON, etc.

<sup>2</sup> Antoine COSTE, « Du prête-nom », thèse Paris, 1891, p. 22 - Guy FLATTET, « Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. », thèse Paris, Sirey, 1950, n° 169, p. 240 - J. ROUSSEAU, « Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirects », thèse Paris, 1937, n° 144, p. 180 - Claude WITZ, « La fiducie en droit privé français », préface D. SCHMIDT, Economica, 1981, p. 469.

<sup>3</sup> Cf pour la distinction entre l'intention libérale et la motivation libérale : *supra*, n° 147.

rare, car elle suppose la conclusion d'une convention de prête-nom), c'est le tiers qui est le bénéficiaire réel de la donation, la personne interposée n'étant qu'un représentant. Certes, l'article 933 autorise l'acceptation par l'intermédiaire d'un représentant, mais à condition que celui-ci reçoive son pouvoir d'une procuration faite devant notaire, et que cette procuration soit annexée à la donation. Le respect de ces deux conditions est évidemment incompatible avec le secret qui doit entourer la convention de prête-nom. Toutefois, nous savons que la jurisprudence admet de déroger aux exigences formelles des articles 932 et 933 du Code civil lorsque la donation revêt certaines formes particulières : donation déguisée, donation indirecte, don manuel. Nous pensons que la donation faite à un prête-nom du donataire appartient également à cette catégorie des « formalités de substitution »<sup>1</sup>.

604. Le législateur impose également, pour certaines opérations, des obligations particulières d'identification des contractants<sup>2</sup> : elles sont, le plus souvent, motivées par des impératifs d'ordre public. Par exemple, les actes notariés doivent contenir le nom du notaire, des parties et des témoins avec vérification par tous documents justificatifs<sup>3</sup>. De même, la plupart des opérations bancaires exigent dorénavant des identifications et des contrôles précis<sup>4</sup>. Tous les dons consentis à un candidat en vue de financer sa campagne électorale pour une somme supérieure à 1 000 francs doivent être effectués par chèque<sup>5</sup>. Or, si ces mesures sont destinées à éviter un anonymat direct par refus de décliner son identité ou utilisation d'une identité fictive, elles sont assez peu efficaces à l'égard de l'anonymat indirect résultant de l'interposition de personne. En effet, ce sont seulement les contractants en nom propre qui doivent être identifiés, et non pas ceux qui se cachent derrière eux. Par exemple, l'indication de l'identité d'un prête-nom dans un acte notarié ne remet pas en cause sa validité, ni sa valeur d'acte authentique. Ainsi, la plupart des

---

<sup>1</sup> François TERRÉ et Yves LEQUETTE, « Droit civil. Les successions. Les libéralités », précis Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 1997, n° 467, p. 380. A proprement parler, la donation faite à un prête-nom n'est pas une donation déguisée (sous la forme d'un acte à titre onéreux), puisqu'elle est une véritable donation, ni une donation indirecte, puisqu'elle est consentie directement au représentant du donataire. Mais, la même raison qui a poussé la jurisprudence à admettre l'existence de ces « formalités de substitution » doit nous conduire à y inclure la donation faite à un prête-nom.

<sup>2</sup> Cf Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998, n° 255, p. 247.

<sup>3</sup> Articles 6 et 7 du décret du 26 novembre 1971 relatifs aux actes établis par les notaires.

<sup>4</sup> Article 30 du décret du 3 octobre 1975 ; article 12 de la loi du 12 juillet 1990.

<sup>5</sup> Article L. 52-8 du Code électoral.

obligations formelles d'identification ne s'opposent pas à l'interposition de personne. Finalement, les hypothèses où le recours à cette technique donne lieu à une nullité (non pas liée à une règle de fond applicable par l'effet de la neutralisation, mais à une règle de forme sanctionnant l'interposition pour elle-même) sont assez rares. On peut citer la nullité du contrat d'assurance qui peut résulter d'une fausse déclaration intentionnelle<sup>1</sup>, à laquelle la jurisprudence assimile la réticence intentionnelle de l'assuré sur sa qualité réelle de prête-nom<sup>2</sup>.

605. Il reste un point important qui peut susciter des difficultés : c'est la question de la compatibilité de l'adage « *Nul ne plaide par procureur* » avec l'intervention d'une personne interposée dans un procès pour le compte du maître de l'affaire, mais en son nom propre. Le sens, la valeur et la portée de cette maxime a fait l'objet de controverses essentiellement centrées sur les conséquences qui en résultent au niveau des « actions de groupe » : en effet, l'adage constitue un obstacle à la revendication actuelle de certaines associations (notamment de consommateurs) qui souhaitent pouvoir exercer des actions en justice pour la défense d'un intérêt collectif sans désignation individuelle de toutes les personnes concernées (les consommateurs victimes du même professionnel). Mais, cet adage est également susceptible de produire des conséquences sur la validité d'une procédure en justice intentée par une personne interposée sans désignation du maître de l'affaire. La question peut alors se poser à deux moments différents : soit au cours du procès, lorsque l'une des parties invoque la nullité des actes de procédure accomplis par l'autre en démontrant sa qualité de personne interposée et l'absence d'indication du nom du maître dans ces différents actes ; soit dans une instance ultérieure, lorsque le maître de l'affaire prétend reprendre à son compte les divers actes de procédure accomplis par la personne interposée.

606. Les auteurs<sup>3</sup> sont tous d'accord pour reconnaître que le sens de la maxime a changé avec l'histoire : à l'origine, en droit romain, elle avait pour objectif d'imposer la

---

<sup>1</sup> Article L. 113-8 du Code des assurances.

<sup>2</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : Bull. civ. I, n° 15, p. 10 ; RTD civ. 1989.530 (police d'assurance automobile souscrite au nom de la soeur d'un chauffard dont le contrat avait été précédemment résilié) - Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 novembre 1982 : Rev. gén. ass. terr. 1983.369 (assurance souscrite par la concubine du précédent assuré pour échapper à un important bonus).

<sup>3</sup> Francis CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédurale à l'action de groupe »,



présence personnelle des parties à l'instance en raison des formalités rituelles qui leur étaient imposées. Elle interdisait donc toute représentation en justice. Mais, l'évolution des règles procédurales a fini par rendre possible le recours à un mandataire. L'adage est alors devenu une manière, pour le roi, d'affirmer sa suprématie sur les seigneurs : en effet, lorsqu'ils étaient amenés à plaider devant les juridictions royales, ceux-ci faisaient souvent appel à des prête-noms afin de renforcer leur indépendance. La règle est donc devenue : « *En France, nul ne plaide par procureur hormis le roi* ». Elle condamnait la pratique du prête-nom devant les tribunaux. Enfin, lorsque ces considérations politiques ont disparues, l'adage a repris sa forme initiale et ne visait finalement qu'une obligation d'identification des parties à l'instance. Bien que l'article 1041 du Code de procédure civile de 1807 abrogeait tous les usages antérieurs, une partie de la doctrine affirme que la maxime a survécu à titre de coutume. Il nous paraît cependant difficile de concevoir qu'un aspect aussi essentiel de la procédure civile soit soumise à une simple coutume et que la nullité d'un acte de procédure puisse en résulter. Il nous semble plutôt qu'elle n'a que la valeur des textes qui la consacrent implicitement en exigeant une identification précise des parties à l'instance : les articles 56, 59 et 648 du Nouveau Code de procédure civile.

607. L'analyse de la jurisprudence n'est pas aisée tant elle est rare et confuse. Un auteur, qui avait procédé à une recherche précise des décisions publiées et inédites en ce domaine<sup>1</sup>, a pu constater à quel point la maxime était souvent imbriquée avec l'absence de pouvoir, de qualité pour agir et d'intérêt à agir. Il en a alors conclu que la maxime se confondait finalement avec ces différentes exigences : elle ne serait « qu'une règle de fond destinée à vérifier que le représentant [...] dispose du pouvoir — et partant de la qualité — pour agir à [la] place [du représenté] »<sup>2</sup>. En réalité, d'autres auteurs ont réussi à démontrer, précisément sur la base de certaines des décisions citées dans cet article, qu'il existait bien une exigence purement formelle de désignation du nom du représenté

---

RTD civ. 1985.247 - Anne-Marie ESSO-ASSI, « L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987, n° 238, p. 184 - Pierre JULIEN et Natalie FRICERO, J.-Cl. procédure civile, fasc. 106 : « Représentation en justice », 1993 - Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998, n° 96, p. 87 - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, « Procédure civile », précis Dalloz, 26<sup>e</sup> édition, 2001, n° 502, p. 429.

<sup>1</sup> F. CABALLERO, article précité.

<sup>2</sup> *Eod. loc.*, n° 9.

par le représentant, indépendante de l'exigence du pouvoir et de la qualité pour agir. Cela résulte notamment de l'arrêt d'une cour d'appel qui avait exigé que le gérant d'une société en participation occulte révèle le nom des associés dans la procédure, bien que les statuts lui donnaient le pouvoir d'agir en justice : il n'y avait donc pas absence de pouvoir et de qualité, mais violation d'une exigence formelle résultant de la maxime. C'est ce qui justifie l'opposition aux actions de groupe sans désignation individuelle de toutes les personnes représentées. Mais, cette exigence ne s'oppose-t-elle pas également à la possibilité d'agir en justice par prête-nom ? La jurisprudence est très claire sur ce point depuis de nombreuses années : elle refuse d'appliquer la maxime à cette hypothèse<sup>1</sup>. On peut alors s'interroger sur les raisons de cette discrimination entre l'action de groupe et l'action par prête-nom.

608. Traditionnellement, le problème était résolu par les auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle en observant que le prête-nom n'est pas un représentant de l'emprunteur de nom : il n'a donc pas à désigner l'identité du maître de l'affaire. Cet argument est encore celui qui a été retenu dans une thèse très récente<sup>2</sup>. L'auteur critique cependant la solution en faisant observer qu'il n'existe finalement aucune différence concrète entre l'action intentée par un prête-nom et l'action intentée par un mandataire qui tait le nom de son mandant, et que le devoir de loyauté qui est classiquement invoqué comme fondement de l'adage devrait conduire, au contraire, à inclure cette hypothèse dans son champ d'application. Nous ajouterons surtout que notre analyse de l'interposition de personne nous a permis de contester l'idée selon laquelle le prête-nom ne représenterait pas son emprunteur de nom. L'argument n'est donc pas valable et il conviendrait alors de conclure que seul le prête-nom réel pourrait échapper à l'application de l'adage. Le prête-nom fictif étant au contraire un véritable représentant, il devrait désigner le représenté dans tous les actes de la procédure<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 février 1983 : Bull. civ. I, n° 50, p. 43 - Req., 27 juin 1911 : DP 1914.1.93 - Req., 11 janvier 1869 : DP 1870.1.70, et toute la jurisprudence citée par André PONCET, « Du prête-nom », thèse Paris, 1901, note 3, page 69.

<sup>2</sup> J. C. SAINT-PAU, thèse précitée, n° 101, p. 93.

<sup>3</sup> C'est la conclusion de A.-M. ESSO-ASSI, thèse précitée, n° 238, p. 184.

609. En réalité, si cette conclusion n'est pas celle du droit positif, c'est qu'elle résulte probablement d'une mauvaise interprétation de l'adage. En effet, contrairement à ce qui a été dit, il existe une différence entre le prête-nom et le mandataire qui tait le nom de son mandant, ou le gérant de la société en participation qui refuse de désigner les participants, ou encore l'association qui n'est pas en mesure de nommer, de manière individuelle, toutes les victimes qu'elle prétend défendre. Le prête-nom agit en son nom propre, c'est-à-dire se désigne lui-même comme l'auteur de la demande, tandis que les autres agissent au nom d'autrui sans désignation précise. Nous pensons, en effet, que le seul intérêt de l'exigence formelle d'identification des parties (qui résulte des quelques articles précités du Nouveau Code de procédure civile, et qui est exprimée sous la forme de l'adage *Nul ne plaide par procureur*), c'est de connaître avec certitude les personnes au profit ou à l'encontre desquelles le jugement sera exécutoire. Il n'est pas question que le juge puisse rendre une décision définitive dont les agents de la force publique et les officiers ministériels chargés de son exécution ne seraient pas en mesure d'identifier ceux qu'elle vise par son dispositif. Il ne doit y avoir aucune marge d'interprétation de leur part.

Or, dans le cas du prête-nom, il accepte, et même il demande, que la décision soit exécutoire à son égard, et non à l'égard du maître de l'affaire. Il importe peu que sa qualité réelle de représentant ait une influence sur le bien-fondé de la demande, dès lors qu'elle n'en a aucune sur l'imputation des effets juridiques du jugement. Par exemple, si un créancier cède fictivement sa créance à un prête-nom afin qu'il poursuive le débiteur, la preuve de la convention de prête-nom pourra éventuellement influencer le litige quant à la mise en oeuvre d'une compensation. Mais, si tel n'est pas le cas, si le bien-fondé de la demande doit être admise aussi bien en prenant en considération la personne du prête-nom que celle de l'emprunteur de nom dont le prête-nom est un représentant, la requête ne doit pas être rejetée pour violation de l'obligation formelle de désignation des parties, car le demandeur ou le défendeur dans l'instance en cause, c'est bien le prête-nom. L'adage ne s'applique donc pas chaque fois que le demandeur agit en son nom propre, même s'il agit pour le compte d'autrui, et même si, sur le fond du litige, il doit recevoir la qualité réelle de représentant d'un tiers non désigné dans les actes de la procédure. Au total, il apparaît que les nullités formelles de l'interposition de personne sont finalement assez peu nombreuses, ce dont nous pouvons nous féliciter car la sanction de la nullité

nous paraît trop rigide dans un système de liberté où le mensonge et la dissimulation ne sont pas directement interdits par la loi.

## 2. Les cumuls de responsabilités

610. Plutôt que de prononcer une nullité purement formelle des actes accomplis par interposition de personne, il nous semble, au contraire, beaucoup plus satisfaisant de pouvoir, le cas échéant, engager la responsabilité personnelle de l'interposé pour les actes dont il est l'auteur matériel, en plus de celle du maître de l'affaire qui résulte du principe de la neutralisation. En effet, même s'il se présente finalement, dans l'opération en cause, comme un simple instrument au service de l'intérêt du maître, il n'en demeure pas moins que sa participation est souvent volontaire : il doit donc répondre de ses actes à l'égard des tiers qui ont subi un préjudice. Ainsi, le simple fait d'accepter de jouer le rôle du prête-nom dans une opération juridique peut constituer une faute, ou du moins une imprudence, susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle sur le fondement des articles 1382 ou 1383 du Code civil. Par exemple, si le principe de neutralisation permet la mise en oeuvre directe de la responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation de non-concurrence ou de non-rétablissement qui la viole par l'intermédiaire d'un prête-nom, ce dernier peut également voir sa responsabilité délictuelle engagée en sa qualité de tiers complice, du moins s'il avait connaissance de l'existence de cette obligation. En effet, les conditions du droit commun de la responsabilité civile lui sont applicables. Or, il s'agit là d'une sanction importante, car il sera tenu *in solidum* avec le maître : le tiers victime pourra donc décider de lui réclamer la réparation de l'intégralité du préjudice, sans même être tenu d'assigner préalablement ou parallèlement le maître de l'affaire<sup>1</sup>. Notons toutefois que, dans le cadre particulier de la responsabilité du commettant du fait du préposé, il résulte d'une récente jurisprudence que le préposé ne doit plus dorénavant répondre lui-même de ses propres actes dès lors qu'il a agi « sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> C'est alors à la personne interposée qu'il appartiendra éventuellement de se retourner contre le maître de l'affaire par une action dite "récursoire".

<sup>2</sup> Ass. plén., 25 février 2000 : D. 2000.673, note Ph. BRUN.

611. Une autre forme de cumul de responsabilités apparaît, en droit des sociétés, grâce à certaines dispositions du Code de commerce relatives aux “faillites”. En effet, en cas d’interposition de personne morale, nous savons que l’article L. 624-5 du Code de commerce permet une extension de la “faillite” de la personne morale à l’encontre des dirigeants qui ont commis l’un des actes visés par les 7 alinéas de cet article, et que l’article L. 624-3 permet également de mettre, en tout ou en partie, le passif de la société à la charge des dirigeants qui ont commis une faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d’actif : il s’agit là d’applications du principe de la neutralisation. Mais, ces dispositions ne peuvent être mises en oeuvre que si la société est elle-même mise en redressement ou en liquidation judiciaire : or, par définition, la société-écran est une personne interposée. Il y a donc bien un cumul de la responsabilité du maître de l’affaire (le dirigeant) et de celle de la personne interposée (la société), cette dernière pouvant être interprétée comme une sorte de sanction à l’encontre des associés (non-dirigeants) qui ont imprudemment permis l’interposition de personne morale par leur insuffisance de contrôle<sup>1</sup>.

612. Enfin, et surtout, de nombreuses dispositions (notamment les deux articles précités) visent cumulativement les « dirigeants de droit et de fait » : par conséquent, dans le cas où le véritable maître de l’affaire prend soin de ne pas apparaître lui-même comme le dirigeant de la société en faisant appel à un dirigeant prête-nom, ce dernier, en sa qualité de « dirigeant de droit », pourra être sanctionné, pour son rôle personnel dans l’opération, par une extension de faillite (article L. 624-5), par le comblement du passif de la société (article L. 624-3), par le prononcé d’une faillite personnelle (article L. 625-4) emportant, pour une durée minimale de cinq années, « interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale ayant une activité économique » (article L. 625-2). Sa qualité de prête-nom n’est pas un élément suffisant pour le soustraire à l’application de ces textes<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En effet, si l’interposition de personne morale était seulement ponctuelle, il leur est possible d’écarter de la liquidation judiciaire une dette particulière de la société en démontrant qu’elle doit être mise au compte personnel du maître de l’affaire (sauf si le tiers cocontractant invoque la théorie de la simulation). Dans ce cas, les associés ne supporteront que les véritables dettes de la société. Mais, si l’interposition de personne morale était permanente (sans que la société soit déclarée fictive), il n’est pas anormal que les associés supportent toutes les dettes puisque l’absence de contrôle est flagrante.

<sup>2</sup> Com., 12 novembre 1991 : Bull. civ. IV, n° 338, p. 235 - Com., 29 janvier 1968 : Bull. civ. IV, n° 42,

Notons toutefois qu'en pratique, grâce au caractère facultatif de ces différentes sanctions et à la marge accordée au juge dans leur mise en oeuvre, la responsabilité du prête-nom est bien souvent atténuée par les tribunaux en fonction des circonstances<sup>1</sup> : il nous paraît, en effet, parfaitement normal d'être plus sévère à l'encontre d'un dirigeant prête-nom lorsqu'il est rémunéré, lorsqu'il a conscience de participer à une opération douteuse et lorsqu'il est un habitué du monde des affaires. Au contraire, s'il s'agit d'un parent (conjoint, père, mère, etc.) ou d'un ami du dirigeant de fait qui accepte de jouer le rôle du dirigeant prête-nom uniquement parce qu'il lui fait entièrement confiance, et auquel on a d'ailleurs soigneusement caché tout ce qui pourrait éveiller des doutes, dans son esprit, sur la licéité des opérations, il devra être sanctionné moins lourdement, voire exonéré de toute responsabilité personnelle. La participation d'un individu à une interposition de personne peut donc entraîner, pour lui, des conséquences économiques lourdes, même si elles sont tempérées en fonction de la gravité de sa faute. Elles peuvent, en outre, s'accompagner de diverses sanctions pénales particulièrement importantes.

## **B. Les sanctions pénales**

613. Chaque fois qu'une interposition de personne permet au maître de l'affaire la réalisation d'une infraction, une sanction pénale de la personne interposée est possible sur le fondement de la notion de complicité : en effet, l'article 121-7 du (nouveau) Code pénal définit comme « complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation ». Or, cette sanction est particulièrement efficace puisque le complice encourt exactement la même peine que l'auteur principal de l'infraction. Par exemple, il a été décidé que, si le gérant de fait d'une société devait être condamné, comme auteur principal, pour le délit de banqueroute (devenu "délict d'organisation ou d'aggravation d'insolvabilité") réalisé par l'intermédiaire de son prête-nom (gérant de droit), ce dernier devait être aussi condamné comme complice de cette infraction<sup>2</sup>. De même, lorsqu'une personne est condamnée

---

p. 33.

<sup>1</sup> Cf Béatrice VIAL-PEDROLETTI, « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986, p. 727.

<sup>2</sup> Crim., 26 novembre 1990 : pourvoi n° 90-80.749 - Crim., 20 novembre 1989 : pourvoi n° 88-83.257.

pour exploitation illicite de plusieurs débits de boissons par l'intermédiaire de personnes interposées (son fils et sa concubine), ces dernières doivent être également condamnées comme complices<sup>1</sup>. Se rend également complice, par fourniture de moyens, la personne qui accepte le titre de gérant d'une SARL en vue de permettre à un étranger d'exercer le commerce en France sans être titulaire de la carte de commerçant étranger<sup>2</sup>. Mais, la personne interposée n'est pas responsable, comme complice, des infractions commises par le maître de l'affaire du seul fait de sa qualité, dès lors qu'elle n'a pris aucune part à la commission de ces infractions : il faut, en effet, pouvoir relever très précisément, à son encontre, une participation matérielle personnelle et un élément intentionnel, qui peuvent faire défaut dans certaines circonstances<sup>3</sup>.

614. Même en dehors de l'accomplissement d'une infraction par interposition de personne dont la personne interposée peut être déclarée complice, des sanctions pénales spécifiques, liées à la participation de l'interposé dans l'opération, peuvent être mises en oeuvre à son encontre : elles visent tantôt à sanctionner l'utilisation même du procédé dans certains domaines ou dans certaines circonstances, tantôt à sanctionner les moyens employés à l'occasion de cette interposition de personne. Dans la première catégorie, se trouve l'article 12 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1986 relatif au régime juridique de la presse : en effet, l'article 3 de cette loi interdit de « prêter son nom à toute entreprise éditrice, en simulant la souscription d'actions ou de parts, l'acquisition ou la location-gérance d'un fonds de commerce ou d'un titre » ; or, l'article 12 sanctionne pénalement<sup>4</sup> celui qui prête son nom, comme celui qui emprunte le nom d'autrui, en violation des dispositions de l'article 3. Il s'agit donc bien d'une sanction directe du recours au procédé lui-même dans un domaine où le législateur a estimé que la transparence était tellement importante qu'elle méritait une protection pénale.

---

<sup>1</sup> Crim., 18 mars 1986 : pourvoi n° 85-92.838.

<sup>2</sup> Crim., 29 janvier 1980 : Bull. crim., n° 36, p. 84.

<sup>3</sup> Crim., 14 avril 1986 : pourvoi n° 85-90.720 (en l'espèce, la gérante de droit d'un fonds de commerce de vins en gros et au détail n'est pas complice des fraudes fiscales commises par son mari, gérant de fait, dans le cadre de l'exploitation du fonds, dès lors que la cour d'appel n'a pas pu caractériser l'élément intentionnel, ni relever aucune participation personnelle et matérielle dans la réalisation de l'infraction).

<sup>4</sup> Jusqu'à un an d'emprisonnement et 200 000 francs d'amende.

615. D'autre part, les différents moyens utilisés par la personne interposée pour dissimuler l'interposition de personne, rendre crédible son intervention dans l'acte, ou permettre au maître de l'affaire de tirer effectivement profit de l'opération à laquelle il est juridiquement étranger, peuvent occasionnellement constituer des infractions ou des éléments d'infractions : ainsi, l'établissement et la signature des documents relatifs à la création d'une SARL dont les mentions exprimées par les statuts ne correspondent pas à la vérité (puisque certains associés n'étaient que des prête-noms) ont pu être considérés comme constitutifs d'un faux en écriture privée<sup>1</sup>. De même, il semble bien que l'article L. 242-9 du Code de commerce<sup>2</sup> qui punit d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 60 000 francs le fait de participer au vote dans une assemblée d'actionnaires « en se présentant faussement comme propriétaire d'actions », est applicable à l'associé prête-nom<sup>3</sup>. Plusieurs textes prévoient d'ailleurs des sanctions pénales à l'encontre de ceux qui font sciemment des déclarations inexactes ou incomplètes : article 1<sup>er</sup> de la loi du 27 septembre 1947 relative aux déclarations inexactes des créanciers de l'État ou des collectivités publiques ; article L. 365-1 du Code du travail qui punit « quiconque se rend coupable de fraude ou de fausse déclaration pour obtenir ou *faire obtenir* [souligné par nous] ou tenter de faire obtenir des allocations d'aide aux travailleurs privés d'emploi » ; l'article L. 351-13 du Code de la construction et de l'habitation qui vise le même délit pour l'obtention de l'aide personnalisée au logement et l'article L. 377-1 du Code de la sécurité sociale pour les prestations familiales ou de sécurité sociale. Enfin, rappelons que, dans le cadre d'une instruction ou d'un procès pénal, le faux témoignage, — qui peut, dans certains circonstances, résulter de la dissimulation d'une interposition de personne —, est puni par l'article 434-13 du Code pénal.

616. Selon l'article 314-7 du Code pénal, le dirigeant de droit d'une société qui organise ou aggrave l'insolvabilité de celle-ci doit être puni comme le dirigeant de fait, c'est-à-dire comme auteur (ou coauteur). En outre, le Code de commerce, notamment dans ses articles issus des dispositions de l'ancienne loi du 24 juillet 1966, contient un

---

<sup>1</sup> Crim., 27 juin 1994 : pourvoi n° 94-80.048.

<sup>2</sup> Anciennement article 440 de la loi du 24 juillet 1966, qui reprenait le délit de « simulation de la qualité d'actionnaire » déjà prévu par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1867.

<sup>3</sup> Paris, 15 janvier 1964 : Gaz. Pal. 1964.1.293 - Crim., 10 octobre 1963 : Bull. crim., n° 280, p. 586 - Crim., 21 janvier 1960 : Bull. crim., n° 40, p. 79.



certain nombre de “petites” infractions, parfois purement matérielles, susceptibles de s’appliquer à la personne interposée, en particulier lorsqu’elle n’occupe pas réellement sa fonction apparente de dirigeant au sein de la société et qu’elle néglige ainsi certaines des obligations qui pèsent sur elle : par exemple, en cas d’omission d’adresser les comptes annuels aux associés (article L. 241-4) ou omission de procéder aux réunions de l’assemblée des associés (article L. 241-5), etc. Enfin, il nous reste à rappeler deux sources importantes de sanctions pénales pour la personne interposée. D’abord, l’article 321-1 du Code pénal qui précise que « le fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d’un crime ou d’un délit » constitue un recel puni de cinq ans d’emprisonnement et de 2 500 000 francs d’amende : la personne interposée qui prêterait son concours à un tel crime ou délit (par exemple, le blanchiment d’argent sale) moyennant une rémunération tirée du bénéfice de cette infraction serait donc passible de cette lourde peine. Quant au prête-nom qui détourne les biens ou les sommes qui lui ont été remis par le maître de l’affaire pour l’exercice de sa mission, il se rend coupable du délit d’abus de confiance sanctionné par l’article 314-1 du Code pénal. Il peut donc se révéler particulièrement dangereux, dans certaines circonstances, de prêter son nom ou, d’une manière générale, de participer à une interposition de personne au profit d’un tiers.



## Conclusion générale

617. Il résulte de notre étude que, sous des dénominations variables, toutes les formes d'intervention d'une personne dans un acte juridique ou matériel pour le compte d'une autre, mais (formellement) en son nom propre, sont finalement soumises à des régimes juridiques convergents. En effet, parce que l'action de cette personne a été faite pour le compte d'autrui, le droit positif ne peut réprimer sa tendance à considérer ce dernier comme le véritable auteur de l'acte, et à faire produire à la situation toutes les conséquences juridiques qui devraient en résulter : c'est le principe de la neutralisation qui consiste à faire comme si l'intermédiaire n'existait pas, c'est-à-dire à prendre en compte le fait qu'il n'est finalement qu'un instrument au service de l'intérêt du maître. Mais, d'un autre côté, l'intervention de l'intermédiaire dans l'acte a été réalisé sous son propre nom : le but, ou du moins le résultat, était d'empêcher le rattachement juridique de l'acte au maître de l'affaire. Dès lors, qu'elle soit légitime ou non, cette forme originale d'action crée des incertitudes ou des apparences trompeuses susceptibles de nuire à l'intérêt des tiers : c'est pourquoi, nous avons pu observer, dans tous les cas, que le principe de la neutralisation était toujours tempéré par l'application d'autres règles spécifiques constituant, pour l'auteur formel de l'acte, des sanctions de sa participation, active ou passive, à cette forme de tricherie. Finalement, au-delà des très nombreuses divergences de dénominations, de définitions, de caractéristiques, et de qualifications juridiques, toutes les hypothèses d'action en nom propre pour le compte d'autrui sont réunies par une problématique commune à laquelle le droit positif répond toujours par des solutions convergentes. C'est cette démonstration qui nous permet donc maintenant d'affirmer qu'il existe bien un concept juridique unitaire d'interposition de personne.

618. Nous avons donc réussi notre ambitieux projet : il est possible d'établir une théorie générale de l'interposition de personne. Mais, à quel prix ? En effet, il nous a fallu, pour cela, donner à ce concept une définition précise reposant sur des critères bien délicats à saisir et à mettre en oeuvre : l'interposition de personne suppose d'abord une

« instrumentalisation de l'auteur formel de l'acte au service de l'intérêt d'un tiers » et ensuite une « absence formelle de désignation du maître comme sujet d'imputation des effets juridiques de cet acte ». Tous les autres critères ont dû être rejetés en raison de leur incompatibilité avec certaines formes d'action en nom propre pour le compte d'autrui : c'est donc à un rapprochement entre des situations extrêmement diverses qu'il nous a fallu procéder, au point que cette opération pouvait paraître comme artificielle. En effet, il peut être surprenant de placer, dans le même concept, la convention de prête-nom, la gestion d'affaires *proprio nomine*, le contrat de commission, la déclaration de command, les clauses de substitution insérées dans les promesses unilatérales de vente, l'utilisation ponctuelle ou permanente de sociétés-écrans ou de sociétés fictives, la technique fiduciaire, la situation du mandataire qui omet de révéler le nom de son mandant, la déclaration d'adjudicataire dans les ventes sur saisie immobilière, la représentation légale de l'auteur anonyme d'une oeuvre de l'esprit par son éditeur ou publicateur originaire, l'accomplissement d'actes au nom d'une société en formation, la responsabilité pénale des personnes morales du fait de leurs organes ou représentants, la responsabilité du commettant du fait de son préposé, et enfin celle de l'administration du fait de ses agents publics.

619. Nous avons dû, en outre, reconnaître à toutes ces nombreuses situations une multiplicité de qualifications juridiques : aux trois principales catégories générales que constituent l'interposition fictive (prête-nom fictif, gestion d'affaires *proprio nomine* avec ratification ou déclaration judiciaire d'utilité), l'interposition réelle (prête-nom réel, gestion d'affaires sans ratification ni déclaration d'utilité, interposition fiduciaire, interposition matérielle) et l'interposition mixte (déclaration de command et clause de substitution), s'ajoutent également trois catégories apparentées, qui sont l'interposition fictive transposée (interposition d'une personne morale au profit de son représentant légal), l'interposition réelle partielle (opération de commission) et enfin, l'interposition mixte spéciale (interposition représentative). C'est à cause des difficultés de justification juridique des nombreuses solutions du droit positif que nous avons été contraints à une extrême rigueur dans le raisonnement juridique, qui pouvait parfois confiner à l'argutie et exigeait bien souvent des distinctions subtiles et complexes. Il a même été parfois

nécessaire de résumer certains de nos propos par des tableaux destinés à en faciliter la compréhension.

620. Ce même souci de justification juridique du droit positif nous a également contraints à une redéfinition de certains mécanismes fondamentaux du droit, aussi bien dans leurs fondements théoriques, que dans leurs applications concrètes. Ainsi, nous avons dû longuement démontrer que le mécanisme de la représentation ne supposait, pour sa mise en oeuvre, ni le consentement personnel du tiers cocontractant, ni même son information (sauf dans le cas de contrats conclus *intuitu personae*) ; que le pouvoir de représentation dont dispose le mandataire lui permet de décider unilatéralement, et de manière autonome par rapport au contrat principal, s'il représente ou non son mandant ; et enfin, que cette décision peut même être disjointe dans le temps de la conclusion définitive du contrat principal grâce à l'insertion d'une clause lui accordant une « option de représentation ». Ces démonstrations impliquaient une véritable remise en cause de la présentation traditionnelle de la représentation. Quant à l'application de la théorie de la simulation à la technique de l'interposition de personne, elle nous a obligé à trancher le débat qui oppose les défenseurs de la conception large à ceux de la conception restreinte de la notion juridique de simulation. Nous avons dû identifier précisément la nature du problème en constatant que ces deux opinions contenaient chacune une part de la vérité, car ne se plaçant pas sur le même plan de réflexion. Et enfin, nous avons dû justifier le bien-fondé de la théorie générale de la simulation, autonome par rapport à l'article 1321 du Code civil dont le champ d'application doit effectivement rester limité à l'hypothèse de la seule contre-lettre, mais d'inspiration commune dans la mesure où elle tire son fondement juridique de la même source, à savoir la théorie de l'apparence.

621. Même la mise en évidence d'un régime juridique unitaire de l'interposition de personne s'est révélée particulièrement complexe. D'abord, la nature des éléments à prouver pour établir l'existence d'une interposition de personne (preuve du contrat de mandat préalable ou simplement de l'instrumentalisation psychologique), ainsi que les conséquences juridiques qui doivent en résulter, ont nécessité d'opérer de nouvelles distinctions selon qu'il s'agissait d'une instrumentalisation volontaire ou forcée, et dans ce dernier cas, selon que le maître de l'affaire était le représentant légal de la personne

interposée ou un tiers. Quant aux conséquences juridiques résultant de la qualification d'interposition de personne, même si elles nous sont (heureusement) apparues comme suffisamment convergentes dans leurs résultats pour justifier l'unification du régime, elles supposaient tout de même des fondements juridiques totalement différents dont il nous a fallu préciser le champ d'application et les modalités précises de mise en oeuvre. Il résulte donc de notre étude une impression de complexité, de lourdeur et de subtilité qui mérite que l'on s'interroge sur sa cause.

622. On pourrait évidemment estimer que cette difficulté à établir une théorie générale de l'interposition de personne résulte tout simplement du caractère artificiel de ce concept. En effet, à vouloir, à tout prix, réunir sous un concept unitaire des situations aussi diverses, n'avons-nous pas poursuivi un objectif purement chimérique ? Cette intuition initiale de l'homme de la rue en faveur de l'unité des diverses formes d'écrans juridiques par interposition de personne n'était-elle pas finalement un leurre ? En réalité, nous pensons que l'explication de cette complexité repose uniquement sur le caractère dogmatique de notre système juridique dont les principes de base se heurtent à une bonne appréhension du phénomène de l'interposition de personne. La théorie générale de l'interposition de personne n'est pas une "absurdité logique", mais au contraire, une manifestation de l'inadéquation des principes fondamentaux de notre droit positif face à la contradiction que contient toute interposition de personne entre la volonté déclarée et la motivation interne. En effet, ces principes ne permettent pas de concevoir aisément l'idée d'une instrumentalisation (volontaire ou forcée) d'une personne au service d'une autre. Dans ce contexte, seule la représentation permet l'engagement d'une personne par une autre, et la représentation elle-même est définie, autant que possible, par la doctrine traditionnelle, comme une application de l'autonomie de la volonté, de sorte qu'elle est exclue chaque fois que la volonté est impuissante à créer des obligations (actes purement matériels) et qu'elle impose le consentement de toutes les parties concernées (*contemplatio domini*).

Ce n'est donc pas le principe même d'une théorie générale de l'interposition de personne qui est en cause, mais l'inadéquation du droit positif français à appréhender correctement ce phénomène. Nous en voulons pour preuve le fait que le droit anglais, davantage pragmatique que dogmatique, ne connaît pas les difficultés que nous

rencontrons face à l'interposition de personne : réunissant sous une théorie unitaire, dite de l'*undisclosed principal*, quasiment toutes les hypothèses d'action en nom propre pour le compte d'autrui (y compris l'interposition matérielle, à l'exception, semble-t-il, du droit pénal), il leur applique un régime parfaitement commun et d'une simplicité déroutante<sup>1</sup>. La problématique de l'interposition de personne invite donc à une réflexion sur le renouvellement des fondements de la responsabilité personnelle dans le droit positif français.

---

<sup>1</sup> Cf, pour une *Présentation sommaire de la théorie anglaise de l'undisclosed principal* et ses *Enseignements pour un renouvellement des fondements de la responsabilité personnelle* : « Annexe », *infra*, n° 623.

En résumé, le régime anglais de l'*undisclosed principal* permet aux tiers cocontractants d'agir directement contre le maître de l'affaire dès qu'ils ont connaissance de son identité, et inversement, à ce dernier d'agir directement contre eux. En outre, les tiers cocontractants et la personne interposée ont également des actions réciproques directes entre eux dès lors que la personne interposée a dissimulé sa qualité. Par contre, si la personne interposée a pris ostensiblement dans l'acte la qualité de mandataire (tout en dissimulant l'identité du mandant), aucune action directe n'est possible entre eux.





## ANNEXE

**PRÉSENTATION SOMMAIRE DE LA THÉORIE ANGLAISE  
DE L'*UNDISCLOSED PRINCIPAL*  
et  
ENSEIGNEMENTS POUR UN RENOUVELLEMENT DES FONDEMENTS  
DE LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE**

623. Bien qu'une véritable étude de droit comparé dépasse largement le cadre de notre travail, il ne nous paraît pas totalement inutile, — pour mettre en évidence le fait que la problématique de l'interposition de personne ne pose pas autant de difficulté dans certains systèmes étrangers —, de présenter sommairement la théorie de l'*undisclosed principal* sous laquelle le système juridique anglais réunit les hypothèses d'action en nom propre pour le compte d'autrui (à l'exclusion, sans doute, du domaine spécifique du droit pénal<sup>1</sup>). Toutefois, cette théorie n'est elle-même qu'une application particulière de

---

<sup>1</sup> Sur ce point, nous ne connaissons pas suffisamment le droit anglais pour déterminer comment il traite les hypothèses d'infractions commises par personne interposée.

l'*agency*<sup>1</sup>, notion que l'on peut rapprocher du mécanisme de la représentation française, mais qui s'en distingue sur plusieurs points. Par conséquent, une présentation rapide de cette notion s'impose d'abord.

### La notion d'*agency*

624. Essentiellement concrets, les auteurs anglo-saxons donnent rarement la définition des termes juridiques. Ils préfèrent souvent se contenter de décrire l'opération. L'*agency* a pu être définie de la manière suivante : « Lorsqu'une personne en autorise une autre à [...] agir dans son intérêt et s'engage à répondre de tout ce que cette autre personne fera dans l'étendue des pouvoirs qu'elle lui a conférés. Et que d'autre part, cette autre personne s'engage à exercer les pouvoirs qui lui ont été donnés, et à suivre dans cet exercice toutes les instructions qui pourraient lui être légalement données par la première personne mentionnée. Cette première personne est appelée un *principal*, l'autre un *agent* et le rapport créé entre elles un rapport d'*agency* »<sup>2</sup>. Cette description ressemble évidemment à celle du mandat, mais le droit anglais ne connaît pas le mandat proprement dit, car il existe une différence importante entre les deux opérations : dans le mandat français, le mandant et le mandataire traitent sur un pied d'égalité, et ce dernier dispose, dans la limite de son mandat, d'une parfaite indépendance dans l'accomplissement de sa mission ; au contraire, l'*agency*, qui est né des rapports entre *master* et *servant* (maître et serviteur), se ressent de son origine et suppose un lien de subordination, parfaitement incompatible avec la notion de mandat français<sup>3</sup>. Par conséquent, cette conception anglo-saxonne traduit déjà, par elle-même, l'idée d'une instrumentalisation de l'*agent*.

---

<sup>1</sup> C. BOUSCAREN, R. GREENSTEIN et A. CORDAHI, « Les bases du droit anglais », Ophrys, 1981, n° 186, p. 118 - H. DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN, « De la représentation en droit anglais. "Agency" », thèse Paris, 1923 - Sandrine DRAPIER, « La représentation conventionnelle en droit comparé français et irlandais », mémoire Nancy, 1996 (disponible sur le site « <http://juripole.u.nancy.fr> », choix : bibliothèque virtuelle)

<sup>2</sup> Définition de l' « *Encyclopedia of the law of England* », t. XI, p. 486, rapportée par H. DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN, thèse précitée, p. 23.

<sup>3</sup> En outre, le mandat est présumé gratuit, tandis que l'*agency* doit être salarié (par application du principe général selon lequel tout contrat suppose que chaque engagement des parties ait une contrepartie, appelée *consideration*).

625. Entre la représentation et l'*agency*, l'élément commun est indiscutablement les effets juridiques qui s'attachent à ces deux mécanismes, à savoir l'engagement du *principal* par tous les actes de l'*agent*, dès lors qu'il est resté dans la stricte limite de ses pouvoirs, et l'effacement corrélatif de ce dernier, une fois l'acte conclu. Mais, en dehors de ce point commun, les différences sont nombreuses. Tout d'abord, le rapport d'*agency* est beaucoup plus large que la représentation : il apparaît chaque fois qu'une personne est autorisée à agir au nom d'une autre, et en quelque sorte, à ne faire plus qu'un avec elle, car le contrat conclu par l'*agent* sera considéré comme le contrat du *principal*. En effet, le droit anglais ne connaît que trois degrés d'action dans l'intérêt d'autrui : celui de l'*independent contractor* (entrepreneur indépendant) au profit de son *employer* (maître de l'affaire), celui du *servant* (serviteur) au profit de son *master* (maître), et celui de l'*agent* vis-à-vis de son *principal*. Le premier s'engage à effectuer un travail, mais il pourra l'exécuter en parfaite indépendance, de sorte que le maître de l'affaire n'aura aucune responsabilité vis-à-vis des tiers. Le second est sous le contrôle direct et total du maître. Enfin, l'*agent* est dans une situation intermédiaire : il n'est qu'un subordonné, mais soumis à un contrôle moins étroit.

Ainsi, cette définition large de l'*agency* permet d'englober le mandat français (mais en rappelant qu'il impose, en droit anglais, un lien de subordination), le louage de services dès lors que l'employé reçoit le pouvoir exprès ou implicite d'agir au nom de l'employeur, et toutes sortes de relations impliquant un pouvoir implicite ou apparent d'une personne vis-à-vis d'une autre, résultant notamment des paroles ou de la conduite de l'une permettant aux tiers de penser qu'elle a chargé l'autre de la représenter<sup>1</sup>. Il existe notamment un *agency* implicite de la femme mariée, qui résulte du simple fait de la cohabitation, et qui concerne les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants et ayant pour limite le train de vie du ménage<sup>2</sup>. Quant à l'*agency* explicite, il peut résulter d'un *deed* (acte sous sceau<sup>3</sup>), d'un simple *contract* (contrat écrit) ou même verbalement. Il peut avoir pour but de désigner un *universal agent* (agent

---

<sup>1</sup> « *Agency may arise impliedly. This is where acting as an agent is implied in a relationship* » (L'*agency* peut se former implicitement. C'est le cas lorsque l'action en qualité d'agent découle implicitement d'une relation (quelconque)) : C. BOUSCAREN *et alii*, « Les bases du droit anglais », Ophrys, 1981, n° 187, p. 118.

<sup>2</sup> Cet exemple, quelque peu sexiste, était donné par H. DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN en 1923, mais également par Sandrine DRAPIER, en 1996, pour le droit irlandais.

<sup>3</sup> L'équivalent d'un acte authentique français, mais dont la solennité résulte de l'apposition du sceau.

universel), qui sera chargé d'agir au nom du *principal* en toutes matières et qui a tout pouvoir (rares sauf dans l'hypothèse d'une longue absence), ou un *general agent* (agent général), qui est chargé de toutes les transactions d'une certaine nature et qui dispose de tous les pouvoirs dépendants de sa mission (direction d'une succursale, par exemple), ou enfin, un *special agent* (agent spécial), constitué pour l'accomplissement d'un acte déterminé et n'ayant pas de pouvoirs implicites. Il existe aussi un *agency of necessity*, c'est-à-dire une sorte de gestion d'affaires que l'on doit reconnaître comme utile, mais qui doit aussi être urgente pour pouvoir engager le *principal*. Enfin, comme le droit français, le droit anglo-saxon connaît l'*agency by ratification* (agency par ratification), c'est-à-dire finalement la gestion d'affaires au sens large suivie d'une ratification, mais ce n'est pas l'acte qui est ratifié en droit anglais, c'est l'*agent* lui-même.

626. En effet, ce dernier point constitue une manifestation d'une différence essentielle de la représentation française et de l'*agency* : le *principal* est tenu de toutes les conséquences des actes accomplis par son *agent* dans la limite de son pouvoir. Cela concerne non seulement les engagements juridiques (contrats, actes unilatéraux) pris par l'*agent* dans l'intérêt et au nom du *principal*, mais aussi tous ceux souscrits à son désavantage dès lors qu'ils rentrent dans les limites du pouvoir (réel ou apparent) de l'*agent*, ainsi que tous les délits civils (*tort*) commis à l'occasion de sa mission, même si le *principal* ne lui a pas donné l'ordre de faire l'acte dommageable, les diverses fraudes dont l'*agent* s'est rendu coupable, notamment en dissimulant aux tiers certains faits (de nature parfois à entraîner la nullité de l'acte), les aveux et déclarations faites par l'*agent*, et même tous les actes faits dans l'intérêt du *principal*, mais sans révélation de son identité aux tiers ! Cette dernière hypothèse est enfin celle de l'*undisclosed principal* (principal dissimulé), dont il convient maintenant de préciser le régime juridique.

### La théorie de l'*undisclosed principal*

627. La notion d'*undisclosed principal* désigne le *principal* (avec le sens large que nous venons de décrire) dont l'identité n'est pas révélée aux tiers par l'*agent*. Rien n'est précisé, dans les ouvrages que nous avons consultés, sur la nature des liens qui doivent unir l'*undisclosed principal* à son *agent* : il semble, en fait, que cette théorie

viser toutes les hypothèses, aussi bien lorsque l'*agent* agit spontanément en son nom propre que lorsqu'il agit de cette manière en vertu d'un contrat d'*agency* qui lui impose cette forme d'action, ou à la demande expresse de son *principal*, aussi bien lorsque la dissimulation du *principal* se fait avec la complicité du tiers cocontractant qu'à son insu, aussi bien lorsque l'action formelle sans désignation du *principal* s'accompagne d'un véritable secret que lorsqu'elle reste exclusivement formelle. Quant à la distinction entre celui qui agit réellement en son nom propre et celui qui agit fictivement en son nom propre, elle est totalement incompréhensible en droit anglais puisque, dans tous les cas, l'*agent* agit formellement en son nom propre, et dans tous les cas, son action engage néanmoins le *principal*. En effet, le *principal* est lié par tous les actes de son *agent* parce qu'il lui a donné le pouvoir d'agir dans son intérêt et que ce dernier a effectivement agi dans son intérêt et dans les limites de ce pouvoir<sup>1</sup>. Il importe peu que son action ne se soit pas accompagnée d'une désignation de l'identité du *principal*. Dès lors, ce dernier peut agir directement contre les tiers cocontractants, de même que ceux-ci ont une action directe contre lui, qu'ils pourront exercer dès l'instant où ils connaîtront son identité.

Par contre, s'agissant de l'*agent*, il convient de faire une distinction selon qu'il a agi en cette qualité ostensible, mais sans révéler le nom du *principal*, ou qu'il a agi en cachant sa qualité d'*agent* en plus de l'identité du *principal*. Dans le premier cas, l'*agent* restera totalement dégagé de tous les effets juridiques des actes qu'il a accompli pour le compte du *principal* dans la limite de son pouvoir, sauf s'il résulte de l'économie générale du contrat ou des circonstances entourant sa conclusion qu'il s'est engagé pour son propre compte, c'est-à-dire sans intention de représenter. Dans le second cas, le tiers dispose d'une action contre l'*agent* : il devra donc choisir s'il préfère agir contre l'un ou contre l'autre, son choix étant cependant définitif. De son côté, l'*agent* peut également agir contre le tiers cocontractant. Les droits possédés par l'*agent* et ceux possédés par le *principal* contre les tiers sont indépendants (même s'ils ont le même objet, c'est-à-dire concernent la même créance, de sorte que les paiements faits à l'un libéreront évidemment les tiers vis-à-vis de l'autre). Dès lors, le système juridique anglais, que nous espérons ne pas avoir exagérément trahi par nos explications, nous paraît beaucoup

---

<sup>1</sup> « En droit anglais [...] lorsque l'*agent* n'a pas fait connaître son *principal*, le seul fait qu'il existe en réalité un rapport d'*agency* suffit pour créer un lien de droit entre cet undisclosed *principal* et le tiers qui, cependant, en bonne logique, ne devraient pas se connaître » (H. DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN, thèse précitée, p. 85).

plus simple pour traiter le problème de l'action en nom propre pour le compte d'autrui. Il nous semble alors utile, pour terminer cette étude, de chercher à comprendre les raisons de cette simplicité.

### **Proposition pour un renouvellement du fondement des obligations**

628. En réalité, nous pensons que la conception anglaise du droit des obligations donne à la volonté une place plus modeste que le dogme de l'autonomie de la volonté persiste à lui conférer dans notre système juridique. En effet, quoiqu'on en dise parfois, la plupart des opinions émises par la doctrine française continue à être conditionnée par l'idée que c'est la volonté qui crée l'obligation contractuelle. C'est pourquoi, une nette distinction est encore établie entre les actes juridiques qui trouvent le fondement de leur caractère obligatoire dans la volonté des individus, et les faits juridiques qui conduisent à la naissance d'obligations à la charge de certaines personnes parce que la loi (voire la jurisprudence) en a décidé ainsi. Nous avons déjà eu l'occasion de dénoncer ce dogme dans notre analyse du mécanisme de la représentation française : la doctrine objectiviste a montré, au contraire, que le contrat est obligatoire pour les parties parce que la loi l'a décidé en posant le principe de l'autonomie de la volonté. Ce dernier ne doit donc pas être traité comme un dogme, mais comme un principe d'origine légale. Dans ces conditions, la loi peut imaginer d'autres fondements aux obligations qui peuvent lier une personne : non seulement, un fondement basé sur le concept d'hétéronomie de la volonté, comme c'est le cas du mécanisme de la représentation française, mais aussi (pourquoi pas ?) d'autres fondements tels que le profit. C'est précisément cette dernière option que le système anglais nous paraît avoir choisi.

629. En effet, nous pensons (que les spécialistes du droit anglo-saxon veuillent bien nous pardonner cette liberté d'interprétation !) que le fondement de l'obligation, en droit anglais, repose initialement sur un principe de responsabilité fondée sur le profit. Les parties contractantes ne sont pas tenues des obligations résultant du contrat parce qu'elles les ont voulues (car qui voudrait d'une obligation ?). Elles sont tenues à ces obligations parce qu'elles ont voulu les avantages de l'opération et qu'il est juste alors qu'elles en supportent les inconvénients. On ne peut donc pas dire qu'elles ont voulu les

dettes, mais uniquement qu'elles les ont acceptées en contrepartie (*consideration*) des avantages de l'opération. Ainsi, tandis que la doctrine française met l'accent sur la volonté en définissant le contrat comme un « accord de volontés destiné à créer des obligations »<sup>1</sup>, les anglais voient plutôt le contrat comme un ensemble de droits et d'obligations liant les parties. Le contrat existe, en quelque sorte, indépendamment des volontés qui lui conféreront sa force obligatoire et le rôle des parties consistent, plus ou moins, à "adhérer" ou non à ce contrat, c'est-à-dire à vouloir les avantages et accepter les inconvénients. Dans ce contexte, « le droit de l'*Agency* est fondé sur une vague idée qu'une personne qui a reçu des bénéfices à la suite d'une transaction doit supporter sa part dans toutes les pertes issues de cette opération »<sup>2</sup>. La volonté n'est que le vecteur par lequel le *principal*, en accordant à l'*agent* le pouvoir d'agir à sa place, indique qu'il entend, par l'intermédiaire d'une personne subordonnée, prendre part à l'opération en cause et accepte, par avance, les inconvénients qui pourront en résulter, en considération des avantages qu'il espère en retirer.

630. Ce principe de responsabilité fondée sur le profit n'est pas inexistant en droit français : l'article 1375 du Code civil ne déduit-il pas un engagement du géré par le simple fait qu'il tire profit de l'opération ? De même, l'obligation de dédommager l'appauvrissement d'une personne pèse sur celui qui s'est corrélativement enrichi sans cause. La responsabilité du commettant du fait du préposé nous paraît d'ailleurs être un très bon exemple de cette thèse : elle se rapproche de l'*agency* anglaise. Le commettant est lié par les délits commis par son préposé parce qu'il doit répondre des conséquences de l'activité de celui-ci dans la mesure où c'est lui qui en tire finalement profit. En fait, cela ne choque pas vraiment car il s'agit de faits juridiques, c'est-à-dire du domaine où il est admis que c'est la loi qui fixe les conséquences juridiques. Par contre, en matière d'actes juridiques, la conception française a beaucoup plus de mal à concevoir qu'une personne soit liée sans l'avoir voulu, et uniquement parce que c'est elle qui tire profit de l'opération. La technique de l'interposition de personne met en évidence cette difficulté et son régime démontre finalement que, malgré le dogme de l'autonomie de la volonté, c'est bien cette voie que le droit positif ne peut s'empêcher de privilégier, parce qu'elle

---

<sup>1</sup> François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, « Droit civil. Les obligations », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 1999, n° 16, p. 25.

<sup>2</sup> Sandrine DRAPIER, *op. cit.*

est juste. Celui qui tire réellement profit de l'opération doit être le sujet d'imputation de ses effets juridiques. Celui qui prétend formellement prendre l'opération à son compte doit être liée par elle en raison de l'avantage (réel ou fictif) qu'une telle manifestation de volonté permet de présumer au profit de son auteur.



## BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

### I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS

Charles **AUBRY** et Frédéric **RAU**

« Cours de droit civil français », 4<sup>e</sup> édition, 1873, tome IV

Alain **BÉNABENT**

« Droit civil. Les obligations », collection « Domat droit privé »,  
Montchrestien, 7<sup>e</sup> édition, 1999

Charles **BEUDANT** et Paul **LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**

« Cours de droit civil français », tome 5 bis

C. **BOUSCAREN**, R. **GREENSTEIN** et A. **CORDAHI**

« Les bases du droit anglais », Ophrys, 1981

Loïc **CADIET**

« Droit judiciaire privé », Litec, 2<sup>e</sup> édition, 1998

Henri **CAPITANT**

« Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales », 3<sup>e</sup> édition, 1912

**Centre d'études du lexique**

« La définition », actes du colloque organisé à Paris (Université Paris-Nord) les  
18 et 19 novembre 1988, Larousse, collection *Langue et langage*, 1990

René **CHAPUS**

« Droit administratif général », tome 1, Domat Droit public, Montchrestien, 13<sup>e</sup>  
édition, 1999

François **COLLART-DUTILLEUL** et Philippe **DELEBECQUE**

« Contrats civils et commerciaux », précis Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 1998

René **DEMOGUE**

« Les notions fondamentales du droit privé », 1911

Léon **DUGUIT**

« Traité de droit constitutionnel », tome 1 : « La règle de droit. Le problème de l'État », 3<sup>e</sup> édition, 1927

François **GÉNY**

- « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1919, tomes 1 et 2

- « Science et technique en droit privé positif », 3<sup>e</sup> partie, « Élaboration technique du droit positif », Sirey, 1921

- « Science et technique en droit privé positif », 4<sup>e</sup> partie, « Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif », Sirey, 1924

Jacques **GHESTIN**, Gilles **GOUBEAUX**, avec le concours de Muriel **FABRE-MAGNAN**

« Traité de droit civil. Introduction générale », L.G.D.J., 4<sup>e</sup> édition, 1994

Jacques **GHESTIN**, avec le concours de Christophe **JAMIN** et Marc **BILLIAU**

« Traité de droit civil. Les effets du contrat », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1994

Raymond **GULLIEN** et Jean **VINCENT**

« Lexique de termes juridiques », Dalloz, 1995

Serge **GUINCHARD** (Sous la direction de)

« Droit et pratique de la procédure civile », Dalloz Action, 1999

Yves **GUYON**

« Droit des affaires », tome 1 : « Droit commercial général et Sociétés », 10<sup>e</sup> édition, Economica, Paris, 1998

Michel **JEANTIN** et Paul **LE CANNU**

« Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté », précis Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 1999

Jean-François **LACHAUME**

« Droit administratif », *Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 1995

- Gabriel **MARTY**, Pierre **RAYNAUD** et Philippe **JESTAZ**  
« Droit civil. Les obligations », tome 2 : « Le régime », 2<sup>e</sup> édition, 1989
- Henri, Léon et Jean **MAZEAUD**, et François **CHABAS**  
« Leçons de Droit civil », tome 2 : « Obligations. Théorie générale »,  
Montchrestien, 9<sup>e</sup> édition, 1998
- Barthélémy **MERCADAL**  
Mémento pratique Francis **LEFEBVRE**, « Contrats et droits de l'entreprise »,  
2000
- Philippe **MERLE**  
« Droit commercial. Sociétés commerciales », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 2000
- Patrick **NICOLEAU**  
« Dicojuris. Lexique de droit privé », Ellipses, 1996
- Marcel **PLANIOL**  
« Traité élémentaire de droit civil », tome 2, 5<sup>e</sup> édition, 1908
- Marcel **PLANIOL** et Georges **RIPERT**  
« Traité élémentaire de droit civil », tome 2, 11<sup>e</sup> édition, 1932
- Georges **RIPERT**  
« La règle morale dans les obligations civiles », L.G.D.J., 2<sup>e</sup> édition, 1927
- Georges **RIPERT** et René **ROBLOT**, Michel **GERMAIN**, Louis **VOGEL**  
« Traité de droit commercial », tome 1, 17<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., 1998
- Friederich-Carl Von **SAVIGNY**  
« Le droit des obligations », tome II, traduit par C. **GÉRARDIN** et P. **JOZON**,  
1863
- François **TERRÉ**  
« Introduction générale au droit », précis Dalloz, 5<sup>e</sup> édition, 2000
- François **TERRÉ** et Yves **LEQUETTE**  
« Droit civil. Les successions. Les libéralités », précis Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 1997

François **TERRÉ**, Philippe **SIMLER** et Yves **LEQUETTE**  
« Droit civil. Les obligations », précis Dalloz, 7<sup>e</sup> édition, 1999

Jean **VINCENT** et Serge **GUINCHARD**  
« Procédure civile », précis Dalloz, 26<sup>e</sup> édition, 2001

## **II. THÈSES, OUVRAGES SPÉCIALISÉS**

« Les opérations fiduciaires », Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, L.G.D.J., 1985

Jean **ABEILLE**

« La simulation dans la vie juridique et particulièrement dans le droit des sociétés », thèse Aix-Marseille, 1938

Jean-Louis **AUBERT**

« Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat », thèse Paris, 1970

Laurent **AYNES**

« La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes », préface Ph. MALAURIE, *Economica*, Paris, 1984

Mireille **BACACHE-GIBELI**

« La relativité des conventions et les groupes de contrats », *Bibliothèque de droit privé*, tome 268, L.G.D.J., 1986, préface Y. LEQUETTE

Etienne **BARTIN**

« Théorie des contre-lettres », thèse Paris, 1885

Daniel **BASTIAN**

« Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité », thèse Paris, 1929

Martine **BÉHAR-TOUCHAIS**

- « Retour sur la clause de substitution », *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 85

- « Foisonnement des délais », in « Les désordres de la prescription », textes réunis par Patrick COURBE, Publications de l'Université de Rouen, 2000

Françoise **BÉNAC-SCHMIDT**

« La promesse unilatérale de vente », *Bibliothèque de droit privé*, tome 177, L.G.D.J., 1983

Edmond **BERTRAND**

« Les aspects nouveaux de la notion de préposé et l'idée de représentation dans l'article 1384 § 5 nouveau du Code civil », thèse Aix, 1935

**Georges BONET**

« L'anonymat ou le pseudonyme en matière de propriété littéraire et artistique », thèse Paris, 1966

**Pierre BOUQUIER**

« Étude générale de la représentation dans les actes juridiques », thèse Montpellier, 1899

**Prosper BOURGUIGNON**

« Notion juridique de l'interposition de personne », thèse Paris, 1906

**Maurice BOYER**

« Essai sur la représentation dans les actes juridiques », thèse Toulouse, 1898

**Jean CLARISSE**

« De la représentation. Son rôle dans la Création des Obligations », thèse Lille, 1949

**Dan CORBESCO**

« De la représentation dans les actes juridiques », thèse Paris, 1912

**Antoine COSTE**

« Du prête-nom », thèse Paris, 1891

**Chantal CUTAJAR-RIVIÈRE**

« La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique », *Bibliothèque de droit privé*, tome 292, L.G.D.J., 1998

**Michel DAGOT**

« La simulation en droit privé », thèse Toulouse, 1967

**H. DELANGLE DE LA VILLE GAUDIN**

« De la représentation en droit anglais. "Agency" », thèse Paris, 1923

**Philippe DELMAS SAINT-HILAIRE**

« Le tiers à l'acte juridique », *Bibliothèque de droit privé*, tome 333, L.G.D.J., 2000, préface J. HAUSER

**Louis DEMARTIAL**

« Étude critique sur l'interposition de personnes », thèse Paris, 1912

Jacques **DESBLEUMORTIERS**

« La simulation par l'emploi d'un tiers. Essai sur les interpositions de personnes », thèse Paris, 1916

Henri **DESBOIS**

« La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française », thèse Paris, 1927

Marie-Pierre **DUMONT**

« L'opération de commission », Litec, 2000, préface J.-M. MOUSSERON

Anne-Marie **ESSO-ASSI**

« L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien », thèse Strasbourg, 1987

Guy **FLATTET**

« Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. », thèse Paris, Sirey, 1950

C. L. **FLAVIAN**

« Des contre-lettres », thèse Paris, 1929

Émile **FOUCAULT**

« De la vente avec élection de command », thèse Paris, 1893

Manuel **FOURCADE**

« De la simulation en droit civil et en droit fiscal », thèse Paris, 1887

Emmanuel **GAILLARD**

« Le pouvoir en droit privé », préface G. CORNU, *Economica*, 1985

Joseph **HAMEL** (étude collective sous la direction de)

« Le contrat de commission. Études de droit commercial », Dalloz, 1949

Charles **HANNOUN**

« Le droit et les groupes de sociétés », *Bibliothèque de droit privé*, tome 216, L.G.D.J., 1991, préface A. LYON-CAEN

Corinne **HOUIN-SAINT-ALARY**

« La droit de préemption », *Bibliothèque de droit privé*, tome n° 164, L.G.D.J., Paris, 1979

**Emmanuel JEULAND**

« Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation »,  
*Bibliothèque de droit privé*, tome 318, L.G.D.J., 1999

**Louis JOSSERAND**

« Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé », 1928

**LABBÉ**

« Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires »,  
Paris, 1856

**Christian LARROUMET**

« Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé », thèse Bordeaux,  
1968

**Philippe LE TOURNEAU**

« La règle « nemo auditur » », L.G.D.J., 1970, préface P. RAYNAUD

**Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE**

« Du prête-nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre »,  
thèse Caen, 1898

**Gilbert MADRAY**

« Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français »,  
thèse Bordeaux, 1931

**Eugène MAGNIN**

« De la représentation », thèse Paris, 1899

**Paul-Victor MARTIN**

« Théorie de la simulation dans les actes juridiques », thèse Paris, 1880

**Jacques MARTIN DE LA MOUTTE**

« L'acte juridique unilatéral », thèse Toulouse, 1951

**Camille MARTY**

« Du mandat sans représentation à l'exclusion du prête-nom », thèse  
Montpellier, 1937

**Ibrahim NAJJAR**

« Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte  
unilatéral », thèse Paris, 1967



Jean **NERET**

« Le sous-contrat », thèse Paris II, *Bibliothèque de droit privé*, tome 163, L.G.D.J., 1979, préface P. CATALA

Hippolyte G. **NICOLEANO**

« De la représentation indirecte », thèse Paris, 1912

Eustache **PILON**

« Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations », thèse Caen, 1897

André **PONCET**

« Du prête-nom », thèse Paris, 1901

René **POPESCO-RAMNICEANO**

« De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé », thèse Paris, 1927

René de **QUENAUDON**

« Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et internationale », thèse Strasbourg, 1979

André **ROUAST**

« Travaux de l'association Henri Capitant », volume 4 : « La représentation dans les actes juridiques », 1949

Georges **ROUHETTE**

« Contribution à l'étude critique de la notion de contrat », thèse Paris, 1965

J. **ROUSSEAU**

« Essai sur la notion juridique de simulation. Contribution à l'étude des actes indirects », thèse Paris, 1937

Jean-Christophe **SAINT-PAU**

« L'anonymat et le droit », thèse Bordeaux, 1998

Joanna **SCHMIDT-SZALEWSKI**

« Les fictions en droit privé », *Archive de philosophie du droit*, tome XX, 1975

**Boris STARCK**

- « Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée », thèse Paris, 1947
- « Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers », *in* « Le contrat de commission. Études de droit commercial », étude collective sous la direction de Joseph HAMEL, Dalloz, 1949

**Michel STORCK**

- « Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques », L.G.D.J., Paris, 1982, préface D. HUET-WEILLER

**TELEMAN**

- « De la représentation en matière réelle et personnelle en droit romain », thèse Paris, 1900

**Bernard TEYSSIÉ**

- « Les groupes de contrats », thèse Montpellier, *Bibliothèque de droit privé*, tome 139, L.G.D.J., 1975

**Raymond-Théodore TROPLONG**

- « Le droit civil expliqué. Du mandat », tome XVI, 1846

**Daniel VEAUX**

- « La renaissance de la responsabilité personnelle dans les sociétés commerciales », thèse Rennes, 1947

**Béatrice VIAL-PEDROLETTI**

- « L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales », thèse Aix-en-Provence, 1986

**Jean VIDAL**

- « Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français », Dalloz, 1957, préface G. MARTY

**Claude WITZ**

- « La fiducie en droit privé français », préface D. SCHMIDT, *Economica*, 1981

### **III. ARTICLES, CHRONIQUES**

Jean-Luc **AUBERT**

« A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers »,  
RTD civ. 1993.263

Franck **AUCKENTHALER**

« Commettant, commissionnaire à la vente : détermination du véritable titulaire  
de la créance envers les tiers », D. 1998.chon.53

Marcel **AZENCOT**

« La transmission des promesses unilatérales de vente », JCP éd. N. 1992.I.61

Alain **BÉNABENT**

J.-Cl. com., tome 2, v<sup>o</sup> « Contrat de commission », 1992

Françoise **BÉNAC-SCHMIDT**

« La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité »,  
D. 1990.chron.7

Marc **BILLIAU**

« Cession de contrat ou « délégation » de contrat ? (Etude du régime juridique  
de la prétendue « cession conventionnelle de contrat ») », JCP 1994.I.3758

Louis **BOYER**

« Clause de substitution et promesse unilatérale de vente », JCP 1987.I.3310

Jean Denis **BREDIN**

« Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé »,  
RTD civ. 1956.261

Philippe **BRUN**

« Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse  
unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ? », RTD civ. 1996.29

Francis **CABALLERO**

« Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédurale à l'action de groupe »,  
RTD civ. 1985.247

Jean CALAIS-AULOY

Rép. soc. Dalloz, v° « Société fictive », version 1971

G. CALBAIRAC

« Considérations sur la règle "Fraus omnia corrumpit" », D. 1961.chron.169

André CHAPPERT

« A propos de la substitution d'un tiers dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente », Defrénois 1993, article n° 35503, p. 421

Patrick CHAUVEL

Rép. com. Dalloz, v° « Commissionnaire », 1999

Maurice COZIAN

- « Les mille et une tricheries des faux gérants minoritaires de S.A.R.L. », Gaz. Pal. 1986.1.doctr.140

- « La notion d'abus de droit en matière fiscale », Gaz. Pal. 1993.1.doctr.50

Dominique D'AMBRA

Rép. civ. Dalloz, v° « Interposition de personne », 1998

Michel DAGOT

Rép. civ. Dalloz, v° « Interposition de personne », version 1973 (fascicule remanié en 1998 : cf Dominique D'AMBRA)

Jean-Jacques DAIGRE

Rép. soc. Dalloz, « Société fictive », 1999

Fernand DERRIDA et Jacques MESTRE

Rép. civ. Dalloz, v° « Apparence », 1986

Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC

J.-Cl. pén., « Art. 121-2. Responsabilité pénale des personnes morales », 1994

Michel GERMAIN et Maggy PARIENTE

Rép. soc. Dalloz, v° « Groupe de sociétés », 1997

Jacques GHESTIN

- « La nature juridique de la faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente », Les Petites affiches 1987, 30 octobre 1987, p. 13

- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP 1992.I.3628

- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994.777

**Florence GISSEROT**

« La confusion des patrimoines est-elle une source autonome d'extension des faillites ? », RTD com. 1979.49

**Claude GIVERDON**

« La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952.chron.85

**Michel GRIMALDI**

« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », Defrénois 1991, articles n° 35085 et n° 35094

**Catherine GUELFUCCI-THIBIERGE**

« De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994.275

**Pierre GUIHO**

« Les actes de disposition sur la chose d'autrui », RTD civ. 1954.1

**Stéphane HEIT**

« L'interposition de personnes dans la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises », RJ com. 1991.264

**Marie-Laure IZORCHE**

- « A propos du mandat sans représentation », D. 1999.chron.369  
- Rép. civ. Dalloz, v° « Action directe », 1994

**Ch. JAUBERT**

« De divers cas d'interposition de personnes », Revue critique de législation et de jurisprudence 1905.156

**Emmanuel JEULAND**

« Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », D. 1998.chron.356

**Pierre JULIEN et Natalie FRICERO**

J.-Cl. procédure civile, fasc. 106 : « Représentation en justice », 1993

**Christian LARROUMET et Dominique MONDOLINI**

Rép. civ. Dalloz, v° « Stipulation pour autrui », 1998

Jean-Pierre **LE GALL**

« Le traitement de l'interposition de personnes en fiscalité internationale : les articles 155 A et 990 D du Code général des impôts », JCP éd. E 1987.II.14922

Philippe **LE TOURNEAU**

- J.-Cl. civil, fasc. « App. Art. 1131 à 1333 », « Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règle « nemo auditur ». Règle « in pari causa » », 1995  
- Rép. civ. Dalloz, v<sup>o</sup> « Mandat », 2000

Fabrice **LEDUC**

« Réflexions sur la convention de prête-nom (contribution à l'étude de la représentation imparfaite) », RTD civ. 1999.283

Gérard **LÉGIER**

J.-Cl. civil, v<sup>o</sup> « Art. 1121 et 1122 », « Contrats et obligations. Stipulation pour autrui », 1995

J.-F. **LUSSEAU**

« Des problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière », RTD civ. 1977.483

Didier R. **MARTIN**

« Du changement de contractant » D. 2001.3144

Barthélémy **MERCADAL**

Rép. com. Dalloz, v<sup>o</sup> « Commissionnaire de transport », 1997

Ibrahim **NAJJAR**

- « Option et substitution dans la promesse unilatérale de contrat », D. 1988.chron.135  
- « Clause de substitution et « position contractuelle » », D. 2000.chron.635

Claude **OPHÈLE**

Rép. civ. Dalloz, v<sup>o</sup> « Simulation », 2000

René de **QUENAUDON**

J.-Cl. civil, v<sup>o</sup> « Article 1984 à 1990 », fasc. 10 : « Mandat. Définition et caractères distinctifs », 1999

Jean François **RENUCCI**

« L'identité du cocontractant », RTD com. 1993.441

Olivier SAUTEL

« Sur la déchéance en droit privé (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D. 1999.chron.487

René SAVATIER

« Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934.525

Patrick SERLOOTEN

Rép. soc. Dalloz, v° « Groupe de sociétés (Régime fiscal) », 1997

Vincent SOUBISE

« La transmission, par substitution de bénéficiaire, des droits conférés par une promesse de vente », D. 1994.chron.237

Michel STORCK

- J.-Cl. civ., v° « Art. 1119 », « Contrats et obligations », 1992

- J.-Cl. civ., v° « Art. 1321 », « Contrats et obligations. Preuve littérale. Théorie des contre-lettres. Simulation », 1993

Frédéric ZENATI et Stéphanie FOURNIER

« Essai d'une théorie unitaire de la prescription », RTD civ. 1996.339

#### **IV. NOTES DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES**

**J.-L. AUBERT**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 2 juillet 1969 : D. 1970.150 ou Defrénois 1970, article n° 29469, p. 36

**T. AUBERT-MONPEYSSEN**

note sous Com., 2 mars 1993 : D. 1994.48

**L. AYNÈS**

- note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987 : D. 1987.454  
- note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 mars 2001 : D. 2001.3110

**T. AZZI**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : JCP 2001.II.10645

**D. BASTIAN**

note sous Com., 10 juin 1953 : JCP 1954.II.7908

**E. BECQUÉ**

- note sous Paris, 16 mars 1949 : JCP 1949.II.4960  
- note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 avril 1959 : JCP 1959.II.11146

**J. BEGUIN**

note sous Com., 24 mai 1982 : Rev. soc. 1983.361

**M. BEHAR-TOUCHAIS**

note sous Com., 2 mars 1993 : JCP 1993.II.22176

**B. BEIGNIER**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999 : Dr. fam. 2000, n° 31

**A. BÉNABENT**

note sous Ass. plén., 7 février 1986 : D. 1986.293

**N. BERNARD**

note sous Com., 12 février 1974 : JCP 1975.2.17965



**M. BILLIAU**

obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997 : JCP 1997.I.4039, n° 14

**C. BOLZE**

note sous Com., 5 février 1991 : Rev. soc. 1991.545

**J. BONNARD**

note sous Com., 27 juin 1989 : D. 1990.314

**A. BRETON**

- note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 10 mars 1970 : D. 1970.661

- note sous Orléans, 13 janvier 1977 : D. 1978.138

**Ph. BRUN**

- obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mars 1997 : D. 1997.somm.341

- note sous Ass. plén., 25 février 2000 : D. 2000.673

**J.-J. BURST**

note sous Com., 4 janvier 1982 : Rev. soc. 1983.95

**J. CALAIS-AULOY**

note sous Ass. plén., 13 décembre 1962 : D. 1963.277

**C. CHAMPAUD et P. LE FLOCH**

obs. sous Paris, 26 janvier 1986 : RTD com. 1986.518

**G. CHAMPENOIS**

obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : Defrénois 1989, article n° 34492, p. 487

**Y. CHARTIER**

note sous Com., 5 février 1991 : D. 1992.27

**J.-Y. CHEVALLIER**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1965 : D. 1965.533

**D. COHEN**

note sous Crim., 8 décembre 1999 : D. aff. 2001.1091

**L. COLLET**

note sous Com., 16 juin 1992 : D. 1993.508

**G. CORNU**

- obs. sous Ass. plén., 13 décembre 1962 : RTD civ. 1963.572
- obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 1971 : RTD civ. 1972.795
- obs. sous Rouen, 6 juin 1973 : RTD civ. 1974.166

**J. L. COURTIER**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999 : Les Petites affiches, 1<sup>er</sup> février 2000, p. 18

**Y. DAGORNE-LABBÉ**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 novembre 1990 : Defrénois, article n° 35141, p. 1241

**J.-J. DAIGRE**

note sous Com., 19 octobre 1993 : Bull. Joly 1993.1239

**A. DALSACE**

note sous T. civ. Seine, 27 novembre 1962 : D. 1694.730

**P. DELAISI**

note sous Rouen, 6 juin 1973 : Gaz. Pal. 1973.2.910

**Ph. DELEBECQUE**

- note sous Com., 20 février 1996 : D. 1996.290
- note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 novembre 1999 : Defrénois 2000, article n° 37188, n° 38, p. 716

**F. DESPORTES**

rapp. sous Crim., 2 décembre 1997 : JCP 1998.II.10024

**P. DIENER**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 22 juin 1976 : D. 1977.619

**G. DURRY**

obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1979 : RTD civ. 1980.354

**P. ESMEIN**

note sous Ass. plén., 13 décembre 1962 : JCP 1963.II.13105

**F.-C. FOURGOUX**

note sous T. com. Paris, 30 janvier 1974 : Gaz. Pal. 1974.2.279

**P.-Y. GAUTIER**

- obs. sous Com., 15 juin 1993 : RTD civ. 1994.881
- obs. sous Com., 4 mars 1997 : RTD civ. 1997.691

**E. GLASSON**

- note sous T. civ. Toulouse, 5 février 1894 : DP 1895.2.1

**M. GRIMALDI**

- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 octobre 1993 : D. 1995.somm.332

**Y. GUYON**

- note sous TGI Orléans, 8 janvier 1980 : D. 1980.176
- obs. sous Aix, 11 janvier 1985 : Rev. soc. 1987.somm.98
- note sous Com., 2 juin 1987 : Rev. soc. 1987.629
- obs. sous Paris, 31 mai 1989 : Rev. soc. 1989.somm.718
- note sous Com., 23 octobre 1990 : Rev. soc. 1991.92

**T. HASSLER**

- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 avril 1995 : D. 1996.somm.70

**J. HONORAT**

- note sous Com., 22 mai 1991 : Defrénois 1991, p. 1185, n° 3

**R. HOUIN**

- obs. sous Ass. plén., 13 décembre 1962 : RTD com. 1963.333
- obs. sous Com., 30 octobre 1967 : RTD com. 1968.131, n° 10, e

**M. JEANTIN et A. VIANDIER**

- obs. sous Com., 27 juin 1989 : Rev. dr. bancaire et bourse 1989.176
- obs. sous Com., 18 octobre 1988 : Rev. dr. bancaire et bourse 1989.31, n° 3

**E. JEULAND**

- note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999 : D. 2000.195

**M. JOBARD**

- conclusions sous Paris, 26 mai 1993 : Gaz. Pal. 1994.1.277

**H. LALOU**

- note sous Paris, 16 mars 1949 : D. 1950.419

**C. LARROUMET**

- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 octobre 1979 : D. 1980.IR.222

- note sous Paris, 11 juillet 1990 : D. 1191.33

**P. LE CANNU**

- note sous Com., 27 juin 1989 : Bull. inf. sociétés 1989, p. 815, n° 293  
- note sous Com., 22 mai 1991 : Bull. Joly 1991.702

**M. LE GALCHER-BARON**

note sous Com., 30 janvier 1961 : JCP 1962.II.12527

**R. LE GUIDEZ**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avril 1996 : JCP 1996.II.22702

**J.-Ph. LÉVY**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juillet 1968 : Journ. dr. intern. 1969.366

**R. LIBCHABER**

- note sous Com., 15 juin 1993 : Rev. soc. 1994.730  
- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 novembre 2000 : Defrénois 2001, article n° 37309,  
p. 237, n° 7

**O. LITTY**

note sous Com., 9 décembre 1997 : JCP 1998.II.10201

**Y. LOUSSOUARN**

obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 novembre 1971 : RTD civ. 1972.778

**P. MALINVAUD**

note sous Ass. plén., 7 février 1986 : JCP 1986.II.20616

**J.-P. MARCHI**

note sous Paris, 31 mai 1989 : Gaz. Pal. 1989.2.603

**G. MASSÉ**

note sous Req., 25 janvier 1864 : S. 1864.1.105

**D. MAZEAUD**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 février 2001 : D. 2001.2702

**J. MAZEAUD**

note sous T. Seine, 7 janvier 1948 : JCP 1948.II.4430

**J. MESTRE**

- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : RTD civ. 1990.79
- obs. sous Paris, 6 décembre 1989 : RTD civ. 1990.268
- obs. sous Com., 6 novembre 1990 : RTD civ. 1991.734
- obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juillet 1992 : RTD civ. 1993.352
- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 1995 : RTD civ. 1996.156

**I. NAJJAR**

- note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avril 1984 : D. 1985.234
- note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 avril 1988 : D. 1989.65

**G. PAIRE**

- note sous Paris, 24 avril 1990 : Gaz. Pal. 1990.2.633

**G. PAISANT**

- note sous Paris, 24 avril 1990 : D. 1991.somm.159

**J. PATARIN**

- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 novembre 1987 : RTD civ. 1989.803
- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 1989 : RTD civ. 1989.606
- obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 1994 : RTD civ. 1994.920

**J. PERCEROU**

- note sous Req., 29 juin 1908 : DP 1910.1. 233

**Ph. PETEL**

- note sous Com., 11 mai 1993 : Bull. Joly 1993.1050

**A. PIEDELIÈVRE**

- note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.panor.87

**M. PLANIOL**

- note sous Toulouse, 3 décembre 1889 : DP 1890.2.185

**J.-J. PLOQUIN**

- note sous T. com. Paris, 8 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985.1.77

**G. POULAIN**

- note sous Com., 19 janvier 1970 : D. 1970.479

**E. PUTMAN**

- note sous Saint-Denis-de-la-Réunion, 6 octobre 1989 : JCP 1990.II.21505

**D. RAMBURE**

note sous Com., 26 avril 1982 : D. 1986.233

**Y. REINHARD**

obs. sous Com., 27 juin 1989 : RTD com. 1990.50, n° 3

**Ph. RÉMY**

- obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 17 avril 1984 : RTD civ. 1985.177  
- obs. sous Ass. plén., 7 février 1986 : RTD civ. 1986.605  
- obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1987 : RTD civ. 1987.777

**H. ROUSSEAU**

note sous Req., 13 mai 1929 : S. 1929.1.289

**J.-C. SAINT-PAU**

« La responsabilité pénale des personnes morales est-elle une responsabilité par ricochet ? », note sous Crim., 18 janvier 2000 : D. 2000.636

**B. SAINTOURENS**

note sous Paris, 15 janvier 1999 : Bull. Joly 1999.627

**R. SAVATIER**

obs. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 5 janvier 1965 : RTD civ. 1965.690

**F.-X. TESTU**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 24 novembre 1987 : JCP 1989.II.21214

**J. THIERRY**

rapp. sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 2 avril 1996 : D. 1996.609

**O. TOURNAFOND**

obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juillet 1999 : D. 2000.somm.277

**G. VERMELLE**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 7 avril 1984 : Defrénois 1984, article n° 33432, n° 118,  
p. 1490

**J. P. VERSHAVE**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 février 1983 : JCP 1985.II.20359

**P. VOIRIN**

note sous Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 février 1968 : D. 1968.587

**G. WIEDERKEHR**

note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juillet 1992 : JCP 1993.II.21982





## INDEX ALPHABÉTIQUE

[les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes]

[lorsqu'une entrée est suivie de plusieurs numéros, celui qui est en italique désigne le paragraphe le plus important]

### - A -

ACTION EN NOM PROPRE, POUR LE COMPTE D'AUTRUI (cf aussi Interposition de personne)	
- action en nom propre et représentation	407
- définition finale	131
- dissimulation (notion de)	112
- critère juridique	125
- critère matériel (secret)	113
- remplacement (notion de)	89
- critère comptable (notion d'intérêt)	101
- critère matériel	90
- critère psychologique (instrumentalisation)	107

ACTION OBLIQUE	
- et interposition de personne	557

ACTION PAULIENNE	
- et interposition de personne	553

ADAGES	
- <i>Fraus omnia corrumpit</i>	547
- <i>Nemo auditur</i>	596
- <i>Nul ne plaide par procureur</i>	605

ADJUDICATION (cf Déclaration d'adjudicataire)	
--------------------------------------------------	--

ANONYMAT	
- auteur anonyme d'une oeuvre de l'esprit	358
- et interposition de personne	1, 113

APPARENCE (THÉORIE DE L')	
- et simulation	462
- présentation	459

AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ	
- dénonciation du dogme	628
- et représentation	378
- « hétéronomie de la volonté »	383

### - C -

CESSION DE CRÉANCE	
- et clause de substitution (dans les promesses unilatérales de vente)	280
- et interposition de personne	72
- et prête-nom	72

CHAÎNES DE CONTRATS (cf Groupes de contrats)	
-------------------------------------------------	--

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

CLAUSE DE SUBSTITUTION (DANS LES PROMESSES UNILATÉRALES DE VENTE)		CONVENTION DE PRÊTE-NOM (cf Prête-nom)	
- et clause de réserve de command	296		
- nature juridique		COURTAGE	
- cession de créance	280	- et interposition de personne	149
- délégation	284		
- représentation optionnelle	295		
- stipulation pour autrui	288		
- substitution de personne	286		
- présentation générale	267		
COMMAND (RÉSERVE DE)		DÉCHÉANCE	
- et clause de substitution (dans les promesses unilatérales de vente)	296	- et prescription	257
- et représentation	247		
- présentation générale	238	DÉCLARATION D'ADJUDICATAIRE	
- qualification juridique		- et interposition de personne	357
- interposition mixte	264		
- représentation conditionnelle	250	DÉCLARATION DE COMMAND	
- représentation optionnelle	252, 253	(cf Command)	
COMMISSION (CONTRAT DE)		DÉLÉGATION	
- applications diverses	219	- et clause de substitution (dans les promesses unilatérales de vente)	284
- centrales d'achat	219		
- diffuseur de presse	220, 226		
- définition	214		
- et prête-nom	215	DISSIMULATION (NOTION DE)	
- et représentation	81, 225	(cf Action en nom propre pour le compte d'autrui)	
- représentation imparfaite	227		
- et simulation	81		
- régime juridique	223	DOL	
- effets personnels	227	- et interposition de personne	570
- effets réels	224		
COMPTE D'AUTRUI (POUR LE) (cf Action en nom propre pour le compte d'autrui)			
CONTRAT COMPLEXE			
- et interposition de personne	158	ENSEMBLE CONTRACTUEL (cf Groupe de contrats)	
CONTRAT DE COMMISSION (cf Commission)		ERREUR SUR LA PERSONNE	
		- et interposition de personne	572
CONTRE-LETTRE (cf Simulation)			

- F -		INSTRUMENTALISATION (cf Action en nom propre pour le compte d'autrui)	
FIDUCIE (cf Interposition fiduciaire)		INTÉRÊT (NOTION DE) (cf Action en nom propre pour le compte d'autrui)	
FRAUDE		INTERPOSITION DE PERSONNE (cf aussi Action en nom propre pour le compte d'autrui)	
- adage <i>Fraus omnia corrumpit</i>	547	- buts (diversité)	23
- et interposition de personne	59, 64, 547	- définition(s)	
		- dans l'esprit des textes	57
- G -		- définition finale	131
GESTION D'AFFAIRES (EN NOM PROPRE)		- éléments communs	42
- et interposition de personne	54	- juridiques	37
		- langage courant	35
GROUPE DE CONTRATS		- droit anglais (théorie de <i>l'undisclosed principal</i> )	623
- chaîne de contrats		- et action oblique	557
- et interposition de personne	170	- et action paulienne	553
- notion et régime	165	- et agissement au nom d'une société en formation	359
- ensemble contractuel		- et auteur anonyme ou pseudonyme d'une oeuvre de l'esprit	358
- et interposition de personne	164	- et cession de créance	72
- notion et régime	160	- et <i>contrats complexes</i>	158
		- et contre-lettres (théorie des)	446
GROUPE DE SOCIÉTÉS (cf Interposition de personne morale)		- et courtage	149
		- et déclaration d'adjudicataire	357
		- et dol	570
		- et erreur sur la personne	572
		- et fiducie	335
		- dans les actes à titre onéreux	348
		- dans les libéralités	336
- H -		- et fraude	59, 64, 547
« HÉTÉRONOMIE DE LA VOLONTÉ » (cf Représentation)		- et gestion d'affaires	54
		- et <i>groupe de contrats</i>	
		- chaîne de contrats	170
		- ensemble contractuels	164
		- et intérêt (notion de)	101
		- et libéralités	
		- libéralités à / par personne interposée (distinction)	338
		- libéralités avec charges (distinction)	143
		- « motivation libérale »	147
- I -			
INOPPOSABILITÉ			
- et adage <i>Nemo auditur</i>	596		
- et simulation	587		

- qualifications (interposition fictive ou interposition fiduciaire)	337	- faisceau d'indices	
- régime juridique	343	- exemples	520
- et mandat	47	- valeur juridique	528
- et <i>Nemo auditur</i>	596	- qualifications juridiques	
- et <i>Nul ne plaide par procureur</i>	605	- primaire	46, 55
- et opérations juridiques à trois personnes	157	- finales (pluralité de ...)	389
- et personne morale (cf Interposition de personne morale)		- régime (unification du)	
- et portage d'actions	349	- neutralisation (principe)	566
- et porte-fort (promesse de)	150	- sanctions	585
- et prête-nom (distinction)	31		
- et représentation	55, 69, 126, 352, 399	INTERPOSITION DE PERSONNE MORALE	
- et responsabilité administrative	371	- <i>affectio societatis</i> (notion d')	326
- et responsabilité civile	368	- autonomie de la notion d'...	317
- responsabilité du commettant du fait du préposé	369	- avantages de l'...	310
- et responsabilité pénale	362, 613	- cohérence de la notion d'...	312
- responsabilité pénale des personnes morales	367	- et représentation	319
- et secret	1, 113	- et simulation	319
- et simulation	61, 424, 542	- interposition forcée au profit du dirigeant	50
- et société en formation (agissement au nom d'une)	359	- régime juridique	
- et société en participation (note 1)	376	- dans un groupe de sociétés	561
- et société fictive (cf Interposition de personne morale)		- en cas de "faillite"	559
- et société-écran (cf Interposition de personne morale)		- interposition fictive transposée	319
- et stipulation pour autrui	134	- société fictive	
- et supposition de nom	153	- notion	322
- <i>interposition fictive</i>	196	- régime	330
- interposition forcée	50, 109, 319, 532	- société-écran	310
- <i>interposition mixte</i>	264, 356		
- <i>interposition réelle</i>	224	INTERPOSITION FIDUCIAIRE (cf aussi Libéralités)	
- « interposition représentative »	352	- fiducie et interposition de personne	335
- preuve de l'...		- ... dans les actes à titre onéreux	348
- présomptions légales		- portage d'actions	349
- art. 911 C. civ.	475	- ... dans les libéralités	
- art. 1100 C. civ.	478	- notion	336
- autres	482	- régime	343, 347
- inconvénients	491		
- méthodes assimilées	497	- L -	
- preuve littérale (principe)		LIBÉRALITÉS (cf aussi Interposition fiduciaire)	
- exceptions	512	- charges et interposition de personne (distinction)	143
- principe	509	- et fiducie	336

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- et interposition de personne		- P -	
- interposition fictive	338, 346		
- interposition fiduciaire	336, 347		
- régime juridique	343	PARTIE	
- intention libérale et « motivation libérale »	147	- distinction des ... et des tiers	15
- présomptions d'interposition			
- art. 911 C. civ.	475	PORTAGE D' ACTIONS	
- art. 1100 C. civ.	478	(cf Interposition fiduciaire)	
- M -		PORTE-FORT (PROMESSE DE)	
		- et interposition de personne	150
MANDAT		POUVOIR (NOTION DE)	
- et interposition de personne	47	- et droit subjectif	395
- mandataire qui taît le nom de son mandant	353	- et représentation	391
- sans représentation	55		
		PRESCRIPTION	
		- et déchéance	257
- N -		PRÉSOMPTIONS D' INTERPOSITION	
		(cf Interposition de personne)	
<i>NEMO AUDITUR</i>		PRÊTE-NOM	
(cf Adages)		- définitions	177
		- et cession de créance	72
NOM PROPRE		- et commission (contrat de)	215
(cf Action en nom propre pour le compte d'autrui)		- et contre-lettres (théorie des)	446
		- et interposition de personne (distinction)	31
		- et représentation	71, 190
<i>NUL NE PLAIDE PAR PROCUREUR</i>		- et simulation	190
(cf Adages)		- notion de tiers de bonne foi	196
		- qualification juridique	
		- prête-nom fictif et prête-nom réel	190
		- preuve (cf Interposition de personne)	
		PREUVE DE L' INTERPOSITION	
OPÉRATIONS JURIDIQUES À TROIS PERSONNES		(cf Interposition de personne)	
- et interposition de personne	157		
OPTION (DROIT D')		PROMESSE DE PORTE-FORT	
- délais d'option		(cf Porte-fort)	
- et délais de prescription	257		
- et délais de déchéance	257		
- « représentation optionnelle »	252, 253		

- Q -		- responsabilité du commettant du fait du préposé	369
QUALIFICATIONS JURIDIQUES (cf la notion concernée)		RESPONSABILITÉ PÉNALE	
		- des personnes morales	367
		- et interposition de personne	362, 613
- R -		- S -	
REMPLACEMENT (NOTION DE) (cf Action en nom propre pour le compte d'autrui)		SECRET	
		- et interposition de personne	1, 113
REPRÉSENTATION		SIMULATION	
- conditions de mise en oeuvre	399	- « action en déclaration de ... »	
- <i>contemplatio domini</i>	405	- analyse	542
- droit anglais ( <i>agency</i> )	624	- conditions	546
- et absence de consentement du tiers cocontractant	413	- bien-fondé d'une théorie générale	458
- et absence d'information du tiers cocontractant	416	- dans le cadre d'un acte unilatéral	430
- et action en nom propre	407	- dans le cadre d'un fait juridique	434
- et autonomie de la volonté	378	- et apparence (théorie de l')	462
- et command (réserve de)	247	- et contrat de commission	81
- et commission (contrat de)	81, 225	- et contre-lettres (théorie des)	436
- représentation imparfaite	227	- et interposition de personne	446
- et interposition de personne	55, 69, 126, 352, 399	- et interposition de personne	61, 424
- et interposition de personne morale	319	- et interposition de personne morale	319
- et pouvoir (notion de)	391	- et mariage fictif ou simulé	445
- et prête-nom	71, 190	- et prête-nom	190
- explications théoriques	377	- notion de tiers de bonne foi	196
- « hétéronomie de la volonté »	383	- et société fictive	442
- « interposition représentative »	352	- inopposabilité de l'apparence	587
- « représentation imparfaite »	227	- notion de ...	
- « représentation optionnelle »	252, 253, 295, 422	- conception large	428
		- conception restreinte	436
RÉSERVE DE COMMAND (cf Command)		SOCIÉTÉ EN FORMATION	
RESPONSABILITÉ ADMINISTRATIVE		- agissement au nom d'une ... et interposition de personne	359
- et interposition de personne	371	SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION	
RESPONSABILITÉ CIVILE		- et interposition de personne	376 (note 1)
- et interposition de personne	368	SOCIÉTÉ FICTIVE (cf Interposition de personne morale)	

SOCIÉTÉ-ÉCRAN  
(cf Interposition de  
personne morale)

STIPULATION POUR AUTRUI	
- et clause de substitution (dans les promesses unilatérales de vente)	288
- et interposition de personne	134
- libéralités avec charge	
- et libéralités à / par personne interposée (distinction)	143

SUBSTITUTION DE PERSONNE  
(cf Clause de substitution dans les  
promesses unilatérales de vente)

SUPPOSITION DE NOM	
- et interposition de personne	153

- T -

TIERS	
- distinction des parties et des ...	15

- U -

<i>UNDISCLOSED PRINCIPAL</i> (THÉORIE ANGLAISE)	
- <i>agency</i> (notion d')	624
- présentation sommaire	623





# TABLE DES MATIÈRES

[les chiffres renvoient aux numéros de pages]

Principales abréviations	p. 7
Plan sommaire	p. 11
<b>INTRODUCTION</b>	p. 15
<b>PREMIÈRE PARTIE :</b> <b>LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA NOTION</b>	p. 39
<b>TITRE PREMIER : L'UNITÉ DU CONCEPT</b>	p. 43
<b><u>CHAPITRE 1 : L'OBSERVATION EMPIRIQUE</u></b>	p. 47
<u>Section 1 : La notion d'interposition de personne dans les sources d'influence du droit positif</u>	p. 49
§ 1 : Les premiers éléments de la définition	p. 53
A. La notion d'interposition de personne dans le langage courant	p. 53
B. Les définitions juridiques de la notion d'interposition de personne	p. 55
C. La synthèse des éléments mis en évidence	p. 60
§ 2 : Une première tentative de qualification juridique	p. 64
A. Les points de convergence avec le mandat	p. 65
B. Les limites de la qualification de mandat	p. 67
1. L'hypothèse de l'interposition de personne dite "forcée"	p. 68
2. L'hypothèse de la gestion d'affaires <i>proprio nomine</i>	p. 71
C. La qualification de mandat (ou quasi-mandat) sans représentation	p. 72

<u>Section 2 : La notion d'interposition de personne dans les sources directes du droit positif</u>	p. 75
§ 1 : Les situations d'interpositions de personne frauduleuses	p. 80
A. Les insuffisances de la théorie de la simulation	p. 81
B. Les limites de la théorie de la fraude	p. 84
§ 2 : Les situations d'interpositions de personne non frauduleuses	p. 88
A. La convention de prête-nom	p. 90
1. Le sort des actes accomplis par le prête-nom	p. 92
2. L'attribution de la propriété au maître de l'affaire	p. 96
B. Le contrat de commission	p. 99
<b><u>CHAPITRE 2 : LA RECHERCHE SYSTÉMATIQUE</u></b>	p. 105
<u>Section 1 : Un remplacement</u>	p. 109
§ 1 : Le critère matériel	p. 111
A. Conséquences directes et conséquences indirectes	p. 112
B. Conséquences juridiques et conséquences économiques	p. 114
C. Conséquences voulues et conséquences fortuites	p. 118
§ 2 : Le critère comptable	p. 122
§ 3 : Le critère psychologique	p. 128
<u>Section 2 : Une dissimulation</u>	p. 133
§ 1 : Le critère matériel	p. 135
A. Une dissimulation d'identité	p. 136
B. Une dissimulation de qualité	p. 139
C. Un secret portant sur l'identité ou la qualité réelle du maître	p. 141
§ 2 : Le critère juridique	p. 145
A. Une absence réelle ou fictive de représentation	p. 146
B. Une absence formelle de désignation du maître de l'affaire comme sujet d'imputation des effets juridiques de l'acte	p. 148

<b><u>CHAPITRE 3 : LA DIFFÉRENCIATION JURIDIQUE</u></b>	p. 151
<b><u>Section 1 : Les techniques voisines</u></b>	p. 153
§ 1 : La stipulation pour autrui	p. 154
A. La recherche d'un critère de distinction	p. 155
1. Les critères rejetés	p. 155
2. Le critère retenu	p. 159
B. La mise en oeuvre du critère	p. 161
§ 2 : Les autres procédés voisins	p. 166
A. L'opération de courtage	p. 167
B. La promesse de porte-fort	p. 167
C. La disposition de la chose d'autrui par celui qui se croit propriétaire	p. 169
D. La supposition de nom	p. 170
<b><u>Section 2 : Les qualifications voisines</u></b>	p. 173
§ 1 : Les ensembles contractuels	p. 177
A. Les limites de la qualification d'ensemble contractuel	p. 178
B. L'application de cette qualification à l'interposition de personne	p. 181
§ 2 : Les chaînes de contrats	p. 183
A. Les limites de la qualification de chaîne de contrats	p. 184
B. L'application de cette qualification à l'interposition de personne	p. 188
<b>TITRE DEUXIÈME : LA MULTIPLICITÉ DES FORMES</b>	p. 193
<b><u>CHAPITRE 1 : L'INTERPOSITION DE PERSONNE PAR NATURE</u></b>	p. 197
<b><u>Section 1 : La convention de prête-nom</u></b>	p. 199
§ 1 : Une notion à géométrie variable	p. 201
A. Un mandat dissimulé	p. 202
1. Un mandat déguisé	p. 202
2. Un mandat secret	p. 203
B. Un mandat sans représentation	p. 204
1. Le mandat implicite sans représentation	p. 205
2. Le mandat explicite sans représentation	p. 206
3. La gestion d'affaires sans représentation	p. 207
C. Un mandat d'agir en nom propre	p. 208

§ 2 : Une notion duale (prête-nom réel et prête-nom fictif)	p. 210
A. L'exposé de la thèse	p. 211
B. La vérification jurisprudentielle	p. 215
1. L'arrêt du 18 février 1846	p. 217
2. L'arrêt du 25 janvier 1864	p. 218
3. L'arrêt du 26 avril 1982	p. 222
4. L'arrêt du 17 novembre 1999	p. 226
<u>Section 2 : Le contrat de commission</u>	p. 231
§ 1 : La définition de l'opération de commission	p. 233
A. Les critères de distinction avec le prête-nom	p. 234
B. Les principales applications	p. 237
§ 2 : Les effets de l'opération de commission	p. 242
A. Les effets réels	p. 243
B. Les effets personnels	p. 245
<u>Section 3 : La clause de réserve de command</u>	p. 255
<u>Sous-Section 1 : Le procédé traditionnel</u>	p. 257
§ 1 : La présentation générale du procédé	p. 259
§ 2 : La nature juridique du procédé	p. 267
A. Le fondement juridique de la substitution	p. 268
B. La spécificité du régime de ce procédé	p. 273
1. La situation juridique pendant la période d'incertitude	p. 273
2. L'exercice du droit d'option	p. 274
<u>Sous-Section 2 : Une application nouvelle - La clause de substitution dans les promesses unilatérales de vente</u>	p. 285
§ 1 : La position de la jurisprudence	p. 287
A. La nature juridique de la substitution	p. 289
B. Les conséquences de la substitution	p. 292
§ 2 : Les tentatives d'explication	p. 298
A. Les diverses propositions	p. 299
1. La qualification de cession de créance	p. 299
2. La qualification de délégation	p. 303

3. La qualification autonome de « substitution de personne »	p. 305
4. La qualification de stipulation pour autrui	p. 306
B. La qualification de « représentation optionnelle »	p. 311
1. Le rapprochement avec la clause de réserve de command	p. 312
2. L'appréciation critique de la proposition	p. 314
<b><u>CHAPITRE 2 : L'INTERPOSITION DE PERSONNE PAR INCIDENCE</u></b>	p. 319
<b><u>Section 1 : L'interposition de personne morale</u></b>	p. 321
§ 1 : La société-écran	p. 324
A. La cohérence de la notion d'interposition de personne morale	p. 326
1. L'exposé de la thèse de l'incompatibilité	p. 327
2. La critique de la thèse de l'incompatibilité	p. 328
B. L'autonomie du concept d'interposition de personne morale	p. 329
C. La spécificité juridique de l'interposition de personne morale	p. 332
§ 2 : La société fictive	p. 335
A. La notion de société fictive	p. 336
1. La fictivité juridique	p. 337
2. La fictivité économique	p. 339
B. Les effets de la déclaration de fictivité	p. 342
<b><u>Section 2 : Les autres interpositions de personne</u></b>	p. 347
§ 1 : L'interposition fiduciaire	p. 349
A. L'interposition fiduciaire dans les libéralités	p. 350
1. La qualification d'interposition fiduciaire dans les libéralités	p. 351
2. Le régime de l'interposition fiduciaire dans les libéralités	p. 356
B. L'interposition fiduciaire dans les actes à titre onéreux	p. 360
§ 2 : L'interposition représentative	p. 364
A. Le mandataire qui tait le nom de son mandant	p. 365
B. Le représentant qui agit en son nom propre	p. 368
§ 3 : L'interposition matérielle	p. 373
A. L'interposition matérielle en matière pénale	p. 374
B. L'interposition matérielle en matière civile	p. 379
C. L'interposition matérielle en matière administrative	p. 383
Conclusion de la première partie	p. 385

**DEUXIÈME PARTIE :****LA TENTATIVE D'UNIFICATION DU RÉGIME**

p. 387

**TITRE PREMIER : DES FONDEMENTS JURIDIQUES COMMUNS**

p. 391

**CHAPITRE 1 : LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION**

p. 395

**Section 1 : L'explication théorique du mécanisme de la représentation**

p. 399

## § 1 : La représentation, véritable exception à l'autonomie de la volonté

p. 401

## A. L'incompatibilité de la représentation avec le principe d'autonomie de la volonté

p. 402

## B. L'explication de la représentation par une possible « hétéronomie de la volonté »

p. 408

## 1. L'analyse de la représentation par l'étude de l'acte juridique

p. 408

## 2. L'analyse de la représentation par l'étude de l'obligation

p. 411

## § 2 : La représentation, exercice d'un pouvoir nécessairement autonome

p. 415

**Section 2 : L'analyse pratique du mécanisme de la représentation**

p. 423

## § 1 : La position du problème

p. 425

## A. Les étapes du processus de mise en oeuvre de la représentation

p. 426

B. Le contenu et la portée de la condition de la *contemplatio domini*

p. 429

## § 2 : La démonstration de la compatibilité

p. 435

## A. La protection des intérêts du tiers cocontractant

p. 436

## 1. Les conséquences de l'absence de consentement du tiers

p. 436

## 2. Les conséquences de l'absence d'information du tiers

p. 438

## B. L'exercice autonome et unilatéral du pouvoir de représentation

p. 442

**CHAPITRE 2 : LES CONDITIONS DE LA SIMULATION**

p. 447

**Section 1 : L'ambiguïté de la notion de simulation**

p. 451

## § 1 : La compatibilité de l'interposition de personne avec le procédé simulatoire

p. 453

## A. Le procédé simulatoire dans le cadre d'un acte juridique unilatéral

p. 455

## B. Le procédé simulatoire dans le cadre d'un fait juridique

p. 459

§ 2 : L'incompatibilité de l'interposition de personne avec la théorie des contre-lettres	p. 462
A. L'exposé de la conception restreinte de la notion de simulation	p. 464
B. Les critiques de la conception extensive de la notion de simulation	p. 466
1. L'énoncé des critiques dans leur contexte	p. 467
2. L'application des critiques à l'hypothèse de l'interposition de personne	p. 471
a. L'absence d'acte secret	p. 471
b. L'absence de contradiction	p. 476
c. L'inutilité du recours à la notion de simulation	p. 477
<u>Section 2 : Le bien-fondé d'une théorie générale de la simulation</u>	p. 481
§ 1 : La théorie de l'apparence, source d'inopposabilité des effets de la situation réelle	p. 483
§ 2 : La théorie de l'apparence, fondement d'une théorie générale de la simulation	p. 487
<b>TITRE DEUXIÈME : DES RÉSULTATS CONVERGENTS</b>	p. 495
<b><u>CHAPITRE 1 : L'IDENTIFICATION DE L'INTERPOSITION DE PERSONNE</u></b>	p. 499
<u>Section 1 : L'identification systématique</u>	p. 503
§ 1 : Les présomptions légales d'interposition de personne	p. 505
A. L'état du droit positif	p. 506
1. L'article 911 du Code civil	p. 506
2. L'article 1100 du Code civil	p. 508
3. Les autres présomptions légales	p. 511
a. Les articles renvoyant aux articles 911 et 1100 du Code civil	p. 512
b. L'article 1125-1 du Code civil	p. 515
c. L'article 990 D du Code général des impôts	p. 516
B. L'appréciation critique de la méthode des présomptions légales	p. 519
1. Une méthode contestable	p. 520
2. Une méthode paradoxalement inefficace	p. 522
§ 2 : Les méthodes assimilées aux présomptions	p. 524
A. En droit des sociétés	p. 525
B. En matière fiscale	p. 530

<u>Section 2 : L'identification empirique</u>	p. 533
§ 1 : La preuve du mandat préalable	p. 535
A. Le principe de la preuve littérale	p. 536
B. Les nombreuses atténuations	p. 538
§ 2 : La preuve de l'instrumentalisation	p. 545
A. Les éléments de preuve de l'instrumentalisation	p. 546
1. La maîtrise de fait exercée par l'interposant sur l'interposé	p. 546
2. L'anormalité de certains comportements	p. 548
3. L'existence de coïncidences troublantes	p. 550
4. L'impossibilité, l'improbabilité ou la fictivité de la version "officielle"	p. 551
B. La valeur juridique limitée de la preuve de l'instrumentalisation	p. 552
1. L'instrumentalisation volontaire	p. 553
2. L'instrumentalisation forcée	p. 555
a. L'instrumentalisation forcée dans l'intérêt du représentant légal	p. 555
b. L'instrumentalisation forcée au profit d'un tiers	p. 557
<b><u>CHAPITRE 2 : LES EFFETS DE LA QUALIFICATION D'INTERPOSITION DE PERSONNE</u></b>	p. 559
<u>Section 1 : Le principe de neutralisation</u>	p. 563
§ 1 : Les fondements de la neutralisation	p. 564
A. Les fondements généraux	p. 564
1. L'action en déclaration de simulation	p. 565
2. L'adage <i>fraus omnia corrumpit</i>	p. 569
B. Les fondements ponctuels	p. 575
1. Les corrections directes	p. 576
2. Les corrections indirectes	p. 578
§ 2 : Les effets de la neutralisation	p. 587
A. Les conséquences sur la validité de l'acte	p. 587
1. L'appréciation de la validité au regard des dispositions impératives	p. 588
2. L'appréciation de la validité au regard de la théorie générale des contrats	p. 590
B. Les conséquences sur l'imputation des effets de l'acte	p. 594
1. L'établissement d'un lien de droit	p. 595
2. La mise en oeuvre d'une responsabilité	p. 598
3. La soumission à un statut ou une règle obligatoires	p. 601



<u>Section 2 : Les sanctions spéciales</u>	p. 605
§ 1 : L'inopposabilité de la neutralisation	p. 606
A. L'inopposabilité résultant de la théorie de la simulation	p. 606
B. L'inopposabilité résultant de l'adage <i>Nemo auditur</i>	p. 614
§ 2 : Les sanctions ponctuelles	p. 619
A. Les sanctions civiles	p. 619
1. Les nullités formelles	p. 620
2. Les cumuls de responsabilités	p. 626
B. Les sanctions pénales	p. 628
Conclusion générale :	p. 633
Annexe	p. 639
Bibliographie générale	p. 647
I. Ouvrages généraux, manuels, traités	p. 647
II. Thèses, ouvrages spécialisés	p. 651
III. Articles, chroniques	p. 657
IV. Notes de jurisprudence, observations, commentaires	p. 662
Index alphabétique	p. 671
Table des matières	p. 679

