

La fraude à la loi

TRAVAIL DE MEMOIRE

Cours de principes généraux de droit privé

Prof. D. Piotet

LISTE DES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article(s)
ATA	Arrêt du tribunal administratif de la république et canton de Genève
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
Cf.	Confer
Chif.	Chiffre(s)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
Consid.	Considérant
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPC-VD	Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966, RSV 270.11
Cst.-féd.	Constitution fédérale de la Confédération Suisse du 18 avril 1999, RS 101
DB	Droit du bail
DFJP	Département fédéral de justice et police
DTA	Revue de droit du travail et d'assurance-chômage
FF	Feuille fédérale
FJS	Feuille juridique suisse
JAR	Jahrbuch zum Schweizerischen Arbeitsrecht
JdT	Journal des Tribunaux
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241
Let.	Lettre

LDFR	Loi fédérale sur le droit foncier rural du 4 octobre 1991, RS 211.412.11
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, RS 291
LOJV	Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS 281.1
LPart	Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004, RS 211.231
LPMA	Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998, RS 810.11
n.	Numéro marginal
OBLF	Ordonnance sur le bail à loyer et le bail à ferme d'habitations et de locaux commerciaux du 9 mai 1990, RS 221.213.11
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911, RS 220
p(p).	page(s)
PJA	Pratique Juridique Actuelle
RDAF	Revue de droit administratif et fiscal
RDS	Revue de droit suisse
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s(s)	Et suivant(s)
SA	Société Anonyme
SJ	Semaine judiciaire
ss.	Et suivants
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral

TC	Tribunal cantonal
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907, RS 210
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

BIBLIOGRAPHIE

Doctrine :

AUBERSON CAMILLE et OPPLIGER DAMIEN, L'affaire Sika : un exemple en faveur d'une approche économique des transferts d'actions soumis à l'agrément de la société, *in* : RSDA 2015 614, Zurich 2015. (Cité : AUBERSON/OPPLIGER)

BAUMANN MAX, Zürcher Kommentar, CC I, 3ème édition, Zurich 1998, art. 2 CC. (Cité : BAUMANN, ZK, *ad* art. 2 CC)

BISANG RAYMOND, BURKHALTER PETER, FUTTERLIEB RAOUL, HEINRICH PETER, MAAG ANDREAS, MÜLLER JÜRIG P., ROHRER BEAT, STUCKI KATHRINA, TSCHUDI MATTHIAS, Le droit suisse du bail à loyer, Commentaire, Bâle 2011. (Cité : BISANG ET ALII)

BLOCH OLIVIER, Les conventions d'actionnaires et le droit de la société anonyme en droit suisse avec un aperçu du droit boursier, 2ème édition, Genève, Zurich, Bâle 2011. (Cité : BLOCH)

BONARD PAUL, Les sanctions des règles de compétence (déclinatoire, recours, refus de l'exécution), étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Mauraz 1985. (Cité : BONARD)

CARRON VINCENT, Commentaire du contrat de travail, Berne 2013. (Cité : CARRON)

CHAPPUIS CHRISTINE, L'abus de droit en droit suisse des affaires, *in* : L'abus de droit, comparaisons franco-suisse, Genève 1998. (Cité : CHAPPUIS)

CORNU LAURENCE, Théorie de l'évasion fiscale et interprétation économique, Les limites imposées par les principes généraux du droit, Genève, Zurich, Bâle 2014. (Cité : CORNU)

DEPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, Avant-projet du Code civil suisse, Berne 1900. (Cité : DFJP)

DESBOIS HENRI, La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, Paris 1927. (Cité : DESBOIS)

DESCHENAUX HENRI, La distinction du fait et du droit dans la procédure de recours au Tribunal fédéral, Fribourg 1948. (Cité : DESCHENAUX)

DESCHENAUX HENRI, Traité de droit civil suisse, Le titre préliminaire du code civil, Fribourg 1969. (Cité : DESCHENAUX II)

DIETSCHY PATRICIA, Le droit d'option dans les baux à loyer d'habitations ou de locaux commerciaux, *in* : PJA 2012, Zurich, Saint-Gall 2013. (Cité : DIETSCHY)

DIZERENS YANN-ERIC, *La gestion des ressources humaines salariées et bénévoles, Droit du travail, valeurs et principes d'action de l'économie sociale et solidaire*, Genève, Zurich, Bâle 2014. (Cité : DIZERENS)

DUNAND JEAN-PHILIPPE, *Le transfert fiduciaire "Donner pour reprendre", Mancipio dare ut remancipetur*, Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, Bâle 2000. (Cité : DUNAND)

DURANTE DANIEL, *Le renouvellement des contrats de durée, Solutions légales et contractuelles*, Genève, Zurich, Bâle 2016. (Cité : DURANTE)

EGGER A, ESCHER ARNOLD, HAAB ROBERT et OSER H., *Zürcher Kommentar, CO I*, Zurich 1925, art. 20 CO. (Cité : EGGER ET ALII, ZK, n. 26 *ad* art. 20 CO)

ENGEL PIERRE, *La portée de la clause générale de la bonne foi (art. 2 CC) dans la jurisprudence et par rapport à sa concrétisation dans certains domaines spécifiques (LCD, bail, contrat de travail)*, *in* : *Abus de droit et bonne foi*, Fribourg 1994. (Cité : ENGEL)

ENGEL PIERRE, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple*, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 2000. (Cité : ENGEL II)

FETTER SÉBASTIEN, *La contestation du loyer initial*, Berne 2005. (Cité : FETTER)

GÄCHTER THOMAS, *Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht*, Zurich 2005. (Cité : GÄCHTER)

GIL SIMON, *La crise et le contrat de bail : où est l'abus de droit ?*, Genève, Zurich, Bâle 2015. (Cité : GIL)

GLOOR WERNER, *Le congé-modification et l'acceptation de l'offre modificative abusive*, *in* : *DTA 2008*, Berne 2008. (Cité : GLOOR)

GUGGENHEIM DANIEL A. et GUGGENHEIM ANATH, *Les contrats dans la pratique bancaire suisse*, 5^{ème} édition, Berne 2014. (Cité : GUGGENHEIM/GUGGENHEIM)

HAUSHEER HEINZ et AEBI-MÜLLER REGINA E., *Berner Kommentar, CC I*, Berne 2012, art. 2 CC. (Cité : HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, n. 93 *ad* art. 2 CC)

HAUSHEER HEINZ et JAUN MANUEL, *Handkommentar, die Einleitungsartikel des ZGB*, Berne 2003, art. 2 CC. (Cité : HAUSHEER/JAUN, HK, let. gg *ad* art. 2 CC)

HONSELL HEINRICH, *Basler Kommentar, CO I*, 4^{ème} édition, Bâle 2014, art. 2 CC. (Cité : HONSELL, BSK, n. 31 *ad* art. 2 CC)

HIGI PETER, *Zürcher Kommentar, CO II*, 2^{ème} édition, Zurich 1995, art. 266 CO. (Cité : HIGI)

HUGUENIN JACOBS CLAIRE, *Basler Kommentar, CO I*, 6^{ème} édition, Bâle 2015, art. 20 CO. (Cité : HUGUENIN JACOBS, BSK, n. 22 *ad* art. 20 CO)

JÄGGI PETER, GAUCH PETER et HARTMANN STEPHAN, *Zürcher Kommentar, CO I*, 4^{ème} édition, Zurich, Bâle, Genève 2014, art. 18 CO. (Cité : JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, *ad* 18 CO)

KLEIN FRÉDÉRIC-EDOUARD, *A propos de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, Trust anglo-saxon, Treuhand allemande et fiducie suisse*, *in* : *Mélanges Paul Piotet*, Berne 1990. (Cité : KLEIN)

KRAMER ERNST A., *Berner Kommentar, CO I*, Berne 1990, art. 20 CO. (Cité : KRAMER, BK, *ad* art. 20 CO)

KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, CO I, Berne 1986, art. 18 CO. (Cité : KRAMER/SCHMIDLIN, BK, *ad* art. 18 CO)

LACHAT DAVID, Le bail à loyer, Genève 2008. (Cité : LACHAT)

LANG GEORG ADOLF, La fraude à la loi en droit international privé suisse, Mauraz 1984. (Cité : LANG)

LIGEROPOULO ALEXANDRE, Le problème de la fraude à la loi, Marseille 1928 (Cité : LIGEROPOULO)

MADAY DENIS, Die sogenannte Gestzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht, Berne 1941. (Cité : MADAY)

MARTY GABRIEL, La distinction du fait et du droit : essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait, Paris 1929. (Cité : MARTY)

MATILE PIERRE, ZILLA JOSÉ et STREIT DAN, Travail temporaire, Commentaire pratique des dispositions fédérales sur la location de services (art. 12-39 LSE), Genève, Zurich, Bâle 2010. (Cité : MATILE/ZILLA/STREIT)

MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar, CC I, Berne 1962, art. 1 CC. (Cité : MEIER-HAYOZ, BK, *ad* art. 1 CC)

MERZ, Berner Kommentar, CC I, Berne 1966, art. 2 CC. (Cité : MERZ, BK, *ad* art. 2 CC)

MONTAVON PASCAL, Abrégé de droit civil, Art. 1^{er} à 640 CC / LPart, 3^{ème} édition, Genève, Zurich, Bâle 2013. (Cité : MONTAVON)

NIKLAUS JEAN-LUC, Quelques aspects judiciaires du droit de la protection des consommateurs, *in* : JdT 2017 II 47, Lausanne 2017. (Cité : NIKLAUS)

PERRIN JEAN-FRANÇOIS, Les relations entre la loi et les règles de la bonne foi : collaboration ou conflit internormatif ? (de la théorie à la sociologie de l'abus de droit), *in* : L'abus de droit, comparaisons franco-suisse, Genève 1998. (Cité : PERRIN)

PIOTET DENIS, Commentaire romand, CO I, Bâle 2010, art. 115 CO. (Cité : PIOTET, CR, *ad* art. 115 CO)

PRAT-ROUSSEAU LOUIS-A., La notion de fraude à la loi, Son domaine d'application actuel en droit civil français, Bordeaux 1937. (Cité : PRAT-ROUSSEAU)

RAPP JEAN-MARC, La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses, *in* : Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne 1994. (Cité : RAPP)

RIEMER HANS MICHAEL, Vertragsumgehungen sowie Umgehungen anderer rechtsgeschäftlicher Rechte und Pflichten, *in* : ZSR 101 1982. (Cité : RIEMER)

RÖMER GUSTAV, Gesetzesumgehung im deutschen internationalen Privatrecht, Berlin 1955. (Cité : RÖMER)

RÜTTEN MICHAEL, Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht, Zurich, Bâle, Genève, 2003. (Cité : RÜTTEN)

SAVIAUX NICOLAS, Baux de courte durée successifs et contestation du loyer initial, *in* : PJA 2010, Zurich, Saint-Gall 2010. (Cité : SAVIAUX)

SIEGRIST JEAN-MARC, Commentaire d'arrêt 4A_609/2012, ATF 139 III 145 du loyer initial, *in* : DB 2013 15, Neuchâtel 2013. (Cité : SIEGRIST)

STEINAUER/BIERI, Le titre préliminaire du Code civil, Bâle 2008. (Cité : STEINAUER/BIERI)

TAPPY DENIS, Note sur l'action partielle et ses sanctions, *in* : JdT 2008 III 99, Lausanne 2005. (Cité : TAPPY)

THÉVENOZ LUC, La fiducie, cendrillon du droit suisse, Propositions pour une réforme, *in* : revue de droit suisse, Bâle 1995. (Cité : THÉVENOZ)

TERCIER PIERRE, Traité de droit privé suisse, Le Titre préliminaire du Code civil, Bâle 2009. (Cité : TERCIER)

TERCIER PIERRE et DUCREST JEAN-FRANÇOIS, La simulation, *in* : FJS 606, Genève 1988. (Cité : TERCIER/DUCREST)

VETSCH JAKOB, Die Umgehung des Gesetzes (im fraudem legis agere), Theorie, Rechtsprechung und Gesetzgebung, Zurich 1917. (Cité : VETSCH)

VIDAL JOSÉ, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe "fraus omnia corrumpit", Paris 1957. (Cité : VIDAL)

WERRO FRANZ, Commentaire romand, CC I, Bâle 2010, art. 1 CC. (Cité : WERRO, CR, *ad* art. 1 CC)

WINIGER BÉNÉDICT, Commentaire romand, CO I, 2ème édition, Bâle 2012, art. 18 CO. (Cité : WINIGER, CR, *ad* art. 18 CO)

WYLER RÉMY, Droit du travail et jurisprudence récente: aperçu de quelques arrêts fédéraux et cantonaux, *in* : JdT 1998 I 98. (Cité : WYLER)

WYLER RÉMY et HEINZER BORIS, Droit du travail, 3ème édition, Berne 2014. (Cité : WYLER/HEINZER)

YUNG WALTER, Simulation, fiducie et fraude à la loi, *in* : Mélanges Georges Sauser-Hall, Neuchâtel, Paris 1952. (Cité : YUNG)

Jurisprudences fédérales :

- ATF 19 344,
- ATF 31 II 105,
- ATF 71 II 106= JdT 1945 I 472,
- ATF 71 II 196 = JdT 1946 I 13,
- ATF 73 II 220 = JdT 1948 I 365,
- ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139,
- ATF 79 II 79 = JdT 1954 I 142,
- ATF 80 II 334 = JdT 1955 I 504,
- ATF 81 II 534,
- ATF 83 I 173,
- ATF 83 II 73 = JdT 1963 I 6,
- ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265,
- ATF 88 II 73,
- ATF 92 I 539 = JdT 1968 I 170,
- ATF 97 II 207,

- ATF 98 II 23 = JdT 1972 I 541,
- ATF 99 II 393,
- ATF 102 III 165,
- ATF 104 II 204 = JdT 1979 I 142,
- ATF 109 II 43 = JdT 1983 I 272,
- ATF 112 II 330 = JdT 1987 I 70,
- ATF 113 II 460,
- ATF 114 Ib 11,
- ATF 117 II 290,
- ATF 119 V 46,
- ATF 121 V 97,
- ATF 123 IV 61,
- ATF 123 V 234,
- ATF 124 III 266 = JdT 1999 I 414,
- ATF 125 II 206,
- ATF 125 III 257,
- ATF 127 V 183,
- ATF 127 V 309,
- ATF 128 III 201,
- ATF 128 III 419,
- ATF 129 III 118,
- ATF 129 III 618,
- ATF 130 III 417,
- ATF 131 III 225,
- ATF 131 III 606,
- ATF 132 III 212,
- ATF 132 III 226,
- ATF 135 IV 113,
- ATF 136 III 82,
- ATF 137 I 257,
- ATF 137 III 539,
- ATF 139 II 49,
- ATF 139 III 145,
- ATF 139 IV 270,
- ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179,
- ATF 141 IV 262,
- ATF 142 II 206,
- ATF 142 III 402,
- TAF, A-340/2015 du 28 novembre 2016,
- TAF, A-5433/2015 du 2 mars 2017,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 1C_158/2015 du 3 mai 2016,

- Arrêt du Tribunal fédéral, 1C_263/2016 du 21 février 2017,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 1C_450/2007 du 26 mars 2008,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 1C_546/2015 du 23 juin 2016,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 2C_62/2015 du 2 novembre 2016,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 2C_793/2016 du 10 février 2017,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A_216/2007 du 13 septembre 2007,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A_353/2009 du 3 novembre 2009 = SJ 2010 I 241,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A_362/2012 du 28 septembre 2012,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A_428/2016 du 15 février 2017,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A_609/2012 du 26 février 2013,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A_629/2016 du 27 mars 2017,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4A.684/2004 du 23 mai 2005,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4C_22/2000 du 27 juin 2000,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 = JAR 2000 105,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 4C.168/2002 du 16 octobre 2002,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 5A_137/2009 du 8 novembre 2010,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 8C_79/2009 du 25 septembre 2009,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 8C_81/2009 du 27 août 2009,
- Arrêt du Tribunal fédéral, 8C_966/2010 du 28 mars 2011,
- Arrêt du Tribunal fédéral, Sassoli c. Fedi, 30 avril 1913 = JdT 1913 III 94,
- Arrêt du Tribunal fédéral, Mayor c. Voegeli, 1er décembre 1941 = JdT 1942 III 56,
- Arrêt du Tribunal fédéral, Stévenin c. Schmidt, 19 décembre 1944 = JdT 1944 III 108,
- Arrêt du Tribunal fédéral, Hercod c. Crot, 2 avril 1946 = JdT 1946 III 88,
- Arrêt du Tribunal fédéral, Hennard c. Moreillon, 3 février 1948 = JdT 1949 III 66,
- Arrêt du Tribunal fédéral, Zurich S.A. c. Mayer, 30 septembre 1952 = JdT 1952 III 112.

Sources diverses :

- *D. 1, 3, 29 PAULUS, libro singulari ad legem cincian.*
- Genève, Cour de justice, ATA/38/2017 du 17 janvier 2017.
- Message du Conseil fédéral du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire " pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail " et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, *in* : FF 1984 II.
- Message du Conseil fédéral du 28 mai 1904 concernant le projet de Code civil suisse, *in* : FF 1904 IV.
- RVJ 2011 251 du 24 septembre 2010.
- TITE-LIVE, 2ème partie [Livre VII, 16, 9] *in* : <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/LIV/VII16-28.html>
- Vaud, Tribunal cantonal, Constantinescu c. Amendola, 11 octobre 1988 = JdT 1990 III 11.
- Zurich, Tribunal cantonal, A3 2015 27 du 27 octobre 2016.

TABLE DES MATIERES

I.	Introduction.....	10
II.	Problématique de l'enchaînement de contrats et d'instances judiciaires	11
1.	Enchaînement de contrats.....	11
a.	En droit du travail	11
b.	En droit du bail.....	13
2.	Enchaînement d'instances en procédure civile.....	16
III.	Etude de la notion de « fraude à la loi ».....	19
1.	Origine.....	19
2.	Tentative de définition.....	22
a.	Une règle éludée et une règle éludante.....	22
b.	La modification de l'état de fait.....	24
c.	L'intention frauduleuse est-elle une condition ?.....	26
d.	Qu'est-ce qui peut faire l'objet d'une fraude ?	28
3.	La fraude à la loi dans la jurisprudence et sanctions applicables	30
a.	Etude de quelques jurisprudences.....	31
b.	L'interprétation de la loi et l'examen des circonstances pour déterminer l'existence d'une fraude.....	34
c.	Où se trouve la place de la fraude à la loi dans l'ordre juridique suisse, respectivement est-ce une notion de fait ou de droit ?	36
d.	La sanction	39
IV.	Confrontation du principe de la fraude à la loi à d'autres institutions juridiques.....	41
1.	L'abus de droit.....	41
2.	La simulation et la fiducie.....	44
V.	Conclusion.....	50

I. Introduction

La vie en société nécessite d'être encadrée par l'Etat, au vu de sa position de garant, qui imposera des devoirs et des interdictions aux sujets de droit, garantissant en contrepartie le respect des droits et des libertés de ces derniers. Les individus cherchent toutefois à satisfaire leurs intérêts personnels, précipitant la société dans le chaos, d'où la nécessité d'édicter des règles de droit qui imposent des lignes de conduite¹. Pour faire respecter la loi, tous les états se sont dotés d'un système de sanctions². Certains sujets de droit cherchent malgré cela à se dérober à leurs devoirs. Parmi l'un des moyens qu'ils peuvent utiliser, il y a la fraude à la loi. Dans un ordre juridique libéral comme le nôtre, il existe plus de possibilités autorisées par la loi que de formes juridiques, ce qui conduit inéluctablement à ce qu'une institution juridique puisse être utilisée à des fins contraires ou étrangères à son but. Il faut toutefois constater que le développement du droit s'est opéré au fil des années grâce à l'exploitation des institutions juridiques par les sujets de droit à d'autres fins que celles pour lesquelles elles étaient conçues. D'ailleurs, ces comportements ne sont pas automatiquement illicites et à proscrire³. Ainsi, les systèmes juridiques doivent trouver un équilibre entre la régulation totale et la liberté absolue. Nous constatons toutefois que l'organisation toujours plus complexe de notre société tend vers une réglementation impérative de plus en plus dense⁴.

Le principe de la prohibition de la fraude à la loi est le sujet que nous allons étudier dans ce mémoire. Nous souhaitons traiter cette vaste notion car nous avons constaté que les tribunaux étaient de plus en plus encombrés par des affaires d'enchaînement de contrats de courte durée (en matière de bail et de travail) et de successions de procédures judiciaires par les justiciables dans des domaines divers. Bien qu'il s'agisse de matières du droit très distinctes *a priori*, il ressort qu'elles peuvent être rattachées au même principe général de droit. C'est en tout cas la thèse que nous souhaitons défendre dans ce travail, si bien que celui-ci sera consacré principalement à étudier les contours de cette notion. Pour ce faire, nous étudierons l'origine de la « fraude à la loi », afin de déterminer le sens qu'on lui donnait dans les premiers textes légaux qui s'y référaient et pour nous permettre de mieux comprendre le sens à lui donner aujourd'hui.

Nous découvrirons sa définition controversée, si bien que nous discuterons des différents avis de doctrine pour déterminer quels éléments la composent. Nous étudierons ensuite ce qui peut faire l'objet d'une fraude⁵. Une fois que nous serons à l'aise avec la notion de fraude, nous relaterons comment la jurisprudence traite ce phénomène (par le biais de l'interprétation de la loi et l'examen des circonstances qui ont entouré l'action litigieuse et, cas échéant, quelle est la sanction encourue). Cette question nous amènera à déterminer la place que prend ce principe dans l'ordre

¹ VETSCH, p. 7 ; LIGEROUPOULO, p. 3 ; MONTAVON, p. 4.

² VETSCH, p. 7 ; LIGEROUPOULO, p. 3 ; MONTAVON, p. 4.

³ BAUMANN, n. 323, *ad art. 2 CC*.

⁴ BAUMANN, n. 323, *ad art. 2 CC*.

⁵ Pour simplifier la lecture de ce travail, nous utilisons toujours l'expression de « fraude à la loi » mais, comme nous le découvrirons, la fraude peut concerner toutes sortes d'actes juridiques, des statuts, des décisions, des jugements, etc.

juridique suisse, ce qui est une des réflexions les plus importantes de ce mémoire. Pour peaufiner notre travail, nous allons comparer la notion de fraude à d'autres institutions juridiques bien ancrées dans notre droit, à savoir l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), la simulation (art. 18 CO) et la fiducie.

Notre travail sera basé sur une question centrale très controversée : la fraude à la loi est-elle un principe général de droit autonome ? Pour y répondre, nous avons axé notre réflexion sur deux problématiques cruciales et connexes : quelle est sa définition et pourquoi la confond-elle aussi souvent avec l'abus de droit ? Notre mémoire doit permettre au lecteur de se forger son propre avis à ce sujet. Nous aurons l'occasion de donner notre opinion à chaque fois que des questions controversées se poseront et nous développerons notre avis pour répondre à la question centrale dans la conclusion. Sur ces bases, nous exposerons quel traitement nous semble le plus adéquat pour les problématiques de contrats successifs et d'enchaînement d'instances.

II. Problématique de l'enchaînement de contrats et d'instances judiciaires

Les tribunaux suisses sont saisis de plus en plus fréquemment pour trancher l'admissibilité de contrats conclus à la chaîne par un employeur ou un bailleur, qui est une problématique que nous avons décidé de traiter en lien avec le phénomène de la division d'instances au vu de leur point commun dans leur mécanisme de fonctionnement.

Ces questions ne sont *a priori* pas traitées directement dans un article de loi ; toutefois, nous sentons bien que ces comportements dérangent et sont « atypiques ». Quand la loi ne donne pas de réponse dans sa lettre, il faut l'interpréter et s'aider en raisonnant en termes de principes généraux, pour respecter son esprit⁶ et l'harmonie législative. Certaines de ces problématiques ont déjà été traitées par des tribunaux, comme nous le verrons, mais le raisonnement est par trop souvent imprécis. Nous allons commencer par présenter ces problématiques puis étudier le principe de la fraude à la loi. Cela nous permettra de construire notre propre avis de résolution de ces problématiques, que nous développerons à la fin de ce travail.

1. Enchaînement de contrats

a. En droit du travail

Lorsque l'employeur et le travailleur négocient le contenu du contrat de travail qui va les lier, ils peuvent fixer librement sa durée, conformément au principe de la liberté contractuelle, sous réserve d'un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC. Plus

⁶ Par esprit, nous entendons la signification qui doit être donnée à la disposition légale selon une interprétation téléologique. A ce sujet, se référer à notre chapitre sur l'interprétation de la loi et l'examen des circonstances pour déterminer l'existence d'une fraude à la loi.

précisément, les parties peuvent opter pour un contrat de durée indéterminée ou déterminée - renouvelable ou non -, ou encore pour une durée maximale ou minimale⁷.

Un contrat de durée déterminée est celui dont la durée est fixée d'avance (il faut et il suffit que sa durée soit déterminable). L'art. 334 al. 1 CO prévoit que ce type de contrat prend fin *ipso jure* et automatiquement, par le seul écoulement du temps⁸. Les parties peuvent, en principe, reconduire un contrat de durée déterminée⁹. Qui dit principe dit exception : la limite à cette pratique est « les contrats en chaîne » (*Kettenverträge*), qui peuvent constituer – selon nous et une partie de la doctrine moderne¹⁰ – une fraude à loi.

Notre Haute Cour s'oppose à la conclusion de contrats en chaîne lorsque leur durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et ont uniquement pour but d'éviter des dispositions impératives dont l'application dépend d'une durée minimale des rapports de travail. Parmi ces normes protectrices, citons comme exemples le droit au salaire en cas d'empêchement du travailleur (art. 324a CO) et ses exceptions (art. 324b CO), les délais de résiliation (art. 335c CO), l'interdiction de résilier le contrat en temps inopportun (art. 336c CO) ou encore le droit à une indemnité de licenciement à raison de longs rapports de travail (art. 339b CO)¹¹. L'enjeu est non-négligeable pour tout travailleur dans cette situation, puisqu'il concerne son salaire et son délai de congé sous différents aspects, ce qui représente des versants très importants de sa vie.

Dans plusieurs de ses jurisprudences, le Tribunal fédéral prohibe les contrats en chaîne par application de l'art. 2 al. 2 CC en invoquant l'abus de droit¹² ou parfois la fraude à la loi¹³. Une grande partie de la doctrine maintient cette confusion¹⁴ et rattache parfois également la fraude à l'art. 2 al. 2 CC¹⁵. Lorsque la doctrine cite des conclusions du TF qui mentionnent – à tort selon nous – l'abus de droit, elle ne s'interroge malheureusement pas assez souvent sur le bien-fondé de ce principe et le raisonnement juridique y relatif, même si le résultat de l'arrêt serait probablement le même si on l'attaquait sous l'angle de la fraude à la loi. C'est le cheminement utilisé pour aboutir au résultat qui serait différent, ce que nous découvrirons dans ce travail, d'où l'importance d'une distinction pointue entre ces deux principes. Malgré cela, nous nous demandons

⁷ WYLER/HEINZER, pp. 495, 501 et 520.

⁸ WYLER/HEINZER, p. 497.

⁹ FF 1984 II p. 617.

¹⁰ WYLER/HEINZER, p. 521. Nous expliquerons à la fin de notre travail pourquoi nous pensons que ces problématiques relèvent de la fraude à la loi et pas d'un abus de droit.

¹¹ ATF 129 III 618, consid. 6.2 et TF, 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.3 ; MATILE/ZILLA/STREIT, p. 96 ; CARRON, p. 568 ; WYLER/HEINZER, p. 520 ; GLOOR, p. 253.

¹² ATF 119 V 46, consid. 2b : « on ne verrait guère en quoi les contrats conclus successivement par les parties (*in casu*) pourraient être qualifiés d'abusifs » et TF, 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 = JAR 2000 106.

¹³ TF, 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.2 : « l'art. 2 al. 2 CC prohibe la fraude à la loi » ; TF, 4A.684/2004 du 23 mai 2005, consid. 5.3 et TF, 1C_450/2007 du 26 mars 2008, consid. 4.1 : « l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi » (...), cinq lignes plus bas nous pouvons lire : « admissibles sous réserve de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) ».

¹⁴ DIZERENS, p. 26 ; WYLER, p. 100 ; DURANTE, p. 12.

¹⁵ CARRON, p. 568 ; TF, 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.2 et ATF 129 III 618, consid. 6.2.

comment il est possible qu'autant de juristes ne distinguent pas les amalgames erronés qui sont régulièrement faits entre ces deux notions¹⁶ ?

La sanction jurisprudentielle face une pratique de *Kettenverträge* est de considérer l'enchaînement comme un unique contrat de durée indéterminée, la clause de durée n'ayant ainsi aucun effet¹⁷. Nous relevons toutefois que la jurisprudence ne considère pas systématiquement un enchaînement de contrats à durée déterminée comme une chaîne illicite. Les contrats successifs sont tout à fait justifiés et autorisés, aux yeux des tribunaux, lorsqu'ils portent sur des rapports de travail différents ou en cas de circonstances particulières, le juge devant prendre en compte la situation concrète de chaque cas d'espèce pour en décider¹⁸.

Les contrats en chaîne sont une problématique récurrente en droit du travail et, pourtant, le raisonnement juridique qui permet de les prohiber et les considérer comme un seul contrat de durée indéterminée est bancal, puisque la jurisprudence et la doctrine ne sont pas d'accord sur le principe invoqué pour contrer cette pratique. Le Tribunal fédéral doit montrer plus de précision dans ses raisonnements¹⁹ et redonner au principe de la prohibition de la fraude à la loi l'importance qu'il mérite. Cette problématique de contrats successifs se développera postérieurement dans un nouveau domaine de la vie quotidienne, à savoir dans le monde immobilier, d'où l'importance d'une théorie claire. C'est ce que nous allons découvrir dans le point suivant.

b. En droit du bail

Tout comme en droit du travail, le principe de la liberté contractuelle (art. 1 CO) rayonne sur le droit du bail, avec des limites impératives fixées par le législateur suisse, en raison du déséquilibre existant entre les parties au contrat. Un contrat de bail peut être conclu pour une durée déterminée s'il prend fin à une échéance déterminée (ou déterminable) ou indéterminée (en prévoyant des termes de résiliation), comme le contrat de travail. Les parties peuvent convenir qu'il prendra fin à la mort du locataire²⁰, contrairement au contrat qui lie le travailleur à son employeur, puisqu'il s'agirait d'un engagement excessif au sens de l'art. 27 CC.

En droit du travail, il est clair que de nombreux avantages en faveur du travailleur dépendent de la durée du contrat, ce qui paraît *a priori* moins évident pour le locataire. Dès lors, nous allons étudier quels sont les désavantages, pour le locataire, de conclure une succession de baux par rapport à un contrat de durée indéterminée résiliable pour construire un avis critique sur cette pratique émergente.

¹⁶ Nous reprendrons cette réflexion à la fin de notre travail.

¹⁷ TF, 4A_216/2007 du 13 septembre 2007, consid. 1.3 ; TF, 4C_22/2000 du 27 juin 2000, consid. 3a ; TF, 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 = JAR 2000 107. Comme nous le verrons, la paralysie des effets est la sanction typique d'un abus de droit, ce qui n'est pas celle prévue en cas de fraude à la loi.

¹⁸ TF, 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 = JAR 2000 108. ATF 129 III 618, consid. 6.2.

¹⁹ Nous étudierons la jurisprudence du Tribunal fédéral dans un autre chapitre.

²⁰ Il ne s'agit pas d'un bail « perpétuel » (« ewige Miete ») non résiliable car ce type de contrat est également prohibé par l'art. 27 CC ; SAVIAUX, p. 291.

L'art. 273c CO protégeant le locataire contre les congés abusifs n'est invocable qu'à la condition que son bail ait été résilié, ce qui ne peut pas être le cas si son contrat de durée déterminée arrive tout simplement à son terme, ce qui a pour effet de l'exclure du champ de protection de cette disposition impérative. Aussi, si le locataire souhaite demander une baisse de loyer, il ne pourra l'obtenir en théorie que pour le prochain terme de résiliation qui, en l'occurrence, est la fin du contrat, ce qui vide ce droit de tout son sens²¹. Mentionnons encore que le délai pour demander une prolongation de bail varie selon que le contrat est de durée déterminée ou indéterminée (art. 273 al. 2 CO). Même si chaque bail fait naître le droit de contester le loyer initial, les conditions sont plus restrictives pour y parvenir si le bail est de durée déterminée²².

A la conclusion de chaque contrat, le bailleur pourra augmenter le loyer d'un montant inférieur à 10% et échapper à l'art. 270 al. 1 let. b CO, sauf si le locataire peut démontrer une situation de contrainte, ce qui durcit ses chances pour y arriver à cause de son bail à durée déterminée²³. Le bailleur n'aura pas à craindre que le locataire attaque le loyer pour rendement excessif au sens de l'art. 270b CO car cette disposition n'a pas d'impact s'agissant des contrats à durée déterminée²⁴.

De même, si le locataire veut requérir une prolongation de son bail, il doit agir dans les 30 jours dès réception de son congé s'il est au bénéfice d'un contrat à durée indéterminée et doit réagir dans un délai de 60 jours avant l'expiration du bail s'il est de durée déterminée (art. 273 al. 2 CO), ce qui le met dans une situation plus défavorable en cas de bail à durée déterminée. Citons encore que, si le bailleur veut résilier un bail à durée indéterminée, il doit notifier au locataire la formule officielle, faute de quoi la résiliation sera nulle. Cette formule renseigne en outre le locataire sur son droit de contester la résiliation et l'informe de la procédure à suivre (art. 266l al. 2 CO et art. 9 al. 1 let. d OBLF). Lorsque les parties sont liées par un bail à durée déterminée, il n'y a nul besoin de résilier le bail et de procéder à cette démarche, puisque le seul écoulement du temps met un terme au contrat.

Un des arguments les plus forts de cette liste exemplative est que les locataires au bénéfice d'un bail de courte durée seront surtout dissuadés à faire valoir leurs droits²⁵, de peur que le bailleur refuse de conclure un nouveau bail à l'échéance de son contrat de courte durée. Dans une telle situation, le locataire ne dispose d'aucun moyen juridique pour contraindre le bailleur à poursuivre leur relation contractuelle. Les locataires concernés par ce genre de contrats auront également tendance à ne pas revendiquer leurs droits ou à requérir de nouvelles prétentions de bonne foi, ce qui les place dans une situation encore plus déséquilibrée en terme de rapports de force²⁶, ce qui est contraire à l'esprit des dispositions protectrices en matière de bail que le législateur a inséré dans notre Code des obligations.

²¹ ATF 128 III 419, consid. 2.4.1 ; LACHAT, pp. 399 et 404.

²² FETTER, p. 132 ; HIGI II, ZK, n. 54 *ad* art. 266 CO.

²³ TF, 4C.168/2002 du 16 octobre 2002, consid. 3.1 ; TF, 4A_353/2009 du 3 novembre 2009 = SJ 2010 I 241, consid. 3.4 ; ATF 136 III 82, consid. 3.4.

²⁴ HIGI II, ZK, n. 54 *ad* art. 266 CO.

²⁵ SAVIAUX, pp. 289 et 300s. Il n'osera pas contester le loyer initial ou demander que le bailleur refasse toutes les peintures de l'appartement même si elles sont défraîchies et amorties, par exemples.

²⁶ ATF 139 III 145, consid. 4.2.3.

En conclusion, les locataires au bénéfice de contrats successifs ne seront pas protégés par les règles impératives sur les loyers abusifs ou contre les congés abusifs, par exemples²⁷. Comme le relève FETTER, les baux en chaîne ne s'intègrent pas dans le régime légal de protection des locataires contre les loyers abusifs²⁸. Au vu de sa forme atypique et de ses conséquences qui consistent à éluder les règles impératives de protection du locataire, cet auteur propose que les rapports contractuels soient considérés, dès le premier contrat, comme un seul et même bail de durée indéterminée²⁹.

Toutefois, dans un arrêt de 2013³⁰, notre Haute Cour s'est prononcée sur l'admissibilité des contrats en chaîne en matière de bail à loyer. Elle a relevé qu'il n'existait pas de disposition prohibant de conclure successivement des baux à durée déterminée. Elle cite l'art. 334 CO, qui prévoit une reconduction tacite du bail à durée déterminée, présument que le nouveau est – lui – de durée indéterminée. Le droit suisse autorise, en principe, de conclure plusieurs contrats de durée déterminée en chaîne, quand bien même leur contenu serait identique. La limite se situe à « l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi », pour reprendre les termes d'une jurisprudence du Tribunal fédéral³¹. Comme en matière de droit du travail, il y a fraude lorsque la durée déterminée ne se justifie par aucun motif objectif et a, en réalité, pour but d'éluder l'application de dispositions impératives de protection de la partie faible³². Notre Haute Cour insiste pour dire qu'il s'agit d'une exception, puisque la liberté contractuelle prime en la matière, en écrivant que la succession de deux contrats ne constitue pas en principe « un abus de droit » étant donné que le nombre de contrats successifs n'est pas déterminant en soi³³. Toutefois, le TF annonce que si la conclusion de baux en chaîne n'est justifiée par aucun motif objectif, il peut imposer une requalification en un seul contrat de durée déterminée ou indéterminée³⁴.

Le TF a été *a priori* clair et constant sur sa définition des contrats en chaîne illicites et le traitement à leur réserver ; toutefois, il invoque de part et d'autres la fraude à la loi et l'abus de droit pour les interdire, les rattachant alternativement à l'art. 2 al. 2 CC. Comme nous l'avons déjà constaté en matière de droit du travail, la confusion règne entre ces deux principes. Notre travail consistera à les distinguer et à déterminer lequel est celui à invoquer lorsqu'on parle de contrats en chaîne. La doctrine n'est pas non plus unanime à ce sujet, invoquant également l'un ou l'autre de façon aléatoire³⁵. *Quid ?*

²⁷ ATF 139 III 145, consid. 4.2.4.

²⁸ FETTER, p. 133.

²⁹ FETTER, p. 133.

³⁰ ATF 139 III 145, consid. 4.2.4.

³¹ ATF 139 III 145, consid. 4.1.

³² ATF 129 III 618, consid. 6.2 et 119 V 46, consid. 1c.

³³ ATF 139 III 145, consid. 4.1 ; TF, 4C.51/1999 du 20 juillet 1999 = JAR 2000 106, consid. 2b.

³⁴ ATF 119 V 46, consid. 1c.

³⁵ BISANG ET ALII, *ad* art. 272b CO, p. 725 : « fraude à la loi » alors que les mêmes auteurs, *ad* art. 255 CO, parlent d'« abus » ; ATF 139 III 145, consid. 4.1 : « l'art. 2 al. 2 CC, qui prohibe la fraude à la loi » ; TF, 4A_609/2012 du 26 février 2013, consid. 4.1 : « En règle générale, une succession de deux contrats ne constitue pas un abus de droit » ; SIEGRIST, p. 17 : « fraude à la loi » ; GIL, p. 369 : « fraude à la loi » ; SAVIAUX, p. 295 : « abus de droit » ; DIETSCHY, p. 1241 : « abus de droit » ; FETTER, p. 133 : « a pour conséquence d'éluder les règles impératives ».

2. Enchaînement d'instances en procédure civile

Cette problématique a surtout été constatée et traitée par la jurisprudence rendue sous l'ancien Code de procédure cantonale vaudoise (ci-après : CPC-VD) et n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence plus récente à notre connaissance. Les principes jurisprudentiels rendus sous l'ancien droit seraient probablement applicables *mutatis mutandis* si un cas similaire se posait aujourd'hui et devait être tranché par notre Code de procédure civile suisse, d'où la pertinence de cette étude.

Les différents arrêts qui ont été rendus nous permettent de constater que les justiciables ont exploité la possibilité de l'art. 86 CPC-VD, qui les autorise à diviser la valeur litigieuse de leur action, afin de bénéficier de la compétence d'une certaine autorité ou d'être soumis à un certain type de procédure offrant des avantages sur les autres ou pour éviter que la compétence de la représentation des parties tombe sous le monopole des avocats. En l'occurrence, tous les jugements que nous allons présenter dans ce chapitre concernent des parties demanderessees qui ont « divisé » la valeur litigieuse de leur procès afin de rester dans le champ de compétence du juge de paix, n'hésitant pas à introduire par la suite une deuxième procédure voire davantage. Nous avons décidé de traiter ce chapitre au travers d'une étude jurisprudentielle respectant l'ordre chronologique des jugements, afin de comprendre l'évolution qui a été la sienne.

Dans un arrêt de 1913³⁶, le Tribunal cantonal vaudois est confronté à deux actions qui ont été ouvertes par le même justiciable concernant des factures différentes. Le CPC-VD permettant expressément la division des causes, le TC va considérer ce procédé comme étant tout à fait licite. En outre, cette instance relève qu'aucune disposition légale n'oblige le demandeur à joindre les causes, sous réserve d'un abus dont la sanction se trouve à l'art. 339 al. 2 et 3 CPC-VD (dépens). Il relève encore qu'il n'est pas sûr que la jonction des causes aurait permis une diminution des frais de procédure et hâter la solution du litige. Ce premier arrêt revient à constater qu'il n'existe pas de disposition légale qui permettrait de joindre des causes similaires ayant été introduites séparément et, partant, il ne serait pas possible de forcer le demandeur à joindre ses procès. Même si le demandeur abuserait de cette situation, la jurisprudence ne prévoit qu'une légère sanction procédurale s'agissant des dépens, ce qui n'est pas une sanction qui nous semble adaptée à ce genre de comportement. Dans un arrêt de 1942³⁷, bien qu'il s'agisse cette fois d'une créance unique divisée arbitrairement en plusieurs fractions par le créancier-demandeur, la solution jurisprudentielle est identique. Le juge réserve toutefois l'hypothèse où la division des procès empêcherait le défendeur de bénéficier d'un droit de recours devant le Tribunal cantonal ou le Tribunal fédéral. Dans ce cas, il faudrait analyser si la jurisprudence de 1913 devrait être maintenue mais tel n'était pas le cas *in casu*.

En 1944³⁸, le Tribunal cantonal explique qu'une action en négation de droit peut être ouverte par le défendeur, par le biais de conclusions reconventionnelles dans la procédure ouverte contre lui ou dans une procédure indépendante, s'il souhaite faire

³⁶ TF, Sassoli c. Fedi, 30 avril 1913 = JdT 1913 III 94.

³⁷ TF, Mayor c. Voegeli, 1^{er} décembre 1941 = JdT 1942 III 56.

³⁸ TF, Stévenin c. Schmidt, 19 décembre 1944 = JdT 1944 III 108.

prononcer que le solde de la créance qui ne lui est pas réclamée ne peut pas l'être dans un autre procès. Cela est possible à la condition que les conclusions reconventionnelles aient un lien de connexité avec les conclusions principales (art. 292 al. 3 CPC-VD) et que le défendeur dispose d'un intérêt juridique à faire reconnaître ses conclusions, ce qui ne semble pas être une condition qui pose problème. Cet arrêt est le premier qui remet en cause le bien-fondé de la jurisprudence de 1913 qui admettait ce procédé, alors qu'il permet d'éviter les dispositions impératives de la LOJV, conduisant parfois à des abus manifestes. Dans cet arrêt, le TC ne s'arrête pas à la lettre de la loi en se contentant de conclure de façon « simpliste » et hâtive que la division d'instances est autorisée et que la jonction des causes n'est pas prévue par la loi. Elle reconnaît que la division d'un procès, bien qu'elle soit prévue par la loi et peut être tout à fait justifiée, peut également servir à contourner une autre disposition légale, ce que le Tribunal cantonal qualifie d'abus manifeste³⁹. Il faut garder à l'esprit que cette possibilité légale garde sa raison d'être si elle est utilisée pour des motifs valables, comme par exemple le fait de faire valoir les créances pour lesquelles le demandeur dispose de preuves, ce qui n'est pas forcément le cas de toutes les créances qu'il voudrait faire valoir contre le défendeur, raison pour laquelle il réserverait ses droits pour entamer une action ultérieure. Il peut aussi décider de diviser l'action en sachant qu'il gagnerait la première, pour ainsi obtenir le remboursement de ses créances et pouvoir, grâce à cela, financer le second procès plus onéreux contre le défendeur. La jurisprudence admet que diviser les causes pour rester « volontairement » dans le champ de la compétence du juge de paix est un motif valable en soi, ce que nous remettons en question si l'on considère que frauder la loi consiste à invoquer une norme dans le but de se soustraire à l'application d'une autre disposition légale. En théorie, il ne faudrait pas tolérer ce genre de comportement mais tel ne serait pas le cas s'agissant de la division de causes. Si le législateur a voulu légaliser ce procédé, nous pouvons considérer qu'il s'agit peut-être d'une exception au principe de la fraude à la loi, laquelle entrerait quand même en jeu si la partie demanderesse ne dispose pas de motif valable pour agir de la sorte.

L'arrêt publié deux ans plus tard⁴⁰ sera imprégné d'une réflexion plus complète sur l'admissibilité d'ouvrir des actions successives sur la base d'une seule et même cause juridique. Le même tribunal vaudois relève que le CPC-VD ne dit rien s'agissant des parties qui ouvrent une procédure en réservant leur droit d'intenter un ou d'autres procès ultérieurement pour faire valoir le surplus de la créance. Ce silence sera qualifié de lacune par cette autorité, considérant ainsi qu'il revient à la jurisprudence de suppléer à cette omission du législateur, conformément à l'art. 1 al. 2 et 3 CC. Elle relève que la division de causes est une conséquence procédurale ayant à l'origine une règle de droit matérielle (art. 69 al. 2 CO) et que son utilité n'est pas remise en cause. Toutefois, jusqu'à présent, la jurisprudence s'est peut-être trop concentrée sur les intérêts du demandeur à agir et qu'elle a négligé ceux du défendeur, qui doivent, pour une question d'égalité de traitement, être également pris en compte. Cet arrêt constituera un véritable revirement de jurisprudence car, désormais, si la partie demanderesse introduit plusieurs procès pour traiter de la même cause, la jurisprudence permet au juge de joindre les causes à la demande de la partie défenderesse. Ce changement d'avis est motivé par différentes raisons, telles que la nécessité de traiter les parties d'une façon

³⁹ C'est en réalité une fraude à la loi, comme nous le découvrirons dans le chapitre consacré à sa définition.

⁴⁰ TF, *Hercod c. Crot*, 2 avril 1946 = JdT 1946 III 88.

égale, le risque de rendre des jugements contradictoires, les frais supplémentaires qui sont engendrés par la succession de procédures, la longueur inutile de plusieurs procès qui pourraient en être concentrés en un seul (ces motifs peuvent être rattachés à l'art. 3 CPC-VD, qui prône une instruction économique par le juge). Etant donné que les procès ouverts dans l'affaire en cause démontraient une connexité manifeste, la jonction a été admise et, comme la valeur litigieuse dépassait la compétence du juge de paix, ce dernier a dû renvoyer d'office la cause à l'autorité compétente. Cette situation a soulevé un nouveau problème, qui est de déterminer si le juge de paix peut ou doit joindre d'office les causes en application de l'art. 3 CPC.

L'arrêt suivant⁴¹ affinera encore la jurisprudence en refusant la possibilité de joindre les causes si le défendeur n'a pas fait valoir ses conclusions dans une demande reconventionnelle dans la première action qui a été intentée contre lui. L'arrêt de 1952⁴² va se concentrer sur les exceptions et admettre que la division de causes n'est pas admissible si elle a pour but d'éviter les règles impératives de compétence. Cela implique d'étudier les motifs qui ont conduit la partie demanderesse à diviser ses actions. Cette réflexion sous-entend que, si le demandeur ne dispose d'aucun motif objectif pour diviser les causes, c'est probablement parce qu'il cherche à contourner une norme légale impérative et, partant, qu'il commet une fraude à la loi⁴³. L'arrêt ne traite pas de la conséquence d'une fraude à la loi – ni ne la qualifie pas comme telle d'ailleurs – mais probablement que le juge serait autorisé à joindre d'office les causes. C'est la solution qui nous semble être la meilleure.

Dans un arrêt de 1988⁴⁴, on constate que la jurisprudence durcit encore sa position, puisque le Tribunal cantonal avertit qu'il peut décider de ne pas allouer de dépens au demandeur qui a fait augmenter les frais par l'introduction de deux actions voire même lui les mettre à sa charge bien que sa procédure aboutisse, si son comportement a prolongé « abusivement » ou a compliqué à l'excès le procès (art. 92 al. 3 CPC-VD). Tel n'était toutefois pas le cas dans l'arrêt en cause. Dans un arrêt de 2005, le TF rappelle que l'utilisation de la possibilité de diviser les causes dans le but de rester dans la compétence du juge de paix ne porte pas préjudice de ce seul fait au défendeur. TAPPY s'est exprimé au sujet de cette jurisprudence, considérant que des conclusions reconventionnelles ne suffisent pas à corriger les effets d'une division de causes qui servirait à éluder la loi de manière « flagrante et choquante »⁴⁵. Selon lui, un tel comportement consistant à introduire une première action contre son adversaire le conforterait à croire que le litige sera entièrement réglé dans cette procédure, trompant ainsi sa bonne foi le cas échéant (art. 2 CC). Il rappelle que les actions abusives sont irrecevables, ce qui serait une sanction plus sévère, réservée aux cas d'intention frauduleuse flagrante. Il envisage un autre moyen de faire échec à ce procédé frauduleux, en invoquant la remise de dette (art. 115 CO), qui serait déduite par le défendeur et qu'il pourrait invoquer lorsqu'une partie seulement d'une créance lui est

⁴¹ TF, Hennard c. Moreillon, 3 février 1948 = JdT 1949 III 66.

⁴² TF, Zurich S.A. c. Mayer, 30 septembre 1952 = JdT 1952 III 112.

⁴³ L'arrêt ne parle pas expressément de fraude à la loi mais c'est bien ce principe qui qualifie le comportement qui vise à contourner l'application d'une norme (*in casu* : une norme de compétence impérative) en invoquant une autre disposition légale (*in casu* : une norme permettant de diviser la cause).

⁴⁴ TC, Constantinescu c. Amendola, 11 octobre 1988 = JdT 1990 III 11.

⁴⁵ TAPPY, p. 106.

réclamée devant la justice, protégeant ainsi sa bonne foi. PIOTET soutient également qu'une dette puisse être remise de façon unilatérale et par actes concluants⁴⁶.

Pour résoudre ces problématiques sous l'angle de la fraude à la loi, il convient d'étudier plus précisément cette notion. Aussi, à la fin de ce travail, nous serons à même de reprendre les enjeux que nous venons de découvrir et de proposer des solutions qui découleront purement du principe de la prohibition de la fraude à la loi.

III. Etude de la notion de « fraude à la loi »

Pour mieux comprendre le sens à donner à ce principe, il convient de commencer par étudier son origine. Celle-ci va révéler la difficulté qu'ont rencontrée les juristes à travers les années pour lui donner une définition autonome et une véritable place dans l'ordre juridique. Ensuite, nous étudierons le principe de « fraude à la loi » au sens du droit positif suisse et l'importance qui lui est donnée.

1. Origine

Nous savons que les romains prohibaient déjà la fraude à la loi⁴⁷ ; toutefois, l'impact de ce principe a varié à travers des époques. Bien qu'initialement le terme *fraus* était utilisé pour parler d'un dommage résultant de la violation du droit impératif, il a ensuite été utilisé dans un sens qui se rapproche plus de celui que nous connaissons en droit positif suisse, à savoir la tromperie ou la ruse⁴⁸. A l'époque républicaine, la notion de fraude était déjà connue mais n'avait pas d'existence autonome. L'interprétation littérale et restrictive des textes favorisait la fraude à la loi. La seule arme juridique dont disposaient les juristes de l'époque était l'acte législatif par plébiscite⁴⁹. Le Digeste de PAUL⁵⁰ confirme que les romains distinguaient la violation de la loi de la fraude à la loi. La sanction de la fraude à la loi était donc l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi interdisant le moyen frauduleux, ce qui n'était pas très pratique et pouvait rapidement multiplier les actes législatifs à mesure que les citoyens faisaient preuve d'imagination.

⁴⁶ PIOTET, CR, n. 3 et n. 22 *ad* art. 115 CO.

⁴⁷ Le premier cas de fraude date de 397 avant J-C. Selon TITE-LIVE, Lucinius Stolon a fraudé à la *Lex Liciana Sextia de modo agrorum*, laquelle limitait les portions de territoires publics à cinq cents acres par homme libre. Licinius Stolon aurait émancipé son fils pour qu'il lui soit attribué 500 acres de terrain et ainsi exploiter un territoire de 1000 acres, en fraude à sa propre loi. Il a été sanctionné d'une amende de 10'000 as. TITE-LIVE, 2ème partie [Livre VII, 16, 9] disponible sur le site <http://bcs.fltr.ucl.ac.be/LIV/VII16-28.html>.

⁴⁸ VIDAL, p. 11s.

⁴⁹ LIGEROPULO, p. 15s ; VIDAL, pp. 13-15. Selon ce dernier auteur, les romains ne craignaient pas uniquement de commettre des infractions en raison du risque d'être sanctionné, mais également parce qu'ils craignaient de ne plus être considérés de bonne moralité. Il s'agissait d'un véritable frein à la criminalité à cette époque.

⁵⁰ *D. 1, 3, 29 PAULUS, libro singulari ad legem cincian : « Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvus verbis legis sententiam eius circumvenit ».*

A partir de l'époque classique, les juristes ont introduit l'idée de bonne foi dans le droit, ce qui a favorisé une interprétation plus large des textes. Désormais, la fraude à la loi était assimilée à la violation de la loi, ce qui a permis de mettre en place un contrôle efficace contre cette pratique frauduleuse⁵¹. La notion de fraude n'était toujours pas autonome et, par conséquent, n'entraînait pas sa propre sanction. Un élément qui permettait de distinguer les deux notions était l'intention de l'auteur, puisque la fraude nécessitait une intention frauduleuse, en tant qu'élément subjectif, alors que ce n'était pas le cas pour violer la loi⁵². Plusieurs décisions de cette époque faisaient déjà état de fraude à la loi. Selon certains auteurs, l'intention de frauder la loi était plutôt considérée comme un moyen de preuves⁵³. D'autres soutenaient le contraire, considérant que l'intention frauduleuse a toujours fait partie de la notion de « *fraus legi facta* » et que c'était même un critère décisif⁵⁴. Durant cette période, plusieurs juristes, dont PAUL et ULPIN, ont tenté de définir la fraude à la loi, mais aucune définition n'est pleinement satisfaisante⁵⁵.

Comme bouclier supplémentaire contre la fraude à la loi, il faut encore mentionner un édit du préteur qui a instauré l'action révocatoire.⁵⁶ Cette dernière était utile au patron lésé qui avait subi un préjudice en raison d'un acte intentionnel commis par son employé⁵⁷. Bien plus tard, CUIJAS exprimera, à propos des conditions pour admettre la fraude à la loi dans l'ancien droit français, qu'il fallait prouver l'existence du *consilium* (intention frauduleuse) et de l'*eventus* (violation effective), ce qui revient aux mêmes conditions⁵⁸. Même si une part de formalisme persistait dans l'application des lois, les juristes ont interprété le droit d'une façon plus extensive pour lui assurer un meilleur impact⁵⁹.

En droit médiéval, la notion d'équité ménageait une certaine liberté dans l'application de la loi par les juges. Ainsi, pour lutter contre la fraude à la loi, ces derniers pouvaient l'interpréter de façon large ou la compléter si c'était nécessaire⁶⁰. Les glossateurs considéraient que la simulation était un moyen de contourner la loi⁶¹. BARTOLE et BALDE, postglossateurs, comparaient ces notions voisines, connues à l'époque sous les noms « *fraus legi facta* » et la « *simulatio* », et ont tâché de les définir. Pour résumer leur pensée, ils considéraient que la simulation n'entraînait pas de *verus actus* et que l'acte simulé devait être déclaré nul pour manque de *substantia*⁶². Ils considéraient que la fraude était un aspect particulier du *dolus* et la définissaient comme une « action dolosive contraire aux règles de la bonne foi qui ne sert qu'à poursuivre les

⁵¹ VIDAL trouve ce raisonnement logique puisque les cas de fraude sont répertoriés dans la loi pour pouvoir être sanctionnés. Dès lors, il s'agit d'une violation de la loi ; VIDAL, p. 17.

⁵² LANG, p. 17.

⁵³ LANG, p. 16.

⁵⁴ LANG, p. 17.

⁵⁵ LIGEROPOULO, p. 16.

⁵⁶ Nous retrouvons ces notions aux art. 285ss LP.

⁵⁷ LANG, p. 18.

⁵⁸ LIGEROPOULO, p. 21.

⁵⁹ LIGEROPOULO, p. 20.

⁶⁰ LIGEROPOULO, p. 23.

⁶¹ VETSCH, p. 14.

⁶² LANG, p. 19.

intérêts personnels du fraudeur »⁶³. Contrairement à la simulation, la fraude entraînait un *actus verus*, mais considéré comme *iniustus*⁶⁴.

Malgré tous ces efforts, BARTOLE et BALDE n'ont pas réussi à dégager des définitions générales et abstraites de la fraude à la loi et de la simulation. Ils les décrivaient en les distinguant mais cela n'a pas empêché, en pratique, de laisser planer une confusion dans le régime à appliquer lorsqu'un cas concret se présentait. Ce qui est intéressant à propos des réflexions de BARTOLE et BALDE, c'est qu'ils ont créé des distinctions parmi les différents types de fraudes à la loi qui ont été constatés. Si la fraude était faite contre la loi (*fraus legis*), cela entraînait la nullité de l'acte et on appliquait la loi⁶⁵. Si la fraude était exercée contre des tiers (*fraus hominis*), on admettait, dans un premier temps, la validité de l'acte mais on accordait au tiers lésé l'action révocatoire, qui lui permettait d'attaquer l'acte frauduleux⁶⁶. BALDE fera encore quatre distinctions parmi les moyens utilisés pour frauder la loi, dont l'une entrait également dans la définition de la simulation, ce qui démontre bien que les juristes de l'époque n'arrivaient pas à définir clairement ces principes en termes généraux et qu'une certaine confusion régnait dans les esprits. Il s'est révélé, en pratique, qu'on invoquait plus souvent la fraude aux droits des tiers (*fraus alterius*) avec pour conséquence une action révocatoire ouverte à ces derniers⁶⁷. Nous relevons qu'à cette époque, la notion d'intention frauduleuse ne jouait pas un rôle aussi important qu'auparavant puisqu'elle était désormais confrontée à la notion de simulation⁶⁸. Le droit moderne ne reprendra pas leurs doctrines⁶⁹.

Le législateur français n'a pas expressément concrétisé le principe général de la fraude à la loi dans la législation⁷⁰, voulant éviter de formuler une notion générale pour favoriser un code pratique⁷¹, bien que cela ait pour conséquence qu'il existe des jurisprudences où une fraude flagrante est constatée mais ne sera pas punie (d'où l'importance de reconnaître ce principe général de droit). Les tribunaux français mentionnent parfois l'adage « *fraus omnia corrumpit* » et font appel à la notion de simulation dans la même affaire, alors que cela n'est pas forcément pertinent juridiquement⁷². La confusion entre la simulation et la fraude à la loi persiste encore de nos jours dans certains pays, y compris le nôtre, ce que nous découvrirons dans ce travail. Relevons encore que les codes allemand et suisse ne mentionnent pas expressément l'interdiction de la fraude à la loi, contrairement à la notion de simulation⁷³.

⁶³ LANG, p. 19.

⁶⁴ LANG, p. 19. Leurs réflexions sont à mettre en lien avec notre chapitre relatif à la comparaison entre la simulation et la fraude à la loi.

⁶⁵ LANG, p. 19.

⁶⁶ LANG, p. 20.

⁶⁷ LANG, p. 20.

⁶⁸ LANG, p. 21.

⁶⁹ LANG, p. 21.

⁷⁰ LIGEROPULO, p. 25.

⁷¹ LIGEROPULO, p. 25.

⁷² LIGEROPULO, p. 28.

⁷³ LANG, p. 21.

Pour conclure ce chapitre, nous relevons que les pratiques frauduleuses sont aussi anciennes que la législation⁷⁴. Aussi longtemps que la loi imposait des obligations aux justiciables, certains d'entre eux ont tenté de la contourner. Le principe de la fraude à la loi n'a toutefois jamais fait l'objet d'une définition générale, autonome et satisfaisante et n'a pu être sanctionnée, dans un premier temps, que par le biais d'interventions législatives ponctuelles, puis par la jurisprudence. Les cas de fraude n'étaient pas systématiquement sanctionnés en raison de ce manque d'autonomie et de reconnaissance et, lorsque la fraude était reconnue, la sanction pouvait être de diverses natures, sans forcément qu'elle soit en lien avec la fraude réalisée. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence nous a permis de constater que la sanction tendait de plus en plus à appliquer la norme qui avait été éludée⁷⁵. Au vu de ce qui précède, nous nous demandons pourquoi les juristes des générations précédentes n'ont pas accordé plus d'attention au principe de l'interdiction de la fraude à la loi en définissant clairement son sens, ses cas d'application et ses sanctions alors qu'il traverse les âges tant il est important et nécessaire pour réguler les ordres juridiques ? Découvrons ce qu'écrivent les juristes modernes à ce sujet.

2. Tentative de définition

Selon le Tribunal fédéral⁷⁶, un justiciable commet une fraude à la loi (*Gesetzesumgehung, Umgehungsgeschäft, fraus legis*) lorsqu'il « évite l'application d'une norme imposant ou interdisant un certain résultat par le biais d'une autre norme permettant d'aboutir à ce résultat de manière apparemment conforme au droit ». Cette définition *a priori* claire et simple cache en réalité une réflexion épineuse qui a fait couler beaucoup d'encre dans la doctrine, tant elle est controversée. Nous allons passer en revue les définitions et conditions controversées posées par la doctrine pour définir la fraude à la loi et tenter, dans un premier temps, de comprendre ce que ce principe signifie et, dans un deuxième temps, confronter les divergences entre ces définitions.

a. Une règle éludée et une règle éludante

Notre Haute Cour, dans sa définition, a fait référence à une norme évitée (*umgangene Norm*) et une autre règle invoquée (*Umgehungsnorm*) par le sujet de droit. Si l'on reprend en théorie ces éléments, nous pouvons dire que la fraude à la loi concerne une situation dans laquelle il existe une règle gênante, normalement applicable mais que l'on veut évincer, et une norme éludante. Tout juriste sait que, pour provoquer l'application d'une norme, il faut et il suffit de remplir ses conditions d'application. *A contrario*, si l'on veut éviter les effets de ladite norme, il faut éviter d'en remplir les éléments constitutifs, en modifiant son comportement, afin que de réaliser l'état de fait de la disposition désirée⁷⁷. Pour MADAY, une fraude à la loi est réalisée lorsqu'un sujet de droit vise intentionnellement un résultat proscrit et y parvient avec succès, en ce sens

⁷⁴ VIDAL, p. 13.

⁷⁵ VIDAL, pp. 23s et 33.

⁷⁶ TF, 1C_263/2016 du 21 février 2017, consid. 4.2.

⁷⁷ LANG, p. 32.

qu'il va en contourner la loi qui lui est applicable en modifiant ses éléments constitutifs (*Tatbestandsveränderung*) pour ensuite invoquer l'application de la loi « éludante »⁷⁸. En d'autres termes, la fraude à la loi ne peut pas toucher qu'une seule norme puisqu'elle met forcément en jeu une norme contournée et une norme éludante, ce qui converge à ce niveau-là avec la définition que fait LANG à propos de la fraude à la loi⁷⁹.

S'agissant du type de règle qui peut faire l'objet d'une fraude, LANG en conclut, après avoir méthodiquement analysé les hypothèses d'une règle générale et abstraite, individuelle et concrète, de droit impératif et dispositif (sous réserve de certaines conditions), de droit formel et matériel, de droit privé et public, de droit coutumier et non-écrit ainsi que les décisions rendues par des autorités publiques, que toute personne peut frauder n'importe quelle règle juridique⁸⁰. PRAT-ROUSSEAU n'approuve pas cet avis car il estime que la norme doit relever de l'ordre public pour être fraudée⁸¹, ce qui est expressément critiqué par VIDAL⁸². L'essentiel, pour LANG, est que la norme – quelle qu'elle soit – déploie des effets obligatoires envers le fraudeur pour que l'on puisse entrer dans le champ de la fraude à la loi⁸³. Nous partageons également cet avis. Pour EGGER ET ALII, les normes éludées ne peuvent être que des dispositions prohibitives puisque la fraude à la loi consiste à échapper à des interdictions légales⁸⁴. PERRIN décrit la norme éludante comme étant une disposition légale utilisée contre l'esprit d'autres normes légales (norme éludée), si ce n'est contre le système légal, d'institutions légales ou de chapitres entiers du Code civil⁸⁵.

Nous pensons, comme LANG, que la fraude à la loi met en tout cas en scène une norme éludante et une norme contournée, mais le terme « norme » n'est pas heureux car, comme le dit très justement PERRIN, ce peut être l'esprit plus général de notre Code civil qui peut faire l'objet d'une fraude⁸⁶. Du moment que les parties se trouvent dans une situation juridique déterminée qui leur impose le respect de règles de droit, quelle que soit la place de ces règles dans notre ordre juridique ou que ce soit uniquement l'esprit de la loi en général, les parties doivent les respecter, sous peine que leur comportement soit qualifié de frauduleux si elles essaient de s'y soustraire et d'être soumises à une autre norme en modifiant leur comportement. Nous en concluons que l'existence d'une norme obligatoire éludante et l'existence d'une norme ou l'esprit de notre système civil doit être éludé par un sujet de droit sont effectivement nécessaires pour retenir une fraude, donnant ainsi raison à LANG et MADAY, s'agissant de l'implication

⁷⁸ MADAY, p. 29.

⁷⁹ LANG, p. 32. Ce n'est toutefois pas le cas s'agissant de l'intention frauduleuse, dont nous parlerons ultérieurement dans ce chapitre.

⁸⁰ LANG, p. 59-88.

⁸¹ PRAT-ROUSSEAU, p. 154s.

⁸² VIDAL, p. 86.

⁸³ LANG, p. 89.

⁸⁴ EGGER ET ALII, ZK, n. 26 *ad* art. 20 CO. Nous ne partageons pas cet avis.

⁸⁵ PERRIN, p. 261.

⁸⁶ Sa remarque est en parfaite adéquation avec les propos que nous avons exposé de FETTER, p. 133, relatifs aux contrats de bail en chaîne, qui ne s'insèrent pas dans l'esprit de la loi qui tend à protéger les locataires contre les loyers abusifs.

de plus d'une norme légale, mais plus exactement à PERRIN, qui a une vision plus globale et complète de la fraude à la loi⁸⁷.

La condition du caractère obligatoire de la règle éludée a toutefois été remise en cause par certains auteurs, qui expliquent qu'il ne faut pas tolérer un acte accompli dans le but d'éluder une règle future, respectivement une obligation contractuelle future, remettant ainsi en cause l'aspect obligatoire de la règle puisqu'elle n'est pas encore en vigueur⁸⁸. Ces derniers mentionnent, à titre exemplatif, l'action ouverte par les créanciers leur permettant d'attaquer les libéralités faites par leur débiteur, en vue de les frustrer d'avance de leurs droits⁸⁹. Toutefois, nous considérons que cette remise en question n'est pas pertinente, puisque, dans le cas précédemment cité, l'art. 288 LP permet expressément aux créanciers de révoquer, dans les cinq ans précédant la saisie ou la déclaration de faillite, les actes faits dans l'intention reconnaissable de leur porter préjudice et l'art. 286 LP leur permet également de révoquer les libéralités faites par le débiteur dans l'année qui précède la saisie ou la déclaration de faillite. Ainsi, le débiteur a pour obligation de maintenir la substance de son patrimoine, exception faite des dépenses de la vie courante, ce qui est bel et bien une obligation actuelle et non future qui fait l'objet d'une tentative de fraude dans ces cas. Nous pourrions envisager une fraude à une règle future dans le cadre d'une loi rétroactive mais, dans ce cas, elle serait déjà devenue obligatoire. Dans l'hypothèse où un sujet de droit adopte un comportement qui serait prohibé lors de l'entrée en vigueur d'une loi future, il ne faut pas considérer qu'il fraude cette dernière, selon notre Haute Cour⁹⁰. Ainsi, nous ne voyons pas quels arguments permettraient de soutenir qu'il est possible de frauder une loi qui n'est pas encore obligatoire. VIDAL qualifie cette situation de fraude par avance à une règle actuelle, et donc obligatoire, ce qui nous paraît plus correct⁹¹.

b. La modification de l'état de fait

Nous l'avons vu, VIDAL exige un moyen efficace pour réaliser une fraude à la loi, tout comme MADAY qui parle de « modification des éléments constitutifs de la disposition éludée »⁹². LIGEROPOULO parle d'« actes réels » créant une situation respectueuse de la loi si on s'arrête à son sens littéral, mais violant son esprit. Nous avons décidé d'assimiler ces conditions et les réunir dans ce sous-chapitre car, selon nous, elles concernent toutes l'action entreprise par le fraudeur pour contourner la loi, bien que les auteurs utilisent des terminologies différentes⁹³. RÖMER explique la transition entre les deux normes par la transformation de l'état de fait selon les éléments constitutifs de la loi invoquée⁹⁴. Selon EGGER ET ALII, une norme impérative peut

⁸⁷ Pour simplifier la rédaction de ce travail, nous parlerons de norme éludée et norme éludante, alors qu'il peut s'agir d'un chapitre entier du CC qui est éludé, comme nous l'avons expliqué, ceci pour éviter d'alourdir nos phrases.

⁸⁸ VIDAL, p. 71. Toutefois, cet auteur ne mentionnera pas de quels auteurs il s'agit.

⁸⁹ VIDAL, p. 73s. La pertinence de cet exemple français vaut également en droit suisse. Nous avons adapté la réglementation citée conformément à notre droit.

⁹⁰ ATF 127 V 309, consid. 3b et 121 V 97, consid. 1a.

⁹¹ VIDAL, p. 74

⁹² MADAY, p. 29.

⁹³ LIGEROPOULO, p. 60.

⁹⁴ RÖMER, p. 33.

être éludée si elle n'a pas été formulée de façon assez générale, ne permettant ainsi pas de faire entrer dans son champ d'application le moyen utilisé pour la contourner alors que le résultat aboutit à violer ladite norme⁹⁵. MADAY décrit cette étape comme une chaîne, dont les premiers et derniers maillons sont la loi évincée et la loi privilégiée, et entre deux se trouvent toutes les étapes nécessaires pour modifier les éléments constitutifs de la loi éludée afin qu'ils correspondent aux conditions d'application de la loi éludante⁹⁶. Cet auteur pousse la réflexion encore plus loin, distinguant encore, suivant la complexité de cette transition, la fraude simple à la fraude combinée⁹⁷.

Au sujet des moyens utilisés pour détourner la loi, VIDAL estime qu'ils sont illimités (la chaîne de MADAY peut ainsi être très longue), qu'ils peuvent être concrétisés par un acte juridique ou administratif, une abstention d'accomplir un acte juridique, par un jugement ou un fait juridique⁹⁸. Il en conclut que la nature du moyen utilisé par le fraudeur importe peu car la fraude peut être réalisée par n'importe quel moyen. La seule condition qu'il doit remplir est qu'il soit efficace⁹⁹. Nous nous rallions à cet avis. RIEMER soutient toutefois qu'un comportement passif ne peut pas constituer une action de contournement de la loi¹⁰⁰.

La modification des éléments constitutifs de la disposition éludée, ou le moyen selon la terminologie qu'on utilise, peut ainsi se concrétiser de différentes façons. Dans le contexte de la fraude à la loi, le sujet de droit va chercher à désobéir de façon « cachée ». VIDAL constate et relève que la dissimulation ou la simulation sont des pratiques tout à fait propices pour y parvenir. La première consiste à cacher la violation de la règle éludée, alors que la seconde consiste à cacher la violation de la loi en la dissimulant sous une apparence correcte¹⁰¹. Ces notions seront toutefois reprises dans notre chapitre comparant la fraude à la loi à la simulation.

Nous nous sommes demandée comment nous pouvions déterminer la limite entre la fraude à la loi et l'habileté permise¹⁰². Comme nous le répétait notre professeur de droit fiscal, ce n'est pas frauder la loi fiscale que de choisir de s'établir dans le canton où nous paierons le moins d'impôt. Même si le contribuable ne fait pas le choix qui paraît le plus naturel pour lui, il ne fait qu'user de la liberté d'établissement dont il jouit et ne viole aucune obligation légale. Les auteurs reconnaissent, lorsque plusieurs moyens sont possibles pour atteindre un certain résultat, qu'il est légitime que les parties choisissent celui qui leur apportera le plus d'avantages¹⁰³. Il n'y a pas de fraude lorsque l'on choisit entre plusieurs moyens, tant que nous ne sommes pas soumis à une obligation déterminée¹⁰⁴. Ainsi, VIDAL fixe la frontière entre la fraude et l'habileté

⁹⁵ EGGER ET ALII, ZK, n. 26 *ad* art. 20 CO.

⁹⁶ MADAY, p. 46.

⁹⁷ MADAY, p. 50.

⁹⁸ VIDAL, p. 150-153.

⁹⁹ VIDAL, p. 154.

¹⁰⁰ RIEMER, p. 362. Toutefois, selon cet auteur, ledit comportement peut être constitutif d'une violation de l'art. 2 al. 2 CC, respectivement de l'art. 156 CO, et aboutir à des situations similaires à un contournement de la loi.

¹⁰¹ VIDAL, p. 161 et 163.

¹⁰² Réflexion suggérée par LANG, p. 33, qui utilise cette expression que nous avons reprise.

¹⁰³ VIDAL, p. 63.

¹⁰⁴ VIDAL, p. 64.

autorisée selon que nous sommes déjà soumis ou non à une règle de droit¹⁰⁵. LANG explique que, tant que l'esprit de la loi permet au sujet de droit de choisir parmi différents moyens pour arriver à un même but, il n'y a pas de fraude à la loi en profitant de cette possibilité.

Cette réflexion est intéressante car elle souligne que, lorsqu'une loi prévoit une interdiction de moyen, ce n'est pas la fraude que de parvenir au résultat visé par une autre voie. La doctrine a souvent débattu de l'interdiction de moyen (*Wegverbot*) et de l'interdiction de résultat (*Zielverbot*)¹⁰⁶. Dans la première hypothèse, la loi interdit de parvenir à un résultat par un moyen déterminé. Elle n'interdit pas le résultat en soi mais l'une des façons d'y parvenir¹⁰⁷. Partant, si un sujet de droit arrive au résultat prévu par la loi d'une autre façon que celle qu'elle prohibe, il n'aura pas commis de fraude à la loi. Comme l'a exprimé ENGEL, on ne commet pas de fraude si le législateur laisse le choix parmi différents moyens¹⁰⁸. Par contre, si la norme prévoit une interdiction de résultat (ou de but), n'importe quel moyen pour y parvenir sera illicite, étant donné que le résultat n'est pas autorisé par la loi¹⁰⁹.

c. L'intention frauduleuse est-elle une condition ?

L'une des controverses qui a fait couler le plus d'encre sur notre sujet est de savoir si l'intention est une condition nécessaire pour tomber dans le champ de la fraude à la loi. Cette question se posait déjà à l'époque romaine. VIDAL définit l'intention frauduleuse comme étant la volonté de contourner une règle, de mettre en œuvre des moyens déloyaux dans le but d'arriver au résultat (recherché) contraire à la loi¹¹⁰. Cet auteur érige d'ailleurs l'intention en une *condictio sine qua non* de la fraude¹¹¹.

VIDAL constate que les tribunaux français exigent la preuve de l'intention pour sanctionner la fraude. Cet auteur estime que l'intention frauduleuse existe à partir du moment où le particulier agit frauduleusement dans le but de ne pas exécuter la règle de droit, même si l'auteur croyait en la licéité de sa manœuvre. En d'autres termes, cela signifie que le sujet de droit, du moment qu'il souhaite se soustraire à ses obligations en passant par une autre voie légale, commet une fraude à la loi, même s'il pensait qu'il était autorisé à le faire. En effet, nous estimons également que les particuliers doivent se renseigner sur la légalité de leurs manœuvres avant d'agir. D'ailleurs, en droit suisse, le Tribunal fédéral fait souvent référence à ce que ferait « une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances » dans sa jurisprudence¹¹². Nous reprendrons ultérieurement cette réflexion.

¹⁰⁵ VIDAL, p. 95.

¹⁰⁶ VETSCH, pp. 75 et 223 ; Vidal, p. 159s ; KRAMER, BK, n. 265 *ad* art. 20 CO.

¹⁰⁷ ATF 79 II 79 = JdT 1954 I 142, consid. 4a et b.

¹⁰⁸ ENGEL II, p. 195s.

¹⁰⁹ EGGER ET ALII, ZK, n. 26 *ad* art. 20 CO. *Contra* : RÖMER, p. 65.

¹¹⁰ VIDAL, p. 121.

¹¹¹ VIDAL, p. 111ss.

¹¹² ATF 137 III 539, consid. 5.2.

LIGEROPULO écrit que la volonté du législateur, en édictant des normes obligatoires, est d'interdire un résultat déterminé, il lui est indifférent que le sujet de droit cherche à atteindre ce résultat de façon directe ou détournée¹¹³. Après avoir passé en revue des exemples de fraude involontaire, il émettra comme conclusion qu'une fraude peut être commise sans élément intentionnel¹¹⁴. Ainsi, selon nous, un particulier peut commettre une violation indirecte (soit une fraude), sans « fraude », s'il n'a pas l'élément intentionnel d'en commettre une. Il finira par ajouter que certaines fraudes nécessitent une intention pour être commises mais que, dans la plupart des cas de fraude, le sujet de droit avait l'intention d'en commettre une¹¹⁵. Nous sommes d'avis que seul le résultat compte, en ce sens que l'essentiel est de déterminer si une norme obligatoire pour un particulier, a été éludée par le comportement de ce dernier dans le but de se soumettre à une autre norme légale. Ainsi, l'élément intentionnel ne jouerait pas un rôle privilégié selon nous. Partant, les conséquences ne seront pas différentes selon que le fraudeur se soit rendu compte que ses actes étaient frauduleux ou non. Dans cette dernière hypothèse, nous estimons que le particulier aurait dû se renseigner sur la validité de sa manœuvre et, partant, que la fraude est commise par négligence¹¹⁶.

Quant à LANG, il estime possible la situation dans laquelle un sujet de droit modifie les éléments constitutifs d'une norme pour être soumis à la norme éludante en se croyant toutefois dans son bon droit. Selon lui, il n'est pas illicite d'analyser la situation qui nous apporterait plus d'avantages avant de choisir quelle voie nous allons suivre. Ce propos doit être mis en lien avec ce que nous avons présenté précédemment sur l'habileté permise et notre petit exemple sur le choix de notre canton de domicile pour des raisons fiscales. La frontière entre la fraude et le choix autorisé est de savoir si la norme déploie déjà ou non des effets obligatoires pour le particulier en cause, ce qui n'est pas la même question que de savoir si l'élément intentionnel est nécessaire pour commettre une fraude à la loi.

KRAMER est d'avis, lorsqu'il traite de la fraude par contrat (*Vertragsumgehung, agere in fraudem contractus*)¹¹⁷, que l'intention n'est pas une condition. Il suffit que le contrat ait objectivement un caractère frauduleux pour retenir une fraude à la loi¹¹⁸. C'est également l'avis que partage BLOCH, qui relève que l'intention n'est pas non plus une condition pour retenir un abus de droit¹¹⁹. MADAY, quant à lui, estime que l'intention est une condition¹²⁰, tout comme RIEMER, qui déclare qu'il s'agit au moins d'un dol éventuel¹²¹.

¹¹³ LIGEROPULO, p. 50.

¹¹⁴ LIGEROPULO, p. 56s.

¹¹⁵ LIGEROPULO, p. 59.

¹¹⁶ Le juge pourrait prendre en compte le degré de l'intention, respectivement de la négligence, pour sanctionner le fraudeur (comme cela se fait en droit pénal).

¹¹⁷ Nous rappelons que la fraude par contrat est soumise *mutatis mutandis* au régime de la fraude à la loi, ce qui rend les explications relatives à la fraude par contrat également pertinentes pour l'analyse de la fraude à la loi. TERCIER, p. 105 ; DESCHENAUX II, p. 149.

¹¹⁸ KRAMER, BK, n. 266 *ad* art. 20 CO.

¹¹⁹ BLOCH, p. 146.

¹²⁰ MADAY, p. 29.

¹²¹ RIEMER, p. 359s. Nous nous rallions à son avis car nous estimons qu'un particulier, avant de changer de comportement, doit se renseigner pour être sûr qu'il ne commette pas de fraude à la loi. S'il ne le fait et qu'il agit tout de même, cela signifie qu'il accepte la réalisation éventuelle d'une fraude à la loi. Comme

VIDAL s'est encore demandé si la fraude (qui implique nécessairement une intention frauduleuse selon lui) suppose toujours la mauvaise foi du fraudeur. Il en conclura que la fraude n'est pas compatible avec la bonne foi exigée dans l'exécution des actes juridiques et, partant, toute personne qui cherche à détourner la loi, quel que soit le moyen utilisé, n'est pas de bonne foi dans cette démarche¹²². C'est l'avis que nous avons partagé plus haut, lorsque nous parlions de fraude par négligence. En effet, nous estimons qu'une fraude doit être sanctionnée même si le sujet de droit clame « son ignorance » car elle serait répréhensible, le particulier ne s'étant pas (suffisamment) renseigné sur la licéité de son action avant de l'entamer. VIDAL s'est ensuite demandé si la fraude impliquait forcément une intention de nuire. Il répondra négativement, invoquant que, le plus souvent, la motivation du fraudeur est de réaliser ses propres intérêts et pas de nuire à un tiers, bien que cela soit possible¹²³. Il peut également tendre à sauvegarder l'intérêt d'un tiers¹²⁴.

Dans sa jurisprudence, le TF ne semble pas retenir de fraude à la loi si les parties n'avaient pas l'intention de détourner l'application d'une disposition en invoquant une autre¹²⁵. D'autres jurisprudences exigent que les deux parties aient l'intention de contourner la loi pour sanctionner le comportement frauduleux¹²⁶. Ainsi, lorsque la loi envisage une fraude au sens strict, le dol de l'un doit être au moins reconnaissable par l'autre (il savait ou devait savoir). Il convient désormais de déterminer quels « actes » peuvent être fraudés.

d. Qu'est-ce qui peut faire l'objet d'une fraude ?¹²⁷

LANG soutient qu'une fraude peut toucher la loi, les droits de tiers (*Umgehung der Rechte Dritter*) ou un contrat ou elle peut être réalisée par le biais d'un contrat. La distinction entre fraude à la loi et fraude aux droits des tiers est soutenue par DESBOIS, qui décrit la seconde comme étant le comportement d'un contractant qui veut frustrer un tiers au contrat afin d'éviter de devoir respecter les obligations qui lui incombent soit en vertu d'un autre contrat, soit en vertu de la loi¹²⁸. Ce même auteur, à propos de la fraude par contrat, exprime qu'il s'agit, pour les contractants, de conclure un contrat dans le but de contourner une loi impérative, sans que cela péjore la situation d'un tiers¹²⁹.

l'explique RIEMER, les agissements en cause peuvent souvent être qualifiés d'inhabituels ou atypiques, raison pour laquelle la personne concernée doit remettre en question la validité de son acte, même si elle croit de bonne foi que celui-ci est légal.

¹²² VIDAL, p. 125.

¹²³ VIDAL, p. 125.

¹²⁴ VIDAL, p. 126.

¹²⁵ ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139, consid. 4. Le TF a tranché dans ce sens notamment au vu de la courte durée du contrat de bail et du droit de rachat et du comportement du créancier qui a réclamé rapidement l'objet à l'expiration du bail.

¹²⁶ ATF 83 II 73 = JdT 1963 I 6, consid. 1 ; ATF 88 II 73, consid. 1 et ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139, consid. 1.

¹²⁷ Nous ne pouvons pas formuler cette question de façon plus précise en raison de la nature différente de tout ce qui peut être fraudé.

¹²⁸ DESBOIS, p. 45s.

¹²⁹ DESBOIS, p. 45s. Cette définition est à mettre en lien avec notre chapitre dédié à la simulation.

VIDAL critique la distinction faite entre fraude à la loi et fraude aux droits des tiers car le but recherché consiste dans les deux cas à satisfaire les intérêts personnels du fraudeur (ou de tiers), que ce soit aux dépens de la loi ou de tiers, cela n’y changerait rien. Partant, distinguer selon que la fraude touche à l’autorité de la loi ou aux droits des tiers n’aurait pas de pertinence, puisque cela n’a aucun impact concret¹³⁰. Il ajoute que, même lorsque la fraude touche le droit de tiers, elle vise concrètement une règle obligatoire, ce qui fait d’elle une fraude à la loi dans chaque cas¹³¹. Cet auteur nous a convaincu et, pour cette raison, nous n’analyserons pas plus profondément les cas de fraude aux droits des tiers même si nous sommes consciente que cela a un impact pour déterminer qui doit dénoncer l’acte frauduleux.

Au final, VIDAL soutient que la fraude est un moyen détourné permettant d’esquiver ses obligations, quelles que soient leurs sources (il cite par exemples la décision de justice ou la convention)¹³². Selon lui, n’importe quelle règle de l’ordre juridique peut être éludée, tant qu’elle est obligatoire pour les parties. Toutefois, une règle – même impérative – n’a pas à être respectée si le sujet de droit n’y est pas soumis¹³³. Ainsi, une règle dispositive ayant des effets obligatoires pour des parties devra être respectée, et pas une règle impérative si son champ d’application ne les concerne pas¹³⁴. Pour LANG, le droit dispositif peut être éludé si les parties l’ont intégré à titre de droit conventionnel dans leur contrat¹³⁵.

HONSELL distingue également la fraude à la loi et la fraude au contrat¹³⁶. A ce sujet, HAUSHEER/JAUN expliquent que les droits et obligations découlant d’un acte juridique peuvent être éludés au même titre qu’une disposition légale¹³⁷. TERCIER et BLOCH estiment que le régime de fraude à la loi s’applique *mutatis mutandis* aux contrats ou aux statuts (*Statutenumgehung*) (ou tout acte juridique) qui sont éludés, par le recours à l’analogie¹³⁸. KRAMER a développé une longue réflexion sur la fraude par contrat. Il partage le même avis que TERCIER sur ce qui précède, expliquant encore que la fraude par contrat peut avoir pour but d’éviter l’exigence d’une autorisation de l’autorité ou d’obtenir le consentement privé d’un tiers ou d’empêcher l’application de dispositions impératives de procédure¹³⁹. Ses réflexions ont abouti à une distinction entre fraude au sens propre (*echte*) et au sens impropre (*unechte*). Selon lui, il y a fraude au sens impropre lorsque les parties ont simulé un acte juridique qu’elles ne voulaient pas, qui sera sans effet juridique en raison du manque de volonté commune (art. 18 CO), et qu’elles dissimulent leur accord illicite¹⁴⁰. Au contraire, il y a fraude au sens propre

¹³⁰ VIDAL, p. 68.

¹³¹ VIDAL, p. 69. *Contra* : LIGEROPOULO, p. 39s, qui ne creusera toutefois pas davantage la problématique, estimant que la distinction est “assez fuyante”.

¹³² VIDAL, pp. 61s et 70.

¹³³ VIDAL, p. 95.

¹³⁴ VIDAL, p. 86.

¹³⁵ LANG, p. 71.

¹³⁶ HONSELL, BSK, n. 31 *ad* art. 2 CC.

¹³⁷ HAUSHEER/JAUN, HK, let. gg *ad* art. 2 CC.

¹³⁸ TERCIER, p. 105 ; BLOCH, p. 146. Ce dernier ne préconise toutefois pas le recours à l’analogie.

¹³⁹ KRAMER, BK, n. 262 *ad* art. 20 CO.

¹⁴⁰ KRAMER, BK, n. 263 *ad* art. 20 CO. Cf. notre chapitre sur la simulation et la fiducie.

lorsque l'acte juridique est sérieusement voulu par les parties, qui exploitent abusivement leur liberté d'organiser leurs relations contractuelles (art. 1 CO) pour obtenir un résultat qui ne sera pas empêché par la loi éludée¹⁴¹. C'est également la définition que fait HUGUENIN JACOBS lorsqu'elle parle de la fraude au sens propre, qui consiste selon elle à utiliser une manœuvre atypique (non prévue par la norme) pour échapper à l'application de celle-ci¹⁴². Pour apprécier cet acte, le juge va d'abord se référer à la norme d'interdiction qui s'applique spécifiquement dans le cas d'espèce ou, à défaut, recourir à l'interprétation téléologique de cette norme. S'il ressort de la *ratio legis* de la norme éludée qu'elle s'applique par analogie à l'acte juridique en cause, la sanction qu'elle prévoit sera aussi valable pour l'acte des parties, même si cela ne ressort pas expressément de son sens littéral¹⁴³.

Au vu des différents avis qui nous ont été présentés, nous en concluons que tout ce qui a un effet contraignant pour des particuliers, que ce soit une loi, un accord, un jugement – qu'importe ! – peut faire l'objet d'une fraude, d'où l'adage latin « *fraus omnia corrumpit* ». Ce qui est décisif est que le fraudeur soit soumis à des obligations et qu'il cherche à s'en défaire en invoquant un moyen – quel qu'il soit – lui permettant d'être soumis à d'autres obligations, alors que l'esprit du moyen utilisé n'est pas de servir de stratagème et, partant, son invocation est en contradiction avec son but.

Parmi d'autres distinctions que l'on trouve dans la doctrine à propos du principe de fraude à la loi, mentionnons YUNG et BLOCH, qui considèrent que la fraude au sens large (notion subjective, improprement dite) consiste à éviter frauduleusement l'application d'une disposition légale impérative ou prohibitive (la conséquence sera la nullité de l'acte entrepris) et la fraude au sens étroit (notion objective, proprement dite) est un acte qui ne contrevient pas directement à la loi mais qui a pour effet de la contourner et est par conséquent une cause de nullité de cet acte juridique¹⁴⁴.

Nous allons étudier la jurisprudence suisse pour découvrir le traitement réservé par nos tribunaux aux situations de fraude avec la loi. Cela nous permettra également de découvrir la place que prend ce principe dans l'ordre juridique suisse.

3. La fraude à la loi dans la jurisprudence et sanctions applicables

Il convient de répéter que le principe de la fraude à la loi ne trouve pas d'encrage expresse dans la loi en tant que principe général de droit. Pour réaliser ce travail, nous avons lu de nombreuses jurisprudences et nous avons constaté de grandes disparités dans la qualification et le traitement du problème. Certains arrêts traitent de façon « correcte » le principe de la fraude à la loi, alors que d'autres – pour ne pas dire la grande majorité – le mélangent avec l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)¹⁴⁵ et, contrairement à

¹⁴¹ KRAMER, BK, n. 263 *ad* art. 20 CO. Nous verrons que cette définition relève des caractéristiques de l'abus de droit, ce qui est erroné.

¹⁴² HUGUENIN JACOBS, BSK, n. 22 *ad* art. 20 CO. Cette définition nous paraît correcte.

¹⁴³ KRAMER, BK, n. 264 *ad* art. 20 CO.

¹⁴⁴ YUNG, p. 154 ; BLOCH, p. 143.

¹⁴⁵ ATF 142 II 206, consid. 2.2 et TF, 1C_158/2015 du 3 mai 2016, consid. 2.3. Mentionnons encore une jurisprudence genevoise de cette année, publiée sous référence Genève, Cour de justice, ATA/38/2017 du

ce que l'on peut imaginer, ce problème concerne également des décisions récentes (2016 et même 2017)! Enfin, nous avons encore remarqué que certains arrêts ne qualifient absolument pas le problème, alors qu'il s'agit bel et bien de fraude à la loi¹⁴⁶ ou d'autres encore parlent uniquement d'abus de droit¹⁴⁷. Ce qui précède peut être expliqué en partie par le fait que la fraude à la loi est rattachée à l'art. 2 al. 2 CC dans le répertoire des Arrêts du Tribunal fédéral suisse, ce qui porte forcément à confusion. Nous allons vous présenter les arrêts qui démontrent le mieux, d'après nous, le principe de la fraude à la loi et son traitement.

a. Etude de quelques jurisprudences

Le premier arrêt que nous allons citer décrit l'histoire de particuliers qui se sont fait céder par une banque une créance garantie par un gage immobilier et ont obtenu l'adjudication dans le cadre de la vente forcée¹⁴⁸. Leur intention, en devenant créanciers gagistes, était d'obtenir l'autorisation d'acquérir ce bâtiment agricole par le biais de l'art. 64 al. 1 let. g LDFR. Le TF en a conclu qu'ils se sont servis de cette disposition (norme érudante) pour acheter un immeuble agricole aux enchères forcées alors qu'ils n'auraient pas été autorisés à le faire dans d'autres circonstances. « En recourant à un moyen apparemment légitime pour atteindre un résultat prohibé, ils ont commis une fraude à la loi »¹⁴⁹. Malgré cela, le TF ne va pas préciser la sanction, mais nous supposons qu'elle consiste à bloquer les effets de la manœuvre frauduleuse afin de ne pas tolérer ce comportement¹⁵⁰.

Le TF a eu l'occasion d'être confronté à plusieurs reprises¹⁵¹ à la vente d'un bien entre des parties qui concluent simultanément un contrat de bail accordant au vendeur un droit de se servir de la chose qu'il a vendue pendant un certain temps, moyennant un loyer déterminé et en se réservant la possibilité de racheter le bien à l'issue du contrat de bail contre restitution du prix de vente. Cette situation n'est pas choquante en soi puisque le constitut possessoire trouve sa légitimité à l'art. 924 al. 1 CC (2^{ème} hypothèse) mais lorsque le constitut possessoire sert à contourner la réglementation relative au gage mobilier (art. 717 CC), le comportement en cause consiste en une fraude à la loi. Dans cette situation, le TF a estimé que l'aliénateur (celui qui a vendu initialement son bien et qui bénéficie d'un contrat de bail pour jouir de la possession sur ce bien) était en possession d'un titre spécial au sens de l'art. 924 CC, qui est une disposition concrétisant la prohibition de la fraude à la loi et qui règle ses conséquences : « Si l'aliénateur retient une chose à un titre spécial, le transfert n'est pas opposable aux tiers s'il a pour but d'éluder les règles sur le gage mobilier ». Dans le cas d'espèce toutefois, le TF a conclu, après avoir étudié le comportement des parties et les circonstances qui ont entouré l'état de fait en cause, qu'elles n'avaient pas l'intention d'éluder les règles relatives au

17 janvier 2017, consid. 4b ainsi que les arrêts du TF, 4A_428/2016 du 15 février 2017, consid. 1.1.2 ; 1C_546/2015 du 23 juin 2016, consid. 2.2, et l'ATF 92 I 539 = JdT 1968 I 170, consid. 6b.

¹⁴⁶ ATF 129 III 618, consid. 6.2.

¹⁴⁷ ATF 119 V 46, consid. 2b et 109 II 43 = JdT 1983 I 272, consid. 3b.

¹⁴⁸ ATF 132 III 212, consid. 3.1.5.

¹⁴⁹ ATF 132 III 212, consid. 4.2 et 4.3.

¹⁵⁰ Nous regrettons le manque de clarté dans la sanction retenue par le TF dans sa jurisprudence.

¹⁵¹ ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139 et ATF 83 II 73 = JdT 1963 I 6.

gage mobilier¹⁵². Partant, elles n'avaient pas commis de fraude à la loi car leur réelle et commune intention était d'échanger des biens et non d'octroyer un crédit mobilier sans remise au créancier gagiste de l'objet mis en gage¹⁵³. En conclusion, le TF a admis que l'art. 717 CC n'était pas applicable et que le créancier était le propriétaire de l'objet, même à l'égard des tiers¹⁵⁴.

Dans une affaire ancienne de quelques décennies¹⁵⁵, le TF a dû se prononcer sur une situation où le propriétaire de deux parcelles, grevées d'un droit de préemption, a conclu une convention attribuant un droit de superficie à un tiers, afin de ne pas lui vendre directement les immeubles et de permettre ainsi au bénéficiaire du droit de préemption d'exercer son droit, tout en arrivant « pratiquement presque au même résultat »¹⁵⁶. Le TF va analyser les circonstances qui ont entouré la conclusion d'un contrat de superficie, pour déterminer quelle était la véritable volonté des parties en agissant ainsi. Ainsi, notre Haute Cour a suivi le schéma indiqué à l'art. 18 CO, en ne s'arrêtant pas à la lettre du contrat, mais en cherchant la réelle et commune intention des parties, bien qu'elle ne se réfère pas expressément à cette disposition. Elle en a conclu que les intéressés avaient emprunté un chemin détourné (« *Schleichweg* ») en concluant une telle convention puisque leur but était de déjouer le droit de préemption. Malgré la qualité de cet arrêt, le TF va se référer à multiples reprises à la notion de bonne foi. La sanction retenue dans cette jurisprudence est remarquable, car « elle ne peut pas consister simplement à déclarer nul l'acte en cause. La suite, objectivement juste, consiste à réputer réalisée l'éventualité dans laquelle le droit de préemption peut s'exercer ». Il justifiera cette conclusion en se référant à l'art. 156 CO¹⁵⁷. Ainsi, le propriétaire sera contraint de transférer la propriété des deux parcelles en cause au bénéficiaire du droit de préemption, moyennant paiement du prix de vente car ce dernier avait manifesté dans les délais son intérêt à exercer son droit¹⁵⁸.

Dans un arrêt récent, le TF a dû se prononcer sur une demande de reconnaissance et d'inscription de deux enfants dans le registre d'état civil suisse¹⁵⁹. La particularité du cas était que les requérants n'étaient ni parents biologiques, ni parents génétiques des jumeaux, mais parents sociaux (ou d'intention), puisqu'il s'agissait d'un couple homosexuel lié par un partenariat enregistré, qui a recouru à la maternité de substitution aux Etats-Unis pour être reconnus parents de ces enfants dans ce pays. Conformément à l'art. 27 al. 1 LDIP, une décision étrangère n'est pas reconnue en Suisse si une telle reconnaissance est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse. Tel est le cas si le fait est ressenti comme absolument incompatible avec les valeurs juridiques et éthiques nationales. Le TF relève que cela ne doit pas s'apprécier de façon abstraite puisque ce sont les effets de la reconnaissance et l'exécution dans chaque cas

¹⁵² ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139, consid. 4.

¹⁵³ ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139, consid. 4. Le TF a tranché dans ce sens notamment au vu de la courte durée du contrat de bail et du droit de rachat et du comportement du créancier qui a réclamé rapidement l'objet à l'expiration du bail.

¹⁵⁴ ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139, consid. 4.

¹⁵⁵ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 3 et 4.

¹⁵⁶ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 4a.

¹⁵⁷ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 4c.

¹⁵⁸ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 5.

¹⁵⁹ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. b.

d'espèce qui sont décisifs¹⁶⁰. L'interdiction de la gestation pour autrui est un principe fondamental de la conception juridique actuelle. Toutefois, les art. 119 al. 2 let. d Cst.-féd. et 4 LPMA ne concernent que les activités en Suisse, en ce sens qu'ils ne constituent pas encore en soi un motif impératif de nature à empêcher la reconnaissance d'un lien de filiation établi à l'étranger de manière conforme à la loi¹⁶¹. Le TF a tout de même constaté que les recourants se sont rendus aux Etats-Unis uniquement dans le but de réaliser leur désir d'avoir un enfant et, ainsi, recourir légalement à la maternité de substitution, en sachant pertinemment que cette conception de la naissance était contraire au droit positif suisse¹⁶². Le TF rappelle que la loi sur le droit international privé laisse une grande liberté et que tous les actes formateurs ne constituent pas forcément des fraudes à la loi.

Toutefois, dans le cas d'espèce, la fraude est manifeste. Les recourants, ayant la nationalité, domicile et toute leur vie en Suisse, n'ont aucun lien avec les Etats-Unis et ont profité de la législation américaine pour être reconnus parents des jumeaux dans ce pays, pour ensuite faire reconnaître ce lien de filiation en Suisse. « Ce procédé consiste à contourner une interdiction ressentie comme fondamentale en Suisse, c'est une fraude à la loi »¹⁶³. Dans ce contexte, le TF a déclaré que la reconnaissance du rapport de filiation dans le registre d'état civil suisse serait contraire à l'ordre public suisse car la naissance aux Etats-Unis avait comme fin de contourner l'interdiction de la maternité de substitution¹⁶⁴. Partant, la reconnaissance de la filiation viole manifestement l'ordre public suisse (art. 27 al. 1 LDIP) et la transcription dans le registre d'état civil suisse au sens de l'art. 32 al. 2 LDIP doit être refusée¹⁶⁵.

¹⁶⁰ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 5 et 5.1.

¹⁶¹ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 5.3.

¹⁶² ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 6.3.

¹⁶³ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 6.4.

¹⁶⁴ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 6.5.

¹⁶⁵ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 8. Cet arrêt est intéressant car la fraude à la loi n'est pas liée au fait que ce soit un couple homosexuel qui veuille faire reconnaître en Suisse leur lien de filiation avec les enfants, ni le fait qu'ils aient eu recours à la maternité de substitution. Le Message du CF à ce sujet n'interdit pas systématiquement la reconnaissance de la filiation pour les enfants issus de ce mode de procréation. Au final, ce qui était constitutif d'une fraude à la loi dans cet arrêt, c'est que les recourants savaient que la maternité de substitution était interdite en Suisse et ils ont organisé cette maternité aux Etats-Unis et s'y sont rendus uniquement pour profiter de cette possibilité, n'ayant pourtant aucun lien avec ce pays. Ils voulaient ainsi contourner des dispositions suisses (art. 119 al. 2 let. d Cst et 4 LPMA)(dispositions éludées), en invoquant l'art. 32 al. 2 LDIP (disposition éludante), qui est l'institution de la reconnaissance des jugements étrangers en Suisse. Le TF le fait savoir clairement, car il finira son arrêt par constater que sa conclusion serait différente s'il s'agissait d'un couple ayant vécu aux Etats-Unis, ayant ainsi un lien avec ce pays et profitant d'une institution légale, et qu'ensuite les époux avaient décidé de venir en Suisse.

b. L'interprétation de la loi et l'examen des circonstances pour déterminer l'existence d'une fraude

En présence d'un soupçon de fraude à la loi, le juge va devoir examiner les circonstances concrètes du cas (déclarations des parties et circonstances qui ont entouré l'acte) pour déterminer les intentions des parties¹⁶⁶. Ensuite, au moyen des règles d'interprétation ordinaires, il devra établir si la loi a fait l'objet d'une fraude au vu du résultat de sa première analyse.

Comme le relève le TF dans ses jurisprudences, il y a fraude à la loi lorsque le fraudeur respecte en apparence le texte de loi (*Sinn, sens*) mais qu'en réalité, il contredit son esprit (*Zweck, but*), lequel doit être déterminé par le biais de l'interprétation¹⁶⁷. Pour ce faire, le juge doit recourir à la méthode objective¹⁶⁸, en ce sens qu'il va rechercher la volonté reconnaissable¹⁶⁹ que se ferait un destinataire idéal qui lirait la loi, avec certaines connaissances (objectifs du législateur, valeurs, etc.)¹⁷⁰. Cela implique un véritable travail de recherches pour le juge. Il devra déterminer si, selon son sens et son but, la norme potentiellement éludée s'applique à l'opération litigieuse, ou si cette dernière est exclue du champ d'application de la norme d'interdiction, validant ainsi la manœuvre¹⁷¹. Le TF a toutefois soulevé que l'admission d'une fraude ne doit pas être faite à la légère et qu'il faut trancher ce genre de questions au regard des circonstances concrètes du cas, notamment au vu du comportement des parties dans son ensemble¹⁷².

Nous allons passer brièvement en revue les méthodes d'interprétation ordinaires. Dans sa jurisprudence, le TF affirme commencer par une interprétation selon la lettre de la loi (méthode littérale). Le juge est lié par le résultat lorsque la disposition est claire et dépourvue d'ambiguïté et que le résultat est matériellement juste¹⁷³. Or, selon nous, pour douter du sens à donner à un article, le juge doit déjà avoir procédé à une analyse selon les autres méthodes d'interprétation, ce qui reviendrait à dire que le juge, pour être sûr que le résultat de la méthode littérale est satisfaisant, doit systématiquement procéder à toutes les méthodes d'interprétation, quitte à s'en tenir qu'à la méthode littérale au final. Le juge doit procéder à une analyse selon les autres méthodes d'interprétation lorsqu'il a des raisons valables de penser que le texte ne reflète pas le vrai sens de la disposition¹⁷⁴ ou si le résultat heurte le sentiment de justice¹⁷⁵. Dans ce cas, il utilisera la méthode systématique (analyser la place d'une disposition par rapport à d'autres dans la loi), historique (étudier les travaux

¹⁶⁶ ATF 104 II 204 = JdT 1979 I 141, consid. c. et ATF 78 II 207 = JdT 1953 I 139, consid. 3. C'est ce qu'il a fait dans l'arrêt que nous avons présenté dans le chapitre précédent *in* ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 4c.

¹⁶⁷ ATF 125 III 257, consid. 3a, 114 Ib 11, consid. 1a et 104 II 204, consid. b.

¹⁶⁸ MEIER-HAYOZ, BK, n. 144 *ad* art. 1 CC.

¹⁶⁹ DESCHENAUX II, p. 78s ; MEIER-HAYOZ, BK, n. 146 *ad* art. 1 CC.

¹⁷⁰ LANG, p. 96.

¹⁷¹ ATF 104 II 204 = JdT 1979 I 141, consid. b.

¹⁷² ATF 104 II 204 = JdT 1979 I 141, consid. c.

¹⁷³ ATF 132 III 226, consid. 3.3.5 ; ATF 137 I 257, consid. 4.1 et TF, 2C_62/2015 du 2 novembre 2016, consid. 6.

¹⁷⁴ TF, 2C_793/2016 du 10 février 2017, consid. 5.3.

¹⁷⁵ ATF 142 III 402, consid. 2.5.1 et 135 IV 113, consid. 2.4.2.

préparatoires liés à cet article)¹⁷⁶ et téléologique (chercher le but, l'esprit et les valeurs que cette disposition exprime)¹⁷⁷. Dans d'autres arrêts, le TF explique qu'il ne privilégie aucune méthode d'interprétation mais a plutôt recours à un « pluralisme pragmatique » des méthodes (*methodenpluralismus*) pour trouver le véritable sens de la norme¹⁷⁸.

LANG, quant à lui, recommande la méthode dite historico-objective, tout en réservant qu'en cas de changement de circonstances, le juge doit pouvoir tenir compte de l'évolution. CORNU propose directement une interprétation téléologique, ce qui permet de prendre en compte le but de la norme, sans s'arrêter à la vision du législateur à l'époque de la rédaction de l'article en question¹⁷⁹. Nous sommes d'avis que privilégier la méthode historique ne permet pas suffisamment souvent d'aboutir à un résultat satisfaisant, la preuve en est que si le TF utilisait prioritairement cette méthode, les femmes n'auraient toujours pas le droit de vote aujourd'hui¹⁸⁰. WERRO critique également les auteurs qui privilégient la volonté historique en ne ménageant qu'une place exceptionnelle à la volonté actualisée du législateur. Selon cet auteur, quitte à choisir entre les deux, mieux vaut privilégier la volonté actualisée¹⁸¹. Relevons que, dans un arrêt récent du TAF, ce dernier soutient même que « l'interprétation historique dispose d'une valeur secondaire »¹⁸². HONSELL et RIEMER préconisent une interprétation extensive de la norme éludée, par une application par analogie de cette dernière¹⁸³. EGGER ET ALII sont également d'avis qu'il faut déterminer l'existence d'une fraude à la loi en interprétant la norme éludée, sans donner toutefois plus de détails¹⁸⁴. Relevons encore que le juge peut s'aider de moyens auxiliaires pour interpréter la loi, comme le préconise l'art. 1 al. 3 CC. BAUMANN suggère, certes au sujet de l'art. 2 al. 2 CC, une systématique innovante dans le raisonnement à développer face à un abus de droit mais nous pensons que son commentaire peut être applicable *mutatis mutandis* au sujet de la fraude à la loi. Nous allons vous le présenter en l'adaptant directement au principe qui nous intéresse : le juge examine d'abord si le but est expressément transcrit dans la loi. Si tel est le cas, il n'aurait pas besoin de procéder à l'interprétation de la disposition concernée, constatant d'emblée la violation de la loi. Si le but n'est pas clair, il doit procéder à une interprétation au sens de l'art. 1 al. 1 CC. Si celle-ci n'aboutit à aucun résultat, il faudrait considérer en principe que l'utilisation non-conforme doit être admise. Exceptionnellement, si cette utilisation est intolérable, elle tomberait sous le coup de la prohibition de la fraude à la loi¹⁸⁵.

Le but est de ne pas tolérer le trouble ainsi fait à l'ordre social et d'assurer l'exécution de la règle éludée malgré l'efficacité¹⁸⁶ du moyen utilisé par le fraudeur¹⁸⁷.

¹⁷⁶ WERRO, CR, n. 68 *ad* art. 1 CC.

¹⁷⁷ MONTAVON, p. 18.

¹⁷⁸ ATF 125 II 206, consid. 4a ; TF, 2C_62/2015 du 2 septembre 2016, consid. 6 ; ATF 141 IV 262, consid. 3.1, 139 II 49, consid. 5.3.1 et 139 IV 270, consid. 2.2.

¹⁷⁹ CORNU, p. 63s et ATF 124 III 266 = JdT 1999 I 414, consid. 4.

¹⁸⁰ ATF 83 I 173, consid. 4 et 116 Ia 359 = JdT 1992 I 98, consid. 5c.

¹⁸¹ WERRO, CR, n. 68 *ad* art. 1 CC.

¹⁸² TAF, A-340/2015 du 28 novembre 2016, consid. 4.1.3.6.

¹⁸³ HONSELL, BSK, n. 31 *ad* art. 2 CC ; RIEMER, p. 359.

¹⁸⁴ EGGER ET ALII, ZK, n. 26 *ad* art. 20 CO.

¹⁸⁵ BAUMANN, p. 631s.

¹⁸⁶ Par efficacité, nous entendons un moyen qui est apte à produire les effets escomptés, même si la manœuvre sera finalement paralysée par les tribunaux.

c. Où se trouve la place de la fraude à la loi dans l'ordre juridique suisse, respectivement est-ce une notion de fait ou de droit ?

Lorsqu'on lit les différents avis de la doctrine relatifs à la fraude à la loi, il est frappant de remarquer qu'une controverse existe déjà pour déterminer si la fraude à la loi est une notion de fait (comportement de fait) ou une notion de droit (institution juridique autonome). Cette distinction a une influence considérable puisqu'elle détermine la légitimation de la sanction à infliger, ce que nous traiterons ultérieurement dans ce chapitre.

Les partisans de la fraude à la loi en tant que comportement de fait sont d'avis qu'il faut interpréter la loi¹⁸⁸ ou recourir à une autre institution juridique pour pouvoir sanctionner les comportements frauduleux, en se référant par exemples à l'abus de droit, à l'ordre public, à la simulation ou à la violation de la loi¹⁸⁹. Cette vision a pour inconvénient que la substitution à une autre théorie juridique requiert que ses conditions d'application soient remplies et qu'elle prévoie expressément une sanction pour pouvoir réprimer la fraude. KRAMER a expressément soulevé cette question. Selon lui, si on admet une application par analogie fondée sur l'interprétation téléologique, le principe de fraude à la loi devient superflu et ne peut donc pas être qualifié d'autonome. LANG¹⁹⁰ constate que ces auteurs ne lui dénie toutefois pas une existence juridique, bien qu'ils ne la considèrent pas autonome. EGGER ET ALII, quant à eux, considèrent qu'il faut sanctionner la fraude à la loi en tant que violation directe de la norme légale, soit en invoquant la norme éludée pour punir le comportement frauduleux¹⁹¹. LANG est un partisan de cette vision, puisqu'il estime qu'il n'est pas possible de reconnaître une fraude sans passer par la voie de l'interprétation, ce qui a forcément pour conséquence d'admettre que la fraude à la loi n'est pas autonome puisqu'elle est dépendante d'une autre institution du droit pour être décelée. Dès lors, la fraude à la loi ne serait pas un principe général et autonome¹⁹². Nous pensons qu'effectivement la fraude à la loi est un principe qui demande de recourir à une interprétation de la loi pour être déclenché, mais cela n'implique pas d'emblée qu'il ne s'agit pas d'une institution autonome.

L'autre partie de la doctrine¹⁹³, qui considère la fraude comme une institution juridique propre, estime qu'elle bénéficie de sa propre sanction, à savoir une action ou exception de fraude à la loi.

En lien avec cette réflexion, nous nous sommes demandée si le principe de la fraude à la loi pouvait être rattaché à une disposition légale générale qui prohiberait dit comportement. Comme nous l'avons déjà mentionné, le Tribunal fédéral rattache la fraude à la loi à l'art. 2 al. 2 CC, ce qui est considéré comme erroné pour bon nombre de juristes. Ce résultat est effectivement insatisfaisant. Nous pensons qu'il ne se rattache *de lege lata* à aucune disposition expresse de la loi. Pourtant, il faut réprimer ces

¹⁸⁷ VIDAL, p. 390.

¹⁸⁸ KRAMER, BK, n. 264 *ad* art. 20 CO.

¹⁸⁹ LANG, p. 26.

¹⁹⁰ LANG, p. 29.

¹⁹¹ EGGER ET ALII, ZK, n. 26 *ad* art. 20 CO.

¹⁹² LANG, p. 91 et 93.

¹⁹³ VIDAL, p. 183.

comportements, la doctrine est au moins unanime à ce sujet. Selon MADAY, ces « manœuvres » rendent illusoire les dispositions légales et mettent en péril le principe de l'égalité et l'autorité du système judiciaire ne méritent pas de protection¹⁹⁴. PERRIN estime que le principe de la prohibition de la fraude à la loi doit être armé juridiquement pour qu'une sanction puisse en être tirée¹⁹⁵. *Quid ?*

Nous nous sommes interrogée sur la place du principe de la fraude à la loi dans notre ordre juridique. Bien que ce principe général ne trouve pas d'encrage dans la loi, il a été toujours été évoqué et traité par la jurisprudence¹⁹⁶, ce qui représente une preuve suffisante – selon nous – pour considérer qu'il dispose d'une existence autonome (bien que sa définition n'était pas satisfaisante à l'époque romaine et moyenâgeuse). Si le principe n'est pas expressément transcrit dans une loi, c'est plutôt un avantage car la jurisprudence présente la particularité de pouvoir s'adapter rapidement aux nouveaux cas de fraude à la loi, notamment lorsque l'on pense que l'imagination humaine peut être sans limite et infiniment variable, ce qui a pour effet de créer régulièrement de nouveaux cas de fraude à la loi¹⁹⁷. En effet, n'importe quelle règle, chapitre ou l'esprit de la loi peut être éludé (*fraus omnia corrumpit*) et nous ne pouvons pas savoir en quoi consistera la fraude à la loi de demain. Il est important que le juge puisse la condamner immédiatement lorsqu'elle se présente.

La jurisprudence fait état d'un principe qui existe (et qui serait aussi vieux que la loi¹⁹⁸) et permet de faire évoluer son champ d'application. Dans cette optique, il paraît logique qu'elle soit la source qui fonde la sanction car elle doit pouvoir s'adapter, dans une certaine mesure, aux fraudes constatées. Lorsqu'HUBER¹⁹⁹, qui connaît mieux que quiconque la volonté du législateur et l'esprit du Code civil suisse, explique les raisons pour lesquelles il a renoncé à rédiger une partie générale, il argumentera qu'il n'estimait pas nécessaire de lister les principes généraux, sans toutefois remettre en cause leur existence et leur utilité. Le législateur n'en rend simplement pas compte dans la loi²⁰⁰. Il poursuivra son rapport par se demander si cela représente une lacune de la loi, pour enfin conclure que tel n'est pas le cas puisque « ces définitions appartiennent dans la plupart des cas, sinon dans tous, à la doctrine et non à la législation ». Cela expliquerait pourquoi le principe de la fraude à la loi n'a pas trouvé de pendant dans la loi. HUBER a fait part à plusieurs reprises de sa volonté de rédiger un code pratique, constitué de dispositions immédiatement applicables. Nous pensons que c'est ce qu'illustre l'art. 717 CC, qui est une concrétisation du principe de la fraude à la loi dans l'hypothèse spécifique des gages mobiliers. A notre avis, HUBER a préféré introduire cette disposition spéciale et directement applicable aux cas d'espèce, plutôt que de rédiger un article général sur le principe de la fraude à la loi car il n'était pas nécessaire de le faire. Nous citerons comme argument supplémentaire que la fraude est un concept de droit qui était utilisé pour condamner des comportements indésirables depuis plusieurs millénaires, ce

¹⁹⁴ MADAY, p. 91.

¹⁹⁵ PERRIN, p. 261.

¹⁹⁶ Nous avons présenté l'ancienneté de ce principe dans notre chapitre relatif à l'origine de la fraude à la loi.

¹⁹⁷ MARTY, p. 215.

¹⁹⁸ VIDAL, p. 13.

¹⁹⁹ DFJP, p. 20.

²⁰⁰ DFJP, p. 21.

qui prouve bien la nécessité de ce principe dans notre ordre juridique. En d'autres termes, nous soutenons que le principe de la fraude à la loi est un principe de droit doté d'une existence autonome bien qu'il ne soit pas expressément intégré dans un article général et abstrait du Code civil suisse, ce qui relève de la volonté du législateur. La concrétisation et la sanction sont développées par la jurisprudence.

Pour démontrer la légitimité de la jurisprudence, nous allons citer un arrêt²⁰¹ déjà présenté, relatif au silence de l'ancien CPC-VD à propos de la jonction de causes, qui indiquait qu'il revenait à la jurisprudence d'y suppléer. Il a précisé encore que cette tâche lui incombait (en tant qu'autorité judiciaire) afin de préciser les cas dans lesquels une jonction pourra être ordonnée. Ainsi, notre Haute Cour créa une nouvelle possibilité jurisprudentielle, à savoir qu'en cas d'ouverture de plusieurs actions partielles portant sur des prétentions identiques, la jonction de causes peut être requise par le défendeur d'un procès. Ce qui est intéressant, c'est que la jonction de causes est initialement une création purement jurisprudentielle et le législateur finira par la trouver suffisamment nécessaire et pertinente pour l'introduire dans notre CPC actuel²⁰². Ainsi, une création jurisprudentielle peut être une source de droit dotée d'un crédit suffisant pour instaurer une nouveauté juridique et que le législateur n'aurait même pas besoin de la concrétiser dans une loi pour que ce soit valablement applicable.

Bien que le législateur ait volontairement renoncé à lister les principes généraux qui gouvernent l'esprit du CC, il serait tout de même souhaitable qu'il y introduise le principe de la fraude à la loi afin de consolider ses effets et mettre un terme à la confusion qui règne entre ce principe et d'autres institutions juridiques.

Cet avis est compatible avec celui de DESCHENAUX, qui estime que le législateur n'a traité qu'un certain nombre de principes généraux, excluant ainsi qu'il s'agisse d'une succession d'articles faisant état d'une liste exhaustive²⁰³. MADAY partage également cette opinion lorsqu'il exprime qu'il n'est pas forcément nécessaire de rattacher tous les principes à des normes légales, car elles existent indépendamment d'un texte écrit. Il citera pour exemple la prohibition de l'abus de droit, rattachée *de lege lata* à l'art. 2 al. 2 CC, mais qui existait déjà avant l'écriture d'une quelconque base légale et cela suffisait à l'époque pour fonder une sanction en cas de violation.

PERRIN s'est demandé si la sanction de la fraude à la loi nécessitait une base légale spéciale pour exister. Il explique que le droit français ne dispose pas de base légale reprenant les principes de fraude à la loi et d'abus de droit et, pourtant, ces deux notions sont très souvent utilisées pour sanctionner les comportements qui en sont constitutifs²⁰⁴. Il en conclut que ce n'est pas parce que l'abus de droit a été concrétisé par une norme légale, contrairement à la fraude à la loi, qu'elle doit de ce chef englober les situations de fraude à la loi ni a pour effet d'exclure ce principe des concepts invocables en droit privé positif²⁰⁵. LANG pense que la fraude à la loi n'est pas un principe général et autonome puisqu'il nécessite de faire appel à une autre institution du droit

²⁰¹ TF, Herculod c. Crot, 2 avril 1946 = JdT 1946 III 88, consid. 4.

²⁰² Art. 125 let. c CPC.

²⁰³ DESCHENAUX II, p. 3.

²⁰⁴ PERRIN, p. 261.

²⁰⁵ PERRIN, p. 262.

(l'interprétation) pour être décelée²⁰⁶. Il estime que la méthode d'interprétation des lois suffirait pour reconnaître une « fraude »²⁰⁷, ce qui vide de tout sens l'hypothèse d'une fraude en tant qu'institution juridique autonome.

d. La sanction

Comme nous l'avons vu, la doctrine n'est pas unanime lorsqu'il s'agit de déterminer si la fraude à la loi est une notion de fait ou de droit. Pourtant l'enjeu est de taille car la nature de la sanction dépendra de cette qualification. Par conséquent, nous allons étudier les deux hypothèses.

Les partisans de la fraude en tant qu'institution autonome prévoient, comme sanction, une exception ou une action de fraude. Toutefois, ils ne sont pas unanimes sur la théorie à appliquer pour contrer la fraude, entre la théorie de la nullité (touchant l'acte invoqué), la théorie de l'équivalence (appliquant la sanction prévue par la norme éludée) et la théorie du changement de sens (considérant le résultat économique équivalent au résultat juridique)²⁰⁸. Ce n'est pas pour autant que la sanction ne doit pas découler du principe de la prohibition de la fraude à la loi car il s'agit d'un principe plus « spécial » qu'une violation de la loi à proprement parler (référence à l'adage *lex specialis derogat generali*).

Pour fonder la sanction d'une potentielle fraude à la loi alors qu'il n'existe pas de base légale, MERZ et PERRIN²⁰⁹ sont unanimes pour affirmer qu'une fraude à la loi est constitutive d'une violation de ladite norme légale, ne nécessitant ainsi pas d'avoir recours à un principe général de droit pour sanctionner le comportement en cause. PERRIN poursuivra son raisonnement en citant l'art. 1 al. 1 CC, qui prescrit au juge d'appliquer la loi quelle que soit la volonté des parties car elle répond à des intérêts collectifs supérieurs qui priment dans tous les cas. Ce qui précède relèverait de l'esprit général voulu par le législateur et fonderait, selon PERRIN, la sanction de la fraude à la loi. Ainsi, sur la base d'une interprétation de l'art. 1 al. 1 CC, il en conclut que tout acte commis en fraude à la loi est illicite, et est, par conséquent, de nul effet²¹⁰. Cette réflexion est très intéressante mais nous ne sommes toutefois pas convaincue en raison du fait qu'il rejette la notion de fraude à la loi en tant que notion de droit.

Le principe de la prohibition de la fraude à la loi permet de combattre le contournement de la norme éludée, dans le but de retrouver une situation conforme à ladite règle²¹¹. Selon LANG, la loi détermine son champ d'application et si on agit contrairement à ce qu'elle prévoit, c'est une violation de la loi²¹² alors que, pour d'autres

²⁰⁶ LANG, p. 91.

²⁰⁷ LANG, p. 93.

²⁰⁸ Citées par LANG, p. 103 mais ce dernier ne les approuve pas puisqu'il n'est pas d'avis que la fraude à la loi est un principe général et autonome, doté de sa propre sanction.

²⁰⁹ MERZ, BK, n. 103 *ad* art. 2 CC et PERRIN, p. 262.

²¹⁰ PERRIN, p. 263. Cet avis était également développé par le TF dans une jurisprudence relative à l'art. 20 CO *in* : ATF 113 II 460, consid. 3d.

²¹¹ BLOCH, p. 146.

²¹² LANG, p. 105s.

auteurs, éluder l'application d'une règle revient précisément à ne pas la violer²¹³. Il faut en déduire que la sanction d'une fraude à la loi peut prendre différentes formes car elle dépend de la sanction propre à la disposition qui sera contournée.

HUGUENIN JACOBS relève que les articles 19 et 20 CO ne contiennent pas de mention spécifique relative à une éventuelle application par analogie en cas de fraude à la loi. Elle propose de résoudre la situation par l'interprétation de la norme contournée afin de déterminer si le comportement du fraudeur tombe sous le coup de son application et, cas échéant, sanctionner ledit comportement d'après cette norme. Elle relève toutefois que les tribunaux justifient souvent la fraude à la loi par le recours à la notion d'abus de droit²¹⁴. Selon HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, lorsque le juge est confronté à une situation où une norme a été contournée frauduleusement, il doit résoudre le litige par une application analogique de la norme éludée, ce qui a pour conséquence que le principe même de la fraude à la loi est dépourvu de sanction propre, puisqu'on applique dans chaque cas d'espèce la sanction relative à la norme éludée²¹⁵. Ces auteurs sont des adeptes de la fraude à la loi en tant que notion de fait. Ils ajoutent encore que, si le juge ne peut pas procéder à une application par analogie de la norme éludée pour en déterminer la sanction, il pourra rendre une décision équitable et appropriée uniquement par une déduction tirée du principe de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)²¹⁶. Cet avis est très intéressant car il relève l'aspect « caméléon » de la sanction découlant d'une fraude à la loi, considérant toutefois qu'elle n'est pas un principe autonome puisqu'elle dépendra de la norme contournée. Cet argument est presque convaincant mais nous ne changeons pas d'avis quant à sa portée autonome et nous n'adhérons pas à la référence faite à l'art. 2 al. 2 CC.

HAUSHEER/JAUN sont d'avis qu'un comportement frauduleux doit être sanctionné par une application par analogie de la norme éludée²¹⁷. MADAY estime également qu'il faut appliquer la disposition contournée de la même manière que si elle n'avait pas été déjouée et qualifie ce comportement de violation indirecte de la loi²¹⁸. La jurisprudence ne développe pas de théorie aussi précise que la doctrine à ce sujet mais nous permet de constater que, lorsqu'elle retient une fraude à la loi, la sanction découlera de l'application de la norme éludée.

Parmi la jurisprudence la plus correcte du point de vue du raisonnement juridique relatif à la fraude à la loi, le Tribunal fédéral condamne les situations de fraude par l'application de la sanction prévue dans la norme éludée.

²¹³ BONARD, p. 139.

²¹⁴ HUGUENIN JACOBS, BSK, n. 22 *ad* art. 20 CO.

²¹⁵ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, n. 93 *ad* art. 2 CC.

²¹⁶ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, n. 93 *ad* art. 2 CC. L'ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 4c sanctionne un comportement frauduleux en concluant que le droit de préemption peut s'exercer puisque c'est "la suite, objectivement juste, à donner". Certes, nous partageons le même avis quant au résultat, mais ne pensons pas qu'il faille motiver la sanction en parlant de justesse, mais bien plutôt de sanction suite à un comportement frauduleux.

²¹⁷ HAUSHEER/JAUN, HK, let. gg *ad* art. 2 CC.

²¹⁸ MADAY, p. 15.

IV. Confrontation du principe de la fraude à la loi à d'autres institutions juridiques

1. L'abus de droit

La jurisprudence²¹⁹ et la doctrine ancienne ont souvent associé la fraude à la loi et l'abus de droit pour qualifier la même situation, considérant même parfois que la fraude était une sous-catégorie de l'abus de droit²²⁰. Cette confusion est critiquée par la doctrine majoritaire moderne²²¹. Pour clarifier la situation, nous allons étudier la notion d'abus de droit puis la confronter à celle de fraude à la loi.

L'exigence de la bonne foi et son corollaire, la prohibition de l'abus de droit, sont des principes juridiques fondamentaux de notre ordre juridique, que le législateur a ancré à l'art. 2 CC. L'art. 2 al. 2 CC prévoit plus précisément que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi, en ce sens que nul ne peut faire valoir un droit subjectif si ce dernier est utilisé de manière contradictoire par rapport à son esprit²²². Cette disposition touche les cas où l'exercice d'un droit, dans un cas concret, ne respecte pas la finalité imaginée par le législateur. On considère que l'exercice d'un droit est abusif si les intérêts pris en compte par le législateur et verbalisés par celui-ci dans une norme légale ne sont pas respectés à l'occasion de l'exercice d'un droit par un particulier²²³. L'abus de droit a fait l'objet de différentes catégorisations par la doctrine, comme par exemples, l'exercice d'un droit sans aucune utilité pour son titulaire, qui ne sert pas la défense de l'intérêt en cause, lorsque le but recherché est déjà atteint ou lorsqu'il ne procurera pas l'effet attendu, lorsque le même avantage peut être obtenu sans nuire à des tiers ou en les gênant moins, lorsqu'un sujet de droit tarde à exercer un droit et l'invoque contre toute attente ou encore, lorsque l'exercice d'un droit vise un but étranger ou même contraire à celui qui est juridiquement protégé par cette norme (c'est cette dernière catégorie qui est souvent confondue avec la fraude à la loi)²²⁴. Le Conseil fédéral a exprimé que l'abus de droit consistait en un « recours extraordinaire » permettant d'assurer le respect de la justice et de l'équité en faveur de ceux qui pâtiraient de l'abus évident qu'un tiers ferait de son droit, lorsque les voies de recours ordinaires ne permettent pas de les protéger²²⁵. Comme nous venons de le voir, un abus de droit est réalisé lorsque les circonstances sont telles que le résultat serait inadmissible, bien que le particulier ait exercé un de ses droits, car il l'a fait dans le dessein de nuire le plus souvent et que le législateur ne souhaite pas protéger ce genre de comportement²²⁶.

²¹⁹ Genève, Cour de justice, ATA/38/2017 du 17 janvier 2017, consid. 4b : « la fraude à la loi est une forme particulière de l'abus de droit, dont l'interdiction se déduit du principe de la bonne foi ». TF, 4A_428/2016 du 15 février 2017, consid. 1.1.2.

²²⁰ ATF 81 II 534, consid. 3 ; 102 III 165, consid. 2.3 ; 129 III 618, consid. 6.2 ; 127 V 183, consid. 6d et 123 V 234, consid. 7b/bb. TF, 8C_966/2010 du 28 mars 2011, consid. 2 ; 8C_79/2009 du 25 septembre 2009, consid. 2 et 4 et 8C_81/2009 du 27 août 2009, consid. 3.3. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, n. 93 *ad* art. 2 CC.

²²¹ Entre autres : HONSELL, BSK, n. 31 *ad* art. 2 CC ; RIEMER, p. 359 ; DESCHENAUX II, p. 149 ; CORNU, p. 66.

²²² BLOCH, p. 138.

²²³ MONTAVON, p. 23.

²²⁴ MONTAVON, p. 23s et BLOCH, p. 141.

²²⁵ FF 1904 IV 1, p. 14 et BLOCH, p. 145.

²²⁶ MONTAVON, p. 24 et CHAPPUIS, p. 47.

Ainsi, l'art. 2 al. 2 CC, au vu de sa rédaction, peut être qualifié de clause générale, car le législateur ne voulait pas exclure des situations qu'il n'aurait pas imaginées, nécessitant une concrétisation de la notion dans chaque cas d'espèce. Cette disposition est un moyen exceptionnel pour le juge de rendre inefficace l'exercice d'un droit, pourtant existant, si sa raison d'être est abusive²²⁷. Le Tribunal fédéral a érigé l'interdiction de l'abus de droit en un principe d'ordre public²²⁸ et l'admet qu'avec une grande retenue²²⁹.

Lors d'un soupçon d'abus de droit, il n'y a pas lieu d'avoir recours à l'interprétation de la norme potentiellement abusée car la prohibition ne tirera pas sa source de la norme abusée en elle-même puisqu'elle ne permet pas d'interdire le comportement litigieux, mais bien du principe de la prohibition de l'abus de droit, qui rayonne sur notre ordre juridique. Ce principe supplante ainsi la norme *a priori* applicable, pour en paralyser les effets²³⁰. A titre comparatif, s'agissant de la fraude à la loi, le juge doit interpréter le sens de la norme pour arriver à la conclusion que le comportement en cause était interdit par cette dernière. Le processus d'interprétation permet ainsi à lui seul de conclure à une fraude à la loi car il permettra de déterminer le véritable sens de la loi et, ainsi, à paralyser les effets non prohibés par la lettre de la disposition légale²³¹. CORNU explique particulièrement bien cette distinction, en écrivant que, si le comportement d'un sujet de droit se heurte à une limite légale, il s'agit d'une fraude à la loi et, dans le cas contraire, il s'agira d'un abus de droit. Dans ce cas, l'attitude du particulier devra être particulièrement choquante²³².

Bien que la doctrine plus ancienne l'assimilait voire même confondait ces deux notions²³³, la doctrine moderne fait preuve de plus de précisions dans leur distinction²³⁴. RÜTTEN, malgré qu'il distingue ces notions, voit l'abus de droit comme un correctif de la fraude à la loi, faisant ainsi de la fraude une sous-catégorie de l'abus de droit²³⁵. Nous ne partageons pas cet avis car, comme nous l'avons vu, le principe de la prohibition de la fraude à la loi permet à lui seul – par le biais de l'interprétation – de neutraliser les effets atteints frauduleusement, nécessitant aucunement le recours à l'abus de droit. MADAY cite dans son ouvrage des exemples de fraude à la loi qui ne sont pas des cas d'abus de droit, permettant ainsi de se rendre compte que ces deux principes ne dépendent pas de l'autre²³⁶ et ce dernier regrette d'ailleurs que la fraude à la loi soit si peu souvent distinguée de l'abus de droit²³⁷.

La doctrine récente considère qu'un abus de droit est réalisé lorsque l'exercice abusif d'une prérogative légale constitue un comportement contraire aux règles de la bonne foi. C'est la raison pour laquelle son action ne peut pas déployer les effets en

²²⁷ CHAPPUIS, p. 47.

²²⁸ ATF 128 III 201, consid. 1c.

²²⁹ ATF 131 III 225, consid. 4.2.

²³⁰ GÄCHTER, p. 8.

²³¹ VETSCH, p. 292.

²³² CORNU, p. 66.

²³³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BK, n. 93 *ad* art. 2 CC.

²³⁴ MERZ, BK, n. 90 *ad* art. 2 CC, p. 251 ; STEINAUER/BIERI, p. 105 et DESCHENAUX II, p. 149.

²³⁵ RÜTTEN, p. 81. *Contra* : KRAMER, BK, n. 264 *ad* art. 20 CO et CORNU, p. 66.

²³⁶ MADAY, p. 27s.

²³⁷ MADAY, p. 13.

principe prévus par la norme. En rédigeant l'art. 2 al. 2 CC comme il l'a fait, le législateur a souhaité intervenir pour corriger les situations abusives en rétablissant un certain équilibre dans un rapport juridique déterminé²³⁸. Contrairement à la fraude à la loi qui met en scène au moins deux rapports juridiques déterminés qui se neutralisent mutuellement, les cas d'abus de droit ne font intervenir qu'un seul rapport. Concernant les cas de fraude, il n'y a, à aucun moment, une question de comportement contraire à la bonne foi. Tout en reconnaissant que l'abus de droit et la fraude à la loi sont des principes connexes, BLOCH écrit qu'ils ont en commun le fait qu'un droit subjectif est utilisé dans un sens contraire à son esprit. Cet auteur conclut que l'exercice abusif d'un droit relève de l'abus de droit et qu'on tomberait dans une situation de fraude à la loi seulement si l'on faisait abstraction de l'acte juridique éludant²³⁹.

Nous pensons qu'effectivement, il s'agit de deux institutions correctives mais cela ne signifie pas pour autant qu'elles dépendent l'une de l'autre. Un abus de droit consiste en l'exercice d'un droit, dans un cas concret, qui ne respecte pas la finalité imaginée par le législateur lorsqu'il a instauré ce droit et que cette institution intervient de façon extraordinaire pour corriger l'abus de son exercice car la norme abusée ne permet pas à elle seule de prohiber ce comportement. En d'autres termes, pour contrecarrer les effets d'une norme abusée, le juge ou l'autorité doit recourir à la notion d'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) car il ne peut pas se fonder sur la norme abusée, qui n'interdit pas le comportement abusif. Au contraire, lorsqu'il y a fraude à la loi, on applique la norme éludée et les sanctions propres qu'elle prévoit. Le fondement de la sanction se trouve dans la norme éludée elle-même et a pour conséquences que les sanctions peuvent être de toutes sortes, puisqu'elles dépendront chaque fois de la norme qui a été contournée, contrairement aux situations d'abus de droit dont la sanction consiste chaque fois à paralyser les effets de l'abus constaté à un droit existant. Le fait de distinguer ces nuances (processus de réflexion, fondement de la sanction et nature de celle-ci) revient à comprendre les principales différences entre la fraude à la loi et l'abus de droit, sans parler du fait que leurs définitions permettent déjà de réaliser qu'on ne parle pas des mêmes états de fait, même si ces institutions visent toutes les deux à ne pas tolérer des agissements contraires à l'esprit des lois. C'est ce que constate MADAY lorsqu'il relève qu'un des points communs de ces notions est qu'elles se rattachent toutes les deux à l'application du droit²⁴⁰. Il relève que la conception selon laquelle la fraude à la loi doit être réprimée comme un abus de droit est encore largement répandue en Suisse comme en France²⁴¹. C'est exactement le problème qui existe au sein de la jurisprudence du Tribunal fédéral puisque l'on peut lire que « la jurisprudence fédérale s'est déjà exprimée sur le fait que l'interdiction générale de la fraude à la loi (art. 2 al. 2 CC) trouve application dans le domaine du travail intérimaire », « toutefois, la question qui se pose est au premier chef celle de l'abus de droit ou fraude à la loi ». Ainsi, notre Haute Cour distingue ces deux principes puisqu'elle indique qu'elle doit opérer un choix entre ces derniers mais les rattache pourtant au même article²⁴². Ces imprécisions sont regrettables et de moins en moins justifiables.

²³⁸ BLOCH, p. 142.

²³⁹ BLOCH, p. 143.

²⁴⁰ MADAY, p. 32.

²⁴¹ MADAY, p. 12.

²⁴² TF, 4A_428/2016 du 15 février 2017, consid. 1.1.2. C'est ce que nous avons déjà relevé lorsque nous disions que la fraude à la loi était rattachée à l'art. 2 CC dans son répertoire de jurisprudence fédérale.

2. La simulation et la fiducie

La simulation et la fiducie sont souvent évoquées lorsqu'on traite de la fraude à la loi. Nous allons découvrir ce que signifient ces deux institutions et quels sont leurs liens avec ce principe.

Il y a simulation (*Simuliertes Geschäft, Scheingeschäft*) lorsque deux parties se mettent d'accord, par un échange de déclarations « apparentes », pour établir un contrat qu'elles ne souhaitent pas réellement et dont elles ne souhaitent pas non plus que les effets juridiques ne se produisent. Leur volonté à cet égard est de créer uniquement l'apparence d'un acte juridique (*vortäuschen*) à l'égard des tiers, dans le but de les induire en erreur (*Täuschungsabsicht*)²⁴³. Ce hiatus entre la volonté qu'elles ont exprimée et le contenu du contrat « apparent » (*Simulationsabrede, Simulationsverwinbarung*) doit être interprété à l'aune de l'art. 18 CO, qui est une règle générale qui indique au juge que l'interprétation d'une manifestation de volonté (cas échéant formulée dans un contrat) s'appuie sur la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir²⁴⁴. Cette recherche de la volonté véritable des parties est qualifiée d'« interprétation subjective ». Toutefois, si le juge n'arrive pas à dégager d'intention concordante et commune, il doit recourir, selon la théorie de la confiance, à ce que pouvait comprendre un cocontractant de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances (« interprétation objective »)²⁴⁵. Ce principe permettra d'imputer à une partie le sens objectif de son comportement, même s'il n'est pas ce qu'elle a réellement voulu communiquer à l'autre²⁴⁶. Mentionnons encore que la note marginale de l'art. 18 CO mentionne expressément la « simulation ».

Simultanément à ce contrat apparent, les parties se lient par un autre acte juridique qui, lui, est le reflet de leur volonté commune mais reste toutefois secret²⁴⁷. La volonté réelle et commune des parties est de cacher la véritable nature du contrat « dissimulé »²⁴⁸, qui est une convention interne déniait tout effet au contrat apparent²⁴⁹.

La doctrine a classifié les différentes sortes de simulation qui existent. Selon le but poursuivi, on peut distinguer la simulation simple ou qualifiée. Il y a « simulation simple » lorsque les parties veulent faire croire à l'existence d'un acte juridique, sans toutefois être liées par un quelconque acte juridique. Si elles simulent un acte pour faire croire à l'existence d'un contrat alors qu'elles ne souhaitent pas être liées du tout, c'est une simulation qualifiée (ou dissimulation)²⁵⁰. Si l'on se penche sur l'étendue de la convention simulée par les parties, nous pouvons distinguer la simulation totale, qui

²⁴³ TF, 5A_137/2009 du 8 novembre 2010, consid. 4.6 et 4A_362/2012 du 28 septembre 2012, consid. 4.1 ; YUNG, p. 143 ; BLOCH, p. 120 ; WINIGER, CR, n. 73 *ad* art. 18 CO et VIDAL, p. 185.

²⁴⁴ RVJ 2011 251, consid. 7b ; ATF 131 III 606, consid. 4.1 et 129 III 664, consid. 3.1 ; WINIGER, CR, n. 60 *ad* art. 18 CO.

²⁴⁵ ATF 131 III 606, consid. 4.1 et 130 III 417, consid. 3.2.

²⁴⁶ ATF 130 III 417, consid. 3.2 et 129 III 118, consid. 2.5.

²⁴⁷ TERCIER/DUCREST, p. 17 ; BLOCH, p. 120 et ATF 97 II 201, consid. 5.

²⁴⁸ TERCIER/DUCREST, p. 17.

²⁴⁹ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, n. 104 *ad* art. 18 CO et VIDAL, p. 183.

²⁵⁰ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, n. 111s *ad* art. 18 CO.

concerne le contrat dans son entier, et la simulation partielle (*Teilsimulation*), qui ne touche que quelques clauses de l'acte²⁵¹.

La sanction réservée aux actes simulés est qu'ils ne produisent aucun effet, en raison du manque de volonté réciproque et concordante de le conclure (art. 18 CO)²⁵². Ainsi, sur le plan interne, ces actes ne déploient pas d'effets car ne résultent pas d'une volonté contractuelle. Sur le plan externe, les tiers peuvent invoquer l'inefficacité de l'acte contre les parties²⁵³. S'agissant des actes dont certaines clauses seulement sont simulées, ils feront l'objet d'une invalidité partielle²⁵⁴. Cette invalidité peut être invoquée en tout temps par une action en constatation de droit négative imprescriptible car l'inefficacité perdure²⁵⁵ ou en tant qu'objection. Le juge doit constater d'office l'invalidité du contrat simulé²⁵⁶, ce qui est contesté par une partie de la doctrine qui émet l'hypothèse que les parties peuvent vouloir ultérieurement réellement conclure cet acte et, partant, ce n'est pas le rôle du juge d'intervenir sur un état de fait dépassé²⁵⁷. Cela nécessitera que la simulation soit prouvée (art. 8 CC) par celui qui l'invoque²⁵⁸. Si une partie s'est exécutée sur la base d'un contrat simulé, elle peut invoquer l'enrichissement illégitime pour récupérer l'indû (art. 62ss CO), avec comme limite le respect du principe de la bonne foi (art. 2 al. 2 CC)²⁵⁹.

S'agissant de l'acte dissimulé, il est valable dans la mesure où il est le seul qui correspond à une volonté réciproque et concordante des parties (art. 18 CO), sous réserve du respect d'une exigence de forme ou de prescriptions matérielles²⁶⁰. Il serait erroné de le considérer comme invalide en raison de l'existence d'un acte simulé, puisqu'il est, au contraire de celui-ci, réellement voulu par les parties²⁶¹.

Il convient désormais d'exposer le lien entre la simulation et la fraude à la loi. Le contrat simulé est considéré comme frauduleux dès lors que des tiers s'y fient de bonne foi. Ces tiers peuvent d'ailleurs par la suite s'en servir – toujours de bonne foi – pour interagir avec d'autres personnes, ce qui permet de relever que la tromperie peut également être réalisée par une personne de bonne foi²⁶². Pour concrétiser un peu ce qui précède, YUNG examine l'hypothèse d'un transfert de droit simulé entre deux parties. L'acquéreur « fictif » est perçu comme le titulaire du droit aux yeux des tiers mais, en réalité, il n'agit pas comme tel, puisque le droit n'a pas cessé d'appartenir à l'aliénateur « fictif »²⁶³. Cette relation est en réalité basée sur un contrat de mandat, puisque le soi-

²⁵¹ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, n. 116 *ad* art. 18 CO.

²⁵² WINIGER, CR, n. 81 *ad* art. 18 CO et ATF 123 IV 61, consid. 5c/cc.

²⁵³ WINIGER, CR, n. 82 *ad* art. 18 CO.

²⁵⁴ TERCIER/DUCREST, p. 23.

²⁵⁵ WINIGER, CR, n. 83 *ad* art. 18 CO.

²⁵⁶ BLOCH, p. 122.

²⁵⁷ KRAMER, BK, n. 162 *ad* art. 18 CO ; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, n. 129 *ad* art. 18 CO ; WINIGER, CR, n. 87 *ad* art. 18 CO.

²⁵⁸ DESCHENAUX, p. 83s.

²⁵⁹ ATF 98 II 23 = JdT 1972 I 541, consid. 5 et ATF 71 II 106 = JdT 1945 I 472, consid. 4 ; WINIGER, CR, n. 86 *ad* art. 18 CO.

²⁶⁰ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, ZK, n. 156a *ad* art. 18 CO.

²⁶¹ TERCIER/DUCREST, p. 30.

²⁶² TERCIER/DUCREST, p. 19.

²⁶³ YUNG, p. 143s.

disant acquéreur doit entretenir la fiction face aux tiers. A ce titre et parce qu'il a la possession sur la chose, le soi-disant acquéreur a un certain pouvoir sur la chose, toutefois limité aux besoins du mandat. YUNG estime que l'acte simulé, *a priori* sans effet, en produit un seul, le seul voulu véritablement par les parties, à savoir tromper les tiers (« effet secondaire »)²⁶⁴. Ainsi, cet auteur explique que la simulation a pour but que cet effet secondaire se produise, tout en ne permettant pas aux effets ordinaires de se réaliser. Le droit positif suisse ne permettant pas de diviser de la sorte les différents effets d'un transfert, il s'agit d'un acte simulé²⁶⁵. YUNG considère que la simulation (non découverte) est le meilleur moyen d'éluder une disposition légale liée à la titularité d'un droit, ce qui lui permet de conclure que l'intention d'éluder une règle légale est un indice de simulation.

Ainsi, la simulation et la fraude à la loi ont, selon lui, plus de liens que ne veut l'admettre l'opinion prépondérante dans la jurisprudence et la doctrine, tout en demeurant des notions distinctes. En effet, la simulation peut servir à d'autres buts que de contourner la loi et la fraude à la loi peut être commise par d'autres moyens que par un acte simulé. Ces notions entretiennent un rapport d'exclusion entre elles, puisqu'un acte tombant dans la définition de l'une ne peut pas tomber sous le coup de l'autre²⁶⁶. Malgré cela, il considère que le juge doit sanctionner un transfert de droit simulé en invoquant la simulation et non la fraude à la loi lorsqu'il prononce la nullité et reconnaître que l'aliénateur fictif a toujours été l'ayant-droit et qu'il est soumis à la disposition légale qu'il voulait contourner. Bien que nous approuvons son avis selon lequel la simulation est un moyen de frauder la loi, nous trouvons insatisfaisant de conclure que l'acte simulé doit être sanctionné selon la théorie relative à la simulation car, dans le cas d'espèce, nous nous trouvons dans une des hypothèses où la simulation représente un cas de fraude à la loi (nous avons vu que ce n'est pas forcément toujours le cas, mais tel est le cas en l'occurrence).

La fiducie est une autre institution souvent évoquée en lien avec la fraude à la loi. Il convient de l'examiner et d'en déterminer les contours par rapport au principe qui nous intéresse.

Le Tribunal fédéral a reconnu l'institution de la fiducie dans un arrêt de 1905²⁶⁷, dans lequel dame Peter-Dutoit a cédé sa créance contestée à son gendre, pour qu'il agisse en justice en son propre nom. Toutefois, il était convenu que cette dernière conservait l'entier du profit éventuel du procès en cas de succès de la démarche. Notre Haute Cour décida d'admettre la qualification d'acte fiduciaire, en ce sens où il y avait eu un transfert complet des biens fiduciaires (la créance)²⁶⁸ et une convention de fiducie (*pactum fiduciae*) qui contraignait le fiduciaire (le gendre) à détenir et administrer le bien qui lui avait été remis dans l'intérêt du fiduciaire (sa belle-mère). Le régime de la fiducie ne découle d'aucune norme légale de droit positif suisse, elle est une invention jurisprudentielle, certes influencée par le droit de nos pays voisins. Comme nous le

²⁶⁴ YUNG, p. 144.

²⁶⁵ YUNG, p. 145.

²⁶⁶ YUNG, p. 157. Cf. notre chapitre III : Dans la terminologie de Yung, il s'agit de la fraude au sens large.

²⁶⁷ ATF 31 II 105. Il s'agissait de la fiducie-gestion. C'est en 1893 que le TF reconnaît la fiducie-sûreté pour la première fois, dans l'ATF 19 344. Nous allons revenir sur ces notions.

²⁶⁸ Il s'agit de la théorie du transfert intégral de droits.

démontre cet arrêt, dans le cadre d'un contrat de fiducie, le mandataire (le fiduciaire, *Treuhänder*) exécute le mandat (art. 394ss CO)²⁶⁹ en son nom propre, mais pour le compte du fiduciant (*Treugeber*)²⁷⁰. Le but visé peut être très varié²⁷¹. Dans les rapports internes, le fiduciaire doit observer les instructions du fiduciant et, à terme, il devra lui retransférer la propriété (ou éventuellement à une tierce personne)²⁷². D'un point de vue des rapports externes, le fiduciaire apparaît comme le seul titulaire des droits, l'existence de la fiducie n'ayant ainsi aucun effet sur les tiers²⁷³. Toutes les obligations que le fiduciaire a contractées dans le cadre de son mandat ne passent pas à celui-ci directement. La convention fiduciaire doit, idéalement, décrire le bien concerné de façon précise et fixer la rémunération due au fiduciaire pour ses services²⁷⁴.

La doctrine distingue deux catégories de fiducie. La fiducie-gestion (ou fiducie pure, *fiducia cum amico*) représente la situation où le fiduciaire exerce un droit uniquement dans l'intérêt du fiduciant²⁷⁵. La fiducie-sûreté (ou fiducie mixte, *fiducia cum creditore*) est utilisée pour constituer des sûretés dans l'intérêt du fiduciaire²⁷⁶. Le principe du *numerus clausus* des droits réels impose une propriété pleine et entière du fiduciaire au sens de l'art. 641ss CC. La transmission de la propriété au fiduciaire nécessite un rapport de confiance étroit car le fiduciant perd tout droit réel sur l'objet et prend des risques non négligeables²⁷⁷. En effet, ce dernier ne dispose plus que d'une créance en restitution pour faire valoir le droit personnel qu'il lui reste sur l'objet²⁷⁸.

Le TF a clairement distingué la fiducie et la simulation depuis l'origine de ces institutions²⁷⁹. Certes, les deux ne sont pas ostensibles, reposent sur un contrat caché s'agissant de la simulation et pas forcément dévoilé quant à la fiducie, en vue de conclure d'autres actes avec des tiers, mais le but, les effets et l'intention ne sont pas les mêmes. Les cocontractants d'un contrat de fiducie ne cherchent pas à tromper autrui ou contourner la loi, sinon ce serait justement une simulation et ce ne serait pas valide. C'est en principe dans le but d'atteindre un but légal (comme par exemples des placements fiduciaires, la gestion fiduciaire de fortune, l'activité de *nominee*)²⁸⁰ que les parties procèdent ainsi, ce qui ne rend pas en soi cette institution illicite. Par ailleurs,

²⁶⁹ ATF 99 II 393, consid. 6 et ATF 112 II 330 = JdT 1987 I 70, consid. 5. Certains auteurs de la doctrine, comme RAPP, p. 37, considèrent qu'il s'agit plutôt d'un contrat *sui generis* que d'un contrat de mandat. BLOCH parle de « contrat atypique », p. 119.

²⁷⁰ THÉVENOZ, p. 271, émet une réflexion intéressante : « le fiduciant veut-il effectivement transférer au fiduciaire la pleine titularité du droit sur les biens fiduciaires alors même qu'il lui en impose un usage limité ? Le transfert de ces droits est-il effectivement voulu, ou simplement simulé ? ».

²⁷¹ WINIGER, CR, n. 95 *ad* art. 18 CO.

²⁷² WINIGER, CR, n. 102 *ad* art. 18 CO.

²⁷³ ATF 117 II 290, consid. 4.

²⁷⁴ TAF, A-5433/2015 du 2 mars 2017, consid. 3.4.2.

²⁷⁵ YUNG, p. 146.

²⁷⁶ WINIGER, CR, n. 95 *ad* art. 18 CO.

²⁷⁷ Citons par exemples que le fiduciaire peut décider d'aliéner la chose, le fiduciant prend le risque que le fiduciaire décède et que « son » bien parte dans la succession de celui-ci ou dans sa masse en faillite ou, s'il s'agit de droits sociaux, il pourrait voter contrairement aux instructions données par le fiduciant. BLOCH, p. 118 ; KLEIN, p. 471 ; VETSCH, p. 19.

²⁷⁸ WINIGER, CR, n. 98 *ad* art. 18 CO ; KLEIN, p. 471.

²⁷⁹ ATF 31 II 105.

²⁸⁰ DUNAND, pp.10s et 13. Il n'est pas important pour notre sujet de développer plus amplement ces notions, qui avaient pour but d'expliciter quelques-uns des buts licites que prend avoir la fiducie.

l'utilité de la fiducie a été reconnue au niveau international, alors que la simulation découle d'une convention qui a pour but de tromper frauduleusement des tiers pour servir son intérêt personnel. De plus, la fiducie est une invention jurisprudentielle, comme nous l'avons vu, contrairement à la simulation qui trouve son fondement dans l'art. 18 CO précédemment évoqué. L'acte de fiducie est réellement souhaité par les parties et ses effets sont en principe valables, contrairement à l'acte simulé, qui n'est pas voulu et ne peut déployer ses effets faute d'intention contractuelle commune²⁸¹.

Pour YUNG, l'hésitation entre la fiducie et la simulation ne peut concerner que les actes de disposition, plus particulièrement les actes de transfert, puisque leurs effets sont ressemblants. Il explique d'abord qu'il n'existe pas de différence dans le contenu ostensible des actes comparés. Plus précisément, dans le cas d'une simulation, la déclaration de transfert a l'apparence d'un transfert, et, dans le cas de la fiducie, les parties sont libres d'exprimer le caractère fiduciaire de leur acte. Ensuite, il ajoute que l'acquéreur reçoit un pouvoir effectif sur l'objet, que ce soit un transfert par fiducie ou par simulation²⁸². Dans les deux cas, il existe un acte interne qui a pour conséquence de modifier les conséquences juridiques du transfert ostensible. Pour décider du caractère voulu ou simulé de la fiducie, YUNG suggère une réflexion *in concreto* sur l'étendue de l'autonomie du fiduciaire dans sa gestion. Ainsi, il faudrait conclure qu'il s'agit d'un acte fiduciaire uniquement si le mandant renonce à la propriété sur le bien et renonce à donner des instructions sur la façon de le gérer²⁸³.

Quel est le lien avec la fraude à la loi ? Nous avons vu précédemment que n'importe quel contrat peut faire l'objet d'une fraude. C'est le cas également du contrat de fiducie. Si la fiducie sert à contourner une disposition légale, elle constituera un acte frauduleux. Nous citons comme exemples le transfert des actions à un fiduciaire dans le but d'éviter les clauses statutaires d'agrément ou encore le transfert fiduciaire pour contourner la législation fiscale. La fiducie est trop souvent associée au désir de cacher ses biens derrière un « homme de paille » pour contourner la loi alors qu'en réalité, elle est très souvent utilisée dans le monde bancaire²⁸⁴ par exemple, et qu'elle n'est pas plus utilisée pour frauder la loi que les autres institutions juridiques existantes²⁸⁵. YUNG expose ensuite les différences qui existent lorsqu'on utilise la simulation ou la fiducie dans le but de contourner la loi. Si l'aliénateur procède par fiducie, il devra supporter tous les effets qui découlent d'un contrat de fiducie, ne disposant plus que de droit personnel sur l'objet concerné, ce qui est lourd et bien plus risqué que s'il avait agi par simulation. Il explique également que la découverte d'une éventuelle convention de fiducie ferait naître immédiatement des doutes quant au caractère frauduleux de cet acte, exposant ainsi le contrat à une déclaration de nullité. Il précise toutefois que, si les parties ont conclu une convention de fiducie pour tromper des tiers, la faisant passer pour un transfert pur et simple, elle sera constitutive d'une fraude à la loi puisqu'il s'agira en réalité d'une simulation (acte de vente simulé). Il finit par conclure que la simulation doit être présumée par rapport à la fiducie, faisant comprendre qu'une personne raisonnable, si elle devait choisir entre les deux, préférerait simuler un acte

²⁸¹ BLOCH, p. 120s.

²⁸² YUNG, p. 141.

²⁸³ YUNG, p. 158.

²⁸⁴ GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, p. 598.

²⁸⁵ THÉVENOZ, p. 324s.

plutôt que de transférer la propriété par fiducie, au vu des effets moins lourds et du risque moindre que lui procurerait la simulation²⁸⁶.

YUNG explique que, contrairement à la simulation où il existe une intention frauduleuse et dont la nullité frappe ses effets en raison du manque de volonté commune, la fiducie voit ses effets se produire valablement, ce qui permet au fiduciant de ne plus remplir les conditions légales pour être soumis à la norme qu'il cherche à éluder. Ainsi, il ne violerait pas la norme. Il émet encore l'hypothèse où l'on retiendrait toutefois une fraude à la loi dans cette situation et la justifierait en raison de la persistance des droits personnels du fiduciant sur l'objet dont la propriété a été transférée, empêchant ainsi à la règle légale d'aboutir²⁸⁷. Dans un cas pareil, le fiduciant éluderait la loi d'une façon moindre par rapport à l'auteur d'une simulation. Le rapport entre la fiducie et la fraude à la loi serait donc un contrat de fiducie simulé, renvoyant ainsi à la problématique de la simulation utilisée comme moyen de frauder la loi. Toutefois, il estime qu'un acte de fiducie conclu dans le but de contourner la loi, doit être sanctionné de nullité pour cause de fraude à la loi, et pas pour cause de simulation au sens de l'art. 18 CO. Sa conclusion est intéressante car, précédemment, s'agissant de la simulation utilisée pour commettre une fraude à la loi, il avait estimé qu'il fallait sanctionner l'acte simulé en invoquant la simulation et pas la fraude à la loi. Alors que si la fiducie est simulée et utilisée pour contourner la loi, il faut la sanctionner par le biais de la notion de fraude à la loi et pas grâce à la notion de simulation. Si, comme il l'a exprimé dans son ouvrage, la simulation peut ne pas être un cas de fraude à la loi, cela ne viderait pas l'art. 18 CO de son sens que de reconnaître que les actes simulés ayant pour objet de frauder la loi soient invalidés en invoquant la fraude à la loi et non pas la théorie sur la simulation. Là également, la fiducie qui sert à frauder la loi, qui serait un acte simulé, devrait être sanctionné au nom de la fraude à la loi car, dans le cas en cause, la simulation serait une espèce de fraude à la loi.

Pour MADAY, la fraude à la loi et la fiducie se distinguent en ce sens que les effets juridiques des actes de manifestation de volonté frauduleux sont sérieusement voulus par les parties, contrairement aux actes simulés²⁸⁸. Il ajoute que la fraude est une problématique d'application correcte de la loi, contrairement à la simulation qui relève de l'expression et de la validité de la volonté juridique²⁸⁹. Il considère que le critère distinctif de ces deux notions réside dans la volonté réelle ou non des parties de produire les effets juridiques découlant de leurs actes²⁹⁰. L'ancienne doctrine considérait que la fraude était un cas de simulation car, auparavant, la simulation était vue plus largement que maintenant²⁹¹. Aujourd'hui, c'est plutôt la simulation qui est considérée comme un moyen de commettre une fraude à la loi, ce qui démontre bien que la doctrine relative à la fraude à la loi évolue.

²⁸⁶ YUNG, p. 159.

²⁸⁷ YUNG, p. 159. Selon cet auteur, tel ne serait pas le cas si l'aliénation avait eu lieu de façon pure et simple.

²⁸⁸ MADAY, p. 13.

²⁸⁹ MADAY, p. 14.

²⁹⁰ MADAY, p. 14.

²⁹¹ MADAY, p. 13.

V. Conclusion

Comme nous l'avons exposé s'agissant de la définition de la fraude à la loi, cette dernière met en scène un sujet de droit, qui invoque une norme érudante (qui peut être de n'importe quelle nature) afin de contourner une disposition légale, l'esprit général de la loi ou n'importe quel acte juridique ayant des effets obligatoires à son encontre ; pour ce faire, le particulier a recours à un moyen efficace (peu importe la nature de ce moyen et le nombre de manœuvres entamées à cet égard), ce qui a pour effet que le sujet de droit se trouve soumis à une autre obligation (légale, contractuelle, statutaire ou autre). Peu importe qu'il se soit rendu compte ou non que ses agissements étaient frauduleux.

Face à une telle situation, le juge va examiner les déclarations des parties, leurs volontés et les circonstances du cas d'espèce et interpréter la loi (ou de l'acte ayant des effets obligatoires). Bien que la lettre de la loi sera respectée, le juge constatera que l'esprit de la loi est contredit par le comportement litigieux. Ainsi, le sujet de droit a commis une fraude. La norme éludée, combinée du principe de la prohibition de la fraude à la loi, permettront de paralyser dit comportement et ses effets. Le juge peut toutefois aller plus loin en prévoyant des conséquences supplémentaires²⁹².

Pour en revenir à la thèse de notre travail, qui consistait à dire que la fraude à la loi est un principe de droit général et autonome, nous souhaitons soulever les arguments suivants :

Nous savons que la fraude à la loi est une notion juridique qui existe en tout cas depuis 397 avant J.-C. DESCHEAUX soutient que l'histoire du droit peut servir à déterminer l'origine des institutions, comme l'a déjà fait la jurisprudence à plusieurs reprises, en particulier en droit des obligations²⁹³.

L'histoire de ce principe nous a démontré qu'il avait « fait l'objet de nombreuses applications judiciaires, du rapprochement des situations de fait très diverses qui auront ainsi été réunies sous une qualification commune, si vague soit-elle », et cela a permis de « dégager des cas typiques et des lignes communes »²⁹⁴. Nous estimons, par conséquent, qu'il dispose du rang de principe général de droit. LIGEROPULO constate, à propos du droit français, qu'il ne consacre pas expressément le principe de fraude à la loi. Toutefois, il relève que plusieurs dispositions légales témoignent de la volonté du législateur de ne pas tolérer la fraude à la loi (ce que nous qualifierons de *lex specialis*). Ainsi, cet auteur peut « affirmer, sans risque de se tromper, que ce sont là des applications d'un principe général que le législateur a jugé tellement évident, qu'il a négligé de l'exprimer dans une formule légale »²⁹⁵. ENGEL écrit que les principes sont des normes plus générales qui dominent les dispositions spéciales²⁹⁶. Or, de nombreuses dispositions légales de droit suisse posent comme limite la fraude à la loi ou prévoient

²⁹² ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 5.

²⁹³ DESCHEAUX II, p. 108. Il cite par exemples les ATF 80 II 334 = JdT 1955 I 504 et ATF 73 II 220 = JdT 1948 I 365.

²⁹⁴ MARTY, p. 214.

²⁹⁵ LIGEROPULO, p. 25.

²⁹⁶ ENGEL, p. 126s.

ses conséquences, notamment les articles 156, 273b al. 2 et 493 al. 4 CO et 97a al. 1, 105 chif. 4, 109 al. 3, 527 chif. 4 et 717 CC. Ce sont des *lex specialis*, reflétant bel et bien la prééminence du principe de la fraude à la loi.

Lorsque le juge est confronté à une situation où il n'y a pas de disposition légale expresse qui condamne la volonté d'éluder la loi, DESCHENAUX pense que ce dernier peut avoir recours à l'analogie globale (*Gesamtanalogie, Rechtsanalogie*). Lorsque des situations assimilables ressortent dans plusieurs dispositions, il faut en dégager l'idée commune qui permet une certaine généralisation. Ainsi, le juge va en déduire (par un procédé dit « d'induction ») un principe général de droit, qui sera applicable à d'autres situations qui ne le prévoient pas expressément²⁹⁷. DESCHENAUX cite comme exemple le droit de résiliation immédiate pour motifs graves, ancré aux articles 269, 291, 352 et 545 ch. 7 CO, mais qui n'est pas expressément prévu pour le membre d'une association. Il a inféré que l'esprit de la loi était de permettre aux parties, liées par un rapport durable, d'avoir la possibilité de rompre leurs liens à brefs délais en cas de motifs impérieux. Le TF a reconnu qu'il s'agissait d'un principe général de droit dans l'ATF 71 II 196 = JdT 1946 I 13. Il décrit les principes généraux comme n'étant pas absolus, ces derniers souffrant en général de dérogations. Comme nous l'avons vu, les contrats en chaîne ne représentent pas une fraude à la loi s'il existe des motifs objectifs qui justifient leur succession.

S'agissant de la sanction, comme nous l'avons vu, la jurisprudence considère qu'il faut appliquer la norme éludée²⁹⁸, infligeant parfois des dépens au fraudeur²⁹⁹. Nous considérons que la sanction devrait dépasser ce stade, afin de réprimander ce comportement et décourager de telles actions. Nous avons étudié un arrêt précurseur en la matière, considérant que la fraude avait permis de déclencher valablement l'exercice du droit de préemption du recourant, en plus d'avoir annulé les effets du contrat de superficie frauduleux³⁰⁰.

La fraude n'étant pas ancrée de façon générale dans une loi, nous trouvons la plupart des commentaires rédigés à son sujet dans ceux relatifs à l'art. 2 al. 2 CC, bien que les auteurs distinguent ces deux principes, faute de pouvoir commenter sous une disposition propre cette institution. Nous pensons qu'il serait favorable à sa reconnaissance en tant que principe général et autonome qu'il dispose de son propre article dans le Code civil suisse, afin d'enterrer les confusions et assimilations qui sont faites à tort entre eux.

Pourquoi est-ce que nous ne soutenons pas que l'absence de la fraude à la loi dans le CC constitue une lacune ? Parce, pour déterminer l'existence d'une lacune, il faut interpréter la loi, c'est à dire spécifiquement l'une ou l'autre de ses dispositions³⁰¹. Or, nous l'avons vu, la fraude n'apparaît dans aucune disposition générale. Dès lors, nous n'entrons pas dans le champ de l'interprétation, ce qui ferme la porte aux lacunes.

²⁹⁷ DESCHENAUX II, p. 107.

²⁹⁸ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 8.

²⁹⁹ ATF 141 III 312 = JdT 2016 II 179, consid. 8.

³⁰⁰ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 4c.

³⁰¹ MONTAVON, p. 17.

HUBER³⁰² a dit lui-même qu'il avait renoncé à lister les principes généraux, sans toutefois remettre en cause leur existence et leur utilité. Le législateur n'en rend simplement pas compte dans la loi. Il avait la volonté de rédiger un code pratique, constitué de dispositions immédiatement applicables³⁰³.

Comment se fait-il que les juges suisses sont aussi réticents à admettre que le principe de la fraude à la loi ne se rattache pas à l'art. 2 al. 2 CC, respectivement à aucune base légale expresse de droit positif suisse ? Nous pensons que les juges cherchent constamment à rattacher leurs solutions à des règles de droit³⁰⁴, croyant peut-être que cela donnera plus de force à leurs jugements. Si l'on part de ce postulat, nous comprenons que cela ne les incite pas à invoquer la fraude à la loi et cela explique également pourquoi ils la rattachent parfois à l'art. 2 al. 2 CC. Si le juge peut reposer son jugement sur une base légale, cette dernière lui procurera un cadre de réflexion et il ne sera remis à lui-même. Il pourra déduire des conséquences directement de la loi³⁰⁵, ce qui le confortera dans l'idée que sa solution est la « correcte ».

ENGEL écrit que certains principes sont en situation corollaire l'un par rapport à l'autre³⁰⁶. Est-ce le cas entre la fraude à la loi et l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) ? Nous ne le croyons pas. La prohibition de l'abus de droit est le corollaire du principe de la bonne foi. Nous pensons qu'une confusion existe entre ces deux articles car, dans les deux cas, l'esprit de la loi a été violé et pas son texte. Toutefois, au-delà de cet aspect, le processus, le remède et la sanction sont différents. Dans un cas d'abus de droit, le sujet de droit a utilisé un droit dont il disposait dans une mesure qui ne correspondait pas avec la vision du législateur (processus). La norme abusée n'interdit pas le comportement incriminé, de sorte qu'il faille recourir au principe général de l'interdiction de l'abus de droit, ancré à l'art. 2 al. 2 CC (remède). Cette disposition permet de paralyser les effets du comportement, car il ne mérite pas de protection (sanction). S'agissant d'un cas de fraude, le sujet de droit va invoquer une norme éludante pour se soustraire à ses obligations, mettant ainsi en situation deux rapports juridiques différents (processus). La norme éludée fera l'objet d'une interprétation et si celle-ci révèle qu'elle a été détournée frauduleusement, le juge va appliquer la norme éludée pour imposer le respect de l'autorité de la loi (remède). Cela aura pour conséquence que le sujet de droit devra respecter toutes les obligations et les sanctions liées à la norme éludée, et parfois son comportement aura davantage³⁰⁷ de conséquences (sanction). Ces distinctions apparaissent clairement dans la doctrine moderne³⁰⁸ et nous saluons leurs efforts à cet égard. Nous estimons que le TF – qui est notre plus haute instance judiciaire – ne devrait plus les confondre. La doctrine ancienne se ralliait à son avis peut-être par méconnaissance du principe mais, heureusement, l'effet boule de neige a cédé le pas en faveur d'une doctrine aiguillée en la matière.

³⁰² DFJP, p. 20.

³⁰³ DFJP, p. 21.

³⁰⁴ VIDAL, p. 7.

³⁰⁵ VIDAL, p. 7.

³⁰⁶ ENGEL, p. 126s.

³⁰⁷ ATF 85 II 474 = JdT 1960 I 265, consid. 4c.

³⁰⁸ Entre autres : HONSELL, BSK, n. 31 *ad* art. 2 CC ; RIEMER, p. 359 ; DESCHENAUX II, p. 149 ; CORNU, p. 66 ; SIEGRIST, p. 17 ; GIL, p. 369 et FETTER, p. 133.

Reprenons désormais les cas pratiques que nous avons exposé au début de ce travail. S'agissant de l'enchaînement de contrats de courte durée en matière de travail et de bail, le TF s'est prononcé en déclarant que ces procédés étaient admissibles sur le principe, sous réserve qu'ils ne soient justifiés par aucun motif objectif et que le but ne soit pas exclusivement d'éluider des dispositions impératives. Il a rappelé qu'en droit privé, le principe de la liberté contractuelle primait, sous réserve d'exceptions. Notre avis est qu'il faut traiter différemment ces deux questions, car, malgré les parallèles importants qui existent entre le droit du bail et le droit du travail, le contrat qui les fonde n'est pas basé sur le même mécanisme. En matière de bail, dans une situation ordinaire et usuelle, le contrat est de durée indéterminée et prévoit une première échéance, en général renouvelable tacitement d'année en année, avec des termes de résiliation. En matière de travail, le contrat est présumé être conclu pour une durée indéterminée. Toutefois, aucune échéance n'est fixée, contrairement au contrat de bail, termes de résiliation mis à part. Bien que nous gardions en tête le principe de la liberté contractuelle, nous tenons toutefois à rappeler qu'il s'agit de contrats dits « de durée ». Selon nous, la conclusion de courts contrats en chaîne représente une situation atypique au vu de la nature des relations contractuelles en cause et cela ne correspond pas à l'esprit du législateur lorsqu'il a rédigé la loi. Bien qu'il ait expressément légalisé la pratique des contrats à durée déterminée, il l'a fait pour s'adapter aux situations temporaires ou de transition, et pas pour en faire un moyen de pression.

Nous pensons que, dans le monde du travail, il peut exister de nombreux motifs qui justifient de conclure plusieurs contrats successifs (incertitude quant à la nécessité du poste à l'avenir, problèmes budgétaires, démissions imprévues ou en masse du personnel, surcharge temporaire de travail, etc.), ce qui justifierait objectivement qu'il puisse arriver que des contrats successifs à durée déterminée soient conclus, bien que l'analyse de l'admission de cette pratique se fasse toujours *in concreto*. De plus, le marché de travail est assez tournant et évolue rapidement, de sorte que le travailleur doit régulièrement s'adapter aux exigences et il aura l'occasion de changer de travail plusieurs fois dans sa vie, si ce n'est de profession. Ainsi, la succession de contrats de travail de durée déterminée ne doit pas être considérée d'emblée comme une fraude à la loi. Nous pensons toutefois que, pour des raisons sociales, lorsqu'il s'agit de déterminer l'ampleur d'un droit qui dépend de la durée des rapports de travail, il faut additionner la durée des contrats de durée déterminée car l'employeur a pu bénéficier des services du travailleur sur plusieurs durées contractuelles. Ainsi, il n'y a pas de raisons que le salarié ne puisse pas bénéficier des droits qui découlent de l'addition de ces mêmes durées de contrats. Nous concluons ce point en nous ralliant à la jurisprudence du TF lorsqu'il érige l'admissibilité des contrats de travail en chaîne en tant que principe et la prohibition en tant qu'exception, avec la nuance relative à l'addition des durées des contrats en chaîne que nous venons d'explicitier.

S'agissant des contrats de bail de durée indéterminée, ils sont toujours composés d'une première échéance et sont renouvelables tacitement d'année en année dans la majorité des cas. La nature de ce mécanisme est différente de celui du contrat de travail. Pour replacer ce contrat dans son contexte, rappelons que les locataires qui cherchent un nouveau logement espèrent obtenir un contrat à durée indéterminée car ils se projettent généralement pour plusieurs années au moins. La pénurie de logement, la lourdeur des déménagements et la réorganisation de la vie que cela nécessite sont des éléments qui tendent à conclure qu'un contrat de courte durée, dont la discussion du

renouvellement n'interviendrait qu'au moment de son expiration ou même après, est une situation de précarité intolérable pour les locataires, qui ont déplacé et réorganisé le centre de leur vie à cet endroit. Comme l'a relevé FETTER, les baux en chaîne ne s'intègrent pas dans le régime légal de protection des locataires³⁰⁹. Nous estimons qu'il s'agit de situations atypiques, qui ne devraient pas être « admises en principe ». Ainsi, nous sommes d'avis que le Tribunal fédéral devrait en principe considérer les baux en chaîne comme étant illicites, sous réserve d'exceptions (réelle volonté des locataires de se lier dans un premier temps par un contrat d'une année, cas de l'étudiant qui prend un bail pour la durée de ses études et qui souhaite que son bail soit flexible, travailleur détaché, etc.).

Pourquoi sommes-nous arrivés à une solution différente alors que nous avons invoqué le même principe général de droit ? Pour commencer, nous relevons que le raisonnement doit être adapté aux domaines du droit qui sont concernés, même si le phénomène en cause est identique dans chaque cas. Ainsi, un raisonnement schématisé et applicable à tous les pans du droit concernés n'est pas recommandé. Cette pratique d'enchaînement de contrat touche de plus en plus de domaines du droit. Par exemple, nous avons découvert que la LCC était sujette à des fraudes par une pratique d'« endettement en chaîne »³¹⁰ et nous nous attendons à ce que d'autres sortes de contrats soient touchés à l'avenir.

S'agissant de l'enchaînement d'instances, dans une jurisprudence récente³¹¹, le demandeur a ouvert une action partielle pour réclamer un million de francs sur un total de quarante millions et le TF a considéré que ce procédé était recevable et admissible, au vu de l'art. 86 CPC, sans toutefois prendre la peine d'expliquer pour quelles raisons le demandeur divisait son action de la sorte, contrairement à l'ancienne jurisprudence qui analysait cet aspect. Nous imaginons que ce dernier souhaitait s'assurer de gagner le procès sur le principe, avant d'entamer une procédure extrêmement onéreuse, bien que son découpage nous paraisse à première vue disproportionné. Concrètement, nous ne voyons pas en quoi le demandeur aurait cherché à frauder la loi en utilisant la voie de l'action partielle car sa façon de procéder ne lui procurera aucun avantage supplémentaire, en termes d'avance de frais et de compétences. Nous estimons qu'il faut respecter la volonté du législateur lorsqu'il a intégré l'art. 86 CPC dans notre législation car elle est claire et n'a pas à être remise en cause car elle est dotée de nombreux avantages à ne pas négliger, que ce soit pour les parties ou pour le juge. Ainsi, nous nous rallions à notre Haute Cour lorsqu'elle admet la division d'instances, sous réserve de fraude à la loi. Par opposition, le silence de la loi sur l'admissibilité des contrats en chaînes explique notre méfiance à ce sujet.

Au final, le principe de la fraude à la loi mérite un raisonnement plus solide dans la jurisprudence car il sert à examiner des problématiques qui sont de plus en plus d'actualité. Nous espérons que notre Haute Cour affinera sa jurisprudence et mettra ainsi un terme à la confusion qui existe avec d'autres institutions juridiques.

³⁰⁹ FETTER, p. 133.

³¹⁰ NIKLAUS, p. 60.

³¹¹ TF, 4A_629/2016 du 27 mars 2017.