

**COURS DE
DROIT INTERNATIONAL PRIVE
UNIVERSITE DE NEUCHATEL
FACULTE DE DROIT**

**Cas N° 20
Fraude à la loi**

Les faits

- C. Inc. est une société de droit panaméen, ayant son siège statutaire au Panama. Son siège réel se trouve en Suisse. La société est propriété d'une fondation liechtensteinoise dont l'unique bénéficiaire est une personne physique domiciliée au Liban.
- C. Inc. a accordé un prêt à F. Inc., société suisse. X. et F., domiciliés en Suisse, ont cautionné ce prêt.
- C. Inc. a ouvert action devant les tribunaux genevois contre F. Inc., X. et F. Tant le Tribunal de première instance que la Cour de justice civile ont nié la qualité pour agir de C. Inc.

Ce cas se fonde sur un arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 17 décembre 1991 (ATF 117 II 494).

Questions à résoudre

1. Quelle est la qualification de ce litige ?
2. Les tribunaux suisses sont-ils compétents ?
3. Le juge doit-il se demander si la société a été créée au Panama uniquement dans le but d'éluider une règle de droit gênante ?
4. C. Inc. a-t-elle qualité pour agir ?

* * *

La réserve du siège fictif

Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, il n'existait pas en droit suisse de disposition légale indiquant le critère de rattachement applicable au statut personnel des personnes morales. Selon la jurisprudence, les sociétés étaient soumises au droit de l'Etat de leur siège statutaire (éventuellement du lieu d'incorporation) sauf si celui-ci se révélait fictif, c'est-à-dire sans rapport avec la réalité des choses et choisi uniquement pour échapper aux lois du pays où la personne morale exerce en fait son activité (fraude à la loi). Dans cette hypothèse, le droit du siège effectif – soit le droit de l'Etat où la société avait le centre principal de son administration – était déterminant (cf. le résumé de la jurisprudence *in* ATF 117 II 494 [496]).

Cas N° 20

Fraude à la loi

1. Droit des sociétés, contrat de cautionnement, contrat de prêt.
2. Les tribunaux suisses sont compétents en vertu de l'art. 112 LDIP (domicile du défendeur).

3/4. Pour décider si C. Inc. a la qualité pour agir, il faut en premier lieu déterminer le droit applicable au statut personnel de cette société. Selon l'art. 154 LDIP, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat. Il s'agit là de la théorie dite de l'incorporation. C. Inc. est donc régie par le droit panaméen.

La société incorporée au Panama, dont le siège réel est situé en Suisse, étant propriété d'une fondation liechtensteinoise dont le seul bénéficiaire est une personne physique domiciliée au Liban, on peut se demander si cette société n'a pas été créée dans le seul but de contourner l'interdiction des fidéicommiss de famille résultant de l'art. 335 al. 2 CC.

La prohibition de la fraude à la loi est un principe général du droit international privé. La LDIP ne contient toutefois pas de disposition prohibant la fraude à la loi. L'art. 19 LDIP (« *Prise en considération de dispositions impératives du droit étranger* ») pourrait intervenir à ce titre dans certains cas, notamment dans le domaine de l'autonomie de la volonté.

Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la jurisprudence admettait que le critère de rattachement des sociétés était le siège statutaire, sauf lorsque celui-ci se révélait fictif, le droit du siège effectif étant alors déterminant (réserve du siège fictif).

En l'espèce, la Cour de justice a estimé que la réserve du siège fictif existait toujours sous le régime de la LDIP. Elle a jugé que la fraude à la loi était réalisée, la construction choisie permettant de contourner l'interdiction des fidéicommiss de famille résultant de l'art. 335 al. 2 CC. C. Inc. étant dépourvue de la personnalité juridique au regard du droit suisse, droit du siège effectif, la Cour de justice lui a dénié la capacité d'être partie et a déclaré son action irrecevable.

La LDIP ne prévoit pas expressément la réserve du siège fictif fondée sur la notion de fraude à la loi. Le TF se demande s'il s'agit là d'une lacune à combler ou d'un silence qualifié. Les avis sont partagés en doctrine. Le TF procède à l'interprétation de la loi. Il constate que la cascade prévue par l'art. 154 LDIP et les rattachements spéciaux prévus par les art. 155 ss LDIP (voir notamment l'art. 159 LDIP) visent à assurer le plus largement possible l'existence de la société. La société doit exister afin que les créanciers puissent l'attaquer. Le but est de maintenir un interlocuteur. Le fait de nier la personnalité d'une société la rend intouchable. Les travaux préparatoires ont attaché une importance primordiale à la sécurité et à la prévisibilité du droit dans le domaine des sociétés et ils ne mentionnent pas la réserve du siège fictif. Le TF estime que « *dans ces conditions, admettre la réserve du siège fictif fondée sur la fraude à la loi reviendrait finalement à introduire la théorie du siège effectif "par la petite porte", contrairement aux intentions du législateur. (...) En conclusion, l'interprétation de la loi ne révèle pas l'existence d'une lacune occulte.* »

C. Inc. semble avoir été constituée en conformité avec le droit panaméen, qui lui reconnaît la personnalité juridique. Elle a dès lors la qualité pour agir. Le TF estime par ailleurs que l'ordre public (art. 17 LDIP) n'est pas violé.