



# **LE BENEFICIAIRE FINAL D'UNE OPERATION CONTRACTUELLE**

Thèse pour l'obtention d'un doctorat en droit privé soutenue par **Célia TEROSIER**

Sous la direction de **M. Georges VIRASSAMY**

Directeur du Centre d'Études et de Recherches Juridiques en Droit des Affaires (CERJDA)

Professeur agrégé des Facultés de droit

Doyen honoraire de la Faculté de droit et d'économie

Président honoraire de l'Université

**Numéro et libellé de l'école doctorale** : **ED 588** : Milieu insulaire tropical : dynamiques de développement, sociétés, patrimoine et culture dans l'espace Caraïbes-Amériques.

**Laboratoire** : Centre d'Études et de Recherches Juridiques en Droit des Affaires (CERJDA EA 4096)

**Discipline** : DROIT

**Date et lieu de la soutenance** : le mardi 28 septembre 2021 à 15h00 (heure de métropole) et 9h00 (heure de Martinique) en visioconférence.

**Composition du jury** :

**Cécile ARNAUDIN** : Maître de conférences à l'Université de Bordeaux

**Philippe DELMAS SAINT HILAIRE** : Professeur à l'Université de Bordeaux

**Frédéric LECLERC** : Professeur à l'Université de Perpignan Via Domitia

**Nathalie PICOD** : Maître de conférences à l'Université de TOULOUSE I Capitole

**Georges VIRASSAMY** : Professeur à l'Université des Antilles

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

## **Remerciements**

*Je tiens à exprimer tout d'abord ma reconnaissance à mon directeur de thèse, M. le Professeur Georges VIRASSAMY pour ses conseils, son attention et sa confiance qui m'ont permis de mener à terme mes travaux de recherche.*

*Je souhaite également exprimer ma profonde gratitude à mes proches et à ma famille pour leur soutien indéfectible. Vous m'avez accompagné avec tant de tendresse et de générosité sans vous ce travail n'aurait pas été possible.*

*Mes remerciements les plus vifs et sincères à Stéphanie, pour son soutien et sa patience... et pour tout le reste.*

*J'ai une pensée particulière pour celle dont les pas m'ont toujours inspiré, à ma fidèle amie Chantal MEZEN pour sa présence, sa tendresse et sa générosité tout au long de cette aventure intellectuelle.*

*À Mickaël, pour ses talents de traducteur.*

*À mes enfants, Maxwell et Nina, qui m'ont apporté le courage et la force suffisante pour arriver au bout de mes projets.*

*À la mémoire de mon père parti trop tôt.*

À mes enfants Nina, Maxwell et ceux à venir  
Sans vous, l'essentiel n'aurait aucun sens

## Liste des principales abréviations

ACPR (Ex ACP) : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution

AJ : Actualité jurisprudentielle du recueil Dalloz

Al. : Alinéa

AJDA : Actualité Juridique De Droit Administratif

AJPI : Actualité juridique propriété immobilière

Al. : Alinéa

AN : Assemblée Nationale

AP : Assemblée Plénière

Art. : Article

C. : Code

c/ : Contre

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

CE. : Conseil d'État

CGI : Code général des impôts

ch. : Chambre

Ch. mixte : Chambre mixte de la Cour de cassation

Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

C. mon. fin. : Code monétaire et financier

Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

C. pén. : Code pénal

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

DC : Décision du Conseil Constitutionnel

DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Dir. : Direction

DP : Dalloz Périodique

GAFI : Groupe d'action financière

GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile

Gaz. Pal. : Gazette du palais

GIE : Groupement d'intérêt économique

Ibid. (Ibidem) : Au même endroit  
 Id. (Ibid) : La même chose  
 In : dans  
 Infra : Voir plus loin  
 IR : Informations rapides du Recueil Dalloz Jurisprudence  
 J.-Cl. Conc. Consom. : Juris-Classeur Concurrence et Consommation  
 J.-Cl. Contr. Distrib. : Juris-Classeur Contrats et Distribution  
 JCP : Juris-Classeur périodique  
 JO : Journal officiel  
 Jur. : Jurisprudence.  
 L.G.D.J. : Librairie générale de droit et de jurisprudence.  
 LD : Lettre de la distribution (CDE Montpellier)  
 LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence  
 N° : Numéro  
 obs. : Observations  
 ONU : Organisation des Nations Unies  
 Ord. : Ordonnance  
 p. : Page  
 Pan. : Panorama  
 RDC : Revue des contrats  
 RDI : Revue de droit immobilier  
 Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz  
 Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz  
 RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale  
 RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires  
 RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil  
 RTDC com. : Revue trimestrielle de droit commercial  
 Economique RTDF : Revue Trimestrielle De Droit Financier  
 S. : Sirey  
 Soc. : Chambre Sociale  
 Somm. : Sommaire  
 Somm. : Sommaires commentés.  
 Spé. : spécialement  
 SS Lamy : Semaine sociale Lamy  
 T. Com: Tribunal De Commerce

T.G.I. : Tribunal de Grande Instance.

TA : tribunal administratif

TI : Tribunal d'instance

Trav. Assoc. H. Capitant : Travaux de l'association Henri Capitant.

V. : Voir

Vol. : Volume

§ : Paragraphe

## **Résumé**

Pour définir une notion, qu'elle soit juridique ou commune, il est nécessaire d'établir de façon précise les caractéristiques qui la composent. Le bénéficiaire final est un personnage qui se caractérise par la présence de deux critères constants. Le premier décrit la méthode qu'il utilise à savoir l'adoption d'une position de retrait et le second porte sur le but poursuivi, il s'agit de la recherche du profit de l'opération. Cette dernière va d'ailleurs s'adapter au degré de retrait du bénéficiaire final de telle sorte

qu'il sera possible de compter dans cette catégorie autant d'opérations occultes que d'opérations transparentes ou semi-occultes.

Les deux critères précédents s'accompagnent de plusieurs critères variables lui permettant d'englober plusieurs situations juridiques. Parmi eux, il faut compter l'indifférence de la qualité de personne physique ou morale, mais également, le pouvoir exercé au sein de l'opération et les motivations personnelles de ce personnage. Ces critères variables permettent de mettre en lumière d'autres personnages tel que le bénéficiaire effectif faisant partie intégrante de l'ensemble que constitue la notion de bénéficiaire final.

Après avoir apporté une définition claire à cette notion, il est nécessaire d'analyser son régime juridique. Les opérations avec un bénéficiaire final sont composées de trois personnes, la première est le donneur d'ordres, la seconde est un interposé, la dernière est le cocontractant extérieur à la première opération. Pour moraliser les opérations avec un bénéficiaire final, il est important de développer un dispositif protecteur autour de ces trois personnages. C'est notamment pour ces mêmes raisons que le droit est intervenu dans une logique de transparence afin de combattre les opérations avec un bénéficiaire final frauduleux.

Le bénéficiaire final apparaît comme une catégorie nouvelle permettant à la fois de refondre de façon harmonieuse le droit existant en matière de bénéficiaire définitif, de mandant, ou de bénéficiaire effectif. Mais il permet également de protéger ces structures juridiques en favorisant le développement d'opérations transparentes et licites.

## **Summary**

To define a concept, whether legal or common, it is necessary to establish precisely the characteristics that compose it.

The final beneficiary is a character who is characterized by the presence of two constant criteria. The first one describes the method used, namely the adoption of a withdrawal position and the second one relates to the goal pursued, it is about the search for profit from the operation. The



latter will also adapt to the degree of withdrawal of the final beneficiary so that it will be possible to count in this category as many occult operations as transparent or semi-occult operations.

The two previous criteria are accompanied by several variable criteria allowing it to cover several legal situations. Among them, we need to include the indifference as a physical or legal entity, but also, the power exercised within the operation and the personal motivations of this character. These variable criteria allow to highlight some other characters such as the beneficial owner forming integral part of the unit which constitutes the concept of « final beneficiary ».

After having given a clear definition to this concept, it is necessary to analyze its legal regime. Transactions with a final beneficiary are made up of three persons. The first one is the one who is mainly called "principal", the second one is an intermediary, the last one is the external contracting party to the first transaction. It is important to develop a protective device around these three characters to reform the operations with an end beneficiary. It is for these same reasons that the law intervened in a logic of transparency in order to fight transactions with a fraudulent end beneficiary.

The final beneficiary appears as a new category allowing both to harmoniously recast the existing law in terms of final beneficiary, principal, or beneficial owner. But it also helps protect these legal structures by promoting the development of transparent and lawful operations.

## **SOMMAIRE**

### **PARTIE 1 : La définition du bénéficiaire final**

#### **Titre 1 : Les éléments constants de la définition**

Chapitre 1 : La méthode : l'adoption d'une position de retrait

Chapitre 2 : Le but poursuivi : la recherche du profit de l'opération

#### **Titre 2 : Les éléments variables de la définition**

Chapitre 1 : La qualité de personne physique ou de personne morale

Chapitre 2 : Le pouvoir exercé

Chapitre 3 : La motivation du bénéficiaire final

## **PARTIE 2 : L'accueil fait en droit au bénéficiaire final**

### Titre 1 : Une existence validée par le droit

Chapitre 1 : L'organisation de la protection du bénéficiaire final

Chapitre 2 : L'organisation de la protection de l'interposé

Chapitre 3 : L'organisation de la protection du tiers

### Titre 2 : Une existence combattue par le droit

Chapitre 1 : L'encadrement par la prévention

Chapitre 2 : L'encadrement par la transparence

## **CONCLUSION GÉNÉRALE**

Bibliographie

Index alphabétique

Table des matières

## **INTRODUCTION**

*Ce qui embellit le désert c'est qu'il cache un puits quelque part<sup>1</sup>.*

*Je me suis demandé comment expliquer le fait que l'homme mette tout son talent à déployer tant de ruses, d'artifices et d'ingéniosité pour tromper son prochain et qu'il résulte un monde plus beau<sup>2</sup>.*

---

<sup>1</sup> DE SAINT-EXUPÉRY A., Artiste, Aviateur, écrivain (1900-1944).

<sup>2</sup> FRANCESCO VETTORI contemporain et ami de MACHIAVEL début du XVIe siècle (Les 48 lois du pouvoir Robert GREENE ALISIO).

1. Le contrat qui est « au cœur de la vie juridique<sup>3</sup> » a toujours fait partie de toutes les civilisations. Plus anciennement, l'opération contractuelle a encadré « Les serments de Strasbourg<sup>4</sup> », puis récemment, en 2016, Olivier HART et Bengt HOLMSTROM ont reçu le prix Nobel de sciences économiques pour les recherches et travaux effectués sur la théorie des contrats.

2. L'opération contractuelle est une opération juridique comme un acte juridique ou un ensemble complexe d'actes juridiques<sup>5</sup>. L'acte juridique (unilatéral ou conventionnel) est, quant à lui, une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit<sup>6</sup>. Il naît de la réunion de plusieurs éléments indissociables, « le droit à agir, l'exercice de ce droit par l'expression d'une volonté, l'établissement consécutif d'un lien de droit<sup>7</sup> ». Une partie à un acte juridique est donc une personne qui est nécessairement titulaire d'un droit à agir, qui exprime sa volonté engageante, pour ensuite se voir imputer les effets dudit acte. Le tiers, quant à lui, ne dispose d'aucun lien avec l'acte initialement construit.

3. Au sein du système juridique français, il existe plusieurs catégories d'actes ; les actes conservatoires, d'administration ou de disposition, les actes unilatéraux, multilatéraux ou collectifs, les actes constitutifs, déclaratifs ou translatifs, les actes à titre onéreux ou à titre gratuit, les actes aléatoires ou commutatifs. Les actes comme les faits juridiques créent des effets de droit, cependant, « seuls les actes naissent de l'expression d'une volonté déterminée des individus<sup>8</sup> ».

4. L'Ordonnance du 10 février 2016 abandonne la distinction traditionnelle entre la convention et le contrat. Depuis cette réforme, l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations<sup>9</sup> ». Contrairement au Code civil de 1804, il s'agit désormais « d'opérer une obligation déjà née<sup>10</sup> ». L'article 1103 du Code civil énonce le principe de la force obligatoire du contrat : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits<sup>11</sup> ». Selon la lettre de l'article, les contrats formés dans le respect de la loi ont, entre les parties, une force comparable à celle de la loi. L'élément intentionnel de l'acte juridique ne peut être uniquement analysé comme un

---

<sup>3</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat esquisse d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2020, p. 1.

<sup>4</sup> BRUNOT F., *Histoire de la langue française*, Tome 1, Champion, Paris, 19227, rééd. 1970, p. 144, cité par GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, n°1, p. 9.

<sup>5</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, 2018, p. 712.

<sup>6</sup> MALINVAUD Ph., FENOUILLET D., MEKKI M., *Droit des obligations*, Paris, LexisNexis, 14e éd., 2017

<sup>7</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse Paris, 1982, LGDJ, p. 20.

<sup>8</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse Paris, 1982, LGDJ, p. 59.

<sup>9</sup> Art. 1101 du Code civil.

<sup>10</sup> MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 8e éd., 2016 p 227

<sup>11</sup> MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 9e éd., 2017, p. 250

comportement positif, volontaire d'un individu, ce dernier doit avoir l'intention d'établir « un lien de droit<sup>12</sup> », c'est-à-dire, l'intention de s'obliger vis-à-vis de l'autre partie au contrat.

5. D'après le professeur GHESTIN, « le contrat est l'instrument de la coordination économique et sociale. Il permet la satisfaction des besoins individuels concrets au sein de la société. Ce sont donc ces opérations elles-mêmes, au moins autant que les volontés instrumentales, qui constituent l'essentiel<sup>13</sup> ». L'objet du contrat serait donc le résultat voulu par les parties, c'est-à-dire, ce que ces derniers se sont obligés à accomplir. L'homme est libre de ses choix, dès lors il semble peu probable qu'il crée une règle puis refuse de s'y soumettre. Dans ce contexte, comment pourrait-on être confronté à une résistance de l'une des parties, face à la règle à laquelle il s'est obligé ?

6. Le professeur ROUHETTE ajoute que, « lorsque l'on exige deux volontés, l'on ne prétend pas fixer impérativement le nombre des parties au contrat, et poser, comme une nécessité, que l'accord ne peut en aucun cas se former si plus, ou moins de deux personnes se mêlent d'une opération ; la dualité des volontés doit s'entendre de façon moins fruste<sup>14</sup> ». Ainsi, le contrat avec soi-même est une opération qui fait débat en doctrine puisqu'elle permet le rassemblement de plusieurs personnes en une seule partie<sup>15</sup>. Dans l'ordre des actes juridiques, le contrat doit être distingué de l'acte unilatéral, le premier exprimant plusieurs volontés alors que le second exprime une volonté unique. L'acte collectif se caractérise par un ensemble d'intérêts distincts, le contrat étant abordé par bon nombre d'auteurs de doctrine comme un accord d'intérêts opposés<sup>16</sup>. Le contrat est considéré comme « le traité de paix qui termine une lutte d'intérêts<sup>17</sup> ». L'opération contractuelle serait entendue comme étant la solution permettant de concilier les intérêts de chacune des parties<sup>18</sup>.

7. Pour DUGUIT, KELSEN, et ROUHETTE, l'acte juridique n'est qu'un processus de manifestation de la volonté décomposé en plusieurs étapes, à savoir, la *conception*, la *délibération*, la *décision* et enfin, l'*exécution*<sup>19</sup>. Le premier événement pourrait être traduit comme une forme d'énergie motrice, ou comme une forme d'attitude positive de l'auteur, alors que le second événement

---

<sup>12</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse Paris, 1982, LGDJ, p. 22

<sup>13</sup> GHESTIN J., *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse*, dans la relativité du contrat, Travaux de l'association CAPITANT H., Journées nationales, Nantes, 1999, éd. LGDJ, p. 223 et s, p. 227 n°8.

<sup>14</sup> ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965, n°95, p. 355.

<sup>15</sup> CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil.*, 1ère éd., DALLOZ, 2016, n° 398 ; DEMOGUE R., *Traité des obligations en général*, 1923, t. I, Rousseau, n° 40 et s.

<sup>16</sup> DE BEZIN G., *Sur l'acte complexe*, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1905, p. 289 et s ; ROUJOU DE BOUBEE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, Paris, LGDJ, 1961, p. 169 et s.

<sup>17</sup> DE BEZIN G., *Sur l'acte complexe*, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1905, p. 293, 303 et 304.

<sup>18</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2020, p. 368 et s.

<sup>19</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse Paris, 1982, LGDJ, p. 24

donnerait lieu à une situation juridique donnée. Ces théories positivistes ne peuvent pas être totalement abandonnées par le juriste moderne. Bien que l'acte juridique soit appréhendé de manière subjective, la manifestation de la volonté de l'agent n'est pas uniquement à l'origine du lien de droit. Il existe également des liens d'origine législative<sup>20</sup>.

8. D'ailleurs, l'adoption de l'Ordonnance portant réforme du droit des contrats entérine le choix du législateur et confirme l'autosuffisance de la déclaration de volonté comme « source efficiente du droit<sup>21</sup> ». Dans ce contexte, bien qu'il soit indispensable de rappeler que la volonté dépend de la capacité à agir, seul le consentement, c'est-à-dire, la rencontre des volontés entre les différentes parties forme légalement le contrat. Le contrat serait donc un accord de volonté créateur d'obligations pour ceux qui s'engagent.

9. À l'origine, il n'existait que quatre contrats consensuels : la vente, la société, le mandat et le louage. Les seules sources d'obligations en droit romain ne contenaient aucun accord, si bien que le contrat ne revêtait une force obligatoire que lorsque la loi le précisait. C'est à partir de la seconde moitié du XIXe siècle que le principe selon lequel la rencontre des volontés suffit à créer l'obligation est fortement débattu en doctrine<sup>22</sup>.

10. En droit anglais et américain, le contrat est ce que l'on appelle « un échange économique<sup>23</sup> ». Les juristes anglophones considèrent que le contrat est une forme de business qui relève plus de la micro-économie que de la volonté des parties. D'ailleurs, en droit français, il y a ce que les auteurs appellent un recul du volontarisme, qui ne peut expliquer les effets obligatoires des contrats d'adhésion ou de société.

11. Il reste que, traditionnellement, le contrat est formé par un accord de volonté, c'est-à-dire la rencontre de l'offre et de l'acceptation entre les parties. L'offre est une proposition qui peut être adressée à une ou plusieurs personnes. Le destinataire peut accepter purement et simplement l'offre ou émettre une contre-proposition que l'offrant initial sera libre ou non d'accepter. En d'autres termes, l'accord de volonté doit être envisagé, non pas comme l'essence du contrat, mais comme la

---

<sup>20</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *op. cit.*, p. 185, 234 et s.

<sup>21</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse Paris, 1982, LGDJ, p. 26.

<sup>22</sup> TOULLIER C.-M.-B., *Le droit civil suivant l'ordre du Code civil*, t. 6, 3e éd., Stapleaux, 1821, n°4, cité par JAMIN C., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », Dalloz, 2002. Chron. 901 : « les obligations conventionnelles sont produites immédiatement par la volonté de l'homme ; elles existent indépendamment de la loi, qui n'intervient, après leur naissance, que comme un fidéjusseur tout-puissant, pour en garantir l'exécution » ; GALBOIS-LEHALLE D., *op. cit.*, p. 8 et s.

<sup>23</sup> MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK ph., *Droit des obligations*, Paris, LGDJ, 8e éd., 2016 p. 228.

procédure permettant de former ce dernier<sup>24</sup>. Aussi, dans la continuité de la proposition de HAUSER, l'accord de volonté vient composer avec des éléments objectifs qui permettent la création du contrat<sup>25</sup>. La volonté n'a jamais imposé la force, « elle ne l'a fait qu'en se combinant étroitement avec les structures objectives du milieu dans lequel elle agit et c'est de cette combinaison que naît la « sphère d'intérêt » que le droit protège<sup>26</sup> ». L'accord de volonté ne serait donc qu'une technique permettant d'arriver à un résultat précis : le contrat<sup>27</sup>. La norme contractuelle peut-être à l'origine d'une modification de l'ordonnancement juridique, tant et si bien que l'accord de volonté permet de distinguer le contrat de l'acte unilatéral. D'ailleurs, plusieurs auteurs considèrent que l'accord de volonté est un garde-fou et que la loi n'intervient que marginalement lors de la formation et au cours de l'exécution du contrat<sup>28</sup>. L'accord de volonté étant à la fois la procédure et le résultat, il semble cohérent de considérer que le contrat devrait s'identifier à la procédure comme au résultat. Tout compte fait, la seule loi qui s'impose aux parties est celle qu'elles ont créée par l'action de leur volonté<sup>29</sup>. Cette dernière ne peut pas être envisagée de façon abstraite, elle recherche forcément la réalisation de son objet.

12. En somme, le contrat dépasse les attentes individuelles pour refléter l'accord des deux parties, leur volonté conjointe. JHERING ayant une conception utilitariste place l'intérêt au cœur de la matière contractuelle, dans son esprit, « les droits n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite, ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins à réaliser ses buts. Telle est leur mission, telle est la fin et la mesure de la volonté. Telle est aussi la mesure des conventions<sup>30</sup> ». Le professeur GHESTIN précise d'ailleurs que l'accord de volonté est un « moteur<sup>31</sup> » et que « par ces volontés s'exprime l'entente entre des personnes ayant des intérêts propres. C'est, en effet, l'intérêt, l'utilité particulière au contrat pour chacune des parties qui les détermine à s'engager<sup>32</sup> ». Quelle que soit la forme de ce contrat, la finalité reste la même, à savoir,

---

<sup>24</sup> GHESTIN J., *Introduction, L'échange de consentements*, colloque de Deauville, RJ com, 1995, p. 12 et s : « L'accord des volontés reste ainsi le critère du contrat. Il se réalise par l'échange des consentements qui est la procédure spécifique de création d'effets juridiques par voie conventionnelle » et « l'accord de volontés n'est plus ainsi qu'un simple critère de procédure, l'échange des consentements ».

<sup>25</sup> RAYNAUD P., préface à la Thèse de HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, 1971, p. II.

<sup>26</sup> HAUSER J., op. cit., p. 45.

<sup>27</sup> KELSEN H., *La théorie juridique de la convention*, Arch. Phil. Dr. 1940, p. 33 et s.

<sup>28</sup> JAMIN C., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », art. cité par GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 8 et s.

<sup>29</sup> Cass. civ., 15 avril 1872, GAJC, t. 2, 13e éd., Dalloz., coll. Grands arrêts, 2015, n° 161.

<sup>30</sup> JHERING., *Le droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. IV, trad. DE MEULENAERE O., 2e éd., Chavalier-Marescq, 1880, n° 71, cité par GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 331.

<sup>31</sup> GHESTIN J., *Avant-propos*, in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. de JAMIN C., et MAZEAUD D., Dalloz, 2003, p. 2 ; GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 331.

<sup>32</sup> Ibid.

en tirer un bénéfice personnel, qui peut-être variable<sup>33</sup>. La conclusion d'un contrat semble simple lorsque les parties ne sont que deux, et sont présentes physiquement. **Qu'en est-il lorsque l'une des parties est absente lors de la conclusion d'un contrat ?**

### **La détermination du lieu et du moment de la formation du contrat**

13. La doctrine ne s'est exprimée sur cette question que dans le cadre de la détermination du lieu et du moment de la formation du contrat. En effet, pour les contrats conclus sous forme électronique ou verbale, l'une des parties demeure absente<sup>34</sup>. Cette absence, bien que physique, pose des difficultés quant à la détermination des droits et obligations issus du contrat, de la loi applicable en cas de litige, ainsi que de la compétence judiciaire qui en découle. Ces opérations prévues aux articles 1125 et suivants du Code civil sont issues d'une Directive européenne en date du 8 juin 2000, transposées en droit interne par la loi du 21 juin 2004, et par l'Ordonnance du 16 juin 2005. Ces dispositions contraignantes pour l'auteur d'une offre, ne sont en réalité que des mesures protectrices permettant à son destinataire, le consommateur, d'en prendre connaissance, de modifier ses choix, et enfin de confirmer sa commande s'il le souhaite<sup>35</sup>. Pour ce type de contrat, les deux parties ne sont pas présentes au même endroit, en même temps. Il s'agit pour le législateur d'établir une réglementation pour des contrats conclus à distance. Plusieurs difficultés peuvent être soulevées notamment le moment du transfert de la propriété et des risques, la possible rétractation du consentement, comme le problème de la capacité ou de la prescription. La jurisprudence a énormément débattu sur le sujet, elle adopte la théorie de l'émission<sup>36</sup>, puis hésite<sup>37</sup> et enfin l'abandonne pour consacrer la théorie de la réception<sup>38</sup>. La consécration de cette dernière théorie<sup>39</sup> n'a d'intérêt que pour celui qui accepte le contrat. Il peut parfaitement se rétracter jusqu'à parfaite réception. L'introduction d'une condition suspensive de non-rétractation au sein du contrat peut contrer cette difficulté. Le règlement de la situation d'absence doit néanmoins prendre en compte plusieurs difficultés.

---

<sup>33</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2020, p. 331 et s.

<sup>34</sup> Art. 1121 du Code Civil : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue ».

<sup>35</sup> PUIG P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, 7e éd., 2017, p. 306.

<sup>36</sup> Cass. Req., 21 mars 1932.

<sup>37</sup> Cass. soc., 2 juillet 1954 Bull., IV, n° 485 ; Cass. com., 7 janvier 1959, Bull., III, n° 10 ; Cass. civ., 1ère., 21 décembre 1960, Bull. civ., n° 558.

<sup>38</sup> Cass. civ., 3e, 17 septembre 2014, n° 13-21824.

<sup>39</sup> Art. 1121 du Code civil.

14. Notamment, certaines opérations, de par leur construction, sont considérées comme des situations d'absences. Par exemple, en matière de groupes de contrats, c'est-à-dire, d'ensembles contractuels et de chaînes de contrats, le juriste est confronté à une réelle situation d'absence. Madame GALBOIS-LEHALLE a rappelé dès le début de ses recherches, que « le phénomène de diversification du droit des contrats peine à s'installer dans les consciences, comme en témoigne la récente réforme du droit des contrats qui semble totalement en faire fi<sup>40</sup> ». Il existe plusieurs types d'engagements venant principalement concurrencer le contrat, comme « l'engagement unilatéral de volonté, l'accord, le quasi-engagement...<sup>41</sup> ». D'ailleurs, toutes ces structures juridiques entraînent l'élaboration d'une réglementation spéciale venant porter atteinte à la théorie générale<sup>42</sup>.

15. Le développement de l'acte collectif est issu d'une réflexion allemande et italienne<sup>43</sup>. Elle a été adoptée par la majorité des auteurs de doctrine allemande, cependant les promoteurs de l'acte complexe ont défini le contrat comme « le traité de paix qui termine une lutte d'intérêt<sup>44</sup> ». L'acte complexe se distingue à la fois de l'acte unilatéral et du contrat en ce qu'il permet de faire fusionner les « déclarations individuelles<sup>45</sup> » afin de faire naître une structure juridique nouvelle. C'est à partir de cette réflexion qu'il sera désormais possible de parler de volontés ou d'intérêts qui peuvent aller dans la même direction, ou rester complètement opposés. À ce stade de développement, il n'est pas encore opportun de réaliser une critique approfondie de la conception de dualité contractuelle laissant obligatoirement naître une dualité d'intérêts opposés. Cependant, il reste tout de même nécessaire d'avancer l'hypothèse selon laquelle, cette théorie ne serait pas convaincante. En effet, le contrat a non seulement pour but d'apaiser l'opposition des parties en réalisant une « conciliation des intérêts en présence<sup>46</sup> », mais il peut également être entendu comme « un échange d'utilités qui apaise les désirs réciproques<sup>47</sup> ». Enfin, le contrat ne peut être entendu uniquement comme une structure bipartite, puisque le système juridique auquel nous appartenons reconnaît l'existence des groupes et des chaînes de contrats.

---

<sup>40</sup> GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 14-15.

<sup>41</sup> GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 14-15 qui cite notamment, IZORCHE M-L., *L'avènement unilatéral en droit privé contemporain*, pref. MESTRE J., PUAM, 1995 : en ce qui concerne la volonté et GRIMALDI C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2007 : en ce qui concerne le quasi-engagement ; GUENZOU Y., *La notion d'accord en droit privé*, LGDJ, 2009, n°4 et s.

<sup>42</sup> THIBIERGE-GUELFUCCI C., *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD civ. 1997. 357, spéc. n°1.

<sup>43</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2020, p. 147.

<sup>44</sup> DE BEZIN G., *Sur l'acte complexe*, Recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1905, p. 289 et s., spéc. P. 292.

<sup>45</sup> GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 149.

<sup>46</sup> CHENEDE F., *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, ECONOMICA, Mai 2008, p. 58.

<sup>47</sup> LIBCHABER R., LEQUETTE (S.), « Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », RTD Civ. 2012 p. 588.



### Les groupes de contrats

16. Les ensembles contractuels, traditionnellement inclus dans la catégorie des groupes de contrats, concourent à la réalisation d'une même opération. Les chaînes de contrats, quant à elles, regroupent des contrats portant sur le même bien.

17. Les groupes de contrats se rencontrent lorsqu'une opération économique suppose la conclusion de plusieurs contrats. C'est ce qui peut arriver en matière de crédit, un contrat de financement suppose la mise en place d'un contrat de garantie liant l'ensemble à un contrat principal. De même, en matière de sous-traitance, un entrepreneur va confier tout ou partie de l'exécution d'un contrat d'entreprise à une autre personne appelée sous-traitant, alors même que ledit contrat d'entreprise a été conclu avec le maître de l'ouvrage.

18. Pour le juriste la difficulté n'existe que pour le régime juridique de ces groupes de contrats, par exemple, lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs ventes successives, le vendeur initial est-il un tiers pour les sous-acquéreurs ? Existe-t-il un lien contractuel indirect entre eux ? La question de la distinction entre une partie et un tiers au contrat est inévitable dans cette situation. Contrairement au tiers, une partie au contrat dispose d'un droit d'action contre celui avec lequel elle s'est engagée. Il est donc important d'établir le lien entre les différents contrats pour connaître les prérogatives de chacun par rapport à l'opération juridique préalablement consentie.

19. *L'indivisibilité objective* découle de l'unité de l'opération, une opération est destinée à permettre la conclusion d'une autre opération. L'indivisibilité subjective s'appuie sur le principe de l'effet relatif des contrats et considère que l'indivisibilité résulte de la volonté des parties<sup>48</sup>. La Cour de cassation dans deux arrêts du 10 septembre 2015<sup>49</sup>, combine les approches objectives et subjectives de l'indivisibilité, pour en faire une approche mixte. D'ailleurs, l'Ordonnance du 10 février 2016 vient appuyer cette interprétation jurisprudentielle, en retenant précisément cette dernière approche de la notion d'indivisibilité.

---

<sup>48</sup> PIQUET S., « L'indivisibilité des contrats », Recueil Dalloz 1996, p. 141.

<sup>49</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 10 septembre 2015. n°14-13.658 « l'offre de crédit était affectée au contrat principal et avait été renseignée par le vendeur, et que le prêteur avait remis les fonds empruntés entre les mains de ce dernier, la cour d'appel a caractérisé l'existence d'une indivisibilité conventionnelle entre les contrats de vente et de prêt au sens de l'article 1218 du code civil » ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 10 septembre 2015. n°14-17.772 « Mais attendu que la cour d'appel, qui n'a pas appliqué les dispositions du code de la consommation, a fait ressortir l'indivisibilité des contrats litigieux en énonçant, d'une part, que le contrat de crédit était l'accessoire du contrat de vente auquel il était subordonné, d'autre part, que l'emprunteur avait attesté de l'exécution du contrat principal afin d'obtenir la libération des fonds par le prêteur, lequel avait mis ceux-ci à la disposition du vendeur ; qu'elle en a justement déduit que la résolution du contrat principal emportait l'anéantissement du contrat accessoire ».

20. La situation des groupes de contrats ne pose aucune difficulté juridique. Le maître de l'ouvrage, absent au second contrat, n'est ni dans une situation de représentation ni dans une situation de substitution. L'entrepreneur est lié au maître de l'ouvrage par un contrat d'entreprise dit, contrat principal, tandis que le sous-traitant se verra confié par l'entrepreneur « tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage<sup>50</sup> ». Ainsi, son absence au second contrat n'est pas intentionnelle, bien que le contrat principal conclu avec l'entrepreneur reste indéfectiblement lié au second contrat sous-traité. Le contrat de sous-traitance est donc un contrat d'entreprise lié au contrat principal par l'objet sur lequel il porte. Il en va de même pour les contrats dont le financement dépend de la conclusion du contrat de garantie. Dès lors, il est nécessaire d'identifier les cas dans lesquels l'absence d'une des parties au contrat peut poser quelques difficultés<sup>51</sup>.

### **Les opérations à trois personnes**

21. La complexité est visible en cas d'absence volontaire, ou de substitution, qu'elle soit visible ou occulte. L'une des parties au contrat peut faire le choix de s'absenter volontairement, de se faire représenter ou simplement substituer sans représentation afin de bénéficier au maximum de l'opération réalisée. Les opérations transparentes ne posent aucune difficulté lorsqu'elles sont connues de tous, ce sont les opérations dites occultes qui poussent le juriste à la réflexion. C'est en cela que l'identification et l'encadrement de ces dernières opérations sont nécessaires et importants. Les opérations occultes ayant la possibilité d'être à l'origine de nombreuses fraudes, le législateur est naturellement intervenu sur les conseils d'Organisation internationale et européenne dans le but d'endiguer les opérations contractuelles opaques.

22. Traditionnellement, la représentation est un élément naturel du mandat, néanmoins le mandat existe sans représentation. C'est le droit français qui est à l'origine d'une forme de corrélation entre les deux notions, si bien que le mandat fut très longtemps présenté comme le « cocon dans lequel la représentation s'est développée<sup>52</sup> ».

---

<sup>50</sup> Art. 1 de la loi du 31 décembre 1975.

<sup>51</sup> Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255 ; Arrêt BESSE Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991 ; SEUBE., *L'indivisibilité : actes juridiques*, LexisNexis, juin 1999.

<sup>52</sup> DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, Thèse, 1997, Paris, p. 28 : « S'il est vrai, qu'à partir d'une certaine époque, le contrat de mandat a constitué un cocon dans lequel la représentation s'est développée, celle-ci n'en a longtemps été qu'un élément naturel, les éléments essentiels au contrat étant ailleurs ».

23. Depuis l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la représentation est régie par les articles 1153, 1159, et 1160 du Code civil. La mise en œuvre du mécanisme de représentation suppose qu'une personne appelée représentant agisse au nom et pour le compte d'une autre, appelée le représenté. Ainsi, une personne va manifester l'intention de s'engager à un acte pour le compte du titulaire du droit exercé.

24. Il existe trois types de représentation : la représentation légale, judiciaire et conventionnelle. Les deux premiers types de représentation dessaisissent le représenté des pouvoirs transférés au représentant. Il s'agit d'un « transfert forcé des prérogatives du représenté au représentant<sup>53</sup> ».

25. Dans le cadre de la représentation dite conventionnelle, le représenté conserve les prérogatives dont il a délégué l'exercice au représentant. Ce dernier ne peut agir que dans les limites des pouvoirs qui lui ont été confiés pour l'exercice de sa mission. Selon la doctrine, il existe deux types de représentation, la représentation dite parfaite ou directe et celle dite imparfaite ou indirecte. La première antérieure à la réforme, suppose une représentation transparente, le représentant agit au nom et pour le compte du représenté, il n'est qu'un « homme de paille<sup>54</sup> », qu'un intermédiaire voué à disparaître. La seconde, apparue initialement dans le Code de commerce pour les contrats de commission, est prévue à l'article 1154 alinéa 2 du Code civil : « Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui, mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant<sup>55</sup> ». Le représentant reste engagé à l'égard des tiers puisque le contrat ainsi conclu ne crée aucun lien entre ce dernier et le représenté, absent. La représentation appartient à la catégorie des contrats transparents. Alors que le mandataire contracte avec autrui, le mandant reste en retrait et attend de profiter en dernier lieu des effets de l'opération réalisée pour son compte. L'absence du donneur d'ordres est une absence connue, puisque son identité et la situation contractuelle sont parfaitement transparentes aux yeux des tiers.

26. L'absence occulte de l'une des parties à la conclusion du contrat apparaît comme une exception marquée par l'absence d'identification exacte des parties et des tiers. L'opération dans laquelle l'une des parties est tenue dans l'ignorance peut poser de nombreuses difficultés juridiques ; tout d'abord, une certaine confusion s'installe quant à l'attribution de la qualité de partie ou de tiers,

---

<sup>53</sup> WICKER G., « Le droit commun de la représentation dans le code civil », Recueil Dalloz 2016, p. 1942.

<sup>54</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>55</sup> Art. 1154 alinéa 2 du Code civil.

ensuite, la question de la responsabilité de l'une des parties face à la défaillance de l'autre reste essentielle en matière contractuelle<sup>56</sup>.

27. L'article 1199 du Code civil énonce que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV<sup>57</sup> ». La lettre de l'article apporte une distinction importante entre les parties et les tiers au contrat. Les effets obligatoires restent relatifs, car ils n'atteignent que ceux qui ont consenti à l'obligation, ce qui exclut logiquement les tiers.

28. Selon le Professeur CORNU, le tiers est une personne « n'ayant été ni partie, ni représentée à un contrat qui n'est pas touché par son effet obligatoire, article 1199 du Code civil, et peut, tout au plus, se le voir opposer, article 1200 du Code civil<sup>58</sup> ». Il peut s'agir également, « des ayants cause à titre particulier des contractants et les créanciers chirographaires<sup>59</sup> ». Cette référence à la représentation laisse entendre qu'une personne peut s'absenter du circuit contractuel, et se faire substituer pour avaliser la conclusion de l'opération. En ce sens, un individu peut être considéré comme « l'auteur d'un acte<sup>60</sup> » à partir du moment où il a manifesté sa volonté de s'engager. Selon M. ROGIN, l'auteur est « un sujet actif du droit<sup>61</sup> ». De façon analogue, DEMOGUE<sup>62</sup> et MICHOUUD<sup>63</sup> considèrent cet auteur comme un sujet d'exercice des droits.

29. Néanmoins, il est utile de rappeler que l'acte juridique se décompose en plusieurs éléments, la manifestation de volonté, l'exercice de prérogatives et bien évidemment l'établissement d'un lien de droit. L'auteur de l'acte étant considéré comme celui qui a manifesté sa volonté, est-il nécessaire qu'il soit également le titulaire des droits subjectifs exercés ? La réponse est non. L'auteur d'un acte n'est pas toujours celui qui est le titulaire des droits exercés. DEMOGUE a d'ailleurs distingué le *sujet d'exercice* et le *sujet de jouissance* du droit subjectif<sup>64</sup>. L'exemple le plus pertinent est celui de l'incapable mineur ou majeur, qui dans l'exercice de ses droits est dans l'obligation d'être

---

<sup>56</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP G 1992, I, 3628, p. 517.

<sup>57</sup> Art. 1199 du Code civil.

<sup>58</sup> CORNU G., op. cit. p. 1026.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> En droit pénal l'auteur d'une infraction ; en propriété intellectuelle l'auteur d'une oeuvre ; en droit civil la personne qui a manifesté la volonté de s'engager, c'est-à-dire d'établir un lien de droit.

<sup>61</sup> ROGUIN E., *La règle de droit*, p. 276 et s.

<sup>62</sup> DEMOGUE., *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, 1911, p. 366 et 370.

<sup>63</sup> MICHOUUD L., *La théorie de la personnalité morale*, T 1, n°19 p. 42 et n°45, p. 102.

<sup>64</sup> DEMOGUE., op. cit., p. 370 ; « La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences », *Revue générale des pouvoirs juridiques*, 1901, p. 652.

assisté par un tiers. La doctrine divisée sur la question de l'attribution de la qualité de tiers et de partie considère comme l'énonce le Professeur STORCK<sup>65</sup> qu'il existe en réalité deux parties au contrat. La première est l'auteur de l'acte, elle participe activement à la conclusion du contrat et manifeste sa volonté<sup>66</sup>. La seconde est le titulaire des droits subjectifs exercés, elle est en retrait, ne veut pas ou ne peut pas participer aux opérations<sup>67</sup>. Dès lors, quel est le personnage concerné par les effets de l'acte juridique ? Est-ce le titulaire des droits subjectifs ou l'auteur de l'acte ?

30. Le système juridique français a considéré pendant longtemps que seules les personnes qui ont consenti à l'acte pouvaient être liées par les effets dudit acte<sup>68</sup>. Dorénavant, et depuis l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, une personne n'ayant pas donné personnellement son consentement, peut-être tenu des effets de l'acte ainsi créé. L'imputation est un concept appartenant au droit de la responsabilité civile et pénale, il signifie « ce qui peut être mis au compte d'une personne comme une faute, en raison de ce que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente<sup>69</sup> ». Il s'agit ici de dire qu'un acte est imputable à une personne, si par son action, une faute engendrant un préjudice a été commise. Au sens courant, l'imputabilité signifie faire supporter à une personne les conséquences d'un acte ou d'un événement, lui faire bénéficier de droits et mettre à sa charge des obligations<sup>70</sup>.

31. Prenons l'exemple de la société, il s'agit d'une structure contractuelle composée de deux ou plusieurs personnes qui affectent l'ensemble de leur bien à une entreprise commune. Le Code adopte le point de vue de POTHIER qui considérait la société comme un contrat, GROTIUS l'avait d'ailleurs considéré bien plus tôt<sup>71</sup>. La société appartient à la catégorie des contrats spéciaux<sup>72</sup>, les civilistes ont pris le parti de placer ce type de contrat dans les dispositions relatives au droit commercial<sup>73</sup>. Quoiqu'il en soit, comme l'énonce Monsieur MARTIN, les actes passés par l'organe

---

<sup>65</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1982, p. 222 et s.

<sup>66</sup> GHESTIN J., *Les effets du contrat*, op. cit., p. 1027.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Articles 1134 et 1165 anciens du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. » ; « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

<sup>69</sup> CORNU G., op. cit., p. 528-529.

<sup>70</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, Paris, 1982, p. 223 et s.

<sup>71</sup> POTHIER R.-J., *Traité du contrat de société*, in *Traité du contrat de société*, in M. Bugnet, Oeuvres de POTHIER annotées et mise en corrélation avec le Code civil. Et la législation actuelle, Tome IV, VIDECOQ, 1847, p. 241 et s.

<sup>72</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat esquisse d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2020.

<sup>73</sup> LIBCHABER R., *La société, contrat spécial*, in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 281 et s, p. 283.

d'une personne morale sont imputables à cette personne morale<sup>74</sup>. L'acte peut donc être imputable au sujet auteur de l'acte, mais également au sujet titulaire des droits subjectifs exercés.

32. En conséquence, et selon le Professeur GHESTIN, il existe à côté des parties contractantes, des parties dites liées qui n'auraient pas donné leur consentement au contrat, mais demeuraient, « titulaires actifs ou passifs des effets obligatoires engendrés par ce contrat<sup>75</sup> ». Ce personnage absent et faussement appelé « faux tiers<sup>76</sup> » n'est autre qu'une partie au contrat dont le consentement aura été donné à travers l'intervention d'une autre personne. Dès lors, l'analyse précontractuelle à l'attribution de la qualité de partie ou de tiers n'existe plus. C'est la naissance de ce qu'il faut appeler l'analyse postcontractuelle qui peut-être définie comme l'analyse réalisée au moment de l'exécution de l'opération. Cette dernière analyse permet de détecter la situation d'interposition transparente, comme la situation d'interposition dissimulée. Dans chacun de ces cas, l'individu dit lié, bénéficie des effets de l'opération réalisée. Un tiers, à la vue de tous, peut en réalité, être une partie occulte, dont l'identité, reste cachée au tiers contractant. Cette situation contractuelle particulière amène la réflexion sur la question du conflit d'intérêts. Le Professeur VALIERGUE précise d'ailleurs que, quelle que soit la qualification de ce phénomène, qu'il s'agisse de l'utilisation de la notion d'opposition, de conflit ou de contradiction, il s'agit d'une même situation<sup>77</sup>. Le conflit d'intérêts apparaît lorsque plusieurs individus ou groupes d'individus cherchent à obtenir la satisfaction de leurs intérêts respectifs de manière fortement concurrentielle<sup>78</sup>. L'existence d'une partie cachée, mais liée au contrat réalisé pour elle par la partie apparente peut faire apparaître un conflit d'intérêts entre ces deux personnages.

33. C'est à partir de cet instant que les questions sont de plus en plus nombreuses concernant la dissimulation du sujet titulaire de droits subjectifs. Comme analysé précédemment, certains auteurs considèrent cette forme de dissimulation comme une représentation dite imparfaite par opposition à la représentation dite parfaite qui peut également être interprétée comme le retrait connu du donneur d'ordres. Un individu agit pour autrui et dissimule partiellement ou totalement sa qualité d'intermédiaire. Cette situation d'interposition permet de cacher ou de dissimuler l'identité de l'une

---

<sup>74</sup> MARTIN G., *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, Thèse, Nancy, 1977, p. 125.

<sup>75</sup> GHESTIN J., « Nouvelle propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD Civ., 1994, p. 777.

<sup>76</sup> GHESTIN J., op. cit., loc. cit : « Cette distinction semble a priori préférable à celle que l'on fait parfois entre les vrais et les faux tiers, puisque ces derniers sont nécessairement des parties dès l'instant que dans une telle division tout ceux qui ne sont pas partie sont tiers et réciproquement, les uns ne se définissant que par opposition aux autres ».

<sup>77</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 10 et s.

<sup>78</sup> Ibid.

des parties à l'opération. L'interposition fictive se distingue de l'interposition réelle par le rôle qu'occupe l'interposé durant l'opération. Si ce dernier est inactif et prête uniquement son nom, l'interposition est passive. Si son rôle est plus important, l'interposition devient réelle. En doctrine, l'interposition fictive est considérée comme une simulation dans les rapports entre le tiers contractant et l'auteur de l'acte, et comme un mandat dans les rapports entre ce dernier et le titulaire des droits subjectifs<sup>79</sup>.

34. La simulation est un « fait consistant à créer un acte juridique apparent dit « ostensible » qui ne correspond pas à la réalité des choses, soit pour faire croire à l'existence d'une opération imaginaire, soit pour masquer la nature ou le contenu réel de l'opération, soit pour tenir secrète la personnalité d'une ou de plusieurs des parties à l'opération<sup>80</sup> ». La simulation n'a jamais véritablement été définie par le législateur, cependant, la doctrine a proposé deux conceptions permettant de situer juridiquement les situations apparentes. L'une d'entre elles a traditionnellement puisé sa source de l'ancien article 1321 du Code civil<sup>81</sup>. Depuis l'Ordonnance du 10 février 2016, l'interprétation de l'article 1201 du Code civil<sup>82</sup> permet de définir la simulation comme le fait de conclure un acte apparent, dont les parties animées d'une volonté de tromper le tiers modifient ou suppriment les effets par un autre acte destiné à rester secret<sup>83</sup>. En matière d'interposition, la simulation suggère la réalisation d'un acte apparent entre le titulaire des droits et celui qui les exerce, et la réalisation d'un acte secret appelé convention de prête-nom, au profit du bénéficiaire. Face à cette situation mensongère<sup>84</sup>, le droit se doit de développer un arsenal protectionniste autour du tiers contractant trompé, mais également autour de l'interposé et du bénéficiaire des effets de l'acte. Il s'agit pour le législateur de suivre l'exemple proposé pour les opérations transparentes telles que la représentation. Tout compte fait, le principal objectif du droit est de créer une notion claire autour de ce personnage qui souhaite rester dans l'ombre, tout en profitant par la suite des bénéfices de l'opération. C'est ce personnage, titulaire de droits subjectifs, qui est le bénéficiaire des effets produits par l'opération, qu'il convient de nommer le bénéficiaire final d'une opération contractuelle.

---

<sup>79</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, avril 2015.

<sup>80</sup> CORNU G., op. cit., p. 970.

<sup>81</sup> Art. 1321 ancien du Code civil : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers ».

<sup>82</sup> Art. 1201 du Code civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

<sup>83</sup> MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ, 2018, p. 380 et s : la simulation ; VIGNAL N., *La transparence en droit privé des contrats, Approche critique de l'exigence*, Thèse, PUAM, 1998, p. 227-228.

<sup>84</sup> CORNU G., op. cit., p. 71, réf. déf. Apparence : « Aspect extérieur mensonger d'une situation juridique ».

**Qui est le bénéficiaire final d'une opération contractuelle ? Quels sont les critères permettant de définir ce sujet de droit atypique ? Comment le droit accueille ce terme juridique nouveau ?**

35. L'utilisation fréquente de la notion de bénéficiaire dans le discours juridique, le *sujet d'imputation*, le *titulaire de droits subjectifs*, le *bénéficiaire définitif*, le *bénéficiaire effectif*, suscite un sentiment mitigé. Dans cette pléthore de notions que l'on attribue au bénéficiaire, le juriste a de quoi s'interroger sur sa signification, son idée, ses limites.

36. Au sens commun, le bénéficiaire venant du latin *beneficiarius* est celui qui profite d'un bénéfice, d'un avantage<sup>85</sup>. Il peut s'agir d'un profit réalisé dans le cadre d'une opération financière, commerciale, ou dans l'accomplissement d'une activité à but lucratif. Le bénéfice se traduit donc par tout avantage produit par une chose, par l'opération ou la situation dans laquelle il s'inscrit.

37. Au sens juridique, la notion de bénéficiaire peut se traduire comme un corollaire à la définition générale précédemment établie. Le bénéficiaire est défini comme celui qui profite d'un bienfait de la loi, de certains avantages légaux ou d'une mesure de faveur<sup>86</sup>. Il est celui qui tire avantage d'une opération, comme le bénéficiaire d'une libéralité ou le tiers bénéficiaire. Il peut être également celui pour le compte duquel l'assurance a été faite par autrui<sup>87</sup>. Dans le cadre contractuel, chacune des parties s'oblige dans son propre intérêt, « chacun des contractants poursuivant de son côté et égoïstement la défense et la promotion de ses intérêts personnels<sup>88</sup> ». En matière de représentation notamment dans le contrat de mandat, le mandataire agit au nom et pour le compte de son mandant, il ne peut avantager un tiers et encore moins s'avantager lui-même<sup>89</sup>. Alors que le bénéfice de l'opération se place sur la tête des deux parties dans un contrat classique, il se déplace sur la tête du mandant et du cocontractant du mandataire, ce dernier personnage n'étant qu'un simple intermédiaire. Il en est de même pour le contrat de commission, cette opération s'inscrit dans un schéma semi-occulte le commissionnaire agissant en son propre nom, le bénéficiaire de l'opération restant le commettant<sup>90</sup>.

---

<sup>85</sup> Dictionnaire LAROUSSE 2020, p. 89.

<sup>86</sup> CORNU G., op. cit., p. 126.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> LECLERC F., *Les conflits d'intérêts en droit civil*, in *Les conflits d'intérêts*, sous la dir. de VIRASSAMY G., PUAM, 2015, p. 89.

<sup>89</sup> LECLERC F., op. cit., p. 83.

<sup>90</sup> HUET J., *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, sous la dir. GHESTIN J., LGDJ, 3e éd., 2012, p. 1011 cité par LECLERC F., op. cit., loc. cit.



38. Le bénéficiaire serait ainsi le personnage qui profite d'un certain nombre d'avantages qui lui sont offerts dans la situation dans laquelle il se trouve. Dans une opération contractuelle, il serait le personnage qui bénéficie des avantages nés de l'opération contractuelle réalisée par une personne intermédiaire, interposée ou instrumentalisée.

39. Techniquement, la notion apparaît fréquemment dans le discours juridique comme aux articles : L. 5212-13, R. 6322-8, R. 6322-9 du Code du travail, D. 245-50 du Code de l'action sociale et des familles, D. 781-34, D. 781-54 et suivants du Code rural et de la pêche maritime, L. 371-6 du Code de la sécurité sociale, pour ne citer que ces exemples. Le bénéficiaire est celui qui est titulaire d'un avantage quelconque prévu par la loi, il peut s'agir d'une indemnité ou d'une prestation.

40. Ces exemples sont la preuve de l'existence de bénéficiaires à multiples facettes, s'inscrivant dans des situations juridiques totalement différentes les unes des autres. Le législateur a utilisé cette notion au cas par cas en respectant la définition qui lui est donnée dans son sens courant. Il agit ensuite en entonnoir lorsqu'il vient greffer une notion supplémentaire, effectif, ou définitif par exemple.

41. Traditionnellement, la notion de *bénéficiaire effectif* puise sa source dans le droit anglo-saxon<sup>91</sup>. Les juristes français ne l'utilisent que de façon très récente, pour désigner celui qui dans une relation d'affaires, use d'un montage financier pour tirer autant de profits que possible d'une opération<sup>92</sup>. Selon le Professeur BÈGUE<sup>93</sup>, le bénéficiaire effectif est celui pour le compte duquel un individu agit. Il reçoit directement ou indirectement un service ou un produit, ou détient le contrôle d'une entité ou d'une construction juridique. Ainsi, et comme le précise le Groupe d'action financière (GAFI), le bénéficiaire effectif est celui qui en dernier lieu contrôle ou possède. Il s'agit de l'individu pour le compte duquel une opération est réalisée.

42. En effet, le droit interne incorpore cette qualification à l'article R. 561-1 du Code monétaire et financier et désigne ce personnage, comme la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>94</sup>. De même, la Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier

---

<sup>91</sup> Le bénéficiaire effectif est appelé dans les pays du Common Law : ultimate beneficial owner.

<sup>92</sup> COURET A, DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, éd. JOLY Lextenso, 2018, p. 7.

<sup>93</sup> BÈGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, BRUYLANT, 2017, n°59, p. 47.

<sup>94</sup> Art. R. 561-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier.

aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, impose aux États membres, de veiller à ce que les sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire aient l'obligation d'obtenir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs<sup>95</sup>. L'Ordonnance n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 ayant transposé en droit interne cette Directive, ainsi que le nouveau Décret du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme vient apporter des précisions quant à l'identification du bénéficiaire effectif et des solutions en cas d'impossibilité d'identification. En définitive, le bénéficiaire effectif est une qualification plutôt rattachée à la fraude, au blanchiment d'argent ou au terrorisme.

### **L'élaboration d'une définition pour le bénéficiaire final**

43. Bien que parfaitement défini par les organisations internationales, le bénéficiaire dit *effectif* semble cantonné aux situations d'affaires. Aucune théorie ne donne lieu à une dénomination harmonieuse et courante pour l'ensemble des situations entrant de ce système de retrait ou d'absence connue ou occulte. La conceptualisation de cette notion est justifiée par la nécessité d'élaborer une catégorie générale dans laquelle pourront évoluer plusieurs autres personnages tels que le bénéficiaire effectif. Enfin, il convient de se demander comment définir le bénéficiaire d'une opération contractuelle. Mais surtout, comment moraliser les opérations contractuelles au sein desquelles ce personnage est identifié ?

44. Le bénéficiaire final est celui qui accueille un profit à la fin, en conclusion d'une opération contractuelle, comme le démontre le terme *final* du latin *finalis*. En droit interne, la notion de bénéficiaire final est utilisée par plusieurs textes par exemple à l'article L. 1454-3-1 du Code de la santé publique<sup>96</sup>, mais également à l'article D. 621-47 du Code rural et de la pêche maritime<sup>97</sup>.

---

<sup>95</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015, Relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, article 30.

<sup>96</sup> Art. L. 1454-3-1 du Code de la santé publique (L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016, art. 178-10°) : « Est puni de 45 000 € d'amende le fait pour les entreprises produisant ou commercialisant des médicaments vétérinaires ou assurant des prestations associées à ces produits de ne pas rendre publics l'objet précis, la date, le bénéficiaire direct et le bénéficiaire final, et le montant des conventions mentionnées au I de l'article L. 1453-2 conclues avec les personnes physiques et morales mentionnées au même I, les rémunérations mentionnées au I *bis* du même article, ainsi que les avantages mentionnés au III dudit article qu'elles leur procurent ».

<sup>97</sup> Art. D. 621-47 Al. 1<sup>er</sup> à 5 abrogés par Décr. n° 2012-1247 du 7 nov. 2012, art. 40, à compter du 1<sup>er</sup> janv. 2013 : « Le système d'information de l'établissement doit garantir la traçabilité de tous les engagements notifiés jusqu'au bénéficiaire final, notamment celle des autorisations d'engagement notifiées à l'établissement par l'État ».

45. L'ensemble de ces textes s'accordent sur le fait que le bénéficiaire final est le personnage qui n'apparaît pas directement, qui est en retrait, ou qui bénéficie d'un avantage en fin d'opération. Sa définition devra donc comprendre deux critères précis, l'adoption d'une position de retrait comme méthode et le profit de l'opération comme but poursuivi. Le bénéficiaire final ne doit pas être confondu avec le bénéficiaire effectif. Ce personnage élaboré par un ensemble de dispositifs internationaux et européens apparaît uniquement au sein d'opérations contractuelles occultes appartenant pour la plupart au grand banditisme<sup>98</sup>. En matière fiscale, l'identité du véritable bénéficiaire d'une opération a toute son importance, il s'agit notamment de repérer les montages frauduleux permettant la dissimulation de celui qui agit par personne interposée ou par instrumentalisation de la personne morale<sup>99</sup>. Ce personnage frauduleux fait partie intégrante de la catégorie des bénéficiaires finaux. Partant de ce postulat, il est important d'établir une définition générale à cette notion et d'éclairer la communauté juridique sur les opérations dans lesquelles peut intervenir ce personnage atypique. Longtemps ignoré du monde juridique contrairement à son acolyte l'intermédiaire<sup>100</sup>, le bénéficiaire final doit absolument être distingué de ses homonymes dans le discours juridique.

46. Au sein des opérations de gestion organisée, le bénéficiaire représenté est dans une situation juridique qui ne peut supporter aucune forme de dissimulation puisque le mécanisme de la représentation est totalement transparent<sup>101</sup>. Dans un autre cas, le bénéficiaire garanti permet à un créancier de se prémunir de la défaillance d'un débiteur en sollicitant l'intervention d'un garant ou d'un bien en garantie. Il existe une multitude de situations impliquant la notion de bénéficiaire, c'est pour cette raison qu'il convient d'identifier ce personnage à travers des caractéristiques simples et pratiques.

47. Dans le cas d'une garantie, le créancier comme le débiteur peut être considéré comme des bénéficiaires, ce qui crée une confusion dans l'esprit du juriste. Par ailleurs, le déclenchement d'une forme de substitution de personne face à la dette ne peut avoir lieu qu'en cas de défaillance du débiteur, ce qui ne correspond absolument pas à la définition du comportement du bénéficiaire

---

<sup>98</sup> LE NABASQUE H., « Retour sur la notion de bénéficiaires effectifs », BJS, 2018, p. 9 ; GUTMANN D., *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 8e éd., 2017, n° 999.

<sup>99</sup> GOUTHIERE B., *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre., 11e éd., 2016, n° 74630 et s.

<sup>100</sup> réf. Thèse de DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Paris, LGDJ, 2007, n° 698 : « les personnes qui, favorisant la conclusion d'un contrat pour le compte d'autrui, sont à la fois parties à la procédure de conclusion de ce contrat et tiers à son émoulement ».

<sup>101</sup> DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2000, p. 130 et s ; STORCK M., op. cit., p. 101-102.

final de l'opération. Ce dernier faisant intervenir un interposé dans l'accomplissement d'un acte et récoltant les fruits de sa réalisation, il n'a pas besoin d'être sécurisé par un bien ou par une personne.

48. Pour les opérations de gestion spontanée, le bénéficiaire dit passif apparaissant en gestion d'affaires c'est-à-dire à l'insu ou sans opposition du maître de l'affaire, ne peut être confondu avec le bénéficiaire final qui avalise l'ensemble des opérations réalisées par son intermédiaire. Il maîtrise et contrôle parfaitement l'opération sans y participer<sup>102</sup>.

49. Les opérations avec un bénéficiaire gratifié appelé généralement tiers bénéficiaire s'inscrivent dans les mécanismes permettant à un individu de récolter les fruits de l'opération juridique réalisée par un autre individu. Ce qui pose difficulté par rapport à la définition du bénéficiaire final, c'est que le bénéficiaire gratifié reste un tiers à l'opération qui la plupart du temps ignore l'existence de celle-ci. Il est absent de l'opération non pas volontairement, mais par ignorance. Au demeurant, dans le cas de la stipulation pour autrui, le stipulant n'agit pas au nom et pour le compte d'un bénéficiaire, bien que le promettant soit parfaitement informé qu'il s'engage au profit de ce dernier<sup>103</sup>. Il n'en demeure pas moins que le bénéficiaire reste un tiers venant au bénéfice de l'opération, car cette dernière le désigne comme celui pour lequel elle est réalisée.

50. Le bénéficiaire final est un personnage qui doit, en premier lieu, être défini par deux critères constants. Le premier est marqué par la méthode utilisée par ce personnage à savoir l'adoption d'une position de retrait. Les principes fondamentaux du droit des contrats ainsi que les notions d'action pour le compte et dans l'intérêt d'autrui sont particulièrement touchés et même parfois bouleversés. Le second critère porte sur le but poursuivi, à savoir la recherche du profit de l'opération. Il s'agit ici d'identifier les opérations avec un bénéficiaire final afin d'appréhender les structures utilisées par ce personnage atypique, pour profiter des avantages tirés de, ou, des opérations réalisées pour son compte.

51. En seconde partie de définition, il est nécessaire d'entreprendre l'analyse des critères variables de la définition du bénéficiaire final qui se découpe en trois parties, la qualité, le pouvoir et les motivations.

---

<sup>102</sup> LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, janvier 2018.

<sup>103</sup> LARROUMET Ch., MONDERONI D., « Stipulation pour autrui », Répertoire de droit civil, février 2017.

52. Parmi les opérations avec un bénéficiaire final, le bénéficiaire apparent appelé également interposé, s'engage en son nom propre, pour le compte du bénéficiaire final jusqu'à la révélation de son identité. Il s'agit de créer une situation irréaliste permettant au bénéficiaire final de rester dissimulé aussi longtemps qu'il le souhaite. La déclaration de command<sup>104</sup>, et le contrat de commission<sup>105</sup> sont autant d'opérations qui matérialisent l'adoption d'une position de retrait de ce personnage atypique. Bien que ce dernier soit initialement dissimulé, son identité devra être révélée durant, ou après la réalisation de l'opération.

53. Cette dissimulation partielle pose tout de même de multiples questionnements quant à l'obligation de répondre sur l'identité du bénéficiaire final. Existe-t-il une obligation d'information pesant sur le bénéficiaire apparent ? Par ailleurs, ce dernier pourrait-il être poursuivi dans le cadre d'une éventuelle rétention d'information ? Il s'agit de répondre à la question des limites à l'adoption d'une position de retrait. Cependant, certains mécanismes révèlent l'intention frauduleuse du bénéficiaire final, notamment dans le cadre de l'utilisation de la convention de prête-nom, permettant à ce dernier de cacher son identité aux tiers<sup>106</sup>.

54. Une situation juridique habilitant une personne appelée bénéficiaire apparent ou intermédiaire à accomplir plusieurs actes pour un donneur d'ordre dénommé bénéficiaire final permet de dissimuler entièrement l'identité de ce dernier durant un temps illimité. Un accord ostensible scelle le contrat avec l'interposé alors qu'un accord secret le conclut avec un autre. Cette forme de simulation douteuse permet de passer outre certaines réglementations légales contraignantes, notamment, celles concernant la capacité. Dépassé par la situation, le législateur intervient suite à la révélation de ces comportements, afin de lutter contre l'utilisation frauduleuse d'un système ayant pour but de créer ce qu'il a appelé un bénéficiaire effectif, réel, ou définitif<sup>107</sup>. D'autre part, plusieurs problématiques traditionnelles apparaissent dans ces structures juridiques nouvelles du seul fait

---

<sup>104</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation : mai 2018 : « La déclaration de command est une institution ancienne, comme son appellation archaïque le donne à entendre. Elle se définit comme un : « Acte par lequel l'acquéreur en titre (adjudicataire ou acheteur dans une vente amiable si celle-ci le prévoit) révèle, dans les formes et délais requis (en général au secrétariat-greffé ou devant notaire) l'identité du véritable acquéreur » (G. CORNU, Vocabulaire juridique). Cette déclaration, dite aussi élection d'ami, est utilisée lorsque le véritable acquéreur ne veut pas être connu du vendeur (soit qu'il redoute que des conditions moins favorables lui soient faites, soit que sa solvabilité puisse donner des craintes). Ce mécanisme est surtout pratiqué dans la vente. Mais rien ne s'oppose d'y recourir dans d'autres contrats, notamment dans le contrat d'entreprise » ; PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2004, p. 108 et s.

<sup>105</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015.

<sup>106</sup> LEDUC F., « Réflexion sur la convention de prête-nom contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD Civ, 1999, p. 283.

<sup>107</sup> NERAC Ph., « La répression de l'infraction générale blanchiment », AJ Pénal 2006, p. 440 ; DELEPIERE J-C., « Revue de l'Union européenne », 2015, p. 243 ; CUTAJAR Ch., « Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4e directive blanchiment ? », La semaine juridique, Edition générale, n° 19-20, 11 Mai 2015 ; COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif pratique des affaires*, éd. JOLY LEXTENSO, 2018, p. 8 et s.

qu'elles laissent apparaître une fragilité dans leur construction. C'est de l'action dans un intérêt différent du sien que peut naître la situation de conflit d'intérêts<sup>108</sup>.

55. Cependant, cette réglementation, bien qu'elle soit importante, semble cantonnée à un certain nombre de comportements s'apparentant à de la corruption, de la fraude fiscale grave, et du blanchiment. De plus, pour lutter contre la fraude, elle impose essentiellement aux personnes morales, des obligations préliminaires de conservation ou de révélation des informations permettant d'identifier ce personnage occulte<sup>109</sup>. Le législateur voulant mettre en place une forme de prévention des comportements illicites est confronté, de façon permanente à l'ingéniosité des auteurs de ces mécanismes frauduleux<sup>110</sup>. La définition du bénéficiaire effectif renvoie à plusieurs conditions incontournables ; une ou plusieurs personnes physiques, qui interviennent en fin d'opération et qui possèdent ou contrôlent un client, ou la ou les personnes physiques pour lesquelles l'opération ou l'activité est réalisée<sup>111</sup>. Le cantonnement à la personne physique et à des notions purement économiques ne permet pas d'entrevoir le mécanisme dans lequel ce personnage s'inscrit. Le caractère clandestin de l'opération frauduleuse laisse entendre que ce personnage adopte une position de retrait et souhaite récupérer le bénéfice de l'opération. Néanmoins, l'exclusion de la personne morale ne permet pas de consentir à une harmonisation de la matière<sup>112</sup>. Tant et si bien qu'il n'existe aucun consensus quant à la dénomination exacte de ce personnage, effectif, réel, définitif ou final<sup>113</sup>.

56. Face à ce vide juridique, il semble dès lors important de porter une attention particulière à la création d'une réglementation portant sur trois aspects fondamentaux : la protection, la prévention et la sanction<sup>114</sup>. En effet, la protection du bénéficiaire final face au comportement infidèle de l'interposé est primordiale, sinon comment est-il possible de le protéger lorsque sa responsabilité est engagée vis-à-vis du cocontractant ignorant ? Par ailleurs, le complément de l'arsenal juridique développé autour du cocontractant ignorant et de l'interposé, considéré comme « l'homme de paille<sup>115</sup> » voué à disparaître, reste essentiel. Comment protéger l'interposé face à un bénéficiaire

---

<sup>108</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 20 et s.

<sup>109</sup> LE NABASQUE H., « Retour sur la notion de bénéficiaires effectifs », BJS 2018, p. 9.

<sup>110</sup> CUTAJAR Ch., « Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4e directive blanchiment ? », La semaine juridique, Edition générale, n°19-20, 11 Mai 2015.

<sup>111</sup> Directive 2015/849 du 20 mai 2015, art. 3, 6.

<sup>112</sup> Exclusion dans la définition du bénéficiaire effectif des montages frauduleux avec un bénéficiaire personne morale, alors que le droit admet que le personne morale peut être l'auteur de situations fictives ou simulées, par exemple : Cass. com., 28 novembre 1989, Bull. Joly, 1990. 179 ; Cass. com., 22 juin 1999, n° 98-13. 611 ; BREDIN J.-D., *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, RTD civ., 1956. 261.

<sup>113</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 8.

<sup>114</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 129 et s : sanctions applicables aux bénéficiaire effectifs.

<sup>115</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

final qui se dérobe à toutes obligations contractuelles ? Comment assurer une sécurité juridique suffisante à un cocontractant ignorant et abusé ? L'ambition serait alors de développer une forme de transparence juridique en amont, c'est-à-dire, édicter des présomptions ainsi que la création d'obligations contraignantes. Puis, agir en aval, afin d'interdire et de sanctionner les entreprises dissimulatrices consistant en la création d'un bénéficiaire final frauduleux.

### **Conceptualisation et régime juridique**

57. Démontrer l'existence d'un bénéficiaire final comme étant un personnage dissimulé durant la réalisation de l'opération tout en restant lié à cette dernière est le but de cette étude. En d'autres termes, l'enjeu consiste en la construction d'une définition du bénéficiaire final. « Tel un explorateur consciencieux et curieux<sup>116</sup> » on entend contribuer à l'élaboration scientifique du droit, en dégageant les questions qui dominent la notion, les catégories qui l'ordonnent, ainsi que les principes qui s'appliquent lors de son intervention. L'objectif de cette définition est d'harmoniser la matière juridique autour de la notion et enfin, permettre la reconnaissance de l'existence de ce personnage atypique au sein de l'ordre juridique interne et international (**Partie 1**).

58. Dans un second temps, il s'agira de porter une attention sur le régime juridique, à savoir sur l'ensemble des règles de droit applicables à la personne du bénéficiaire final. Son existence est déjà validée par le droit puisque le législateur intervient à mainte reprise pour lutter contre les comportements frauduleux<sup>117</sup>. Pour autant, il est nécessaire d'apporter un regard critique et des solutions adéquates aux moyens créés pour lutter contre les techniques ou systèmes frauduleux créant un bénéficiaire final. Les dispositions récentes souhaitant créer une transparence de ces mécanismes, l'existence du bénéficiaire final semble autant validée que combattue par le droit (**Partie 2**).

### **Partie 1 : La définition du bénéficiaire final**

### **Partie 2 : L'accueil fait en droit au bénéficiaire final**

---

<sup>116</sup> GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., p. 29.

<sup>117</sup> Voir notamment : COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 129 et s ; LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, 1968, p. 132 ; PILLET G., op. cit., p. 32 et s.





## **PARTIE 1 : La définition du bénéficiaire final**

59. La définition de la notion de bénéficiaire final n'est pas une entreprise purement sémantique, il ne s'agit pas de consacrer l'existence d'une nouvelle notion dans le discours juridique, mais de mettre en lumière un personnage bien réel, utilisé quotidiennement dans le monde économique. Néanmoins, cette démarche se heurte à une difficulté majeure, le bénéficiaire final est un personnage qui n'existe pas littéralement dans le discours juridique. Seuls quelques auteurs introduisent la notion de bénéficiaire dans la désignation d'un ou de plusieurs personnages ayant des intérêts à la réalisation d'un acte. Notamment, le Professeur LARROUMET rappelle qu'en matière de stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire est celui pour lequel le promettant s'engage envers le stipulant qui en fait la demande<sup>118</sup>. Ce mécanisme est une « opération à trois personnes qui a pour objet de créer immédiatement, au profit d'une personne qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre ce dernier<sup>119</sup> ». Le bénéficiaire final est une personne qui est marquée par sa position de retrait. Il ne participe pas ou n'apparaît à l'opération contractuelle réalisée à son profit. Pourtant, il ne peut pas être une partie dite représentée comme c'est le cas lorsqu'un mandataire agit au nom et pour le compte d'un mandant qui est le bénéficiaire direct de l'opération réalisée avec un contractant<sup>120</sup>. Il appartient à la catégorie des opérations occultes qui sont marquées par l'absence partielle ou totale de ce personnage atypique.

60. Historiquement, le discours juridique accuse un retard considérable face au monde dans lequel il se construit. Les mécanismes imaginés par les différents acteurs économiques et juridiques en sont la preuve. L'effectivité du bénéfice tiré, et le préjudice économique important pour les finances internes et internationales n'ont laissé d'autres choix aux législateurs. Il fallait réfléchir à la question du bénéficiaire « effectif<sup>121</sup> » ou « définitif<sup>122</sup> ». Dans cette optique, l'utilisation de la notion

---

<sup>118</sup> LARROUMET Ch, MONDOLONI D., « *Stipulation pour autrui* », Répertoire de droit civil, Février 2017 : « La stipulation pour autrui est un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, demande à une autre personne, appelée promettant, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire » ; LARROUMET Ch., op. cit., p. 132 et s.

<sup>119</sup> LARROUMET Ch, MONDOLONI D., op. cit., loc. cit.

<sup>120</sup> CORNU G., op. cit., p. 638.

<sup>121</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 8 ; MORTIER R., BOL S., « *Le registre des bénéficiaires effectifs* », La semaine juridique édition générale 18 décembre 2017, Hebdomadaire N°51, pages 2329-2337.

<sup>122</sup> HÉRAIL J., « Legs », Répertoire de droit civil, Avril 2008, actualisation Juin 2018 : « En revanche, si les juges ont estimé que dans la pensée du testateur la libéralité était adressée à un groupement déterminé et que c'est seulement à travers ce groupement que les bénéficiaires définitifs devaient être gratifiés, le procédé de substitution ne peut être mis en œuvre et la libéralité ne produit aucun effet » ; SERLOOTEN P., « Groupe de sociétés : régime fiscal », Répertoire des sociétés, Mars 2011 : « Le problème du cumul d'imposition dans le cadre d'un groupe de sociétés, se présente du fait

de bénéficiaire final pourrait harmoniser l'ensemble de ces notions et donner une définition globale à ce personnage atypique. Et c'est très exactement ce dont il est question, pourquoi parler d'un bénéficiaire final alors qu'il existe déjà un bénéficiaire effectif ? Ce dernier personnage issu du système financier international est défini par la Directive 2015/849 en date du 20 mai 2015. Il possède ou contrôle, en dernier ressort le client et/ou « la ou les personnes physiques pour lesquelles une transaction est exécutée, ou une activité réalisée<sup>123</sup> ». Le droit international comme le droit européen sanctionnent de façon similaire la dissimulation d'une construction financière destinée à contourner frauduleusement le système financier mis en place à des fins délictuelles<sup>124</sup>. Les différents textes ne visent aucunement d'autres systèmes occultes intervenant en d'autres matières. Il s'agit de viser le secteur financier, bancaire, et les entités touchées par le Code de commerce ou le Code monétaire et financier<sup>125</sup>. Qu'en est-il des autres opérations occultes ?

61. Le bénéficiaire final est celui qui reste dans l'ombre, en retrait, qui n'apparaît pas ou ne participe pas directement à l'opération contractuelle, mais qui en tire profit. Il peut s'agir d'un professionnel comme d'un profane, d'une action légale ou frauduleuse, d'un contournement de la loi ou d'une transgression. Le bénéficiaire final est une catégorie générale alors que le bénéficiaire effectif<sup>126</sup> est une sous-catégorie qui lui est rattachée.

62. Cet individu agissant dans l'ombre dispose d'une certaine liberté contractuelle, il est lié à l'opération à laquelle il refuse de participer<sup>127</sup>. S'agit-il d'un avantage comparable à un droit de préférence permettant d'obtenir un avantage financier avant les autres ? Il est possible de se diriger vers cette voie, cependant, une telle définition ne peut être retenue pour qualifier la situation dans laquelle s'inscrit le bénéficiaire final. Il s'agirait plutôt de ce que le droit appelle un *privilegié*, à savoir le bénéficiaire d'une faveur, d'une situation exceptionnellement avantageuse<sup>128</sup>. Pour autant, force est de constater que l'exception devient une habitude, une constante à laquelle le législateur doit faire face.

---

que le bénéfice initial doit, pour parvenir à son bénéficiaire définitif, transiter entre plusieurs sociétés. Lorsqu'une filiale réalise des bénéfices, elle est imposée sur les bénéfices réalisés au titre de l'impôt sur les sociétés ».

<sup>123</sup> Directive 2015/849, 20 mai 2015 article 3 et 6.

<sup>124</sup> GAFI 2012. Recommandations du GAFI-Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, mise à jour oct. 2016, p. 117 ; POULIQUEN T., « Le registres de bénéficiaires effectifs : encore un excès au nom de la lutte anti-blanchiment ? », *Juris News*, vol. 5, n° 4, 2016, p. 120.

<sup>125</sup> Notamment, art. L. 228-11, L. 239-1, L. 239-3 du Code de commerce ; art. L. 561-1, art. L. 561-2, L. 561-46 du Code monétaire et financier.

<sup>126</sup> BAHANS J.-M., « Publicité au RCS des bénéficiaires effectifs, *BJS* 2017, p. 555 ; Déclaration des bénéficiaires effectifs : une formalité pour la legaltech ! », *Les Échos Sociétés*, 12 octobre 2017 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés, Présentation et impressions sur un nouveau dispositif juridique », *Rev. sociétés*, 2018, p. 17.

<sup>127</sup> GHESTIN J., *La distinction entre les parties et les tiers au contrat*, *JCP G* 1992, I, 3628, p. 517.

<sup>128</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 810-811.

63. Sans le savoir, il autorise l'adoption d'une position de retrait de l'opération validant ainsi l'existence du bénéficiaire final<sup>129</sup>. La reconnaissance d'un tel comportement comme étant un avantage appartenant au cet individu atypique, permet de faire la différence entre les opérations dans lesquelles son existence est ignorée, mais validée par le droit<sup>130</sup>, et les opérations dans lesquelles le personnage appelé bénéficiaire est en réalité un représenté conscient ou ignorant, mais connu de tous<sup>131</sup>. Néanmoins, et avant toute chose, il est important de définir ce personnage atypique et ainsi déterminer les éléments constants et variables qui le composent.

64. Le bénéficiaire final est un sujet de droit qui, bien qu'il soit en retrait de l'opération, exerce un pouvoir lui permettant de contrôler de façon directe ou indirecte l'ensemble du mécanisme occulte ou non qu'il a construit à son profit<sup>132</sup>. Il s'agit d'un personnage actif apparaissant comme étranger au sein d'une opération dont il est l'instigateur. Pourquoi est-il impératif de souligner le caractère indifférent de la qualité de ce personnage ? Le bénéficiaire final ne doit pas être uniquement considéré comme une personne physique, puisqu'il peut sans aucune difficulté avoir la qualité de personne morale<sup>133</sup>. À la différence, le bénéficiaire effectif qui est une sous-catégorie du bénéficiaire final appartient uniquement à la catégorie des personnes physiques<sup>134</sup>. D'ailleurs, la Directive 2015/849 du 20 mai 2015 revient spécifiquement sur la notion de personnes physiques ainsi que sur celle du contrôle au sein de son article 3 et 6<sup>135</sup>. Le bénéficiaire effectif est une ou plusieurs personnes physiques qui, « en dernier ressort, possèdent ou contrôlent le client et/ou la ou les personnes

---

<sup>129</sup> Notamment dans des situations de simulation : Cass. crim., 8 décembre 1999, n°98-86.216 ; Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2000, n° 98-14.618 ; Cass. com., 31 janvier 2012, n°10-27. 316 ; Cass. civ., 3e, 8 mars 2018, n° 15-22.380 ; Cass. com., 18 mars 2020, n°18-22.335.

<sup>130</sup> Référence aux opérations appartenant au domaine de la simulation : Art. 1201 et 1202 du Code civil ; LE TOURNEAU, « Mandat, caractères du mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mars 2021 : prête-nom ; ROUAST-BERTIER P., « Société fictive et simulation », Rev. sociétés, 1993. 725 : simulation ; LARROUMET Ch. et MONDOLONI D., « Stipulation pour autrui », Répertoire de droit civil, février 2017, actualisation Janvier 2021.

<sup>131</sup> Pour prendre quelques exemple : la gestion d'affaires : Art. 1301 et s du Code civil ; OPHÈLE C., « Cession de créance, Formation », Répertoire de droit civil, Août 2018, actualisation Juin 2019 ; LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, Janvier 2018, actualisation Décembre 2020. La stipulation pour autrui : Art. 1205 du Code civil ; NAJJAR I., « Donation, Mise en oeuvre du critère de la donation », Répertoire de droit civil, Janvier 2008, actualisation Janvier 2021.

<sup>132</sup> Sur la notion de pouvoir : GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Economica, 1985, n°216, 232, 307 et s, 326 ; THULLIER B., *L'autorisation. Étude de droit privé*, Thèse, LGDJ, 1995, n° 260 et s et n° 301 et s.

<sup>133</sup> Notamment sur ce point plusieurs jurisprudence admettant l'action d'une personne morale dissimulée derrière un montage fictif frauduleux : DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, octobre 1999, actualisation Avril 2018 ; FADEL RAAD N., *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, 1991, LGDJ, cité par DAIGRE J.-J., art. préc. ; DAGOT M., *La simulation en droit privé*, Thèse, 1967, LGDJ, p. 66.

<sup>134</sup> BÈGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière, Étude de droit comparé*, Bruylant, 2017, n°59, p. 47 : « l'idéal de transparence doit toujours conduire à l'identification d'une personne physique ».

<sup>135</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

physiques pour lesquelles une transaction est exécutée, ou une activité réalisée<sup>136</sup> ». Le législateur européen semble avoir parfaitement perçu le caractère occulte de l'opération en distinguant les interposés et autres instruments utilisés au profit d'un personnage qui préfère rester dans l'ombre.

65. En somme, bien que le bénéficiaire effectif soit une catégorie appartenant au bénéficiaire final, le premier personnage ne peut intégrer parfaitement le bénéficiaire final dans sa définition. Tout d'abord, les situations décrites par le législateur européen ne concernent qu'une partie des situations dans lesquelles s'inscrit un bénéficiaire final, l'accent est spécifiquement porté sur des infractions lourdes telles que le terrorisme, le blanchiment, et la dissimulation est assimilée à une forme de fraude. De plus, le bénéficiaire final peut parfaitement être considéré comme une personne morale, ce qui n'est pas le cas du bénéficiaire effectif.

66. C'est pour éviter une confusion des personnages et surtout permettre d'harmoniser la matière contractuelle qu'il est indispensable de procéder, dans un premier temps, à la définition de la notion de bénéficiaire final par ses éléments constants (**TITRE 1**). Puis dans un second temps, à la définition de la notion de bénéficiaire final par ses éléments variables (**TITRE 2**).

---

<sup>136</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 23.

## **TITRE 1 : Les éléments constants de la définition**

67. Selon le Professeur CORNU, définir c'est avant tout l'opération « par laquelle la loi principalement, la jurisprudence et la doctrine caractérisent une notion, une catégorie juridique par des critères associés<sup>137</sup> ». En l'absence de définition légale, la jurisprudence et la doctrine peuvent apporter une certaine définition à une notion qui semble nébuleuse pour l'ensemble du système juridique français. La jurisprudence se matérialise par l'ensemble des « décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière, soit dans une branche du Droit, soit dans l'ensemble du Droit<sup>138</sup> ». La doctrine correspond à l'opinion « communément professée par ceux qui enseignent le Droit, ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit<sup>139</sup> ». Dès lors, pour affirmer qu'il n'existe aucune définition de la notion de bénéficiaire final, il est important de procéder à des vérifications par étapes.

68. Il convient de procéder à la vérification de la loi, le bénéficiaire final reçoit-il une définition légale ? Il semble que la réponse soit négative, néanmoins, certains textes peuvent viser un individu qui lui est proche, voir, dont les critères sont quasiment similaires à ceux du bénéficiaire final. Il s'agit du bénéficiaire effectif qui reçoit au sein des textes européens, retransposés en droit français, une définition limpide<sup>140</sup>. L'autorité des marchés financiers reconnaît depuis plusieurs années qu'une personne puisse se cacher derrière un montage financier dans un intérêt frauduleux<sup>141</sup>. De plus, le Professeur BÈGUE définit le bénéficiaire effectif comme « celui pour le compte duquel on agit, celui qui bénéficie directement ou indirectement d'un service ou d'un produit, ou encore celui qui est le détenteur du contrôle d'une entité ou d'une construction juridique<sup>142</sup> ». Le Groupe d'action financière caractérise ce personnage par une ou plusieurs personnes physiques qui possèdent ou contrôlent en dernier lieu, « un client et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée<sup>143</sup> ».

69. En substance, le bénéficiaire effectif apparaît comme le personnage qui accomplit des montages financiers complexes afin de récolter les bénéfices d'une activité ou d'une opération

---

<sup>137</sup> CORNU G., op. cit., p. 313.

<sup>138</sup> CORNU G., op. cit., p. 591.

<sup>139</sup> CORNU G., op. cit., p. 364.

<sup>140</sup> Directive 2015/849 du 20 mai 2015, art. 3, 6.

<sup>141</sup> Position-recommandation AMF. *Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme*, Doc-2013-05, page 3.

<sup>142</sup> BÈGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, BRUYLANT, 2017, n°59, p. 47.

<sup>143</sup> GAFI 2012. *Recommandations du GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, mise à jour octobre 2016, p. 117.

illicite<sup>144</sup>. Non loin de ressembler trait pour trait au bénéficiaire final, il semble néanmoins que la définition européenne et internationale s'éloigne de toutes les situations frauduleuses ou non, dans lesquelles peut apparaître un tel personnage<sup>145</sup>. D'ailleurs, le bénéficiaire effectif reçoit une définition excluant la possibilité d'appartenir à la catégorie des personnes morales, la définition est d'autant plus limitée. Le bénéficiaire final ne reçoit donc aucune définition, ce qui ne permet pas une harmonisation de la matière dans ce domaine. De telles circonstances poussent le juriste à analyser les décisions jurisprudentielles. Là encore, il n'existe aucune consécration de la notion de bénéficiaire final, le juge ne peut faire la loi, il ne peut que dire le droit et trancher le litige. Il reste la doctrine, qui a un devoir de proposition et d'harmonisation de la matière contractuelle. Le bénéficiaire effectif est plus que largement commenté, bon nombre et d'articles et d'ouvrages traitent de ce personnage<sup>146</sup>, mais qu'en est-il du bénéficiaire final ?

70. Le bénéficiaire final n'a reçu aucune définition, il est souvent confondu à tort avec ses homologues, le bénéficiaire réel, effectif ou définitif. Néanmoins, ce personnage réunit l'ensemble des critères de définition des personnages précités. Le bénéficiaire final est une ou plusieurs personnes, physiques ou morales, qui adoptent une position de retrait de l'opération, tout en ayant un pouvoir permettant le contrôle et la direction sur cette dernière. Le but de ce personnage se caractérise par la réalisation d'un profit qu'il pourra tirer de l'opération. Pour ce faire, ce personnage unique ou pluriel, peut passer par un montage instrumentalisant une personne morale, ou un mécanisme engageant un interposé. Ces systèmes construits pour son compte ne peuvent fonctionner sans son accord et son intervention. Le bénéficiaire final est un personnage qui suppose nécessairement la présence d'une intermédiation. Le profit de l'opération transite d'abord dans le patrimoine de l'intermédiaire avant d'être transféré au bénéficiaire final<sup>147</sup>. Une telle définition réunit l'ensemble de la matière en un seul personnage comprenant le bénéficiaire effectif, réel et définitif. D'ailleurs, plusieurs critères constants reviennent dans la perception du bénéficiaire final.

---

<sup>144</sup> Cass. crim., 6 mars 2019, n°18-81.059 ; Cass. crim., 18 décembre 2019 n° 19-82.496 : en ce qui concerne l'application de l'art. 324-1-1 du Code pénal sur présomption d'origine illicite des fonds ; CE, 9e et 10ème chambres réunies, 15 octobre 2020 : en ce qui concerne l'identification du bénéficiaire effectif.

<sup>145</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, page 8 : « La notion de « bénéficiaire effectif » et ses variantes, « bénéficiaire réel », « bénéficiaire économique », etc. n'ont pas bonne presse. Le bénéficiaire effectif est synonyme de fraude, de blanchiment d'argent, de terrorisme » ; LE NABASQUE H., « Retour sur la notion de « bénéficiaire effectifs » », BJS janvier 2018, n° 117e8, p. 8 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés, Présentation et impressions sur un nouveau dispositif juridique », Rev. Sociétés 2018, p. 7.

<sup>146</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018 ; AMAN K., « Ainsi naquit le registre des bénéficiaires effectifs... », Journal des sociétés n°155, septembre 2017, page 56 ; LASSERRE-CAPDEVILLE J., « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés, Présentation et impressions sur un nouveau dispositif juridique », Revue des sociétés, 2018, p. 7.

<sup>147</sup> PILLET G., op. cit., p. 143 et s : Sur le transfert du bénéfice de l'opération du patrimoine de l'interposé à celui de son donneur d'ordres.

71. Dans un premier temps, il adopte une position de retrait, il n'est pas présent ou refuse simplement d'intégrer directement l'opération qui est réalisée pour son compte. Dans un second temps, il recherche le profit de l'opération en passant par toute sorte de mécanismes déjà connus du monde juridique lui permettant de contourner légalement ou illégalement les dispositions juridiques applicables<sup>148</sup>. Il s'agit pour ce personnage d'utiliser des mécanismes occultes comme la simulation ou la déclaration de command, comme des mécanismes transparents appartenant au domaine de la représentation, qu'elle soit totale, optionnelle ou conditionnelle. La méthode utilisée et le but poursuivi sont deux critères qui forment un tout indivisible.

72. En somme, il convient dans un premier temps d'analyser la méthode utilisée par le bénéficiaire final consistant à adopter une position de retrait (**Chapitre 1**). Puis, dans un second temps, de comprendre les mécanismes juridiques utilisés pour parvenir à la satisfaction de sa recherche de profit (**Chapitre 2**).

---

<sup>148</sup> TGI Épinal, 14 novembre 1996 : Gaz. Pal. 1997. 1. 379 : mécanisme utilisé pour contourner l'interdiction de recevoir frappant un parti politique ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 9 février 2011, Dr. fam. 2011, n° 77, obs. BEIGNIER : dans le cas d'une libéralité consentie à une société qui exploite une maison de retraite.

## Chapitre 1 : La méthode : l'adoption d'une position de retrait

73. L'analyse de la méthode adoptée par le bénéficiaire final nécessite de répondre à un certain nombre de questions clés. La première réside dans la possible reconnaissance d'une position de retrait de l'opération<sup>149</sup>. En effet, l'intervention d'un bénéficiaire dit apparent appelé également « homme de paille<sup>150</sup> » lors de la phase de construction de l'opération contractuelle marque l'idée d'une acceptation même partielle d'un comportement se traduisant par un retrait de l'opération. Il est possible que cette consécration soit assimilée à l'ouverture d'un droit pour le bénéficiaire final de ne pas apparaître à l'opération<sup>151</sup>. De telle sorte que son retrait qu'il soit volontaire ou non, découle de l'application d'une forme de fictivité légale non reconnue jusqu'alors. Pour autant, il n'est pas possible de parler d'un droit pour la position de retrait du bénéficiaire final sans toucher à des matières étrangères à la définition de ce personnage atypique. Il existe en effet, un *droit de retrait* qui désigne selon la matière dans laquelle elle s'applique, en droit administratif, l'action de retirer son consentement ou de le reprendre ; en droit des sociétés, la prérogative pour un associé de se retirer de la société ; en droit du travail, la possibilité pour un salarié de se retirer en cas de danger grave et imminent pour sa vie ou pour sa santé<sup>152</sup>. Le *droit de retrait* apparaît comme une prérogative permettant à un individu faisant partie d'une entité ou ayant préalablement accepté de s'engager dans une entité, de s'en retirer par la suite.

74. De façon tout à fait contraire, l'adoption d'une position de retrait désigne l'attitude d'un individu ne souhaitant pas faire partie d'une entité, il apparaît comme étant étranger à celle-ci dès le départ<sup>153</sup>. Le bénéficiaire final ne fait pas partie de l'opération dans laquelle il souhaite récolter des avantages. Il n'est pas dans une situation dans laquelle il se retire de ladite opération comme le salarié

---

<sup>149</sup> Notamment lorsque ce retrait se traduit par la dissimulation de celui qui agit pour son compte : Cass. com., 17 février 2009, n°08-10.384, en ce qui concerne l'achat d'un immeuble par un personnage qui était en réalité financé par un tiers à ladite opération ; Cass. civ., 1ère, 13 janvier 1953, Bull. civ. I, n°15 et Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2000, n° 98-14. 618 : sur l'existence de deux opérations contractuelles, la première étant ostensible et l'autre étant occulte caractérisant la position de retrait de celui qui sera amené à recevoir le bénéfice de la première opération. Sachant que l'interposition de personne peut parfaitement aboutir à la conclusion de ces opérations ostensibles et occultes par des personnes différentes, l'une réunissant le bénéficiaire final et son interposé et l'autre le cocontractant ignorant et l'interposé.

<sup>150</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>151</sup> Cass. civ., 1ère, 11 juillet 1979 : Bull. civ. I, n° 209 ; Cass. civ., 1ère, 22 octobre 1975, Bull. civ. I, n°291 : le droit valide la simulation en confirmant que son existence n'est pas une cause de nullité de l'opération contractuelle. Elle consacre le droit pour celui qui bénéficie en dernier lieu de l'opération, de ne pas apparaître au contrat.

<sup>152</sup> CORNU G., op. cit., p. 926 ; COLLART-DUTILLEUL F, FRIANT-PERROT M., « La société », Chapitre 3, Répertoire des sociétés, Mars 2010, actualisation Septembre 2011 ; ADAM P., « Mécanismes de règlement des situations de harcèlement moral », Chapitre 3, Répertoire de droit du travail, Septembre 2014, actualisation Décembre 2017 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, coll. Précis, n°1644, p. 1714.

<sup>153</sup> Voir notamment la jurisprudence qui considère le bénéficiaire comme un tiers à l'opération apparente : Cass. com., 17 février 2009, n° 08-10.384 (financement par un tiers).



d'une entreprise ou l'actionnaire d'une société. La simple idée de l'existence d'un lien contractuel avec l'opération en dehors du lien d'interposition ou d'intermédiation serait complètement hors sujet par rapport à la définition souhaitée du bénéficiaire final. Ainsi, il convient d'exclure la notion de *droit de retrait* et ainsi de consacrer la méthode utilisée par le bénéficiaire final qui est celle d'adopter une position de retrait de l'opération contractuelle. Le comportement du bénéficiaire final peut être comparé aux comportements des différents personnages présents au sein des opérations de représentation dites « apparentes<sup>154</sup> ».

75. Selon Monsieur CHEN, « la représentation apparente se caractérise par une structure triangulaire qui fait entrer un pseudo-représenté, un représentant apparent et un tiers de bonne foi<sup>155</sup> ». Ce mécanisme consiste donc en création d'une structure juridique trompeuse dans laquelle le bénéficiaire apparent fait croire au tiers qu'il est bien titulaire des pouvoirs qu'il utilise. D'ailleurs, les juges analysent chaque élément objectif de la croyance pour admettre son caractère légitime et caractériser la vraisemblance d'une situation trompeuse et même, parfois, frauduleuse<sup>156</sup>. Cependant, toutes les situations contractuelles dites *triangulaires* ne sont pas trompeuses, nous en voulons pour preuve, la consécration des situations de représentation ou d'interposition transparentes au sein du système juridique français. Ainsi, l'adoption d'une position de retrait permet au bénéficiaire dit apparent d'agir pour le compte d'autrui en faisant transiter l'opération de son patrimoine, au patrimoine du bénéficiaire final. L'interposé ou le bénéficiaire dit apparent intervient dans cette situation comme un écran permettant la dissimulation partielle ou totale du bénéficiaire final.

76. Par conséquent, la méthode adoptée par le bénéficiaire final consiste à ne pas apparaître à l'opération par l'adoption d'une position de retrait, décrite en deux phases. La première consiste à construire l'acte par un sujet appelé bénéficiaire apparent, alors que la seconde, cela traduit par l'imputation des effets de l'acte sur le patrimoine du bénéficiaire final. L'adoption de cette méthode a des conséquences sur la qualité de ce personnage atypique, comme sur l'opération contractuelle réalisée.

77. Il convient de traiter dans un premier temps, de l'analyse de la position de retrait du bénéficiaire final (**Section 1**). Puis dans un second temps, des conséquences attachées à ce comportement (**Section 2**).

---

<sup>154</sup> CHUNG-WU C., *Apparence et représentation en droit positif français*, Thèse, LGDJ, Paris, 2000.

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Cass. Ass. Plén., 13 décembre 1962 : Banque canadienne nationale c. Directeur général des impôts : *cet arrêt déroge aux dispositions de l'article 1998, alinéa 2 du Code civil en ce qu'il engage le mandant en l'absence de faute sur le fondement du mandat apparent compte tenu d'une croyance légitime du tiers.*

## **Section 1 : L'analyse de la position de retrait du bénéficiaire final**

78. L'analyse de la position de retrait du bénéficiaire final consiste à reconnaître juridiquement l'existence de ce comportement. Reconnaître c'est la « manifestation de volonté par laquelle une personne accepte de tenir pour établie une situation préexistante de fait ou de droit<sup>157</sup> ». L'existence de mécanismes juridiques permettant la matérialisation de la position de retrait d'un personnage, permet d'aboutir à la reconnaissance de l'existence d'un bénéficiaire final.

79. Plusieurs auteurs ont d'ailleurs eu l'occasion d'analyser les dispositifs mis en place au niveau européen et international pour lutter contre les mécanismes frauduleux permettant à un individu désigné comme bénéficiaire effectif de récolter les fruits d'une opération illicite<sup>158</sup>. Cependant, l'analyse de la position de retrait du bénéficiaire final requiert plusieurs niveaux de compréhension. Un découpage de son comportement permettrait de faciliter l'explication de chacun des critères donnant lieu au retrait de ce personnage. Qui intervient en ses lieux et places ? Comment ce mécanisme se traduit-il en terme juridique ?

80. C'est à ce stade qu'intervient la notion *d'action pour le compte d'autrui*. Il s'agit d'une notion permettant l'intervention d'une personne interposée en lieu et place d'un personnage caché<sup>159</sup>. L'analyse de la position de retrait du bénéficiaire final prend tout son sens, lorsque le questionnement se déplace sur le comportement de l'interposé face à son donneur d'ordres, et notamment sur son propre retrait en fin de mission. La notion d'*imputabilité* se greffe parfaitement au mécanisme de construction de la position de retrait du bénéficiaire final<sup>160</sup>. Elle répond à la question du transfert des effets de l'acte en fin de mission. Il existe un véritable lien entre l'exercice du pouvoir de l'interposé et la notion de conflit d'intérêts interposés<sup>161</sup>. La possibilité pour l'interposé de prendre un acte pour

---

<sup>157</sup> CORNU G., op. cit., p. 864.

<sup>158</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018 ; MORTIER R., BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », La semaine juridique édition générale 18 décembre 2017, Hebdomadaire N°51, pages 2329-2337.

<sup>159</sup> Cass. civ., 1ère, 9 février 2011, n° 10-13.616, Dalloz actualités 18 février 2011, obs. GUIOMARD : dans ce cas précis il s'agit d'un legs consenti par le pensionnaire d'une maison de retraite à une clinique. La Cour d'appel n'avait pas recherché s'il s'agissait d'une libéralité accordée par personne interposée avant de rejeter la contestation du testament. La clinique pourrait avoir été instrumentalisée dans l'optique de contourner l'incapacité de recevoir du médecin et de l'infirmière du pensionnaire.

<sup>160</sup> PILLET G., op. cit., n° 58 : « La perfection de l'acte n'est pas sa formation », il existe deux étapes en matière, la première est l'échange de consentement formant le contrat et la seconde « l'imputation définitive de la norme contractuelle à un sujet de droit qui marque l'achèvement de sa formation ».

<sup>161</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 39.

le compte et dans l'intérêt du titulaire de droits subjectifs peut le placer dans une position délicate quant à la prise en compte de ses intérêts par rapport à ceux qu'il a l'obligation de protéger<sup>162</sup>.

81. L'analyse des critères constants permettant de définir le bénéficiaire final, clarifie non seulement le comportement qu'il adopte, celui que son « homme de paille<sup>163</sup> » adopte, comme les conséquences que cette position peut engendrer sur la matière contractuelle. Notamment, la *bonne foi*, de *consensualisme* où la *liberté contractuelle* sont autant de principes fondamentaux du droit des contrats qui pourront inscrire des exceptions relatives à l'existence d'un bénéficiaire final. En d'autres termes, il est important de comprendre la position de retrait du bénéficiaire final afin de mieux appréhender les mécanismes qui lui permettent d'obtenir le bénéfice d'une opération dont il n'est pas, de prime abord considéré comme une « partie<sup>164</sup> » traditionnelle<sup>165</sup>.

82. L'opération contractuelle plus couramment nommée *le contrat* est un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinées à « créer, modifier transmettre ou éteindre des obligations<sup>166</sup> ». Selon le principe de l'effet relatif des conventions, « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties<sup>167</sup> ». Pour autant, une lecture moderne de la qualité de *partie* laisse entendre qu'il existe une forme de reconnaissance d'une exception permettant aux futurs contractants de ne pas avoir à apparaître au contrat. Dès lors, une partie peut être liée à l'opération, par l'intervention d'une personne qui agit pour son compte<sup>168</sup>. L'admission d'une définition moderne des notions de partie et de tiers conduit la réflexion vers une analyse en deux parties de l'opération consistant à agir pour le compte d'un personnage en retrait.

83. C'est pourquoi la méthode utilisée par le bénéficiaire final doit être découpée en deux parties. La première sera consacrée à l'intermédiation pierre angulaire du retrait du bénéficiaire final

---

<sup>162</sup> TERRE F, et FENOUILLET D., *Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité Protection*, 8e éd., Précis Dalloz, 2012, n°310.

<sup>163</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 : « Voici quelqu'un promettant d'agir pour le compte d'autrui en dissimulant, sous sa propre personnalité, le véritable intéressé à l'opération projetée. Cette convention est utilisée quand le donneur d'ordres ne veut pas paraître à l'acte envisagé (ou n'a pas le droit de paraître : dans ce cas elle est frauduleuse). Il entend laisser accroire aux tiers que l'intervenant apparent traite pour lui-même. Le prête-nom est une simulation par interposition de personne. Alors que quelqu'un figure à un acte (le prête-nom), c'est au profit ou à l'encontre d'un autre (« l'emprunteur du nom ») que l'acte doit produire ses effets. Cette première personne, celle qui apparaît au grand jour, est parfois nommée l'homme de paille, dans le langage imagé de la pratique ».

<sup>164</sup> CHANTEPIE G., « Contrat : effets », Répertoire de droit civil, Janvier 2018, actualisation Janvier 2019.

<sup>165</sup> GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628.

<sup>166</sup> CORNU G., op. cit., p. 260.

<sup>167</sup> Art. 1199 du Code civil : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

<sup>168</sup> GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628.

(§1), alors que la seconde portera sur l'élément moral qui accompagne l'adoption de la position de retrait (§2).

---

## § 1 : L'adoption d'une position de retrait par l'intermédiation

84. L'intervention du bénéficiaire apparent, qu'il est possible d'appeler également *interposé*, se matérialise par la conception d'une opération contractuelle pour le compte du bénéficiaire final. Son action se caractérise par la conclusion du contrat pour son donneur d'ordres, dans le respect de son obligation altruiste<sup>169</sup>. C'est ainsi que l'on qualifie celui qui agit pour autrui de façon désintéressée. L'action pour le compte d'autrui est une notion analysée à plusieurs reprises par la doctrine<sup>170</sup> et le législateur<sup>171</sup>. Pourtant, le droit n'apporte qu'une seule définition de celui qui agit pour le compte d'autrui<sup>172</sup>. L'intermédiaire agit au nom et pour le compte de son donneur d'ordres<sup>173</sup>. C'est notamment le cas dans le cadre d'un contrat de mandat, le mandataire agit au nom et pour le compte de son donneur d'ordres, ce qui justifie notamment le fait que le profit de l'opération soit directement imputé dans son patrimoine<sup>174</sup>. Les structures qui ne procèdent pas ainsi sont automatiquement inscrites dans un schéma occulte<sup>175</sup>. Qu'en est-il du bénéficiaire effectif? Ce personnage s'inscrit dans une structure plus économique que juridique. Il ne s'agit pas uniquement de récupérer le bénéfice d'une opération contractuelle quelle qu'elle soit, mais de mettre en place une structure permettant de dissimuler les fruits d'un acte ou d'un comportement illicite. C'est notamment le cas en matière de blanchiment<sup>176</sup>. Cette infraction consiste à « faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect<sup>177</sup> ». Bien plus qu'une simple infraction pénale,

---

<sup>169</sup> LECLERC F., op. cit., p. 89 : « obligations à objet altruiste » ; « certaines obligations imposent négativement une abstention, celle de ne pas porter atteinte de manière générale aux intérêts d'autrui ».

<sup>170</sup> Notamment, G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus avec un intermédiaire en droit français*, 1950, Sirey, n° 1, page 1.

<sup>171</sup> Art. 16-7 du Code Civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. » ; Art. 1647 du Code Civil : « Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur. » pour exemple.

<sup>172</sup> Il s'agit notamment de viser la définition doctrinale de la représentation à travers l'analyse de la notion d'intermédiaire : DISSAUX N., *Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil*, Dalloz, 2016, 1942 ; DIDIER Ph., *Rapport de synthèse, in La représentation en droit privé*, p. 228.

<sup>173</sup> VALIERGUE J., op. cit., p. 441 et s ; DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Thèse, LGDJ, 2007, n° 59 et s, n° 234 et s, n° 243 et s ; Convention de La Haye du 14 mars 1978 : loi applicable aux contrats d'intermédiaires ; DISSAUX N., « Commissionnaire, Nature de la commission », Répertoire de droit commercial, septembre 2019.

<sup>174</sup> GENICON T., *Mandat et représentation, in Le mandat en question*, Bruylant, 2014, p. 33 et s.

<sup>175</sup> Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-11.15, Bull. civ., IV, n°100 ; Cass. civ., 3., 8 juillet 1992, n° 90-12.452, JCP 1993. II. 21982.

<sup>176</sup> Cass. crim., 18 décembre 2019, n°19-82.496.

<sup>177</sup> Loi relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, JO 14 mai 1996.

elle est en totale adéquation avec la définition du bénéficiaire effectif. Ce dernier adopte une position de retrait, fait intervenir une ou plusieurs personnes morales ou physiques dans un schéma d'intermédiation afin de faire transiter le profit d'une opération illicite avant le transfert final dans son patrimoine personnel<sup>178</sup>.

85. Ainsi, avant d'être considéré comme une infraction pénale, le blanchiment était mis en œuvre par les gangs américains. Il s'agissait d'acquérir des entreprises de service afin de confondre l'argent issu d'une activité licite et celui issu des activités illicites extérieures. L'entreprise était utilisée comme couverture par les délinquants, personnes physiques, rattachées aux gangs dangereux des villes américaines. Le blanchiment a notamment fait l'objet de définitions internationales provenant notamment de l'Organisation des Nations Unies et du Conseil de l'Europe. L'encadrement par des sources formelles de cette infraction a permis de mettre en place des dispositions précises permettant de lutter efficacement contre la prolifération de structures permettant la dissimulation d'activités illégales. Ainsi, si l'entreprise de service peut être analysée comme un montage financier permettant d'échapper à la répression des autorités, ses dirigeants sont-ils considérés comme des bénéficiaires apparents ?

86. Si le bénéficiaire effectif est un bénéficiaire final, alors il faut considérer que le bénéficiaire apparent dans une structure abritant un bénéficiaire effectif, est le même que celui qui évolue au sein d'une structure abritant un bénéficiaire final. D'ailleurs, il est intéressant de se pencher sur la composition de la notion de bénéficiaire final. Le terme final suppose à lui seul la présence d'une intermédiation, ce qui implique l'existence de trois personnes.

87. La définition classique de l'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui propre au système représentatif ne convient absolument pas aux situations faisant apparaître un bénéficiaire final. Aussi, n'est-il pas étonnant d'avoir recours à des notions erronées pour analyser et parfois définir la notion d'action pour le compte d'autrui (I). Aussi, il est particulièrement intéressant de démontrer qu'une approche morale de la notion pourrait permettre d'apporter de plus amples précisions quant à son sens et sa portée (II).

## **I: LA CRITIQUE DE L'ANALYSE TRADITIONNELLE DE L'ACTION POUR LE COMPTE OU DANS L'INTERET D'AUTRUI**

---

<sup>178</sup> Différence avec l'intermédiation dans le mandat, le bénéfice de l'opération transite dans le patrimoine du bénéficiaire apparent avant de s'imputer dans le patrimoine du bénéficiaire final : PILLET G., op. cit., n° 196 et s.

L'action pour le compte d'autrui laisse immédiatement penser à la capacité de réaliser un acte pour autrui ou simplement à la capacité dont dispose autrui. Le pouvoir est une notion qui ramène naturellement à l'analyse de celui qui agit pour son compte. Pourtant, la solution ne semble pas si évidente, alors que la définition classique de la première notion est visiblement inadéquate (A), celle de la seconde notion brille par son insuffisance (B).

#### A : L'INADEQUATION DE LA NOTION DE « CAPACITE »

88. En droit français, la capacité est définie comme l'aptitude à acquérir et à exercer un droit. Ce principe, exprimé à l'article 8 du Code civil, est repris par l'article 1123 en matière de contrats, l'article 902 en matière de libéralités<sup>179</sup>, ou encore l'article 1594 en matière de vente<sup>180</sup>. Le régime des incapacités, considéré par la doctrine comme l'exception à la règle de la capacité, a été modifié par deux lois : la loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964, pour l'incapacité du mineur, et la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, pour les majeurs protégés<sup>181</sup>. La notion de pouvoir a du mal à être distinguée de la notion de capacité, cette dernière incarnant la possibilité de réaliser des actes<sup>182</sup>. En réalité le fait d'établir une distinction entre les deux notions n'a de sens que lorsque la personne titulaire d'un pouvoir est en incapacité de réaliser un acte par elle-même<sup>183</sup>.

89. La capacité est une notion complexe, mais utilisée de façon courante dans le discours juridique. Elle doit être définie en deux étapes, la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. La première peut être définie comme l'aptitude à être titulaire de droits réels ou personnels. Ainsi, l'incapacité de jouissance peut être définie comme l'inaptitude pour une personne à être titulaire d'un ou plusieurs droits. L'individu frappé d'incapacité de jouissance est donc privé de toute possibilité de représentation par mandat, ou d'interposition. Face à une telle injustice, le législateur intervient par la loi du 31 mai 1854 en venant abolir cette situation connue sous le nom de « mort civile<sup>184</sup> ». En revanche, les incapacités de jouissance dites spéciales désignent plusieurs catégories de personnes ayant l'interdiction, en fonction de considérations d'ordre professionnel ou patrimonial, d'acquérir un certain nombre de droits. C'est le cas du médecin qui ne dispose pas de la capacité juridique à

---

<sup>179</sup> Art. 902 du Code Civil : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. »

<sup>180</sup> Art. 1594 du Code Civil : « Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas peuvent acheter ou vendre. »

<sup>181</sup> GALLMEISTER I., « État et capacité des personnes », Répertoire de droit civil, juin 2016, actualisation juillet 2018.

<sup>182</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse., ECONOMICA, 1985, n°66.

<sup>183</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 40.

<sup>184</sup> GALLMEISTER I., « État et capacité des personnes », Répertoire de droit civil, juin 2016, actualisation juillet 2018 : « Une telle sanction, connue sous le nom de mort civile, a été abolie en droit français par la loi du 31 mai 1854. »

recevoir de la part de son patient des libéralités<sup>185</sup>. Ou encore, le cas de l'étranger qui « jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra <sup>186</sup> ».

90. La seconde étape désigne l'aptitude à exercer les droits dont le sujet est titulaire au titre de sa capacité de jouissance. Il s'agit ici de distinguer le sujet de droit capable et le sujet de droit incapable. Selon Madame GALLMEISTER, « l'incapable est alors titulaire de droits, mais il ne peut les exercer que selon des techniques particulières variant selon l'ampleur de son incapacité<sup>187</sup> ». L'incapacité se caractérise donc par l'inaptitude à mettre en œuvre, ou à exercer soi-même les droits que l'on détient. D'ailleurs, le législateur désigne précisément les incapables à l'article 1146 du Code civil en désignant les mineurs non émancipés et les majeurs protégés. Ainsi, seuls les majeurs dotés de leur pleine capacité juridique et les mineurs émancipés sont considérés comme des sujets de droit dotés d'une capacité d'exercice<sup>188</sup>. Pour les autres, à savoir le mineur non émancipé ou le majeur sous tutelle, leur incapacité d'exercice générale, les place dans une situation de représentation légale ou judiciaire, à travers laquelle un individu agira en leur nom et pour leur compte.

91. En suivant ces deux étapes, il est possible d'admettre que l'aptitude à agir vise, la qualité d'une personne, sa capacité juridique, sa capacité de fait, ou, les dispositions naturelles ou acquises du majeur<sup>189</sup>. Le Professeur CORNU précise d'ailleurs qu'il s'agit de « l'aptitude à acquérir un droit et à l'exercer<sup>190</sup> ». De plus, le Professeur MATHEY apporte une précision indispensable, en élevant au rang de principe l'exigence de la pleine capacité d'exercice pour les représentants. Il considère que la capacité de jouissance doit s'apprécier au regard du représenté<sup>191</sup>. Pourtant, il semble que la

---

<sup>185</sup> Art. 909 alinéa 1 du Code Civil : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci ».

<sup>186</sup> Art. 11 du Code Civil : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ».

<sup>187</sup> GALLMEISTER I., « État et capacité des personnes », Répertoire de droit civil, juin 2016, actualisation juillet 2018.

<sup>188</sup> Art. 1145 du Code Civil : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles. » ; Art. 1128 du Code Civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain » ; TERRE F. Et FENOUILLET D., *Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité Protection*, 8e éd., Précis Dalloz, 2012, n°310.

<sup>189</sup> CORNU G., op. cit., p. 78.

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, juillet 2017, actualisation : mai 2018 : « La capacité du représentant doit être exigée en principe. Il s'agit ici de la capacité d'exercice. La capacité de jouissance, quant à elle, s'apprécie naturellement en la personne du représenté. C'est lui, en effet, qui profitera des bienfaits et supportera les charges des actes accomplis par son représentant. Le représentant doit être, en principe, capable d'exercer les droits du représenté ».

doctrine autant que le législateur admet l'incapacité d'exercice chez le mandataire<sup>192</sup>. En effet, sachant que la capacité reste « l'aptitude à agir valablement pour soi-même<sup>193</sup> », il aurait été nécessaire que le représentant soit en capacité d'exercice, puisqu'il serait dans la situation d'exercice des droits d'autrui. Dans le cadre d'une opération transparente telle que le mandat, le mandataire s'exprime au nom et pour le compte de son mandant, l'acte réalisé par le biais de cette intermédiation lui est directement imputable<sup>194</sup>. Il en est toute autrement pour une opération avec un bénéficiaire final. La transition de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent donne une idée de l'importance que revêt l'appréciation de la notion de capacité pour ce personnage<sup>195</sup>. Il doit avoir la capacité de prendre l'acte juridique pour lequel il s'est engagé contractuellement envers son donneur d'ordres. De ce fait, il doit avoir la capacité de jouissance comme la capacité d'exercice.

92. Par ailleurs, dans le cas des incapacités obligeant la mise en œuvre de représentations légales ou conventionnelles, il semble que la capacité du représentant soit exigée. La jurisprudence marque un mouvement de recul par rapport à la doctrine, puisque ce n'est pas la capacité de jouissance ou ni même la capacité d'exercice qui sont uniquement exigées pour agir en tant que représentant, mais la pleine capacité de représenter autrui<sup>196</sup>. Il est important de rajouter que la représentation dite « conventionnelle », suppose la conclusion d'un contrat entre le représentant et le cocontractant, ce qui laisse entendre une certaine exigence de capacité chez le représentant. Le bénéficiaire final est quelqu'un qui se tient dans l'ombre. Il n'est pas connu, si bien que son existence (excepté en matière de déclaration de command), et son identité restent cachées<sup>197</sup>. La notion de capacité ne peut s'apprécier qu'au regard de son interposé. En effet, la dissimulation totale ou partielle du donneur d'ordres empêche toute vérification. L'interposé, bénéficiaire apparent, ne peut arguer le fait que le bénéficiaire final soit en capacité pour justifier son action sans le compromettre. Il ne peut mettre en lumière les qualités d'un individu qui souhaite rester dans l'ombre. La capacité est donc une notion

---

<sup>192</sup> Art. 1990 du Code Civil : « Un mineur non émancipé peut être choisi pour mandataire ; mais le mandant n'aura d'action contre lui que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs ».

<sup>193</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, par G. RIPERT, Tome premier, LGDJ, 1928, n° 2150.

<sup>194</sup> La capacité serait analysée au regard du mandant et non au regard du mandataire, voir notamment LE TOURNEAU Ph., *Chapitre 3321, Régime général du contrat de mandat*, Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021 - 2022 ; LE TOURNEAU Ph., « Mandat, Extinction du mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation mars 2021.

<sup>195</sup> Il en est autrement d'une opération avec un bénéficiaire final qui peut exiger la pleine capacité juridique de celui qui contracte en lieu et place du personnage en retrait, ne serait-ce que pour valider l'opération apparente avant la transmission de ses effets dans le patrimoine du bénéficiaire final, que son retrait soit motivé par des objectifs licites ou illicites : LE TOURNEAU Ph., op. cit., loc. cit ; Req. 14 janvier 1941, DA 1941. 102 ; Cass. civ., 1ère, 22 mai 1912, Bull. civ., I, n°153 : sur l'interposition de personne portant sur un but légitime à savoir la discrétion dans les actes à titre gratuits.

<sup>196</sup> Cass. civ., 4 janv. 1934, DH 1934. 97, S. 1936. 1. 137, note H. Vialleton, « qui ne tranche pas la question du mandat donné à l'interdit. »

<sup>197</sup> Sur ce point l'opération avec un bénéficiaire final se rapproche de la convention de prête-nom et de l'interposition de personne, notamment sur ce point : D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015.



devant être analysée de façon personnelle, à savoir par rapport à l'individu intervenant directement à l'acte et non par rapport à l'individu remplacé ou représenté. Cette situation délicate dans laquelle se place le bénéficiaire final donne une première approche explicative à l'adoption de cette position de retrait, mais cela n'apporte aucune précision sur la notion d'action pour le compte d'autrui, qui n'est autre que sa matérialisation. Dès lors, comment déterminer les critères de reconnaissance de l'aptitude à agir pour autrui à travers une action qui semble, de prime abord, purement personnelle ?

93. Le Professeur STORCK vient apporter plusieurs éléments de réponse en distinguant, *l'aptitude de l'intervenant et les prérogatives qui lui sont reconnues*<sup>198</sup>. L'interposé dispose de pouvoirs d'exercice octroyés par le bénéficiaire final qui se distingue clairement de ses capacités personnelles à agir pour son compte. Selon ces explications, bien qu'il soit impératif d'être en capacité de contracter, l'utilisation de cette notion pour définir « l'action pour le compte d'autrui » semble totalement inadéquate. La capacité étant « le pouvoir de volonté<sup>199</sup> » dont dispose un individu sur sa situation juridique, sa définition ne peut qu'être orientée vers une aptitude personnelle à agir et non le pouvoir dont dispose un individu qui agit pour le compte d'autrui. Il est donc possible de confirmer l'inéquation de la notion de capacité pour définir l'action pour le compte d'autrui qui demeure soumise à une analyse reposant sur plusieurs autres critères.

#### B : L'INSUFFISANCE DE LA NOTION DE « POUVOIR »

94. De manière stricte, la notion de pouvoir est une prérogative juridique permettant à son titulaire de créer un acte juridique<sup>200</sup>. Selon certains auteurs, le pouvoir est une aptitude permettant l'action pour le compte d'autrui par l'exercice de ses droits<sup>201</sup>. PLANIOL précise que « le pouvoir est la puissance d'agir sur le patrimoine d'autrui<sup>202</sup> ». Pour Monsieur GAILLARD, le pouvoir est la notion fondatrice de la représentation<sup>203</sup>. Seul celui qui a reçu le pouvoir d'agir au nom d'autrui de manière légale, judiciaire ou conventionnelle peut être qualifié de représentant<sup>204</sup>. C'est d'ailleurs la

---

<sup>198</sup> M. STORCK., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, LGDJ, 1982, n°173 et 174.

<sup>199</sup> M. REGALADE, *Valeur sociale et concepts juridiques. Normes et technique. Etude de philosophie du droit et de théorie générale du droit*, 1950, p. 100.

<sup>200</sup> VALIERGUE J., op. cit., n°116 ; STORCK M., op. cit., n°179 et s.

<sup>201</sup> WICKER G., op. cit., n°44 : « l'exigence de la volonté, élément nécessaire à la mise en oeuvre du concept d'acte juridique, n'est que l'exigence du consentement du sujet à l'acte, peu importe qu'il soit ou non intervenu dans la détermination de ses modalités ».

<sup>202</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, par G. RIPERT, Tome premier, LGDJ, 1928, p. 561.

<sup>203</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, 1985, Economica, p. 232 et s.

<sup>204</sup> Référence à la pensée de Charles EISENMANN : EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, 1983, p. 386 : « Mais, vous le savez derrière les actes, on place les facultés, les pouvoirs, et encore les fonctions dont ils seraient l'exercice, la manifestation ou l'accomplissement. Et très souvent, c'est à ces notions que l'on recourt, plutôt qu'à celles d'actes : on parle de titulaire d'un pouvoir ou d'une faculté, d'organe ou d'agent d'une fonction » ; DISSAUX N., op. cit., n° 451 et s et 813 et s.

définition classique qu'en fait le droit privé puisque le pouvoir est défini comme la faculté d'exercer les droits d'une personne, de manière légale, judiciaire ou conventionnelle. Le pouvoir est « la prérogative juridique par l'exercice de laquelle son titulaire est habilité à créer ou plus exactement à participer à la création d'un acte juridique<sup>205</sup> ». Il s'agit d'une condition indispensable à la possibilité d'empiéter « sur la sphère juridique d'autrui<sup>206</sup> ». La représentation légale et judiciaire prive le représenté de ses pouvoirs et les confie provisoirement ou définitivement au représentant qui agira dans l'intérêt de la personne protégée. La représentation conventionnelle est une forme de délégation de pouvoir. Le représenté confie temporairement une mission à un interposé voué à disparaître en fin d'opération. Malgré cette délégation, il reste le seul et unique titulaire des pouvoirs confiés et peut les exercer lui-même à tout moment. Dans le cadre d'une opération contractuelle, la représentation dite *conventionnelle* correspond au comportement de l'intermédiaire qui agit pour le compte d'un individu représenté. L'intermédiaire est titulaire d'un pouvoir issu d'un acte contractuel qui définit une mission qu'il a l'obligation d'exécuter pour son donneur d'ordres<sup>207</sup>. Le pouvoir s'analyse dès lors comme « une prérogative et aptitude distincte du droit subjectif et de la capacité<sup>208</sup> ». Ainsi, celui qui exerce un pouvoir confié par le titulaire de droit subjectif agit pour des intérêts qui ne sont pas les siens. Le professeur STORCK a mis en place une distinction fondamentale en la matière, il désigne dans un premier temps le pouvoir comme une aptitude à agir en encadrant la matière par la notion de compétence, avant de désigner le pouvoir comme une prérogative<sup>209</sup>. Cependant, l'aptitude à agir dans un intérêt différent du sien étant déterminé par l'attribution de pouvoir de la part d'un donneur d'ordres à un interposé ou un intermédiaire, la notion d'aptitude ne peut et ne doit être appréciée de manière indépendante ou exclusive, « à l'aptitude celui qui a la prérogative<sup>210</sup> »<sup>211</sup>.

95. L'interposé détient sa force du pouvoir qui lui est confié contractuellement, comme l'huissier détient sa force de la formule exécutoire apposée par le greffier ou le notaire sur certains actes. D'ailleurs, il est tout à fait courant de retrouver les notions de mandat, de gestion ou de compétence dans un discours correspondant à « l'aptitude à agir pour le compte d'autrui<sup>212</sup> ». En

---

<sup>205</sup> VALIERGUE J., op. cit., p. 47.

<sup>206</sup> ROUBIER P., *Droits subjectifs et situation juridique*, reproduction de l'édition de 1963 parue aux éditions Sirey, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2005, p. 190.

<sup>207</sup> CORNU G., op. cit., p. 905-906.

<sup>208</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 40.

<sup>209</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, LGDJ, 1982, n°80 et s ; GOUBEUX G., *Traité de droit civil. Les personnes*, LGDJ, 1989, n°27 ; WICKER G., *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, 1996, n°66 ; CANTYN CUMYN M., *L'administration du bien d'autrui, Traité de droit civil*, Les éditions Yvon Blais Inc., QUEBEC, 2000.

<sup>210</sup> DIDIER Ph., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP G 2016, p. 580.

<sup>211</sup> VALIERGUE J., op. cit., loc. cit.

<sup>212</sup> STORCK M., op. cit., loc. cit.

matière de mandat, l'interposé, agit au nom et pour le compte de la personne qu'il représente<sup>213</sup>. Le législateur vient d'ailleurs préciser que le mandant n'est en rien dessaisi de ses compétences puisqu'il reste « seul engagé par les actes passés par le mandataire, sur le terrain à la fois civil et pénal. <sup>214</sup>» Le mandataire est le garant de la mission confiée par son mandant, c'est d'ailleurs ce qui le différencie du gérant d'affaires.

96. Ce personnage spontané intervient dans les affaires du maître de l'affaire sans avoir été missionné ou obligé de quelque manière que ce soit. Il s'agit d'un personnage indépendant, dont le rôle ne peut être comparé à celui de l'interposé qui se voit confier une mission par un bénéficiaire resté dans l'ombre. D'ailleurs, l'article 1301 du Code civil<sup>215</sup>, résultant de l'Ordonnance du 10 février 2016, donne une définition du gérant d'affaires permettant de la différencier clairement du mandataire et du préposé au sens de l'article 1242 alinéa 5 du Code civil<sup>216</sup>. La compétence quant à elle, s'attache non seulement à la fonction, au pouvoir juridique, ou judiciaire, mais également au pouvoir d'une personne de faire valoir, modifier et même faire respecter sa situation juridique<sup>217</sup>. La notion de pouvoir par sa seule analyse ne peut suffire pour apporter une réponse précise quand à la question de savoir ce qu'est l'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui. Dès lors, pour définir cette notion, il nous appartient d'observer la finalité de l'exercice du pouvoir.

97. Le titulaire d'un pouvoir confié par le donneur d'ordre agit dans l'intérêt de ce dernier<sup>218</sup>. L'intérêt est une considération d'ordre moral ou économique. Prenons l'exemple de l'intérêt à agir qui est une condition de recevabilité qui doit être satisfaite dans tous les cas où un juge est saisi. Elle doit être distinguée de celle de la qualité pour agir. Il s'agit d'une « condition essentielle et première de tout recours en justice<sup>219</sup> ». D'ailleurs, son absence constitue une fin de non-recevoir d'ordre public

---

<sup>213</sup> Voir notamment en ce qui concerne la participation à la création d'une opération pour le compte d'une autre personne : VASSEUR M., « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres. Contribution à la théorie générale des actes juridiques », RTD civ. 1949, p. 173 ; DISSAUX N., op. cit., n° 454 et s, 698 ; VALIERGUE J., op. cit., n° 148 et s.

<sup>214</sup> GIBIRILA D., « Délégation de pouvoirs », Répertoire de droit des sociétés, décembre 2017, actualisation septembre 2018.

<sup>215</sup> Art. 1301 du Code Civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire » ; TI Paris, 21 octobre 1970, Gaz. Pal. 1971. I. 28 : en ce qui concerne le rôle du gérant d'affaires qui agit de manière volontaire pour le compte d'un tiers ; Cass. civ., 1ère, 17 juillet 1996, n° 92-19.017, JCP 1997. I. 4015, n° 8, obs. VIRASSAMY : sur l'incompatibilité de l'exécution d'une obligation légale et de la gestion d'affaires.

<sup>216</sup> Art. 1242 alinéa 5 du Code civil : « Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. »

<sup>217</sup> WICKER G., PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018 ; LE TOURNEAU Ph., « Mandat, caractères du mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mars 2020.

<sup>218</sup> VALIERGUE J., op. cit., p. 203 et s.

<sup>219</sup> CJUE, 4 juin 2015, Andechser Molkerei Scheitz c/ Commission, aff. C-682/13 P, pt 27.

qui doit être soulevée d'office par le juge de l'Union<sup>220</sup>. L'article 2 du Code de procédure pénale précise que « l'action appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par une infraction<sup>221</sup> ». La notion d'intérêt à agir ne peut nous donner une orientation précise quand à la finalité de l'exercice du pouvoir confié à l'interposé. L'intérêt à agir est une notion qui tire son origine de l'intérêt personnel à agir. Le comportement qu'adopte le bénéficiaire apparent est fondamentalement opposé à la définition de l'intérêt personnel, ce dernier poursuivant la satisfaction de l'intérêt d'autrui<sup>222</sup>.

98. Dès lors, l'action pour le compte d'autrui découle d'une caractéristique fondamentale qui est que l'opération est réalisée dans l'intérêt du bénéficiaire final et non dans l'intérêt de l'interposé. L'analyse classique de la notion de pouvoir a été remise en cause dans une thèse, au sein de laquelle la représentation est décrite comme une forme d'imputation dérogatoire à travers laquelle le donneur d'ordres se voit imputer les conséquences d'un acte réalisé pour son compte dès lors que ledit acte est conforme à ses intérêts<sup>223</sup>. Plus tard, Monsieur L'HÔTE précisera que « la personne pour le compte de laquelle un acte a été accompli n'est pas simplement celle qui y trouve intérêt, ni même celle qui en récolte les conséquences, qu'elles soient directes ou indirectes, économiques ou juridiques<sup>224</sup> », il s'agit en réalité de celle « pour le compte de qui l'opération est réalisée est celle dont l'intérêt a motivé l'accomplissement de l'acte<sup>225</sup> ». Cette personne n'est donc pas seulement un bénéficiaire des effets de l'opération, mais « le destinataire final de ces effets<sup>226</sup> ».

99. En 2002, Monsieur L'HÔTE avait déjà caractérisé de destinataire final comme celui dans l'intérêt duquel l'interposé agit. Il est donc tout à fait possible de confirmer l'insuffisance de l'utilisation de la notion de pouvoir pour définir l'action pour le compte d'autrui, et ainsi de construire une analyse argumentée autour du comportement de celui qui agit pour le compte d'autrui.

## **II : L'ANALYSE PROPOSEE DE L'ACTION POUR LE COMPTE OU L'INTERET D'AUTRUI**

---

<sup>220</sup> CJCE ord., 7 oct. 1987, D. M. c/ Conseil et CES, aff. 108/86, Rec. 3933, pt 10.

<sup>221</sup> Art. 2 du Code de procédure pénale.

<sup>222</sup> La loi n°2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats.

<sup>223</sup> DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, Thèse, 2000, LGDJ, n°183 et s.

<sup>224</sup> L'HOTE D., *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, thèse, Nancy 2, 2002, n° 99, p. 119-120.

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Ibid.

100. L'intérêt est une notion qu'il faut entendre comme « un avantage ou un profit matériel ou d'une autre sorte<sup>227</sup> ». Cette notion renvoie à « ce que chacun poursuit dans une opération<sup>228</sup> » qu'elle soit contractuelle ou extracontractuelle. Plus qu'un simple rapport d'obligation, la notion d'intérêt au contrat relève d'une importance fondamentale pour l'attribution de la qualité de partie<sup>229</sup>. D'ailleurs, le doyen SAVATIER, comme M. JEULAND ou M. AUBERT l'avaient déjà souligné, le contrat n'est pas un appareil clos, son effet obligatoire peut parfaitement déborder sur des tiers à l'acte juridique et développer des liens inévitables<sup>230</sup>.

101. Le professeur ROUHETTE définit le contrat comme une norme qui lie deux intérêts opposés ou différents. Bien que l'on puisse croire que l'intérêt soit à l'origine de tout lien contractuel, cet auteur rappelle qu'il n'est plus indispensable de placer cette notion à la base de l'opération<sup>231</sup>. L'action pour autrui par représentation par exemple, confirme le rôle joué par l'intérêt dans le contrat<sup>232</sup>. Il en résulte que celui qui exprime la volonté d'une personne qui adopte une position de retrait « se borne à faire sien l'intérêt prédéterminé par le contractant dont il prend la position contractuelle<sup>233</sup> ». L'intérêt apparaît dès lors, comme une notion permettant d'exprimer la volonté de l'absent, notion qui peut en outre être « posée comme critère de principe de la qualité de partie au contrat<sup>234</sup> ».

102. Le professeur CABRILLAC analyse la notion d'intérêt comme « la situation de créancier ou de débiteur de l'objet de l'acte<sup>235</sup> ». L'objet du contrat est la prestation autour de laquelle les parties s'accordent pour fonder le lien contractuel<sup>236</sup>. Au regard de la position de retrait du bénéficiaire final, celui qui réalise le contrat peut parfaitement se retirer en fin de mission et laisser à son donneur d'ordres la qualité de partie<sup>237</sup>. L'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui se

---

<sup>227</sup> LECLERC F., *Les conflits d'intérêts en droit civil*, in *Les conflits d'intérêts, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G.*, PUAM, 2015, p. 72.

<sup>228</sup> LECLERC F., op. cit., p. 72.

<sup>229</sup> PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Bibliothèque de l'institut André TUNC, Université Paris 1 PANTHEON - SORBONNE, LGDJ, 2004, p. 53.

<sup>230</sup> PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Bibliothèque de l'institut André TUNC, Université Paris 1 PANTHEON - SORBONNE, LGDJ, 2004, p. 53 ; SAVATIER R., *Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat*, RTD Civ., 1934, p. 525 ; JEULAND E., *La substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999, p. 169.

<sup>231</sup> ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965, p. 632 à 636.

<sup>232</sup> PILLET G., op. cit., p. 58.

<sup>233</sup> AYNES L., *La cession de contrat et les opérations économiques à trois personnes*, Thèse, ECONOMICA, 1984, p. 134.

<sup>234</sup> PILLET G., op. cit., p. 59.

<sup>235</sup> CABRILLAC R., *L'acte juridique conjonctif*, LGDJ, 1990, n° 87, p. 44.

<sup>236</sup> RIPERT G., et BOULANGER J., *Traité élémentaire de droit civil d'après le traité de M. PLANIOL, T. II, Obligations*, n° 241, p. 99 in, PILLET G., op. cit., p. 60.

<sup>237</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP G., 1992, I, 3628, n° 1 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD Civ., 1994, p. 777 et s.

traduit donc par la conception de l'acte par un intermédiaire (B), dans le seul intérêt du donneur d'ordres (A).

#### A : L'ACTION DANS L'INTERET D'AUTRUI

103. Le professeur DONDERO précise que « la notion de conflit d'intérêts n'est, faut-il le préciser, appelée à jouer que dans les situations où un intérêt est véritablement « confié » à autrui<sup>238</sup> ». Le retrait du bénéficiaire final de l'opération se caractérise non seulement par l'intervention physique de l'interposé lors de la conclusion de l'acte, mais également par son intervention psychologique, qui doit être complètement désintéressée, sauf à n'avoir d'intérêt que pour une rémunération en fin de contrat. Il s'agit d'apporter une attention toute particulière à plusieurs caractéristiques constantes de la définition du bénéficiaire final, tout d'abord le retrait de celui qui profite, la transition de son butin dans le patrimoine de son intermédiaire ou interposé tenu par un engagement contractuel de transfert des effets de l'acte dans son patrimoine en fin de mission<sup>239</sup>. L'approche retenue par Monsieur L'HÔTE harmonise la pensée doctrinale en matière d'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui<sup>240</sup>.

104. Il existe depuis toujours une certaine ambiguïté entre le droit et la morale. Au sens classique, la morale renvoie à la vision judéo-chrétienne du bien et du mal. Au sens moderne, elle correspond à un ensemble de valeurs qui pèsent sur l'ensemble de la société. Selon le Professeur MAZEAUD, il y a deux raisons pour lesquelles la règle de morale est inapte à gouverner les hommes en société. Tout d'abord, il s'agit de la règle la plus élevée, car elle puise sa source de la morale chrétienne. Cette dernière est fondée sur la charité, sur l'amour du prochain, elle fonde ses règles dans le Sermon sur la Montagne, et se retrouve à chaque page de l'Évangile. La seconde raison repose sur l'ambiguïté qu'elle pourrait laisser apparaître. La morale ne pourrait faire naître « une réglementation suffisamment complète, suffisamment précise, pour donner aux hommes cette sécurité dont ils ont besoin pour vivre en société<sup>241</sup> ». Le Professeur MAZEAUD ajoute « la règle de morale a pour but de nous dire ce qui est juste, et aussi ce qui doit être fait par chacun de nous au-delà de la justice, sur le terrain de la charité. La règle de droit, elle, a pour but à la fois d'obliger à respecter ce qui est juste,

---

<sup>238</sup> DONDERO B., *Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux*, Dalloz, 2012, p. 1686, n°16.

<sup>239</sup> PILLET G., op. cit., p. 146 et s.

<sup>240</sup> L'HÔTE D., *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Thèse, Nancy 2, 2002 n°111, p. 132.

<sup>241</sup> MAZEAUD H., *La règle morale et la règle de droit*, Extrait de son Cours de droit civil, Licence 1ère année, Les Cours de droit 1954-1955.

sans pouvoir dépasser la justice, et de nous donner la sécurité<sup>242</sup> ». En droit pénal, l'élément moral de l'infraction est aussi important, voire plus important que l'élément matériel. Il permet de restituer les faits, de les sortir de l'aspect purement objectif, pour les analyser de façon subjective<sup>243</sup>. En droit civil, nous retrouvons l'élément moral notamment dans la détermination de l'action paulienne<sup>244</sup>. Il existe de véritables éléments de distinction entre le droit et la morale, l'un est purement objectif, l'autre reste subjectif, l'un vise la perfection de l'individu, l'autre vise un but social et modeste, pourtant, la morale est nécessaire au droit. D'ailleurs, le droit s'est toujours inspiré de la morale notamment en matière d'intervention dans les affaires d'autrui<sup>245</sup>.

105. L'intérêt est une notion largement utilisée par le droit français, cependant elle reste l'une des moins bien définie<sup>246</sup>. Loin d'être analysé de manière simpliste, le Professeur ROCHFELD a considéré que « si chaque partie entre dans un contrat pour y rechercher son intérêt, il faut poursuivre l'analyse et démontrer que ce dernier doit être raisonnable<sup>247</sup> ». Elle ajoute que l'on « aborde alors le fondement rationaliste du contrat et l'exigence de cause, non plus seulement en tant que poursuite d'un intérêt, mais également d'un intérêt raisonnable<sup>248</sup> ». L'intérêt raisonnable et la rationalité du raisonnement humain sont liés à la notion de cause de l'obligation. Cette dernière a d'ailleurs été supprimée par la réforme de 2016 en tant que condition de validité du contrat énoncée par l'ancien article 1108 du Code civil<sup>249</sup>. De plus, la notion d'intérêt caractérise pour plusieurs auteurs « la synthèse de la dualité fonctionnelle de la cause<sup>250</sup> ». Outre la proximité de la notion de cause et d'intérêt, il semble qu'une distinction doit avoir lieu. Le professeur WICKER a fait remarquer que l'intérêt porte sur le sujet de l'opération contractuelle alors que la cause portait à l'époque sur son

---

<sup>242</sup> MAZEAUD H., op. cit.

<sup>243</sup> Art. 121-3 du Code Pénal : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer. Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ».

<sup>244</sup> SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Action paulienne », Répertoire de droit civil, novembre 2016, actualisation, octobre 2018 : « Dès lors qu'il exige l'établissement de l'intention frauduleuse du tiers contractant à titre onéreux, on en déduit que la « fraude » du débiteur ne saurait se concevoir sans une intention frauduleuse ».

<sup>245</sup> PILLET G., op. cit., n° 52 p. 58 : *l'exemple des contrat conclus pour autrui confirme le rôle de l'intérêt dans l'opération juridique.*

<sup>246</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°283, p. 184 ; PILLET G., op. cit., n° 48 p. 55.

<sup>247</sup> ROCHFELD J., « Cause Civ., Existence de la cause », Répertoire de droit civil septembre 2012, actualisation : Juin 2016.

<sup>248</sup> Ibid.

<sup>249</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., Lextenso, LGDJ, 2018, p. 169.

<sup>250</sup> PILLET G., op. cit., n° 48 page 55 ; CARBONNIER J., *Droit civil, T. 4, Les obligations*, PUF, 22e éd., 64, p. 137.

ensemble<sup>251</sup>. C'est dans cette dynamique d'analyse que le professeur PILLET analyse la notion d'intérêt comme « ce qui rattache chacune des parties à la cause<sup>252</sup> », en d'autres termes ce qui forme le lien entre la formation du contrat et la norme contractuelle<sup>253</sup>. Madame GALBOIS-LEHALLE préfère parler d'une déconnexion entre l'intérêt et la cause de l'obligation. La cause concernant selon ses dires « le contenu du contrat, pas sa notion elle-même<sup>254</sup> ». De manière plus précise, la cause doit se distinguer de l'intérêt en ce qu'elle était considérée comme un élément de validité du contrat au stade de sa formation, alors que la seconde notion est un élément nécessaire de l'opération contractuelle, qui « l'irrigue tout entière à tous les stades de sa vie, de la formation du contrat à son exécution<sup>255</sup> ».

106. L'intérêt est une notion qui a toujours fait l'objet de débats houleux en doctrine comme en jurisprudence. Certains auteurs entendent par intérêt, le caractère moral de l'opération contractuelle, l'élément d'une infraction, d'autres auteurs l'indemnisation d'un préjudice, enfin certains derniers peuvent y voir l'intérêt à agir<sup>256</sup>. Quel que soit son sens, le critère moral a toujours fait partie intégrante du paysage juridique français.

107. D'ailleurs, le langage juridique français prend naturellement en compte le critère moral comme une source d'indemnisation en présence d'un dommage. En effet, il est de coutume d'indemniser le préjudice physique, il se mesure et s'évalue facilement, le préjudice moral difficilement mesurable a fait, et fera toujours l'objet, de plusieurs analyses jurisprudentielles et doctrinales. Le 13 mars 2007, la Cour de cassation a reconnu un préjudice moral dans la perte de chance de survie<sup>257</sup>. L'indemnisation vient toucher la tristesse de la mort imminente<sup>258</sup>. Puis un arrêt de 2017 vient indemniser le préjudice moral de l'enfant à naître<sup>259</sup>. Depuis bien longtemps, les juges considèrent que les victimes et leurs proches peuvent subir plusieurs sortes de préjudices, dont des préjudices moraux. Ces deniers peuvent être assimilés à une atteinte à l'honneur, à la réputation, ou

---

<sup>251</sup> WICKER G., *Force obligatoire du contrat, in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, Actes, 2003, p. 151 et s.

<sup>252</sup> PILLET G., op. cit., n° 49 p. 56.

<sup>253</sup> PILLET G., op. cit., n° 49 p. 56.

<sup>254</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, Thèse, Lextenso, LGDJ, 2020, p. 353.

<sup>255</sup> GALBOIS-LEHALLE D., op.cit., n° 607, p. 355.

<sup>256</sup> PILLET G., op. cit., n°48 page 55 ; GERVAIS A., *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et « intérêts »*, Mélanges P. ROUBIER, T 1, Dalloz, 1961, p. 239.

<sup>257</sup> Cass. civ., 1ère, 13 mars 2007, n° 05-19020.

<sup>258</sup> JOURDAIN P., « Préjudice d'angoisse ou perte d'une chance de vie ? Deux nouveaux arrêts sur la douleur morale ressentie par le blessé dont la mort est imminente », RTD Civ. 2013 p. 614.

<sup>259</sup> Cass., civ. 2ème, 14 déc. 2017, n° 16-26-687, « qui porte sur le préjudice moral de l'enfant à naître. »



prendre en compte la tristesse ou la faiblesse d'un individu ou de ses proches<sup>260</sup>. Une telle consécration du préjudice moral montre la place essentielle que souhaitent donner les juges à ce critère fondamental. D'ailleurs, le pénaliste considère qu'une personne qui a commis une faute l'a certainement accompli avec volonté, ce qui rend l'infraction imputable à son auteur<sup>261</sup>.

108. L'action du bénéficiaire apparent ne s'analyse pas uniquement dans l'accomplissement d'une mission confiée, mais dans le respect moral de cette mission à savoir le respect exclusif de la fonction *d'écran* ou « d'homme de paille<sup>262</sup> » qu'il incarne. D'ailleurs, Philippe DIDIER précise que le représentant s'oblige envers son représenté de telle sorte qu'il est tenu d'un « devoir de loyauté<sup>263</sup> ».

109. Son action matérielle doit uniquement être orientée dans l'intérêt du bénéficiaire final. Si bien que le cocontractant ignorant doit formellement croire en l'absence d'un bénéficiaire final ou tout du moins ignorer son identité<sup>264</sup>. Dominique d'AMBRA le précise clairement, « l'identité de la personne qui va bénéficier du transfert est secrète dans la mesure où les tiers ignorent le destinataire final<sup>265</sup> ». Le transfert au bénéficiaire final ne peut qu'être volontaire, il résulte « de la volonté du maître de l'affaire, du tiers intervenant et de la personne interposée<sup>266</sup> ». Ce dernier est dans une position qui incarne le caractère intentionnel de sa mission dont il connaît l'étendue et les conséquences à savoir le transfert des bénéfices dans le patrimoine du bénéficiaire final.

110. L'interposé pourra être considéré comme ayant agi pour le compte du bénéficiaire final à partir du moment où il se met à la disposition de ses intérêts. Ses intentions seront personnelles dès l'instant où il décide d'agir pour son propre intérêt. Le législateur a prévu plusieurs dispositifs protectionnistes pour prévenir le conflit d'intérêts, notamment l'article 420 du Code civil interdisant la perception de somme ou d'avantage financier<sup>267</sup>. Dans le cadre du mandat, l'interposé intervenant

---

<sup>260</sup> SENERS F., « Préjudice réparable », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, octobre 2011, actualisation : août 2018 ; AMBROISE-CASTEROT C., « Action civile », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2017.

<sup>261</sup> Pour exemple : Cass. crim., 13 décembre 1956, D. 1957. 349 ; Cass. crim., 8 janvier 2003, n° 01-88.065, Bull. crim. n°5 : en ce qui concerne l'imputation ; LEVASSEUR G., *Étude de l'élément intellectuel de l'infraction*, Ann. Fac. Toulouse, 1969, t. 17, p. 94 ; PEREIRA B., « Responsabilité pénale. Existence de la responsabilité pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juin 2017, actualisation décembre 2020.

<sup>262</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>263</sup> DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, Thèse, Paris, LGDJ, Juillet 2000, n° 203 et s.

<sup>264</sup> NAJJAR I., note sous, CASS. Civ., 3e, 17 avril 1984, Dalloz., 1985, p. 236.

<sup>265</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, avril 2015, actualisation avril 2015.

<sup>266</sup> Ibid.

<sup>267</sup> Art. 420 du Code Civil : « Sous réserve des aides ou subventions accordées par les collectivités publiques aux personnes morales pour leur fonctionnement général, les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ne peuvent, à quelque titre et sous quelque forme que ce soit, percevoir aucune autre somme ou bénéficier d'aucun avantage financier ».

en tant que mandataire doit exécuter le contrat fidèlement, dans le respect de la confiance du mandant. Cette fidélité répond au pouvoir délégué par ce dernier et, plus précisément à la mission de l'interposé. Le comportement du mandataire doit correspondre à l'intention qui existait autour des instructions de son mandant<sup>268</sup>. De même, les règles de la gestion d'affaires permettent qu'un interposé conserve le patrimoine du « présumé absent <sup>269</sup> » et ceci dans son plus strict intérêt. Une place prépondérante est donnée à l'aspect moral de « l'action pour le compte ou l'intérêt d'autrui ». La substitution de contractant fait pleinement partie du paysage juridique français<sup>270</sup>.

111. En droit civil, « Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre<sup>271</sup> ». En d'autres termes, le mandataire n'est que le costume du mandant au sens où les actes conclus sont réputés avoir été accomplis par le mandant. D'ailleurs, le mandant est présent dès le début de l'opération, si bien que les bénéfices du contrat vont directement dans son patrimoine, il est le sujet d'imputation. L'article 1153 du Code civil précise que « le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ». Ce point est essentiel, car l'étendue de l'action du mandataire est limitée par l'intérêt dont il a la charge. Le législateur montre les limites du représentant qui doit agir dans l'intérêt du représenté et non pour ses intérêts propres<sup>272</sup>. La situation de conflit d'intérêts a été sanctionnée à maintes reprises par la jurisprudence qui assigne au représentant un certain devoir de loyauté envers son donneur d'ordre<sup>273</sup>. Dans son sens étymologique, la loyauté exprime la conformité à la loi. La *qualité saine, loyale et marchande* d'un bien souligne la conformité de ce dernier à la norme légale et aux usages commerciaux. La loyauté

---

en relation directe ou indirecte avec les missions dont ils ont la charge. Ils ne peuvent délivrer un mandat de recherche des héritiers de la personne protégée qu'après autorisation du juge des tutelles ».

<sup>268</sup> LIKILLIMBA G-A., *La fidélité en droit privé*, PU Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2003, n° 847 et s ; BEN HADJ YAHIA S., « La fidélité et le droit », RTD Civ. 2013, p. 931 ; LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, juillet 2017, actualisation mai 2018.

<sup>269</sup> GUERCHOUN F., « Absence », Répertoire de procédure civile, mai 2009.

<sup>270</sup> PILLET G., op. cit., n° 104 p. 108.

<sup>271</sup> Art. 1989 du Code Civil : « Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans son mandat : le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre ».

<sup>272</sup> Art 1156 du Code Civil : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. » ; Article 1157 du Code Civil : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

<sup>273</sup> Arrêt VILGRAIN : Cass. Com., 27 février 1996 : Bull. civ. IV, n° 65 ; RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. MESTRE ; Dalloz, 1996, p. 518, note P. MALAURIE ; id., p. 591, note J. GHESTIN, id., somm., p. 342, note J.-C. HALLOUIN ; JCP E1996, II, 838, note D. SCHMIDT et S. DION ; Bull. Joly 1996, p. 485, § 164 ; note A. COURET ; RDBB 1997, p. 27, n°1, obs. M. GERMAIN et M.-A. FRISON-ROCHE. Arrêt BELEY : Cass. Com., 12 mai 2004 : Bull. civ. IV, n°93 ; RTD civ. 2004, p. 500, obs. J. MESTRE ; RDC 2004, p. 923, obs. D. MAZEAUD ; D. 2004, p. 1599, obs. A. LIENHARD ; JCP G 2004, II, 10153, note G. DAMY ; id., I, 173, obs. A. CONSTANTIN.

se définit alors comme une forme de sincérité contractuelle qui puise sa source dans l'antiquité. Mais la loyauté se confond avec la bonne foi, si bien que le Professeur GHESTIN considère que ces deux termes sont équivalents et qu'il est possible d'employer l'un comme l'autre<sup>274</sup>. La règle morale qui se traduit comme une forme de fidélité de l'intermédiaire envers son donneur d'ordre fait partie intégrante du contrat<sup>275</sup>. La force du contrat constitue la loi des parties<sup>276</sup>. La jurisprudence impose le respect du devoir de loyauté à l'ensemble des personnages du monde juridique concernés par une forme de subordination. Pour illustration, en droit commercial, deux arrêts de la Cour de cassation du 6 novembre 2012<sup>277</sup>, et du 3 juin 1986<sup>278</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation en sa première chambre civile considère que le contrat conclu par un mandataire dépourvu de pouvoir est nul d'une nullité relative<sup>279</sup>.

112. Le professeur LARROUMET écrit dans sa thèse que « la qualité de co-contractant est attachée à la personne de l'individu qui a manifesté sa volonté lors de la conclusion du contrat, et il ne pourrait s'en défaire<sup>280</sup> ». Pourtant, ce changement est parfaitement admissible et demeure très pratiqué<sup>281</sup>. D'ailleurs le législateur y a largement pris part à travers plusieurs dispositions, notamment l'article L.134-4, alinéa 2, du Code de commerce relatif au contrat d'agent commercial<sup>282</sup>, ou l'article L.143-15 dudit Code, alinéa 2 relatif aux adjudicataires<sup>283</sup>.

113. En définitive, nous retiendrons les mots de Monsieur l'HÔTE qui affirme qu'une personne agit pour le compte d'autrui chaque fois que les circonstances nous laissent entrevoir une instrumentalisation de cette dernière pour la réalisation des intérêts d'autrui<sup>284</sup>. Cette personne se mettra au service d'autrui et ses intérêts personnels ne pourront qu'être accessoires<sup>285</sup>. Ce mécanisme

---

<sup>274</sup> GHESTIN J., *Traité de droit civil : La formation du contrat*, LGDJ, 3e éd., 1993, n°36 et s.

<sup>275</sup> PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. COUTURIER G., Thèse Dijon, LGDJ, BDP, t. 208, 1989.

<sup>276</sup> Art. 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ; BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., 2018, Lextenso, LGDJ.

<sup>277</sup> Cass. com., 6 novembre 2012, n° 11-20582 : le principe veut que la révocation du gérant soit libre, cependant si une indemnité de révocation a été négocié avec la société, lors de sa nomination par exemple, cette dernière ne doit pas dissuader les associés de prononcer la révocation de ce dernier, sous peine de nullité.

<sup>278</sup> Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12118 : « la volonté implicite ou explicite des associés de collaborer sur un pied d'égalité à la poursuite de leur intérêt commun ».

<sup>279</sup> Cass. civ., 1ère., du 2 novembre 2005, 02-14.614.

<sup>280</sup> LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse, Bordeaux, 1968, n° 66, p. 132.

<sup>281</sup> PILLET G., op. cit., n° 1, p. 11.

<sup>282</sup> Art. L.134-4, alinéa 2, du Code de Commerce : « Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information ».

<sup>283</sup> Art. L.143-15 dudit Code de Commerce, alinéa 2 : « L'adjudicataire est tenu, au-delà de son prix d'adjudication, de rembourser à l'acquéreur dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat (...) ».

<sup>284</sup> L'HOTE D., *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, Thèse, Nancy 2, 2002 n°111, p. 132.

<sup>285</sup> L'HOTE D., op. cit., n°111, p. 132 ; dans le même sens IZORCHE M-L., « À propos du mandat sans représentation », Dalloz, 1999, Chron., 1052.

s'explique d'autant plus lorsqu'il est admis que le lien existant entre l'interposé et son donneur d'ordres est d'ordre contractuel. Il s'agit tout particulièrement de respecter le principe de la force obligatoire du contrat<sup>286</sup>. C'est d'ailleurs à travers l'obligation contractuelle que l'action pour le compte d'autrui doit être analysée.

## B : L'ACTION POUR LE COMPTE D'AUTRUI

114. L'action dans l'intérêt d'autrui doit être essentiellement entendue à travers la notion d'intérêt. Cette dernière doit être analysée à la fois sous un aspect objectif et sous un aspect subjectif. Le matériel et la moral se côtoient dans son analyse puisque l'intérêt peut parfaitement être appréhendé comme la réalisation d'un acte au bénéfice d'autrui, comme la réalisation d'un acte fidèle aux obligations auxquelles il s'est engagé envers autrui. Ainsi, l'action pour le compte d'autrui introduit l'aspect objectif de la substitution de contractant. Il se décompose en deux volets, la transition de l'opération dans le patrimoine de l'interposé, puis la rétrocession dans le patrimoine du bénéficiaire final, seul à même de recevoir les avantages de l'opération réalisée pour son compte. L'action pour le compte d'autrui est en lien avec le transit de l'acte dans le patrimoine de la partie précaire et l'imputation définitive dans le patrimoine du bénéficiaire final.

115. Le transit peut être défini comme une situation dans laquelle les marchandises sont entre deux phases distinctes d'un seul déplacement<sup>287</sup>. Le transitaire est celui qui agit comme un intermédiaire, il accomplit un certain nombre d'opérations juridiques, matérielles nécessaires à la circulation des marchandises<sup>288</sup>. L'interposé agit comme le transitaire, il dispose de pouvoirs confiés par le bénéficiaire final, il les exerce en ses lieux et place et réalise une opération avec un cocontractant<sup>289</sup>. Suite à cela, sa mission sera de transférer cette opération de son patrimoine personnel à celui de son donneur d'ordre resté dans l'ombre. Or dès la formation du contrat, les parties contractantes demeurent celles qui ont échangé leurs consentements<sup>290</sup>. Pour que l'une des parties au contrat change, il faut donc qu'une cession intervienne permettant au cédant et au cessionnaire d'échanger leurs qualités<sup>291</sup>.

---

<sup>286</sup> GHESTIN J., *Introduction (Rapport français)*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaison franco-belges*, FONTAINE M., et GHESTIN J., LGDJ, 1992, p. 15.

<sup>287</sup> Voir notamment le transit de marchandises : BLOCH C., LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3314, Contrats relatifs aux transports et aux voyages », *Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats*, 2021-2022.

<sup>288</sup> CORNU G., op. cit., p. 1037.

<sup>289</sup> Voir notamment le droit de substitution : PILLET G., op. cit., n° 72 : « tout droit à la conclusion d'un contrat devient un droit de substitution lorsque ce contrat est conclu au profit d'un autre », voir également n° 101 : sur les effets de l'opération destinés à la personne absente au profit de laquelle l'acte a été réalisé.

<sup>290</sup> PILLET G., op. cit., n° 197, p. 187.

<sup>291</sup> *Ibid.*

116. L'Ordonnance introduit dans le Code civil un droit commun de la représentation largement inspiré du contrat de mandat. Cette innovation prend en compte les situations de représentation dite parfaite ou directe. D'ailleurs, comme bon nombre d'auteurs, le Professeur Nicolas MATHEY affirme que « le représenté est seul engagé par les actes accomplis par le représentant dans la limite de ses pouvoirs »<sup>292</sup>. Cela veut dire que celui qui agit pour le compte d'un représenté transporte l'intérêt du tiers pour qu'il soit considéré comme ayant été accompli directement par lui. En matière de représentation occulte, la situation est différente. Pour le cocontractant totalement ou partiellement ignorant, l'acte accompli par l'interposé ne peut être considéré comme ayant été accompli par le bénéficiaire final. Ce dernier ne bénéficie pas directement de l'acte pris pour son compte puisqu'il transite sur le patrimoine d'une partie contractante apparente. Le comportement protectionniste du législateur envers le tiers est parfaitement remarquable à l'article 1201 du Code civil, puisqu'il considère que lorsque les parties ont conclu un acte apparent qui dissimule un acte occulte, celui-ci crée des effets entre les parties<sup>293</sup>. Dans ce cas, si l'acte occulte n'est pas opposable au tiers, il semble que l'interposé doit être considéré comme l'unique interlocuteur de la partie ayant contracté avec lui. Cette situation permettrait d'exclure toute autre personne extérieure au contrat. Au regard de cette situation, il serait difficile de matérialiser l'action pour le compte d'autrui, puisque le donneur d'ordres reste étranger et définitivement considéré comme un tiers à l'opération qui devait pourtant être réalisée pour son compte. Il est impératif d'accomplir un acte intermédiaire afin de dessaisir l'intermédiaire au profit du donneur d'ordres<sup>294</sup>.

117. Le rôle et la qualité de l'interposé se traduisent ainsi par l'accomplissement de sa mission. Il en sera de même si ce rôle s'intègre dans un cadre contractuel liant le bénéficiaire final et son interposé<sup>295</sup>. Le professeur BOULANGER précise en outre qu'« agir pour le compte d'autrui, c'est agir dans l'intérêt d'un tiers auquel les effets de cette action auraient été, s'il avait été connu, imputés directement<sup>296</sup> ». En tout état de cause, contrairement au régime général de la représentation, l'interposé reste seul responsable du contrat pour lequel il s'est personnellement engagé en son nom, pour le compte d'autrui. Bien que l'action pour le compte d'autrui ne concerne pas que les situations dans lesquelles le donneur d'ordre se cache ou ne souhaite pas apparaître au contrat, il semble que le

---

<sup>292</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, avril 2017.

<sup>293</sup> Art. 1201 du Code Civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

<sup>294</sup> PILLET G., op. cit., n°199, p. 188.

<sup>295</sup> PILLET G., op. cit., n° 106, p. 110.

<sup>296</sup> BOULANGER J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933, n°75 ; STORCK M., *Essai sur les mécanismes de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Thèse, 1982, n°162, p. 123.

mécanisme de substitution occulte marque une différence fondamentale entre les opérations de gestion pour autrui et les opérations occultes ou semi-occultes. L'exclusion du régime juridique classique applicable à la représentation semble évidente en matière d'analyse de l'action pour le compte d'autrui dans une opération occulte ou semi-occulte<sup>297</sup>. Comment considérer que l'action au nom et pour le compte du représenté peut poser une quelconque difficulté, l'ensemble de l'opération étant transparente. Les différences sont notamment marquées par la transition de l'acte dans le patrimoine de l'interposé avant l'imputation dans le patrimoine de celui qui bénéficiera finalement des effets de l'acte<sup>298</sup>. Les opérations avec un bénéficiaire final doivent être observées et analysées selon les règles appartenant à l'apparence et la simulation.

118. Selon le Professeur BENABENT, l'apparence est comme un « filet de sécurité tendu au profit des contractants en général. Elle sert souvent à consolider les pouvoirs incertains du partenaire, promu mandataire apparent<sup>299</sup> ». Il s'agit en effet de considérer que la seule apparence d'un contrat suffit à produire des effets à l'égard des tiers qui y ont cru de façon légitime, c'est-à-dire ceux qui, de bonne foi, ont ignoré la vérité<sup>300</sup>. L'apparence se matérialise par l'intervention de l'intermédiaire dans la phase de construction contractuelle. Il apparaît aux yeux du cocontractant comme son seul et unique interlocuteur dans le contrat. Ce tiers se trouve dans une situation où il aurait pu légitimement croire en cette situation « trompeuse, illusoire ou imaginaire<sup>301</sup> ». Il croit être en présence de son cocontractant et n'a absolument aucune connaissance de l'existence d'un individu caché.

119. Le Professeur CHUNG-WU marque une différence fondamentale entre ce qu'il appelle *l'apparence manifestation trompeuse* et *l'apparence manifestation de la réalité*<sup>302</sup>. Selon lui, c'est la seconde qui correspond aux relations entre le donneur d'ordre et son représentant apparent. C'est au regard de cette apparence reflétant la réalité que nous devons apprécier la position de retrait du bénéficiaire final. Si bien que malgré la dissimulation du bénéficiaire final, de son rôle, de sa qualité et de son identité, le bénéficiaire apparent ne doit être vu que comme celui qui fait transiter l'opération d'un patrimoine à l'autre, quant bien même l'apparence donne à croire que cette opération est entrée dans son patrimoine et y demeure par son consentement.

---

<sup>297</sup> STORCK M., op. cit., p. 123 et s.

<sup>298</sup> PILLET G., op. cit., p. 110 et s.

<sup>299</sup> BENABENT A., *La théorie de l'apparence se miterait-elle ?*, Recueil Dalloz 1999, p. 185.

<sup>300</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, 2018, p. 71.

<sup>301</sup> CHUNG-WU C., *Apparence et représentation en droit positif français*, Thèse, LGDJ, Paris, 2000, p. 199.

<sup>302</sup> CHUNG-WU C., *Apparence et représentation en droit positif français*, Thèse, LGDJ, Paris, 2000, page 199 : « A la différence de l'apparence prise en son second sens de « manifestation trompeuse » l'apparence « manifestation de la réalité » ne concerne que les rapports internes unissant le pseudo-représenté au représentant apparent ».

120. Le Professeur FLATTET considère que « faire un contrat pour le compte d'autrui, c'est conclure une convention dont certains effets, au moins, sont destinés à une personne absente à sa conclusion<sup>303</sup> ». Cependant, pour le Professeur DISSAUX, il n'est pas possible de considérer de façon générale qu'un contrat est réalisé pour le compte d'autrui à partir du moment où ses effets sont transférés à autrui<sup>304</sup>. Nous rejoignons son point de vue sur cette question, ce serait en effet réduire l'analyse de l'action pour le compte d'autrui que de considérer que seul le transfert des effets de l'acte au bénéficiaire final suffirait à définir ce mécanisme. Le Professeur DISSAUX ajoute que « les actes accomplis par une personne pour le compte d'une autre ont vocation à bénéficier à cette dernière, la personne agissant pour le compte d'autrui renonçant pour sa part à en bénéficier<sup>305</sup> ». Une nuance doit tout de même être apportée sur ce point sur moment du bénéfice de l'action qui intervient directement en matière de représentation et dans un second temps pour les opérations avec un bénéficiaire final.

121. Encore une fois, il est important de se focaliser sur l'intérêt des parties. Le Professeur OPHELE le rappelle clairement, « conformément aux théories d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle, la contre-lettre doit être la loi des parties<sup>306</sup> ». L'acte occulte doit donc s'analyser en priorité puisqu'elle viendra par la suite matérialiser le retrait du bénéficiaire final à la fin de la mission de l'interposé. Il s'agit dès lors de considérer que la rétrocession dans le patrimoine du bénéficiaire final est de droit issu de la convention, dont les dispositions doivent être respectées par chacune des parties<sup>307</sup>. L'absence de rétrocession pourrait créer de nombreux risques pour le bénéficiaire final qui se retrouverait face aux manquements de son interposé. D'autant que, la révélation ultérieure de la véritable qualité du bénéficiaire final pour les opérations occultes marque l'obligation de lui imputer ses effets, et ce de façon définitive.

---

## § 2 : L'adoption d'une position de retrait consciente et volontaire

122. Les mécanismes permettant la substitution de personne semblent très originaux<sup>308</sup>. Ils regroupent à la fois des opérations dans lesquelles le bénéficiaire est négligeant, nommé, ou simplement absent. Selon le professeur JEULAND, les mécanismes de substitution de personne

---

<sup>303</sup> FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus avec un intermédiaire en droit français*, 1950, SIREY, n°1, p. 1.

<sup>304</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015.

<sup>305</sup> DISSAUX N., op. cit., Novembre 2015.

<sup>306</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, juin 2012, actualisation avril 2016.

<sup>307</sup> BENABENT A., op.cit., n°37, p. 46.

<sup>308</sup> PILLET G., op. cit., n°3, p. 13.

consistent pour celui qui s'engage à s'obliger au lieu et place d'un autre décrit comme défaillant<sup>309</sup>. Cela voudrait donc dire qu'une personne qui en représente une autre pallie à une certaine forme de défaillance de la part de la première. Ce mécanisme original se retrouve parfaitement en matière de gestion d'affaires, mais ne semble pas couvrir les autres cas d'absence menant à la substitution<sup>310</sup>. La démarche ne sera pas de proposer une théorie nouvelle, mais simplement de d'adopter une qualification permettant d'identifier les mécanismes dans lesquels l'absence du bénéficiaire final est parfaitement consciente. La question est donc de savoir si ces mécanismes occultes ou semi-occultes ont trouvé une expression juridique adéquate ou si l'harmonisation de la matière est nécessaire. La réponse ne fait aucun doute, il est très urgent de procéder à une description précise du personnage qui organise son retrait afin de récolter les fruits de l'opération en dernier lieu.

123. Pour se faire, il convient d'exclure dans un premier temps les mécanismes organisant la gestion durant l'absence négligente du bénéficiaire (I). Puis, d'analyser ceux incluant un bénéficiaire inconscient afin de les exclure définitivement des opérations avec un bénéficiaire final (II).

## **I : L'EXCLUSION DU RETRAIT INVOLONTAIRE**

124. Les opérations de gestion spontanée légalisent l'intervention d'un gérant sans l'autorisation du tiers bénéficiaire de la gestion<sup>311</sup>. Ce dernier ne peut être qualifié de donneur d'ordres à l'instar du contrat de mandat, au sens où il n'a jamais donné son accord par ignorance ou négligence, quant à l'étendue de l'ingérence de l'interposé dans ses affaires<sup>312</sup>. Le droit admet et légalise plusieurs situations dans lesquelles une personne réalise de façon tout à fait désintéressée une opération pour autrui, c'est le cas de l'intervention d'un membre de la famille par exemple. Ces obligations d'origine légale sont considérées comme des quasi-contrats en raison de l'absence des éléments constitutifs du contrat. Il n'y a pas de consentement ici, un fait volontaire d'une personne est à l'origine d'une obligation pour une autre qui en profite en dehors de toute obligation contractuelle<sup>313</sup>. Ces faits purement juridiques engendrent des conséquences comparables à celles

---

<sup>309</sup> JEULAND E., op. cit., n°380, p. 307.

<sup>310</sup> PILLET G., op. cit., n°4, p. 14.

<sup>311</sup> BOUT R., *La convention dite d'assistance*, in *Etude offerte à Pierre KAYSER*, Tome I, PUAM, 1979, n°37 p. 153 et s ; CHENEDE F., *La commutation en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, ECONOMICA, 2008, n°351, p. 329 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Tome I, 5e éd., PUF, coll. THEMIS, 2019, n°556.

<sup>312</sup> GALBOIS-LEHALLE D., *La notion de contrat esquisse d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2020, n° 168 et suivants, p. 112 et s.

<sup>313</sup> Cass. Civ. 25 juin 1919, DP 1923. 1. 223. S. 1921. 1. 12 : Benoît aîné c. Biollay et autres : le quasi contrat de gestion d'affaires n'existe que dans la condition ou celui qui gère les affaires d'autrui se soit considéré comme le représentant dans l'intérêt de l'individu pour lequel il agit ; depuis cette affaire v. Cass. Civ, 28 octobre 1942, DC 1943. 29, note P. L. P. ; Cass. Civ. Ire, 7 février 1967, Bull. civ. I, n°50 ; 19 avril 1967, bull. civ. I, n°136.



venant d'une opération contractuelle<sup>314</sup> si bien, qu'il convient de rappeler que la gestion d'affaires est soumise aux mêmes règles que le contrat de mandat<sup>315</sup>. D'ailleurs, en dehors de cette proximité que nous ne pouvons ignorer, le simple agrément du maître de l'affaire transforme cette situation juridique en contrat de mandat<sup>316</sup>. Le bénéficiaire final d'une opération contractuelle doit être entendu comme le personnage qui organise contractuellement son retrait afin de bénéficier des effets avantageux de l'opération réalisée pour son compte. L'aspect contractuel du lien exclut dans un premier temps les quasi-contrats de ce type de mécanisme spécifique. Le quasi-contrat est un cas dans lequel s'intègrent les structures dans lesquelles il n'y a pas eu d'accord de volonté. Dès lors le droit crée un lien de droit substantiel qui ressemble au contrat proprement dit<sup>317</sup>.

125. Dès lors, bien que la gestion d'affaires fasse partie des obligations d'origine légale et non contractuelle, nous porterons une attention toute particulière aux caractéristiques de ce mécanisme. Le bénéficiaire d'une gestion d'affaires ne peut être confondu avec le rôle qu'occupe un donneur d'ordres dans d'autres types d'opérations contractuelles<sup>318</sup>. Dans le contrat de mandat, le mandant a parfaitement conscience de faire appel à un mandataire afin qu'il puisse agir en son nom et pour son compte<sup>319</sup>. Dans la gestion d'affaires, le maître de l'affaire n'a absolument aucune conscience de cette gestion, il est ignorant ou négligent et semble se désintéresser de ses affaires<sup>320</sup>. Le gérant d'affaires intervient comme un intermédiaire sans avoir reçu de mandat. Il n'intervient pas comme un intermédiaire caché à moins d'être dans le cadre d'une gestion occulte. Dans une telle situation, le bénéficiaire négligent doit pouvoir l'indemniser en fin de mission<sup>321</sup>.

126. Pourquoi ce quasi-contrat ne peut être confondu avec une opération avec un bénéficiaire final ? Dans un premier temps, le retrait du bénéficiaire négligent est involontaire et inconscient, dans le cas contraire, il aurait fallu parler de mandat<sup>322</sup>. Les éléments constants du bénéficiaire final ne se

---

<sup>314</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12e édition, PUF, 2018, p. 840.

<sup>315</sup> Art. 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

<sup>316</sup> BOUT R., *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Thèse, 1970, n°309, 322, 323, 337 ; RIOU M., « L'acte de dévouement », RTD. Civ. 1957, p. 221.

<sup>317</sup> BENABENT A., op. cit., n°440, p. 351 et s.

<sup>318</sup> Sur les caractéristiques de la gestion d'affaires : Cass. civ., 1ère, 14 novembre 1978, JCP 1980. 11.19379, note R. BOUT ; Cass. civ., 3e, 20 janvier 1999, Bull. civ., III, n°17.

<sup>319</sup> BENABENT A., op. cit., n° 54, p. 62 et s.

<sup>320</sup> Cass. civ. 3e, 19 février 2014, n°12-24113.

<sup>321</sup> BENABENT A., op. cit., n° 458, p. 361 et s.

<sup>322</sup> MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, 10e éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2018, n° 1021 et suivants, p. 599 et suivants ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J-B., *Droit des obligations*, 15e éd., LGDJ, n°849 et suivants, p. 765 et suivants ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, coll. Précis, n°1270 et suivants, p. 1339 et s.

retrouvent pas sur ce point. Le retrait se traduit naturellement par un acte volontaire, soit pour déguiser la nature d'une opération et en bénéficier en finalité<sup>323</sup>, soit pour dissimuler l'identité du destinataire final. Alors bien que le bénéficiaire d'un comportement altruiste de gestion reste en retrait, il doit être distingué de celui qui se retire volontairement, ou de manière plus précise, celui qui a organisé son retrait de façon consciente. La réflexion selon laquelle la recherche du profit de l'opération doit être recherchée au regard de l'intervention de l'interposé est erronée et ne correspond pas à la définition de ce personnage atypique.

127. Bien que l'exclusion de l'action volontaire ou spontanée est évidente, il semble approprié de passer l'analyse de la position de retrait du gérant d'affaires (A), avant d'exclure le tiers bénéficiaire passif (B).

#### A : L'EXCLUSION DES OPERATIONS DE GESTION SPONTANEE

128. De façon générale, la gestion désigne l'action de direction d'un individu sur ses biens. La spontanéité est une notion désignant une situation imprévue ou imprévisible. Le fait de parler de gestion spontanée semble très étonnant, ces deux notions sont opposées par leur définition, la gestion laissant entendre l'idée de contrôle et la spontanéité l'idée d'une action aléatoire et non réfléchie. Pourtant, le Code civil admet l'existence de ce que notre système juridique nomme la gestion d'affaires<sup>324</sup>. Cette expression « revêt en droit civil un sens technique très nettement distinct de celui qui lui prête le langage courant : le « gérant d'affaires » n'est pas celui qui gère la fortune d'autrui (celui-là est plutôt dénommé « gérant de biens » ou « agent d'affaires » et agit dans le cadre bien contractuel d'un mandat reçu de son client) ; le « gérant d'affaires » est celui qui agit pour autrui sans avoir en été chargé<sup>325</sup> ». En d'autres termes, ce mécanisme particulier désigne une situation dans laquelle un individu accomplit un acte pour le compte et dans l'intérêt d'un autre individu sans avoir reçu des instructions de ce dernier<sup>326</sup>.

129. L'immixtion spontanée est l'une des conditions indispensables à l'établissement de la gestion d'affaires<sup>327</sup>. De même, l'absence d'opposition de la part du maître de l'affaire et l'utilité de

---

<sup>323</sup> Cass. com. 22 mars 1988, Bull. civ., IV, n°120 ; Cass. civ. 1re., 27 octobre 1993, Bull. civ., I, n°300.

<sup>324</sup> Art. 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

<sup>325</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e édition, Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018, p. 355.

<sup>326</sup> Gestion d'affaires et paiement de la dette d'une société par son co-gérant, Cour d'appel de Versailles 1 juin 1990, Recueil Dalloz 1990, p. 214.

<sup>327</sup> GUIOMARD P., *Rappel : la gestion d'affaires doit être spontanée*, 6 novembre 2009 : Civ. 1re, 22 oct. 2009, F-D, n°08-18.331.

la gestion sont autant de conditions permettant la qualification de l'opération en gestion d'affaires<sup>328</sup>. La gestion d'affaires « requiert que le gérant ne puisse se prévaloir d'aucun titre d'intervention<sup>329</sup> ». C'est notamment pour cette raison que les mécanismes de représentation comme le mandataire ou le séquestre ou l'administrateur légal du mineur sont à distinguer du gérant d'affaires. Pourtant, le mécanisme défini aux articles 1301 du Code civil<sup>330</sup> se rapproche nettement de celui de la représentation. Dans un premier temps, le gérant d'affaires est soumis à toutes les obligations d'un mandataire et nous ne pouvons ignorer que le contrat de mandat ne saurait exister sans représentation<sup>331</sup>. Le Professeur STORCK précise dans sa thèse que « l'action au nom d'autrui se caractérise lors de réalisation d'un acte juridique par une dissociation de la qualité d'auteur de l'acte (personne qui manifeste une volonté d'établir un lien de droit en faisant usage de droits subjectifs), et de la qualité de sujet titulaire des droits exercés (personne attributaire des droits subjectifs requis pour la réalisation de l'acte)<sup>332</sup> ». Il semble que le gérant qui réalise un acte juridique pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'affaire agit au nom et dans l'intérêt de ce dernier. Dans un second temps, la jurisprudence a déjà admis à plusieurs reprises la présence d'un mécanisme de gestion d'affaires dans le cas d'un mandataire ayant outrepassé les pouvoirs dont il était investi<sup>333</sup>. Ainsi la spontanéité du mandataire serait protégée par « une sorte de rallonge, qui prend le relais du titre conventionnel, légal ou judiciaire<sup>334</sup> ». Il semble néanmoins que l'analyse de certains auteurs s'oppose à cette vision de la gestion d'affaires. Notamment, une partie de l'analyse du Professeur STORCK ne correspond pas au mécanisme de la gestion d'affaires, il s'agit de l'étude de la notion de pouvoir, « le représentant qui agit pour le compte du représenté doit faire usage des pouvoirs qui lui sont attribués à cette fin<sup>335</sup> ». Le mécanisme de la représentation ne peut donc en aucun cas se

---

<sup>328</sup> T. com. Seine, 3 janvier 1900, S. 1902. 2. 217, note PERREAU ; TI Paris, 2 mai 1985, Gaz. Pal. 1985. 2. Somm. 234 : à propos de l'entretien d'un animal perdu ; Cass. civ., 1re., 16 novembre 1955, JCP 1956. II. 9087, note Esmein ; TI Valence, 14 décembre 1960, Dalloz, 1961. 619, note GORE.

<sup>329</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, coll. Précis, n°1274, p. 1341.

<sup>330</sup> Art. 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

<sup>331</sup> LE TOURNEAU Ph., « § 2 - Mandat et représentation : principe », Répertoire de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 : « De par sa formulation même, l'article 1984 du code civil laisse entendre que le mandat est représentatif. C'est le « pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». En l'absence de représentation, il ne saurait y avoir mandat, même si les parties ont ainsi qualifié leur contrat. Un mandataire n'agit jamais en son nom personnel : il agit pour le compte du mandant, dont il est le fondé de pouvoirs ».

<sup>332</sup> STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, p. 101.

<sup>333</sup> Req., 26 octobre 1910, S. 1912. 1. 337, note H. Loubers ; rapp. Cass. Civ. 1re, 29 mai 2001, RTDC civ. 2002. 298, obs. Mestre et Fages.

<sup>334</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 1274, p. 1341.

<sup>335</sup> STORCK M., op. cit., p. 125.

rapprocher ou être confondu avec celui de la gestion d'affaires. Le gérant d'affaires agit à l'insu du maître de l'affaire, ce dernier n'ayant aucun moyen de lui transmettre un pouvoir quelconque<sup>336</sup>.

130. L'intervention dans les affaires d'autrui, sans autorisation légale, judiciaire ou conventionnelle s'inscrit dans la catégorie des quasi-contrats. La gestion d'affaires illustre parfaitement le principe issu de l'arrêt en date du 25 mai 1870 selon lequel « le silence de celui que l'on prétend obliger ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée<sup>337</sup> ». Il ne peut exister de contrat sans consentement. C'est dire que la gestion d'affaires ne peut être confondue avec une opération contractuelle de substitution, sachant qu'aucun échange de consentement n'a eu lieu entre les parties<sup>338</sup>. Ce mécanisme particulier se caractérise par un élément psychologique important à savoir « l'intention de gérer par altruisme »<sup>339</sup>. Il s'agit d'une forme de gestion désintéressée pouvant intervenir de façon tout à fait aléatoire sur une personne réelle ou fictive<sup>340</sup>. Il n'est pourtant pas exclu que ce type de gestion puisse intervenir dans le cas où l'interposé dispose de biens communs ou en indivisions avec le maître de l'affaire<sup>341</sup>. L'altruisme est dit *modéré*, car le gérant d'affaires n'intervient pas uniquement pour le compte du maître de l'affaire, mais pour son propre compte en protégeant ses propres intérêts<sup>342</sup>. Gulsen YILDIRIM rappelle d'ailleurs que « le quotidien des époux est parfois loin des règles édictées par le régime matrimonial<sup>343</sup> ». La gestion par l'un des époux des effets personnels de l'autre est envisageable. Le gérant est tenu par diverses obligations envers le maître de l'affaire, il les déclenche lui-même en s'engageant dans une gestion altruiste. Il doit agir avec diligence et persévérance jusqu'à ce que le maître de l'affaire soit en état de reprendre le contrôle sur ses biens. L'acte altruiste pour autrui a longtemps été ignoré par la jurisprudence comme n'étant pas un élément nécessaire<sup>344</sup>. Il viendra s'inscrire en jurisprudence « une fois le principe de l'enrichissement sans cause consacré, ce

---

<sup>336</sup> T. Paix Candé, 27 novembre 1945, Dalloz 1947. 386 : cas concernant un locataire qui a construit sur le terrain qu'il louait et dont il ne peut profiter. Il s'agit d'une gestion d'affaires dont les frais doivent être portés à la charge du propriétaire.

<sup>337</sup> Cass. civ., 25 mai 1870 : « le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée. Spécialement, l'avis donné à une personne par celui qui s'est chargé de placer les actions d'une société, qu'elle a été portée sur la liste des souscripteurs pour un certain nombre d'actions et que le premier versement a été fait pour elle, ledit avis resté sans réponse, n'engage pas la personne à laquelle il a été donné ».

<sup>338</sup> Cass. Req. 20 décembre 1910, DP 1911. 1. 377, note PLANIOL ; Cass. civ. 1re, 29 janvier 1976, DEFRENOIS 1976. 727, note Breton ; Cass. civ., 18 avril 2000 Bull. civ. I, n°113, p. 76, DEFRENOIS 2000. 1384, obs. DELEBECQUE.

<sup>339</sup> LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, Janvier 2018.

<sup>340</sup> TI Valence, 14 déc. 1960, D. 1961. 619, note F. Goré. – Comp. Civ. 2<sup>e</sup>, 18 juill. 1967, Bull. civ. II, n° 265 ; JCP 1967. IV. 139 : concubine ayant réglé les frais résultant du décès accidentel de son compagnon.

<sup>341</sup> Cass. civ., 1ère, 21 juill. 1959, Bull. civ. I, n° 373 : femme qui a consenti une location en représentation de son mari.

<sup>342</sup> LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, Janvier 2018.

<sup>343</sup> YILDIRIM G., « Chapitre 2 - Gestion des patrimoines », Répertoire de droit civil, Mars 2012, actualisation Février 2017.

<sup>344</sup> Cass. Req., 18 juin 1872, DP 72. 1. 471 ; Cass. Req., 16 juillet 1890, DP 91. 1. 49, S. 94.1. 19.

subterfuge est devenu inutile et la Cour de cassation a posé très nettement qu'il n'y a gestion d'affaires qu'autant que le gérant a agi dans l'intérêt et pour le compte du maître<sup>345</sup> ».

131. La relation entre l'interposé et le maître de l'affaire se caractérise de manière constante par l'adoption d'une position de retrait. Le gérant d'affaires agit sans le consentement du maître de l'affaire qui adopte une position de retrait sans le savoir. Ce qui va marquer la différence avec les opérations avec un bénéficiaire final c'est le caractère conscient ou non de ce retrait. Dans le cadre d'un retrait conscient, le donneur d'ordres (puisque c'est en cela que ce personnage se différencie du gérant d'affaires), organise son retrait de manière contractuelle. Il est d'ailleurs possible de rapprocher ce mécanisme de celui du mandat par ce biais, le mandataire étant investi sous le couvert d'un titre juridique légitimant son intervention dans les affaires du mandant<sup>346</sup>. La comparaison avec la simulation semble parfaitement adaptée puisque ce mécanisme est illustré notamment par une dualité d'actes juridiques, l'un occulte permettant d'organiser les relations entre l'interposé et son donneur d'ordres et l'autre apparent consacrant les relations de l'interposé avec un cocontractant ignorant<sup>347</sup>. Parfois, ces deux opérations sont parfaitement connues de l'ensemble des parties le second permettant de cacher la véracité du premier<sup>348</sup>. La simulation peut porter sur le consentement, la cause ou l'objet, mais ce qui est essentiel c'est que ce mécanisme permet parfois de cacher une autre personne, c'est notamment l'hypothèse de l'interposition de personnes<sup>349</sup>. Lorsque l'autre partie à l'acte apparent ignore la présence du donneur d'ordres, on parle de prête-nom. En somme, quelle que soit la situation contractuelle occulte dans laquelle s'inscrit le bénéficiaire final, le retrait qu'il s'impose est parfaitement conscient et organisé dans le but d'obtenir le profit de l'opération réalisée pour son compte. Ce retrait est d'ailleurs réalisé sous le couvert d'une opération contractuelle permettant d'organiser les charges et missions de son interposé. L'exclusion des opérations de gestion spontanée est de rigueur compte tenu du retrait inconscient de celui qui va bénéficier en dernier lieu des actes réalisés par le gérant autonome.

---

<sup>345</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. n°1276, p. 1343 ; Cass. civ., 25 juin 1919, DP 1923. 1. 223, S. 1921. 1. 12, GAJC, Tome 2, n°238 ; 28 oct. 1942, préc., 7 février 1967, Bull. civ. I, n°50 ; 19 avril 1967, Bull. civ. I, n°136.

<sup>346</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n°234, p. 263 ; GENICON T., *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, BRUYLANT, 2014, p. 33 et s ; Art. 1987 du Code civil : « Il est spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandat » ; Art. 1988 du Code civil : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ».

<sup>347</sup> Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1953, Bull. civ. I, n°15, p. 12.

<sup>348</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 726, p. 792.

<sup>349</sup> Cass. civ. 1ère, 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note T. Azzi, Defrénois 2001. 237, note Libchaber, D. 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. Mestre et Fages.

132. La situation du gérant d'affaires reste douteuse juridiquement, une femme intervenant pour gérer les biens de son mari n'agit pas uniquement pour le compte de son époux, mais également pour le sien, comme le fils qui préserve les biens de son père absent ou incapable<sup>350</sup>. L'altruisme qui caractérise une situation s'inscrivant dans le cadre d'une gestion d'affaires peut-il correspondre à la recherche constante du profit de l'opération, second élément constant de la définition du « bénéficiaire final » ? Il est important de répondre dès à présent par négative, car il organise son retrait de manière contractuelle en confiant un certain nombre de prérogatives à celui qui agit pour son compte afin de tirer profit d'une opération réalisée pour son compte. Il ne s'agit en rien d'un comportement altruiste d'un individu intervenant dans les affaires d'un autre individu sans représentation afin de gérer des affaires laissées en déshérence.

133. Ce premier propos avait pour but d'exclure les opérations de gestion spontanées par une analyse comparative. Le second propos devra procéder à une analyse du tiers bénéficiaire passif permettant de confirmer l'exclusion de la gestion d'affaires notamment des opérations avec un bénéficiaire final.

#### B : L'EXCLUSION DU BENEFICIAIRE PASSIF

134. Le bénéficiaire passif désigne l'individu qui est inscrit au bénéfice de l'opération dont il demeure étranger<sup>351</sup>. Dans cette optique, ce personnage n'a ni donné son consentement ni interdit la réalisation de l'opération dont il récolte les effets<sup>352</sup>. Le gérant d'affaires intervient spontanément dans les affaires du maître, sans que ce dernier ne l'y ait autorisé ni interdit. Le maître de l'affaire peut donc être considéré comme la personne du bénéficiaire passif<sup>353</sup>, tout cela est le cas dans d'autres opérations comme la stipulation pour autrui. En outre, ce dernier individu est tenu de respecter les engagements pris en son nom et pour son compte par le gérant<sup>354</sup>. L'absence de son consentement n'a que très peu d'importance quant à sa responsabilité face aux opérations réalisées à son insu<sup>355</sup>. Ce

---

<sup>350</sup> Sur la méfiance de la jurisprudence à l'égard du gérant égoïste : Cass. civ. 25 juin 2019, préc. ; Cass. civ. 3e, 15 janvier 1954, JCP 1974. IV. 73 ; Cass. civ. 1re, 28 mai 1991, Bull. civ. I, n° 167, p. 110, RTD civ. 1992. 96, obs. Mestre.

<sup>351</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 719 et s ; p. 789 et s.

<sup>352</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., *Droit des obligations*, 15e éd. LexisNexis, n° 848 et s, p. 764 et s.

<sup>353</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 719, p. 789.

<sup>354</sup> LE TOURNEAU Ph., *op.cit.* : « Le maître de l'affaire est tenu à certaines obligations du mandant, précisées par l'article 1301-2 du code civil. Au premier chef, il doit, dès lors que l'affaire a été utilement gérée, remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant. » ; Art. 1301-2 du Code civil : « Celui dont l'affaire a été utilement gérée doit remplir les engagements contractés dans son intérêt par le gérant. Il rembourse au gérant les dépenses faites dans son intérêt et l'indemnise des dommages qu'il a subis en raison de sa gestion. Les sommes avancées par le gérant portent intérêt du jour du paiement ».

<sup>355</sup> Art. 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels des gestion, à

n'est qu'au niveau du comportement latent dont il fait preuve que ce personnage particulier sera différencié de celui d'un donneur d'ordres. La gestion d'affaires est un mécanisme qui se caractérise par l'ignorance du tiers bénéficiaire protégé. Comme une sorte de tutelle sans autorisation légale ou judiciaire, le gérant s'immisce dans les affaires du maître et réalise des opérations à son insu dans son seul intérêt. La passivité dont le maître de l'affaire fait preuve le place dans une situation d'ignorance ou de négligence vis-à-vis de son propre patrimoine. Pour autant, cette situation ne doit pas être confondue avec celle d'un individu qui feint d'ignorer la gestion dont il fait l'objet. La simple autorisation de la gestion par le maître de l'affaire revient à requalifier l'opération en contrat de mandat ou d'entreprise<sup>356</sup>.

135. Le bénéficiaire passif est celui qui n'a pas conscience de son retrait, il ne donne pas son consentement, il ignore la gestion de son patrimoine<sup>357</sup>. Il est effacé si bien qu'il apparaît comme un individu négligent<sup>358</sup>. Il se distingue nettement de celui qui adopte une position de retrait dans le but d'obtenir le profit de l'opération réalisée pour lui. Le bénéficiaire final apparaît plutôt comme l'instigateur de la situation occulte que cette opération de substitution va engendrer. L'adoption d'une position de retrait doit forcément être analysée comme une action volontaire de ce personnage, à la différence d'un maître de l'affaire inconscient de son retrait<sup>359</sup>.

136. Comme analysé précédemment, la gestion d'affaires n'est pas une opération occulte, l'article 1301 du Code civil précise que seul le maître de l'affaire doit ignorer et ne pas s'opposer à la gestion. L'identité du maître de l'affaire n'a pas à être occultée de même que les opérations en cours n'ont pas à être dissimulées<sup>360</sup>. Simplement, contrairement au gérant d'affaires l'interposé agit en vertu d'un accord de volonté intervenu avec son donneur d'ordres, la gestion n'est ni utile ni spontanée. Dans cette situation, le retrait est analysé comme une position volontaire du donneur d'ordres, son but étant celui de tirer profit de l'opération réalisée pour son compte. Dans la gestion d'affaires, le retrait est inconscient, c'est celui qui agit pour le compte de l'ignorant qui souhaite qu'il tire profit des opérations réalisées pour son compte. Le bénéficiaire final n'est en réalité qu'un

---

toutes les obligations d'un mandataire » ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., *Droit des obligations*, 15e éd. LexisNexis, n° 850, p. 768.

<sup>356</sup> LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, Janvier 2018.

<sup>357</sup> Cass. Civ., 1re., 16 novembre 1955, JCP 1956. II. 9087, note Esmein ; TI Valence, 14 décembre 1960, D. 1961. 619, note Goré.

<sup>358</sup> Cass. civ. 1re, 12 janvier 2012, d. 2012. 1592, note A. Gouëzel pour une personne qui paie de manière consciente la dette d'autrui dans son intérêt et dans l'intérêt du débiteur.

<sup>359</sup> BOUT R., *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, thèse Aix, éd. 1972 ; GORÉ F., « Le fondement de la gestion d'affaires, sources autonome et générale d'obligations », D. 1953. Chron. 39 ; DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, thèse Paris II, éd. 2000, n°443 et s.

<sup>360</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 1272 ; p. 1340.

individu faussement absent de l'opération contractuelle. Il n'est pas « présumé absent<sup>361</sup> », au sens où il n'existe aucune constatation judiciaire de son absence. Le bénéficiaire final peut parfaitement se substituer un « homme de paille<sup>362</sup> » pour intervenir en ses lieux et place préférant rester dans l'ombre. Cependant, il semble qu'il ne puisse pas se positionner en maître ignorant ou négligent vis-à-vis de ses affaires laissant ainsi un autre individu intervenir inconsciemment pour le remplacer. Cela reviendrait à remettre en question l'un des éléments variables de sa définition à savoir les motivations propres à son retrait.

137. En sommes, les deux éléments constants de la définition du bénéficiaire final ne se retrouvent pas dans la gestion d'affaires. Il est même possible d'affirmer que le retrait se retrouve dans la définition de ce quasi-contrat. Cependant, ce retrait est inconscient ou négligeant ce qui conduit le gérant à intervenir de manière altruiste dans le patrimoine du maître de l'affaire. Cette opération doit donc être exclue des opérations avec un bénéficiaire final. Serait-il possible de partir de la même analyse pour exclure les opérations caractérisées par un retrait inconscient ?

## **II : L'EXCLUSION DU RETRAIT INCONSCIENT**

138. La création d'une opération contractuelle est conditionnée par la présence d'éléments essentiels. L'article 1108 ancien du Code civil prévoyait notamment le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité, l'objet certain et enfin, la cause<sup>363</sup>. Le premier changement apporté par la réforme de l'Ordonnance de 2016 donne une lecture très commentée de la notion de consentement<sup>364</sup>. L'article 1128 l'impose comme une condition de validité de l'opération contractuelle<sup>365</sup>. Pourtant, il semble qu'une partie des auteurs considèrent que le consentement est une condition permettant la conclusion du contrat<sup>366</sup>. Toujours est-il que la réforme de 2016 classe le consentement dans une section consacrée à la validité du contrat, bien que le projet Terré semblait beaucoup plus proche de

---

<sup>361</sup> CORNU G., Vocabulaire juridique, de l'association Henri CAPITANT, 12e édition, 2018, page 5 : « Personne qui, par constatations judiciaire, est sous le coup d'une présomption d'absence. » ; page 798 « Présomption » ; « Conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est rendue vraisemblable par le premier, procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu, difficile ou impossible à établir directement, à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu mais sous réserve, lorsque la présomption est réfrangible, de la preuve, par son adversaire, de l'inexistence du fait inconnu présumé. »

<sup>362</sup> CORNU G., op. cit., p. 511 : « Personne interposée, prête-nom ».

<sup>363</sup> Art. 1108 ancien du Code civil : « (Abrogé par Ord. n° 2016-131 du 10 févr. 2016, à compter du 1<sup>er</sup> oct. 2016) Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ».

<sup>364</sup> DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, p. 73 ; CHANTEPIE G., LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, n°285, p. 234.

<sup>365</sup> Art. 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

<sup>366</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 130 ; p. 166.



l'analyse de cette notion en tant que condition pour la formation du contrat<sup>367</sup>. De manière constante, l'opération contractuelle est tout d'abord présentée comme un échange de consentement se caractérisant par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Selon le Professeur CORNU, l'acceptation n'est autre que le « consentement d'une personne à une offre de contrat qui lui a été faite<sup>368</sup> ». En d'autres termes, l'acceptation apparaît comme « une manifestation la volonté<sup>369</sup> » permettant de créer, de réaliser l'opération contractuelle. L'acceptation est un geste contractuel fort permettant de sceller l'opération longuement négociée ou non entre les différentes parties au contrat. D'ailleurs, la notion d'acceptation est également reprise en matière successorale pour ce qui est de *l'acceptation bénéficiaire*, qui désigne l'acceptation « sous bénéfice d'inventaire<sup>370</sup> » prévue par l'ancien article 774 du Code civil<sup>371</sup>. L'héritier possédait « l'avantage de ne pas confondre son patrimoine avec celui du défunt et de n'être tenu des dettes héréditaires que sur les biens de la succession<sup>372</sup> ».

139. L'acceptation apparaît comme une notion incontournable en droit privé, permettant de donner vie aux opérations qu'elle réalise. La stipulation pour autrui comme la promesse de porte-fort sont deux mécanismes qui pourraient parfaitement être intégrés dans la catégorie des opérations consolidées par l'acceptation d'autrui. Pourtant, il semble que dans la première opération, le tiers contractant acquiert un droit direct par l'accord de volonté qui lie le stipulant et le promettant dans le contrat de base<sup>373</sup>. Il n'aurait pas besoin de donner son accord pour obtenir un droit contre le promettant<sup>374</sup>, son acceptation venant consolider la promesse devenue irrévocable. Dans la seconde opération, une personne s'engage envers une autre à apporter le consentement d'un tiers<sup>375</sup>. Ces deux opérations sont consolidées par l'intervention d'une autre personne extérieure à l'opération d'origine, mais dont le consentement peut donner vie ou non à l'opération<sup>376</sup>. Dans la même optique, les libéralités entre vifs ou par testament ne peuvent qu'être consolidées par l'intervention du bénéficiaire qui peut l'accepter ou non<sup>377</sup>. C'est notamment le cas pour l'acceptation bénéficiaire définie précédemment qui octroie une certaine liberté aux héritiers.

---

<sup>367</sup> Le projet est composé de trois ouvrages : TERRÉ F (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009 ; TERRÉ F (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011 ; TERRÉ F (dir.), *Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013.

<sup>368</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, 2018, p. 9.

<sup>369</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 9.

<sup>370</sup> *Ibid.*

<sup>371</sup> Art. 774 (ancien) du Code civil : « Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire ».

<sup>372</sup> LE GUIDE R, CHABOT G., *Succession : transmission*, Répertoire de droit civil, Septembre 2011, actualisation Octobre 2018.

<sup>373</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.* Dalloz, coll. Précis, n° 712 et s., p. 784 et s.

<sup>374</sup> Cass. com., 23 février 1993, Defrénois 1993. 1060, obs. Aynès, RTD civ. 1994. 99, obs. J. Mestre.

<sup>375</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., *op. cit.*, n° 122 et s., p. 117 et s.

<sup>376</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.* Dalloz, coll. Précis, n° 696 ; p. 772.

<sup>377</sup> Art. 782 et s ; Art. 787 et s ; Art. 894 du Code civil.

140. Les libéralités faisant partie des opérations consolidées par l'acceptation d'autrui, il convient de traiter de l'analyse des opérations subordonnées à la réalisation d'un événement futur dans un premier temps (A). Puis dans un second temps, les libéralités subordonnées à l'acceptation du tiers désigné (B), afin d'exclure ces structures légales du domaine des opérations avec un bénéficiaire final.

#### A : L'EXCLUSION DES OPERATION SUBORDONNEES A LA REALISATION D'UN EVENEMENT FUTUR

141. En matière contractuelle, le tiers désigne l'individu qui est complètement étranger au contrat. Il n'est ni partie, ni représenté, ni même touché par les effets obligatoires du contrat<sup>378</sup>. Une telle notion accolée à celle de *bénéficiaire* peut paraître quelque peu anecdotique, sachant que le tiers n'est en rien lié à la réalisation et à l'exécution de l'opération contractuelle. Notamment, la stipulation pour autrui est un mécanisme parfaitement intégré dans le système juridique français qui utilise couramment la notion de tiers bénéficiaire<sup>379</sup>. Pour Monsieur le Professeur François-Xavier TESTU, il s'agit de « la personne désignée par le contrat<sup>380</sup> », à savoir « celui qui tire une créance du contrat sans y avoir été partie<sup>381</sup> ». Un parfait étranger « *penitus extranei* », comme un ayant cause des parties au contrat, peut parfaitement être désigné comme tiers bénéficiaire de l'opération réalisée<sup>382</sup>. Sachant qu'elle reste étrangère à l'opération contractuelle, cette « catégorie intermédiaire<sup>383</sup> » ne peut être confondue avec celle des parties. Pourtant, il n'est pas possible de l'assimiler à la catégorie des tiers au sens où ce personnage reste lié par l'acte accompli.

142. La stipulation pour autrui comme la promesse de porte-fort sont deux opérations contractuelles dans lesquelles trois personnes évoluent. Dans la première, un stipulant demande à un promettant de s'engager envers un tiers bénéficiaire<sup>384</sup>, alors que dans la seconde, une personne promet le fait d'un tiers<sup>385</sup>. En tout état de cause, ces deux opérations dépendent d'une condition

---

<sup>378</sup> CORNU G., op. cit., p. 1026.

<sup>379</sup> Art. 1205 du Code civil : « On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse ».

<sup>380</sup> TESTU F-X., « Chapitre 101 – Effets relatifs du contrat », Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010.

<sup>381</sup> Ibid.

<sup>382</sup> LARROUMET C, MONDOLONI D., « Stipulation pour autrui », Répertoire de droit civil, Février 2017.

<sup>383</sup> BENABENT A., Droit des obligations, 17e édition, Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018, p. 217 à 223.

<sup>384</sup> Art. 1205 du Code civil : « On peut stipuler pour autrui. L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. »

<sup>385</sup> Art. 1204 du Code civil : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.

suspensive que personne ne peut ignorer, le consentement d'autrui. Ce dernier ne peut qu'apparaître ultérieurement, il s'agit d'un événement futur qui n'intervient qu'après l'échange des deux premiers protagonistes<sup>386</sup>.

143. La stipulation pour autrui est une opération à deux parties dans le cadre de sa formation<sup>387</sup>, mais « triangulaire dans ses effets<sup>388</sup> ». C'est d'ailleurs en cela que réside une certaine difficulté dans l'appréhension de ce mécanisme. L'opération née de l'accord entre le stipulant et le promettant fait naître un droit direct au profit d'un tiers bénéficiaire<sup>389</sup>. Ce dernier élément extérieur constitue le caractère essentiel de l'obligation à laquelle est tenu le promenant au regard de l'accord pris avec le stipulant. L'opération a pour seul objectif de faire répercuter sur le patrimoine d'une autre personne les effets d'une opération à laquelle il n'a pas donné son contentement<sup>390</sup>. L'existence de ce mécanisme repose sur l'utilité sociale du contrat<sup>391</sup>. La création d'un droit au bénéfice d'un tiers doit être justifiée au regard « des avantages qui peuvent en être tirés<sup>392</sup> ».

144. Le stipulant réalise cette opération dans un intérêt autre que le sien, ce qui rapproche son intervention de celle du gérant d'affaires. Cette dernière opération est caractérisée par l'altruisme du gérant qui intervient uniquement dans l'intérêt du maître de l'affaire. Pour autant, ces opérations demeurent différentes de par l'existence de l'utilité sociale de la stipulation. Selon le professeur Christian LARROUMET, la stipulation pour autrui a un aspect purement contractuel<sup>393</sup>. Pour cet auteur, c'est l'engagement du stipulant et du promettant qui crée un droit au bénéfice d'un tiers, il rejette la théorie de l'utilité sociale. Il est vrai que la notion *d'intérêt du stipulant* n'est pas suffisamment précise, cependant nul ne peut ignorer son existence<sup>394</sup>.

---

Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ».

<sup>386</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 696 ; p. 772 : le porte-fort de ratification ; n°712 et s., p. 784 : pour la stipulation pour autrui.

<sup>387</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 713, p. 784.

<sup>388</sup> ROUX J-M., *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, IEJ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 31-32 : expression de JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, T. II, 3e éd., n°297.

<sup>389</sup> Cass. civ., 1re, 10 juin 1992, D. 1992. 493, note J-L. Aubert, JCP 1993. II. 22142, note J. Maury, RTD civ. 1994. 99, obs. J. Mestre.

<sup>390</sup> LARROUMET C., *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1968, n° 146 et s : sur la définition de la stipulation pour autrui.

<sup>391</sup> GHESTIN J., *Traité de droit civil la formation du contrat*, LGDJ, 3e éd., 1993, n°225, p. 205 : « de ce que l'accord des volontés est l'instrument d'opérations socialement utiles il résulte également que ce sont ces opérations elles-mêmes, au moins autant que les volontés instrumentales, qui constituent l'essentiel. Dans cette optique on examinera l'opération concrète que prétend réaliser le contrat, autant que les volontés qui déterminent ses conditions ».

<sup>392</sup> ROUX J-M., *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, IEJ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 61.

<sup>393</sup> LARROUMET Ch., *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Bordeaux, 1968, n°3 et s.

<sup>394</sup> ROUX J-M., *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, IEJ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 63 à 70.

145. D'ailleurs, c'est l'analyse de l'intérêt du stipulant qui permet de mieux comprendre ce mécanisme contractuel et de le différencier d'autres opérations à trois personnes. En effet, l'interposé et/ou l'intermédiaire ne semblent pas avoir un intérêt moral similaire à celui du stipulant face au promettant. Ils agissent pour le compte du donneur d'ordres, leurs seuls intérêts résidant dans la réalisation de l'intérêt de ce personnage. Ainsi, les opérations créant un bénéficiaire final donnent très peu d'importance à l'intérêt de l'interposé. Or il semble que ce ne soit pas le cas de la stipulation pour autrui qui réunit non seulement l'intérêt du stipulant, mais également celui du tiers bénéficiaire qu'il souhaite avantager<sup>395</sup>. C'est en cela que la stipulation pour autrui a d'ailleurs connu un essor considérable, en matière d'assurance vie, d'assurance groupe ou d'assurance individuelle accident. Partant de ce principe, ce mécanisme peut profiter à un tiers bénéficiaire resté dans l'ignorance ou ayant toujours eu connaissance de l'opération réalisée pour son compte<sup>396</sup>. D'ailleurs, pour aller plus loin, *autrui* est un personnage sans lien avec l'opération réalisée, si bien que le profit qu'il peut tirer d'une opération réalisée pour son compte semble le rattacher à la catégorie des parties liées. Bien que le retrait soit une notion qui peut accueillir une définition volontaire ou involontaire, l'adoption d'une position de retrait dans le but de récolter le bénéfice d'une opération réalisée pour son compte ne peut être entendue comme un retrait inconscient. Le bénéficiaire touché par les effets d'un acte auquel il n'a pas participé peut parfaitement incarner une partie liée à l'opération, et ce dès la phase de formation du contrat.

146. L'échange de volonté entre le stipulant et le promettant crée un droit au profit du tiers bénéficiaire, de même que l'échange de consentement entre l'interposé et le cocontractant crée un droit au profit du bénéficiaire final. Pourtant, le second critère de définition du bénéficiaire final n'est pas constitué. Comme l'évoque un auteur, « la titularité du droit ne suppose pas la volonté de celui qui s'en prévaut<sup>397</sup> ». Dans le cas de situations juridiques permettant la création d'un bénéficiaire final, l'existence d'un interposé caractérise la manifestation de la volonté de son donneur d'ordres. Il n'y a donc aucune rupture entre l'appartenance du droit et la manifestation de la volonté du bénéficiaire final. Le stipulant est la *voix* du bénéficiaire de l'opération, il a pour mission d'agir en prenant un acte au bénéfice de celui qu'il désignera au contrat. L'opération n'est d'ailleurs réalisée qu'au profit d'un individu absent de l'opération. Pourtant, les opérations avec un bénéficiaire final ne se caractérisent pas uniquement par l'absence, mais par la conscience du retrait. Ce qui induit une

---

<sup>395</sup> Cass. civ., 1ère, 21 novembre 1978, D. 1980. 309, note CARREAU, JCP 1980. II. 19315, note RODIÈRE, Defrénois 1979. 1176, obs. AUBERT : en ce qui concerne une stipulation faite en matière de contrat de transport.

<sup>396</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., *Droit des obligations*, 15e éd. LexisNexis, n° 518 et s, p. 467-468.

<sup>397</sup> ROUX J.-M., *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, IEJ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 160-161.

volonté de rompre avec plusieurs principes généraux du droit des contrats<sup>398</sup>. Qu'est-ce qui exclut la stipulation pour autrui des opérations avec un bénéficiaire final ? L'implication indirecte et consciente nécessaire à la caractérisation de la position de retrait emporte l'exclusion de cette opération. Le bénéficiaire d'une stipulation n'adopte aucune position de retrait puisqu'il est contraint d'être en retrait<sup>399</sup>. Il s'agit d'un tiers ignorant l'opération comme le gérant d'affaires qui ignore la présence du gérant. Cette analyse rappelle celle de la promesse de porte-fort.

147. Cette opération réside dans l'engagement de celui qui se porte fort du fait d'un tiers<sup>400</sup>. Le porte-fort s'engage à faire en sorte que le tiers accomplisse le fait promis. Son obligation de faire est renforcée par une obligation de résultat ne laissant aucune place au refus du tiers concerné par la promesse<sup>401</sup>. D'ailleurs, en droit des sociétés, la promesse de porte-fort est une garantie au sens de l'article L. 225-35 du Code de commerce<sup>402</sup>. En outre, dans le cadre des régimes matrimoniaux, les dispositions de l'article 1415 du Code civil s'étendent aussi aux promesses de porte-fort<sup>403</sup>.

148. L'individu qui se porte-fort demeure celui qui se porte garant du fait du tiers, si bien qu'en cas de refus, il prendra toute la responsabilité de son engagement<sup>404</sup>. Dans cette opération, le cocontractant prend pleinement conscience du fait que le porte-fort s'est engagé pour le fait d'un tiers. Il sait que le premier se porte garant du second, il n'ignore pas l'existence de ce tiers. Il s'agit d'une opération à trois personnes laissant apparaître un bénéficiaire au profit de celui qui attend que l'autre apporte le fait du tiers, à savoir celui qui ignore l'existence de l'opération. Pour définir le bénéficiaire final, il faut deux critères, le premier repose sur l'adoption d'une position de retrait et le second sur

---

<sup>398</sup> Obligation d'apparaître au contrat, le principe de force obligatoire et l'effet relatif du contrat.

<sup>399</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n°719 et s, p. 789 et s : Adoption d'une position de retrait au profit d'une personne déterminée, indéterminée au profit d'une personne future ou en l'absence de tiers bénéficiaire.

<sup>400</sup> AUBERT DE VINCELLES C., « Porte-fort », Répertoire de droit civil, Avril 2017 : actualisation : Avril 2018.

<sup>401</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 696, p. 772.

<sup>402</sup> Art. L. 225-35 du Code de commerce : « Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en oeuvre. Sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social, il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve. Le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns. Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les conditions dans lesquelles le dépassement de cette autorisation peut être opposé aux tiers » ; Paris, 4 nov. 2008, Bull. Joly 2009. 376, obs. Barbiéri.

<sup>403</sup> AUBERT DE VINCELLES C., « Porte-fort », Répertoire de droit civil, Avril 2017 : actualisation : Avril 2018 : Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, n° 04-11.037, Bull. civ. I, n° 313 : Pour une extension aux garanties à première demande.

<sup>404</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 123 et s, p. 117 et s..

la recherche du profit de l'opération. Alors que le dernier critère semble rempli, il semble que le premier fasse apparaître des doutes.

149. Dans les opérations avec un bénéficiaire final, l'interposé agit dans l'intérêt de ce dernier le plus souvent à l'insu du cocontractant. L'affaire faussement bilatérale fait intervenir trois individus, simplement, l'un d'entre eux agit pour le compte du premier. L'interposé s'efface face au bénéficiaire final et disparaît en fin de mission. Dans la promesse de porte-fort, le porte-fort promet à un autre le fait d'un tiers étranger au contrat principal<sup>405</sup>. Les effets de cette opération portent notamment sur celui qui s'engage envers l'autre contractant. Le tiers pour lequel il s'engage peut vouloir s'engager ce qui aura pour effet de libérer le porte-fort<sup>406</sup>. Dans le cas contraire, le porte-fort devra répondre personnellement de son engagement devant son cocontractant<sup>407</sup>. Deux questions peuvent apparaître. Doit-on considérer le retrait du bénéficiaire du seul fait qu'il attend de manière passive que le porte-fort respecte son engagement ? Ou, doit-on considérer qu'il est parfaitement présent au sein de l'opération contractuelle ? Dans un premier temps, la promesse de porte-fort peut être analysée comme une promesse d'exécution faite envers le cocontractant. Il est possible que le porte-fort soit considéré comme un substitue du cautionnement<sup>408</sup>. Dans un second temps, la promesse de porte-fort peut apparaître comme une opération qui scelle l'engagement entre le porte-fort et celui qui est absent de manière involontaire. De manière parfaitement contraire, le bénéficiaire final est un individu actif participant pleinement à la recherche de son profit. Il n'est en rien un individu passif comme peut l'être le porte-fort. Il intervient dans la construction du contrat dans l'ombre à travers les obligations auxquelles le bénéficiaire apparent est soumis.

150. D'ailleurs, la promesse de porte-fort fait partie des mécanismes de garantie pour autrui, car il y aurait un engagement personnel de celui qui se porte-fort<sup>409</sup>. Cette opération ne peut pas intégrer les opérations avec un bénéficiaire final, mais doit être entendue comme une opération qui se caractérise tout particulièrement par la promesse pour autrui. Enfin, les libéralités subordonnées à l'acceptation du tiers désigné entrent-elles dans la catégorie des opérations avec un bénéficiaire final ?

---

<sup>405</sup> BOULANGER J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse, Caen, 1933 ; VERICEL, *Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ?*, D., 1988. Chron. 123.

<sup>406</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 698, p. 774.

<sup>407</sup> Cass. soc., 9 décembre 1957, D. 1957. 355 ; Cass. com., 14 janvier 1980, Bull. civ. IV, n°16, p. 13, JCP 1980. IV. 122 ; comp. Cass. civ., 1re, 7 octobre 1964, Bull. civ. I, n°433, p. 335, RTD civ. 1965. 808, obs. J. Chevalier.

<sup>408</sup> SIMLER Ph., « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP 1990. II. 2427 ; DUPICHOT Ph., *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse Paris II, 2003, p. 326 et s, n°421 et s ; V également, Cass. com., 18 juin 2013, Bull. Civ. IV, n°105, D. 2013. 1610, Obs. Crocq, RTD civ.. 2013. 842, obs. H. Barbier : avec l'engagement de faire.

<sup>409</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit. Dalloz, coll. Précis, n° 697, p. 773-774.

## B : L'EXCLUSION DES LIBERALITES SUBORDONNEES A L'ACCEPTATION D'UN TIERS DESIGNE

151. Selon l'article 893 du Code civil<sup>410</sup>, la libéralité correspond à « l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit, par donation entre vifs ou par testament, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne, appartenant ou non à sa famille<sup>411</sup> ». Notre système juridique connaît plusieurs types de libéralités, les donations, les legs, les libéralités-partages ou les libéralités à caractère collectif. Néanmoins, les critères essentiels et communs à toutes les libéralités sont tout d'abord la présence d'un acte, réalisé à titre gratuit, permettant la mise à disposition de tout ou partie des biens ou des droits appartenant au stipulant<sup>412</sup>. Pour ce qui concerne les donations, l'acte correspond à un contrat de donation pour lequel le donateur et le donataire s'accordent sur la libéralité<sup>413</sup>. Pour les legs, une personne rédige un testament qui aura des effets de droit sur une autre personne en cas d'acceptation.

152. La jurisprudence du 27 juin 1887 est suffisamment claire, pour être considéré comme une libéralité, l'acte doit être entièrement gratuit<sup>414</sup>. Le premier s'appauvrit consciemment et volontairement pour gratifier le second, la libéralité pouvant porter sur des biens déterminés, une partie de ces biens, ou l'ensemble de ces biens. Il s'agit d'un mécanisme juridique dépendant de la volonté de celui qui souhaite gratifier. D'ailleurs, cette notion fondamentale se retrouve dans tous les actes juridiques<sup>415</sup>. Certaines libéralités n'obéissent pas à toutes les conditions de validité du contrat prévues à l'article 1128 du Code civil<sup>416</sup>, la raison est simple, la libéralité n'est pas un contrat, mais un acte juridique, sauf à considérer la donation. Pourtant, l'individu qui souhaite réaliser une libéralité au profit d'autrui doit y consentir de façon pleine et entière<sup>417</sup>. L'intégrité de ce consentement relève d'une grande importance pour déterminer la validité de l'acte. Néanmoins, le bénéficiaire gratifié n'a pas à donner obligatoirement son consentement au moment de la réalisation de l'acte, le testament

---

<sup>410</sup> Art. 893 du Code civil : « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament. »

<sup>411</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 610.

<sup>412</sup> BENABENT A., *op. cit.*, n° 740 p. 581.

<sup>413</sup> MALAURIE Ph, AYNES L, GAUTIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, coll. Extensio, n°68, p. 59.

<sup>414</sup> Cass. Req. 27 juin 1887, D. 1888, 1, p. 303.

<sup>415</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, page 23 « acte de volonté destiné à produire un effet de droit ».

<sup>416</sup> Art. 1128 du Code civil : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

<sup>417</sup> Art. 901 du Code civil : « pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit ».

n'est ouvert qu'au décès du stipulant<sup>418</sup>. Il n'y a qu'en cas de donation que son adhésion est aussi rapide.

153. « Le don est une forme primitive de l'échange<sup>419</sup> ». La donation est un contrat translatif de propriété passé entre deux personnes l'une se dépouillant volontairement au profit d'une autre à titre gratuit. Il peut y avoir des donations à cause mort, ou la prise d'effet a lieu à la mort du donateur ; avec charges, où le grevé est affecté d'une obligation au bénéfice du donateur ; sur des biens présents ou à avenir<sup>420</sup>. Communément, la donation est une opération impliquant deux personnes, il n'existe aucune phase d'interposition faisant intervenir une autre personne. Pourtant, il existe bien une forme de donation faisant intervenir trois personnes, il s'agit de la donation par personne interposée, par contre-lettre appartenant au domaine de la simulation. Notamment, il est possible de recourir à la donation déguisée afin de gratifier une personne incapable de recevoir<sup>421</sup>. En outre, un disposant peut parfaitement vouloir donner un avantage à une personne au-delà de la quotité disponible<sup>422</sup>. Il va donc proposer une vente pour masquer la donation réalisée à son profit<sup>423</sup>.

154. L'existence d'un bénéficiaire final dépend non seulement du nombre de personnes présentes, mais également de la réalisation de deux critères constants de sa définition. Le premier est l'adoption d'une position de retrait et le second est le but poursuivi à savoir la recherche du profit de l'opération. La donation classique n'oblige aucunement celui qui se sépare de son bien, ce dernier s'appauvrit volontairement et enrichit le bénéficiaire gratifié. Néanmoins, elle ne place pas le bénéficiaire en position de retrait, car ce dernier doit intervenir à l'acte et signer la donation. Il est conscient et participe volontairement à la réalisation de la donation à son profit. Bien que celui qui dispose de ses propres biens occupe le rôle de celui qui agit dans l'intérêt d'autrui, il est titulaire des droits et des biens dont il dispose. La donation classique, comme toute forme de libéralité ne saurait donc être confondue avec une opération avec un bénéficiaire final. Néanmoins, il est parfaitement possible de considérer qu'il en est autrement pour la donation déguisée<sup>424</sup>.

155. Précédemment, il a été démontré que la qualification de bénéficiaire final n'est pas dépendante de la qualité de l'opération dans laquelle elle s'inscrit. L'opération généralement occulte dispose pour sa constitution des deux éléments constants de définition de ce personnage. Ainsi,

---

<sup>418</sup> MALAURIE Ph, AYNES L, GAUTIER P.-Y., *op. cit.*, n°68, p. 59.

<sup>419</sup> MAUSS M., *Essai sur le don, in Sociologie et anthropologie*, 1960, p. 143 et s.

<sup>420</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 371-372.

<sup>421</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.* Dalloz, coll. Précis, n° 731, p. 795.

<sup>422</sup> *Ibid.*

<sup>423</sup> *Ibid.*

<sup>424</sup> *Ibid.*



l'interposition de personne qui permet à un individu d'agir pour le compte et dans l'intérêt d'un individu dissimulé créé un bénéficiaire final occulte ce qui n'est pas le cas du contrat de mandat ou le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. Dans le cas de la donation, le fait que l'individu agisse en son nom pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui importe peu, ce qui compte c'est le caractère déguisé de l'opération. Un bénéficiaire apparent vient recevoir les bénéfices d'une donation qui migrent dans son patrimoine avant d'être reversés au bénéficiaire final<sup>425</sup>. Il s'agit là d'une opération frauduleuse au bénéfice d'un incapable adoptant volontairement et frauduleusement une position de retrait<sup>426</sup>. Sauf à ce que ce type de donation déguisée soit validée par la jurisprudence<sup>427</sup>.

156. En définitive la donation déguisée est un cas de simulation s'inscrivant dans un cadre précis à savoir l'impossibilité de recevoir de la manière voulue ou, l'incapacité de recevoir à titre gratuit<sup>428</sup>. La définition du bénéficiaire final se rapproche beaucoup plus de ce mécanisme juridique occulte. Après constatation, il est tout à fait possible d'exclure les donations dites classiques des opérations avec un bénéficiaire final tout en intégrant celles portant sur une finalité occulte. Cette analyse peut-elle être maintenue en matière de testament ?

157. Le testament est un acte unilatéral permettant à son auteur de disposer d'un certain nombre de ses biens après sa mort en faveur d'une ou plusieurs personnes<sup>429</sup>. Les bénéficiaires sont absents lors de la mise en place de ce mécanisme. Ils ignorent le contenu du testament ce qui implique qu'il n'y a aucune forme d'interposition dans cette opération. L'intervention du notaire exclut la prise en compte d'une forme de dissimulation de l'identité du testateur<sup>430</sup>. La seule mission de cet officier public est celle de la lecture du testament. Le testament permet l'organisation de la dévolution successorale de celui qui en est l'auteur<sup>431</sup>. Il ne s'agit en aucun cas d'un acte qui oblige le testateur puisqu'il peut librement le révoquer, d'ailleurs la renonciation vient éteindre ce droit<sup>432</sup>. L'individu

---

<sup>425</sup> Dans le cas de la réduction de la quotité disponible : Cass. civ. 1re, 2 février 1971, D. 1971. 590, note Ghestin ; JCP 1971. II. 16926 ; RTD civ. 1971. 681, obs. R. Savatier.

<sup>426</sup> Art. 911 du Code civil : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales. Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ».

<sup>427</sup> Cass. civ. 1re, 29 mai 1980, D. 1981. 273, note Najjar ; RTD civ. 1981. 422, note Patarin : sur les libéralités réalisées sous couvert d'actes onéreux lorsque les actes dont elles empruntent l'apparence sont respectés dans leur conditions de formes ; dans le même sens : Cass. civ., 1ère, 27 octobre 1993, n°91-11-648, RTD civ. 1996. 218, note Patarin.

<sup>428</sup> Par référence à la réduction de la quantité disponible et l'incapacité de celui qui se cache derrière le bénéficiaire apparent (jurisprudences précédentes).

<sup>429</sup> GRIMALDI M., « Chapitre 323. Règles de fond des testaments : contenu du testament », Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, 2018-2019.

<sup>430</sup> Art. 636 du Code général des impôts.

<sup>431</sup> BENABENT A., op. cit., n° 12 p. 27.

<sup>432</sup> Ibid.

gratifié peut accepter ou refuser même de façon ultérieure le bénéfice du testament. Ce qui le place dans une position de bénéficiaire ignorant. Pour cette structure juridique, le retrait n'est pas volontaire, l'individu ne se place pas dans une position de retrait dans un but précis. Il est obligatoirement absent dès lors qu'il ignore l'existence d'un testament dont il serait bénéficiaire. Quand bien même serait-il marqué d'une intention frauduleuse, le bénéficiaire ne pousse aucunement le testateur à le gratifier à sa mort.

158. L'autre condition ne permettant pas d'admettre le testament dans les opérations avec un bénéficiaire final c'est le nombre de personnes nécessaires à l'opération. En matière testamentaire, il n'existe qu'une seule personne qui agit pour l'organisation de son patrimoine personnel. Dans les opérations avec un bénéficiaire final, il faut un interposé pour couvrir le retrait volontaire du donneur d'ordres qui aura la mission de contracter avec une autre personne au profit du premier. Il y a donc trois personnes sachant que celui qui adopte la position de retrait profite de ce que les trois derniers ont fait. Cette substitution cachée ne peut être confondue avec celle permettant à l'auteur d'un contrat d'assurance vie de substituer un bénéficiaire à un autre par voie testamentaire<sup>433</sup>. La finalité reste toujours la même, un auteur et des bénéficiaires gratifiés. De manière définitive, le régime portant sur l'organisation successorale d'une personne ne peut faire partie des opérations avec un bénéficiaire final. Le gratifié profite d'une opération réalisée pour lui dont il demeure absent par ignorance. Son retrait n'est en rien en lien avec la recherche du profit de l'opération.

159. L'exclusion du testament met un point final à l'analyse des opérations consolidées par l'acceptation d'autrui. Bien que celles-ci ne puissent pas toutes être assimilées à des opérations avec un bénéficiaire final, leur analyse a permis de repérer la corrélation qu'il doit y avoir entre le but poursuivi par ce personnage atypique et l'adoption de sa position de retrait. D'ailleurs, l'adoption d'une telle position laisse apparaître de nombreuses conséquences notamment sur l'obligation d'apparaître au contrat.

## **Section 2 : Les conséquences du retrait du bénéficiaire final**

160. Le principe de l'effet relatif des conventions impose que le contrat qui est né de l'accord de volonté entre les parties ne saurait faire naître un droit au profit d'une personne qui en est

---

<sup>433</sup> Cass. civ. 1re , 3 avril 2019, n° 18-14.640 : « En application de l'article L. 132-8 du code des assurances, à défaut d'acceptation par le bénéficiaire initialement désigné, le contractant d'une assurance sur la vie a le droit de substituer un bénéficiaire à un autre, cette modification pouvant être réalisée soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du code civil, soit par voie testamentaire, sans qu'il soit nécessaire de respecter un parallélisme des formes entre la voie choisie pour la désignation initiale et celle retenue pour la modification ».

étrangère<sup>434</sup>. Pour le législateur de 1804, l'opération contractuelle n'était décrite qu'à travers son formalisme. L'accord des parties forme un lien contractuel entre elles ce qui exclut d'office les tiers<sup>435</sup>. Le contrat était enfermé dans une lecture stricte des textes ne laissant aucune place à une interprétation plus légère<sup>436</sup>. Ce n'est que bien plus tard qu'il a été possible de préciser que le contrat ne profite ni ne nuit au tiers qu'en ce qu'il « ne peut les rendre créanciers ou débiteurs<sup>437</sup> ». Dans les autres cas, le contrat s'impose aux tiers comme une situation juridique imperméable. L'opposabilité du contrat se fonde sur l'impossibilité pour le tiers de méconnaître la situation juridique créée par le contrat à l'égard des parties<sup>438</sup>. L'Ordonnance du 10 février 2016 reprend de manière plus précise ce que le système juridique français tenait déjà pour acquis<sup>439</sup>. La lecture stricte de l'ancien 1165 du Code civil ne reflète plus la réalité actuelle. D'importantes controverses doctrinales ont remanié des principes trop sommaires<sup>440</sup>. D'ailleurs, la dichotomie classique partie-tiers ne rend pas du tout compte du rayonnement contractuel qui existe dans le cas des opérations avec un bénéficiaire final. Aussi il conviendra d'envisager le caractère relatif de l'obligation d'apparaître (§1), puis de rechercher les conséquences de son atténuation sur l'opération contractuelle (§2).

---

## § 1 : Le caractère relatif de l'obligation d'apparaître

161. L'effet relatif des conventions laissait entendre que le contrat ne pouvait donner naissance à un droit au profit ou à l'encontre d'une personne extérieure. Ce principe partageait un lien étroit avec la théorie de l'autonomie de la volonté. Seules les personnes qui ont donné leur accord peuvent être engagées par les termes du contrat. Cette situation induit nécessairement l'exclusion de ceux qui sont à l'extérieur de l'opération. Pourtant, le droit a toujours admis qu'une personne puisse

---

<sup>434</sup> SAVATIER R., « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934. 525 ; WEIL A., *La relativité des conventions en droit privé français*, Thèse, Strasbourg, 1938 ; CALASTRENG S., *La relativité des conventions*, Thèse, Toulouse, 1939 ; GOUTAL J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, Thèse, Paris II, 1981 ; FLOUR Y., *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Thèse, Paris II, 1977, DIDIER Ph., *L'effet relatif, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat*, 2003, p. 187 ; GRIMALDI M., *Le contrat et les tiers*, Mélanges Jestaz, 2006, p. 161 ; MAZEAUD D., *Le contrat et les tiers : nouvelle leçon, nouvelle présentation*, Mélanges F. Chabas, 2011, p. 605.

<sup>435</sup> Art. 1165 ancien du Code civil par référence à l'adage : *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

<sup>436</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 668, p. 744.

<sup>437</sup> Ibid.

<sup>438</sup> FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 9e éd., SIREY, 2015, n°183.

<sup>439</sup> Art. 1199 du Code civil : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV » ; Art. 2000 du Code civil : « Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait ».

<sup>440</sup> GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628 ; CHARBONNEAU C., et PANSIER F.-J., *Du renouveau de la notion de partie* : Defrénois 2000, 1, 284, art. 37110 ; AUBERT J.-L., *À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, RTD civ. 1993. 263 ; DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, coll. Droit privé, 2000 ; MATHIEU-IZORCHE M.-L., « Une troisième personne bien singulière ou 2 + 1 = tout autre chose », RTD civ. 2003, 51 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour le renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994. 777.

s'exprimer dans l'intérêt d'autrui<sup>441</sup>. Ainsi, la convention peut parfaitement profiter aux personnes étrangères à l'opération comme dans le cas de la stipulation pour autrui. Il en est autrement du contrat de mandat qui implique une représentation directe des intérêts du mandant à travers le mandataire<sup>442</sup>. Ces deux opérations apportent une relativité limitée à l'obligation d'apparaître. Ce n'est pas le cas de la simulation qui constitue une véritable exception à ce principe.

162. Parmi les principales sources de l'obligation d'apparaître, il y a celle portant sur le consentement, qu'il émane d'une personne exprimant son propre intérêt ou celui d'autrui. Aussi bien envisagera-t-on successivement les sources de l'obligation d'apparaître (I), puis les exceptions dérogeant à cette obligation (II).

### **I : L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE AU CONTRAT**

163. L'obligation d'apparaître comporte des sources anciennes en lien avec les principes de force obligatoire et de l'effet relatif des contrats. Le principe de la force obligatoire s'impose aux parties de telle sorte qu'il crée une obligation d'exécuter le contrat, que celles-ci soient présentes ou représentées<sup>443</sup>. Dans ce cas précis, les créances et dettes sont considérées comme nées directement du représenté. Le représentant est un individu transparent qui exprime la volonté de son donneur d'ordres<sup>444</sup>. Il contracte en son nom et pour son compte ce qui annule une transition des effets du contrat dans son patrimoine. Ils intègrent directement le patrimoine d'autrui<sup>445</sup>. À la différence, la stipulation pour autrui comme la promesse unilatérale dérogent à l'obligation d'apparaître et créent une forme de relativité limitée.

164. Il conviendra de préciser les sources doctrinales et textuelles de l'obligation d'apparaître (A), avant de se pencher sur l'application de l'obligation d'apparaître dans les opérations à trois personnes (B).

### **A : LES SOURCES DE L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE**

---

<sup>441</sup> Art. 1165 ancien du Code civil : « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ».

<sup>442</sup> GENICON T., *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, Bruylant, 2014, p. 33 et s.

<sup>443</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 492, p. 444.

<sup>444</sup> STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, p. 101 et 102 ; DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n° 183, p. 130. PILLET G., op.cit., n° 104.

<sup>445</sup> LE TOURNEAU Ph., « De l'évolution du mandat », D. 1992, chrono. 157.

165. Certains auteurs comparent la réglementation d'un contrat d'un type donné à une maison à plusieurs étages<sup>446</sup>. Il y a d'abord le droit commun des contrats, le droit des contrats spéciaux et toutes les réglementations issues de la particularité de certains contrats par rapport à d'autres. Pour aller plus loin, plusieurs opérations contractuelles peuvent avoir lieu en considération de la personne<sup>447</sup>, il s'agit des contrats *intuitu personae*. Alors que d'autres se regroupent parmi les contrats qualifiés d'ordinaire. Les premiers contrats prennent en considération la personnalité d'une ou des deux parties au contrat. Il est entendu que cette opération n'aurait jamais eu lieu en dehors de ces considérations essentielles. On parlera d'*intuitu personae* « chaque fois que l'identité d'au moins une des parties, ses qualités inhérentes, auront été prises en compte par l'autre partie pour conclure le contrat<sup>448</sup> ». L'*intuitu personae* peut être objective ou subjective et ainsi, s'intéresser à la capacité technique d'une personne ou à sa probité<sup>449</sup>. La typologie d'un tel contrat produit des effets durant toute son existence, notamment au stade de sa formation. L'action en nullité sera donc ouverte pour erreur sur la personne au regard de l'article 1134 du Code civil<sup>450</sup>. Il reste néanmoins possible d'admettre la réalisation du contrat *intuitu personae* par un tiers, donc un personnage extérieur à l'opération. Le sous-contrat ne s'oppose pas au contrat *intuitu personae* sauf dans certains cas précis. L'interposition de personne caractérisant tout particulièrement l'opération avec un bénéficiaire final en retrait s'oppose nécessairement aux contrats *intuitu personae*. Un contrat dans lequel l'une des parties ignore la véritable identité de celui avec lequel il contracte ne peut être qualifié d'*intuitu personae*. Pourtant, à l'inverse il est possible de considérer que le choix du bénéficiaire final de s'engager par le biais d'un interposé auprès d'une autre partie peut faire penser à une opération réalisée en considération de la personne du tiers ignorant. Cependant, l'hypothèse ne peut tenir sans analyse. En matière de cession, le Professeur JEULAND considère que le contrat *intuitu personae* ne doit en principe, tolérer aucun changement de partie<sup>451</sup>. Désormais, la cession est possible dès lors que l'accord du cédé est rapporté<sup>452</sup>. Il peut également y avoir une clause de cession prévue dans le contrat, celle-ci ayant la possibilité de prendre l'apparence d'une clause d'agrément<sup>453</sup>. La possible

---

<sup>446</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 124, p. 155.

<sup>447</sup> HYDE A-A., VERGES E., *Chapitre 213, Clauses relatives à l'intuitu personae*, Hors collection Contrats sur la recherche et l'innovation, 2018 - 2019.

<sup>448</sup> HYDE A-A., VERGES E., op.cit., loc. cit.

<sup>449</sup> Ibid.

<sup>450</sup> Art. 1134 du Code civil : « L'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ».

<sup>451</sup> JEULAND E., BALAT N., *Cession de contrat Civ.*, Répertoire de droit civil, Juillet 2019.

<sup>452</sup> Art. 1216 du Code civil : « Un contractant, le cédant, peut céder sa qualité de partie au contrat à un tiers, le cessionnaire, avec l'accord de son cocontractant, le cédé. Cet accord peut être donné par avance, notamment dans le contrat conclu entre les futurs cédant et cédé, auquel cas la cession produit effet à l'égard du cédé lorsque le contrat conclu entre le cédant et le cessionnaire lui est notifié ou lorsqu'il en prend acte. La cession doit être constatée par écrit, à peine de nullité » ; Cass. com., 6 juillet 1999 n° 96-20.495 ; Cass. civ 1ère., 6 juin 2000, n° 97-19.347.

<sup>453</sup> MEKKI M., « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, what else ? », BRDA 20/18, p. 19.

cession des contrats *intuitu personae* ne peut expliquer l'admission d'une forme d'interposition. En effet, l'acte occulte implique le maintien de la partie participant à l'acte ostensible dans l'ignorance. Alors que l'obligation d'apparaître au contrat *intuitu personae* semble particulièrement prononcée, sauf à ce que sa dérogation soit autorisée par la ou les parties à l'opération. Il semble que la situation soit toute autre pour les contrats ordinaires. C'est en considération de ces points précis qu'il est possible d'entreprendre une analyse des principes généraux du droit des contrats. Pour comprendre les règles générales relatives aux contrats, il convient dans un premier temps de définir cet acte juridique à l'article 1101 du Code civil, avant d'entamer la lecture des articles 1102, 1103 et 1104 qui traitent de l'ensemble des principes qui le solidifie<sup>454</sup>. La liberté contractuelle est l'un des principes fondamentaux en matière contractuelle. De manière symbolique, les auteurs de la réforme ont placé cette règle à la première place, à savoir juste après la définition du contrat. La liberté d'entreprendre, de contracter aux conditions souhaitées par les parties ont conduit les rédacteurs de l'ordonnance à accorder une place particulière à la liberté contractuelle<sup>455</sup>. L'article 1102 du Code civil précise que la liberté se place d'abord au niveau de l'accord de volonté, une personne peut contracter ou non. Il vient ensuite se placer au niveau du choix du cocontractant, au niveau du contenu du contrat, puis au niveau de la forme du contrat. Le pouvoir que procure la liberté contractuelle doit être limité par des exigences légales portant sur l'ordre public.

166. Ce premier principe constitue une source primordiale à l'obligation d'apparaître, notamment en son principe de liberté de choix du cocontractant. Celui qui décide de prendre part au contrat doit pouvoir choisir la personne avec laquelle elle souhaite contracter ou non<sup>456</sup>. Lorsqu'une personne souhaite profiter des avantages liés aux effets d'une opération contractuelle entreprise pour son compte, elle doit pouvoir être identifiée par l'autre partie au contrat afin de respecter la liberté de choix du cocontractant. Si cette personne adopte une position de retrait occulte ne permettant pas à l'autre partie de l'identifier, il y a une rupture ne permettant pas l'entier respect du principe de liberté contractuelle.

---

<sup>454</sup> Art. 1101 du Code civil : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations » ; Art. 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public » ; Art. 1103 du Code civil : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » ; Art. 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public ».

<sup>455</sup> OPPETIT B., « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. Sc. morales et politiques* 1995, p. 241 s., sp. p. 242.

<sup>456</sup> Cons. const. 10 juin 1998, JO 14 juin 1998, p. 9093, *RTD civ.* 1998. 796, obs. N. Molfessis, 1999. 78, obs. J. Mestre ; 13 janvier 2003, *RDC* 2003. 9, obs. REVET, *D.* 2003. 638, chorn. B. Mathieu ; Cons. const. 13 juin 2013, *RDC* 2013. 1285, obs. C. Pérès : La liberté contractuelle n'a pas été élevée au rang de principe constitutionnel mais elle a été protégée en passant par la liberté d'entreprendre avant d'être inévitablement associée à celle-ci.

167. Le principe de force obligatoire du contrat renvoie à la lecture de l'article 1103 du Code civil. Ce dernier reprend la totalité de l'article 1134 ancien du Code civil. L'emplacement de cet article a fait débat compte tenu des commentaires concernant la jurisprudence *Les Maréchaux*<sup>457</sup>. Les juges peuvent sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais ils ne peuvent atteindre la substance des droits et obligations contenus dans le contrat<sup>458</sup>. Le principe de la force obligatoire place l'obligation d'apparaître au cœur de l'analyse portant sur l'introduction à la matière contractuelle. Il demande une analyse précise de la qualité des personnes prenant part au contrat. Le contrat n'existe que pour ceux ayant donné leur consentement au moment de la formation du contrat<sup>459</sup>. Ces personnes peuvent également agir par intermédiaire ou représentant<sup>460</sup>. S'agissant de la question de la représentation, il n'y a pas lieu de considérer qu'il existe une rupture avec l'obligation d'apparaître, mais une certaine relativité due à la modernité qu'implique la lecture de cette obligation. Le représenté n'est pas en retrait, il participe directement à la formation du contrat par l'action de son intermédiaire. La situation est tout autre en matière légale ou judiciaire, ou l'individu représenté demeure absent. La rupture avec l'obligation d'apparaître est complète comme avec les opérations appartenant au domaine de la simulation<sup>461</sup>.

168. La bonne foi est un principe comportant deux obligations à deux niveaux différents, le contrat doit être formé puis exécuté sous couvert du respect de ce principe<sup>462</sup>. Il s'agit d'une réglementation à part entière n'ayant plus lieu d'être uniquement analysée avec la force obligatoire. Le respect du principe de bonne foi peut être contrôlé par le juge à plusieurs stades de la relation précontractuelle puis contractuelle<sup>463</sup>. Plusieurs auteurs ont eu l'occasion de s'exprimer sur le devoir ou la qualité morale de ce principe<sup>464</sup>. Mais il reste impératif de reconnaître que ce principe fait peser plusieurs obligations sur le cocontractant<sup>465</sup>. Notamment celles de former le contrat de bonne foi,

---

<sup>457</sup> Cass. com., 10 juillet 2007, D. 2007. 2839, note Ph. Stoffel-Munck et 2844, note P.-Y. Gautier, JCP 2007. II. 10154, note D. Houtcieff, CCC 2007, n°294, note L. Leveneur, *Défrenois* 2007. 1454, obs. E. Savaux, RDC 2007. 1107, obs. L. Aynès et 1110, obs. D. Mazeaud, RTD civ. 2007. 773, obs. B. Fages, GAJC, T. II, n°164.

<sup>458</sup> Ibid.

<sup>459</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 672, p. 746.

<sup>460</sup> Ibid.

<sup>461</sup> BREDIN J.-D., « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956. 261 ; JOSSERAND, « Les mobiles dans les actes juridiques », n°167 et s ; LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prêt-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD. civ., 1999, p. 297 et s.

<sup>462</sup> Art. 1104 du Code civil.

<sup>463</sup> DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, p. 49.

<sup>464</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix éd. 2000, n°136, p. 123 ; n°154, p. 139 ; GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse Paris II, éd. 2005, n°288 ; TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Thèse, éd. Presse Universitaire d'Aix-Marseille, PUAM, 2012, n°13 et s, p. 43 et s ; JABBOUR R., *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, Thèse, éd. LGDJ, Lextenso, 2016, n°21 et s, p. 26 et s.

<sup>465</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix éd. 2000, n°53 et s, p. 58 s.

mais surtout de l'exécuter en respect de ce principe<sup>466</sup>. Plusieurs magistrats ont d'ailleurs évoqué une forme de devoir de collaboration entre les différentes parties à l'acte<sup>467</sup>. L'application du principe de bonne foi implique une obligation d'honnêteté et ainsi, de transparence. Une telle exigence conduit à l'exclusion de situations dans lesquelles une personne se substitue à une autre sans avertir le cocontractant. Cela implique également que l'identité des parties ne soit pas cachée. En somme, l'obligation d'apparaître semble faire entièrement partie de la définition de la bonne foi, en matière d'interposition de personne, comment serait-il possible d'affirmer que le principe de bonne foi est entièrement respecté ? Les opérations à trois personnes se décomposent en plusieurs typologies précises, certaines intègrent les mécanismes transparents, d'autres les mécanismes occultes. La différence entre ces deux catégories repose notamment sur le rôle joué par l'intermédiaire ou interposé<sup>468</sup>. S'agit-il d'un rôle de porte-parole comme cela est le cas dans le contrat de mandat, ou le rôle d'un écran comme en matière d'interposition de personnes ? En matière de mandat l'obligation d'apparaître est relative et s'adapte donc parfaitement au rôle joué par le représentant.

### B : L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE DANS LES OPERATIONS TRANSPARENTES

169. L'obligation d'apparaître est une notion en lien avec l'application de plusieurs principes directeurs du droit des contrats. Il est possible de voir un lien avec le principe de force obligatoire, d'effet relatif, mais également avec le principe de la bonne foi<sup>469</sup>. Son régime juridique semble assez simple lorsqu'il s'agit de l'analyse des opérations contractuelles avec deux parties, il en est tout autrement dans les opérations à trois personnes. Il y a une application relative de l'obligation d'apparaître qui s'adapte au système représentatif du mandat ou de la garantie pour autrui.

170. C'est en cela qu'il convient de définir l'obligation d'apparaître au sein des opérations de gestion pour autrui dans un premier temps (1), puis d'analyser son existence au sein des opérations de garantie pour autrui (2).

### 1. L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE ET LES OPERATIONS DE GESTION POUR AUTRUI

---

<sup>466</sup> Cass. civ. 1re, 11 juin 1996, Bull. civ. I, n°173, JCP G 1996. IV. 1775, RTD civ. 1997. 425 obs. Mestre ; Cass. com., 7 octobre 2014, Bull. civ. IV, n°143, RDC 2015. 18, note Savaux ; Cass. civ., 1re, 1er juin 2016, n°15-14.914.

<sup>467</sup> Nancy, 26 septembre 2007, D. 2008. 1120, note Boutonnet, et 2972, obs. Amrani-Mekki S., RDC 2008. 738, obs. Mazeaud, et 759, obs. Carnval, JCP G 2008. II. 10091, note Lamoureux, RTD civ. 2008. 295, obs. Fages.

<sup>468</sup> Cass. civ. 1re, 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note Azzi T., Defrénois 2001. 237, note Libchaber, D, 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. mestre et Fages : en matière d'interposition de personnes.

<sup>469</sup> MEKKI M., « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance », D. 2015. 816, n°33 ; CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations*, n°21-22.



171. Alors que le consentement doit provenir des deux parties à l'acte, certaines typologies de contrat admettent un consentement donné par personne interposée<sup>470</sup>. Les opérations de gestion organisée constituent un ensemble harmonieux comprenant l'ensemble des opérations réalisées de façon transparente, au nom et pour le compte d'autrui. Les opérations dites de représentation caractérisent l'intervention d'un représentant qui aura pour seule mission de réaliser une ou plusieurs opérations au nom et pour le compte d'un individu appelé représenté. Il s'agit d'un contrat reposant sur un rapport de confiance entre les parties<sup>471</sup>. Le Professeur LE TOURNEAU parle de la représentation comme étant « de l'essence du mandat, et cela depuis le Moyen Âge en Droit canonique<sup>472</sup> ». Le mandat ne saurait être défini sans la notion de représentation, d'ailleurs il est indéniablement représentatif s'il s'agit du « pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom<sup>473</sup> ». Ainsi, dès lors qu'un individu agit « in contemplatione domini<sup>474</sup> » et non « in nomine proprio<sup>475</sup> », il se trouve dans une situation de représentation. Néanmoins, toutes les situations représentatives relèvent-elles du mandat ? Existe-t-il une forme de représentation sans mandat ?

172. Notre système juridique admet l'existence d'institutions voisines reprenant la notion de représentation, il s'agit notamment des opérations que plusieurs auteurs qualifient de représentations « imparfaites<sup>476</sup> » ou « incomplètes<sup>477</sup> ». Ces mécanismes nouveaux distincts de la représentation confirment les théories selon lesquelles « la représentation n'est pas de l'essence du mandat<sup>478</sup> ». En effet, le mandat est un contrat mettant en place une relation de représentation transparente entre le mandataire et son mandant. Ce n'est pas le cas de la représentation « optionnelle<sup>479</sup> », « imparfaite<sup>480</sup> » ou « incomplète<sup>481</sup> » qui correspond à des mécanismes opaques qui ne peut être assimilé au mandat.

---

<sup>470</sup> DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, thèse Paris II, éd. 2001 ; DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, thèse éd. 2007 ; DISSAUX N., « Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil », D. 2016. 1942.

<sup>471</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 664, p. 738.

<sup>472</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>473</sup> IZORCHE M-L., « À propos du « mandat sans représentation » », DALLOZ, 1999, Chron., p. 369.

<sup>474</sup> Agir pour le compte du mandant.

<sup>475</sup> Agir en son nom propre.

<sup>476</sup> LE TOURNEAU Ph., *Mandat*, op.cit.

<sup>477</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit.

<sup>478</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit ; BÉNABENT A., *Les contrats spéciaux, civils et commerciaux*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2011, n°631 ; DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Mai 2007 : Le mandat : « le contrat par lequel une personne, appelée mandant, donne le pouvoir à une autre, appelée mandataire, de participer à la procédure de conclusion d'un acte juridique en son nom et pour son compte ».

<sup>479</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit.

<sup>480</sup> Ibid.

<sup>481</sup> Ibid.

173. Pour éviter toute forme de confusion, il semble nécessaire d'identifier les opérations dites de « représentation parfaite<sup>482</sup> » correspondant au mandat, avant de les analyser au regard des critères constants permettant de définir le bénéficiaire final. Il en est de même pour les contrats de garantie pour autrui. Ce dernier permet à un individu de se prémunir d'une perte financière éventuelle en permettant de fournir au créancier un débiteur accessoire<sup>483</sup>. N'étant pas une opération de représentation ce type de mécanisme peut être assimilé à une *opération de gestion organisée* permettant non seulement de protéger le créancier victime, mais également, le débiteur défaillant.

174. Le Professeur STORCK définit la représentation comme « un mécanisme par lequel le représentant effectue un acte juridique au nom et pour le compte d'une autre personne représentée<sup>484</sup> ». Il caractérise l'existence de plusieurs personnages juridiques intervenant dans l'opération contractuelle, l'un comme en étant l'auteur, l'autre comme en étant le *titulaire de droit* et le *sujet d'imputation*<sup>485</sup>. On peut déduire de l'analyse du Professeur STORCK qu'un individu intervient au nom et pour le compte d'un tiers bénéficiaire, titulaire de droits subjectifs exercés par cet interposé. Le Professeur CAPITANT l'affirmait déjà en 1912, « lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne, pour le compte d'une autre (...) les effets se produisent directement et immédiatement, sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte<sup>486</sup> ». De cette manière, l'obligation d'apparaître se réalise à travers l'intermédiaire. Il s'agit pour le représenté d'apparaître par transparence, c'est notamment le cas du contrat de mandat.

175. Notre système juridique reconnaît aisément que le mandat est un acte de représentation, POTHIER l'avait d'ailleurs consacré dans ses écrits : « Lorsque le mandataire, en exécution du mandat et en se renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelque contrat avec les tiers, s'il n'est intervenu dans ces contrats qu'en qualité de mandataire [...] c'est, en ce sens, le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles le mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il contracte en cette qualité, parce que ce n'est pas lui qui est censé

---

<sup>482</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>483</sup> CORNU G., op.cit., p. 486-487.

<sup>484</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, LGDJ, 1982, p. 69.

<sup>485</sup> STORCK M., op. cit. p. 69.

<sup>486</sup> CAPITANT H., *Introduction à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Pedone, 1912, p. 365 ; Adde Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000.

contracter, il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter<sup>487</sup> ». Quand bien même existerait-il des mandats dits *sans représentation*, la qualification de ces opérations en contrat de mandat serait totalement erronée au sens où la représentation ne pourrait être pleine et entière.

176. Le mandat reste un contrat représentatif selon lequel un interposé intervient au nom et pour le compte d'une autre personne<sup>488</sup>. D'ailleurs, l'Ordonnance introduit nouvellement dans le Code civil un droit commun de la représentation qui s'inspire principalement du régime du contrat de mandat<sup>489</sup>. Historiquement reconnu comme étant un contrat à titre gratuit, ce n'est qu'au fur et à mesure du temps, et au regard de l'évolution du monde des affaires, que notre système juridique l'intègre entièrement dans la catégorie des contrats à titre onéreux. L'intermédiaire appelé mandataire représente le donneur d'ordre appelé le mandant et demeure transparent aux yeux de ceux avec lesquels il traite<sup>490</sup>. Il n'existe aucune forme d'opacité puisque la substitution est acquise auprès des tiers à l'opération. Le mandant donne à son mandataire un pouvoir d'action de ses droits sans les lui céder. Il demeure le seul titulaire des droits subjectifs exercés<sup>491</sup>. Cette opération contractuelle transparente se caractérise par le retrait d'un individu clairement déterminé, qui charge un intermédiaire d'agir en son nom et pour son compte. Le but poursuivi lors de la conclusion de ce contrat n'est autre que le profit de l'opération que le mandataire va conclure au nom et pour le compte de son donneur d'ordres. En effet, il est difficile d'imaginer la conclusion d'un contrat de mandat sans aucune contrepartie. Le mandant justifie son engagement envers son mandataire, et définit sa mission par la recherche d'une situation qui lui sera profitable<sup>492</sup>. L'obligation d'apparaître dans le contrat de mandat devient une légère dérogation de l'apparition en personne dans l'opération contractuelle ordinaire. En effet, l'ordinaire veut que la situation contractuelle lie deux parties non représentées présentes au contrat. Ce n'est pas le cas du mandat qui comprend dans ses fondements un principe de représentation transparente donnant l'impression d'une apparition du mandant à travers son mandataire.

---

<sup>487</sup> LE TOURNEAU Ph., *Mandat*, Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 : Traité du contrat de mandat, Œuvres, éd. Bugnet, t. 6, 1861, p. 207 ; V. pour une vue plus nuancée sur le critère de la représentation dans l'histoire du mandat, PFISTER L., *Un contrat en quête d'identité...*

<sup>488</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 113, p. 111.

<sup>489</sup> DIDIER V., *La représentation dans le nouveau droit des obligations*, JCP 2016. 580 ; DISSAUX N., *Mandat et réforme des contrats*, in *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, ouvrage collectif ss la dir. De L. Andreu et M. Mignot, Institut Universitaire Varenne, coll., Colloques et Essais, 2017, p. 343.

<sup>490</sup> DISSAUX N., in *Le mandat un contrat en crise ?*, sous la dir de DISSAUX N., *Economica*, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 49 ; GRIMALDI C., *Mandat et courtage.*, in *Le mandat un contrat en crise ?*, sous la dir de DISSAUX N., *Economica*, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 79.

<sup>491</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 508, p. 457-458.

<sup>492</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Thèse, LGDJ, 2007, n° 367 et s. : dissociation l'auteur de l'acte, le titulaire du pouvoir et les parties à l'opération, voir citation de VALIERGUE J., op. cit., n° 117.

177. Il existe plusieurs types d'opérations pouvant être caractérisées de contrat de mandat, celles dans lesquelles le mandant est décédé sans anticipation et celles dans lesquelles le mandant a prévu par avance les modalités de gestion de ses biens avant sa disparition. Dans le premier cas, quand bien même l'article 2003 du Code civil prévoit que la fin du contrat de mandat intervient, soit par la révocation du mandataire, soit par sa renonciation au contrat, ou, par la mort, la tutelle, la déconfiture du mandant ou du mandataire<sup>493</sup>, il semble que l'opération s'inscrivant dans l'ignorance de la mort du mandat demeure licite<sup>494</sup>. Par ailleurs, le mandat étant un contrat de gré à gré, le mandant et son mandataire peuvent s'entendre à leur convenance du moment où le contrat prendra fin, « les successeurs du défunt, appelés à continuer la personne de leur auteur, seront alors substitués dans ces rapports contractuels au de cujus<sup>495</sup> ». Dans le cadre d'un mandat pris par anticipation ou mandat à effet posthume<sup>496</sup>, les héritiers sont les bénéficiaires d'un contrat de mandat pris entre un mandant et un mandataire. Il reste désigné au contrat et apparaît comme un donneur d'ordre passif face à l'opération. Il s'agit d'un mandat pour autrui qui s'impose aux héritiers, le mandant restant au contrôle de l'ensemble de l'opération. Celle-ci peut être comparée à une forme de stipulation pour autrui, bien qu'elle n'est pas caractérisée par l'existence d'une option pour le bénéficiaire. Ces deux opérations se caractérisent par l'engagement de leurs auteurs dans un but précis, ce qui renvoie à l'analyse de la notion de cause qui malgré sa disparition textuelle demeure parfaitement existante<sup>497</sup>. La cause de l'obligation correspond à la justification de l'engagement d'une partie<sup>498</sup>. En somme, il ne peut y avoir de contrat sans engagement, et aucun engagement sans but. Par exemple, le vendeur d'un véhicule souhaite en obtenir le paiement, et l'acheteur souhaite devenir le propriétaire de ce véhicule. L'engagement de l'un comme de l'autre est justifié par un but qui caractérise l'existence du contrat. Le bénéficiaire final peut être défini avec deux éléments constants, le premier étant l'adoption d'une position de retrait et le second, la recherche du profit de l'opération. Le contrat de mandat est construit sur la présence d'aucun de ces deux éléments. Non seulement cette opération transparente ne correspond pas au premier critère de définition emportant le retrait volontaire du bénéficiaire final sous l'écran de son interposé. Mais en plus, le profit de l'opération ne transite pas dans le patrimoine de ce dernier personnage il va directement s'imputer dans celui du donneur d'ordres. Ainsi, bien que

---

<sup>493</sup> Art. 2003 du Code civil : « Le mandat finit : Par la révocation du mandataire, Par la renonciation de celui-ci au mandat, Par la mort, la tutelle des majeurs ou la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire ».

<sup>494</sup> Art. 2008 du Code civil : « Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide ».

<sup>495</sup> STORCK M., *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Thèse, LGDJ, 1982, p. 117.

<sup>496</sup> Art. 812 du Code civil : « toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés ».

<sup>497</sup> CHÉNEDÉ F., « La cause est morte... vive la cause ? », CCC, mai 2016, Dossier, n°4.

<sup>498</sup> DUPEYROUX J.-J., *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Thèse, éd. 1955, n°161 et s.

dans les opérations prises avec anticipation, les héritiers sont les bénéficiaires du contrat, il ne faut pas confondre les opérations avec un bénéficiaire final et les opérations de représentation dans lesquelles se retrouve le mandat. De plus, alors que l'obligation d'apparaître semble exceptionnellement remise en cause dans ses fondements pour les opérations avec un bénéficiaire final, elle reste applicable par transparence en matière de représentation et plus particulièrement de plusieurs types de mandats. Est-ce nécessairement le cas pour tous les mandats ?

178. D'autres opérations peuvent être caractérisées comme des contrats de mandat, les actes pris pour une société en formation ou les actes pris pour une personne qui n'est pas encore née<sup>499</sup>. Dans le premier cas, l'acte est passé généralement par les associés au nom et pour le compte d'une société avant son immatriculation. Une fois cette société immatriculée, elle reprend immédiatement les engagements pris pour elle par les associés. Dans le second cas, nous appliquons simplement l'adage « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis jus habetur* <sup>500</sup> », l'enfant est un sujet de droit à partir du moment où il est simplement conçu. Là encore, il n'est pas possible de qualifier ce type de mandat d'opération avec un bénéficiaire final. Il ne s'agit pas d'agir de manière occulte ou cachée, mais de fonder une société, le mandat qui entoure ces opérations caractérise la transparence de celle-ci et l'imputation directe des effets des actes dans le patrimoine de la société une fois celle-ci formée<sup>501</sup>. La transparence du mandat illustre nécessairement l'obligation des parties d'apparaître au contrat. Le mandant apparaît comme le seul bénéficiaire des actes pris par son mandataire.

179. Une situation exceptionnelle peut avoir lieu, le cas où le contrat de mandat est requalifié en contrat de travail ou inversement. En effet, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation requalifie le mandat d'un gérant d'une EURL en contrat de travail et confirme la position des juges du fond quant au manque d'indépendance du gérant vis-à-vis de l'associé unique<sup>502</sup>. Dans ce cas, la question primordiale serait de savoir si la situation du salarié face à son employeur est comparable à

---

<sup>499</sup> Cass. com. 13 novembre 2013, n°12-26. 158 : les actes pris pour une société en formation ne peuvent être imputés à ladite société sans le respect d'un certain formalisme. Le fait de simplement mentionner « en cours d'enregistrement » ne suffit pas ; pour exemple Cass. com. 9 octobre 2001, bull. Joly 2002. 71, note Menjucq ; également Cass. com. 14 novembre 2006, Bull Joly 2007. 374, note J.-F. Barbière ; Droit des sociétés 2007, n°3, note H. Lécuyer.

<sup>500</sup> MAZEAUD D., « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », RTD civ, 2018, page 72 : « Principe général du droit hérité de la nuit des temps, la règle selon laquelle l'enfant simplement conçu, s'il naît vivant et viable, est considéré comme s'il était né chaque fois qu'il y va de son intérêt, repose sur l'équité. En effet, « fixer le début de l'existence juridique à la naissance a quelque chose d'abrupt et peut déboucher, par le fruit du hasard, sur des solutions inéquitables. Priver de succession un enfant parce qu'il est né quelques jours après la mort de son père est difficilement acceptable. C'est la raison pour laquelle la loi permet à l'enfant simplement conçu de succéder (C. civ., art. 725) et de recevoir des donations (C. civ., art. 906) ».

<sup>501</sup> Cass. com., 1er juillet 2008, Bull. civ. IV, n°139 ; Droit des sociétés 2008, n°254 note J. Monnet.

<sup>502</sup> PREVOST S., « Requalification en contrat de travail du mandat d'un gérant d'une EURL », Revue des sociétés, 2014, p. 502.

celle de l'interposé dans le cadre de l'accomplissement de sa mission pour le compte du bénéficiaire final. Le contrat de travail est une opération contractuelle qui lie deux personnes, le salarié et son employeur. L'ensemble des conditions de validité du contrat lui sont applicables, le consentement libre et éclairé, la capacité, l'objet, l'offre et l'acceptation. Simplement ce qui différencie ce type de contrat de la représentation, c'est le lien de subordination et la rémunération qui s'y attache. L'exclusion de ce contrat est évidente selon deux critères essentiels, tout d'abord, il n'existe aucun lien de subordination entre l'interposé et le bénéficiaire final, il peut être appelé donneur d'ordre que dans le sens où il a confié une mission à autrui. Dans un second temps, la rémunération n'est pas une condition obligatoire à l'existence d'un lien entre ces deux personnages ce qui n'est pas le cas du salarié puisque la rémunération est obligatoire en droit du travail<sup>503</sup>. Ainsi, le mécanisme créant un bénéficiaire final exclut automatiquement les mécanismes assimilés à un contrat de travail. D'ailleurs, en la matière l'obligation d'apparaître est fondamentale, comment serait-il possible d'être embauché par une personne interposée sans connaître la véritable identité de son employeur ? L'inverse pose le même questionnement.

180. Enfin, il nous reste une opération, le courtage, la doctrine a refusé pendant longtemps de considérer qu'il s'agissait d'un contrat de mandat. Le courtier n'est pas un mandataire puisqu'on son rôle se limite à rapprocher deux parties. Cependant, l'analyse du Professeur DISSAUX nous laisse entendre que la modernisation de la définition du contrat de mandat ne le rend pas incompatible avec le contrat de courtage<sup>504</sup>. Le Professeur CAPITANT considère qu'il y a représentation « lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne, pour le compte d'une autre, dans des conditions telles que les effets se produisent directement et immédiatement, sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte<sup>505</sup> ». Comme le mandataire en charge de la conclusion d'un contrat pour le compte d'autrui, le courtier « est chargé de faire valoir à l'extérieur de la sphère contractuelle initiale (celle qui l'unit à celui pour le compte duquel il agit), de rendre présents ces intérêts à l'égard des tiers, même si ce n'est pas toujours de façon ostensible<sup>506</sup> ». Le courtier agit pour le compte

---

<sup>503</sup> FABRE A., « Le contrat de travail », *Revue de droit du travail*, 2007, p. 495.

<sup>504</sup> DISSAUX N., « Art. 1<sup>er</sup> Existence d'un mandat », *Répertoire de droit commercial*, Juillet 2015, actualisation Avril 2017 : « Traditionnellement, le mandat est présenté comme le contrat par lequel une personne confie le soin à une autre d'accomplir, en son nom et pour son compte, un acte juridique. Un courtier ne serait donc pas mandataire dans la mesure où son rôle se limite à rapprocher les parties éventuelles afin que, le cas échéant, elles se décident à conclure elles-mêmes un acte juridique. Présenter le courtage comme un mandat semble donc friser l'hérésie. À bien y regarder, la définition traditionnelle du mandat mérite cependant d'être reconsidérée. Elle relève d'un dogme qui s'effrite de part en part. Courtage et mandat ne sont évidemment pas fongibles. Mais si l'on tient que la définition du mandat mérite d'être étendue, le courtage n'en est plus qu'une espèce. C'est ce qu'il s'agit de montrer : le contrat de courtage est bien un mandat, fût-il limité à une simple entremise ».

<sup>505</sup> CAPITANT H., *Introduction à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> éd., 1912, Paris, Pedone, p. 365. – *Adde* : Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, t. 339, 2000, coll. Bibl. droit privé, LGDJ.

<sup>506</sup> IZORCHE, « À propos du mandat « sans représentation » », *Dalloz* 1999. Chron. 369, spéc. p. 373, n° 29.

d'autrui, il ne représente pas son donneur d'ordre, mais représente ses intérêts. Pourtant, il semble que l'absence de pouvoir de représentation implique l'exclusion de cette opération de la catégorie du contrat de mandat<sup>507</sup>. Le rapprochement de deux futures parties à un contrat ne peut être confondu avec une opération avec un bénéficiaire final. Ici l'obligation d'apparaître est parfaitement respectée puisque les deux véritables parties se rencontrent et échangent.

181. Suite à l'analyse des caractéristiques du mandat, il apparaît clairement aux yeux de tous que le mandataire agit au nom et pour le compte de son mandant. Son rôle d'interposé est claire et non dissimulé. L'identité du bénéficiaire de l'opération n'est pas déguisée, si bien que le contrat est caractérisé de transparent. Comme l'analyse le Professeur Philippe Le TOURNEAU, le mandataire « agit in contemplatio domini et non pas in nomine proprio<sup>508</sup> ». La jurisprudence est constante depuis 1886, « le caractère essentiel de ce contrat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant<sup>509</sup> ». Pour les opérations occultes, l'interposé agit en son nom propre, pour le compte du donneur d'ordres. Il dissimule sa véritable qualité en se faisant passer pour le seul bénéficiaire de l'opération conclue avec le cocontractant ignorant. Ce dernier type de mécanisme marque une exception à l'obligation d'apparaître, ce qui n'est pas le cas des opérations transparentes.

## 2. L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE ET LES OPERATIONS DE GARANTIE POUR AUTRUI

182. Les opérations de garanties pour autrui constituent un domaine particulier au sein du système juridique français. Il n'existe aucune définition légale de la notion de *sûretés*, pourtant il est utilisé de façon habituelle pour désigner, des mécanismes tels que « le cautionnement, la garantie autonome, la lettre d'intention, le gage, le nantissement, l'antichrèse, le privilège, l'hypothèque, la propriété garantie<sup>510</sup> ». Pour une meilleure compréhension de la notion, le Professeur CORNU nous apporte une définition large de ce que bon nombre de praticiens appellent *sûreté*. Avant tout définie comme une garantie, la sûreté s'analyse en trois temps, en premier lieu, la sûreté judiciaire est une « mesure conservatoire<sup>511</sup> », pouvant intervenir sur « certains biens en vertu d'une autorisation de justice<sup>512</sup> » ; en second lieu, la sûreté personnelle permet de garantir le créancier contre la défaillance

---

<sup>507</sup> Précisions sur la notion de courtage : GRIMALDI C., *Mandat et courtage*, in *Le mandat un contrat en crise ?*, sous la dir de DISSAUX N., Economica, coll. Etudes juridiques, 2011, p. 79.

<sup>508</sup> LE TOURNEAU Ph., « Caractères du mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>509</sup> Cass. civ., 14 avr. 1886, DP 1886. 1. 220 ; Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-12.759 Bull. civ. IV, n° 148 ; D. 2008. AJ 2140, obs. X. Delpéch ; Cass. civ., 3<sup>e</sup>, 17 juin 2009, n° 08-13.833 Bull. civ. III, n° 148 ; D. 2009. 2724, note N. DISSAUX.

<sup>510</sup> LEGEAIS D., « A - Définition », Répertoire de droit immobilier, Janvier 2016, actualisation Octobre 2018.

<sup>511</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> édition, PUF, 2018, p. 1005.

<sup>512</sup> Ibid.

du cocontractant engagé envers lui par l'intervention d'un individu engageant sa solvabilité, il peut s'agir du cautionnement ; enfin et en dernier lieu, la sûreté réelle permet de garantir le créancier contre la défaillance du cocontractant engagé envers lui par la valeur d'une chose. Il semble assez difficile de trouver une définition harmonieuse de la notion de *sûreté*, le plus souvent utilisée aux plurielles, elle permet de désigner principalement les mécanismes permettant de garantir le créancier contre la défaillance du débiteur<sup>513</sup>. C'est d'ailleurs ce que l'Ordonnance prévoit, puisque les articles 2284 et 2285 du Code civil<sup>514</sup> consacrent la situation avantageuse du créancier face à son débiteur. La sûreté personnelle modèle reste l'acte de cautionnement, rattaché au droit des contrats, le contrat de caution permet au créancier d'obtenir le recouvrement de sa créance en cas de défaillance du débiteur. Ce droit personnel ne peut être confondu avec les sûretés réelles qui utilisent les biens comme seul objet de garantie. Cette sûreté attribue un droit réel sur le bien, il peut s'agir d'un privilège mobilier ou immobilier, gage ou hypothèque par exemple. Le professeur LEGEAIS apporte une définition plus précise des sûretés puisque pour lui il s'agit de l'affectation au bénéfice du créancier, d'un ensemble de biens, d'un bien et même d'un patrimoine, par l'ajout d'un droit qui serait accessoire au droit issu de la créance<sup>515</sup>.

183. La mise en œuvre d'une sûreté, qu'elle soit personnelle ou réelle confère au créancier un privilège en vertu du contrat qu'il a conclu avec son débiteur défaillant<sup>516</sup>. Par principe le contrat de cautionnement ne concerne que deux personnes, dans laquelle une personne s'oblige unilatéralement envers une autre<sup>517</sup>. Cependant, son caractère accessoire donne un intérêt particulier à notre analyse. L'obligation principale doit être garantie par la caution<sup>518</sup>. Cependant, ce type d'opération ne peut être confondue avec une opération à trois personnes, la caution peut ne jamais intervenir au contrat principal puisqu'il n'est présent qu'en cas de défaillance. Il n'existe pas de bénéficiaire final, si ce n'est l'illustration de l'obligation d'apparaître au sein de deux contrats dont l'un dépend irrémédiablement de l'exécution de l'autre.

---

<sup>513</sup> LEGEAIS D., « A - Définition », Répertoire de droit immobilier, Janvier 2016, actualisation Octobre 2018 : « Tous ces mécanismes ont en commun de conférer une situation privilégiée au créancier ».

<sup>514</sup> Art. 2284 du Code civil : « Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir. » ; Art. 2285 du Code civil : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

<sup>515</sup> LEGEAIS D., *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 11e éd., LGDJ, 2016, n°21.

<sup>516</sup> Cass. civ. 1re, 2 février 1972, Bull. civ. I, n°37 ; PORCHY-SIMON S., *Droit civil, 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2016, n°44.

<sup>517</sup> REVET Th., ZENATI-CASTAING F., *Sûretés personnelles*, PUF, coll. Droit fondamental, 2013, n°42 ; PIETTE G., « Cautionnement », Rép. civ. Dalloz, 2016, n°28.

<sup>518</sup> FRANÇOIS J., *Les sûretés personnelles*, LARROUMET (Ch.), (Dir.), Economica, 2004, n°30 ; SIMLER Ph., *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., Litec, 2015, n°47.



184. La garantie autonome est de manière théorique une opération à trois personnes qui comprend deux contrats, le premier concernant la garantie, l'autre concernant le contrat principal sur lequel la garantie est prise. Le bénéficiaire de la garantie est le créancier à savoir le cocontractant qui s'engage envers une autre partie débitrice. Le professeur BONNEAU parle d'une « promesse de crédit par signature puisque le banquier promet, contre rémunération, de mettre les fonds à disposition du bénéficiaire si les conditions de cette mise à disposition sont réunies<sup>519</sup> ». Dans un exemple simple, un importateur prend un gros contrat de niveau international, pour couvrir son investissement, il désigne sa banque pour conclure un accord avec l'établissement étranger afin d'obtenir une garantie de premier rang, mais après paiement il sera également parfaitement possible d'exercer des recours contre la banque de l'investisseur en contre garantie. Selon plusieurs auteurs il existe un *bénéficiaire final* et un *garant de premier rang*<sup>520</sup>. Il semble que ces deux opérations d'envergure internationale brillent par une certaine transparence compte tenu des engagements des différentes parties. L'obligation d'apparaître est idéalisée puisqu'elle contribue à la confiance des parties et peut illustrer notamment le lien existant avec le principe de bonne foi. Pourtant, il ne semble pas que la définition de ce mécanisme soit en adéquation avec la notion de bénéficiaire final, bien que celle-ci soit utilisée dans le sens du bénéfice en dernier lieu de l'avantage contenu dans l'opération contractuelle conclue.

185. En effet, bien souvent le langage juridique courant utilise des notions proches linguistiquement, mais différentes dans l'examen de leur sens. Prenons l'exemple du *bénéficiaire de la garantie*, la première approche du juriste serait de qualifier le créancier de bénéficiaire de la garantie prise par le débiteur. Et cela semble tout à fait juste, simplement, les sûretés doivent être distinguées du système de l'assurance où l'individu appelé *bénéficiaire de la garantie* n'est pas nécessairement le *bénéficiaire garanti*. En effet, l'assurance permet de garantir le souscripteur, simplement dans bien des cas, elle permet de garantir un proche de ce dernier ce qui revient finalement à stipuler pour autrui<sup>521</sup>. Le système de l'assurance ne nous permet pas de considérer le *bénéficiaire de la garantie* comme le *bénéficiaire garanti*. Or, le *bénéficiaire de la garantie* conférée par la sûreté réelle ou personnelle est le *bénéficiaire garanti*. Il en est de même pour le *bénéficiaire final* ainsi décrit par les auteurs précédemment cités, il s'agit de désigner celui qui en bénéficie de manière

---

<sup>519</sup> BONNEAU T., *Droit bancaire*, 11e éd., LGDJ, n°826, p. 604.

<sup>520</sup> DELEBECQUE Ph., *Garanties et contre-garanties*, in *Mélanges Ch Gavaldà*, Dalloz, 2001, p. 91 et s.

<sup>521</sup> CAILLÉ C., « C - Bénéficiaires de la garantie », Répertoire de droit civil, Décembre 2013, actualisation Septembre 2018 : « En principe, seul l'assuré bénéficie de la garantie de l'assurance. En effet, l'article L. 121-2 n'impose pas à l'assureur de garantir la responsabilité personnelle des personnes visées au texte. En conséquence, si la victime choisit d'assigner personnellement, par exemple, l'enfant mineur de l'assuré ou le préposé, sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, la dette de réparation ne sera pas prise en charge par l'assureur. Néanmoins, le contrat peut, par clause expresse, garantir cette responsabilité personnelle ; notamment, le contrat d'assurance « Responsabilité civile chef de famille » comporte généralement une clause qui stipule que le conjoint, les descendants et ascendants [...] vivant habituellement au domicile de l'assuré ont eux-mêmes la qualité d'assuré. Toutefois, lorsque l'assureur garantit la responsabilité personnelle de ces personnes, leur faute intentionnelle est, bien entendu, exclue de la garantie ».

favorable en dernier lieu, mais pas du *bénéficiaire final d'une opération contractuelle* adoptant une position de retrait dans le but de tirer profit d'une opération contractuelle réalisée par un interposé.

186. C'est à ce stade que doit intervenir cette prochaine question. En quoi la notion de *bénéficiaire garanti* doit-elle être distinguée de celle de bénéficiaire final ? Il convient de reprendre le contexte dans lequel évolue le *bénéficiaire garanti*, un individu s'engage envers un autre dans le cadre d'un contrat. Il ne respecte plus ses obligations ce qui oblige le *bénéficiaire garanti* à intervenir sur la sûreté prévue lors de l'engagement. Le *bénéficiaire garanti* ne dissimule pas son identité, les parties sont parfaitement identifiées. Le *bénéficiaire garanti* n'adopte aucune position de retrait. Par ailleurs, la garantie est déclenchée qu'en cas de défaillance du débiteur, il n'existe aucune forme d'interposition ou d'intermédiation<sup>522</sup>. Le *bénéficiaire garanti* intervient directement en se protégeant grâce à la garantie mise en place par son débiteur en début de contrat. Par exemple, un individu A souhaite contracter un crédit avec un établissement B. Cet établissement lui demande une garantie sur son bien immobilier, l'individu A en est d'accord et passe le contrat directement avec B. Si ce contrat n'est pas respecté, l'établissement B sera dans l'obligation de procéder à la saisie de son bien immobilier. Il n'existe aucune position de retrait dans ce cas de figure. Pour autant, le *bénéficiaire garanti* a un but précis qui est celui de bénéficier de la garantie prévue au contrat en cas de défaillance du débiteur.

187. Malgré ce dernier élément, il apparaît clairement au fil de nos différentes lectures que le *bénéficiaire garanti* ne peut être confondu avec le bénéficiaire final. L'implication de ce personnage dans le déclenchement de la garantie prive d'effet le second élément à savoir la recherche du but de l'opération. Les opérations avec un *bénéficiaire garanti* illustrent néanmoins, de façon pleine ou relative, selon la typologie des mécanismes, l'obligation d'apparaître au contrat. Ce n'est pas le cas des opérations contractuelles occultes dans lesquelles l'obligation d'apparaître devient une exception.

## **II : L'EXCEPTION A L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE**

188. Le mensonge concerté que constitue la simulation permet aux différentes parties de cacher l'intention et le but de l'opération contractuelle qu'ils souhaitent réaliser<sup>523</sup>. La simulation peut avoir lieu de plusieurs façons différentes, soit elle tient compte d'une dualité d'opération entre

---

<sup>522</sup> LEGAIS D., op. cit., n°21 ; SIMLER Ph., « Codifier ou rectifier le droit des sûretés personnelles ?, Livre du Bicentenaire du Code civil », Dalloz, 2004 ; « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement, Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », Dr. et proc. 2006. 41 ; BONNEAU T., op. cit., n°826, p. 604.

<sup>523</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., op. cit., n° 724, p. 791.

les mêmes parties, soit elle tient compte de la volonté d'une partie de s'éloigner de l'espace contractuel afin de recevoir le profit de l'acte en dernier lieu<sup>524</sup>. La dualité d'actes implique une construction occulte dès la formation de l'opération contractuelle, à aucun moment il s'agit de contrats successifs<sup>525</sup>. L'interposition de personne est une technique permettant de placer une personne en retrait de l'opération de manière concertée ou de manière secrète<sup>526</sup>. Cela implique notamment que la qualité d'intermédiaire ou d'interposé d'une personne soit totalement dissimulée ou non. Le prête-nom est la parfaite illustration de la dissimulation occulte, alors que le contrat de commission encadre une dissimulation partielle<sup>527</sup>.

189. La déclaration de command est un contrat qui ne fait pas partie des mécanismes de simulation<sup>528</sup>. Le commandé réalise un acte en son nom, mais pour le compte du command, qui en obtiendra l'entier bénéfice dès que son identité sera révélée. Ces opérations occultes ou semi-occultes constituent des exceptions à l'obligation d'apparaître, elles dissimulent un acte, une personne, de manière temporelle ou permanente dans l'unique but de créer un avantage des suites de ce retrait. Il convient dès lors de porter une attention particulière aux opérations permettant la dissimulation totale du bénéficiaire final (A). Et enfin d'analyser les opérations permettant la dissimulation partielle du bénéficiaire final (B).

#### A : L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE ET LES OPERATIONS OCCULTES

190. L'exception à l'obligation d'apparaître peut être illustrée par la mise en œuvre d'opération destinée à cacher la présence et l'identité du bénéficiaire final. Il s'agit notamment de mettre l'accent sur mécanismes permettant le retrait total de celui qui profitera en dernier lieu. C'est notamment le cas en matière d'acte réalisé par personne interposé, la simulation porte sur l'identité du bénéficiaire du contrat<sup>529</sup>. Cette opération à trois personnes se caractérise par l'adoption d'une position de retrait permettant à une autre personne appelé interposé, de conclure une convention qui ne sera profitable qu'en fin de mission. L'interposé est le prête-nom et son donneur d'ordres est le

---

<sup>524</sup> DAGOT M., *La simulation en droit privé*, Thèse, 1907, n° 69 ; Cass. civ., 1re, 13 janvier 1953, Bull. civ. I, n°15, p. 12 : pour qu'il y ait simulation, il faut deux actes l'un apparent, l'autre occulte, entre les mêmes parties sachant que le second vient modifier ou annuler le contenu du premier.

<sup>525</sup> Cass. civ., 8 mars 1949, JCP 1949. II. 4973 ; Cass. Req. 10 janvier 1939, Gaz. Pal. 1939. I. 1480 ; Cass. civ., 1ère, 2 juin 1970, Bull. civ. I, n°186, p. 150 : sur la possibilité que la contre-lettre soit rédigée avant ou après l'acte apparent dès lors que les parties soient dans un logique de simulation dès le départ.

<sup>526</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., op. cit., n° 730, p. 793-794.

<sup>527</sup> DIDIER Ph., op. cit., Thèse, n°110 et s.

<sup>528</sup> LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ., 1999, p. 297 et s.

<sup>529</sup> Cass. civ. 3e., 15 novembre 2000 : JCP 2002, II, 10054 et note Ch. Lièvremont ; JCP 2001, I, 301, n°1-10, obs. Y.-M., Serinet.

bénéficiaire final de l'opération<sup>530</sup>. Outre l'interposition, il convient de porter une attention particulière à la promesse unilatérale de vente avec clause de substitution. Dans ce cas particulier, le bénéficiaire de l'option se réserve le droit de se substituer une troisième personne qui pourra être considérée comme le bénéficiaire final de l'opération<sup>531</sup>.

191. Alors que l'obligation d'apparaître repose sur plusieurs principes fondamentaux, tels que la force obligatoire ou la bonne foi, il semble important de se demander si l'exception admise par le droit ne remet pas en cause le respect de ces principes ? Le système contractuel français est profondément consensuel ce qui implique notamment l'obligation de donner un plein effet à la volonté réelle des parties<sup>532</sup>. Or celle-ci ne peut pas être appréciée au regard de l'acte apparent, car seul l'acte secret reflète la véritable intention des parties. C'est d'ailleurs dans le sens de cette lecture que le législateur de la réforme de 2016 a souhaité régir les rapports entre les parties<sup>533</sup>. Les dispositions de l'acte occulte sont parfaitement applicables aux parties, ce qui revient à dire que l'acte secret devrait prévaloir sur l'acte apparent. Néanmoins, l'acte secret reste toujours soumis aux conditions générales de validité du contrat prévues à l'article 1128 du Code civil<sup>534</sup>. Il n'existe donc aucun moyen légal de contourner la loi par fraude ou par ruse, car le non-respect de ces conditions de validité entraînerait inévitablement la nullité du contrat<sup>535</sup>. « La dissimulation du nom du mandant ne doit pas tourner des règles prohibitives<sup>536</sup> ». Cette exception à l'obligation d'apparaître dispose d'un certain nombre de limites tenant notamment à la validité du contrat occulte au regard des dispositions de l'article 1128 du Code civil, mais également au respect des principes directeurs du droit des contrats. La force obligatoire et l'obligation d'apparaître illustrent l'engagement des personnes qui consentent à la réalisation d'une opération contractuelle. Or en matière d'interposition, l'interposé prend les effets de l'acte réalisé dans son patrimoine puis les transferts dans le patrimoine du bénéficiaire final en fin de mission. Il y a une forme de coupure dans le principe de la force obligatoire,

---

<sup>530</sup> Cass. civ. 1re., 28 novembre 2000 ; JCP 2001, II, 10645 et note T. Azzi ; D. 2001, somm. 1139, obs. Ph. Delebecque ; Défrenois 2001, art. 37309, n°237, obs. R. Libchaber ; RTD civ. 2001, 134, obs. J. Mestre et B. Fages.

<sup>531</sup> Cass. civ., 31 janvier 1866, DP 1866.I.69 ; S. 1866. I.152 : « Rien ne s'oppose à ce qu'une promesse de vente devienne l'objet de cession » ; PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2014, p. 91 et s ; BEHAR-TOUCHAIS M., *Retour sur la clause de substitution*, in *Études L. Boyer*, Toulouse, 1996, p. 85 et s.

<sup>532</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 320, p. 285.

<sup>533</sup> Art. 1201 du Code civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

<sup>534</sup> Cass. civ., 1re., 20 décembre 1988 : Bull. civ. 1988, I, n°369, p. 249 ; D. 1990, 241 et note J.-P. Marguénaud ; Défrenois 1989, 759, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1989, 300, obs. J. Mestres.

<sup>535</sup> Cass. civ., 1re., 22 janvier 1975 : JCP 1976, II, 18401, 2e esp. Et note Ph. Simler ; Cass. ch. mixte., 12 juin 1981 : D. 1981, 413, concl. av. gén. Cabannes.

<sup>536</sup> Cass. Req., 5 avril 1880, DP 1881. I. 13 ; Cass. Req., 26 juin 1883, DP 1884. I. 229 (fraude à la loi).

néanmoins ce mécanisme peut parfaitement s'inscrire dans une exception parfaitement admise au sein du système juridique français tant qu'il reste neutre.

192. La liberté contractuelle et la bonne foi peuvent particulièrement se heurter à l'exception offerte par l'obligation d'apparaître aux opérations avec un bénéficiaire final occulte. En droit français l'exécution du contrat de bonne foi vient de DOMAT qui disait au XVII<sup>e</sup> siècle « l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander (...). Chacun est obligé à tout ce qu'elle demande, selon la nature de la convention et les suites qu'elle peut avoir<sup>537</sup> ». Il est ajouté que « dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où ils sont entrés<sup>538</sup> ». La liberté de contracter qui est un principe en lien avec l'autonomie de la volonté se caractérise notamment par la liberté de s'engager ou non dans un contrat. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a procédé à une consécration du principe de la liberté contractuelle à travers la loi sur les 35 heures en faisant référence à la liberté de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu du contrat<sup>539</sup>.

193. Dans l'acte occulte, les principes de bonne foi et de liberté contractuelle peuvent s'appliquer comme dans le cadre d'un contrat classique. Le premier principe doit être observé notamment lors de la formation comme lors de l'exécution du contrat. La confiance entre les cocontractants doit être pleine et entière étant donné le degré de responsabilité et d'informations détenues par l'interposé. Par contre, dans l'acte apparent que dire de la liberté contractuelle de la partie tenue dans l'ignorance ainsi que du respect du principe de bonne foi qui semble bafouée ? Comme la révision de la théorie classique de la qualité de parties et de tiers<sup>540</sup>, la bonne foi est un principe qui doit pouvoir être adapté à ce type d'opérations, comme doit l'être également le principe de liberté contractuelle. Bien qu'il soit toujours possible de considérer que les contrats occultes conduisent irrémédiablement à une lecture restreinte de la liberté contractuelle<sup>541</sup>.

---

<sup>537</sup> JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Etudes comparative de droit français, allemand et japonais*, Thèse, Dalloz, 2001, n°513, p. 143 ; *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689, *Des conventions en général*, Titre I, sect. III, Des engagements qui suivent naturellement des conventions quoiqu'ils n'y soient pas exprimés, n°12.

<sup>538</sup> JALUZOT B., op. cit., n°513, p. 143 ; *Traité des lois*, Chap. V, n°5.

<sup>539</sup> Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC : JO 16 juin 2013, p. 997 ; JCP 2013, 929, note J. Ghestin ; RDC 2013, 1285, note C. Pérès ; RTD civ. 2013, 832, obs H. Barbier.

<sup>540</sup> GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628 ; DELMAS SAINT-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, coll. Droit privé, 2000, cité par BRENNER C. et LEQUETTE S., « Acte juridique. Théorie générale de l'acte juridique », Répertoire de droit civil, février 2019 ; MATHIEU IZORCHE M.-L., « Une troisième personne bien singulière ou 2 + 1 = tout autre chose », RTD civ. 2003, 51 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour le renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994. 777.

<sup>541</sup> Analyse des suites des différentes lectures concernant le recul de la liberté contractuelle face à la notion d'ordre public : SAVATIER R., « L'ordre public économique », D. 1965, chron. 37 ; voir notamment sur ce point : MALAURIE Ph., *L'ordre public et le contrat*, 1952.

194. L'analyse de l'opération occulte illustre parfaitement l'exception à l'obligation d'apparaître. Bien qu'elle se limite aux contrats dont les conditions de validité ne peuvent être remises en cause, il se trouve que le droit accueille l'intention dissimulatrice des parties tant que le dispositif reste légal. Au sein des opérations semi-occultes ou partiellement occultes, l'exception à l'obligation d'apparaître s'applique à des degrés différents.

## B : L'OBLIGATION D'APPARAÎTRE ET LES OPERATIONS SEMI-OCCULTES

195. La déclaration de command est un mécanisme lié à la vente, le commandé achète un bien pour le compte du command sans indiquer au vendeur l'identité de celui pour lequel il conclut la vente<sup>542</sup>. L'option repose sur le donneur d'ordres qui devra révéler son identité en fin de mission<sup>543</sup>. Cette opération contractuelle se verra appliquer les dispositions relatives au mandat en cas de révélation, alors que le maintien du secret fera basculer le mécanisme dans la simulation<sup>544</sup>. L'obligation d'apparaître est une exception dans la formation de la déclaration de command, mais lors de l'exécution et selon l'option du command, cette obligation peut être considérée comme relative<sup>545</sup>.

196. Le contrat de commission est une forme de représentation occultée à travers laquelle l'interposé contracte en son nom propre, pour le compte d'un donneur d'ordres caché<sup>546</sup>. Ce mécanisme contractuel se rencontre fréquemment dans le domaine commercial<sup>547</sup>. De manière générale, le commettant va se substituer au commissionnaire afin de prendre place en tant que partie au contrat<sup>548</sup>. Inversement, il peut parfaitement refuser de prendre part à l'acte réalisé pour son compte et la représentation s'efface automatiquement<sup>549</sup>. Pour le contrat de commission là encore il existe une exception à l'obligation d'apparaître, mais pas de manière permanente comme c'est actuellement

---

<sup>542</sup> MALAURIE Ph., AYNÈS L., GAUTHIER P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., LGDJ, coll. Lextenso, 2018, n° 535, p. 307.

<sup>543</sup> PILLET G., op. cit., n°105, p. 110.

<sup>544</sup> Cass. civ. 3e, 17 avril 1984, n° 83-12.106 ; COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 6e éd., n°662, p. 554.

<sup>545</sup> LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ., 1999, p. 297 et s.

<sup>546</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 117, p. 114.

<sup>547</sup> Art. L. 132-1 du Code de commerce : « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ».

<sup>548</sup> COZIAN M., *Droit des sociétés*, Droit des sociétés Litec, 30e éd., 2017, n°1956 ; AUCKENTHALER F., « Commettants commissionnaires à la vente, détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractants », D. 1998, chron. 53.

<sup>549</sup> Cass. com., 9 décembre 1997, Bull. civ. IV, n° 333, JCP G 1998. II. 10201, n. O. Litty.

le cas dans les contrats occultes. Cette exception devrait disparaître par le transfert des effets de l'acte réalisé pour la commission ou la révélation de l'identité du command.

197. L'obligation d'apparaître au contrat s'oppose à plusieurs notions juridiques, notamment le droit au secret des affaires<sup>550</sup>. Cette notion ne peut être expliquée sans qu'un parallèle soit fait avec le droit au respect de la vie privée. Le droit au secret des affaires n'est pas défini en droit français, il puise les différents aspects de la protection dont il bénéficie de plusieurs régimes existants<sup>551</sup>. L'appréhension comme l'usurpation est notamment sanctionnée par la concurrence déloyale. Certaines infractions en droit pénal ou en droit du travail peuvent sanctionner l'atteinte portée au secret des affaires<sup>552</sup>. Pourtant, il existe une pensée critique sur les lacunes qui pèsent sur la matière affairiste concernant cette notion<sup>553</sup>. Une proposition de loi a d'ailleurs été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 23 janvier 2012. Monsieur MATHON, avocat général près la Cour de cassation a eu l'occasion de s'exprimer sur le sujet en étant force de proposition sur un volet beaucoup plus civiliste<sup>554</sup>. La Commission européenne a eu l'occasion d'intervenir par une proposition de directive destinée à ouvrir le volet civiliste permettant une protection renforcée du secret d'affaires<sup>555</sup>. L'obligation d'apparaître ne remet pas en cause le secret d'affaires, néanmoins, elle remet en cause la liberté de l'une des parties de se substituer un individu tout en gardant son identité cachée de manière permanente ou temporaire. En effet, l'identité de l'une des parties peut faire l'objet d'un secret d'affaires, le mécanisme contractuel permettant de se substituer une personne pour réaliser un contrat ostensible peut faire l'objet d'un secret d'affaires et c'est en cela que l'obligation d'apparaître doit contenir des exceptions. C'est là qu'il faut se demander ce qu'il faut protéger en premier lieu, la position du cocontractant ignorant qui subit un retrait imposé, ou celle du bénéficiaire final qui souhaite préserver le secret de sa présence ou comme dans le cas des opérations semi-occultes, le secret de son identité ?

198. Pour aller plus loin, l'obligation d'apparaître va-t-elle dans le sens d'un manquement au respect de la vie privée<sup>556</sup> ? La vie privée bénéficie d'une protection importante compte tenu du

---

<sup>550</sup> GARINOT J.-M., *Le secret des affaires*, Thèse, LexisNexis, 2013, n° 103 et s ; GARINOT J.-M., « La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ? », *AJ Pénal*, 2017, 378 ; Art. L. 151-1 et suivants du Code de commerce.

<sup>551</sup> LAPOUSTERIE J., « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », *Recueil Dalloz* 2014, p. 682.

<sup>552</sup> Art. L. 1227-1 du Code du travail (avec le secret de fabrique) ; Art. 323-1 et s. du Code pénal (avec le traitement automatisé des données).

<sup>553</sup> REBUT D., « Le secret des affaires, in *Le secret à l'ère de la transparence* », *JCP* 2012., p. 20 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le délit de violation du secret de fabrique », *AJ Pénal* 2011, p. 459.

<sup>554</sup> MATHON C., « La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, rapport du groupe de travail présidé par C. Mathon, avocat général à la Cour de cassation », 2009, p. 24 et 27.

<sup>555</sup> LAPOUSTERIE J., *op. Cit.*, p. 682.

<sup>556</sup> Art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir

caractère dommageable de sa violation. La jurisprudence caractérise le droit au respect de la vie privée comme englobant des caractéristiques personnelles,<sup>557</sup> mais également professionnelles ou commerciales<sup>558</sup>. L'adoption d'une position de retrait du bénéficiaire final même de manière partielle pourrait parfaitement s'expliquer par le besoin de garantir un respect à la vie privée. Il s'agirait à ce stade de motiver juridiquement le retrait et expliquer l'application d'une exception à l'obligation d'apparaître au contrat par le droit au respect de la vie privée ou le droit à la discrétion<sup>559</sup> qui en découle naturellement.

---

## **§ 2 : Les conséquences d'une atténuation de l'obligation d'apparaître au contrat**

199. L'adoption d'une position de retrait de la part du bénéficiaire final atténue considérablement l'obligation d'apparaître avec des conséquences directes sur les principes directeurs du droit des contrats. Il s'agit notamment de prendre part à un processus de reconstruction du principe de liberté contractuelle en tenant compte de la présence de ce personnage atypique (I). Le principe du consensualisme est également touché par l'atténuation de l'obligation d'apparaître au contrat. Il s'agit notamment de participer à une relecture de la notion de partie et de tiers ce qui peut instaurer une forme de relativité du principe reposant sur l'échange de consentements (II).

### **I : LES INCIDENCES SUR LA LIBERTE CONTRACTUELLE**

200. À l'origine la liberté contractuelle était un moyen de parvenir à un équilibre entre les intérêts particuliers et l'intérêt général<sup>560</sup>. Il se trouve que la pratique a montré qu'il s'agissait d'une utopie puisque les parties les plus faibles ont toujours souffert de l'égoïsme des plus puissants. Le législateur a été dans l'obligation d'intervenir afin de moraliser les relations contractuelles dans des matières où la puissance de l'une des parties pouvait désavantager l'autre. Des dispositions spéciales s'appliquent désormais là où les dispositions générales ne portaient pas une attention particulière à la

---

ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>557</sup> CEDH 22 octobre 1981, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* ; CEDH 6 février 2001 *Bensaid c/ Royaume-Uni*.

<sup>558</sup> CEDH 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*.

<sup>559</sup> Notion fréquemment utilisée en droit du travail : Cass. soc., 14 décembre 1999 n° 97-41.995.

<sup>560</sup> PONTIER J.-M., « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz* 1998, chron. 327. Adde, MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.



vulnérabilité d'une partie par rapport à une autre. L'intérêt général ne peut pas être entendu comme l'addition de l'ensemble des intérêts particuliers<sup>561</sup>.

201. La liberté contractuelle fait partie des principes fondateurs en droit des contrats, elle complète plusieurs autres principes, tels que le principe du consensualisme, mais également la force obligatoire ou la bonne foi dans les relations contractuelles. Les auteurs se sont fréquemment demandé si de tels principes ne méritaient pas de prendre place aux côtés des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>562</sup>. Pourtant, le Conseil constitutionnel n'a pas voulu agir directement en ce sens<sup>563</sup>, la consécration a eu lieu à travers d'autres sujets<sup>564</sup>.

202. Dans le cadre des opérations avec un bénéficiaire final, le principe de la liberté contractuelle doit avoir une portée limitée permettant d'accueillir le mécanisme impliquant le retrait de celui qui va bénéficier en dernier lieu des effets de l'opération. Il s'agit notamment de porter une attention particulière à l'évolution de ce principe en faveur des opérations avec un bénéficiaire final, tout en prenant en compte de la liberté limitée de la partie tenue dans l'ignorance (I). Enfin, certaines constructions contractuelles peuvent être heurtées par le retrait de l'une des parties au contrat, c'est notamment le cas en matière de contrat intuitu personae (II).

#### A : L'EVOLUTION DU PRINCIPE DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE

203. La liberté contractuelle est un principe reconnu pour son importance par le Conseil constitutionnel à travers plusieurs domaines juridiques<sup>565</sup>. Cette notion détermine le droit de tout à chacun, qui en a la capacité de contracter ou non<sup>566</sup>. L'introduction au droit des contrats est une

---

<sup>561</sup> Notamment sur ce point : MEKKI M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, n° 1023 ; VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé*, op. cit., n° 13 et s : sur la définition de la notion d'intérêt.

<sup>562</sup> MOLFESSIS N., *Les sources constitutionnelles du droit des obligations*, in *Le renouvellement des sources des obligations*, LGDJ, 1997, p. 65.

<sup>563</sup> Pas de reconnaissance de ce principe comme ayant une valeur constitutionnelle : Déc. n°94-348 DC du 3 août 1994 : JCP 1995, II, 22404, note Broussolle. Cependant, le Conseil constitutionnel a reconnu le liberté du commerce et de l'industrie : CHAMPALAUNE C., « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence. Cinq ans de jurisprudence de la chambre commerciale », Rapp. C. Cass. 2001, p. 83.

<sup>564</sup> En ce qui concerne la loi sur les 35 heures : Cons. const., 10 juin 1998, n°98-401 DC : RTD civ. 1998, 796, obs. N. Molféssis ; En ce qui concerne la liberté de choix de son cocontractant et le contenu de ce contrat : Cons. const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC : JO 16 juin 2013, p. 997 ; JCP 2013, 929, note J. Ghestin ; RDC 2013, 1285, note C. Pérès ; RTD civ. 2013, 832, obs. H. Barbier.

<sup>565</sup> MODERNE V. F., « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006, p. 2.

<sup>566</sup> LATINA M., « Contrat : généralités », Répertoire de droit civil, mai 2017 : « La liberté contractuelle qui reçoit, de la part du Conseil constitutionnel, une protection constitutionnelle par le biais de la liberté de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen a été introduite dans le code civil, à l'article 1102, à l'occasion de la réforme du droit commun des contrats. La protection constitutionnelle de la liberté contractuelle n'a jamais empêché le législateur de prévoir des dérogations à cette liberté, dès lors qu'elles sont justifiées par un but d'intérêt général, et que les atteintes qui lui sont portées sont proportionnées au but recherché. Or, précisément, la multiplication des limites apportées à la liberté contractuelle, que l'on perçoit dans la formulation choisie par le législateur dans l'article 1102 du code civil pour consacrer

discipline qui nous apprend que le contrat est formé par la rencontre de l'offre et de l'acceptation<sup>567</sup>. Si bien que les deux futurs cocontractants par l'échange de consentements déclarent adhérer aux obligations qui découlent du contrat et s'engagent à les respecter<sup>568</sup>. La liberté contractuelle constitue le socle de cet engagement, les parties se choisissent, ont l'intention de contracter, échangent leur consentement et enfin respectent les dispositions préalablement établies par elles<sup>569</sup>.

204. La liberté contractuelle est « une puissance intérieure par laquelle l'homme [...] se détermine à faire ou à ne pas faire<sup>570</sup> ». Le lien faisant naître l'obligation a pris du temps à être expliqué, ce qui est naturel dans l'échange de consentement, ne l'était pas en droit romain primitif<sup>571</sup>. Se sont les rites qui sont à l'origine du lien d'obligation et le juriste romain n'a jamais vraiment accepté de reconnaître le principe du consensualisme<sup>572</sup>.

205. Le contrat est un acte de prévision<sup>573</sup>, si bien que le droit permet aux partenaires de se choisir librement et enfin de contracter ou non selon les critères qu'ils auront définis en amont<sup>574</sup>. Le Professeur LATINA le confirme en observant que « jusqu'à présent la Cour de cassation n'a pas jugé bon de généraliser l'obligation de motivation qui s'est fait jour dans certains textes spéciaux<sup>575</sup> ». Néanmoins, en ce qui concerne le contenu du contrat, les parties sont limitées à ce que la loi autorise<sup>576</sup>. Cette liberté contrôlée est consacrée par le Code civil à l'article 1102 qui précise que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi<sup>577</sup> ». Le principe

---

le principe de la liberté contractuelle serait à l'origine d'une crise du contrat. La liberté contractuelle implique, d'abord, la liberté laissée à chacun de passer un contrat ou, au contraire, de refuser sa passation ».

<sup>567</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 162 et s., p. 196 et s.

<sup>568</sup> Absence d'acceptation en cas de réserves ou de contre-propositions : Cass. civ. 3 février 1919, DP 1923. 1. 126 ; Cass. civ., 1re, 12 mars 1985, Bull. civ. I, n°89, p. 82 ; Cass. civ., 2e, 16 mai 1990, Bull. civ. II, n°98, p. 51.

<sup>569</sup> LÉVY J. Ph., « Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil », Rev. Sc. morales et politiques, 1995. 209.

<sup>570</sup> Le Petit Littré, 1959, Gallimard-Hachette, notion : Volonté, p. 2431 ; FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTD civ. 1995. 573 s.

<sup>571</sup> LÉVY J. Ph., op. cit., 1995. 209.

<sup>572</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 194, p. 228.

<sup>573</sup> LÉCUYER, *Le contrat, acte de prévision*, in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz, p. 643 s.

<sup>574</sup> Le refus de contracter fait partie du principe de liberté contractuelle notamment : SERNA J.-C., *Le refus de contracter*, thèse, Paris, éd., 1965 ; BARRET O., *Variations autour du refus de contracter*, *Mélanges J.-L. Aubert*, 2005, p. 5 et s.

<sup>575</sup> LATINA M., *Contrat : généralités*, Répertoire de droit civil, mai 2017 ; REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004. 579, spéc. n° 4

<sup>576</sup> GRIMALDI C., « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », LPA 2016, n°215.

<sup>577</sup> Art. 1102 du Code civil.

consacrant la liberté contractuelle ne doit pas « déroger aux règles qui intéressent l'ordre public<sup>578</sup> »<sup>579</sup>.

206. La liberté contractuelle est un principe consacré formellement par le Code civil lors de la réforme de 2016<sup>580</sup>. Il peut être fortement impacté par l'atténuation de l'obligation d'apparaître à l'opération<sup>581</sup>. Le bénéficiaire final est un individu qui se dissimule, il fait intervenir un interposé pour conclure à sa place et récolte les bénéfices de cette opération. Ce mécanisme implique non seulement la consécration d'une exception à l'obligation d'apparaître, mais également une nouvelle lecture de plusieurs principes comme celui de la liberté contractuelle. C'est pour cette raison qu'il est impératif de s'interroger sur le retrait volontaire du bénéficiaire final de l'opération, peut-il entraver la liberté de choix de l'autre partie au contrat ?

207. Dans le cadre d'une opération avec un bénéficiaire final, il faut considérer que l'autre partie n'a pas connaissance de l'identité de la personne avec laquelle elle contracte véritablement. Ce cocontractant est uniquement entré en négociation, donc en phase de formation contractuelle avec un « homme de paille<sup>582</sup> ». Le contenu du contrat se construit en fonction de la personne avec laquelle il échange, ce qui peut fausser dès le départ le jeu contractuel qui s'installe entre deux futurs partenaires juridiques<sup>583</sup>. L'exigence d'une *contemplatio domini* a pour objet de préserver la liberté contractuelle et, plus précisément, la liberté de choisir son cocontractant, ce qui n'est pas respecté avec la présence d'un bénéficiaire final. Son absence crée un trop grand fossé entre le cocontractant et son partenaire qui arrive en dernier dans l'opération. Sa présence contrevient à la liberté contractuelle du cocontractant, ce qui avantage le bénéficiaire final.

208. Pour ce qui concerne ce personnage atypique, le respect de ce principe serait fortement compromis sa portée était réduite à son égard. Le retrait n'est pas une notion nouvelle au sein du système juridique français, elle a été l'objet d'une consécration précise dans plusieurs matières<sup>584</sup>.

---

<sup>578</sup> Art. Préc.

<sup>579</sup> Analyse de ce texte notamment : PÉRÈS V. C., « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie », D. 2009, chron. p. 381.

<sup>580</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 126, p. 158.

<sup>581</sup> Analyse PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Thèse, LGDJ, n°54 et s, p. 59 et s : concernant l'intérêt de celui qui est désigné comme le représenté ; WICKER G., op. cit., n°105, p. 104 ; notamment refonte des notions de partie et de tiers : GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ., 1994, n°18, p. 792 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ., n° 28, p. 281.

<sup>582</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019.

<sup>583</sup> PELLET S., *Négociation et avant-contrat*, in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 25 et s., p. 26.

<sup>584</sup> Références : TALLON D., « Retrait et présomption : contribution à l'étude des retraits », RTD civ., 1950, n°2, 6 et 8, p. 209, 211 et 213 ; PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Thèse, LGDJ,

D'ailleurs, il convient de rappeler que le droit de retrait est « accordé à certaines personnes de prendre pour elles un achat fait par un autre en se substituant à celle-ci comme acheteur<sup>585</sup> ». Alors qu'une personne a conclu l'opération, une autre se substitue à elle afin de se voir appliquer les effets de ladite opération. Sa participation est rétroactive comme si l'opération avait transité du patrimoine d'une personne à l'autre par l'effet de la substitution<sup>586</sup>. Il faut tout de même préciser que la substitution n'a d'effets qu'entre les acquéreurs<sup>587</sup>. Avant la phase de négociation de l'opération contractuelle, une précédente opération désigne par avance une personne comme étant le bénéficiaire final de celle à venir. Il y a bien une désignation avant la réalisation du contrat ce qui écrase considérablement la liberté de choix du cocontractant ignorant face au bénéficiaire final. Pourtant, empêcher la réalisation de ce premier rapport contractuel reviendrait au même vis-à-vis du bénéficiaire final qui ne saurait faire appliquer sa volonté de se retirer du second contrat afin d'en bénéficier en dernier lieu.

209. Dans un autre point de vue, une appréciation plus moderne de la liberté contractuelle. En effet, sauf en cas de dissimulation frauduleuse, le bénéficiaire final peut être révélé en fin de mission, et les termes du contrat peuvent avoir été définis en amont de telle sorte qu'ils correspondent aux choix des deux parties<sup>588</sup>. L'interposé n'aura été qu'un transitaire ayant pour rôle de faire circuler l'information entre le bénéficiaire final et son cocontractant. Le principe de liberté contractuelle est atténué et accepte la présence du bénéficiaire final dont l'identité pourra être révélée en fin de parcours.

210. Les deux points de vue sont à la fois contradictoires et juste, physiquement le bénéficiaire final n'est pas présent, ce qui contrevient à la liberté de l'autre partie de choisir son partenaire. Pour autant, l'adhésion à la conception moderne de la qualité de partie nous laisse entendre que notre système juridique serait peut-être prêt à atténuer le principe de liberté contractuelle dans le cadre de ces opérations atypiques. Les incidences sur les contrats spécifiques sont tout autres.

---

n°70-71 ; COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 11<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2019, n°72, p. 73.

<sup>585</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, n°1647, p. 544.

<sup>586</sup> COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., op. cit., n°72, p. 73.

<sup>587</sup> TALLON D., op.cit., n°2, 6 et 8, p. 209, 211 et 213.

<sup>588</sup> Référence à la déclaration. De command et au contrat de commission : LEDUC F., « Réflexion sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ., 1999, p. 297 ; GHESTIN J., JAMIN Chr., BILLIAU M., op. cit., n°937 et s., p. 1010 et s.

B : L'EXCLUSION DES CONTRATS SPECIFIQUES

211. L'obligation d'apparaître au contrat comporte des contraintes dont il faut connaître les caractéristiques dans les contrats spécifiques. Notamment, en droit des sociétés et plus particulièrement pour les sociétés par actions simplifiées, il est possible de rencontrer des clauses limitant le droit de céder ses actions passant de l'interdiction pure<sup>589</sup>, à l'agrément préalable de la société<sup>590</sup>. Au sein d'une société à responsabilité limitée, la cession des parts est soumise également à l'agrément de la société, alors qu'entre associés cette cession est libre<sup>591</sup>. Pour ce qui concerne les sociétés en nom collectif, la cession est beaucoup plus particulière puisqu'elle ne peut avoir lieu sans respecter un certain nombre de dispositions prévues à l'article 1690 du Code civil<sup>592</sup>. La société civile n'échappe pas à la règle puisque les parts ne peuvent être cédées sans l'agrément de tous les associés<sup>593</sup>. C'est dire à quel point le législateur attache une grande à l'obligation d'apparaître au contrat. L'obligation d'apparaître au contrat exclu l'effet d'une clause de substitution permettant à l'une des parties de céder sa situation contractuelle à un tiers<sup>594</sup>. Elle exclut également les clauses anonymes de substitution ne permettant pas d'identifier avec certitude le substitué<sup>595</sup>. Seule la clause de substitution nominative pourrait éventuellement permettre une application extensive de l'obligation d'apparaître au contrat<sup>596</sup>.

212. La présence d'un bénéficiaire final peut perturber la mise en place d'un contrat prenant en considération la personne du cocontractant, il s'agit du contrat *intuitu personae*. À cet égard, le Professeur CONTAMINE-RAYNAUD écrit qu'il y a « considération de la personne dans un contrat lorsque le cocontractant, au lieu de considérer uniquement la prestation qu'il attend de ce contrat, considère également personne qui doit lui fournir ladite prestation<sup>597</sup> ». L'analyse du contrat *intuitu personae* suppose une certaine confiance entre les partenaires juridiques, c'est le cas du mandat ou du contrat d'agence commerciale<sup>598</sup>. Les contrats à titre gratuit, les donations et les opérations de

---

<sup>589</sup> Art. L. 227-13 du Code de commerce.

<sup>590</sup> Art. L. 227-14 du Code de commerce.

<sup>591</sup> Art. L. 223-16 du Code de commerce.

<sup>592</sup> Références aux diligences complexes et fortement coûteuses impliquant la notification par voie d'Huissier de Justice notamment : Cass. com., 10 mars 1992, Rev. Sociétés 1992. 732, note R. Libchaber.

<sup>593</sup> Art. 1861 du Code civil.

<sup>594</sup> PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Thèse, LGDJ, n°87, p. 91 ; BEHAR-TOUCHAIS M., *Retour sur la clause de substitution*, in *Mélanges dédiés à L. BOYER*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, n°12, p. 92.

<sup>595</sup> PILLET G., op. cit., n°88, p. 92.

<sup>596</sup> PILLET G., op. cit., n°89, p. 93.

<sup>597</sup> CONTAMINE-RAYNAUD M., *L'intuitu personae dans les contrats*, Thèse, Paris II, 1974, n°28.

<sup>598</sup> Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, D. 2003. 2231, note J.-P. Brill et C. Koering ; CCC 2003, n° 36, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. 2003. 97, obs. D. Poracchia ; RTD civ. 2003. 295, obs. J. Mestre et B. Fages

bienfaitances sont toujours réalisées en considération de la personne<sup>599</sup>. La vente est un contrat à titre onéreux qui nécessite de connaître les parties selon certaines circonstances<sup>600</sup>. Lorsque la personne se confond avec l'objet ou la cause, les contrats *intuitu personae* sont exclus du domaine de la cession<sup>601</sup>. C'est en cela que l'erreur sur la personne entraîne la nullité du contrat si ce dernier a été pris en considération de la personne, son rôle doit avoir été déterminant dans le consentement de l'autre partie<sup>602</sup>.

213. L'importance donnée à une personne dans le cadre de ce type de contrat est telle, qu'il ne peut être envisagé de conclure avec une autre personne que celle prévue. Dès lors, il serait inconcevable de considérer la présence d'un interposé pour conclure à la place du bénéficiaire final. Ce dernier est absent physiquement des négociations contractuelles, il se dissimule, si bien que le partenaire juridique qui contracte avec l'interposé n'a pas connaissance de sa présence. En fin de mission l'interposé disparaît, le bénéficiaire final est le seul à récolter les fruits de l'opération. Dans un contrat *intuitu personae*, la présence d'un bénéficiaire final n'est pas concevable, ce qui implique l'impossible admission d'une exception à l'obligation d'apparaître.

## **II : LES INCIDENCES SUR LA QUALITE DE PARTIE ET DE TIERS**

214. L'atténuation de l'obligation d'apparaître a des incidences sur l'opération contractuelle, mais également sur les parties. Non seulement le droit doit tenir compte de l'évolution de la notion de partie et de tiers (A), mais elle doit surtout appliquer une protection suffisante à la partie ignorante tout en préservant l'exception à l'obligation d'apparaître au contrat (B).

### **A : L'INTRODUCTION DU BENEFICIAIRE FINAL DANS L'OPERATION CONTRACTUELLE**

215. Afin de comprendre le mécanisme introductif de ce personnage atypique, il convient de revenir sur une distinction classique, celle portant sur la phase de formation et la phase d'exécution du contrat. Après l'échange de consentement, il y a nécessairement la phase d'exécution<sup>603</sup>. Le Doyen

---

<sup>599</sup> GRELON B., « L'erreur dans les libéralités », RTD civ., 1981, p. 261 et s.

<sup>600</sup> C'est l'exemple d'une vente selon les qualités essentielles de la personne du cocontractant.

<sup>601</sup> JEULAND E., *Cession de contrat*, Répertoire de droit civil, juin 2010, actualisation mai 2018.

<sup>602</sup> Art. 1132 du Code civil ; Cass com., 19 novembre 2003, Dalloz, Affaires 2004, p. 60, obs. AVENA-ROBARDET.

<sup>603</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 163 et s, p. 197 et s.

CARBONNIER a démontré que la frontière entre la formation et les effets du contrat était en réalité artificielle et que ce dernier ne peut s'achever qu'après une exécution convenable<sup>604</sup>. Il n'est pas possible de considérer l'introduction du bénéficiaire final en début ou en fin de contrat, car se serait considéré que soit l'interposé est une partie jusqu'à la conclusion sans pouvoir distinguer la frontière entre la conclusion et l'exécution. Il pourrait également y avoir une obligation de cantonner la matière substitutive au stade de la formation ce qui implique une forte remise en cause du principe de liberté contractuelle. Il est possible en effet, que le bénéficiaire final souhaite rester en retrait jusqu'à parfaite exécution du contrat initialement conclu par son interposé.

216. Il convient de se tourner vers une distinction entre deux critères fondamentaux, la formation du contrat et son imputation définitive dans le patrimoine du bénéficiaire final<sup>605</sup>. Bien qu'en matière de représentation il y a deux personnages distincts, le représentant qui conclut le contrat et le représenté qui est la partie contractante, il faut retenir que le premier personnage agit en transparence du second ce qui n'implique pas une imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du représenté<sup>606</sup>. Cette position contractuelle ne tient pas face à d'autres personnages comme le command ou le prête-nom, il en est de même pour le contrat de commission<sup>607</sup>. Toutes ces opérations se caractérisent par le retrait volontaire du bénéficiaire de l'opération qui dissimule partiellement ou totalement sa présence et/ou son identité. Le contrat ne peut et ne doit plus s'arrêter à l'échange de consentement. Pour tenir compte de la volonté des auteurs, il doit comprendre une analyse évolutive en fonction des différents mécanismes contractuels appliqués. C'est en cela que deux notions ont été consacrées par le Professeur GHESTIN, la partie contractante, auteur de l'acte, et la partie liée, qui intervient en cours d'exécution<sup>608</sup>. Ainsi, la formation du contrat commence toujours par un échange de consentement, mais doit s'achever par l'imputation des effets de l'acte sur le bénéficiaire final.

217. L'imputation implique nécessairement l'accord préalable de celui sur lequel les effets de l'acte seront appliqués. D'ailleurs, l'action de l'interposé doit être analysée comme l'expression de l'intérêt de son donneur d'ordres<sup>609</sup>. C'est pour cette raison que dans les caractéristiques de définition du bénéficiaire final, un point d'honneur est mis sur le retrait conscient ou volontaire dans l'optique

---

<sup>604</sup> CARBONNIER J., op. cit., n° 113, p. 221 et 222.

<sup>605</sup> GHESTIN J., « Nouvelles proposition... », op. cit., n°15, p. 790 ; DIDIER Ph., op. cit., n°127, p. 88-89 et 129.

<sup>606</sup> GENICON T., *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, Bruylant, 2014, p. 33 et s : le mandataire réalise des actes au nom du mandant.

<sup>607</sup> STARCK B., *Les rapports du commettant et du commissionnaire avec un tiers*, in *Le contrat de commission, Etudes de droit commercial, sous la direction de J. HAMEL*, Dalloz, 1949, p. 152 ; STORCK M., op. cit., n°302, p. 226 ; GHESTIN J., op. cit., n°955, p. 1027.

<sup>608</sup> GHESTIN J., op. cit., n°20, p. 792.

<sup>609</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°217, p. 139.

de récolter le profit de l'acte réalisé pour son compte. L'imputation des effets de l'acte intervient « lorsque l'on connaît celui chez lequel la cause est définitivement constituée et sera le cas échéant appréciée dans sa licéité<sup>610</sup> ». D'ailleurs, ce n'est qu'en suite de l'imputation que le bénéficiaire final pourra être tenu des obligations découlant de l'acte réalisé pour son compte. Le cocontractant ignorant possède l'ensemble des informations nécessaires à la contestation de l'acte juridique après cette étape.

## B : LA SANCTION EN REPOSE A LA CONTESTATION DU COCONTRACTANT IGNORANT

218. La substitution que permet l'opération avec un bénéficiaire final a pour effet d'ouvrir le contrat de telle manière à pouvoir imputer ses effets en totalité dans le patrimoine de ce personnage<sup>611</sup>. Cela revient à dire que les parties aux contrats occultes ont préalablement prévu leur éviction lors du contrat apparent. Le premier contrat est respecté dès lors que ses effets s'appliquent de façon naturelle, la mise en œuvre du second contrat est dépendante du précédent pour autant, le transfert des effets d'un patrimoine à l'autre ne remet pas en cause de respect des dispositions prévues dans le contrat<sup>612</sup>. D'autant que l'interposé reste tenu jusqu'au parfait transfert de l'acte<sup>613</sup>. La contestation du cocontractant ignorant ne peut tenir sur le seul fait que le bénéficiaire final n'ait pas été désigné de manière transparente au préalable. La force obligatoire du contrat s'adapte à l'intention des parties, de manière plus précise ce principe est au service du mécanisme subjectif qu'est le contrat<sup>614</sup>. Peut-être qu'il serait possible de se tourner vers le principe de bonne foi pour obtenir une sanction favorable au cocontractant ignorant ?

219. La bonne foi est une notion protectrice pour la partie qui a donné sa confiance à l'autre. Si la violation de la bonne foi porte préjudice au cocontractant victime, elle doit être sanctionnée par le droit<sup>615</sup>. C'est en cela que le dol principal est sanctionné par la nullité de l'opération contractuelle<sup>616</sup>. L'auteur du dol doit avoir eu l'intention de tromper son cocontractant, il doit avoir gardé sciemment le silence pour caractériser la réticence dolosive<sup>617</sup>. Sachant que l'erreur doit être

<sup>610</sup> PILLET G., op. cit., n°63, p. 66-67.

<sup>611</sup> PILLET G., op. cit., n°235, p. 214.

<sup>612</sup> Ibid.

<sup>613</sup> DIDIER Ph., op. cit., Thèse, n°110 et suivants ; LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ., 1999, p. 283.

<sup>614</sup> PILLET G., op. cit., n°235, p. 214.

<sup>615</sup> HOUTCIEFF D., « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », JCP G, 2009, n°47, 463, n°2 ; MAZEAUD D., « La confiance légitime et l'estoppel, in B. Fauvarque-Cosson (Sous la direction de), La confiance légitime et l'estoppel, Société de législation comparée », vol. 4, 2007, p. 247 et 269. Cet article a également été publié à la Revue internationale de droit comparé : RIDC 2006, n° 2, p. 363.

<sup>616</sup> Art. 1116 du Code civil ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 295 et s, p. 334 et s.

<sup>617</sup> Cass. civ., 3e, 3 février 1981, Dalloz, 1984. 457, note Ghestin J.



déterminante du consentement de la partie au contrat<sup>618</sup>. La sanction est d'une grande sévérité puisque l'acte est annulé de manière rétroactive ce qui implique des restitutions des parties<sup>619</sup>. Cette sanction peut réparer le préjudice subi par le cocontractant dont la confiance a été lésée. Il s'agit notamment de réparer la manœuvre tendant à cacher le bénéficiaire final sachant qu'en connaissance de cause le cocontractant n'aurait jamais consenti à l'opération. L'allocation de dommages-intérêts pourrait également réparer le préjudice subi<sup>620</sup>.

220. L'erreur n'est pas une notion juridique, cependant lors de la conclusion d'un contrat elle le devient lorsque l'une des parties contractantes a cru légitimement au bien-fondé d'un argument erroné amené par l'autre partie<sup>621</sup>. L'erreur sur la personne est indifférente lorsqu'elle n'est pas déterminante du consentement de l'autre partie<sup>622</sup>. Le contrat doit avoir été conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de l'identité de la personne. En présence d'une telle tromperie, il est fort possible que le cocontractant trompé demande la nullité d'un tel contrat pour erreur sur la personne. Selon l'ancien article 1110, alinéa 2, du Code civil l'erreur « n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». Le juge doit être convaincu qu'en connaissance de cette erreur, il n'y aurait jamais eu de contrat formé<sup>623</sup>. Les Professeurs GHESTIN et SERINET l'ont souligné, « cela suppose que la considération de la personne ait exercé une influence déterminante sur le consentement<sup>624</sup> ». L'incidence de la présence d'un bénéficiaire final ne peut qu'être conflictuelle pour ce type d'opération.

221. Pour identifier et prévenir la nullité de l'opération contractuelle, il convient de s'interroger sur la commune intention des parties. Le tiers s'engage envers un individu identifié, si bien que son consentement dépend de la présence de ce partenaire au contrat. Le bénéficiaire final souhaite se cacher pour obtenir un bénéfice conséquent, ou échapper aux obligations ou prohibitions auxquelles il doit faire face. Le but poursuivi par ce personnage atypique est le profit de l'opération à laquelle il ne participe pas directement. C'est en cela que la sanction doit s'adapter à

---

<sup>618</sup> Cass. civ., 3e, 21 mars 2001, CCC 2001, n°101, note Leveneur.

<sup>619</sup> Cass. civ., 1ère, 24 septembre 2004, Bull. civ., I, n°218.

<sup>620</sup> Cass. soc., 5 octobre 1994, Dalloz, 1995, p. 282, obs. Ph. Mozas.

<sup>621</sup> Art. 1130 al. 1 du Code civil.

<sup>622</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 286, p. 325.

<sup>623</sup> BIGOT DE PRÉAMENEU F., *Commentaire de l'article 1110 devant le corps législatif*, in P.-A. FENET, op. cit., t. 13, p. 223 : « en un mot, il faut que le juge puisse être convaincu que la partie ne se serait point obligée si elle n'avait pas été dans cette erreur »

<sup>624</sup> GHESTIN J, LOISEAU G, SERINET Y.-M., *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, Tome 1, 4e éd., LGDJ, 2013.

l'absence volontaire d'une partie et prendre en compte la licéité ou non de la situation contractuelle présentée.

### **Conclusion de Chapitre**

222. La méthode entreprise par le bénéficiaire final repose indéniablement sur la construction d'un mécanisme juridique reposant sur le retrait volontaire. Il passe par la substitution par interposé ou intermédiaire afin de permettre l'action de la partie auteur de l'acte dans son intérêt personnel. Le caractère volontaire de ce retrait permet d'exclure de manière automatique les mécanismes qui caractérisent le retrait négligent ou passif. Le retrait du bénéficiaire final emporte des conséquences sur l'obligation d'apparaître au contrat, notion issue de l'application de principes directeurs du droit des contrats comme la force obligatoire. Notamment, l'exception à l'obligation d'apparaître s'illustre au sein de mécanismes permettant la dissimulation partielle ou totale de ce personnage atypique. L'atténuation de l'obligation d'apparaître peut avoir des conséquences sur la liberté contractuelle et notamment les contrats spécifiques, mais également sur les qualités des intervenants au contrat ainsi que les sanctions encourues par les auteurs des manœuvres permettant la dissimulation du bénéficiaire final.

## Chapitre 2 : Le but poursuivi : la recherche du profit de l'opération

223. La recherche du but poursuivi peut faire penser à une notion dont les conditions de mise en œuvre ont été analysées durant la réforme du droit des contrats. La cause peut être définie de deux manières en droit des contrats, la première désigne le mobile, la moralité de l'acte réalisé, alors que la seconde s'intéresse à des éléments invariables, abstraits ou objectifs du contrat<sup>625</sup>. La question s'est posée de savoir s'il était plus opportun de parler de la cause d'un contrat ou de la cause d'une obligation. Existe-t-il un lien entre ces deux formules ? Il y a-t-il une forme d'opposition entre l'une et l'autre de ces formules ? Pour certains auteurs, la cause de l'obligation s'oppose à la cause du contrat au sens où la première justifie l'engagement des parties alors que la seconde justifie l'existence de l'acte<sup>626</sup>. Cependant, là où il existe une opposition, il peut exister un lien, si bien qu'il ne semble pas concevable d'identifier la cause de l'obligation de l'une ou l'autre des parties sans expliquer la cause du contrat<sup>627</sup>. Si un contrat de location est réalisé entre deux parties permettant de mettre à disposition un local en échange du paiement d'un loyer, l'échange de consentement aura forcément lieu sur cette base. Le preneur est satisfait d'avoir un local, c'est la cause de son obligation et le bailleur se retrouve avec un loyer ce qui est la cause de la sienne. D'autres auteurs parlent de cause objective et parfois même de cause subjective. La cause objective désigne la cause de l'obligation, la cause subjective, quant à elle, renvoie à la cause du contrat<sup>628</sup>. Une majorité d'auteurs désignent la cause comme étant « la contrepartie qu'envisage de recevoir chaque contractant, de la part de son partenaire<sup>629</sup> ». Les parties peuvent en effet, envisager de la recevoir au sein de la structure contractuelle comme en dehors.

224. La cause peut également correspondre à deux conceptions bien différentes, la première désignant son caractère efficient et la seconde le but visé par l'action<sup>630</sup>. En matière de responsabilité civile, il ne peut être question de cause finale, mais plutôt de cause efficiente. Dans la formation du contrat, la notion de cause doit s'analyser avec la notion de consentement des parties<sup>631</sup>. Selon la

---

<sup>625</sup> CORNU G., op.cit., p. 154.

<sup>626</sup> ROCHFELD J., *Cause - Notion de cause*, Répertoire de droit civil, Septembre 2012, actualisation Juin 2016.

<sup>627</sup> Ibid.

<sup>628</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 397 et s, p. 440 et s ; H., L. et J. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, T. II, Obligations : théorie générale, vol. I, 12e éd., par CHABAS, 2000, Montchrestien, n° 259 ; GHESTIN, *Cause de l'engagement validité du contrat*, 2006, LGDJ, n°22.

<sup>629</sup> ROCHFELD J., op.cit., actualisation Juin 2016.

<sup>630</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 397 et s, p. 440 et S.

<sup>631</sup> PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse, Sirey, 1947, n° 1.

seconde conception, la cause du contrat renvoi au but que les parties souhaitaient poursuivre<sup>632</sup> ou l'intérêt qu'elles cherchaient à satisfaire<sup>633</sup>.

225. La définition du bénéficiaire final comporte deux éléments considérés comme constants, le premier est l'adoption consciente de la position de retrait et le second est la recherche du profit de l'opération. Ces deux éléments peuvent être analysés de façon objective puisqu'ils se retrouveront dans toutes les opérations avec un bénéficiaire final. Ils peuvent également être placés en corrélation tout au long de notre analyse juridique. En effet, dans le cadre de l'action pour le compte d'autrui, qu'il s'agisse d'une partie plurale ou d'un seul donneur d'ordres, l'individu « chargé de mission<sup>634</sup> » intervient pour le compte de ou des personnes ayant adopté cette position de retrait. Dans un acte unilatéral avec une partie plurale, le seul individu représentant les autres, exprime seul dans l'acte même intérêt<sup>635</sup>. Bien évidemment cette hypothèse suppose que le titulaire de pouvoirs participe à la réalisation de l'acte ce qui n'est pas le cas du bénéficiaire final. Bien que la situation précédente n'échappe pas non plus au conflit de loyauté<sup>636</sup>, il semble tout de même que celle avec un bénéficiaire final ne laisse aucun doute à ce sujet. La recherche du profit de l'opération correspond au but poursuivi par ce dernier personnage, à savoir la finalité de son engagement, la cause de son obligation<sup>637</sup>.

226. L'analyse de la notion de cause confirme l'existence de deux conceptions de la notion de cause, celle relevant de l'obligation des parties et celle relevant de l'acte contractuel. Alors que le premier désigne l'engagement objectif, immuable, le second oriente plutôt son analyse vers le caractère subjectif, le mobile. Ainsi, il semblait plus approprié de considérer le but poursuivi, à savoir la recherche du profit de l'opération comme une cause objective de l'engagement du bénéficiaire final<sup>638</sup>. Et ainsi, revenir sur la structure contractuelle qui permet d'aboutir à la réalisation de cette cause objective. Ces étapes sont indispensables notamment pour reconnaître et confirmer l'existence du bénéficiaire final.

---

<sup>632</sup> Art. 1108 et 1131 ancien du Code civil ; PERROT R., *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse Paris, 1947, éd., 1953, n°1.

<sup>633</sup> PIETTE G., *La correction du contrat*, Thèse, éd., 2004, n°582 et s.

<sup>634</sup> PILLET G., *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2004, n°47 et s, p. 55 et s.

<sup>635</sup> MAZEAUD D., *La cause*, in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, 2004, p. 451 et s.

<sup>636</sup> DEMOGUE R., *Les notions fondamentales de droit privé*, Essai critique, réimp. De l'édition de 1911, La Mémoire du droit, Paris, 2001, p. 305.

<sup>637</sup> Référence à la notion de cause finale : PERROT R., op. cit., loc. cit.

<sup>638</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 398, p. 441-442.

227. Le Professeur DISSAUX nous le rappelle dans sa thèse, « si la reconnaissance d'une qualification consiste avant tout à en admettre l'existence, elle nécessite également d'en relever les traits caractéristiques<sup>639</sup> ». La reconnaissance du bénéficiaire final nous permet non seulement de le légitimer, mais également, d'identifier le but poursuivi par ce personnage atypique à travers la matérialisation de sa position de retrait. Cette matérialisation correspond notamment à la mise en œuvre de cette position dans les opérations dans lesquelles il évolue. Le système juridique français, contraint d'admettre la réalité de ce personnage, semble désormais dans l'obligation d'identifier les différents mécanismes contractuels permettant son existence. Par l'adoption d'une position de retrait, le bénéficiaire final tire tous les avantages et bénéfices de l'acte réalisé pour son compte. C'est pour cette raison qu'il a été nécessaire de consacrer un premier temps à l'analyse du premier élément constant de sa définition, à savoir le retrait. Mais un autre élément qui peut se décomposer en deux questions interpelle le juriste. Il s'agit tout d'abord de savoir *comment*, mais surtout *pourquoi* le bénéficiaire final adopte cette position de retrait ? Alors que la première question semble très floue, car plusieurs opérations peuvent parfaitement correspondre aux caractéristiques permettant la création d'un bénéficiaire final, la seconde question trouve sa réponse tout au long de cette analyse puisque ce dernier personnage cherche le profit de l'opération.

228. Cette recherche de profit correspond donc au résultat recherché dans l'exercice de cette position de retrait. Cette position aboutie au second élément qui reste constant à savoir la recherche de profit de l'opération<sup>640</sup>. Cette lecture permet d'avoir une approche tout autre de cette analyse, puisqu'il ne s'agit pas de parler d'un élément purement intentionnel, mais de la manière dont se matérialise l'opération pour obtenir ce résultat. C'est pour cette raison qu'il convient de traiter plus particulièrement de la question du *comment* afin de comprendre la question du *pourquoi* la recherche du profit de l'opération est un élément constant de la définition du bénéficiaire final.

229. Pour répondre à cette question et analyser le dernier élément constant de la définition de ce personnage atypique, il est important de cibler les opérations qui conceptualisent son existence. L'étude des opérations à trois personnes devient indispensable. Le contrat de mandat est l'une des opérations les plus connues et les plus utilisées du système juridique français. Le mandant par le biais d'un acte juridique, donne une mission à un mandataire afin qu'il effectue des obligations précises, en son nom et pour son compte<sup>641</sup>. L'opération reste transparente, car elle fait apparaître la réalité des rôles de chacun aux yeux de tous. L'individu qui décide de contracter avec le mandataire est

---

<sup>639</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, op. cit., loc. cit.

<sup>640</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 398, p. 442.

<sup>641</sup> GENICON T., *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, Bruylant, 2014, p. 33 et s ; WICKER G., op. cit., in *La représentation en droit privé*, p. 59.

parfaitement informé de la situation de représentation, il contracte en parfaite connaissance de cause. Est-il possible de considérer que ce type d'opérations reprend les éléments constants permettant de définir le bénéficiaire final ? Il a été analysé précédemment que le retrait doit être conscient et volontaire, mais surtout qu'il doit être caché. Il doit s'agir d'une dissimulation aux yeux du cocontractant comme aux yeux des tiers.

230. D'autres opérations, entrant dans le cadre de la simulation, traduisent le retrait occulte du bénéficiaire final. L'interposition de personne ou la convention de prête-nom cache la position de retrait du véritable bénéficiaire de l'opération réalisée avec le cocontractant<sup>642</sup>. Un individu devient une partie au contrat lorsqu'il intervient directement pour son propre compte. Néanmoins, force est de constater que les effets de cet acte transiteront de façon temporaire dans son patrimoine, car ils devront être transférés dans le patrimoine d'un personnage absent<sup>643</sup>. Les critères de description de cette opération entrent parfaitement en corrélation avec les éléments propres à la définition du bénéficiaire final.

231. Enfin, plusieurs opérations ne rentrent dans aucune catégorie spécifique. Tantôt représentative, tantôt occulte, la déclaration de command est l'une des opérations les plus complexes à comprendre et à interpréter. Le silence est gardé sur l'identité du véritable bénéficiaire de l'acte durant un certain délai, alors que la présence de l'existence d'une relation de représentation est connue du cocontractant<sup>644</sup>. L'occultation apparaît ici comme amoindrie, mais ce mécanisme substitutif est une opération avec un bénéficiaire final.

232. Pour ces opérations occultes ou semi-occultes, qu'elles soient occultes ou transparentes aucun élément n'est neutre. Pourquoi se retirer d'une opération alors qu'il n'existe aucune résultante positive ? Un command appartenant au monde du cinéma ne souhaite pas apparaître dans les négociations d'achat de sa future demeure, il fait intervenir le commandé et révélera son nom à un moment ultérieur. Enfin, l'auteur d'une infraction souhaite cacher l'origine de son butin, il décide de passer par une opération en apparence légale pour blanchir les fruits de son larcin. Ces opérations, qu'elles rentrent dans un système légal ou illégal, ont toutes un but particulier et constant celui de la recherche du profit de l'opération.

---

<sup>642</sup> LEDUC F., « Réflexion sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ. 1999, p. 283 ; Cass. civ. 25 avril 1939 : Marion c. Raoux ; Cass. ch. mixte 12 juin 1981 : Lussier c. Consorts Thomas.

<sup>643</sup> L'analyse du mécanisme de la simulation conduit à considérer le droit de ce maintenir en position de retrait comme un droit à conclure librement le contrat lorsque ce dernier est conclu dans l'optique d'avantager une autre personne : PILLET G., op.cit., n°72 et s, p. 73 et s.

<sup>644</sup> Cass. civ., 3e, 17 avril 1984, Dalloz, 1985, p. 236, note de NAJJAR.

233. Pour mieux comprendre le mécanisme permettant d'atteindre le but poursuivi par le bénéficiaire final lors du retrait de l'opération, il est indispensable de traiter de la conception de l'acte par le bénéficiaire apparent (**Section 1**), puis de s'intéresser au transfert de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final (**Section 2**).

## **Section 1 : La conception de l'acte par un bénéficiaire apparent**

234. L'intervention du bénéficiaire apparent, qu'il est possible d'appeler également l'interposé, se matérialise de deux manières. Il prend un engagement contractuel envers son donneur d'ordres dans un premier temps. Puis dans un second temps, il agit dans le respect des principes directeurs du droit des contrats<sup>645</sup> par la conception d'une opération contractuelle pour le compte de ce dernier. Son action se caractérise par la conclusion du contrat, selon un comportement caractérisé orienté vers l'intérêt d'autrui, c'est ainsi que l'on qualifie celui qui agit pour autrui de façon désintéressée<sup>646</sup>. L'action pour le compte d'autrui est une notion analysée à plusieurs reprises par la doctrine<sup>647</sup> et le législateur<sup>648</sup>. Notre système juridique apporte une définition large de celui qui agit pour le compte d'autrui. Celui qui agit pour le compte d'autrui agit pour le compte d'une personne absente de l'opération<sup>649</sup>. Cette définition renvoie nécessairement à toutes les opérations à trois personnes. Donc qu'est-ce qui marque la différence entre les opérations avec un bénéficiaire final et les autres opérations contractuelles à trois personnes ? Dans un premier temps le retrait intentionnel du bénéficiaire final impose l'intervention d'une personne lui permettant conserver l'anonymat. Enfin, le but de l'opération reposant sur la recherche de profit, il est nécessaire que cette personne puisse conclure le contrat de manière apparente et conserver ce contrat dans son patrimoine avant de le transférer dans celui qui doit en bénéficier en dernier lieu<sup>650</sup>.

---

<sup>645</sup> Référence au principe de force obligatoire du contrat, article 1103 du Code civil, CHÉNÉDÉ F., *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, éd. Dalloz, 2018, n°21 et s.

<sup>646</sup> Référence au gérant d'affaire, bien que cette opération soit exclue des opérations avec un bénéficiaire final. Celui qui agit pour le compte et dans l'intérêt exclusif d'autrui présente un comportement altruiste : BOUT R., *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Thèse, éd. 1972 ; Cass. civ. 1re, 14 novembre 1978, JCP 1980. 11. 19379, note R. BOUT ; Cass. civ. 3e, 16 octobre 2013, n°12-20. 881, Bull. civ. III, n°131.

<sup>647</sup> Notamment, G. FLATTET, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus avec un intermédiaire en droit français*, 1950, Sirey, n° 1, page 1.

<sup>648</sup> Art. 16-7 du Code Civil : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. » ; Art. 1647 du Code Civil : « Si la chose qui avait des vices a péri par suite de sa mauvaise qualité, la perte est pour le vendeur, qui sera tenu envers l'acheteur à la restitution du prix et aux autres dédommagements expliqués dans les deux articles précédents. Mais la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur. » pour exemple.

<sup>649</sup> FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui*, Thèse, Paris, 1950, n°1, p. 1.

<sup>650</sup> AYNES L., *La cession de contrat et les opérations économiques à trois personnes*, *Economica*, 1984, n°172 et s, p. 127 et s : étude comparative entre la cession de contrat et le droit de substitution en ce qui concerne le dessaisissement et le transfert de l'acte dans le patrimoine d'une autre personne.

235. Qu'en est-il du bénéficiaire effectif? Ce personnage s'inscrit dans une structure plus économique que juridique. Il ne s'agit pas uniquement de récupérer le bénéfice d'une opération contractuelle telle quelle soit, mais de mettre en place une structure permettant de dissimuler les fruits d'un acte ou d'un comportement illicite. C'est notamment le cas en matière de blanchiment. Cette infraction consiste à « faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect<sup>651</sup> ». Cette infraction pénale n'est pas la seule à être en adéquation avec la définition du bénéficiaire effectif. Il y a aussi l'abus de bien sociaux qui permet de détourner les fonds d'une société au profit d'un autre intérêt<sup>652</sup>.

236. Pour revenir au blanchiment, avant d'être considéré comme une infraction, le blanchiment était mis en œuvre par les gangs américains. Il s'agissait d'acquérir des entreprises de service afin de confondre l'argent issu d'une activité licite et celui issu des activités illicites extérieures. L'entreprise était utilisée comme couverture par les délinquants, personnes physiques, rattachées aux gangs dangereux des villes américaines. Le blanchiment a notamment fait l'objet de définitions internationales provenant notamment de l'Organisation des Nations Unies et du Conseil de l'Europe. L'encadrement par des sources formelles de cette infraction a permis de mettre en place des dispositions précises permettant de lutter efficacement contre la prolifération de structures permettant la dissimulation d'activités illégales. Ainsi, si l'entreprise de service peut être analysée comme un montage financier permettant d'échapper à la répression des autorités, ses dirigeants sont-ils considérés comme des bénéficiaires apparents? Si le bénéficiaire effectif est un bénéficiaire final, alors il faut considérer que le bénéficiaire apparent dans une structure abritant un bénéficiaire effectif possède les mêmes caractéristiques constantes que celui qui évolue au sein d'une structure abritant un bénéficiaire final.

237. Pour mieux appréhender la conception de l'acte par le bénéficiaire apparent, il convient d'analyser l'intervention de l'interposé occulte (§1), permettant au bénéficiaire final par un mécanisme de transition, de récupérer l'acte et ses effets dans son patrimoine (§2).

---

## § 1 : Un mécanisme reposant sur l'intervention d'un interposé occulte

---

<sup>651</sup> Loi relative à la lutte contre le blanchiment et le trafic de stupéfiants et la coopération internationale en matière de saisie et de confiscation des produits du crime, JO 14 mai 1996.

<sup>652</sup> Art. L. 241-3 du Code de commerce.



238. La recherche de profit dans l'opération occulte passe par l'étude des caractéristiques des systèmes contractuels entrant dans cette catégorie. Il existe différents degrés de dissimulation passant d'une opération temporairement ou partiellement occulte, à une opération totalement opaque pour tous<sup>653</sup>. La position de retrait du bénéficiaire final constitue l'un des deux éléments constants de sa définition, la recherche de profit constituant sa résultante peut se traduire par la mise en œuvre de différents types d'opérations<sup>654</sup>. Comme le précise le célèbre adage, « la fin justifie des moyens<sup>655</sup> », et c'est exactement ce dont il sera question dans cette analyse. Le but poursuivi étant la recherche du profit de l'opération, les opérations réalisées devront permettre d'atteindre ce but à tout prix. C'est dans cette optique que le contrat qui va lier le bénéficiaire final et son interposé reprendra toutes les prérogatives que ce dernier personnage devra respecter pour atteindre cette finalité<sup>656</sup>. Cet engagement est purement contractuel ce qui implique le respect des principes directeurs du droit des contrats.

239. L'article 1199 du Code civil donne aux notions d'*obliger* et de *nuire* leur sens commun dans le langage courant. Cette interprétation a été abandonnée pour se rapprocher de celle d'origine propre à l'ancien article 1165 du Code civil, reprenant la notion de *profit* et de *nuire*. Les mots latins « nocere » et « prodesse » ont un sens précis, obliger et conférer un droit. Les contrats ont un effet limité aux seules parties, sans pour autant ignorer les conséquences avantageuses ou néfastes pour les tiers. Ainsi, l'obligation qui naît du consentement de l'interposé et du bénéficiaire final ne peut pas obliger le tiers<sup>657</sup>. Par contre, cette convention peut avoir des conséquences notamment dans le cadre de la création d'un nouveau contrat avec un cocontractant étranger à la première convention, mais contraint par des obligations auxquelles il n'a pas participé<sup>658</sup>. Le premier contrat prévoit déjà dans ses dispositions la création d'un second contrat qui devra être transféré par la suite de sa conclusion dans le patrimoine de celui qui a commandité ce mécanisme. Le bénéficiaire final possède un intérêt qui le lie indéfectiblement au second contrat<sup>659</sup>. D'ailleurs, cet intérêt représente pour plusieurs auteurs la cause de l'engagement contractuel<sup>660</sup>. Pour aller plus loin, il est possible de confirmer que

---

<sup>653</sup> IZORCHE M.-L., « À propos du « mandat sans représentation » », DALLOZ, 1999, Chron. 369 ; LEDUC F., op.cit., P. 283 ; DIDIER Ph., Thèse préc., n°110 et s.

<sup>654</sup> Pour obtenir le profit d'une opération créée pour son compte le bénéficiaire final possède en deux temps, il se retire volontairement soit de manière permanente ou seulement de façon temporaire, puis fait intervenir un personnage pour son compte. Il s'agit d'un mécanisme d'interposition prévu sous la forme d'un contrat qui lie le bénéficiaire apparent et lui donne le devoir de transférer les effets de l'acte de son patrimoine à celui de son donneur d'ordres.

<sup>655</sup> Formule originaire de la monarchie de Louis XI particulièrement attribué à Machiavel.

<sup>656</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 668, p. 744 : il est fait référence à la force obligatoire du contrat car le contrat ne peut créer d'obligations qu'entre les parties (article 1199 du Code civil).

<sup>657</sup> POTHIER R.-J., *Traité des obligations*, Dalloz 2011, n°87, p. 42.

<sup>658</sup> DUCLOS J., *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, n°21 et 27-1, p. 47 et 51.

<sup>659</sup> AUBERT J.-L., op. cit., n°1, p. 263 ; SAVATIER R., « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », RTD civ., 1934, p. 525 ; PILLET G., op. cit., n°45, p. 53.

<sup>660</sup> MARTIN de la MOUTTE J., *L'acte juridique unilatérale*, Thèse, 1949, n°33, p. 43.

le contrat occulte peut être en lien avec le contrat apparent. Il y a une forme d'interdépendance entre les deux contrats, l'un étant la finalité de l'autre, ou, le premier n'ayant aucune raison d'exister sans l'autre.

240. L'interposition de personne fait figurer l'identité d'un « homme de paille<sup>661</sup> » dans un acte juridique ostensible, alors que la volonté réelle des parties consigne dans un acte secret l'identité du véritable bénéficiaire de l'opération<sup>662</sup>. Le prête-nom vient plutôt définir le rôle d'un individu laissant croire à son cocontractant qu'il agit dans son propre intérêt, alors qu'il intervient pour le compte d'autrui. Cette dernière convention initie une simulation par interposition de personne en permettant la dissimulation de l'identité de l'une des parties au contrat<sup>663</sup>. En d'autres termes, la convention de prête-nom est un cas de simulation par interposition de personne ayant pour objet la dissimulation totale de l'identité du véritable bénéficiaire de l'opération. Certains auteurs parlent de « convention de représentation occulte<sup>664</sup> ».

241. Comme pour le mandat et la représentation<sup>665</sup>, bon nombre d'auteurs considèrent que la convention de prête-nom est une structure contractuelle originale permettant la mise en place d'une simulation par interposition de personne<sup>666</sup>. Il convient d'étudier cette opération de manière parfaitement autonome chaque mécanisme occulte devant être apprécié séparément. Les situations d'interposition ne correspondent aucunement aux mécanismes de commission et de déclaration de command<sup>667</sup>. La dissimulation de l'identité du donneur d'ordres n'étant ni temporaire ni partielle, l'interposition de personne et la convention de prête-nom correspondent à un circuit occulte<sup>668</sup>. L'identité étant pour une personne physique ce qui fait d'elle cette personne et non une autre<sup>669</sup>, c'est la dissimulation totale de l'identité comme du rôle du donneur d'ordre qui donnerait naissance à une opacité totale de l'opération<sup>670</sup>. Ces mécanismes aussi originaux les uns que les autres peuvent sans nul doute toucher la catégorie des personnes morales.

---

<sup>661</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019.

<sup>662</sup> CORNU G., op. cit., p. 569.

<sup>663</sup> CORNU G., op. cit., p. 970 ; LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom », RTD civ, 1999, page 283 : « ... un cas de simulation par interposition de personne ayant pour objet de cacher la personnalité même de l'une des parties au contrat. »

<sup>664</sup> LEDUC F., op. cit., RTD civ, 1999, p. 283.

<sup>665</sup> STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982, n°136, p. 101 et 102.

<sup>666</sup> Ibid.

<sup>667</sup> Art. L. 132-1 et s du Code de commerce ; Art. 2207 du Code civil.

<sup>668</sup> Art. 1359 du Code civil.

<sup>669</sup> CORNU G., op.cit., p. 517 : « Ensemble des éléments qui, aux termes de la loi, concourent à l'identification d'une personne physique. »

<sup>670</sup> Cass. civ., 1re, 13 janvier 1953, Bull. civ. I, n°15, p. 12 : pour qu'il y ait simulation il faut deux contrats, l'un apparent et l'autre occulte. Sachant que le second doit modifier le premier ; Cass. civ., 1re, 28 novembre 2000 JCP 2001. II. 10645, note T.AZZI, Défrenois 2001. 237, note Libchaber, D. 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs Mestre et Fages.

242. En somme, pour expliquer la mise en œuvre des mécanismes permettant l'intervention d'un interposé occulte, il convient de décortiquer leurs caractéristiques propres, qu'elles soient totalement occultes (I), ou partiellement occultes (II).

### **I : L'OPACITE TOTALE DU BENEFICIAIRE FINAL**

243. La position de retrait du bénéficiaire final se matérialise par la disparition de ce personnage derrière le bénéficiaire apparent considéré comme le seul bénéficiaire final de l'opération aux yeux de tous. C'est ainsi que la simulation prend la forme d'une interposition de personne, à travers laquelle un « homme de paille<sup>671</sup> » se déguise suffisamment pour apparaître comme le véritable bénéficiaire de l'opération<sup>672</sup>. Il s'agit de faire en sorte que Monsieur X contracte avec Monsieur Y en ignorant que c'est en réalité Monsieur Z qui va bénéficier de l'opération. Cette interposition peut avoir lieu dans le but d'échapper à une disposition prohibitive ou pour autre chose<sup>673</sup>. Admettre que la simulation par interposition de personne physique définit parfaitement les opérations avec un bénéficiaire final, c'est admettre que ce personnage ne peut qu'être issu d'une forme de simulation, qu'elle soit totale à travers l'utilisation d'un prête-nom, ou partielle, à travers des mécanismes de révélation ultérieure comme cela est le cas pour la déclaration de command. Ce qui n'est pas le cas en réalité, puisque ce personnage peut également incarner la qualité de personne morale<sup>674</sup>.

244. C'est notamment pour cette raison qu'un développement aussi rapide semble quelque peu prématuré sachant que le bénéficiaire final se veut être le sujet de droit harmonisant l'ensemble des situations dans lesquelles un mécanisme contractuel, qu'il soit construit sur des bases occultes ou semi-occultes, poursuit le même but, à savoir la recherche du profit de l'opération<sup>675</sup>. En d'autres

---

<sup>671</sup> Versailles, 11 sept. 2003, n° 02/7281: RJDA 2004, n° 206 : « La présence d'un « homme de paille » destiné à occuper la place de gérant de droit alors que la direction effective de l'entreprise est assurée de fait par une autre personne constitue une fraude passible des sanctions pénales prévues par l'art. L. 123-5, et dont le but consiste à dissimuler aux autorités de contrôle et aux tiers l'identité du véritable dirigeant de l'entreprise; celui qui a sciemment prêté son nom à l'accomplissement d'une telle fraude ne saurait s'en prévaloir, sauf à invoquer sa propre turpitude ».

<sup>672</sup> DUBOIS DE LUZY A., *L'interposition de personne*, Thèse, LGDJ, 2010.

<sup>673</sup> Cass. civ., 3e, 9 février 1994, n°91-21907 : dans le cadre de baux commerciaux notamment.

<sup>674</sup> C'est notamment le cas lorsque les juges de la Cour de cassation se prononcent en matière de confusion de patrimoines. Il est possible que les irrégularités soient mise à jour et que le véritable bénéficiaire de transaction soit une autre personne morale en retrait. Pour définir la confusion de patrimoine : Cass. com., 24 octobre 1995, n°93-11.322 ; Cass. com., 28 novembre 2000, n°98-11.522 ; Cass. com., 19 avril 2005, Bull. civ., IV, n°92, affaire Metaleurop.

<sup>675</sup> Cass. civ., 3e, 8 juillet 1992, Bull. civ., III, n°246 ; RTD civ. 1993. 352, obs. Mestre.

termes, la simulation par interposition de personne doit être comprise et entendue comme l'une des nombreuses structures permettant l'identification du bénéficiaire final<sup>676</sup>.

245. En somme, le bénéficiaire final est un personnage dont les éléments caractéristiques se retrouvent aussi bien dans les opérations totalement occultes, que dans les opérations partiellement occultes. D'ailleurs, parmi les opérations totalement occultes, il y a celles qui concernent la personne physique en tant que bénéficiaire final (A), puis celles qui concernent la personne morale (B).

#### A : LA DISSIMULATION TOTALE DU BENEFICIAIRE FINAL : PERSONNE PHYSIQUE

246. La simulation correspond au fait, pour les parties, de dissimuler un acte secret sous le voile d'un acte ostensible, c'est-à-dire, un acte apparent aux yeux de tous<sup>677</sup>. C'est pour cette raison que l'acte secret appelé également « contre-lettre<sup>678</sup> » s'oppose dans son contenu à l'acte apparent ou *officiel*. Le prête-nom ou l'interposition de personne est une forme de simulation dont la particularité unique et centrale réside dans la dissimulation de l'identité du cocontractant<sup>679</sup>. Le véritable bénéficiaire de l'opération reste en retrait caché et ne souhaite pas participer à l'opération réalisée pour son compte. L'interposition de personne correspond à une forme de simulation dont le but essentiel est celui de considérer que l'auteur direct de l'acte contractuel est son seul bénéficiaire, alors qu'il n'est juste que le titulaire apparent de l'acte<sup>680</sup>. Le véritable titulaire de l'acte adopte en réalité une position de retrait, qui selon le Professeur CORNU, se traduit par la conservation « de la volonté réelle des parties<sup>681</sup> » dans l'acte secret<sup>682</sup>.

---

<sup>676</sup> Cass. civ., 3e, 15 novembre 2001 : JCP 2002, II, 10054 et Ch. Lièvremont ; JCP 2001, I, 301, n°1-10, obs. Y.-M. Serinet : *pour un contrat conclu par personne interposée au bénéfice d'une société* ; Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2000, JCP 2001, II, 10645, note T. Azzi ; D. 2001, Somm. 1139, obs. Ph Delebecque ; Défrenois 2001, art. 37309, n°237, obs. R. Libchaber ; RTD civ. 2001, 134, obs. J. Mestre et B. Fages : *pour un acte secret et un acte apparent dont les parties contractantes n'étaient pas les mêmes*.

<sup>677</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e édition, Précis DOMAT, LGDJ, 2018, pages 254-255 ; Art. 1201 et 1202 du Code Civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir. » ; « Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel. Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle ».

<sup>678</sup> DAGOT M., *La simulation en droit privé*, LGDJ, 1967, n° 230 et s : l'acte véritable est en réalité la *contre-lettre* dissimulée derrière un acte ostensible ; BREDIN J.-D., « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ., 1956, 261.

<sup>679</sup> DUBOIS DE LUZY A., *L'interposition de personne*, Thèse, LGDJ, 2010, n° 595 et s.

<sup>680</sup> CORNU G., op. cit., p. 559.

<sup>681</sup> CORNU G., op. cit., page 559.

<sup>682</sup> *Il faut observer le droit de substitution comme la continuité du principe de liberté contractuelle. Ce droit se matérialise dès lors qu'une personne contracte dans l'intérêt et au profit d'une autre restée en retrait* : PILLET G., op. cit., n°72, p. 73.

247. L'interposition de personne peut avoir lieu dans deux situations. Dans un premier temps, elle peut avoir lieu dans le cadre d'une interposition de personne physique (1). Il s'agit de l'une des formes les plus connues et les plus répandues. Mais également, dans un second temps, par interposition d'un associé apparent (2).

#### 1 : L'INTERPOSITION DE PERSONNE PHYSIQUE

248. Le dénominateur commun réunissant l'ensemble des contrats repose sur l'intérêt<sup>683</sup>. Il s'agit d'un concept qui transcende tous les contrats spéciaux, d'ailleurs, il révèle les liens propres à tout contrat<sup>684</sup>. Le bénéficiaire final est guidé par l'intérêt qu'il pourra tirer de l'acte réalisé par le bénéficiaire apparent. Tout le mécanisme mis en place repose sur ce seul intérêt, comme c'est le cas pour l'ensemble des structures contractuelles<sup>685</sup>.

249. L'interposition de personne physique reflète clairement une situation permettant la dissimulation d'une personne appelée à bénéficier d'un acte réalisé pour son compte, par une autre vouée à disparaître après sa mission<sup>686</sup>. La simulation portant sur l'identité de l'une des parties en retrait, elle ne doit pas être confondue avec les opérations consistant à fausser ou à déguiser la volonté réelle des parties. Ces dernières n'ont pas pour effets de déplacer les effets de l'acte sur un bénéficiaire final occulte, mais simplement de masquer une opération réelle, par une opération fictive ou déguisée<sup>687</sup>. C'est le cas d'une vente simulée pour échapper aux poursuites d'un créancier ou des donations par personne interposée<sup>688</sup>. La difficulté réside ici, soit dans la fictivité du contrat permettant d'échapper aux poursuites, soit dans le déguisement de la nature réelle du contrat permettant le contournement de la loi. Il est possible que l'interposition de personne « organisée » permette aux parties d'échapper aux incapacités légales en vigueur. La construction d'un contrat fictif aurait pour but d'éviter l'application d'une interdiction<sup>689</sup>. Ainsi, le bénéficiaire de l'opération est celui qui élabore le plan fictif ou le déguisement de l'opération<sup>690</sup>. Son existence résulte de l'accord concerté de toutes les parties. Certes, il n'existe pas de caractère occulte dans l'opération réalisée néanmoins, le retrait adopté par le bénéficiaire final notamment dans le cadre du contournement d'une loi applicable, ou lors de la vente par interposition de personne dans le but d'obtenir des prix plus

---

<sup>683</sup> GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., Thèse, LGDJ, n°629 et s, p. 368 et s.

<sup>684</sup> Ibid.

<sup>685</sup> CHÉNÉDÉ F., Thèse préc., n°29, p. 35 et 36.

<sup>686</sup> DUBOIS DE LUZY A., op. cit., loc. cit.

<sup>687</sup> Cass. com., 22 mars 1988, Bull. Civ., IV, n°120 ; Cass. Civ., 3e, 9 février 1994, n°91-21907.

<sup>688</sup> Voir Jurisprudence précédente de la chambre commerciale.

<sup>689</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>690</sup> LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ., 1999, 283.

avantageux peut être entendu comme une opération visant à récolter un profit personnel. C'est en ce sens qu'il convient d'approfondir l'analyse de la notion de profit et ainsi de la notion d'intérêt du bénéficiaire final de l'opération.

250. Précédemment l'analyse portait sur l'action dans l'intérêt de ce personnage atypique or, cette notion doit être reprise pour expliquer l'importance de cette notion en matière de profit. Durant longtemps la notion d'intérêt a été rapprochée de la notion de cause. Le Doyen CARBONNIER partait d'ailleurs de cette première notion pour définir la cause<sup>691</sup>. Le professeur GHESTIN faisait correspondre les notions de causes finales et d'intérêt de celui qui s'engage<sup>692</sup>. Un peu plus tard un auteur a repris les deux notions afin de mieux analyser leur rapprochement<sup>693</sup>. Le professeur ROCHFELD précise entre autres que la cause est une représentation de l'intérêt, cette dernière notion étant une « traduction de la cause<sup>694</sup> ». Dans cette optique, l'intérêt ayant la possibilité d'être analysé comme le profit que souhaite tirer le bénéficiaire final de l'opération, il suffit de le rechercher dans l'intérêt de celui qui s'engage<sup>695</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence a eu une conception assez similaire de la notion de cause puisque dans un arrêt *Point Club Vidéo*<sup>696</sup>, l'économie du contrat est en réalité sa cause, sans cette dernière notion, il ne peut y avoir de contrat. La Cour de cassation avait d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur la question bien plus tôt<sup>697</sup>. Le lien entre l'intérêt et l'économie du contrat ne fait plus aucun doute pour le juge de la Cour de cassation. Ce n'est qu'en 2009, que le lien entre les notions de cause et d'économie du contrat a été abandonné<sup>698</sup>. Il existe depuis lors une différence notable entre la cause et l'économie du contrat, la première notion vise l'engagement ou la promesse des parties, il s'agit d'une notion parfaitement subjective qui s'attache à la volonté des auteurs<sup>699</sup>. Ce n'est pas le cas de l'économie du contrat qui est dite « objective et juridique<sup>700</sup> ».

251. ROUHETTE est un auteur qui a considéré qu'il fallait remplacer la notion de cause par la notion d'intérêt<sup>701</sup>. Ce choix a fait l'objet de vives critiques, notamment sur l'absence de cohérence

---

<sup>691</sup> CARBONNIER J., *Droit civil*, T. II, op.cit., n°973, p. 973, p. 2017 et n° 979, p. 2026.

<sup>692</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., op. cit., n°555 et s., p. 383 et s ; HAUSER J., *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Thèse, BROCHE, 1971, n°34, p. 45 et s et n°159, p. 282.

<sup>693</sup> ROCHFELD J., *Cause et type de contrat.*, Thèse, 1997, n°75 et s, p.71 et s.

<sup>694</sup> ROCHFELD J., op. cit., n°87, p. 80.

<sup>695</sup> Référence à la Thèse de ROCHFELD J., op. cit, n°87, p.81 : le profit étant en réalité la contrepartie analysée par l'auteur.

<sup>696</sup> Cass. civ., 1re, 3 juillet 1996, D. 1997. 500, note Ph. Reigné ; JCP G 1997, I, 4015, n°4, obs. F. Labarthe ; Défrénois 1996. 1015, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996. 903, obs. J. Mestre.

<sup>697</sup> Cass. civ. 3ème, 3 mars 1993, Bull. civ. III, n°28.

<sup>698</sup> Cass. com., 9 juin 2009, n°08-11.420.

<sup>699</sup> PIMONT S., *L'économie du contrat*, PUAM, 2004., n°83, p. 68.

<sup>700</sup> PIMONT S., op. cit., n°83, p. 68.

<sup>701</sup> ROUHETTE G., « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », RDC 2007/4, p. 1371 et s.

de cette assimilation<sup>702</sup>. Néanmoins, l'auteur d'une thèse a développé un argumentaire détaillé sur la notion d'intérêt et de force obligatoire du contrat<sup>703</sup>. Il considère notamment que les éléments qui composent ou caractérisent la notion d'intérêt sont une condition nécessaire à l'attribution et au maintien de la force obligatoire. Se serait ainsi l'intérêt au contrat qui conditionnerait la force obligatoire. Pourtant, la force obligatoire est analysée depuis longtemps comme une conséquence de l'autonomie de la volonté. L'intérêt est une notion d'une importance considérable compte tenu du fait qu'elle conditionne l'existence même du contrat. Le lien entre les deux notions ne semble pas approprié d'autant que ce point de vue limite leurs effets de manière considérable. Avec la disparition de la notion de cause, il semble important de caractériser la notion d'intérêt et de raisonner de manière à lui accorder une place aussi importante que les principes généraux du droit des contrats.

252. Pour l'heure, le bénéficiaire final s'attend à recevoir le profit de l'opération réalisée pour son compte. Il s'engage par l'intervention d'un interposé pour ses intérêts en tant que partie liée<sup>704</sup>, le profit de l'opération est la cause de son engagement<sup>705</sup>. Il s'agit même de l'essence de son engagement, l'intérêt représentant le cœur de volonté des parties. Ainsi, que la dissimulation du bénéficiaire final soit totale ou partielle la recherche de la satisfaction de l'intérêt du bénéficiaire final sera au cœur de l'opération occulte.

253. Il est impératif de rappeler qu'il existe deux cas de simulation par interposition de personne, le premier se caractérise par une forme d'accord entre les trois partenaires contractuels, permettant la création d'un acte apparent différent de l'acte occulte secrètement appliqué<sup>706</sup>. Alors que dans le second mécanisme, la simulation par représentation occulte a pour but de cacher au cocontractant, l'identité d'un individu contenu dans un acte secret conclu entre l'interposé et son donneur d'ordres<sup>707</sup>. La convention de prête-nom, appartenant à la seconde catégorie, initie une

---

<sup>702</sup> MALAURIE Ph., « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP G 2008, I, doct. 204 ; GHOZI A., LEQUETTE Y., « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la Chancellerie », D. 2008, 2609, n°13 ; CABRILLAC R., « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP G 2008, I, 190 ; CHÉNÉDÉ F., « L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif », CCC 2008. 2555, p. 18.

<sup>703</sup> JUILLET-RÉGIS H., *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse, 2015, n°138, 144, 146, 850, p. 89, 96, 97 et 560.

<sup>704</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP 1992, I. 3628 ; « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994, 777.

<sup>705</sup> ROCHFELD J., op. cit., n°87, p. 82.

<sup>706</sup> Cass. civ. 1ère, 13 janvier 1953, Bull. civ. I, n°15, p. 12 : la simulation doit porter sur deux contrats l'un occulte et l'autre ostensible conclus entre les mêmes parties. Dans l'exemple de la location du local d'un immeuble le bailleur présente à ses locataires un bail ostensible reprenant le prix d'un loyer plus élevé afin qu'ils bénéficient d'avantages sociaux pendant qu'un loyer plus bas est appliqué sur l'acte occulte.

<sup>707</sup> Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2000, n° 98-14.618, Bull. civ., 2000, I, n° 311, p. 200 : « l'interposition de personnes ne suppose pas que l'acte ostensible et l'acte secret aient été conclus entre les mêmes personnes ».

simulation par interposition de personne<sup>708</sup>, de telle sorte qu'un individu promet d'agir pour le compte d'autrui « en dissimulant, sous sa propre personnalité, le véritable intéressé à l'opération projetée<sup>709</sup> ».

254. Bien que l'acte visible soit conclu entre l'interposé et le cocontractant ignorant, l'acte secret, correspond à un accord de volonté entre le donneur d'ordres et son interposé. C'est cet acte occulte qui correspond à la convention de prête-nom et qui va créer le bénéficiaire final de l'opération contractuelle ostensible. La situation de l'associé apparent est un cas exceptionnel.

## 2 : L'INTERPOSITION D'UN ASSOCIE APPARENT

255. La convention de croupier est un ancien mécanisme contractuel à travers lequel chaque associé était autorisé à *s'associer* à une personne étrangère à la société relativement à la part qu'il détenait dans cette société, sans l'accord des autres associés<sup>710</sup>. Elle pouvait se traduire par la cession pour un associé, de sa participation « à deux autres sociétés, l'accord prévoyant que les cessionnaires répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales et s'engagent à verser en compte courant au prorata de leur participation les sommes nécessaires pour la réalisation de l'objet social<sup>711</sup> ». Ainsi, le croupier est « celui qui dans une société de personnes, participe en tout ou partie aux pertes et aux gains d'une part d'intérêts, en se dissimulant derrière une autre personne qui est au regard des tiers et des autres associés, le seul titulaire de ladite part<sup>712</sup> ». Cette forme particulière de simulation par interposition de personne permet à une personne dissimulée de participer activement à la gestion d'une société en se cachant derrière un associé apparent<sup>713</sup>.

256. Pourtant, bien que les droits du croupier restent règlementés par le principe de liberté contractuelle, si bien que ce dernier pourra participer aux décisions collectives et bénéficier d'un droit d'information<sup>714</sup>, la détention de ses pouvoirs dépendra toujours du cédant<sup>715</sup>. Celui qui adopte la position de retrait n'est peut-être pas véritablement au contrôle des décisions prises. Dans ce cas, le

---

<sup>708</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 : « Le prête-nom est une simulation par interposition de personne ».

<sup>709</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019.

<sup>710</sup> SAINTOURENS B., « Société civile », Répertoire de droit civil, Mars 2012 actualisation Janvier 2019.

<sup>711</sup> GOFFAUX-CALLEBAUT G., « Part sociale », Répertoire des sociétés, Septembre 2004 actualisation Octobre 2018.

<sup>712</sup> CORNU G., op. cit., p. 290.

<sup>713</sup> Cass. civ. 1<sup>ere</sup>, 20 juillet 1964, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 403, D. 1965, somm. 14, Gaz. Pal. 1964.2.343, RTD com. 1965.121, obs. Rodière, et 429, obs. Saint Alary ; GUYON V.-Y., *Traité des contrats, Les sociétés*, 5<sup>e</sup> éd., 2002, LGDJ, n<sup>o</sup> 269 ; RICHARD J., « La convention de croupier », JCP, éd. N, 1987. I. 245.

<sup>714</sup> SCHILLER S., « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires : stipulations relatives aux cession de titres », Répertoire des sociétés, février 2009 actualisation mai 2020 ; RANDOUX D., note sous CA Paris, 19 févr. 1979 et T. com. Paris, 12 mars 1979, Rev. sociétés 1980. 283 et s., spéc. p. 293.

<sup>715</sup> DIDIER P., *Droit commercial, t. 2, L'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, 2011, Economica, p. 470 et s.



croupier devrait pouvoir intervenir afin de participer à la vie de l'entreprise<sup>716</sup>. Mais là encore, comment serait-il possible de ne pas confondre ce mécanisme avec celui du mandat ? Peut-être faudrait-il considérer la convention de croupier comme un mécanisme se rapprochant d'une dissimulation concertée à partir du moment où le croupier acquiert la possibilité de s'exprimer lors des votes. Là encore, la réflexion ne peut tenir puisque cette convention ne tient que par le fait que les autres associés ne donnent pas leur accord. C'est en cela qu'il faut certainement se demander si ce mécanisme peut être considéré comme une opération avec un bénéficiaire final.

257. L'interposition apparaît ici comme la réduction du rôle du véritable associé en associé apparent du fait de la cession occulte de ses parts à un tiers devenu une partie occulte au contrat de société<sup>717</sup>. Le caractère incessible des parts sociales condamnant l'associé à devenir prisonnier de son choix d'entreprise, la convention de croupier était l'opération contractuelle occulte qui lui permettait de contourner ce principe d'incessibilité, « tout en sauvegardant le caractère fermé de la société<sup>718</sup> ». La personne tierce à la société appelée également croupier percevait des avantages de cette association sans pour autant faire partie de la société. Il n'a pas la qualité d'associé et en ce sens, ne peut en apparence ni participer à la gestion de la société ni être présent aux assemblées générales<sup>719</sup>. La seule solution qu'il reste à ce personnage est de former avec l'associé de la première société, une société en participation<sup>720</sup>. La matérialisation du lien avec la première société serait inébranlable et il obtiendrait les droits d'un vrai associé. Et le contrôle qui faisait défaut dans l'analyse précédente ne peut tenir dans le cas présent.

258. Quelles sont les difficultés rencontrées lors d'une convention de croupier ? La mort du cavalier peut ébranler fortement la stabilité d'une telle opération. Qu'advierait-il de son existence ? Qu'advierait-il des parts de la société ? La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur ce point en indiquant que la qualité d'associé du cavalier imposait l'application des dispositions relatives à cette qualité. Cela voudrait dire que l'héritier du défunt pourrait obtenir les parts à condition d'obtenir également l'agrément<sup>721</sup>. De manière générale, le contrat de société organise le décès de

---

<sup>716</sup> VIANDIER A., *La notion d'associé*, Thèse., LGDJ, 1978, n° 29, p. 40.

<sup>717</sup> CA Paris, 4 avr. 1997, Dalloz affaires 1997.675, Bull. Joly 1997.670, note J.-J. Daigre, Dr. sociétés 1997, n° 120, note T. Bonneau, Rev. sociétés 1997.783, note Randoux ; Cass. com. 15 déc. 1998, Bull. civ. IV, n° 299, D. 1999.516, note Testu.

<sup>718</sup> SAINTOURENS B., « Société civile », Répertoire de droit civil, Mars 2012 actualisation Janvier 2019.

<sup>719</sup> Cass. civ. 8 juill. 1887, S. 1889.1.253 ; Cass. com. 3 mai 1971, Bull. civ. IV, n° 120 ; CA Paris, 19 févr. 1979, Rev. sociétés 1980.283, note Randoux.

<sup>720</sup> CA Paris, 19 févr. 1979, Rev. sociétés 1980.283, note Randoux ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1982, *ibid.* 1983.333, obs. Randoux ; T. com. Paris, 2 mai 1989, JCP 1990. II. 21575, note Marteau-Petit.

<sup>721</sup> CA Paris, 9 avr. 2004, JCP 2004, Actualité 803.

l'associé et la répartition des parts qu'ils détenaient<sup>722</sup>. Le contrat de société ne cesse pas à la mort de l'un des associés. C'est notamment pour cette raison que la convention de croupier peut parfaitement survivre au décès du cavalier.

259. Désormais, l'évolution du régime des parts sociales exclut toutes les problématiques de l'actualité juridique. En effet, le législateur de 1978 a abrogé l'ancien article 1861 du Code civil<sup>723</sup> et ainsi reconsidéré l'existence même de cette convention. Une telle construction contractuelle n'a plus de raison d'être étant donné la possibilité actuelle de céder plus librement ses parts à des tiers. Néanmoins, il reste que le principe de liberté contractuelle autorise encore les associés à recourir à cette construction contractuelle. La seule limite restant celle de l'absence d'intention frauduleuse lors de son utilisation et donc de la création d'une structure illégale permettant la naissance d'un bénéficiaire final. Notre société repose sur des bases contradictoires, alors que la réglementation se veut plus stricte, il se trouve qu'on aspire à obtenir plus de liberté<sup>724</sup>. Sous prétexte de protéger une forme de transparence dans les échanges, la réglementation européenne a asphyxié les mécanismes de substitution occulte ou semi-occulte.

260. Après la simulation par l'interposition de la personne physique dans un cadre purement sociétaire, l'opération avec un bénéficiaire final donne naissance une situation d'opacité occasionnée par l'utilisation de mécanismes fictifs. Le but étant toujours souligné par la description des caractéristiques de ces opérations occultes, à savoir la recherche du profit de l'opération.

## B : LA DISSIMULATION TOTALE DU BENEFICIAIRE FINAL : PERSONNE MORALE

261. La société est un contrat spécial selon lequel les parties, appelées également associés, conviennent d'affecter à une entreprise commune, des biens ou leur industrie en vue de partager le

---

<sup>722</sup> Art. 1870, 1870-1 du Code civil pour ce qui concerne les sociétés civiles ; Art. L. 223-13 du Code de commerce pour les SARL ; Art. L. 221-15 du Code de commerce pour les SNC et les SCS.

<sup>723</sup> Art. 1861 du Code Civil : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés. Les statuts peuvent toutefois convenir que cet agrément sera obtenu à une majorité qu'ils déterminent, ou qu'il peut être accordé par les gérants. Ils peuvent aussi dispenser d'agrément les cessions consenties à des associés ou au conjoint de l'un d'eux. Sauf dispositions contraires des statuts, ne sont pas soumises à agrément les cessions consenties à des ascendants ou descendants du cédant. Le projet de cession est notifié, avec demande d'agrément, à la société et à chacun des associés. Il n'est notifié qu'à la société quand les statuts prévoient que l'agrément peut être accordé par les gérants. Lorsque deux époux sont simultanément membres d'une société, les cessions faites par l'un d'eux à l'autre doivent, pour être valables, résulter d'un acte notarié ou d'un acte sous seing privé ayant acquis date certaine autrement que par le décès du cédant ».

<sup>724</sup> BERTREL J.-P., « Liberté contractuelle et sociétés », RTD com. 1996. 595 en citant le professeur Guyon LGDJ 1993, p. 7 ; DONDERO B., « Le degré d'identification du bénéficiaire effectif : synthèse de l'acquis jurisprudentiel », La semaine juridique entreprise et affaires, n°36, septembre 2020, p. 23.

bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter<sup>725</sup>. Elle est constituée par la réunion d'un certain nombre d'éléments légaux permettant sa création. En droit des contrats, le consentement, la capacité, l'objet et la cause sont des éléments indispensables à la validité du contrat. En droit des sociétés, la pluralité d'associés, la participation aux bénéfices et aux pertes, les apports, et l'affectio societatis sont des éléments indispensables à la création d'une personnalité morale représentant la volonté des associés de collaborer ensemble dans une entreprise commune<sup>726</sup>. L'absence de l'une de ces composantes pourrait remettre en cause, non seulement la validité du contrat, mais également l'existence de la société.

262. L'analyse de la notion de fictivité revient à s'intéresser aux éléments indispensables à la construction d'une société. L'erreur serait de confondre fictivité et simulation, ces deux notions étant complètement à l'opposé l'une de l'autre<sup>727</sup>. Alors que la simulation suppose l'existence d'une opération apparente et d'une opération occulte, la fictivité d'une société ne dissimule rien<sup>728</sup>. L'absence d'affectio societatis conduit à considérer comme fictive la société qui en est dépourvue<sup>729</sup>. Pourtant, cette notion ne dépend pas uniquement de l'absence d'un élément essentiel attaché à son existence, elle dépend également de l'utilisation qui en est faite par le ou les associés.

263. L'instrumentalisation d'une société réelle ayant pour but de satisfaire les intérêts d'un ou plusieurs associés constitue un abus de la personnalité morale et entre dans le cadre de la fictivité<sup>730</sup>. Il en est de même lorsque cette instrumentalisation vient satisfaire les intérêts d'une autre personne morale. La fictivité et la simulation supportent deux fondamentaux différents. Alors que la simulation se caractérise par la présence d'un acte ostensible et d'un acte apparent, la fictivité porte sur le mensonge créé par l'apparence<sup>731</sup>. Malgré ces différences, il reste important de rapprocher ces deux catégories compte tenu du fait que la fictivité se prouve par la privation de toute autonomie,

---

<sup>725</sup> BARUCHEL N., *La personnalité morale en droit privé, Éléments pour une théorie*, préf. B. Petit, 2004, Bibl. dr. privé t. 410, LGDJ, n° 49 et s ; Art. 1832 et s du Code civil.

<sup>726</sup> Art. 1832 du Code civil ; Cass. com. 3 juin 1986, Bull. civ. IV, n°116 ; Rev. sociétés 1986. 585, note Y. GUYON : en ce qui concerne les notions de collaboration effective et de partage d'intérêts commun.

<sup>727</sup> BREDIN J.-D., « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ., 1956.261, n° 18 ; DAIGRE J.-J., note sous Cass. com. 21 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996. II. 852.

<sup>728</sup> Art. 1844-10 ; Art. L. 1966 et Art. 369 du Code civil.

<sup>729</sup> Cass. com., 21 novembre 1995, n°93-20.054.

<sup>730</sup> La confusion de patrimoine de la société avec le patrimoine d'une autre personne : Cass. com., 21 mai 1963, Publication : n°245 ; Cass. com., 14 décembre 1965, Publication : n°709 ; Cass. com., 15 janvier 1991, n°89-13.380 ; Cass. com., 16 juin 2015, pourvoi n°14-10.187 ; Art. L.621-2 du Code de commerce, applicable à la liquidation judiciaire en vertu des dispositions de l'Art. L.641-1 du même Code.

<sup>731</sup> BARUCHEL N., Thèse préc., LGDJ ; WICKER G., « Personne morale », Rép. Civ., n°43.

de tout pouvoir décisionnaire au profit d'une autre personne faisant de cette société une simple façade<sup>732</sup>.

264. Les règles concernant la dissimulation du bénéficiaire final ne sont pas les mêmes pour les personnes physiques et pour les personnes morales. Dans l'instrumentalisation des personnes morales, la dissimulation se déplace sur l'activité dont il récolte les bénéfices et ainsi sur le rôle qu'il occupe véritablement dans l'opération contractuelle<sup>733</sup>. La personne morale n'est pas seulement l'instrument utilisé par une personne physique pour réaliser son dessein. Elle n'a pas toujours le rôle de l'interposé qui réalise l'opération pour le compte de l'individu donneur d'ordres. La personne morale peut être considérée comme un bénéficiaire final et récupérer dans son capital le bénéfice de l'opération réalisée pour son compte par un dirigeant ou par une autre personne morale. Mais au-delà des opérations occultes, il existe les opérations partiellement occultes. Elles s'opposent aux opérations occultes sur un point essentiel, la révélation ou non de la véritable qualité ou de l'identité du bénéficiaire final.

265. La fictivité vient du « caractère de ce qui est fictif<sup>734</sup> », il s'agit d'une feinte, d'un faux-semblant permettant la dissimulation d'une opération cachée. Mais il est possible d'y voir également une opération imaginaire qui ne recouvre rien ou « masque l'acte occulte qui correspond à la volonté réelle des intéressés<sup>735</sup> ». La notion de fictivité est le plus souvent juxtaposée à la notion de société qui correspond au contrat en vertu duquel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs biens ou leur industrie en vue de partager les bénéfices et les pertes qu'exige l'existence de ladite société<sup>736</sup>.

266. « La notion de société fictive est d'origine jurisprudentielle, même si elle a été généralement présentée comme une application du mécanisme législatif de la simulation<sup>737</sup> ». Bien que la simulation se rapproche nettement de la fictivité, il reste que les mécanismes qu'ils mettent en œuvre demeurent différents. « La simulation suppose à la fois un acte ostensible et une contre-lettre<sup>738</sup> », alors qu'en matière de fictivité il s'agit soit de viser l'absence d'un élément constitutif du contrat de société, soit de couvrir l'activité occulte d'un ou des associés.

---

<sup>732</sup> Cass. com. 28 mars 1977, *Rev sociétés* 1978.119, note J.-P. Sortais ; 21 juill. 1987, *Bull. Joly* 1987.622 ; 21 nov. 1995, *JCP*, éd. E, 1996. II. 852, note J.-J. Daigre.

<sup>733</sup> REBUT D., « Abus de biens sociaux, Répression », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2010, actualisation avril 2018 ; BOULOC B., « Abus de biens sociaux », Répertoire des sociétés, juin 2019.

<sup>734</sup> CORNU G., op.cit., p. 458 : « fictivité ».

<sup>735</sup> CORNU G., op. cit., p. 458 : « fictif ».

<sup>736</sup> CORNU G., op. cit., p. 972.

<sup>737</sup> ROUAST-BERTIER P., « Société fictive et simulation », *Rev. sociétés*, 1993, p. 725.

<sup>738</sup> DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018.

267. La personnalité morale conduit à une organisation juridique de l'activité économique qui n'est pas toujours exempte d'abus. Ce phénomène se traduit notamment par le développement de mécanismes juridiques destinés à satisfaire les intérêts d'une ou plusieurs autres personnes physiques ou morales. Les mécanismes permettant de masquer une activité occulte se développent de plus en plus (1), comme le risque d'abus de la personnalité morale (2).

## 1 : LES MECANISMES JURIDIQUES OCCULTANT

268. Les perspectives économiques actuelles poussent les personnes à organiser un montage juridique permettant de procéder à de l'optimisation de coûts ou simplement échapper à une réglementation légale trop contraignante<sup>739</sup>. Plusieurs opérations distinctes sont organisées de telle sorte à pouvoir poursuivre une même finalité<sup>740</sup>. Il peut notamment s'agir de cacher une activité illégale sous la couverture d'une activité légale comme dans le cadre du blanchiment. Cependant, il existe deux formes de montages, le premier permettant d'augmenter ou de protéger le pouvoir au sein d'une société et le second concernant l'augmentation ou la protection du patrimoine de cette société ou de ses associés<sup>741</sup>. C'est la seconde forme qui emporte la création d'une nouvelle personnalité morale. L'activité juridique pourra prendre la forme de plusieurs opérations consistant notamment en la création d'une filiale, la scission, la fusion ou la création d'une société holding<sup>742</sup>.

269. Ces montages juridiques ne sont pas uniquement utilisés dans une finalité frauduleuse, il s'agit parfois de limiter les responsabilités de chacun ou profiter d'avantages fiscaux<sup>743</sup>. Selon le Professeur BARUCHEL, les auteurs de montages économiques occultant conditionnent le choix du montage uniquement en fonction des « avantages conférés par la personnalité morale<sup>744</sup> ». Cette analyse met en avant le caractère utilitariste de la personnalité morale comme la liberté des participants à ce montage. L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée fait partie des montages créés par le législateur dans le but non seulement de mettre un terme à l'explosion des

---

<sup>739</sup> COHEN D., *La légitimité des montages en droit des sociétés*, in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, PUF, Dalloz, 1999, p. 261.

<sup>740</sup> COHEN D., op. cit., p. 261.

<sup>741</sup> DOM J.-Ph., *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, Coll. Pratique des affaires, éd. Joly, 1998, spéc. n°48 et s.

<sup>742</sup> PETIT B., *Droit des sociétés*, Litec, Coll. Objectif droit, 2002, n°439 ; Art. L. 236-1, al. 1er, du Code de commerce.

<sup>743</sup> BARUCHEL N., *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, Thèse, LGDJ, n° 423, p. 239.

<sup>744</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°423, p. 239.

sociétés fictives, mais également de garantir *l'immunité*<sup>745</sup> de l'entrepreneur individuel<sup>746</sup>. Selon DIENER, l'EURL était un mécanisme légalisant l'abus, il s'agissait de « supprimer la déviance au regard d'une norme en vigueur<sup>747</sup> », de l'introduire « en nouvelle règle de droit<sup>748</sup> ». Le Professeur BARUCHEL va même plus loin en considérant que « l'EURL ne supprime pas les sociétés fictives, elle les consacre, conformément à la perspective utilitariste de la personnalité morale<sup>749</sup> ».

270. Au demeurant, la légalisation de l'EURL permet de légitimer la constitution de filiales EURL ou SASU dont l'unique associé est une autre personne morale. Il est possible d'entrevoir le choix stratégique de la SASU qui permet de garantir une certaine facilité ou souplesse fiscale dans la cession d'actions. Mais également d'allier l'indépendance juridique de la filiale et la subordination économique à un associé unique<sup>750</sup>, qui peut parfaitement être considéré comme le bénéficiaire final de l'opération. D'ailleurs sur ce point, une participation supérieure à 90 % permet de bénéficier du régime fiscal des groupes et ainsi d'une imposition unique sur la société mère<sup>751</sup>. La détention de filiale lui permet de déduire les déficits de ces sociétés et ainsi d'obtenir des avantages fiscaux indéniables.

271. Ces montages juridiques permettent à leurs auteurs d'obtenir des avantages économiques importants, de telle sorte que le droit apparaît comme un instrument permettant aux utilisateurs de servir aux mieux leurs intérêts personnels<sup>752</sup>. Bien que ces montages demeurent particulièrement critiquables, ils restent admis par le droit malgré la persistance d'une certaine méfiance, compte tenu de la frontière assez mince qui existe entre ce qui reste légal et ce qui ne l'est plus.

## 2 : L'ABUS DE LA PERSONNALITE MORALE

272. Pour rappel, la société est fondée sur un contrat spécial encadré par les articles 1832 et suivants du Code civil. Pour être validée, mais surtout pour exister, la société doit respecter non seulement les règles relatives au droit commun des contrats, mais également les éléments

---

<sup>745</sup> L'immunité doit s'entendre au sens d'une limitation de la responsabilité de l'entrepreneur, lui permettant d'échapper aux conséquences désastreuses de ses choix économiques sur son patrimoine personnel.

<sup>746</sup> DIENER P., « La société en nom collectif dans tous les associés sont des EURL », JCP, 1992, n°14.

<sup>747</sup> DIENER P., op. cit., n°22.

<sup>748</sup> Ibid.

<sup>749</sup> BARUCHEL N., op. cit., n° 424, p. 240.

<sup>750</sup> Interprétation de l'analyse du Professeur BARUCHEL qui illustre le développement de montages juridiques avantageux sur le plan économique pour ceux qui en bénéficie en dernier lieu.

<sup>751</sup> GUYON Y., *Droit des affaires*, Tome I, Droit commercial général et Sociétés, Economica, 11e éd., 2001, n° 134.

<sup>752</sup> COHEN D., *La légitimité des montages en droit des sociétés*, in *L'avenir du droit.*, Mélanges en hommage à TERRÉ F., Dalloz, PUF, 1999, p. 272.

fondamentaux propres au droit des sociétés. En d'autres termes, pour être valide, le contrat de société doit contenir des apports, une intention de participer aux bénéfices et de contribuer aux pertes, et enfin l'affectio societatis à savoir l'intention de s'associer<sup>753</sup>. Le contrat de société est une « entreprise commune<sup>754</sup> » qui a pour seule finalité le partage des bénéfices et des pertes entre ceux qui ont décidé de s'associer. Bien que l'apport et l'entreprise commune restent des critères indispensables à la validité même du contrat de société, la volonté commune de collaborer reste un élément très marginal<sup>755</sup>. L'affectio societatis est une notion latine qui désigne la volonté de collaborer au sein d'une entreprise commune. Son absence crée un défaut propre au contrat de société et caractérise sa fictivité<sup>756</sup>. D'ailleurs, « la doctrine classique considère que, quel que soit l'élément manquant, son défaut démontre celui d'affectio societatis, clé de voûte de l'ensemble<sup>757</sup> ».

273. En pratique, une société dont il manque un élément fondamental démontre le défaut d'affectio societatis. Il est vrai que l'absence d'apports de la part de ou des associés peut être interprétés comme le refus de collaborer ensemble. Une société sans affectio societatis ne peut être considérée comme valide ou existante. D'ailleurs, l'absence de cet élément fondamentale peut concerner l'ensemble des associés, telle une concertation, ou simplement être interprétée « par la présence, parmi les fondateurs, d'un ou plusieurs associés de façade<sup>758</sup> ». Ainsi, la fictivité de la société est la conséquence du comportement de cet associé, bien que cela reste assez difficile à démontrer en pratique. Simplement et comme démontrée précédemment, l'absence d'affectio societatis reste à l'origine du caractère fictif de la société. Cette solution semble cohérente compte tenu du fait que la création d'une société fictive n'a pas pour but d'engager les associés, mais plutôt de dissimuler la véritable activité de, ou des associés. Comment pourrait-il être question d'affectio societatis dans une structure spécialement créée pour couvrir l'activité d'un bénéficiaire occulte ?

274. Le bénéficiaire final n'a aucun intérêt à former une véritable société, il a besoin d'une façade dans le seul but de couvrir son affaire. Ici, la dissimulation n'est pas caractérisée par le refus de donner son identité, mais par le refus de révéler son rôle dans cette construction contractuelle occulte. Bien que le caractère fictif ou non d'une société puisse s'imposer par la seule absence d'intention de s'associer, il n'en demeure pas moins qu'elle peut également découler d'un autre

---

<sup>753</sup> Art. 1832 du Code Civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

<sup>754</sup> MASSART T., « Contrat de société », Répertoire des sociétés, Avril 2006 actualisation Août 2018.

<sup>755</sup> Ibid.

<sup>756</sup> DAIGRE J.-J., art. Préc., avril 2018.

<sup>757</sup> DAGOT M., *La simulation en droit privé*, TOME 73, 1967, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, p. 66.

<sup>758</sup> DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999 actualisation Avril 2018.

critère, différent que celui qui est attaché à la validité du contrat de société et donc à l'existence même de cette société. Il est tout à fait possible qu'une société formée dans les conditions prescrites par la loi puisse être atteinte par la fictivité.

275. L'immatriculation d'une société donne naissance à un *être juridique nouveau* qui dispose d'une personnalité morale et d'un intérêt social qui lui est propre. Contrairement à ce que beaucoup peuvent penser, le raccourci consistant à considérer que les intérêts de la société sont les mêmes que ceux de ses associés n'est que pure fiction. D'ailleurs, la société dispose d'organes spécifiques permettant la prise de décision propre à ses propres intérêts. Pourtant, les actes de certains associés peuvent prêter à confusion quant aux intérêts qu'ils défendent au sein de cette entreprise commune. Notamment, la prise d'une décision « sans égard pour l'intérêt propre de l'être moral<sup>759</sup> » prouve la volonté de, ou, des associés d'utiliser la société comme un « écran pour cacher une activité purement personnelle<sup>760</sup> ».

276. Une telle subtilisation du rôle de cette entreprise commune crée une confusion de patrimoine avec le ou les auteurs de telles décisions. Le ou les associés dissimulateurs deviennent le ou les *bénéficiaires finaux* de l'opération consistant en un abus de la personnalité morale déjà formée. En d'autres termes, l'ouverture d'une procédure collective suite à une cessation de paiement de cette société ne peut qu'être étendue sur ceux qui se dissimulent sous son couvert. La confusion des patrimoines découle de la confusion des intérêts des associés et de la société<sup>761</sup>. La Cour d'appel de Paris le 15 février 1994 a d'ailleurs eu l'occasion de préciser qu'un redressement ou une liquidation judiciaire « d'une personne a la possibilité d'étendre cette procédure à une autre personne en cas de fictivité de la société ou de confusion des patrimoines<sup>762</sup> ».

277. Cette solution est le résultat d'une observation jurisprudentielle démontrant l'impossibilité de distinguer le patrimoine propre à chaque entreprise. De même, l'identité des associés ou des fondateurs d'une société à l'autre peut porter à confusion. Sans compter le bénéfice de l'opération réalisé qui ne fait que transiter de façon apparente dans le patrimoine de la société. En réalité, les effets de l'opération sont imputés sur le patrimoine du bénéficiaire final. En somme, il s'agit bien là dans une forme d'action pour le compte d'autrui par l'instrumentalisation de la personne morale. L'intérêt de la personne morale est comme détourné au bénéfice d'individu dissimulant leurs activités. Cette explication semble simple dans le cas d'un bénéficiaire final entendu comme une personne physique, mais l'explication reste la même pour le bénéficiaire final entendu comme une

---

<sup>759</sup> Ibid.

<sup>760</sup> Ibid.

<sup>761</sup> Paris, 13 juillet 1993, Rev. sociétés 1993, 874, note A. HONORAT ; Bull. Joly 1993, § 375, note H. LE NABASQUE.

<sup>762</sup> CA Paris, 15 févr. 1994, D. 1994, IR 80 ; 13 sept. 1994, D. 1994, IR 238.



personne morale. L'analyse précédente démontre l'importance de caractériser le comportement du bénéficiaire final au sein de ces opérations. Il ne s'agit pas uniquement pour lui de cacher son identité, mais souvent de cacher son véritable rôle dans l'opération contractuelle. Ainsi, la position de retrait n'est plus à remettre en cause, c'est le degré de ce retrait qui peut faire l'objet de variation. Alors que pour certaines situations l'abus ne saurait exister, pour d'autres il serait caractérisé.

278. Il est tout de même important de préciser que ce n'est pas la fictivité qui entraîne la confusion de patrimoine, ni même l'inverse, c'est l'analyse d'un ensemble d'éléments permettant de confondre le patrimoine de la personne morale avec le patrimoine d'une autre personne qu'elle soit physique ou morale qui entraîne cette confusion et le prononcé de la décision judiciaire<sup>763</sup>. D'ailleurs, « le fondement légal invoqué par les tribunaux pour étendre la procédure en cas de la confusion des patrimoines est l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 janvier 1985.<sup>764</sup> » Le législateur prévoit avec cet article non seulement l'extension « aux dirigeants sociaux de la procédure collective ouverte contre la personne morale dans le cas visé par l'article 182 de la loi du 25 janvier 1985, mais également l'extension fondée sur la notion de fictivité des personnes morales ou sur l'existence d'une confusion des patrimoines<sup>765</sup> ». En tout état de cause, des indices mettant en exergue une forme de confusion des patrimoines entre deux personnes, qu'elle soit physique ou morale, peut-être interprétés comme un abus de la personnalité morale dont malheureusement la fictivité est le plus souvent à l'origine. Le bénéficiaire final utilise la personne morale dans son intérêt personnel en faisant mine d'agir dans l'intérêt social. C'est un détournement de l'intérêt de la société qui n'est en réalité que pure fiction. En cela, la fiction se rapproche de la simulation, comme le déguisement d'une société et l'utilisation d'une personne physique interposée, à partir du moment où le but recherché par le bénéficiaire final créé par ces opérations occultes est le profit de l'opération réalisée pour son compte.

---

<sup>763</sup> CAMPANA M-J., DIZEL M., BARRATIN L-P., FERNANDEZ R., « Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture », Répertoire de droit commercial, Septembre 1996 actualisation Février 2019 : « La notion de fictivité de la personne morale peut exister indépendamment de toute confusion des patrimoines, ce qui rend impossible l'extension de la procédure. Tel est le cas par exemple de la personne physique qui dissimule son activité derrière le voile de la personne morale sans pour autant user du patrimoine de cette dernière. De même, à l'inverse, il peut y avoir confusion de patrimoines entre une personne physique et une personne morale sans pour autant que soit fictive cette dernière. Lorsqu'un jugement n'a fait qu'étendre à un GIE le redressement judiciaire de son administrateur, en raison de la confusion existant entre leurs seuls patrimoines, sans constater la cessation des paiements propre au groupement, la juridiction, qui n'a relevé aucune confusion du patrimoine unique de l'administrateur et du GIE avec celui des membres de celui-ci, ne peut prononcer le redressement judiciaire de ces derniers. »

<sup>764</sup> CAMPANA M-J., DIZEL M., BARRATIN L-P., FERNANDEZ R., « Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture », Répertoire de droit commercial, Septembre 1996 actualisation Février 2019 : « le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur est commerçant ou artisan ; le TGI est compétent dans les autres cas. S'il se révèle que la procédure ouverte doit être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi reste compétent »

<sup>765</sup> CAMPANA M-J., DIZEL M., BARRATIN L-P., FERNANDEZ R., op. cit., 2019.

279. L'abus de la personnalité morale a été perçu comme un risque pour le Professeur BARUCHEL. L'autonomie juridique et patrimoniale de la personnalité morale, par rapport aux personnes physiques qui la compose peut légitimement être une source d'abus<sup>766</sup>. Cette notion ne peut pas être utilisée en toutes circonstances, si la législation autorise la création d'une société pour échapper à certaines obligations fiscales rien n'est illégal. Il s'agit de connaître la frontière entre ce qui est de l'ordre du légal et ce qui ne l'est plus<sup>767</sup>. Si la société n'apparaît que comme un écran<sup>768</sup> ou un instrument juridique, nous sommes en présence d'un abus de la personnalité morale<sup>769</sup>.

280. La théorie de l'abus de la personnalité morale a vu le jour suite aux écrits du Professeur CHAUVEAU. Selon lui l'abus est sanctionné pour « éviter que l'une des parties puisse interposer entre elle et son adversaire la fiction d'une personnalité morale pour arrêter le cours normal et le jeu régulier d'une disposition législative<sup>770</sup> ». L'abus de la personnalité morale est une situation juridique qui a déjà fait l'objet de plusieurs écrits en droit des sociétés notamment pour contester la validité de montages économiques<sup>771</sup>. Mais un essai a fait constater la présence de deux types d'abus, le premier est contractuel et le second légal<sup>772</sup>. L'abus contractuel correspond à une utilisation de la personnalité morale afin de frauder ou dans le cadre d'une simulation<sup>773</sup>. L'abus légal est une utilisation de la personnalité morale dans l'intérêt d'un donneur d'ordres<sup>774</sup>. La fictivité est une forme d'abus contractuel alors que la confusion de patrimoine est un abus légal<sup>775</sup>. FADEL-RAAD revient sur les sanctions de l'abus, il n'y a aucune harmonisation en la matière.

281. Pour d'autres auteurs, il existe trois formes d'abus, le premier est permanent, le second est ponctuel, et enfin le troisième est l'abus possible<sup>776</sup>. La fictivité est un abus permanent, l'instrumentalisation pour obtenir un droit déterminé est un abus ponctuel et la mise en sommeil d'une société est un abus possible. L'abus de la personnalité morale repose généralement sur plusieurs notions, la fraude, l'apparence, la fictivité et même la responsabilité. C'est en raison de l'attrait pour l'utilisation de la personnalité morale et par peur du risque de fraude que le droit ait dû intervenir

---

<sup>766</sup> BARUCHEL N., *La personnalité morale en droit privé éléments pour une théorie*, Thèse, LGDJ, n°426, 241.

<sup>767</sup> BARUCHEL N., op.cit., n°426, p. 241 ; OPPETIT B., *Les incertains frontières de l'illicite*, in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 11 est .

<sup>768</sup> CUTAJAR-RIVIERE, *La société écran. Essai sur sa notion et son régime*, LGDJ, 1998.

<sup>769</sup> BARUCHEL N., op. Cit, n°427, p. 241.

<sup>770</sup> CHAUVEAU P., « Des abus de la personnalité morale des sociétés », *Rev. gén. Dr. com.* 1938, 397.

<sup>771</sup> DIENER P., *Un abus de la personnalité morale, les sociétés en sommeil*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, LITEC, 1978, p. 81.

<sup>772</sup> FADEL-RAAD N., *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, Thèse, LGDJ, 1991, n°179 et s.

<sup>773</sup> CHAUVEAU P., op. cit., n°15 et s.

<sup>774</sup> CHAUVEAU P., op. cit., n°179 et s.

<sup>775</sup> CHAUVEAU P., op. cit., n°158 et n°214.

<sup>776</sup> MESTRE J., VELARDOCCIO D., LANCHARD-SEBASTIEN Ch., *Lamy sociétés commerciales*, 2002, n°466.

pour limiter la création d'opérations juridiques sociétales. La chambre commerciale a considéré en 1970 qu'une filiale est fictive dès lors qu'elle renferme toutes les composantes du domaine de la simulation<sup>777</sup>. La fictivité se caractérise par la présence d'associés qui ne sont que des prête-noms pour la société mère, mais également par son instrumentalisation afin de bénéficier des avantages d'une interposition de personnes<sup>778</sup>.

282. En matière de fraude, la personne morale frauduleuse souhaite bénéficier d'avantages illégaux, ou échapper à certaines obligations légales<sup>779</sup>. En droit fiscal les montages juridiques se multiplient néanmoins, ils emportent un caractère frauduleux uniquement s'ils sont fictifs ou s'ils ont été créés dans le seul but d'échapper à certaines obligations fiscales<sup>780</sup>. La fraude peut se matérialiser en dehors de toute obligation fiscale, notamment pour échapper à des obligations sociales<sup>781</sup>, ou familiales<sup>782</sup>.

283. La société en sommeil est une société qui n'a plus d'activité économique sans pour autant être dissoute<sup>783</sup>. Il s'agit de sociétés en hibernation<sup>784</sup> qui parfois sont créées en sommeil<sup>785</sup>. Selon la doctrine utilitariste, il s'agit d'une société « en attente d'emploi<sup>786</sup> ». Ces sociétés seraient créées en avance dans le but de développer des bénéfices économiques futurs. Néanmoins, il se trouve qu'elles peuvent faire l'objet de détournement donnant lieu à une utilisation abusive. La personnalité morale garantit une telle liberté économique, qu'elle peut être l'objet de nombreux abus<sup>787</sup>. DIENER va plus loin en indiquant que ces personnalités morales sont « malléables au gré des volitions individuelles<sup>788</sup> ». Les situations analysées en matière d'abus font toutes ressortir l'instrumentalisation ou le détournement d'un mécanisme légal au profit d'un bénéficiaire final. Si ces opérations dissimulent totalement la présence de celui qui en profitera en dernier lieu, il semble néanmoins que certaines opérations admettent une opacité partielle du donneur d'ordres.

## **II : L'OPACITE AMOINDRIE DU BENEFICIAIRE FINAL**

---

<sup>777</sup> Cass. com. 27 avril 1970, Bull. civ. IV, n°136 ; Cass. com. 19 octobre 1993, RJDA 1994, n°169 et 205.

<sup>778</sup> Arrêts précédents.

<sup>779</sup> BARUCHEL N., op. cit., n° 430, p. 243.

<sup>780</sup> COHEN D., op. cit., p. 261.

<sup>781</sup> Cass. Crim., 23 avril 1970, Bull. crim., n°144.

<sup>782</sup> Cass. civ. 1ère., 17 mars 1992, Dalloz, 1992, somm. 401, obs., DELEBECQUE.

<sup>783</sup> DIENER P., op. cit., p. 81.

<sup>784</sup> COZIAN M., VIANDIER A., DEBOISSY F., *Droit des sociétés*, 33e éd., LexisNexis, 2020, n°557 et s.

<sup>785</sup> Voir DIENER P., op. cit., p. 81.

<sup>786</sup> Cass. com., 26 novembre 1975, RTD. Com. 1976, p. 109, n°4.

<sup>787</sup> CHAUVEAU P., « Des abus de la personnalité morale des sociétés », Rév. gén. dr. com. 1938, 397.

<sup>788</sup> DIENER P., « La société en nom collectif dont tous les associés sont des EURL », JCP. 1992, éd., E, I, 153, n°3 ; NOTTE G., « Les sociétés en sommeil », JCP. 1984, éd. G, I, 3022.

284. Dans les opérations dans lesquelles le bénéficiaire final est partiellement dissimulé, il convient de s'interroger sur ce que le cocontractant connaît ou ne connaît pas lors de la conclusion du contrat, et même lors de son exécution. La connaissance est le « fait d'être ou de se mettre personnellement au courant<sup>789</sup> ». Or il semble que ce qui caractérise ces opérations c'est l'ignorance, bien qu'elle soit partielle. Certaines opérations apportent une description différente de la position de retrait du bénéficiaire final. Il s'agit pour elles, d'un phénomène temporaire dont la révélation pourrait avoir lieu après un certain délai ou dont la connaissance du cocontractant permettrait d'exclure la problématique occulte du véritable bénéficiaire<sup>790</sup>. L'existence du bénéficiaire final serait ou pourrait être connue à un moment ou à un autre de l'opération contractuelle<sup>791</sup>. Dès lors, il faut partir du principe que bien qu'en retrait de l'opération, dissimulée par la présence d'un « homme de paille<sup>792</sup> », l'identité et le rôle du bénéficiaire final pourraient faire l'objet d'une révélation future. Notamment, dans la déclaration de command, le commandé agit pour le compte d'un individu dont il révélera l'identité qu'après un certain délai<sup>793</sup>. Mais également dans le contrat de commission ou le commissionnaire est un intermédiaire de commerce qui réalise des contrats en son nom propre, mais pour le compte d'autrui<sup>794</sup>. Le commissionnaire est considéré comme le véritable bénéficiaire ce qui l'engage aux yeux de son cocontractant<sup>795</sup>. Ces deux opérations cristallisent l'absence temporaire du bénéficiaire final. Bien que dans la seconde opération cette révélation ne soit pas exigée explicitement, il semble que la première soit beaucoup plus précise quant au sort qu'il accorde à cette déclaration. Dans la déclaration de command, l'absence de révélation par le commandé pourra avoir des conséquences sur sa qualité, mais également sur les effets de l'acte dont il est l'auteur<sup>796</sup>. Il devient une partie à part entière et doit répondre des obligations auxquelles il a adhéré. De façon inverse, il est tout à fait possible de passer de la déclaration command au mandat par le jeu de la révélation de l'identité du bénéficiaire de l'acte<sup>797</sup>.

---

<sup>789</sup> CORNU G., op. cit., p. 238.

<sup>790</sup> COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Précis, Dalloz, 2019, n°660 et s.

<sup>791</sup> IZORCHE M.-L., « À propos du mandat sans représentation », Dalloz, 1999, chron. 369.

<sup>792</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit., 2018-2019.

<sup>793</sup> Art. 2207 du Code civil ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n°116 et s., p. 114 et s.

<sup>794</sup> Art. L. 132-1 du Code de commerce : « Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ».

<sup>795</sup> Art. 1154, al. 2, red. Ord. 10 février 2016 ; Cass. com., 26 avril 1982, Bull. civ., n°135 ; Cass. Civ., 1re, 17 novembre 1999, Bull. civ., I, n°311.

<sup>796</sup> BARRET O., BRUN Ph., « Vente : formation – Existence du consentement », Répertoire de droit civil, Octobre 2019, actualisation Septembre 2020.

<sup>797</sup> COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., op. cit., n°666, p. 559 ; Cass. com., 20 juin 1995, Bull. IV, n°189, p. 175.

285. Les opérations avec un bénéficiaire final donnent naissance à plusieurs situations dont le degré de dissimulation est plus ou moins important. La première se caractérise par une opacité totale, cette catégorie comprend la simulation et la fictivité<sup>798</sup>. L'interposition de personne physique et l'instrumentalisation de la personne morale illustrent et consacrent la recherche du profit de l'opération par l'adoption d'une position de retrait totale de l'opération envisagée<sup>799</sup>. L'identité et le rôle du bénéficiaire final sont ignorés et plus particulièrement méconnus du cocontractant. La seconde situation se caractérise par une opacité dite « amoindrie<sup>800</sup> » de l'opération. L'opacité amoindrie ou partielle se distingue de l'opacité totale sur un point. L'identité du bénéficiaire final reste cachée, néanmoins sa présence est connue de tous et plus particulièrement de celui qui contracte avec l'interposé<sup>801</sup>. Les opérations qui correspondent cette description sont la déclaration de command et le contrat de commission.

286. Dans la première opération, l'identité du bénéficiaire final doit être révélée au terme de l'écoulement d'un certain délai. Sans révélation de la part du commandé, l'opération entre dans la catégorie de la simulation et sa responsabilité est pleinement engagée<sup>802</sup>. La révélation entraîne l'application des dispositions protectrices du mandat, l'opération devient transparente. La seconde opération n'oblige pas le commissionnaire à révéler l'identité du bénéficiaire final néanmoins, les éléments de la représentation ne sont pas réunis. Cette construction contractuelle s'apparente à une « représentation incomplète<sup>803</sup> », puisque le commissionnaire agit pour le compte d'un donneur d'ordres en son propre nom<sup>804</sup>. Ces deux opérations comprennent les deux éléments constants de la définition du bénéficiaire final à savoir, l'adoption d'une position de retrait, et la recherche du profit de l'opération. Le commissionnaire comme le commandé représentent les intérêts de leur donneur d'ordres. La recherche du profit de l'opération est le résultat de la construction contractuelle semi-oculte.

---

<sup>798</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 ; LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ. 1999. 283.

<sup>799</sup> FAGES B., « Le contractant masqué par une interposition de personne », RTD civ. 2008. 674.

<sup>800</sup> Opacité amoindrie ou partielle.

<sup>801</sup> Il s'agit de ce plusieurs auteurs nomment la représentation imparfaite : TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 242 et s, p. 269 et s ; MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 119, p. 115.

<sup>802</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat – Caractères du mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation : Décembre 2019.

<sup>803</sup> Ibid.

<sup>804</sup> Cass. com., 5 mai 1965, Bull. civ. III, n° 280 ; Cass. com., 10 février 1970, n° 68-10.363, Bull. civ. IV, n° 49 ; Dalloz 1970 page 392 ; Cass. com., 9 décembre 1997, n° 95-22. 096, Bull. civ. IV, n° 333 ; RTD com. 1998 page 667, obs. BOULOC.

287. En somme, il convient de mettre en lumière l'action temporairement occulte de celui qui agit pour le compte du bénéficiaire final (A). Puis, d'analyser l'action dite ostensible pour le compte d'autrui (B).

#### A : L'ACTION TEMPORAIREMENT OCCULTE POUR LE COMPTE D'AUTRUI

288. Tout d'abord, il est important de revenir sur la distinction entre l'adoption d'une position de *retrait* et le *droit de retrait*. Le *droit de retrait* est une notion couramment utilisée pour désigner « une prérogative accordée à l'actionnaire d'une société en bourse qui fait l'objet d'une offre publique d'achat, de quitter celle-ci en contraignant le repeneur à racheter ses titres<sup>805</sup> ». Il peut s'agir également d'un *droit de repentir*, ou, d'un *attribut du droit moral d'auteur* permettant au créateur d'une œuvre de mettre un terme au contrat d'exploitation dont sa création fait l'objet<sup>806</sup>. Le retrait est pour PLANIOL, « le droit accordé à certaines personnes de prendre pour elles un achat fait par un autre en se substituant à celle-ci comme acheteur<sup>807</sup> ». L'exercice de ce droit permet à une personne étrangère en apparence de prendre part à une opération déjà conclue<sup>808</sup>. Ce retrait aurait des effets rétroactifs permettant au bénéficiaire de la substitution d'être considéré comme la seule partie contractante depuis toujours<sup>809</sup>. C'est notamment sur ces caractéristiques que s'inscrit l'action temporairement occulte pour le compte du bénéficiaire final. Bien que les effets de ladite substitution ne soient pas opposables aux tiers, il reste que l'implication de l'interposé reste limitée à l'action pour le compte d'un individu étranger<sup>810</sup>.

289. Pour les opérations avec un bénéficiaire final, la position de retrait doit s'analyser comme un privilège permettant à ce personnage de ne pas participer à l'opération dont il souhaite récolter les fruits<sup>811</sup>. Le retrait du bénéficiaire final se caractérise par le fait d'être absent d'une opération qui a été réalisée à son profit. Alors que le repentir permet à l'auteur de l'acte de revenir sur son

---

<sup>805</sup> CORNU G., op. cit., p. 926.

<sup>806</sup> CORNU G., op. cit., p. Préc. : « Dans un sens technique étroit, attribut du droit moral d'auteur, grâce auquel le créateur d'une œuvre de l'esprit peut mettre un terme à un contrat d'exploitation d'ores et déjà conclu, même après la publication, lorsqu'il vient à regretter, pour des considérations d'ordre intellectuel ou moral, d'avoir pris la décision de publier ».

<sup>807</sup> PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, précité, tome 2, n°1647, p. 544.

<sup>808</sup> COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 11e éd., Précis, Dalloz, 2019, n°72, p. 73 : Ce retrait est dit *post rem venditam* et permet une substitution de contractant.

<sup>809</sup> TALLON D., « Retrait et préemptions : contribution à l'étude des retraits », RTD civ., 1950, n°2, p. 209.

<sup>810</sup> Cette limite porte notamment sur la désignation d'un tiers comme bénéficiaire final de l'opération qui sera réalisée.

<sup>811</sup> Rapprochement avec la vision de PLANIOL M., op. cit., n°1647, p. 544.

consentement ou son refus<sup>812</sup>. Le retrait permet donc à la partie absente de bénéficier d'un acte sans y avoir directement consenti, de telle sorte que cet individu apparaît comme un tiers à l'opération<sup>813</sup>.

290. Ainsi, le bénéficiaire final qui ne participe pas directement à l'opération, mais profite d'un droit unique dont il est le seul titulaire<sup>814</sup>. Il utilise un « homme de paille<sup>815</sup> » pour intervenir pour son compte, tout en faisant croire que ce dernier est le seul bénéficiaire de l'opération qu'il réalise. La matérialisation de la position de retrait au delà de permettre la dissimulation du bénéficiaire final, permet la dissimulation des intentions réelles de son auteur. Le retrait est une notion qui se caractérise par la dissimulation du véritable bénéficiaire de l'opération, mais également par l'intervention d'un autre individu<sup>816</sup>. C'est donc l'adoption de la position de retrait qui permet la réalisation d'un résultat profitable pour le bénéficiaire final. Le premier élément de définition est indéniablement dépendant de l'existence du second et inversement. Ces deux critères sont non seulement constants, mais également insécables.

291. Dès lors, le but poursuivi par le bénéficiaire final doit être analysé en considération de la commune intention des parties au contrat occulte. Rappelons que le contrat se construit sur la base d'un accord de volonté qui s'opère sur des critères qui forment le contenu du contrat<sup>817</sup>. L'accord de volonté fait partie des éléments essentiels du contrat sans lequel il ne pourrait être considéré comme valide<sup>818</sup>. Le consentement doit homologuer le contenu du contrat ce qui explique la raison pour laquelle il reflète la commune intention des parties<sup>819</sup>. C'est en cela que l'opération secrète est indéfectiblement en lien avec l'opération ostensible au sens où elle caractérise le but poursuivi par les parties lors de la conclusion du premier contrat<sup>820</sup>.

---

<sup>812</sup> CORNU G., op. cit., p. 900 : « Faculté exorbitante reconnue, par faveur, à une personne, dans certains cas déterminés de revenir sur le consentement qu'elle avait donné, ou le refus qu'elle avait opposé ».

<sup>813</sup> PILLET G., op.cit., n° 78 et s, p. 78 et s.

<sup>814</sup> Référence à la définition de PLANIOL M., op. cit, n°1647, p. 544. L'adoption de la position de retrait permet d'intervention d'un intermédiaire et caractérisé la définition du bénéficiaire final de l'opération.

<sup>815</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>816</sup> PILLET G., op.cit., n° 66 et s, p. 70 et s.

<sup>817</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 129 et s, p. 165 et s.

<sup>818</sup> Art. 1130 à 1144 du Code civil ; DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, p. 73.

<sup>819</sup> Art. 1188 du Code de civil ; Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 18 févr. 1986, n° 84-12.347 ; Cass. com., 4 mars 1997, n° 95-10.507.

<sup>820</sup> Notamment la substance du premier contrat, à savoir la raison pour laquelle ils ont formé le premier contrat. Sur ce point : CHÉNÉDÉ F., « La cause est morte...vive la cause ? », CCC, mai 2016, Dossier, n°4 ; GHESTIN J., *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n°113 et s., p. 74 et s : La cause étant en réalité l'intérêt de celui qui s'engage.

292. L'adoption d'une position de retrait s'illustre également par l'absence du bénéficiaire final lors de l'opération. Cette absence s'oppose à la définition même du contrat à savoir un accord de volontés conclu entre deux ou plusieurs personnes<sup>821</sup>. L'opération contractuelle se caractérise notamment par le fait que seule une personne ayant donné son consentement peut être engagée par les dispositions qu'il renferme. Pourtant, plusieurs opérations peuvent se caractériser par un retrait total ou partiel de celui qui doit bénéficier des effets de l'acte.

293. Le retrait peut être entendu comme un droit pour certains auteurs, comme celui de voter ou de se déplacer<sup>822</sup>. Pourtant, la notion de droit repose sur une définition précise laissant peu de place à la demi-mesure. Un droit est « dans un sens moins technique, toute prérogative reconnue par la loi aux hommes individuellement ou parfois collectivement<sup>823</sup> ». De manière plus simple, il s'agit d'une faculté laissée à l'entière disposition de ses détenteurs. Dans le cas du bénéficiaire final, l'adoption d'une position de retrait est analysée de façon objective au sens où il s'agit d'une caractéristique faisant partie d'une définition constante. Par l'adoption de cette position, le bénéficiaire final marque un comportement subjectif, ce qui le distingue finalement d'une faculté ou d'une prérogative accordée par le législateur. Pourtant l'analyse précédente laisse transparaître une nuance quant à l'application de la notion de retrait. Non seulement la substitution peut être assimilée à un droit, mais en plus ce droit pourrait nuancer.

294. La déclaration de command est une forme de « représentation incomplète<sup>824</sup> » selon laquelle, *l'ami* ou *commandé* indique « qu'il agit pour le compte d'un tiers, dont il dévoilera l'identité, dans un bref délai<sup>825</sup> ». Ce procédé permettant la dissimulation temporaire du bénéficiaire final est utilisé dans le cadre de la vente pour permettre à l'acquéreur de rester dans l'anonymat le temps de la transaction. Le profit de l'opération peut parfaitement être entendu comme une volonté d'échapper à l'administration fiscale<sup>826</sup> ou simplement d'éviter une augmentation du prix de vente<sup>827</sup>. D'ailleurs lors de la formation d'un contrat de vente, le consentement doit émaner de l'acquéreur, de l'acheteur ou de leurs représentants<sup>828</sup>.

---

<sup>821</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 71, p. 68 ; Art. 1101, 1102, et 1172 al. 1 du Code civil.

<sup>822</sup> PLANIOL M., op. cit., n°1647, p. 544 et Référence au droit de ne pas participer à l'opération comme un principe appartenant au domaine de la liberté contractuel ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 93, p. 91 : une liberté contractuelle limitée à l'ordre public ou aux bonnes moeurs ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 126 et s, p. 158 et s.

<sup>823</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'Association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 378.

<sup>824</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Décembre 2019.

<sup>825</sup> Ibid.

<sup>826</sup> Article 676 et 689 du Code général des impôts ; L. 322-8 du Code de procédure civile d'exécution.

<sup>827</sup> Cass. Com 11 mars 2014 n° 1312469.

<sup>828</sup> BARRET O., BRUN Ph., « Vente : formation – Existence du consentement », Répertoire de droit civil, Octobre 2019 actualisation 2020.



295. La déclaration de command apparaît comme une faculté de substitution permettant à l'acheteur apparent de désigner plus tard le véritable acheteur. Bien que cette opération emporte le transfert des effets de l'acte dans le patrimoine du command, la déclaration de command qui survient après une adjudication ou une vente ne sont pas assimilées à des cessions ce qui exclut l'application des dispositions de l'article 719 du code général des impôts, mais impose celles de l'article 686 du même code selon les conditions posées par le législateur<sup>829</sup>. La déclaration de command permet au cocontractant de savoir que sa transaction va avoir lieu avec quelqu'un d'autre que celui qui bénéficiera réellement de l'opération. Cette opération va passer de la représentation optionnelle au contrat de mandat dans la mesure où l'identité du bénéficiaire final de l'opération devra être révélée après un certain délai<sup>830</sup>. En matière d'adjudication « le mandant prenait alors la place du mandataire déclaré précédemment adjudicataire et il lui était substitué comme s'il s'était lui-même porté adjudicataire<sup>831</sup> ». La déclaration de command est désormais interdite aux termes de l'article L. 322-8 du Code de procédure civile.

296. La révélation de l'identité du donneur d'ordres constitue le cœur de cette opération dès lors que la déclaration de command est une opération dotée d'un pouvoir de transformation selon le comportement adopté par le commandé<sup>832</sup>. La révélation de l'identité du command transforme l'opération en contrat de mandat, ce qui entraîne un changement de qualité pour les parties au contrat : le command devient le mandant, et le commandé, un mandataire<sup>833</sup>. Inversement, l'absence de révélation de l'identité du command dans les délais escomptés fait entrer cette opération dans les mécanismes de simulation<sup>834</sup>. En devenant une convention de prête-nom, le promettant agit pour le compte d'un donneur d'ordres, « en dissimulant, sous sa propre personnalité, le véritable intéressé à l'opération projetée<sup>835</sup> ». Malgré la présence de ces deux options, le but poursuivi reste le même à savoir la recherche du profit de l'opération. Si l'analyse se penche sur l'engagement du command envers son interposé temporaire ou son intermédiaire, il est tout à fait admissible de considérer que cet engagement n'a qu'un but, qu'une résultante celle d'obtenir un maximum de profit de l'opération réalisée pour son compte et ce, quelque soit la raison.

---

<sup>829</sup> Art. 686 du code général des impôts.

<sup>830</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 : Régime général du contrat de mandat », *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2018-2019.

<sup>831</sup> VIGNERON S., « Enchères », *Répertoire de procédure civile Enchères*, Septembre 2014, actualisation : Décembre 2019.

<sup>832</sup> PILLET G., *op. cit.*, n°105, p. 110.

<sup>833</sup> *Ibid.*

<sup>834</sup> Il s'agit d'une opération proche de la convention de prête-nom dans laquelle l'interposé garde l'identité de son donneur d'ordres secrète en agissant en son nom pour le compte : LEDUC F., *op. cit.*, p. 297 et s.

<sup>835</sup> LE TOURNEAU Ph., *op. cit.*, 2018-2019.

297. La déclaration de command fait partie des opérations pour lesquelles l'intervention de l'interposé donne lieu. L'adoption de la position de retrait du bénéficiaire final étant immanquablement lié à la recherche du profit de l'opération. Cet élément est particulièrement présent au sein de la déclaration de command, peu importe la révélation ultérieure ou non, de l'identité du véritable donneur d'ordres. L'intervention de l'interposé peut également s'observer au sein d'autres opérations.

#### B : L'ACTION OSTENSIBLE, MAIS « PROPRIO NOMINE » POUR LE COMPTE D'AUTRUI

298. Le contrat de commission est le seul mécanisme exempt de simulation, permettant la dissimulation totale du bénéficiaire final<sup>836</sup>. Le commissionnaire a pour seule mission de conclure un contrat pour le compte d'un présumé absent<sup>837</sup>. Ce qui le distingue des autres contrats vient du mécanisme sur lequel repose cette action pour le compte d'autrui. Il a le pouvoir de conclure un contrat en son nom propre pour le compte d'un bénéficiaire resté en retrait<sup>838</sup>. D'ailleurs, le Professeur DISSAUX voit le commissionnaire comme un « intermédiaire spécifique<sup>839</sup> » qui se distingue du courtier par son pouvoir de conclusion de l'acte juridique dans lequel il intervient au service d'autrui.

299. Le commissionnaire s'engage personnellement, en son nom propre et le cocontractant est parfaitement informé de sa véritable qualité<sup>840</sup>. Cette information est indispensable pour distinguer le contrat de commission de la convention de prête-nom. Dans ce dernier contrat, le prête-nom agit de façon masquée, utilise son propre nom *proprio nomine*, pour le compte d'un individu qu'il dissimule<sup>841</sup>. À la différence, le commissionnaire agit toujours « ostensiblement<sup>842</sup> », son rôle dans

---

<sup>836</sup> COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., op. cit., n°666, p. 557 et 558.

<sup>837</sup> Art. L. 132-1 et s., du Code de commerce.

<sup>838</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015 ; Com. 2 févr. 1999, n° 97-17.059, Bull. civ. IV, n° 39 ; D. 2000. Somm. 293, obs. Mercadal ; Cass. com., 2 oct. 2007, n° 06-16.316, JCP E 2008. 2013, n° 22, obs. Delebecque ; RD transp. 2007, n° 250, obs. Bon-Garcin, Comp. DELEBECQUE ; Paris, 2 juill. 1999, JCP 2000. I. 259, n° 22, obs. Delebecque.

<sup>839</sup> DISSAUX N., op. cit., Novembre 2015 : « Le commissionnaire n'en reste pas moins un intermédiaire spécifique, notamment en ce que sa mission porte sur la conclusion même d'un contrat. En cela, il se distingue du courtier, qui n'a pas le pouvoir de conclure un contrat pour le compte de son donneur d'ordres. Le courtier se borne à rapprocher deux parties, son donneur d'ordre et un tiers, qui, éventuellement, concluront directement entre elles un contrat. »

<sup>840</sup> Cass. com., 26 avril 1982, Bull. civ., IV, n°135 ; Cass. civ., Ire, 17 novembre 1999, Bull. civ., I, n°311.

<sup>841</sup> Cette convention est notamment utile dans la vie des affaires au sens où les différents intervenants peuvent l'utiliser de manière illicite. Il est possible de retrouver l'opération en matière de distraction, au delà des frontières françaises notamment.

<sup>842</sup> DISSAUX N., op. cit., Novembre 2015 : « Y a-t-il cependant lieu de distinguer les deux espèces de ce genre d'intermédiaires ? Une réponse classique tient pour l'affirmative. Les deux agissent pour le compte d'autrui en leur nom personnel, certes. Mais l'un le fait ostensiblement tandis que l'autre avance masqué. Le commissionnaire annonce la

l'opération avec autrui est complètement transparent. Le Professeur DISSAUX s'interroge d'ailleurs sur la qualité *d'intermédiaire partiellement opaque* du commissionnaire par rapport à celle du prête-nom. Ce dernier personnage dissimule complètement l'identité de son donneur d'ordres et adopte le rôle d'un bénéficiaire apparent. Qu'en est-il du profit de l'opération à travers ce mécanisme ?

300. Cette opération peut être utilisée dans plusieurs domaines, notamment lorsque le commissionnaire « s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement d'une marchandise d'un lieu à un autre, et qui se caractérise par la latitude donnée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité<sup>843</sup> ». Et c'est de responsabilité dont il s'agit puisque le donneur d'ordres se place en position de retrait dans l'optique de se décharger de ce qui pour lui doit lui revenir sous forme de profit. La chambre commerciale de la Cour de cassation avait d'ailleurs jugé en 2015 que le contrat de commission qui unissait la société NOKIA et la société TNT, faisait de cette dernière un commissionnaire dont la responsabilité pouvait être engagée par l'opérateur des suites du vol des marchandises confiées pour le transport<sup>844</sup>. En matière de transport, le contrat de commission permet au donneur d'ordres de se détacher d'une tâche de manutention fastidieuse consistant à charger, décharger les marchandises, à passer des formalités administratives<sup>845</sup>.

301. Le contrat de commission abrite au sein de sa structure un élément essentiel pour sa construction, il s'agit de l'intention de celui qui reste en retrait de l'opération. Pour l'essentiel, cette structure contractuelle utilisée généralement pour les compétences professionnelles de celui qui agit pour autrui, repose sur une volonté immuable de tirer un bénéfice de l'opération réalisée<sup>846</sup>. Cela se traduit notamment par le contenu de la mission confiée au commissionnaire. Les deux éléments constants et interdépendants de la définition du bénéficiaire final sont présents : il se retire et poursuit

---

couleur au tiers contractant ; celui-ci sait qu'il traite avec un intermédiaire agissant pour le compte d'autrui. Le prête-nom, lui, ne dévoile rien, de sorte qu'il apparaît comme agissant pour son propre compte. »

<sup>843</sup> Cass. com., 10 mai 2005, pourvoi n° 04-10.235, Bull. civ. IV, n° 101 ; D. 2005, Jur. p. 2293, note L. Guignard.

<sup>844</sup> Cass. com., 19 mai 2015, F-P+B, n° 14-11.065, DELPECH X., *Le donneur d'ordre au titre d'un contrat de commission de transport a la qualité d'expéditeur*, Dalloz actualité 10 juin 2015 : commentaire de l'arrêt précédent ; Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-10.071, Bull. civ. IV, n° 189 ; D. 2012. 2512 ; *ibid.* 2013. 2432, obs. H. Kenfack ; RTD com. 2013. 137, obs. B. Bouloc.

<sup>845</sup> CA de Paris 2 juillet 1999, *Transport : Distinction entre contrat de ferroutage et contrat de commission*, Recueil Dalloz 2000 p. 293.

<sup>846</sup> BOULOC B., « Contrat de commission définition », RTD Com. 2006 p.187 ; Commentaire de l'arrêt : Cass. com., 10 mai 2005, pourvoi n° 04-10.235, Bull. civ. IV, n° 101 ; D. 2005, Jur. p. 2293, note L. Guignard et Pan. p. 2748, obs. H. Kenfack : Le contrat de commission est contrat au sein duquel « le commissionnaire s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement d'une marchandise d'un lieu à un autre, et qui se caractérise par la latitude donnée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité ».

toujours le même but à savoir le profit de l'opération réalisée pour son compte<sup>847</sup>. Pourtant, malgré leur appartenance à la catégorie des opérations avec un bénéficiaire final, le contrat de commission se distingue nettement de la convention de prête-nom. Au surplus, le comportement du commissionnaire demeure bien éloigné de celui du prête-nom. Est-il toujours possible de continuer à parler d'interposition pour désigner le commissionnaire ? Cette question mérite une analyse plus approfondie des notions d'intermédiaire et d'interposé afin de mieux comprendre le mécanisme de substitution dont les différents donneurs d'ordres font l'objet. Mais avant toutes choses, il convient de traiter de la transition de l'acte dans le patrimoine de l'intermédiaire.

---

## § 2 : La transition de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent

302. L'action pour le compte du bénéficiaire final s'analyse comme une imputation alternative des effets de l'acte d'un patrimoine à l'autre. La force obligatoire du contrat implique que les effets qui en découlent obligent uniquement les parties, à savoir les personnes ayant donné leur consentement. Cela ne doit pas occulter le droit de celui qui se retire à recevoir le profit de l'acte réalisé pour son compte<sup>848</sup>. Celui qui agit par le compte du bénéficiaire final forme le contrat et ouvre la possibilité pour celui qui adopte une position de retrait de « prendre intérêt à l'acte<sup>849</sup> ». L'intermédiaire ou l'interposé pourra faire transiter l'acte dans son patrimoine avant de le faire transiter pour qu'il accède au patrimoine de celui qui doit réellement en bénéficier à savoir le donneur d'ordres. L'opération est ainsi réalisée ou formée par le bénéficiaire apparent (I), pour le compte du bénéficiaire final (II).

### **I : LA CONCEPTION DE L'ACTE AU NOM DU BENEFICIAIRE APPARENT**

303. L'action pour le compte d'autrui crée une situation de substitution occulte qui se caractérise par la conception de l'acte par un bénéficiaire apparent, puis le transfert de l'acte réalisé dans le patrimoine du bénéficiaire final. L'opération préalable établissant les rôles de chacun est donc un moyen pour le donneur d'ordres d'obtenir le profit de l'opération future. Celui qui agit pour le compte d'autrui est nécessairement tenu par les obligations découlant de l'acte occulte<sup>850</sup>. La qualité de la partie auteur de l'opération future doit donc être clarifiée (A), pour ensuite analyser son engagement personnel (B).

---

<sup>847</sup> CE 1er février 1995., n° 131940 : en ce qui concerne la commission de caution. Le bénéficiaire peut parfaitement signer le contrat d'emprunt suite à l'octroi d'une garantie.

<sup>848</sup> PILLET G., op.cit., n°141, p. 145 : référence au droit de substitution.

<sup>849</sup> Ibid.

<sup>850</sup> GHESTIN J., *Introduction Rapport Français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaisons franco-belges.*, op. cit., p. 15 ; GALBOIS-LEHALLE D., op. cit., n°61 et s., p. 53 et s.

## A : LES NOTIONS D'INTERPOSES ET D'INTERMEDIAIRE

304. L'adoption d'un comportement de retrait se caractérise particulièrement par l'interposition dont le bénéficiaire final fait l'objet<sup>851</sup>. Une personne physique ou morale s'interpose pour dissimuler la présence du véritable bénéficiaire de l'opération contractuelle. Ce dernier intervient dans le montage et le maintien de cette obscurité autour de sa présence. Dans cette optique, l'interposition de personne comme l'instrumentalisation de la personne morale ne peuvent avoir lieu sans la volonté consciente de dissimuler le bénéficiaire final<sup>852</sup>. Ainsi, l'interposé n'est qu'un cocontractant *temporaire* dont la présence ne saurait perdurer au-delà de la conclusion du contrat<sup>853</sup>. C'est à ce stade qu'il faut s'interroger sur la qualification de cet individu. De nombreuses études utilisent les notions d'interposé et d'intermédiaire<sup>854</sup>, s'agit-il des mêmes individus ? Le Professeur DISSAUX a consacré sa thèse à l'analyse de l'intermédiaire<sup>855</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que la question doit être étudiée avec minutie.

305. Peut-on considérer que l'interposé est un intermédiaire stricto sensu ? Doit-on l'écarter de la catégorie des intermédiaires comme faisant référence à l'interposition de personne, mécanisme faisant partie des situations de simulation ?

306. C'est dans cette optique qu'il convient de réaliser une analyse critique de ces notions (1), avant de consacrer leurs interdépendances dans les opérations ayant pour but de créer un bénéficiaire final (2).

---

<sup>851</sup> FLATTET G., op. cit., n°128., p. 167 à 169 ; GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., op. Cit., n° 938, p. 1011.

<sup>852</sup> BOULANGER J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933, n°75 ; STORCK M., Thèse préc., n°162, p. 123 : l'action pour le compte d'une personne doit être entendue comme si l'action avait été réalisé par le bénéficiaire lui-même. Cela est tellement vrai que les effets de l'opération lui auraient été imputés s'il avait lui-même été auteur de l'acte.

<sup>853</sup> PILLET G., op. cit., n°106, p. 110 : « L'intermédiaire doit pouvoir être considéré, au terme de l'opération comme ayant eu, ab initio, le pouvoir d'exercer les droits subjectifs de son donneur d'ordres » ; GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Economica, p. 233.

<sup>854</sup> DIDIER Ph., op. cit., LGDJ, 2000, n°183, p. 130 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., op. Cit., n°178, p. 178 ; PILLET G., op. cit., n°105 et s, p. 109 et s ; COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., op. cit., n°666, p. 557 et 558.

<sup>855</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, éd. LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2007, n° 1 et s.

## 1 : LA DIFFERENCE ENTRE LES NOTIONS D'INTERPOSE ET D'INTERMEDIAIRE

307. Pour reprendre l'analyse du Professeur DISSAUX sur la qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles<sup>856</sup>, l'intermédiaire n'est pas uniquement l'individu qui met « en relations deux ou plusieurs personnes en vue de la conclusion d'une convention<sup>857</sup> », mais celui qui intervient pour autrui dans la conclusion de l'opération contractuelle. Sans pour autant ignorer la qualité première de l'intermédiaire que l'on rencontre le plus souvent dans les opérations de courtage<sup>858</sup>, le Professeur DISSAUX réalise une extension du pouvoir de l'intermédiaire en considérant que ces derniers « participent à la conclusion du contrat pour autrui<sup>859</sup> ». Le Professeur LE TOURNEAU va également dans ce sens en considérant que le contrat de mandat est « une exception au principe de l'effet relatif des contrats », ce qui a pour conséquence de remettre en question le mythe qui existe autour du principe de l'autonomie de la volonté<sup>860</sup>. Au demeurant, il considère comme le Professeur DISSAUX que le mandataire est un intermédiaire, partie au contrat lors de sa conclusion et tiers lors de ses effets<sup>861</sup>.

308. Le Professeur CHANTEPIE à l'occasion de l'analyse du contrat de mandat, reprend la notion d'intermédiaire pour qualifier le mandataire<sup>862</sup>. L'ensemble de ces analyses doctrinales reposent sur les mêmes conclusions, l'intermédiaire intervient pour le compte d'autrui généralement en son nom et pour son compte. Cette notion peut également être utilisée pour désigner une action pour le compte d'autrui dans toutes les opérations contractuelles de représentation partielles,

---

<sup>856</sup> DISSAUX N., op. cit., 2017.

<sup>857</sup> CORNU G., op.cit., pages 566-567.

<sup>858</sup> DISSAUX N., « Courtage », Répertoire de droit commercial, Juillet 2015 actualisation Avril 2017 : « Tout est dit ou presque : le courtier est un coureur contractuel. Il est un commerçant qui, à titre professionnel, rapproche des personnes désireuses de contracter ; un trait d'union entre les parties éventuelles à un contrat, se bornant néanmoins à les rapprocher pour les amener à contracter ensemble, le cas échéant. Il est un intermédiaire dans la conclusion des contrats ».

<sup>859</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Janvier 2019 : « Le plus souvent, un contrat est directement conclu par les personnes qui entendent se lier les unes aux autres. Légalement formé, il tient lieu de loi à ceux qui l'ont « fait », dispose l'article 1103 du code civil. La formulation de ce texte est toutefois réductrice. Certaines personnes peuvent concourir à « faire » un contrat dont elles n'entendent guère profiter. Ce sont des intermédiaires qui participent à la conclusion d'un contrat pour autrui ».

<sup>860</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>861</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., actualisation Mai 2018 : « Comme tout intermédiaire dans la conclusion d'un contrat, le mandataire « est dans ce contrat en ce sens qu'il est partie à sa conclusion ; il est hors de ce contrat en ce qu'il est tiers à ses bénéfices et, en principe, à ses charges » ».

<sup>862</sup> CHANTEPIE G., op. cit., Janvier 2019 : « Le mandant sera seul engagé par les contrats conclus par l'intermédiaire de son mandataire, dès lors que celui-ci n'a pas agi sans pouvoir ou en dépassement de ses pouvoirs ».

optionnelles, ou conditionnelles<sup>863</sup>. Pourtant, la notion utilisée change lors de la désignation de celui qui agit pour autrui dans d'autres opérations<sup>864</sup>.

309. Pour reprendre les exemples de la déclaration de command et du contrat de commission, l'intermédiaire agit pour le compte de son donneur d'ordres sans dissimuler sa véritable qualité. C'est l'identité du donneur d'ordres qui reste inconnu selon ses propres instructions. Alors que l'interposition de personnes, crée une situation ostensible permettant de dissimuler la véritable identité de la seule partie bénéficiaire de l'acte<sup>865</sup>. L'interposé apparaît comme le bénéficiaire dit « apparent<sup>866</sup> » d'un acte dont il est en réalité complètement détaché<sup>867</sup>.

310. Bien que le rôle de l'interposé puisse être rapproché de celui de l'intermédiaire, ces deux personnages ne peuvent être confondus. Alors que l'interposé dissimule sa véritable qualité par le déguisement qu'il adopte, il dissimule la présence et l'identité de son donneur d'ordres puisqu'il apparaît comme le seul bénéficiaire de l'acte réalisé<sup>868</sup>. Du reste, le Professeur LEDUC le confirme pour ce qui est de la convention de prête-nom qui, selon ses dires, « est communément appréhendée comme une figure contractuelle originale, se distinguant des autres contrats d'intermédiaire par la simulation qu'elle initie, qui est une simulation par interposition de personne ayant pour objet de cacher aux tiers la personnalité même de l'une des parties<sup>869</sup> ». Ces deux notions qui peuvent sembler identiques se distinguent selon l'opération dans laquelle elles s'inscrivent. L'opération transparente comme le mandat fait intervenir un intermédiaire pour agir au nom et pour le compte de celui qui est représenté. Pour les opérations occultes, l'interposé intervient pour le compte d'un donneur d'ordres en retrait.

311. En tout état de cause, bien que les notions d'interposé et d'intermédiaire ne soient pas fondamentalement différentes, il semble qu'elles sont utilisées au sein de mécanismes distincts. Faudrait-il pour autant complètement écarter la possibilité d'un rapprochement entre elles ? Dans le sens où, la notion d'intermédiaire n'est pas uniquement utilisée pour caractériser celui qui intervient

---

<sup>863</sup> FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., op. cit., 17e éd., 2012, n°428 et s, p. 323 et s.

<sup>864</sup> ASSI-ESSO, *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, thèse, Strasbourg, 1987, p. 1

<sup>865</sup> CORNU G., op.cit., page 970.

<sup>866</sup> CORNU G., op. cit., page 569.

<sup>867</sup> DUBOIS-de LUZY, *L'interposition de personne*, préf. ANCEL, Bibl. dr. privé, t. 519, 2010, LGDJ, n° 66, p. 43 ;

WITZ, *La fiducie en droit privé français*, 1981, Economica, n° 232, p. 223, note 13.

<sup>868</sup> ABEILLE, *La simulation dans la vie juridique et en particulier dans le droit des sociétés*, thèse, Aix, 1938, p. 54, 78 et 366 ; COSTE, *Du prête-nom*, thèse, Paris, 1891, n° 6, p. 8.

<sup>869</sup> LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD Civ., 1999, p. 283.

pour le compte d'autrui dans les opérations transparentes. Quand bien même la notion d'interposé, serait-elle utilisée uniquement en matière d'opérations occultes. L'une et l'autre notions seraient utilisées selon le degré de retrait choisi par le bénéficiaire final, ce qui rapproche ces notions et les intègre dans la définition de ce personnage atypique.

## 2 : LE RAPPROCHEMENT DES NOTIONS D'INTERPOSE ET D'INTERMEDIAIRE

312. Le Professeur ESSO ASSI, dans son analyse du mécanisme de l'interposition de personne, considère que ce mécanisme « consiste dans le fait pour une personne X..., appelée maître de l'affaire ou interposant, d'avoir recours à un intermédiaire, la personne interposée, pour conclure un acte, exercer une profession ou, de manière générale, réaliser une opération juridique dont les avantages et les charges éventuelles seront ultérieurement transférés à une personne désignée par l'interposant. [...] La réalisation de la mission dont a été chargé l'interposé nécessite l'intervention d'une troisième personne, appelée "tiers intervenant" pour deux raisons. La première consiste dans le fait que cette personne est chronologiquement le troisième intervenant dans l'opération d'interposition. Ensuite, parce que cet intervenant est au sens du mot "tiers" une personne étrangère à la convention qui lie la personne interposée au maître de l'affaire.<sup>870</sup> » Le Professeur D'AMBRA reprend cette analyse et qualifie d'intermédiaire un personnage ayant un rôle d'interposé au sein d'un mécanisme juridique d'interposition<sup>871</sup>.

313. Le Professeur ROUSSEAU qualifie « d'intermédiaire qui s'interpose<sup>872</sup> » le placeur qui pour « faciliter la conclusion d'un contrat d'entreprise ne se livre pas à des opérations de placement<sup>873</sup> ». À cette occasion, l'individu agissant pour le compte d'autrui dans le cadre d'une forme de simulation, ne serait en réalité qu'un intermédiaire dont les compétences auraient été amplifiées<sup>874</sup>. Au-delà d'être celui qui serait à l'origine du rapprochement de futurs cocontractants, ou celui qui intervient en tant que représentant à la conclusion d'un acte juridique, il est

---

<sup>870</sup> ASSI-ESSO A.-M., *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, Thèse, Strasbourg, 1987, p. 1.

<sup>871</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015 : « Certains auteurs font la distinction selon que le tiers intervenant connaît ou ignore la qualité d'intermédiaire de la personne interposée. Selon eux, la simulation est par nature conventionnelle de sorte qu'il n'y aurait interposition de personne, *stricto sensu*, que dans les hypothèses où la dissimulation de la qualité de l'interposé résulte d'une entente entre lui et le tiers intervenant, c'est-à-dire dans les cas où l'interposition de personne est connue et acceptée par chacun des trois participants à l'opération. Au contraire, en cas de dissimulation unilatérale de sa qualité d'intermédiaire par l'interposé, il y aurait convention de prête-nom. Ainsi, lorsque le maître de l'affaire ne veut pas conclure personnellement l'achat et qu'il demande à la personne interposée de le conclure pour son compte, le tiers vendeur ignore la qualité réelle de son acquéreur. Selon ces auteurs, la convention de prête-nom n'est pas un cas de simulation *stricto sensu* ».

<sup>872</sup> ROUSSEAU Y., « Agences d'emploi », Répertoire de droit du travail, Janvier 2012, actualisation Octobre 2018.

<sup>873</sup> ROUSSEAU Y., « Agences d'emploi », Répertoire de droit du travail, Janvier 2012, actualisation Octobre 2018.

<sup>874</sup> Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note T. Azzi, Défrénois 2001. 237, note Libchaber, D. 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. Mestre et Fages.



l'intermédiaire adoptant un comportement d'interposition permettant de cacher aux yeux des tiers, sa véritable qualité d'intermédiaire. L'interposé pourrait être considéré comme celui qui a un rôle passif dans la relation contractuelle qu'il scelle<sup>875</sup>. Pourtant, cette passivité ne peut être considérée comme exclusive compte tenu du rôle qu'il occupe dans l'accomplissement de sa mission<sup>876</sup>. Dans le cadre de la simulation, l'interposé n'est en réalité qu'un intermédiaire qui cache sa véritable qualité dans le seul et unique but de conclure l'acte pour le compte du bénéficiaire final<sup>877</sup>. Ainsi, bien que la notion d'intermédiaire exclut la volonté de cacher sa véritable qualité aux tiers, il semble que la jonction de la notion d'interposé modifie le sens de la première notion en y intégrant une volonté dissimulatrice présente dans les actes de simulation<sup>878</sup>.

314. Dans cette optique, l'adoption d'une position de retrait par le bénéficiaire final se caractérise par l'interposition d'un intermédiaire dont le rôle sera de disparaître en fin de mission. D'ailleurs, c'est cette situation de *fin de mission* qui peut poser différentes interrogations quant aux droits et obligations des différents protagonistes de l'opération. Il y a-t-il une obligation quant à la révélation de l'identité du bénéficiaire final en fin de mission ? Doit-on faire face à une forme de réticence dolosive en cas de non-révélation ? Ces problématiques imposent l'étude des limites du droit au retrait. Néanmoins, l'une des caractéristiques de ces opérations reste la même, à savoir la recherche de profit de l'opération à travers l'engagement personnel du bénéficiaire apparent.

## B : L'ENGAGEMENT PERSONNEL DU BENEFICIAIRE APPARENT

315. L'intermédiaire qui agit pour le compte du bénéficiaire final en son nom propre adopte une position d'interposition. Cette personne va figurer au contrat comme si elle en était le véritable bénéficiaire alors qu'elle n'est qu'un bénéficiaire apparent<sup>879</sup>. Dans le contrat de mandat, il y a une distribution de rôles bien distincts entre la personne ayant la qualité d'auteur et la partie contractante en retrait de l'opération<sup>880</sup>. Au sein des opérations occultes, soit il existe une confusion dans l'esprit

---

<sup>875</sup> BOUYSSOU, op. cit., n° 54 et 72 ; DAGOT, op. cit., n° 119, p. 113.

<sup>876</sup> La transmission des effets de l'opération au bénéficiaire final élimine le caractère passif du bénéficiaire apparent : LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, op. cit., Thèse, p. 91 et 96.

<sup>877</sup> DESBLEUMORTIERS, *La simulation par l'emploi d'un tiers. Essai sur les interpositions de personne*, thèse, Paris, 1916, p. 39, 43 et 185 ; DUBOIS-de LUZY, *L'interposition de personne*, préf. ANCEL, Bibl. dr. privé, t. 519, 2010, LGDJ, n° 66.

<sup>878</sup> Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 11 févr. 1976, Bull. civ. I, n° 64.

<sup>879</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 730, p. 794.

<sup>880</sup> PLANIOL M., RIPERT G., BOULANGER J., *Droit civil, Tome II, Les obligations*, LGDJ, 1949, n°125, p. 50 ; GHESTIN J., op.cit., n°15, p. 790.

du tiers en ce qui concerne le rôle occupé par l'un ou l'autre des protagonistes<sup>881</sup>, soit cette distinction ou dissociation est réalisée dans le temps<sup>882</sup>.

316. Dans la déclaration de command, celui qui occupe une position de retrait ne peut récupérer sa véritable qualité qu'après la révélation de son identité<sup>883</sup>. Dans l'attente, seule la personne qui occupe le rôle d'interposé, à savoir le bénéficiaire apparent, sera considéré aux yeux des tiers comme une partie au contrat. Dans le contrat de commission, le commettant est considéré de manière immédiate comme la partie contractante d'un contrat dont il n'est pas auteur<sup>884</sup>. Pourtant, le rattachement à la qualité de partie ne peut intervenir qu'en deux temps, le premier étant la formation du contrat et le second le transfert de ce contrat dans le patrimoine de son véritable bénéficiaire. L'engagement d'une partie à un contrat ne peut pas se réduire au simple échange de consentement intervenu lors de sa formation. Il peut parfaitement se manifester en court d'exécution, c'est-à-dire après la conclusion de l'acte par le bénéficiaire apparent<sup>885</sup>. Ce dernier personnage est l'auteur de l'acte et engage son nom et sa responsabilité face à son cocontractant et aux tiers. Le bénéficiaire final se greffe à l'acte non pas comme un tiers désigné, mais comme l'instigateur de l'opération. Son intérêt personnel et le profit qu'il souhaite tirer de l'opération caractérisent son lien avec le contrat.

317. Il n'est plus possible de se fonder sur la force obligatoire pour opérer une distinction entre une partie et un tiers, pourtant l'auteur de l'acte est une partie contractante, elle donne son engagement en son nom<sup>886</sup>. D'ailleurs c'est cette étape cruciale qui permet de maintenir le véritable bénéficiaire en retrait de l'opération en lui permettant de faire prévaloir son droit de substitution, ou son droit de ne pas apparaître à l'opération. Les rapports qui lient le bénéficiaire apparent et le

---

<sup>881</sup> BREDIN, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956. 261, spéc., n° 13 et 14 ; DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, T.6, n° 314 ; LEDUC, « Réflexions sur la convention de prête-nom, contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ. 1999. 283 ; MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, T. 1, n° 300, p. 321, t. 2, n° 84, 1988, Sirey ; H., J. et L., MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, T. 2., 9<sup>e</sup> éd., 1998, Montchrestien, n° 807 ; MESTRE et FAGES, obs. RTD civ. 2011. 134 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, par ESMEIN, LGDJ, p. 428, note 2 ; RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique*, 1961, LGDJ, n° 489 ; STORCK, *Recherches sur le mécanisme de la représentation dans la réalisation des actes juridiques en droit français*, Bibl. dr. privé, t. 172, 1982, LGDJ.

<sup>882</sup> Référence à la déclaration de command : LE TOURNEAU Ph., op.cit., Décembre 2019.

<sup>883</sup> GHESTIN J., *Les effets du contrat*, op. cit., n°955, p. 1027 ; HUET J., op. cit., n°11504, p. 418 ; STORCK M., op. cit., n°302, p. 226.

<sup>884</sup> STARCK B., *Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers*, in *Le contrat de commission, Etudes de droit commercial*, Dalloz, 1949, p. 152 ; DIDIER Ph., *De la représentations en droit privé*, op. cit., n°127, p. 88 et 129, p. 89 : certains auteurs considèrent qu'un contrat de vente conclu par un commissionnaire doit produire des effets de manière immédiate sur le patrimoine du commettant. Le transfert des effets de l'acte serait en lien avec la formation du contrat. En matière d'effet obligatoire cela pose un problème qui trouve sa résolution dans l'admission qu'il doit y avoir une succession de deux contrats, mais la conclusion d'un seul contrat à l'égard duquel le commettant aura la qualité de partie contractante.

<sup>885</sup> GHESTIN J., art. préc., n°20, p. 792.

<sup>886</sup> Analyse de la notion d'engagement et de la qualification de la notion de partie et de tiers ; JEULAND E., op.cit., n°204, p. 169.

bénéficiaire final relèvent des dispositions du contrat de mandat<sup>887</sup>. Inversement, les principes directeurs du droit des contrats s'appliquent de manière classique sur le contrat formé entre l'interposé et le cocontractant ignorant<sup>888</sup>. De cette façon, il est le seul bénéficiaire de l'opération réalisée et ainsi le seul interlocuteur du cocontractant.

318. La conception de l'acte par le bénéficiaire apparent se déroule en deux étapes, la conclusion d'un contrat secret destiné à préparer la réalisation d'une opération future pour le compte du bénéficiaire final, et la conception de l'opération elle-même qui engage la responsabilité de celui qui en est l'auteur malgré sa véritable qualité. Les prochaines étapes portent sur le transfert de l'acte permettant au bénéficiaire final de retrouver sa véritable qualité.

## **II : LA CONCEPTION DE L'ACTE POUR LE COMPTE DU BENEFICIAIRE FINAL**

319. De manière générale, l'imputation de l'opération ne doit pas être distinguée de sa conclusion. Cependant, il peut arriver que le processus ne soit pas simultané comme c'est le cas dans les opérations avec un bénéficiaire final. Le Professeur PILLET a pu considérer que « le contrat est un lien entre un processus et les effets de ce processus, en l'occurrence une norme<sup>889</sup> ». Pour cet auteur, « ce lien a pu être identifié comme la cause de l'acte, laquelle correspond, à l'échelle des parties contractantes, à la notion d'intérêt<sup>890</sup> ». La notion d'intérêt donne un vrai sens à l'attribution de la qualité de partie, la position de chaque protagoniste correspond parfaitement à leurs besoins<sup>891</sup>. La formation du contrat reprend successivement trois étapes, la conception de l'acte par le bénéficiaire apparent, la transition de l'acte, puis son transfert dans le patrimoine du bénéficiaire final. En pratique, l'opération peut occuper deux étapes comprenant la conception et la transition de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent et la seconde son imputation dans le patrimoine du bénéficiaire final. Le déroulement de ce processus décrit parfaitement la position de retrait de celui qui agit par personne interposée dans son intérêt ou à son profit. Ainsi, la transition puis l'imputation ou le transfert des effets de l'acte permettraient d'établir un lien entre le bénéficiaire final et l'acte formé par son interposé (A). Mais cette transition permettrait notamment une application classique du principe de l'effet relatif des conventions (B).

---

<sup>887</sup> COSTE, thèse préc., n° 5, p. 7, et n° 91, p. 79 ; Req. 30 janv. 1934, S. 1935. 1. 137, note Jack ; Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> déc. 1971, Bull. civ. III, n° 595, D. 1972. 248 ; RTD civ. 1972. 795, obs. Cornu ; Civ. 1<sup>re</sup>, 11 févr. 1976, Bull. civ. I, n° 64. – Civ. 3<sup>e</sup>, 15 févr. 1978, D. 1978. IR 402.

<sup>888</sup> ASSI-ESSO, thèse préc., n° 440, p. 336.

<sup>889</sup> PILLET G., op.cit., n°61, p. 65 ; PUIG P., op. cit., Thèse, n°398, p. 812.

<sup>890</sup> Ibid.

<sup>891</sup> PUIG P., op.cit., n°44 et s.

A : LE TRANSITION DE L'ACTE DANS LE PATRIMOINE DU BENEFICIAIRE APPARENT

320. L'application du droit de ne pas apparaître au contrat ouvre l'analyse sur deux phases successives. La première consiste à former l'opération par personne interposée, l'acte va transiter dans son patrimoine durant cette phase et la seconde à procéder au transfert de l'acte formé dans le patrimoine du bénéficiaire final. Il est donc impératif qu'à l'achèvement du processus de formation du contrat le donneur d'ordres ait la possibilité de reprendre sa véritable place à l'acte. Le bénéficiaire final retire de son droit de ne pas apparaître au contrat, ou de l'adoption de sa position de retrait, un pouvoir exclusif sur le transfert de l'acte dans son patrimoine<sup>892</sup>.

321. Dans les opérations avec un bénéficiaire final, la position du tiers ne relève pas du droit d'option comme cela est le cas pour le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, ou pour la promesse de porte-fort<sup>893</sup>. Le donneur d'ordres donne son consentement à l'acte à partir du moment où il mandate son interposé. Ainsi, l'incertitude offerte par la possibilité d'acquiescer ou de renoncer à l'acquisition d'un bien lors d'une promesse unilatérale de vente n'existe pas. Sans situation d'attente, il n'y a aucune précarité pesant sur l'opération finale. Est-il possible de remettre en cause la sécurité juridique en présence d'un droit pour le commandé de révéler ou non l'identité du commandé ? Le droit d'option porte sur la volonté du tiers bénéficiaire de prendre place à l'opération contractuelle<sup>894</sup>. Ce droit ne porte pas sur la possibilité ou non de révéler l'identité du véritable bénéficiaire de l'acte. La sécurité juridique ne s'oppose pas à l'instauration d'une relation contractuelle semi-occulte. L'absence d'alternative élimine les situations d'attente et ainsi l'incertitude qui pourrait exister lors de l'exercice de la position de retrait du bénéficiaire final. Dans cette optique, l'adoption de la position de retrait permettrait à ce personnage atypique de donner une configuration définitive à l'opération contractuelle qui lui est transmise. Il ne s'agit pas d'un droit de substitution comme le définit le Professeur PILLET, cette position ne permettant pas l'admission d'un droit d'option<sup>895</sup>.

322. La conception de l'acte par le bénéficiaire apparent peut s'apparenter à la manifestation d'une volonté unique celle du bénéficiaire final exprimant son intérêt à recevoir le profit de l'opération. L'interposé est en réalité un écran permettant à la partie en retrait d'exprimer sa volonté. La volonté s'oppose au consentement, celui-ci caractérisant l'accord de deux volontés au

---

<sup>892</sup> PILLET G., op. cit., n°141, p. 145 : référence au pouvoir exclusif du substitué pour ce qui concerne l'imputation de l'acte.

<sup>893</sup> NAJJAR I., *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1966, n°3, p. 3.

<sup>894</sup> VALORY S., *La potestativité dans les relations contractuelles*, Presse universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n°60, p. 53 et 54 ; NAJJAR I., op. cit., n°31 et 45, p. 33 et p. 44.

<sup>895</sup> PILLET G., op. cit., n°149 et s., p. 150 et s.

minimum<sup>896</sup>. La réalisation de l'acte par le bénéficiaire apparent se rapprocherait d'un acte unilatéral par lequel une personne qui agit seule, sans l'apport d'autres volontés<sup>897</sup>, détermine des effets de droit<sup>898</sup>. Ce qui est intéressant dans les caractéristiques de l'acte unilatéral, c'est tout d'abord son autonomie formelle puisqu'il n'a pas à être complété par la volonté d'une autre personne et l'intérêt unilatéral qu'il défend<sup>899</sup>. Dans ces circonstances, le maintien d'une position de retrait du bénéficiaire final permettrait la conclusion du contrat à son profit, ce qui entraînerait le transfert des effets du contrat dans le patrimoine du bénéficiaire apparent puis l'imputation dans son patrimoine par voie successive. Du reste il faut rappeler que la relation qui lie le bénéficiaire final et l'interposé relève du contrat de mandat<sup>900</sup>.

323. Le mandat est un contrat de représentation, qui permet à une personne d'obtenir un pouvoir lui permettant d'agir pour le compte du mandant et en son nom<sup>901</sup>. Une représentation est dite parfaite, à partir du moment où la personne qui donne son consentement à l'acte intervient comme par transparence juridique, pour rendre présent son donneur d'ordres<sup>902</sup>. Dire que les liens contractuels existant entre le donneur d'ordres et son interposé relèvent du contrat de mandat n'est pas une vérité absolue. Il s'agit même d'une information critiquable puisque le bénéficiaire final adopte une position de retrait et ne souhaite pas apparaître à l'opération une fois réalisée. Comme dans le cadre d'une convention de prête-nom, l'interposé dissimule sa qualité d'intermédiaire<sup>903</sup>. Les effets de l'acte ne vont pas comme dans un contrat de mandat, être directement imputés sur le patrimoine du mandant comme s'il avait toujours été présent<sup>904</sup>. Bien que celui qui agit pour le compte d'autrui agisse nécessairement dans son intérêt de telle sorte que les effets de l'acte lui auraient été directement imputables s'il avait été connu<sup>905</sup>. Il semble que les opérations occultes ou semi-occultes se caractérisent par des particularités ne permettant pas leur transformation en mandat sans la révélation de la présence ou de l'identité du bénéficiaire final<sup>906</sup>.

---

<sup>896</sup> FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., op. cit., n°130, p. 89.

<sup>897</sup> ENCINAS de MUNAGORRI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, LGDJ, 1996, n°2, p. 4.

<sup>898</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 50, p. 58.

<sup>899</sup> PILLET G., op. cit., n°149, p. 151 reprenant MARTIN de la MOUTTE J., *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, Thèse, 1951, n°28 à 30, p. 38 à 40.

<sup>900</sup> Par référence à l'article de D'AMBRA D., op. cit., n°172, avril 2015 : « Il y aura alors deux actes : celui par lequel le maître de l'affaire donne pouvoir au prête-nom de traiter pour son compte et celui par lequel le prête-nom use de ce pouvoir vis-à-vis du tiers qui accepte qu'il intervienne à titre de représentant. Il s'agit là d'un mandat avec représentation. Ici, la simulation n'est destinée qu'aux véritables tiers ».

<sup>901</sup> Art. 1984 du Code civil.

<sup>902</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 100, 234, 664.

<sup>903</sup> PILLET G., op. cit., n°105, p. 109.

<sup>904</sup> STORCK M., op. cit., n°136, p. 101 et 102 voir également WICKER G., *Les fictions juridiques*, n°59 et s, p. 67 et s ; PILLET G., op. cit., n°196, p. 187.

<sup>905</sup> BOULANGER J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933, n°75 ; STORCK M., op. cit., n°162, p. 123 ; GAILLARD E., op. cit., p. 233.

<sup>906</sup> Cass. com., 20 juin 1995, Bull. IV, n°189, p. 175 ; COLLART DUTILLEUL F., et DELEBECQUE Ph., op. cit. n°666, p. 559.

324. En définitive, il est possible de distinguer la représentation du mécanisme permettant le retrait du bénéficiaire final de l'opération. En effet, le mandat repose sur l'expression d'un pouvoir confié dans le but de servir l'intérêt d'autrui. Il n'y a aucune situation permettant de croire que l'intermédiaire agit dans son intérêt propre. En revanche, l'opération secrète peut être formée sur la base d'un mandat en ce que les règles relatives à la relation contractuelle existant entre le mandant et le mandataire seraient prises pour exemple face à l'absence de précisions sur la qualité des liens entre le donneur d'ordres et son interposé. De ce fait le pouvoir confié à l'interposé pour agir pour le compte du bénéficiaire final en retrait ne peut être assimilé au pouvoir confié au mandataire dans le cadre de l'action pour le compte de son mandant. Si cela était possible, il n'aurait pas été question de parler de transit dans le patrimoine d'un interposé qui, dans le cadre d'une opération de représentation, aurait eu la qualité d'individu transparent, les effets de l'acte étant directement imputables au mandant<sup>907</sup>. En pratique, la simulation est un mensonge concerté, le premier acte permettant au bénéficiaire final de se tenir en retrait pendant que l'interposé agit pour son compte<sup>908</sup>. L'action de ce dernier personnage permet par l'application des principes fondamentaux du droit des contrats de le considérer comme seule partie et bénéficiaire des effets de l'acte<sup>909</sup>.

#### B : L'APPLICATION DEROGATOIRE DE L'EFFET RELATIF DU CONTRAT

325. Le contrat fait naître un droit ou un avantage qu'aux seules parties<sup>910</sup>. L'avènement du consensualisme a laissé place à l'engagement par l'échange de consentement permettant de construire le lien entre les parties. Seule la volonté lie les auteurs d'une opération contractuelle. En toute logique l'idée selon laquelle il existerait un lien entre une personne qui n'a pas donné son consentement et une autre personne qui elle aurait consenti est une « atteinte au principe de l'indépendance juridique des individus<sup>911</sup> ».

326. Avec le temps et l'évolution sociale et économique, l'opération contractuelle s'est modernisée. Le principe de l'effet relatif a été maintenu, mais a perdu le caractère absolu dont il était

---

<sup>907</sup> STORCK M., op. cit., n°162 et s, p. 123 ; GAILLARD E., op. cit., p. 233.

<sup>908</sup> Cass. Civ. 1ère, 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note T. Azzi, Defrénois 2001. 237, note Libchaber, D. 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. Mestre et Fages.

<sup>909</sup> SAVATIER R., « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934. 525 ; GOUTAL., J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, Thèse, éd., 1981 ; MAZEAUD D., *Le contrat et le tiers ; nouvelle leçon, nouvelle présentation*, Mélanges CHABAS F., 2011, p. 605.

<sup>910</sup> FLOUR Y., *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Thèse, 1977 ; DIDIER Ph., *L'effet relatif*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen du contrat*, 2003, p. 187.

<sup>911</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 670, p. 746.

doté. Certes, l'opération contractuelle crée un lien entre ceux qui ont donné leur consentement, pour autant, il est possible d'agrandir le cercle des obligés au-delà de ceux qui ont participé à la création du contrat<sup>912</sup>. Il y a les parties qui le deviennent au moment de la formation du contrat et les personnes qui acquièrent ultérieurement la qualité de partie. C'est à ce moment précis que la notion d'intérêt au contrat intervient. Par l'effet de la substitution, l'imputation permet d'ouvrir le contrat à autrui<sup>913</sup>. L'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui offre au bénéficiaire final la possibilité d'acquérir ultérieurement la qualité de partie par l'effet de l'imputation.

327. Cette étape peut être comparée à une opération de cession<sup>914</sup>, puisque le contractant va céder sa position en tant que partie au contrat à une autre personne par le biais d'une opération contractuelle. Pourtant, lorsque le contrat est cédé à une autre personne par l'effet d'un contrat, l'imputation des droits et obligations du premier contractant sont transférées directement dans le patrimoine de l'autre partie. Il ne s'agit pas d'une exception en tant que telle, puisque le contrat ne transite pas entre le patrimoine d'un interposé et de son donneur d'ordres. Le cédant avait véritablement la qualité de partie, et le cessionnaire acquiert cette qualité ultérieurement par l'effet du contrat de cession. La cession de contrat vient déroger au principe de l'effet relatif des conventions lorsqu'elle n'est pas issue de la volonté des parties, mais de la loi elle-même<sup>915</sup>.

328. L'opération avec un bénéficiaire final crée cette situation dérogatoire pour l'application du principe de l'effet relatif des conventions. Bien que l'interposé soit la partie auteur de l'acte, son consentement ne vient pas servir ses intérêts, mais ceux d'autrui. L'opération repose sur un mensonge, le vrai et le faux étant concomitant dans l'esprit des parties<sup>916</sup>. L'interposition repose sur l'engagement d'un individu en lieu et place d'un autre de manière occulte. Naturellement, alors que le principe de l'effet relatif est complet dans l'opération qui crée le bénéficiaire final, il apparaît comme limité dans l'opération avec un bénéficiaire final en retrait. Si celui qui n'a rien voulu doit être un tiers à l'opération alors le bénéficiaire final doit être considéré comme un tiers. En pratique ce n'est pas le cas, la première opération formant l'interposition de personne prévoit la transition de l'acte apparent dans le patrimoine de l'interposé avant la rétrocession dans le patrimoine du donneur

---

<sup>912</sup> KELSEN., *La théorie juridique de la convention*, Archives de philosophie du droit 1940, p. 33 à 76 ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., op. cit., 1994. 275 s.

<sup>913</sup> PILLET G., op. cit., n°120 et s, p. 124 et s.

<sup>914</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 674, p. 749 : la convention de cession est l'opération qui permet à une personne de transférer ses droits et obligations à une autre. Il y a une substitution du rapport contractuel ; voir également AYNÈS L., « La cession de contrat », Dr. et patr. Juillet-août 2016, p. 67.

<sup>915</sup> Voir les dispositions de l'art. 1601-4 al. 1 du Code civil ou l'art. 1831-3 du Code civil.

<sup>916</sup> Cass. Civ. 3e., 15 septembre 2010, n°09-68.656.

d'ordre<sup>917</sup>. L'analyse doit donc se faire en deux temps, la formation du contrat et le transfert temporaire des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent, puis la rétrocession dans le patrimoine du bénéficiaire final. Sans pour autant remettre en question ce principe historique, il y a eu plusieurs tempéraments qui ont été validés par la jurisprudence<sup>918</sup>. Ces validations ont transformé les principes directeurs du droit des contrats et validé des situations juridiques secrètes notamment lorsqu'il s'agit du transfert des effets de l'acte dans le patrimoine de son véritable bénéficiaire.

## **Section 2 : Le transfert du profit de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final**

329. Le transfert de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final conduit à une forme d'évincement de l'auteur de l'opération contractuelle. Il est sur ce point dessaisi de sa mission qui est d'ailleurs arrivée à son terme. Le bénéficiaire final est un personnage extérieur à l'opération, pour qu'il puisse retrouver sa place en tant que partie à l'acte il convient de procéder par étape<sup>919</sup>. C'est en cela qu'il faut appuyer sur l'importance du contenu de l'acte secret, car c'est par l'intermédiaire de cette opération que l'interposé devra transférer le profit de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final<sup>920</sup>. Dans cette optique, la force obligatoire du contrat secret ne touche pas le cocontractant de l'acte apparent, il permet juste la circulation du profit de l'opération dans le patrimoine du bénéficiaire final.

330. L'interposé est dans un premier temps comme le sujet d'imputation, ce n'est que par la suite que les effets de l'acte sont rétrocedés dans le patrimoine du bénéficiaire final (§1). Le désengagement de l'interposé a lieu de manière progressive dans le respect du contenu de l'acte secret (§2).

---

### § 1 : L'imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final

331. L'imputabilité est une notion utilisée généralement en comptabilité, pour ce qui est de l'imputation ou de l'affectation d'un virement à un dossier par exemple. En droit, l'imputabilité nous

---

<sup>917</sup> LEDUC F., Réflexion sur la convention de prête-nom (contribution à l'étude de la représentation imparfaite), RTD civ. 1999. 283 ; Cass. civ., 3e., 15 novembre 2000, JCP 2002, II, 10054 et note LIEVREMON Ch.

<sup>918</sup> Cass. Ass. plén. 12 juillet 1991, Besse ; AUBERT J.-L., « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993, 263 ; CHARBONNEAU C., et PANSIER F.-J., *Du renouveau de la notion de partie*, Defrénois 2000, 1, 284, art. 37110.

<sup>919</sup> AYNÈS L., op. cit., n° 172 et s., p. 127 et s.

<sup>920</sup> AYNÈS L., op. cit., n° 210 et s., p. 152 et s. : pour comparaison l'acte de cession qui repose sur deux étapes. La réalisation de l'acte de cession ne touche pas le tiers et le transfert du contrat dans le patrimoine de son bénéficiaire.



mène d'abord vers la faute, il s'agit de ce qui peut être mis sur le compte ou la charge d'une personne<sup>921</sup>. Le droit pénal demeure un système bipolaire, reposant sur deux formes d'imputabilité, celle rattachée au comportement objectif du protagoniste, l'imputabilité matérielle, et celle reposant sur son comportement subjectif, l'imputabilité morale. Du reste, la non-imputabilité repose sur le manque de discernement, la contrainte et les troubles psychiques<sup>922</sup>. Le droit civil ne repose pas sur les mêmes principes bien que l'imputabilité soit toujours fondée sur le libre arbitre. Ainsi au lieu de viser uniquement le lien de causalité entre la faute et le dommage, elle vise la pression que peut représenter un contrat sur les épaules de celui qui s'est engagé.

332. Cette pression se traduit notamment par la qualité de la partie qui s'engage et la responsabilité qui en découle en cas de non-respect des clauses du contrat. C'est exactement à ce stade que la position de retrait du bénéficiaire final pose des difficultés. Celui qui n'apparaît pas à l'opération peut-il légitimement profiter de ses effets ? Le législateur semble parfaitement intégrer cette possibilité puisque le mandant profite des actes réalisés par son mandataire comme le maître de l'affaire face au gérant, ou le command face au commandé<sup>923</sup>. L'organisation des dispositifs juridiques consacre l'imputation de l'acte sur celui qui en donne l'ordre ou sur celui pour lequel un droit est créé.

333. En somme, l'exécution du contrat doit avoir lieu conformément aux exigences du contrat, ce qui implique le respect du principe de la force obligatoire (I). Ce qui explique le besoin de s'interroger sur le choix d'informer le cocontractant de l'existence d'un bénéficiaire final ou le maintien du silence et de la situation apparente (II).

## **I : LE PRINCIPE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ET LE DEVOIR DE FIDELITE DE L'INTERMEDIAIRE**

334. Selon la doctrine solidariste, la notion de bonne foi a une « place cardinale en droit des contrats<sup>924</sup> ». En 2016, l'Ordonnance portant réforme du droit des contrats a érigé cette notion en

---

<sup>921</sup> CORNU G., op.cit., p. 528.

<sup>922</sup> GIUDICELLI A., *Chapitre 1211, Notions respectives*, 2018-2019.

<sup>923</sup> PILLET G., op. cit., n°194 et s., p. 186 et s.

<sup>924</sup> LOKIEC P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Thèse, 2002, n° 247., p. 179.

principe du droit<sup>925</sup>. La bonne foi c'est avant tout l'exécution de l'engagement pris avec le cocontractant de manière fidèle. La bonne foi c'est également le devoir de ne pas « rendre l'exécution du contrat impossible ou difficile<sup>926</sup> ». Plusieurs notions se rattachent à la bonne foi comme l'entraide<sup>927</sup>, ou la coopération<sup>928</sup>. Le contrat développe une logique altruiste permettant aux parties de respecter un devoir de respect et de tolérance<sup>929</sup>. La démesure de la notion de bonne foi peut être source d'insécurité juridique<sup>930</sup>. Pourtant cette notion reste subordonnée au principe de bonne foi et oriente l'organisation contractuelle<sup>931</sup>. La bonne foi définit une norme de conduite, elle « accompagne l'exécution de l'objectif du contrat<sup>932</sup> ». En effet, « être de bonne foi, c'est adopter un comportement de nature à perpétuer la force obligatoire du contrat<sup>933</sup> ». Un manquement à la bonne foi porte nécessairement atteinte à la sécurité du contrat<sup>934</sup>. Pourtant, c'est bien la bonne foi qui, dans le contrat entre l'interposé et le bénéficiaire final, permet le transfert des effets de l'acte au sein de son patrimoine.

335. En somme, c'est le respect du principe de la force obligatoire qui permet le transfert du profit de l'opération (A). Ce qui implique une lecture exceptionnelle du principe de l'effet relatif des conventions (B).

#### A : LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT PERMETTANT LE TRANSFERT DU PROFIT DE L'OPERATION

336. Par imputation, il est possible d'entendre la notion de faute, ce qui peut sembler tout à fait familier dans le contexte de la théorie de l'apparence. C'est par la faute du donneur d'ordres que la situation trompeuse est née. Cette apparence a incité le tiers à croire en l'existence et en l'étendue des pouvoirs d'un interposé se prétendant titulaire des droits qu'il exerçait. Selon le Professeur CHUNG-WU, « la faute du pseudo-représenté est ainsi à l'origine de l'erreur commise par le tiers<sup>935</sup> ». Si bien que la théorie de l'apparence permet l'application des règles de responsabilité civile

---

<sup>925</sup> Art. 1134 du Code civil (largement inspirée de la doctrine solidariste) ; MAZEAUD D., *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 1er décembre 2003, n°1, p. 295 ; BOURGEOIS L., *Solidarité*, Armand Colin, 1912 ; DEMOGUE R., *Traité des obligations en général. Effets des obligations*, Tome 6, Arthur Rousseau, 1931.

<sup>926</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 440., p. 489.

<sup>927</sup> MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit., Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, n°6., p. 608.

<sup>928</sup> DIESSE F., *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat.*, Arch. Phil. dr., Sirey, Tome 43, 1999, p. 269.

<sup>929</sup> MAZEAUD D., op. cit., n°6., p. 608.

<sup>930</sup> JABBOUR R., op. cit., n° 227, p. 181.

<sup>931</sup> AYNÈS L., *L'obligation de loyauté*, op. cit., p. 197.

<sup>932</sup> JABBOUR R., op. cit., p. 184.

<sup>933</sup> DESGORGES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse, p. 134.

<sup>934</sup> AYNÈS L., *Motivation et justification*, op. cit., p. 56.

<sup>935</sup> CHUNG-WU C., *Apparence et représentation en droit positif français*, Thèse, LGDJ, Paris, 2000, p. 213.

délictuelle. Le Professeur CHUNG-WU nous renseigne sur l'imputabilité des effets de l'acte sur celui qu'il appelle le *pseudo-représenté*, il part du principe que la situation créée par ce dernier puisse engendrer des difficultés quant aux renseignements que le tiers peut avoir sur l'existence ou l'étendue des pouvoirs du *représentant*. Il s'appuie sur le fait que le détournement, le dépassement ou l'exercice de prérogatives sans pouvoir ne peuvent s'expliquer que par la négligence ou l'imprudence du *pseudo-représenté*. Pour autant, il rappelle qu'il est possible que le *pseudo-représenté* n'ait commis aucune faute, de telle sorte que l'utilisation de cette notion pour expliquer l'imputation dans les situations trompeuses ne serait pas appropriée. L'analyse apportée par le Professeur CHUNG-WU sur la théorie de l'apparence ne peut pas répondre à nos nombreuses interrogations sur le phénomène d'imputation de l'acte créé sur le patrimoine du bénéficiaire final.

337. Comment expliquer l'imputation des effets de l'acte sur le « bénéficiaire final » sans utiliser la notion de faute ? Comment analyser cette imputation sans partir du postulat que la mise en place d'une situation de retrait serait forcément frauduleuse ? Selon le célèbre adage « là où est le risque doit être le profit <sup>936</sup> ». L'interposé prend le risque de se substituer au bénéficiaire final dans l'accomplissement de la mission qui lui est confié, il semble naturel que ce risque soit transmis à l'intéressé en fin de mission. Comment se caractérise ce risque ?

338. La mise en œuvre de la responsabilité de l'interposé fonde principalement ce risque. D'ailleurs, la sécurisation de la position de l'interposé est fondamentale et sera vue en seconde partie d'analyse. Pour autant, comme l'explique le Professeur STORCK, agir pour le compte d'autrui, c'est agir dans son intérêt tout en imputant les effets de l'action sur son patrimoine<sup>937</sup>. Cela ressemble précisément au concept de l'émolument que l'on retrouve dans les successions ou après la dissolution de la communauté entre époux. Transposé dans le cadre de l'action pour le compte d'autrui, il s'agirait simplement du respect du principe de la force obligatoire du contrat secret. D'ailleurs, le Professeur DISSAUX précise dans sa thèse que « s'agissant d'une condition essentielle et déterminante, ce transfert de l'émolument lato sensu peut être considéré comme la cause de l'activité d'intermédiaire. »<sup>938</sup>.

339. Pour aborder la matière de manière plus globale et définir la notion d'imputation dans ce contexte, il convient de revenir aux fondamentaux de la théorie de l'apparence. L'apparence est la

---

<sup>936</sup> Adage juridique : « Là où est le risque doit être le profit » : **Commodum ejus esse debet cujus periculum est.**

<sup>937</sup> STORCK M., *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Tome 172, 1982, n°162, p. 123.

<sup>938</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Thèse, page 290.

« manière dont (...) quelque chose apparaît, se manifeste<sup>939</sup> », il s'agit également de l'« aspect seulement superficiel, souvent trompeur d'une chose, par opposition à sa réalité<sup>940</sup> ». L'apparence répond à plusieurs conditions pour sa mise œuvre, elle doit être « suffisante<sup>941</sup> » et l'erreur doit être « invincible<sup>942</sup> ». Cette théorie se traduit par la réalisation de deux actes, l'un conforme à la vérité et l'autre secret<sup>943</sup>. L'opération est mensongère, ce qui implique que la contre-lettre cachée derrière l'action du bénéficiaire apparent devra également s'appliquer entre les parties contractantes de manière occulte. L'article 1321 ancien du Code civil précisait que la contre-lettre s'appliquait entre les parties<sup>944</sup>. C'est toujours le cas à la lecture de l'article 1201 du Code civil puisque « lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties (...)»<sup>945</sup>. Les parties à l'acte secret sont liées par le contrat<sup>946</sup>, le législateur l'avait précisé dans l'ancien article 1134 alinéa 1 et le réaffirme dans les dispositions de l'article 1103 du Code civil<sup>947</sup>. Il convient de ne pas confondre force obligatoire et contenu obligationnel<sup>948</sup>. La force obligatoire renvoie aux effets du contrat, obligationnels, comportementaux ou réels. Le premier effet rattaché à la force obligatoire porte sur les obligations créées, modifiées, transmises ou éteintes par le contrat<sup>949</sup>. Le second effet, porte sur le lien créé par le contrat entre les parties mettant en lien le principe de bonne foi notamment<sup>950</sup>. Le dernier effet porte sur les droits réels, il s'agit notamment de se plonger dans une analyse des conséquences que peut avoir le contrat<sup>951</sup>. L'effet translatif ancré au sein du principe de la force obligatoire a été formulé à l'article 1196 alinéa 1 du Code civil. Les dispositions de cet article indiquent que le transfert a lieu lors de la rencontre des consentements<sup>952</sup>. L'idée selon laquelle le transfert de propriété pourrait être comparé à l'imputation des effets de l'acte au bénéficiaire final n'est pas anodine. Elle permet de mieux comprendre le phénomène engendré par l'application du principe de la force obligatoire dans

---

<sup>939</sup> <http://www.cnrtl.fr/definition/apparence>

<sup>940</sup> Ibid.

<sup>941</sup> BÉNABENT A., op. cit., p. 357 et s.

<sup>942</sup> Ibid.

<sup>943</sup> DAGOT M., op. cit., 1967 ; BREDIN J.-D., « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956, 261.

<sup>944</sup> Art. 1321 ancien du Code civil.

<sup>945</sup> Art. 1201 du Code civil.

<sup>946</sup> Cass. civ. 1ère., 3 octobre 2006 : Bull. civ. 2006, I, n°428 ; Cass. civ. 1ère., 21 novembre 2006, I, n°503 ; Cass. civ. 1ère., 17 octobre 2012 : RDC 2013/2, p. 576, obs M. Latina ; Dalloz 2013, 411, note G. Pignarre.

<sup>947</sup> FENOUILLET D., « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un « entre-deux » perfectible », RDC 2006, p. 67 ; ANCEL P., « Proposition de modification de l'article 1103 : revenons à Domat », RDC 2017, p. 166 et s.

<sup>948</sup> ANCEL P., op. cit., p. 166 et s.

<sup>949</sup> Ibid.

<sup>950</sup> FRELETEAU B., *Devoir et incombante en matière contractuelle*, Thèse, 2016 : sur la question de l'incombante comme un devoir devant être respecté pour obtenir le résultat souhaité en matière contractuelle.

<sup>951</sup> Notamment le transfert de propriété : la donation, la vente : GAUDEMET S., « L'effet translatif », JCP N 2015, 1211 ; MARAIN G., « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », AJCA 2016, 526.

<sup>952</sup> BERLIOZ V. P., « Le transfert de propriété », Rev. sociétés 2015, 14.

le contrat secret. L'interposé réalise un acte pour le compte d'autrui, il s'agit de l'obligation que les parties ont créée. Les conséquences de ce contrat impliquent l'imputation des effets de l'acte réalisé dans le patrimoine du bénéficiaire final. Compte tenu du retrait de ce dernier personnage, l'interposé doit exécuter son obligation fidèlement. Le transfert de propriété peut donc être comparé au transfert des effets de l'acte du patrimoine du bénéficiaire apparent au patrimoine du bénéficiaire final des suites de l'échange de consentements entre les parties au contrat secret. Le transfert de propriété entraîne d'ailleurs le transfert des risques<sup>953</sup>.

340. L'action pour le compte d'autrui se traduit donc par l'imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final. Il existe pour cela un passage essentiel du patrimoine du bénéficiaire apparent au patrimoine du personnage resté en retrait. Mais qu'en est-il du contrat apparent et du cocontractant resté dans l'ignorance ? Le contrat secret aura nécessairement des effets sur les tiers puisqu'il porte atteinte à l'effet obligationnel du contrat apparent. Là encore, le juriste est amené à admettre l'exception à l'effet relatif du contrat.

## B : LES OPERATIONS AVEC UN BENEFICIAIRE FINAL COMME EXCEPTION A L'EFFET RELATIF DES CONVENTIONS

341. L'effet relatif des conventions est un principe répondant aux dispositions de l'ancien article 1165 du Code civil. Traditionnellement, il était question de considérer que les conventions n'avaient d'effet qu'à l'égard des parties contractantes et non à l'égard des tiers sauf à considérer le cas de la stipulation pour autrui<sup>954</sup>. La force obligatoire est un principe qui doit s'entendre comme l'obligation pour les parties (présentes ou représentées) d'exécuter le contrat<sup>955</sup>. Seulement, en matière de représentation il a déjà été démontré que l'obligation naît directement dans le patrimoine du représenté, il ne s'agit pas d'un phénomène d'imputation suite au transfert d'un patrimoine à un autre. L'effet relatif du contrat doit être expliqué en tenant compte du fait qu'il existe plusieurs catégories de tiers ou de parties<sup>956</sup>. L'article 1199 du Code civil ne va pas dans le sens d'une absence d'effet du contrat à l'égard des tiers. Ces derniers ne peuvent ignorer l'existence du contrat qui est un fait qui leur est opposable, et au demeurant, ils peuvent parfaitement l'opposer aux parties<sup>957</sup>. Partant de ce

---

<sup>953</sup> Res perit domino la chose périt à la charge du propriétaire.

<sup>954</sup> SAVATIER R., *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*, RTD civ. 1934. 525 ; WEIL A., *La relativité des contrats en droit privé français*, Thèse, 1939 ; DIDIER Ph., *L'effet relatif*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 187.

<sup>955</sup> BACACHE-GIBELLI M., *La relativité des conventions et les groupes de contrat*, LGDJ, 1996 ; *La relativité des contrats.*, LGDJ, 2000.

<sup>956</sup> AUBERT J.-L., op. cit., p. 263 ; GHESTIN J., op. cit., p.777 ; CHARBONNEAU C., et PANSIER F.-J., *Du renouveau de la notion de partie*, Defrénois, 2000, 1, p. 284, art. 37110.

<sup>957</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 494, p. 446.

postulat, n'est-il pas possible d'admettre une définition large de l'effet relatif du contrat ? Cette définition permettrait d'admettre non seulement l'interposition d'une personne au contrat apparent, mais également la possibilité que le contrat secret ait des répercussions sur le cocontractant ignorant considéré comme tiers à l'acte occulte.

342. Selon le célèbre adage juridique, « celui qui en tire avantage doit en subir les pertes<sup>958</sup> ». Ce qui implique que l'interposé agit pour le compte d'autrui et dans l'accomplissement de ses intérêts, il ne peut pas être considéré comme un individu agissant pour lui même. Selon Monsieur L'HÔTE, l'individu agissant pour le compte d'autrui est considéré comme l'instrument au service de la réalisation des intérêts du donneur d'ordre<sup>959</sup>.

343. En droit des sociétés, le système juridique français prévoit déjà une réglementation spéciale octroyant à l'associé une protection contre les situations de désavantages forcés<sup>960</sup>. Le Professeur DONDERO précise que « les clauses attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société en participation ou l'excluant totalement de ce profit, et les clauses exonérant un associé de la totalité des pertes ou mettant à sa charge la totalité des pertes<sup>961</sup> » sont prohibées<sup>962</sup>. Le législateur met en place une interdiction permettant à l'associé de se protéger d'une réglementation sociétaire non proportionnelle, favorisant un associé plutôt qu'un autre. Cette situation est comparable à celle de l'interposé et de son donneur d'ordres. Comment considérer que l'interposé soit l'auteur d'une opération et qu'il en supporte la totalité des risques sans avoir la possibilité de s'en défaire ? Ce serait faire peser sur lui l'ensemble des pertes, en ayant transmis au préalable au bénéficiaire final la totalité du bénéfice. L'ensemble dépend bien sûr de la convention des parties, celle-ci organisant le transfert du produit dans le patrimoine du bénéficiaire final.

344. La protection du bénéficiaire apparent également appelé interposé repose sur son désengagement total en fin de mission, à savoir après la transition des effets de l'acte de son

---

<sup>958</sup> Adage juridique : « Celui qui en tire avantage doit en subir les pertes » : Res perit domino.

<sup>959</sup> L'HÔTE D., th. préc., n°111, p. 132.

<sup>960</sup> Art. 1844-1 alinéa 2 du Code Civil : « Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites. », Art. 1871 alinéa 2 du Code Civil : « Les associés conviennent librement de l'objet, du fonctionnement et des conditions de la société en participation, sous réserve de ne pas déroger aux dispositions impératives des articles 1832, 1832-1, 1833, 1836 (2<sup>e</sup>ème alinéa), 1841, 1844 (1<sup>er</sup> alinéa) et 1844-1 (2<sup>e</sup>ème alinéa) ».

<sup>961</sup> DONDERO B., « Société en participation », Répertoire de droit des sociétés, avril 2006, actualisation, septembre 2018 ; Cass. com. 23 mars 1954, Bull. civ. III, n° 121, jugeant que la clause des statuts d'une société en participation attribuant aux apporteurs en jouissance d'un bien le droit de provoquer la dissolution anticipée de la société et de recevoir une indemnité n'était pas une clause léonine en ce qu'elle n'affranchissait pas les associés concernés de toute participation aux pertes éventuelles et ne leur assurait pas de recevoir un bénéfice en toute hypothèse ; Cass. com. 15 déc. 1998, écartant la qualification de clause léonine dans le cadre d'une convention de croupier.

<sup>962</sup> Ibid.

patrimoine à celui du bénéficiaire final. D'ailleurs, le législateur prévoit à cet effet une disposition qui nous semble tout à fait appropriée à l'article 1303 du Code civil<sup>963</sup>, il s'agit de l'enrichissement injustifié qui remplace l'enrichissement sans cause grâce à l'Ordonnance du 10 février 2016. Cette action n'est admise que lorsqu'un individu s'enrichit au détriment d'un autre provoquant ainsi son appauvrissement sans aucune justification. Dans une affaire, la Cour de cassation a considéré que l'enrichissement de l'ex-concubine et l'appauvrissement consécutif de son ex-concubin étaient dépourvus de cause. L'homme pouvait donc obtenir de son ex-compagne le remboursement des sommes exposées pour financer les travaux de rénovation d'une maison qui lui appartenait<sup>964</sup>. Ainsi, selon la Cour de cassation, deux personnes peuvent être liées par un contrat permettant à l'une de réaliser une mission pour l'autre. Le *bénéficiaire* ne souhaite pas se voir imputer les effets de l'acte réalisé, car il est plus lucratif de faire peser la totalité des effets de l'acte sur l'interposé intervenant en ses lieux et place. Cette situation ne saurait être tolérée, c'est pour cette raison qu'il convient de mettre en place un droit au désengagement de l'interposé à l'issue du transfert des effets de l'acte au bénéficiaire final. Cette mesure protectionniste pour l'interposé, le conforte dans son rôle subsidiaire tout en ayant des conséquences sur la qualité du bénéficiaire final, ainsi que sur l'acte réalisé.

345. L'imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final peut non seulement avoir des conséquences sur le principe de force obligatoire, comme sur la bonne foi et l'effet relatif, mais elle peut également avoir un impact sur le comportement de l'interposé dans le cadre de l'apparence. Doit-il maintenir une situation apparente ? Est-il tenu d'un devoir d'informations ? Alors que le devoir d'information serait un prolongement de l'effet obligatoire du contrat, l'imputation secrète des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final le maintient dans la théorie de l'apparence.

## **II : LE CHOIX ENTRE LE DEVOIR D'INFORMATION ET LE MAINTIEN DE L'APPARENCE**

346. La recherche du bénéfice de l'opération se caractérise non seulement par l'adoption d'une position de retrait, mais également par l'utilisation d'un procédé d'interposition qui a pour but de cacher consciemment l'identité du bénéficiaire final. Dans certaines opérations, notamment dans le cas de la déclaration de command, l'identité du bénéficiaire final de l'opération est temporairement

---

<sup>963</sup> Art. 1303 du Code Civil : « En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ».

<sup>964</sup> CASS., civ. 1ère., 24 sept. 2008, n°06-11294.

dissimulée sous réserve d'une révélation ultérieure<sup>965</sup>. Pour le contrat de commission, bien qu'une révélation ne soit pas textuellement envisagée, le commissionnaire a toujours été considéré comme celui qui agit sous un nom commercial ou en son nom propre pour le compte d'une autre personne<sup>966</sup>. Il faut rappeler que le but poursuivi suite à l'adoption d'une position de retrait reste le profit de l'opération réalisée pour le compte d'une autre personne. Le retrait, qu'il soit partiel ou temporaire, n'aboutit pas fatalement à la mise en lumière du rôle du bénéficiaire final qui, bien qu'il récupère les bénéfices de l'opération, peut rester caché<sup>967</sup>. Comment mettre en lumière ce personnage en retrait, dissimulé par le rôle joué par l'interposé<sup>968</sup> ?

347. Il peut être envisagé de mettre en lumière l'existence d'une sorte d'obligation d'information pesant sur l'interposé quant à la révélation ultérieure de l'identité du bénéficiaire final<sup>969</sup>. Cette révélation pourrait permettre à ce dernier personnage d'occuper pleinement sa place au sein de l'opération réalisée pour son compte en tant que partie et ainsi faire basculer la première opération secrète dans une opération de représentation comme la révélation de l'identité du command ferait basculer la déclaration de command dans le mandat<sup>970</sup>. D'ailleurs, les caractéristiques de cette dernière opération sont très précises, le refus de révéler l'identité du command maintient le bénéficiaire apparent dans les liens contractuels tissés et fait basculer l'opération dans le domaine de la simulation<sup>971</sup>. Afin de répondre à la question de l'imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final, il convient de se demander s'il existe une étape préalable permettant de révéler l'identité de celui qui est en retrait de l'opération. Dans le cas contraire, l'opération serait maintenue dans l'apparence ce qui pourrait impliquer une situation frauduleuse.

348. Pour répondre à ces questions, il serait opportun d'orienter l'analyse vers l'existence d'un devoir d'information pesant sur l'interposé (A), et sur sa rétention possible faisant naître l'apparence (B).

---

<sup>965</sup> NAJJAR I., note : Cass. civ., 3e., 17 avril 1984, Dalloz., 1985, p. 236.

<sup>966</sup> Art. L 132-1 du Code de commerce ; IZORCHE M.-L., op. cit., chron. 369 ; DIDIER Ph., Thèse préc., n°110 et s ; GENICON T., op. cit., p. 45 et s.

<sup>967</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 730., p. 793.

<sup>968</sup> L'interposition de personnes est une forme de simulation permettant de cacher l'une des parties au contrat : Cass. civ., 1re., 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note T. Azzi, Defrénois 2001. 237, note Libchaber, Dalloz. 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. Mestre et Fages.

<sup>969</sup> Voir l'obligation ou le devoir d'information en matière contractuelle : LUCAS DE LEYSSAC C., *L'obligation de renseignements dans les contrats*, in *L'information en droit privé*, 1978, p. 305 et s ; FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse, Paris I., éd. 1992 ; DE JUGLART M., « L'obligation de renseignement dans les contrats », RTD civ., 1945., 1 et s.

<sup>970</sup> COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., op. cit., n°666, p. 557 et 558.

<sup>971</sup> LEDUC F., op. cit., RTD civ., 1999, p. 297 et s.



A : LE DEVOIR D'INFORMATION COMME UN PROLONGEMENT DE L'EFFET OBLIGATOIRE DU CONTRAT

349. En droit des obligations, le devoir d'information précontractuelle tire sa signification du respect du principe de bonne foi<sup>972</sup>. Celui qui souhaite contracter et qui connaît une information fondamentale ou déterminante pour l'autre doit la partager si ce dernier l'ignore<sup>973</sup>. D'ailleurs, le Professeur BÉNABENT va plus loin en affirmant que l'article 1112-1 du Code civil « consacre un devoir d'ordre public d'information précontractuelle<sup>974</sup> ». La rétention d'une information déterminante du consentement de son futur cocontractant remet bien évidemment en cause la licéité de l'engagement qu'il voudrait prendre<sup>975</sup>. Il est important de rappeler que c'est « la volonté de s'engager qui justifie la force de la loi du contrat pour les parties<sup>976</sup> ». Le contrat est licite lorsqu'il repose sur un engagement libre et entier<sup>977</sup>. Les futurs partenaires contractuels doivent obtenir l'ensemble des informations nécessaires à un engagement licite<sup>978</sup>. La rétention d'informations ne peut être reprochée à un cocontractant qui aurait dû s'informer des détails de l'opération auquel il prenait part, notamment l'estimation de la valeur de la prestation<sup>979</sup>. Cependant, est-il possible de considérer que le futur cocontractant d'un interposé a le devoir de se renseigner sur l'identité de l'individu qu'il dissimule ? Ou au contraire, doit-on admettre que cette information est déterminante de son consentement, si bien que sa rétention remettrait nécessairement en cause son consentement ?

350. Pour répondre à ces questions, il faut revenir sur l'histoire de la déclaration de command<sup>980</sup>. Cet ancien mécanisme appelé également *élection d'ami* a pour but en matière de vente, la dissimulation de la véritable identité du futur acquéreur d'un bien. Ce procédé fréquemment utilisé

---

<sup>972</sup> DESHAYES O., GENICON Th., et Y.-M., LAITHIER., *La réforme du droit des contrats, du régime et de la preuve des obligations.*, LexisNexis., 2e éd., 2018, p. 97 et s ; Art. L. 330-1 du Code de commerce ; Art. L. 111-1 du Code de la consommation ; Cass. civ., 1ère., 30 septembre 2015.

<sup>973</sup> BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 17e édition, Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018, p. 71-72.

<sup>974</sup> BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 17e édition, Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018, pages 71-72 ; Art. 1112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

<sup>975</sup> L'inégalité dans l'information revient à produire une inégalité économique, ce qui porte logiquement atteinte à l'équilibre du contrat : DE JUGLART M., op. cit., 1 et s.

<sup>976</sup> BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 17e édition, Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018, p. 71-72.

<sup>977</sup> En matière de mise en garde sur les avantages et les inconvénients : Cass. civ., 1re., 12 juillet 2005, Bull. civ., I, n°327, Dalloz., 2005. 3094, note B. Parance.

<sup>978</sup> DE SAINT AFFRIQUE B., *Du devoir de conseil*, Defrénois 1995. 913.

<sup>979</sup> BÉNABENT A., op. cit., p. 98-99 ; JOURDAIN P., « Le devoir de se renseigner », Dalloz, 1983. 139 ; Cass. civ., 2e, 19 octobre 1994, Bull. civ. II, n°203 ; Cass. civ., 1re, 8 mars 2012, CCC 2012, n°146, note L. Leveneur.

<sup>980</sup> Art. 2207 du Code civil.

dans le contrat d'entreprise, dévoile uniquement l'action pour le compte d'autrui, à savoir le rôle de *l'ami* ou du commandé dans l'opération contractuelle. Il garde l'identité de son donneur d'ordres parfaitement cachée durant un délai raisonnable ou indiqué dans l'acte<sup>981</sup>. L'application d'un devoir d'information à l'issue d'un tel délai serait parfaitement possible compte tenu de la lecture juridique de cette opération<sup>982</sup>. Simplement, il ne peut être reproché à *l'ami* de refuser de révéler l'identité de son donneur d'ordre avant la fin du délai escompté puisque le partenaire contractuel a accepté cette situation et validé sa collaboration avec cet interposé. L'obligation de répondre quant à l'identité du bénéficiaire final ne peut peser sur le commandé qu'à la fin de sa mission, à savoir au moment où il aurait dû révéler l'identité de ce personnage. De plus, le Professeur LE TOURNEAU l'a parfaitement indiqué, « si le commandé est défaillant, qu'il déclare tardivement le nom du donneur d'ordre ou ne le révèle pas, la déclaration de commandé dégénère en une convention de prête-nom : les rapports entre les diverses personnes sont alors régis par les règles de celle-ci<sup>983</sup> ».

351. Peut-on aboutir à la même conclusion pour le contrat de commission ? « Le commissionnaire est un intermédiaire tenu de conclure un contrat pour le compte d'autrui. Son action a donc un objet spécifique : la conclusion d'un contrat<sup>984</sup> ». Cette opération contient une particularité que l'on peut retrouver dans la convention de prête-nom, le commissionnaire agit pour le compte d'autrui, mais en son propre nom<sup>985</sup>. Comme dans le cas de la déclaration de commandé, la situation d'interposition n'est pas complètement dissimulée. La situation est partiellement opaque pour le cocontractant, il n'est pas trompé par son partenaire apparent. Il ne peut se considérer comme victime d'un mensonge ou d'une rétention d'information de la part de celui qui a toujours fait preuve de bonne foi à son égard. En d'autres termes, il n'existe aucune obligation d'information pesant sur

---

<sup>981</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 : « Cette déclaration, dite aussi *élection d'ami*, est utilisée lorsque le véritable acquéreur ne veut pas être connu du vendeur (soit qu'il redoute que des conditions moins favorables lui soient faites, soit que sa solvabilité puisse donner des craintes). Ce mécanisme est surtout pratiqué dans la vente. Mais rien ne s'oppose d'y recourir dans d'autres contrats, notamment dans le contrat d'entreprise. L'ami ou « commandé » indique qu'il agit pour le compte d'un tiers, dont il dévoilera l'identité, dans un bref délai. Sous cet aspect, le mécanisme est très différent de la convention de prête-nom, dans la mesure où ici le tiers sait que son partenaire n'est pas le véritable cocontractant (notamment le véritable acquéreur). Cependant, il s'en rapproche quant à sa nature juridique, en tant que représentation *optionnelle*. Mais il est même possible de considérer qu'il existe un véritable mandat, bien que conditionnel. Si, dans le délai prévu (ou imposé par la loi), le commandé révèle le nom du « commandé », et que celui-ci accepte cette déclaration tout se passe rétroactivement comme dans un mandat : le commandé a représenté le « commandé ». Au contraire, si le commandé est défaillant, qu'il déclare tardivement le nom du donneur d'ordre ou ne le révèle pas, la déclaration de commandé dégénère en une convention de prête-nom : les rapports entre les diverses personnes sont alors régis par les règles de celle-ci ».

<sup>982</sup> CRUVELIER E., « Fonds de commerce : régime fiscal Mutations à titre onéreux », Répertoire de droit commercial, Avril 2018, actualisation Février 2019 ; DISSAUX N., « Courtage Nature du courtage », Répertoire de droit commercial, Juin 2019.

<sup>983</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018.

<sup>984</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015.

<sup>985</sup> DAGOT M., *La simulation en droit privé*, préf. P. HÉBRAUD, LGDJ, 1967, n° 71 et s ; Cass. com. 29 janv. 1968, Bull. civ. IV, n° 42 ; Req. 30 janv. 1934, DH 1934. 179.

l'intermédiaire jouant un rôle d'interposé, si ce n'est l'obligation de définir le rôle qui lui est assigné. Il est le titulaire d'un droit d'option lui permettant soit de révéler l'identité du bénéficiaire final, soit de la garder cachée<sup>986</sup>. Lui imposer une obligation de révélation de l'identité de celui pour lequel il agit notamment en matière d'opération partiellement occulte serait poursuivre vers l'idée d'une transparence du rôle et de la position du bénéficiaire final. Le commandé n'est obligé qu'à l'issue du délai prévu et le commissionnaire a le devoir d'intervenir ostensiblement à l'égard de son cocontractant. Alors que la révélation fait basculer l'opération dans le mandat, la rétention d'informations crée une situation de simulation. Par conséquent, c'est l'existence d'une obligation ou d'un devoir d'information limité qui constitue une frontière à l'abus dans l'adoption de la position de retrait du bénéficiaire final. De cette manière, la question qui se pose est celle de la sanction de la réticence dolosive et du mensonge concerté. L'interposé et/ou son donneur d'ordres pourraient-ils être coupables de ces faits ? Encore faudrait-il envisager une sanction spécialement applicable à ces opérations ou préciser celles qui existent déjà.

#### B : LES LIMITES DE LA RETROCESSION DANS LE PATRIMOINE DU BENEFICIAIRE FINAL PAR LE MAINTIEN DE L'APPARENCE

352. Une personne qui prétend avoir subi un préjudice du fait de la rétention d'une information doit le prouver. Elle devra donc apporter la preuve de l'information dissimulée, notamment son importance pour son engagement dans le contrat<sup>987</sup>. La charge de la preuve pèse donc sur le créancier de l'information cachée<sup>988</sup>. Cette solution est consacrée par le législateur à l'article 1112-1 al. 4 du Code civil. En cas de violation du devoir d'information, la responsabilité civile délictuelle de celui qui la retient peut être engagée<sup>989</sup>. Ainsi, la rétention d'une information déterminante du consentement d'un futur cocontractant engage par principe la responsabilité de son auteur.

353. Le dol entraîne la nullité du contrat lorsque l'ensemble des éléments constitutifs de ce vice du consentement sont réunis. Le mensonge et la dissimulation intentionnelle faisant partie des éléments matériels qui caractérisent la situation dolosive<sup>990</sup>, l'erreur est toujours excusable, dès lors qu'elle a eu lieu par provocation, « ou même seulement favorisée, par la déloyauté de l'autre partie

---

<sup>986</sup> PILLET G., op. cit., n°105, p. 110.

<sup>987</sup> FABRE-MAGNAN M., op. cit., n° 241 et s., p. 188 et s.

<sup>988</sup> Art. 9 du Code de procédure civile ; Cass. civ., 1re., 25 février 1997, Gaz. Pal. 1997. 1. 274 rapt. Sargos, RTD civ. 1997. 434, obs. JOURDAIN ; Cass. civ., 1re., 15 mai 2002, CCC 2002, n°135, obs

<sup>989</sup> Cass. civ., 25 juin 2002, RTD civ. 2003. 83, obs. Mestre et Fages.

<sup>990</sup> BÉNABENT A., *Droit des obligations*, 17e édition, Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018, p. 71-72 ; 98-99.

ou de son mandataire<sup>991</sup> ». Si l'obligation d'information est envisageable pour la déclaration de command comme pour le contrat de commission, il serait tout aussi envisageable de considérer qu'il existe une sanction applicable aux contrevenants. Pourtant, la déclaration de command qui dégénère en convention de prête-nom ne disparaît pas sous le coup de la nullité du contrat<sup>992</sup>.

354. L'opération conditionnelle dont le choix a été de continuer à dissimuler l'identité du bénéficiaire final est simplement soumise aux règles applicables aux mécanismes dits occultes<sup>993</sup>. Par ailleurs, il est important de noter que la convention de prête-nom n'est pas nécessairement frauduleuse. Certes, l'intéressé peut ne pas pouvoir paraître à l'opération envisagée, soit en raison de son incapacité à recevoir ou du caractère illicite de l'activité réalisée, mais il peut également ne pas vouloir y paraître, simplement pour des questions de risque de discrimination par exemple<sup>994</sup>. De ce fait, il n'est pas possible de considérer cette « dégénérescence » comme une sanction. De la même façon, la connaissance de la situation d'interposition par le cocontractant ne permet pas de confondre le rôle qu'occupe le commissionnaire avec celui qu'occupe le prête-nom. L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 11 juillet 2000 rappelle que « si, en règle générale, le prête-nom est personnellement et directement engagé envers le tiers cocontractant, il en va autrement lorsque ce tiers a sciemment participé à la simulation<sup>995</sup> ».

355. Le participant ne peut pas être considéré comme un tiers puisqu'il connaissait la situation d'interposition et l'a accepté en s'engageant avec un commissionnaire sans connaître l'identité de son donneur d'ordres. Il semble peu probable de voir une sanction au sein d'une opération légalisée par le droit<sup>996</sup>. Pour imposer une sanction applicable à ces opérations, il faudrait considérer que l'information déterminante du consentement est, soit l'identité du bénéficiaire final de l'opération non révélée dans les délais, soit le rôle qu'occupe le bénéficiaire apparent en tant qu'interposé. Or, bien que l'ancien article 1116 du Code civil ne fit aucune référence à l'omission d'informer, le nouvel article 1137 du Code civil « qui définit le dol retient, à l'égal des manœuvres et des mensonges, la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie<sup>997</sup> ».

---

<sup>991</sup> GHESTIN J, SERINET Y-M., « Erreur », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>992</sup> DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. 6, n° 312 ; GHESTIN, JAMIN et BILLIAU, *op. cit.*, n° 908, note 200 ; OPHÈLE C., *Simulation*, Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>993</sup> LEDUC F., *op. cit.*, 1999. 283.

<sup>994</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017 actualisation Mai 2018.

<sup>995</sup> Cass. com. 11 juill. 2000, n° 97-12.037.

<sup>996</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *op. cit.*, n° 242 et s., p. 269 et s.

<sup>997</sup> CHAUVEL P., *Dol*, Répertoire de droit civil, Février 2019.

356. Par conséquent, l'absence de révélation de l'identité du bénéficiaire final dans les délais ou la dissimulation intentionnelle du rôle de l'interposé, peut être considérée comme une forme de réticence dolosive<sup>998</sup>. Pour qu'il en soit autrement, le législateur aurait dû préciser l'exclusion de ces situations, comme il l'a très justement fait pour la question de la valeur de la prestation<sup>999</sup>. Même si la réalité textuelle et jurisprudentielle démontre la mise en responsabilité de l'interposé vis-à-vis du cocontractant lésé, la question d'une sanction provoquant la nullité du contrat pour des questions d'omission d'information n'est pas concrètement évoquée. D'autant qu'en réalité la question de la nullité peut se poser dans un seul type de contrat, celui qui dispose d'un caractère *intuitu personae*<sup>1000</sup>.

357. Il existe tout de même l'action en déclaration de simulation qui peut parfaitement être considérée comme pointant du doigt l'acte secret et donc l'omission d'information, afin de faire apparaître la réalité cachée derrière l'intention de dissimuler<sup>1001</sup>. Encore faudrait-il rentrer dans une situation de simulation et donc d'interposition de personne, ce qui n'est absolument pas le cas pour la commission et la déclaration de command. Enfin, ce qu'il faut retenir à la suite de cette analyse, c'est quel que soit le degré de retrait du bénéficiaire final, l'adoption de cette position s'accompagne d'un but précis à savoir la recherche du profit de l'opération. Les opérations occultes analysées précédemment ne sont pas les seules à pouvoir être intégrées au sein de la catégorie des opérations avec un bénéficiaire final. Si tel était le cas, il aurait fallu exclure tous les autres types de construction contractuelle. Avant de se prononcer de façon trop hâtive, il est nécessaire d'analyser les opérations transparentes.

---

## § 2 : Le désengagement progressif du bénéficiaire apparent

358. Le bénéficiaire final est le seul personnage du monde juridique à se voir reconnaître la possibilité d'adopter une position de retrait. L'adoption d'une position de retrait permet également d'apporter une signification plus précise à l'action pour le compte d'autrui. Alors que l'action pour l'intérêt d'autrui est axée sur l'aspect moral de l'intervention de l'interposé, l'action pour le compte d'autrui concerne le comportement de ce dernier<sup>1002</sup>.

---

<sup>998</sup> Art. 1137 al. 2 du Code Civil : « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

<sup>999</sup> Art. 1137 al. 3 du Code Civil : « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ».

<sup>1000</sup> VALLEUR., *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, 1938, n° 95 et s ; CONTAMINE-RAYNAUD M., *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, 1974, p. 83 et s.

<sup>1001</sup> Cass. civ., 1re., 9 mai 1955, Dalloz, 1955. 467.

<sup>1002</sup> VASSEUR M., « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres, contribution à la théorie générale des actes juridiques », RTD civ., 1949, p. 176 ; PILLET G., op. cit., n°43 et s., p. 53 et s ; ROUHETTE G., op.cit., n°222 et s., 632 et s.

359. Le procédé est simple, l'action pour le compte d'autrui s'analyse non seulement à travers la conception de l'acte dans le respect de l'intérêt d'autrui, mais également à travers la transition puis l'imputation des effets dudit acte sur le patrimoine du bénéficiaire final<sup>1003</sup>. En fin de mission, le bénéficiaire final, donneur d'ordres, se retrouve confronté à l'étape du transfert des effets d'une opération créée pour son compte et dans le respect de ses intérêts, d'un patrimoine temporaire à son patrimoine personnel. Cette situation se traduit par une transmission des effets de l'acte, mais également de la qualité de partie *définitive*<sup>1004</sup>. Il faut considérer que le bénéficiaire final dispose préalablement de la qualité de partie *liée* à l'acte, mais que la transmission définitive des effets de l'acte faisant disparaître l'auteur ayant agi pour son compte, la qualité de *partie* lui est désormais imputable<sup>1005</sup>. Bien qu'une telle affirmation ne soit qu'hypothétique, elle permet d'ouvrir la réflexion sur les conséquences d'un tel mécanisme sur les principes fondamentaux du droit des contrats.

360. La lecture traditionnelle de la définition de la qualité de *partie* laissait entendre qu'il existait une forme d'obligation d'apparaître au contrat<sup>1006</sup>. Cette obligation a été remise en cause lorsque le législateur a pris en compte l'existence des actes de représentation<sup>1007</sup>. Pour l'instant, aucun texte ne prend en compte l'existence des opérations avec un bénéficiaire final, sauf à considérer celles appartenant au domaine de la simulation. Une telle exclusion conduit indéniablement à l'annihilation de l'existence de ce personnage. S'agit-il d'une ignorance volontaire basée sur un concept considéré comme frauduleux ou s'agit-il d'une simple omission ? Le législateur a pourtant pris en considération l'existence du bénéficiaire effectif, il en définit les contours et encadre les opérations qui le cachent dans le but d'introduire une certaine transparence. Le bénéficiaire final harmonise la matière en introduisant le bénéficiaire effectif dans son domaine de compétences. Comme le premier personnage, ce donneur d'ordres adopte une position de retrait et fait intervenir une personne interposée pour son compte<sup>1008</sup>. L'existence de ce personnage atypique conduit à la relecture des principes de liberté contractuelle, comme à une relecture du principe de force obligatoire du contrat.

---

<sup>1003</sup> STORCK M., op. cit., n° 298 et s., p. 222 et s ; GHESTIN J., op. cit., n°955, p. 1027 ; DIDIER Ph., op. cit., n°166 et s., p. 116 et s ; GAILLARD E., op. cit., p. 503 et s.

<sup>1004</sup> Voir l'opération de mandat notamment, le mandataire n'est pas une partie à l'acte il est auteur de l'acte : TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 100, 234, 664. MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n°113, 114 et 508.

<sup>1005</sup> AYNÈS L., op. cit., n°224, p. 292 ; GAILLARD E., op. cit., n°217, p. 139.

<sup>1006</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 671 et s., p. 746 et s.

<sup>1007</sup> CORNU G., op. cit., p. 743 : « désigne toute personne liée par l'accord, qu'elle soit présente ou représentée ».

<sup>1008</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019 : « Voici quelqu'un promettant d'agir pour le compte d'autrui en dissimulant, sous sa propre personnalité, le véritable intéressé à l'opération projetée. Cette convention est utilisée quand le donneur d'ordres ne veut pas paraître à l'acte envisagé (ou n'a pas le droit de paraître : dans ce cas elle est frauduleuse). Il entend laisser accroire aux tiers que l'intervenant apparent traite pour lui-même. Le prête-nom est une simulation par interposition de personne. Alors que quelqu'un figure à un acte (le prête-nom), c'est au profit ou à l'encontre d'un autre (« l'emprunteur

361. L'action pour le compte d'un bénéficiaire final, entraîne une intervention dans le but de conclure une opération lui permettant d'en tirer personnellement avantage. Ces étapes fondamentales permettront de reconnaître la qualité de *partie* au donneur d'ordres, tout en déroutant les principes du droit des contrats jusqu'alors respectés par l'ensemble du système juridique<sup>1009</sup>. Les conséquences sur l'opération contractuelle seront aussi impressionnantes que celles qui seront intervenues sur la qualité du bénéficiaire final de l'opération.

362. Sans plus attendre, il convient dans un premier temps d'apprécier la conception classique de la qualité de tiers et de partie compte tenu de l'existence de nouvelles typologies d'opération (I). Puis dans un second temps, d'analyser la lecture des auteurs qui ont donné un aspect beaucoup plus moderne à une définition qui semblait jusqu'alors figée (II).

## **I: LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA QUALITE DE TIERS ET DE PARTIE INADAPTEE AUX OPERATIONS AVEC UN BENEFICIAIRE FINAL**

363. À l'époque, le Professeur DISSAUX en citant le Professeur CABRILLAC considérait que le concept de partie à un contrat faisait « l'objet de certitudes qui tendent à masquer la richesse. Après avoir relevé que la partie figure parmi les notions fondamentales du droit français et qu'elle joue un rôle considérable dans le droit des obligations comme dans le droit judiciaire, Monsieur Rémy CABRILLAC s'étonne ainsi qu'elle n'a été, curieusement, que très peu étudiée par la doctrine qui s'est plutôt penchée sur son pendant, la notion de tiers »<sup>1010</sup>.

364. Traditionnellement, une partie à un contrat est liée par ce contrat via un consentement à une obligation prise entre deux ou plusieurs individus<sup>1011</sup>. C'est l'engagement, et ainsi, le consentement des individus souhaitant conclure un contrat qui finalise la construction contractuelle, ainsi que l'acquisition de la qualité de partie. Simplement, il existe d'autres manières de s'engager, qui peuvent être transparentes ou occultes. En cela, nous pouvons citer la représentation, qui est une forme d'engagement pour autrui, en son nom et pour son compte, et la simulation, qui abritent toutes les autres formes d'action pour le compte d'autrui<sup>1012</sup>. Ces deux matières englobant plusieurs

---

du nom ») que l'acte doit produire ses effets. Cette première personne, celle qui apparaît au grand jour, est parfois nommée l'homme de paille, dans le langage imagé de la pratique ».

<sup>1009</sup> GHESTIN J., op. cit., 3628, n°1 ; AUBERT J.-L., op. cit., p. 263 et s ; GUELFUCCI-THIBIERGE C., op. cit., p. 275 et s.

<sup>1010</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Thèse, page 173 : citation : CABRILLAC R., *Le droit et les droits de l'homme*, paris, éd. 3e, PUF, 1998, p. 68.

<sup>1011</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 21 et s., p. 33 et s.

<sup>1012</sup> JEULAND E., op. cit., n°204, p. 169 ; SAVATIER R., op. cit., p. 525.

techniques d'engagements contractuels, elles sont incompatibles avec la définition traditionnelle de la notion de partie ou de tiers.

365. Ainsi, la conception et la validation d'un acte par l'action de donner son consentement peuvent donner lieu à l'attribution de la qualité de partie alors même que l'intervenant peut agir pour un individu absent<sup>1013</sup>. Pour refléter la réalité de l'opération contractuelle réalisée, il est important de définir une nouvelle fois la notion de partie, et par voie de conséquence la notion de tiers, avant d'ouvrir ces notions à l'attribution, dès lors que la situation occulte aura disparu.

366. Néanmoins, pour l'heure, la doctrine a longtemps attribué une grande importance à la distinction partie et tiers selon une lecture stricte de force obligatoire. « Rien n'oblige les parties à contracter. Mais dès lors qu'elles l'ont fait, elles sont tenues de respecter leurs engagements. Ce qu'elles ont convenu s'impose à elles sans qu'il soit besoin du renfort d'aucune norme. L'accord de volontés est par lui-même créateur d'obligations<sup>1014</sup> » (A). Parce que l'opération contractuelle repose sur l'accord de volonté passé entre les parties, il ne pourra pas porter ses effets sur le tiers<sup>1015</sup> (B).

#### A : LE BENEFICIAIRE APPARENT CONSIDERE COMME UNE PARTIE A L'OPERATION REALISEE POUR LE COMPTE DU BENEFICIAIRE FINAL

367. Traditionnellement, la qualité de partie demeure l'une des notions les plus importantes en droit des contrats. Être partie à un contrat, c'est y être lié par l'échange de consentement entre l'offrant et l'acceptant<sup>1016</sup>. Une ou plusieurs personnes décident de conclure un contrat, en fonction de l'intérêt qu'il souhaite en tirer. Il échange un consentement et s'engage à accomplir les obligations stipulées sur ce contrat.

368. Dans une opération réalisée pour le compte d'un bénéficiaire final, ce dernier ne serait pas considéré comme une partie au contrat puisque, comme toute personne extérieure, il n'a pas donné son consentement à l'acte<sup>1017</sup>. Il est un tiers au contrat alors qu'il a organisé son absence par

---

<sup>1013</sup> Référence à la partie auteur du contrat qui n'est pas la véritable partie comme dans le cadre d'un contrat de mandat : TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 100, 234, 664 ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 113, 114 et 508.

<sup>1014</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 26, p. 35.

<sup>1015</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 27, p. 35.

<sup>1016</sup> La volonté est une notion qui constitue le fondement de l'acte juridique : RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, 1961, n° 89 et s ; HEBRAUD Ph., *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, Tome II, p. 419.

<sup>1017</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 95 et s, p. 93 et s.



l'intervention d'un « homme de paille<sup>1018</sup> » lors d'une opération restée cachée. La conception traditionnelle de la notion de partie et de tiers exclu les opérations avec un bénéficiaire final. C'est pour cette raison que l'interposé est une partie contractante alors que le bénéficiaire final est un tiers au contrat apparent réalisé pourtant pour son compte.

369. Selon le Professeur DISSAUX, « il existe des intermédiaires qui, indéniablement, sont parties aux effets du contrat dont ils ont favorisé la conclusion ; ils y sont partis au sens classique de ce terme<sup>1019</sup> ». La conclusion d'un contrat pour le compte d'autrui signifie le plus souvent pour l'interposé la conclusion d'un contrat en nom propre, ce qui l'engage personnellement au titre de l'opération réalisée<sup>1020</sup>. Le bénéficiaire final absent est rendu présent par l'action de son interposé en ses lieux et places. L'interposé est lié par le contrat matériellement, mais le bénéficiaire l'est par sa présence *morale*<sup>1021</sup>.

370. La modernité que représente la substitution demeure inconnue pour les théoriciens classiques. Seul l'individu qui a donné son consentement peut y être lié. Pourtant, JHERING considérerait qu'au fond « le principe de la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet de l'acte ; la cause : l'action concerne la personne du représentant ; l'effet : le droit, concerne le représenté. Il y a donc là séparation artificielle de ce qui, dans le naturel du rapport, est un<sup>1022</sup>. Ainsi, de quelque façon que ce soit, la seule volonté de l'interposé ne peut être considérée comme le seul fondement pouvant justifier l'attribution de la qualité de partie<sup>1023</sup>.

371. Le Professeur GHESTIN précise d'ailleurs que « c'est le droit subjectif et non la volonté autonome des parties, qui détermine finalement les effets déclenchés par l'accord des volontés. De même qu'il détermine les conditions de formation du contrat et leur sanction, ainsi que la force obligatoire qu'il convient de reconnaître au contrat, le droit subjectif, à partir des mêmes principes

---

<sup>1018</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 : « Voici quelqu'un promettant d'agir pour le compte d'autrui en dissimulant, sous sa propre personnalité, le véritable intéressé à l'opération projetée. Cette convention est utilisée quand le donneur d'ordres ne veut pas paraître à l'acte envisagé (ou n'a pas le droit de paraître : dans ce cas elle est frauduleuse). Il entend laisser accroire aux tiers que l'intervenant apparent traite pour lui-même. Le prête-nom est une simulation par interposition de personne. Alors que quelqu'un figure à un acte (le prête-nom), c'est au profit ou à l'encontre d'un autre (« l'emprunteur du nom ») que l'acte doit produire ses effets. Cette première personne, celle qui apparaît au grand jour, est parfois nommée l'homme de paille, dans le langage imagé de la pratique ».

<sup>1019</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Thèse, p. 175.

<sup>1020</sup> LEDUC F., op. cit., 1999, 283 ; Cass. civ., 3e, 15 novembre 2000, II, 10054 et note Ch. Lièvremont ; Cass. civ., 1re, 28 novembre 2000, JCP 2001, II, 10645 et note T. Azzi.

<sup>1021</sup> DISSAUX N., op. cit., page 177.

<sup>1022</sup> JHERING R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. DE MEULENAERE O., 3e éd., 2001, t.4, 1888, §63, p. 171.

<sup>1023</sup> ROUHETTE G., op. cit., n°222 et s., p. 632 et s.

directeurs de justice contractuelle et d'utilité sociale, fixe le domaine des effets du contrat. L'utilité sociale des droits subjectifs impose que ceux qui ont pour source un contrat soient opposables à tous dans les mêmes conditions que le sont les droits subjectifs généraux. Mais l'utilité socialement exigée en outre que d'autres que ceux qui ont connu le contrat soient titulaires actifs et passifs des effets obligatoires engendrés par celui-ci<sup>1024</sup> ».

372. Pour relativiser la théorie classique consistant à appréhender le tiers et la partie comme deux notions figées, il convient de revenir sur l'analyse de la notion d'intérêt. Cette dernière notion vient lier la personne qui doit être considérée comme une partie et l'opération réalisée pour son compte<sup>1025</sup>. La combinaison de la volonté et de l'effet obligatoire du contrat ne permet pas d'exclure totalement la notion d'intérêt. Cela conduit bien au contraire à admettre que la réalisation d'une opération contractuelle doit tenir compte de plusieurs facteurs objectifs et subjectifs, le consentement comme l'intérêt des parties<sup>1026</sup>.

373. En somme, la qualité de partie ne peut s'apprécier au regard de la formation du contrat, mais à un stade beaucoup plus avancé puisque l'interposé exerce les droits d'un bénéficiaire final en retrait de l'opération. Pourtant, selon la théorie classique le bénéficiaire final est toujours considéré comme un tiers au contrat apparent.

#### B : LE BENEFICIAIRE FINAL CONSIDERE COMME UN TIERS A L'OPERATION REALISEE POUR SON COMPTE

374. L'exécution du contrat placé sous le respect du principe de la force obligatoire conduit à donner un rôle central à la notion de volonté<sup>1027</sup>. Le contrat serait l'équivalent d'une loi sur laquelle ni le juge ni les tiers ne peuvent influencer<sup>1028</sup>. Le bénéficiaire final ne participe pas au contrat apparent, il demeure un tiers à ce contrat, alors même qu'il est une partie au contrat secret<sup>1029</sup>. Une partie ne peut renoncer au bon respect du contrat par sa seule volonté, il engage sa responsabilité face à son cocontractant<sup>1030</sup>. Cette lecture conduit à analyser le principe de force obligatoire corrélativement à

---

<sup>1024</sup> GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., *Les effets du contrat*, op. cit., n°682, p. 729.

<sup>1025</sup> PILLET G., op. cit., n°47 et s, p. 55 et s.

<sup>1026</sup> GERVAIS A., *Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et des intérêts*, Mélanges P. ROUBIER, Tome I, Dalloz, 1961, p. 239 ; ROUJOU DE BOUBEE G., *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961, p. 17.

<sup>1027</sup> Art. 1134 ancien du Code civil et 1103 nouveau du Code civil.

<sup>1028</sup> CHAZAL J.-P., « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1er du Code civil », RTD civ. 2001, 265 ; JAMIN Ch., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », Dalloz, 2002, doct. 901.

<sup>1029</sup> Par référence à l'interprétation classique de la notion de bonté : RIEG A., op. cit., loc. cit.

<sup>1030</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n° 26, p. 35.

la notion de bonne foi. Cette dernière notion est d'une importance fondamentale compte tenu du contexte juridique dans lequel elle s'inscrit, aussi bien pour la portée de la bonne foi que les sanctions applicables en cas de non-respect<sup>1031</sup>. Alors que la doctrine semble divisée, certains auteurs considèrent le principe de bonne foi comme un devoir<sup>1032</sup>. Pour d'autres, la bonne foi est une obligation<sup>1033</sup>. La dimension morale de la bonne foi va bien au-delà de la force obligatoire du contrat<sup>1034</sup>. Cependant la lecture conjointe de ces deux notions apporte une signification précise à la notion de bonne foi qui, par son lien avec la force obligatoire, fait peser le devoir ou l'obligation de respect sur l'auteur de l'acte contractuel<sup>1035</sup>.

375. Le juriste moderne rejette la vision traditionnelle de la notion de partie. Il met en avant les limites des thèses objectivistes qui érigeaient la volonté en critère déterminant de l'opération contractuelle<sup>1036</sup>. Il considère qu'un individu peut acquérir ultérieurement cette qualité, à un stade bien avancé de l'opération contractuelle<sup>1037</sup>. Cela signifie qu'au moment de la formation du contrat l'intervention de ce bénéficiaire apparent ne peut être interprétée comme une intervention personnelle. Ce dernier exerçant les droits et intérêts d'autrui, la qualité de partie ne peut lui être attribuée<sup>1038</sup>. Elle appartient uniquement à celui qui souhaite sincèrement s'engager, à savoir, celui qui au moment de l'opération initiale, souhaitait se soumettre aux effets obligatoires du contrat ainsi formé par ce dernier<sup>1039</sup>.

376. Comme il en était question lors de la définition de l'action pour le compte et l'intérêt d'autrui, la volonté n'est plus le seul fondement d'attribution de la qualité de partie<sup>1040</sup>. L'une des questions fondamentales qu'il convient de se poser porte sur les autres critères permettant l'attribution de la qualité de partie.

---

<sup>1031</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Thèse, n° 145 et s, p. 132 et s.

<sup>1032</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n°439 et s., p. 486 et s, STOFFEL-MUNCK Ph., op. cit., n°145 et s, p. 132 et s.

<sup>1033</sup> DARMAISIN S., *Le contrat moral*, Thèse, n°302, p. 193 ; JALUZOT B., op. cit., n°1705 et s, p. 498 et s ; GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, Thèse, LGDJ, 2007, n°281, p. 207.

<sup>1034</sup> VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, 2e éd., LGDJ, 1997, n°168, p. 283 ; LE TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., *Bonne foi*, n°113.

<sup>1035</sup> Par référence à l'analyse de WICKER G., « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », RDC, 1er avril 2007, n°2, p. 593, spéc., n°7 : la bonne foi est entendue comme une obligation de « loyauté ou de collaboration », mais il peut s'agir également d'un devoir.

<sup>1036</sup> LOUIS LUCAS P., op. cit., p. 109.

<sup>1037</sup> GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., *Les effets du contrat*, op. cit., n°692, p. 741-742.

<sup>1038</sup> PILLET G., op. cit., n°223 et s, p. 634 et s.

<sup>1039</sup> Ibid.

<sup>1040</sup> GUELFUCCI-THIBIERGE C., *De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif*, Revue trimestrielle de droit civil, 1994, p. 275 et s.

377. Pour y répondre, il faut prendre en considération le point de vue de Madame le Professeur GUELFUCCI-THIBIERGE, qui analyse l'attribution de la qualité de partie comme le résultat de la loi. Dès lors, le tiers identifié comme le mineur non émancipé ou le majeur incapable, qui de toute façon ne peut avoir accredité l'opération contractuelle, deviendrait une partie aux effets de l'opération. Il s'agirait d'une forme de transmission de l'opération contractuelle d'un individu à un autre. D'ailleurs, le Professeur DELMAS-SAINTE-HILAIRE part du principe que la qualité de partie appartient dès le départ au bénéficiaire final de telle sorte que l'intervention de son interposé permet l'exécution d'un système de transmission prévu par la loi<sup>1041</sup>.

378. La volonté reste donc malgré tout, l'une des sources d'attribution de la qualité de partie avec la loi<sup>1042</sup>. L'interposé ne souhaite pas être juridiquement lié à l'opération contractuelle qu'il réalise pour le compte d'autrui, il demeure lié contractuellement au bénéficiaire final dans l'exercice de la mission qui lui a été confiée. Par conséquent, la qualité de partie ne peut et ne doit pas lui être reconnue.

## **II : LA CONCEPTION MODERNE DE LA QUALITE DE TIERS ET DE PARTIE CONFORME AUX OPERATIONS AVEC UN BENEFICIAIRE FINAL**

379. Le bénéficiaire final ne peut être qualifié de tiers à l'opération contractuelle<sup>1043</sup>. Ses intérêts sont représentés par un interposé, agissant en vertu de pouvoirs qui lui ont été confiés, sur des droits dont il est le seul titulaire<sup>1044</sup>. Cet interposé devient dès lors un bénéficiaire apparent, simple auteur d'un acte voué à être transmis au bénéficiaire final.

380. En acceptant de revêtir le costume « d'homme de paille<sup>1045</sup> », il accepte que la qualité de partie appartienne *ab initio* au bénéficiaire final et que sa qualité de tiers soit confirmée en fin d'opération. Cela voudrait donc dire que l'interposé demeure en réalité un tiers à l'opération dès la conception de l'acte pour lequel il s'est engagé lors de l'opération secrète avec son donneur d'ordres ?

<sup>1041</sup> DELMAS-SAINTE-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, Thèse, p. 23.

<sup>1042</sup> DELMAS-SAINTE-HILAIRE Ph., *Le tiers à l'acte juridique*, Thèse, op. cit., loc. cit.

<sup>1043</sup> PILLET G., op. cit., n°51 et s, p. 57 et s : « En définitive, on peut mesurer l'étendue des liens entre une personne et un acte juridique donnés, en fonction des éléments de l'acte qui sont pris dans le champ de son intérêt ».

<sup>1044</sup> BACACHE-GIBEILI M., op. cit., n°301, p. 263 ; AYNÈS L., op. cit., n°184, p. 134 : c'est l'intermédiaire qui permet de créer le lien entre le donneur d'ordres et l'opération réalisée par ses soins. Il n'est que l'auteur de l'acte et non son principal bénéficiaire.

<sup>1045</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit., 2018-2019.

381. En tout état de cause, le bénéficiaire apparent est l'auteur de l'acte, mais demeure un tiers à l'opération (A), et le bénéficiaire final est une partie liée à l'acte apparent par l'intervention de son interposé qui s'est exprimé pour son compte (B).

#### A : LE BENEFICIAIRE APPARENT AYANT LA QUALITE DE PARTIE CONTRACTANTE

382. Précédemment, il a été démontré que la théorie classique de la qualité de partie et de tiers ne permettait pas d'inclure les opérations avec un bénéficiaire final. Pourtant, reconnaître à ce dernier personnage la qualité de partie à l'acte conclu par l'interposé, aurait notamment pour conséquence le désintéressement de ce dernier qui en fin de mission devrait disparaître<sup>1046</sup>. Selon le Professeur DISSAUX, l'intermédiaire « est une partie à la conclusion du contrat<sup>1047</sup> », il serait donc légitime à recevoir cette qualité même de façon temporaire durant l'accomplissement de sa mission<sup>1048</sup>. L'interposé ne serait donc pas un simple « homme de paille<sup>1049</sup> », il contribue par son action à la conclusion du contrat et endosse la qualité de partie à raison de son intervention. Le Professeur DISSAUX suivant les traces du Professeur DELMAS–SAINT-HILAIRE a analysé trois hypothèses, *l'instrumentum*, *le consentement-visa* et *le consentement-avertissement*.

383. *L'instrumentum* est la notion permettant de désigner l'acte juridique, il s'agit de l'écrit qui constate l'existence de ce dernier<sup>1050</sup>. L'échange de consentement a lieu généralement lors de cette phase importante. L'interposé intervenant en mission pour le bénéficiaire final va participer non seulement à la rédaction de l'acte, mais également à l'échange de consentement qui y interviendra<sup>1051</sup>. Pour expliquer l'inadéquation de cette notion avec celle qu'occupe celui qu'il appelle l'interposé, le Professeur DISSAUX expose l'analyse de Monsieur VASSEUR. Ce dernier revient sur la profession de notaire et délimite son rôle d'intervenant au stade de la rédaction de l'acte, et au stade de l'échange de consentement. Son rôle, d'une importance certaine, se situe au niveau de l'engagement des parties. « Le notaire est en même temps que le conseil des parties, le témoin professionnel<sup>1052</sup> » du consentement qu'ils émettent<sup>1053</sup>. La place d'un notaire n'est peut être pas similaire à la place de l'interposé cependant la comparaison peut rappeler le rôle de troisième personnage qu'il occupe. Le

---

<sup>1046</sup> GHESTIN J., op. cit., JCP 1992, I, 3628, n°1 ; AUBERT J.-L., RTD civ., 1993, p. 263 et s.

<sup>1047</sup> DISSAUX N., op. cit., Thèse, p. 245 et s.

<sup>1048</sup> Ibid.

<sup>1049</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit., 2018-2019.

<sup>1050</sup> CORNU G., op. cit., p. 559.

<sup>1051</sup> Référence notamment à : JEULAND E., op. cit., n°204, p. 169.

<sup>1052</sup> VASSEUR M., « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres. Contribution à la théorie générale », Revue trimestrielle de droit civil, 1949, n°8, p. 179.

<sup>1053</sup> Ibid.

notaire réalise un acte pour le compte d'un autre, il est présent pour formaliser et sacraliser l'opération contractuelle. L'interposé n'est en réalité que l'instrument de la partie qui se cache et qui reçoit en dernier lieu le bénéfice de l'opération.

384. Le *consentement-visa* décrit la situation dans laquelle un individu apporte son agrément ou son appui à l'une des parties au contrat. L'exemple le plus probant est celui des époux, l'un n'engage les biens de l'autre que par son consentement exprès<sup>1054</sup>. Il semble inutile de rappeler l'intervention de l'interposé dans l'opération contractuelle. Intervenant pour le compte d'un bénéficiaire final dissimulé, il est impossible d'imaginer une situation dans laquelle il viendrait apporter son appui lors de la conclusion de l'acte pour lequel il a été missionné. Le rôle d'interposé ne peut que se construire sur la confiance et la loyauté<sup>1055</sup>. Par son intervention, il engage le patrimoine du bénéficiaire final, qui est en réalité une partie liée à l'opération.

385. Enfin, le *consentement-avertissement* ne peut être compatible avec la fonction d'interposer simplement par son objet. L'individu atteste et certifie par son consentement, avoir été informé de la conclusion d'un contrat<sup>1056</sup>. Face à cette situation, l'individu peut choisir de s'y greffer, ou simplement d'être informé de la teneur de l'acte qui l'atteindra. Aucune de ces activités ne correspond au rôle qu'occupe l'interposé dans la construction de l'opération juridique.

386. Comment conceptualiser la qualité du bénéficiaire apparent quand il est à la fois celui qui conçoit l'acte pour le compte d'autrui en tant que partie et en même temps celui qui transfère les effets de cet acte et devient un tiers ? Précédemment, il a été question de définir l'opération contractuelle comme une norme. Lors de la formation du contrat, l'intermédiaire participe à l'échange de consentement et joue le rôle d'interposé lorsqu'il dissimule l'identité et/ou la présence du donneur d'ordres. Il peut être considéré comme une partie contractante<sup>1057</sup>. Néanmoins, il existe deux étapes importantes à prendre en compte avant et après cette étape de formation du contrat. La réalisation d'une opération secrète qui décrit la mission l'interposé afin qu'il agisse pour le compte d'autrui. Puis, le transfert des effets de l'acte de son patrimoine au patrimoine de celui qui doit en bénéficier

---

<sup>1054</sup> Art. 1415 du Code civil : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres. »

<sup>1055</sup> Cass. civ., 1re, 7 mars 2006, n°04-19.178 ; CA Versailles, 23 janvier 1998, n°1995-9736.

<sup>1056</sup> DISSAUX N., op. cit., p. 245 et s.

<sup>1057</sup> AUBERT J.-L., *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n°376, p. 346, n°372, p. 342 et n°275, p. 253.

en dernier lieu<sup>1058</sup>. Le bénéficiaire final pourrait donc être qualifié de partie durant l'exécution du contrat sachant que sa volonté a été manifestée bien en amont lorsqu'il a contracté secrètement avec l'interposé pour qu'il agisse pour son compte<sup>1059</sup>. L'auteur de l'acte n'est pas toujours celui qui bénéficiera de ses effets, il peut s'agir également de ce qu'il convient d'appeler un tiers concepteur de l'acte. Pour faire le lien avec la théorie classique, seule la partie contractante est engagée par le contrat, et dans une opération avec un bénéficiaire final, l'interposé agit pour le compte et dans l'intérêt de ce dernier. Ce n'est pas son consentement qu'il donne, mais le consentement de celui pour lequel il s'exprime, la qualité de tiers doit pouvoir lui être attribuée pour qu'il se désengage progressivement de l'acte auquel il a consenti. Pourtant, cette explication est-elle tenable ?

387. Il semble que celui qui s'engage en son nom propre emporte une responsabilité quant à l'exécution de l'acte<sup>1060</sup>. Il endosse de ce fait la qualité d'une partie contractante sans pour autant avoir un intérêt à l'opération réalisée. C'est l'intérêt à l'acte qui confère au bénéficiaire final la qualité de partie<sup>1061</sup>.

388. Les développements précédents ont démontré que les personnages qui prennent part à la conclusion d'un contrat ne sont pas tous considérés comme des interposés. Pourtant, force est de constater que tous les interposés peuvent être considérés comme ayant la qualité de partie contractante à l'opération<sup>1062</sup>. Le Professeur DISSAUX souligne néanmoins que ces parties peuvent revêtir un caractère particulier, de telle sorte que « cette qualité caractéristique correspond à une dose incompressible d'opacité que suppose toute forme d'intermédiation. Elle traduit ce en quoi les intermédiaires sont toujours dans le contrat en considération duquel la qualification d'intermédiaire leur est appliquée (le contrat principal)<sup>1063</sup> ». Les interposés sont à la fois des parties contractantes, car matériellement impliqués dans la conclusion du contrat, et des personnes n'y ayant aucun intérêt sauf celui de respecter l'engagement pris avec le donneur d'ordres lors du contrat secret<sup>1064</sup>. Il exerce une double qualité qui fait de lui un personnage incontournable dont l'absence ne pourrait rendre possible l'opération contractuelle.

---

<sup>1058</sup> STORCK M., op. cit., n°298, p. 222 et 223 ; GHESTIN J., « Nouvelles proposition pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD Civ., 1994, n°15, p. 790.

<sup>1059</sup> Voir notamment GHESTIN J., op. cit., n°20, p. 792 : sur la qualité de partie contractante et de partie liée.

<sup>1060</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n°315, 316 et s, p. 283 et s.

<sup>1061</sup> PILLET G., n°61, p. 65.

<sup>1062</sup> GAILLARD E., op.cit., n°217, p. 139 ; ROUHETTE G., op.cit., p. 503 à 519.

<sup>1063</sup> Ibid.

<sup>1064</sup> PILLET G., op. cit. n°50, p. 56 lorsqu'il cite JEULAND : « Monsieur JEULAND propose ainsi de reconnaître la qualité de partie contractante à celui qui, conformément au mécanisme substitutif qu'il défend, exerce les droits de l'un des sujets d'un rapport conventionnel d'obligation » ; JEULAND E., op. cit., n°211, p. 176.

389. La position de retrait du bénéficiaire final, même au stade des négociations, ne peut être susceptible d'affecter sa qualité de partie liée par les effets du contrat. Néanmoins, le rôle de ce personnage atypique peut avoir des conséquences sur la position de l'interposé, qui devra nécessairement transférer les effets du contrat réalisé.

## B : LE BENEFICIAIRE FINAL AYANT LA QUALITE DE PARTIE LIEE A L'ACTE

390. Le bénéficiaire final titulaire des droits subjectifs exercés par son interposé, demeure liée à l'acte par exception au principe de l'effet relatif des conventions<sup>1065</sup>. La vision moderne de la qualité de partie nous pousse à comprendre la structure de l'attribution de cette qualité en fonction de l'étape *d'imputation*. Il a été précisé précédemment que l'imputation pouvait s'analyser comme le transfert de l'émolument, ou le transfert des risques de l'acte<sup>1066</sup>. Après ce transfert, le seul responsable des effets de l'acte serait le bénéficiaire final et l'interposé n'aurait d'autre choix que de disparaître du champ contractuel<sup>1067</sup>. En tout état de cause, depuis les années 90, la notion de partie s'est particulièrement modernisée, si bien que le Professeur GHESTIN a été l'instigateur de la reconnaissance d'une vision nouvelle de la qualité de partie au sein de notre système juridique<sup>1068</sup>.

391. Le Professeur GHESTIN s'est posé la question de savoir s'il ne serait pas opportun d'« élargir la définition des parties en intégrant dans cette catégorie, à côté des parties contractantes proprement dites, tout ou partie des personnes qui sans avoir conclu le contrat sont cependant liées par ses effets obligatoires<sup>1069</sup> ». La notion de *volonté* est un critère fondamental qui guide l'intention profonde des parties. Sachant que le donneur d'ordres missionne son interposé dans un acte secret dans le but qu'il réalise un acte dont il sera au final le seul bénéficiaire, l'intention du personnage en retrait est déjà présente<sup>1070</sup>. Elle se prolonge sur l'acte réalisé pour son compte et crée nécessairement un lien fondé sur l'intérêt qu'il porte au contrat depuis la réalisation de l'acte secret<sup>1071</sup>.

---

<sup>1065</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n°217, p. 139 ; AYNÈS., op. cit., n°224, p. 292.

<sup>1066</sup> DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, op. cit., loc. cit.

<sup>1067</sup> Voir notamment Thèse de GAILLARD E., op.cit., loc. cit.

<sup>1068</sup> GHESTIN J., « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ., 1994, n°18, p. 792 ; L'auteur vient d'ailleurs partager le point de vue de GUELFUCCI-THIBIERGE C., « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... », RTD civ., 1994, n°28, p. 281.

<sup>1069</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP G., 1992, I, 628, n°2, p. 517 ; reprise par DISSAUX N., *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, Thèse, p. 207.

<sup>1070</sup> Voir notamment le contrat de mandat : PÉTEL Ph., *Les obligations du mandataire.*, LITEC, 1988, n° 381 et s ; IZORCHE M.-L., « À propos du mandat sans représentation », Dalloz, Chron. 369.

<sup>1071</sup> ROUHETTE G., op. cit., n°222 et s, p. 632 et s.



392. Le transfert des effets de l'acte réalisé entraîne la mise en lumière de la position contractuelle de chacune des parties. L'imputation définitive marque la fin de l'opération comme la fin de la mission de l'interposé. Il s'agit ici de respecter les critères propres à l'imputation permettant à une partie absente de profiter dans son patrimoine de l'acte réalisé pour elle. Le sujet de droit qui ne supporte aucun effet obligatoire du contrat ne peut être qualifié de partie<sup>1072</sup>.

393. Nicolas DISSAUX confirme d'ailleurs que l'interprétation de la signification de la notion partie peut peut-être seulement entendue comme « une personne prenant part à la procédure contractuelle<sup>1073</sup> », mais également comme « une personne liée par les effets du contrat<sup>1074</sup> ». C'est ce que suggérait JHERING en précisant que ce n'est « pas forcément la personne qui participe à l'action de former un contrat qui sera liée par les effets qui en résultent<sup>1075</sup> ». Le concept de partie est double désormais. Il y a ceux qui participent directement à la conclusion du contrat et ceux qui y sont juridiquement liés, leur participation découlant de l'intervention d'un interposé voué à disparaître.

### **Conclusion de Chapitre**

394. Le bénéficiaire final fait l'objet d'une définition plutôt limpide de prime abord. Un premier critère reprend la méthode utilisée à savoir celle d'adopter une position de retrait. Le second critère concerne le but poursuivi à savoir la recherche du profit de l'opération. Pour parfaire la signification des caractéristiques de ce second critère, il a été question notamment de revenir sur la conception de l'acte par le bénéficiaire apparent. Cette étape des plus fondamentale repose notamment sur un système d'intermédiation occulte ou semi-occulte permettant à une personne physique ou morale d'être utilisée ou instrumentalisée au profit d'un autre personnage resté en retrait. La transition de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent s'explique par la conception de l'acte en son nom et son engagement personnel auprès du cocontractant ignorant.

395. Le transfert du profit de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final peut se décomposer en deux étapes. La première repose sur l'imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final. La seconde explique le désengagement progressif du bénéficiaire apparent. Pour ce qui concerne la première étape, il était important de revenir sur le principe de force obligatoire et le devoir de fidélité de l'interposé et les effets de ce transfert sur ces notions. D'ailleurs, le choix reposant sur les épaules de l'interposé pour faire basculer l'opération du secret à la

---

<sup>1072</sup> AUBERT J.-L., *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*, Revue trimestrielle de droit civil, 1993, n°22, p. 268.

<sup>1073</sup> DISSAUX N., op. cit., Thèse, p. 213.

<sup>1074</sup> Ibid.

<sup>1075</sup> JHERING R., *L'esprit du droit romain*, Tome 4, p. 171, §63.

transparence ou maintenir cette opération dans l'obscurité. Pour la seconde étape, il semblait primordial de revenir sur la qualité de partie et de tiers notamment dans un sens classique avant de prendre en considération la conception moderne de ces notions. De cette manière, le bénéficiaire final a pu passer d'un personnage en retrait à une partie liée à l'acte réalisé pour son compte. Au-delà des éléments constants de la définition de ce personnage doit intégrer des éléments variables afin d'aboutir à une harmonisation de la matière.

### **CONCLUSION DE TITRE**

396. La définition du bénéficiaire final contient deux éléments constants, le premier décrit la méthode et le second le but poursuivi. Pour ce qui concerne la méthode, il a été précédemment question de décrire le mécanisme d'interposition créé autour de ce personnage à travers l'action pour le compte et l'intérêt d'autrui. L'obligation d'apparaître devient une notion incontournable avec laquelle il est possible d'expliquer les incidences de la définition de ce personnage sur les principes directeurs du droit des contrats. Le but poursuivi repose sur d'autres critères notamment, l'intervention de l'interposé faisant transiter l'acte dans son patrimoine avant de le transférer dans le patrimoine du bénéficiaire final qui le désengage de sa mission. Il acquiert sa qualité de partie liée à l'opération par l'intérêt qu'il lui porte.

397. Les éléments variables accompagnent les éléments constants à travers des particularités propres à chaque situation dans lesquelles s'inscrit ce personnage. Notamment des particularités vont apparaître pour le bénéficiaire effectif qui malgré son appartenance à la définition générale comporte un certain nombre de particularités reprises par les textes européens retransposés en droit français.

## **Titre 2 : Les éléments variables de la définition**

398. La définition du bénéficiaire final présente deux éléments constants. Le premier élément décrit la méthode adoptée par ce personnage, l'adoption d'une position de retrait. Le second élément présente le but poursuivi, à savoir la recherche du profit de l'opération. Précédemment, il a été démontré que ces deux éléments constants sont indéfectiblement liés l'un à l'autre. Le bénéficiaire final adopte une position de retrait dans le seul but de tirer profit d'une opération réalisée dans son intérêt par un personnage interposé ou instrumentalisé. L'action pour le compte ou l'intérêt d'autrui implique nécessairement la présence d'une troisième personne physique ou morale. Le caractère d'interposition ou d'instrumentalisation de ce personnage n'est plus à rappeler étant donné le caractère occulte ou semi-occulte de l'opération dans laquelle il intervient. L'opération avec un bénéficiaire final ne peut se définir à travers l'action de deux personnages, il est nécessaire de matérialiser une relation triangulaire à travers laquelle le lien entre l'interposé et le bénéficiaire final est invisible, car occultée alors que le lien entre l'interposé et le cocontractant est visible.

399. Pour mieux comprendre l'opération avec un bénéficiaire final, il convient d'observer une relation construite sur la base d'un mandat de représentation entre l'interposé et le bénéficiaire final<sup>1076</sup>. Par la suite, il est important de fonder la relation existant entre ces deux personnages sur la base du secret permettant au mandataire d'intervenir en tant qu'interposé en son nom propre pour le compte du bénéficiaire final<sup>1077</sup>. Pourtant, la définition du bénéficiaire final bien que très complète réclame quelques précisions. Notamment sur un premier point, le bénéficiaire final peut-il être indifféremment une personne physique ou une personne morale ? Comment ce personnage exerce son pouvoir sur l'opération ? Quelles sont ses motivations ?

400. Le bénéficiaire final est un personnage en retrait qui ne se définit pas selon la qualité de personne physique ou morale à laquelle il appartient. Il exerce un pouvoir sur son interposé, mais également sur l'opération réalisée pour son compte. Ses motivations peuvent être licites ou illicites selon le caractère moral ou immoral de son retrait. Pourtant, il existe un personnage constituant une branche particulière appartenant à la catégorie plus vaste des bénéficiaires finaux.

---

<sup>1076</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n°229 et s., p. 261 et s ; GENICON T., *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, p. 45 et s.

<sup>1077</sup> Voir notamment : VALLEUR., *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, 1938, n° 95 et s ; CONTAMINE-RAYNAUD M., *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse, 1974, p. 83 et s.

401. Le *bénéficiaire effectif* est nécessairement une personne physique selon l'analyse des juristes issus des pays du Common Law<sup>1078</sup>. Ce personnage récent pour le système juridique français ne semble pas très inconnu. L'AMF<sup>1079</sup> décrit un individu qui adopte une position obscure afin de maquiller des faits illégaux<sup>1080</sup>. Il s'agit de « celui pour le compte duquel on agit, celui qui bénéficie directement ou indirectement d'un service ou d'un produit, ou encore celui qui est le détenteur du contrôle d'une entité ou d'une construction juridique<sup>1081</sup> ». Le pouvoir de contrôle exercé par ce personnage juridique est très précisément décrit dans un ensemble de dispositions légales et réglementaires. C'est d'ailleurs sur ce point que ce personnage est si spécifique puisque le législateur le décrit uniquement comme une ou plusieurs personnes physiques, qui « soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce<sup>1082</sup> ».

402. Le *bénéficiaire effectif* est un personnage frauduleux dont la définition se rapproche de celle des infractions telles que le blanchiment, la fraude fiscale, le financement du terrorisme<sup>1083</sup>. Si bien que plusieurs dispositifs juridiques permettent de lutter contre la propagation de ce personnage dans des systèmes économiques de plus en plus complexes. Le plus souvent, les opérations avec un *bénéficiaire effectif* s'inscrivent dans un circuit occulte, reposant sur la présence d'une personne physique ou morale apparente. Ici, l'adoption de la position de retrait n'est pas à remettre en cause, le but poursuivi non plus. Ces deux éléments sont en lien et ne peuvent être appréciés l'un sans l'autre. Le *bénéficiaire effectif* est un bénéficiaire final qui s'inscrit dans un schéma frauduleux<sup>1084</sup>. Ce n'est pas toujours le cas du bénéficiaire final qui peut prendre un chemin vertueux souhaitant se retirer pour échapper au poids d'un élément qui peut jouer en sa défaveur lors de l'acquisition d'un bien. C'est notamment l'exemple d'une personne fortunée qui souhaite acquérir une maison de campagne isolée. Il serait plus difficile d'acquérir ce bien en son nom propre sachant que le vendeur chercherait irrémédiablement à tirer un profit disproportionné de la situation. Le fait d'adopter une position de

---

<sup>1078</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 7.

<sup>1079</sup> L'Autorité des marchés financiers.

<sup>1080</sup> BEGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, BRUYLANT, 2017, n°59, p. 47.

<sup>1081</sup> Ibid.

<sup>1082</sup> Art. R. 561-1 du Code monétaire et financier.

<sup>1083</sup> COURET A., DONDERO B. op. cit., page 8 ; DONDERO B., « Le degré d'identification du bénéficiaire effectif : synthèse de l'acquis jurisprudentiel », La semaine juridique entreprise et affaires, n°36, LEXISNEXIS, 3 septembre 2020, Etude sociétés et entreprise en difficulté, p. 23.

<sup>1084</sup> Voir notamment sur cette question : LE NABASQUE, « Retour sur la notion de bénéficiaires effectifs », Bulletin Joly Sociétés 2018, p. 8 ; ZABALA B., et ROHMERT, « Le régime des bénéficiaires effectifs appliqués aux sociétés », JCP E 2017, act. 1585 ; MORTIER R., et BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », Dr. sociétés 2017, étude 11, p. 4 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », Revue des sociétés 2018, p. 423.

retrait serait pour cet individu une façon de tirer profit de l'opération en obtenant l'achat de ce bien par individu interposé.

403. Le bénéficiaire final est un personnage comprenant deux éléments constants de définition, le premier s'attache à la méthode, l'adoption d'une position de retrait, et le second s'attache au but poursuivi, à savoir la recherche du profit de l'opération. Cependant, cette définition comprend également plusieurs éléments variables tels que la qualité de personne physique ou morale, le pouvoir qu'il exerce, mais également les motivations qui se cachent derrière le retrait adopté. C'est d'ailleurs sur ce point que le *bénéficiaire effectif* vient apporter des variables aux critères de définition du bénéficiaire final.

404. Il convient de consacrer un premier temps à l'analyse de la qualité du bénéficiaire final ([Chapitre 1](#)), avant de comprendre la teneur du pouvoir qu'il peut exercer ([Chapitre 2](#)). Enfin, dans un dernier temps, il est indispensable de comprendre ses motivations afin d'apprécier leur degré de licéité ([Chapitre 3](#)).

## Chapitre 1 : La qualité de personne physique ou de personne morale

405. Une personne physique est un être humain ou un sujet de droit qui ne peut être défini comme une personne morale<sup>1085</sup>. La personne morale est un ensemble constitué de personnes physiques, dotées d'une personnalité juridique<sup>1086</sup>. La notion a suscité de nombreux écrits et plusieurs controverses<sup>1087</sup>, si bien qu'il a été question de ne lui laisser qu'une vocation instrumentale. La personnalité morale renvoie à la personnalité juridique, qui elle-même renvoie aux droits et aux obligations qui en découlent<sup>1088</sup>.

406. Les théories volontaristes se fondent sur la supériorité de la volonté humaine<sup>1089</sup>. Suite à cette affirmation, Monsieur BARUCHEL distingue trois courants « relatifs à la nature de la personnalité morale<sup>1090</sup> ». La fiction et la négation de la personnalité morale font partie des systèmes privilégiant la volonté de l'homme. La réalité « psychosociologique<sup>1091</sup> » laisse apparaître l'existence d'une forme de « volonté collective<sup>1092</sup> ».

407. La théorie de la fiction considère la personne physique comme « le seul sujet de droit naturel<sup>1093</sup> ». Pour cette théorie, l'homme est le seul sujet de droit, puisque cette analyse repose uniquement sur des données matérielles ou biologiques<sup>1094</sup>. L'analyse très contestée a fait l'objet d'une autre analyse qui retient l'inutilité de la fiction, il s'agit de la négation de la personnalité morale<sup>1095</sup>. Enfin, la dernière théorie repose sur la volonté du groupe, la volonté collective<sup>1096</sup>. La personne morale existe et peut exprimer librement sa volonté. Il s'agit de l'idée selon laquelle « la

---

<sup>1085</sup> CORNU G. op. cit., p. 761.

<sup>1086</sup> Ibid.

<sup>1087</sup> BARUCHEL N., *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, LGDJ, 2004, n°1 et s, p.1 et s qui cite MALAURIE Ph., *Nature juridique de la personnalité morale*, Defrénois 1990, art. 34848, 1068, n°1.

<sup>1088</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°2, p. 1.

<sup>1089</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°33, p. 22.

<sup>1090</sup> Ibid.

<sup>1091</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°33, p. 22 qui reprend le qualificatif employé par CARBONNIER L., *Droit civil, Les personnes*, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 21 éd., 2000, n°201.

<sup>1092</sup> Ibid.

<sup>1093</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1094</sup> MICHOU L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, Tome I et II, LGDJ, 1906-1909.

<sup>1095</sup> Ibid.

<sup>1096</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°46, p.29.

personnalité juridique traduit l'aptitude à être sujet de droit<sup>1097</sup> ». En d'autres termes reconnaître des droits aux personnes physiques, revient également à admettre l'existence de droit pour les personnes morales. Ces deux personnes restent totalement distinctes l'une de l'autre puisque la personne morale se caractérise par l'action collective dans l'intérêt commun, alors que la personne physique agit dans un intérêt purement individuel<sup>1098</sup>. L'existence de personnalité morale non collective remet en question cette distinction, si bien que l'intérêt collectif soit défini comme un intérêt individuel reposant sur le seul représentant de cette société. Néanmoins, l'analyse de la notion de responsabilité en Droit pénal comme en Droit civil porte une attention particulière à la notion d'intérêt.

408. La distinction entre la qualité de personne physique ou de personne morale présente une grande importance en matière de responsabilité pénale. Pour ce qui concerne les personnes publiques, la responsabilité de la personne morale peut être engagée par représentation si la personne physique qui la représente a commis une infraction dans l'exercice de ses fonctions<sup>1099</sup>. Il faut d'ailleurs que tous les éléments constitutifs de l'infraction soient réunis à l'égard de la personne physique pour réussir à engager la responsabilité de la personne morale<sup>1100</sup>. Si une personne physique réalise une infraction en agissant pour le compte d'une personne morale, la personne physique comme la personne morale pourront voir leur responsabilité engagée. Le Droit pénal est une matière qui considère que la responsabilité d'une personne morale ne peut être engagée sans que l'agissement de la personne physique qui la contrôle ne soit engagé. En d'autres termes, il n'est pas possible de condamner une personne morale sans établir les éléments constitutifs de l'infraction à l'encontre de son organe exécutant. C'est pour cette raison qu'il n'est fait aucune confusion entre la personne physique qui agit pour son compte et celle qui agit pour le compte de la personne morale. La personne physique qui agit pour le compte d'une personne morale et qui voit sa responsabilité engagée peut entraîner la mise en responsabilité de la personne morale qu'elle représentait au moment des faits<sup>1101</sup>.

409. Pour la matière pénale, il ne peut y avoir de personne morale sans personne physique. L'existence et la mise en responsabilité de la première ne dépendent que de l'action de la seconde<sup>1102</sup>.

---

<sup>1097</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1098</sup> CARBONNIER J., *Droit civil, les personnes*, PUF, Coll. Thémis Droit privé, 21 éd., 2000, n° 201.

<sup>1099</sup> CORIOLAND S., « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions non intentionnelles - Personnes publiques concernées », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Février 2020.

<sup>1100</sup> Cass. crim. 8 juin 1999, n°98-84.863.

<sup>1101</sup> Art. 121-2 al. 1 du Code pénal : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

<sup>1102</sup> PEREIRA B., « Responsabilité pénale - Existence de la responsabilité pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juin 2017, actualisation Mars 2020.

Néanmoins, les autres branches du Droit peuvent avoir une approche différente. L'exemple du *bénéficiaire effectif* est d'une grande importance dans l'analyse de la qualité du bénéficiaire final. Ce premier personnage est défini selon un premier critère et non des moindres, puisqu'il peut s'agir d'une ou plusieurs personnes physiques<sup>1103</sup>. Le législateur européen se rattache essentiellement à une définition pénaliste de la personne morale. En d'autres termes, la personne morale est irrémédiablement contrôlée par une ou plusieurs personnes physiques qui agissent pour son compte et réalisent les éléments constitutifs de l'infraction qui pourra lui être imputable. Cela relève d'une évidence puisque les dispositions permettant de définir cette catégorie de « bénéficiaire final » interviennent dans la lutte contre des infractions pénales ou fiscales. En Droit civil, la personne morale est considérée comme un sujet de droit. Sa responsabilité peut être engagée en matière contractuelle par ses membres ou les tiers liés au contrat et en matière délictuelle par l'action de ses dirigeants ou représentants<sup>1104</sup>.

410. Le juriste qu'il soit civiliste ou pénaliste attache une grande importance à la notion d'intérêt<sup>1105</sup>. Il ne s'agit pas de se pencher sur le caractère de l'action pour le compte d'autrui, mais sur l'intérêt pour lequel une personne agit. Une personne physique agit pour ses propres intérêts, lorsqu'elle se constitue sous une forme sociétaire, elle agit pour la pérennité de son entreprise et pour ses intérêts. De telle sorte que la mise en responsabilité de la personne morale ne pourra avoir lieu que si l'agissement de la personne physique a eu lieu dans l'exercice de sa fonction de représentant et donc dans l'intérêt de la personne morale<sup>1106</sup>. Ainsi, ces deux personnages sont consacrés par le droit comme étant des sujets bien distincts. Bien que le *bénéficiaire effectif* soit une branche d'une catégorie plus large, rien n'empêche de considérer ce personnage uniquement comme une ou plusieurs personnes physiques.

---

<sup>1103</sup> LE NABASQUE, « Retour sur la notion de bénéficiaires effectifs », Bulletin Joly Sociétés 2018, p. 8 ; ZABALA B., et ROHMERT, « Le régime des bénéficiaires effectifs appliqués aux sociétés », JCP E 2017, act. 1585 ; MORTIER R., et BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », Dr. sociétés 2017, étude 11, p. 4 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., « Nouveau décret du 18 avril 2018 à propos de l'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », Revue des sociétés 2018, p. 423.

<sup>1104</sup> WICKER G., PAGNUCCO J.-C., *Personne morale*, Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1105</sup> Notamment sur la notion d'intérêt : VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, n°1063, p. 454 ; Cass. Soc. 12 janvier 2012, n°10.20.600. JCP E, 16 février 2012, n°1132, p. 48 ; FAVARIO Th., *Les conflits d'intérêts en droit français des sociétés, in Les conflits d'intérêts*, op. cit., p. 148 ; MATHIEU G., « L'acte contraire à l'intérêt social en matière d'abus de biens sociaux », Gaz. Pal., 2002, Doct., 2002, p. 1045.

<sup>1106</sup> DAGOT M., et MOULY C., *L'usage personnel du crédit social et son abus*, cités par LEPAGE A., MAISTRE P DU CHAMBON et SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, 3e éd., LexisNexis 2013, n°744 et s., p. 330 et s ; Cass. crim. 10 juillet 1995, Bull. crime., 1995, n°253 ; JCP G 1996, II. 22572, note PAILLUSSEAU J.



411. Alors que la lecture constante de la définition du bénéficiaire final n'attache aucune importance à la qualité de ce personnage (**Section 1**), une exception vient s'ajouter en ce qui concerne la définition du *bénéficiaire effectif* (**Section 2**).

## Section 1 : L'indifférence de cette qualité

412. Dans les éléments constants de la définition du bénéficiaire final, la recherche du profit de l'opération a permis de mettre en lumière l'existence de plusieurs mécanismes contractuels. Le contrat de commission ou la déclaration de command sont des systèmes reposant sur l'existence de plusieurs composants indispensables nécessaires à leur mise en œuvre. Néanmoins, aucune mention n'est faite concernant la qualité de personne physique ou morale des différents personnages agissant au sein de ces constructions juridiques. Les auteurs s'expriment en qualifiant les différents intervenants, le commissionnaire et le donneur d'ordres pour le contrat de commission pour ne donner que ces exemples<sup>1107</sup>. Est-ce là une façon d'affirmer que le système juridique français n'attache aucune importance à cette qualité ?

413. Plusieurs théories remettent en question la réalité de la personne morale<sup>1108</sup>, pourtant la jurisprudence admet son existence dès lors que « les conditions posées par la théorie de la réalité technique<sup>1109</sup> » sont remplies. La création d'une personne morale est dépendante de l'intervention d'une personne physique. Néanmoins, son existence est indépendante de la personne physique qui agit en qualité de gérant<sup>1110</sup>. Une personne morale peut survivre à plusieurs actionnaires ou à plusieurs dirigeants sans que ces évolutions lui soient préjudiciables. Il est donc tout à fait possible qu'une personne physique agisse pour le compte d'une personne morale adoptant une position de retrait, comme pour une personne physique agissant de la même façon. Il est également possible pour celui qui agit pour le compte du bénéficiaire final d'être considéré comme une personne physique ou une personne morale.

414. Une personne physique peut parfaitement être considérée comme un bénéficiaire final (§1), tout comme une personne morale peut l'être également (§2).

---

<sup>1107</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n°242 et s., p. 269 et s.

<sup>1108</sup> Références aux différentes théories de la fiction et de la négation de la personnalité morale notamment BARUCHEL N., op. cit., n°33 et s., p. 22 et s.

<sup>1109</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1110</sup> MICHOUUD L., *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1906, Tome 1, n° 37.

---

**§1 : Le bénéficiaire final : une personne physique**

415. Le premier critère permettant d'identifier le bénéficiaire final est une solution fermement acquise. Celui qui récupère en dernier lieu des bénéfices d'une opération contractuelle est le bénéficiaire final de l'opération. Ce personnage est-il une personne physique ou une personne morale ? Peut-il indifféremment être considéré comme l'un ou l'autre ? Si le bénéficiaire final est une personne physique, une simple affirmation factuelle sans débat juridique serait purement opportuniste. L'identification de la qualité de ce personnage atypique suppose de s'attaquer au fond du questionnement et ainsi d'analyser les développements jurisprudentiels.

416. Pour l'essentiel les auteurs ne donnent aucune qualité au personnage en retrait de l'opération, notamment dans le cas de la convention de prête-nom, il est question du *titulaire de pouvoirs*, du *tiers*, de la *création d'un acte juridique pour autrui*<sup>1111</sup>. Le donneur d'ordres a recourt à une personne qualifiée de prête-nom afin de « dissimuler sa qualité de contrepartiste ou de titulaire d'un pouvoir-double, c'est-à-dire pour dissimuler l'identité réelle de l'une des parties ou bénéficiaire de l'acte juridique dans le premier cas, ou son intervention pour le compte de l'autre partie dans le second<sup>1112</sup> ».

417. Ce personnage peut être sans distinction, une personne physique comme une personne morale. En ce qui concerne l'imputation du contrat réalisé dans le patrimoine du titulaire de pouvoirs, il est question de *parties*, de *titulaire de droits subjectifs*, d'*action pour le compte d'un tiers*<sup>1113</sup>. Les exemples qui accompagnent ces analyses sont indifférents face à la qualité de personne physique ou morale<sup>1114</sup>.

418. Néanmoins, en tenant compte de la théorie de la fiction ou de la négation de la personnalité morale, une construction juridique contractuelle réalisée par plusieurs personnes physiques n'est que pur artifice<sup>1115</sup>. Elle est un sujet de droit fictif dont les droits et obligations dépendent irrémédiablement du statut rédigé par un personnage physique<sup>1116</sup>. La personne morale n'existe et n'a de personnalité juridique que par la contribution de personnes physiques. Une lecture

---

<sup>1111</sup> VALIERGUE J., Thèse préc., n° 1044 et s, p. 446 et s qui reprend les propos de STORCK M., *Représentation dans les actes juridiques*, op. cit., n°38 ; COLLART DUTILLEUL F., et DELEBECQUE P., op. cit., n° 664.

<sup>1112</sup> VALIERGUE J., Thèse préc., n°1047, p. 447 qui s'inspire notamment des écrits de DUBOIS-DE LUZY A., Thèse, op. cit., n°595 et s, concernant « l'interposition de personne en matière de contrepartie du mandataire et des dirigeants de sociétés ».

<sup>1113</sup> AYNÈS L., op. cit., n°184, 185 et 209, p. 133, 134 et 152 et s.

<sup>1114</sup> Cass. civ., 1er, 14 décembre 1982, Bull; I, n°360, p. 309, Dalloz. 1983, J., p. 416, note AYNÈS ; Cass. com., 12 octobre 1993, Bill. IV, n°333, p. 240.

<sup>1115</sup> LAURENT F., *Principes de droit civil français*, t. I, Maresq, 3e éd., 1878, n°288.

<sup>1116</sup> MICHOUUD L., op. cit., n°8 et s, p. 18 et s.

conforme à ces théories aurait pour conséquence l'exclusion de la personne morale des opérations avec un bénéficiaire final. Elle n'apparaîtrait que comme un support permettant aux intervenants-personne physique de structurer leurs opérations.

419. De telles théories ont été vivement critiquées notamment sur notamment en matière théorique ou philosophique<sup>1117</sup>. Il a été démontré précédemment que c'est la théorie de la réalité technique qui a été adoptée par la doctrine et par la jurisprudence<sup>1118</sup>. La personne morale se distingue de la personne physique ne serait-ce que par l'intérêt qu'elle vise<sup>1119</sup>. À l'évidence et à défaut de définition plus précise, il apparaît indispensable de considérer le bénéficiaire final comme une personne physique, mais également comme une personne morale.

420. La personne physique se distingue de la personne morale en différents points. Le premier vise l'intention, la personne physique pense, fait des choix, peut parfaitement intégrer la signification du bien et du mal. Il s'agit de considérer ici que la personne physique est une personne dotée d'une forme de conscience, elle peut notamment exprimer sa volonté<sup>1120</sup>. Le Professeur CORNU définit la conscience comme l'aptitude « à comprendre ce que l'on fait, à être présent, en esprit, à un acte, intelligence élémentaire qui entre dans la définition du consentement et à défaut de laquelle est annulable, pour absence de consentement, l'acte accompli par celui qui en était, à ce moment, privé<sup>1121</sup> ». La conscience est une notion interne à toute personne humaine. En droit pénal, l'origine de la violence vient d'« un comportement humain qui se caractérise, à échelon individuel, par la contrainte imposée à la victime en vue de lui causer une souffrance intérieure<sup>1122</sup> ».

421. La personnalité morale doit être attribuée par le législateur, elle doit en effet répondre à plusieurs critères. Tout d'abord, certains groupements peuvent être considérés comme des personnes morales à partir du moment où certaines formalités supplémentaires sont réalisées<sup>1123</sup>. Ensuite, ce groupement doit « être investi de droits propres<sup>1124</sup> », mais également « porteur d'un intérêt distinct<sup>1125</sup> ». D'ailleurs, c'est la définition de cet intérêt qui distingue la personne physique de la personne morale. Cependant, et avant toute chose, il convient de revenir sur la qualité de personne

---

<sup>1117</sup> BARUCHEL N., Thèse, op. cit., n°36 et s, p. 23 et s.

<sup>1118</sup> BARUCHEL N., Thèse, op. cit., n°58 et s, p. 35 et s.

<sup>1119</sup> MICHOU D L., op. cit., n°68 et 74.

<sup>1120</sup> DE LAPRADELLE M., *Théorie et pratique des fondations*, p. 436, cité par MICHOU D L., op. cit., t. I, n°37.

<sup>1121</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12e éd., 2018, p. 239.

<sup>1122</sup> LEMASSON A, TRUCHE P, BOURETZ P., « Justice internationale pénale : crimes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Octobre 2019.

<sup>1123</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1124</sup> Ibid.

<sup>1125</sup> Ibid.

physique du bénéficiaire final. Cette qualité peut lui être attribuée de façon subjective (I), comme de façon objective (II).

### **I : L'ANALYSE CONTROVERSEE DE LA QUALITE DE PERSONNE PHYSIQUE**

422. Le bénéficiaire final dépourvu de toute identité juridique ne peut se référer à aucun dispositif en vigueur. Pour définir les relations contractuelles entre les différents personnages de cette triangulation, il convient de revenir notamment sur l'opération de mandat, sur l'interposition de personne, la convention de prête-nom, le contrat de commission et la déclaration de command. D'autres dispositifs exclus des opérations avec un bénéficiaire final contiennent des clauses permettant leur intégration. Les précisions apportées par les dispositions relatives au *bénéficiaire effectif* ne permettent pas d'établir une harmonisation de la matière en ce qui concerne la qualité à laquelle appartient le bénéficiaire final. De fait rien ne justifie l'exclusion de la personne morale. En conséquence, il apparaît justifié de porter une attention particulière aux faits.

423. Se référer aux faits c'est analyser « tout ce qui arrive, tout ce qui se produit, tout évènement qu'il s'agisse d'un phénomène physique, social, individuel<sup>1126</sup> ». En matière de responsabilité, le fait désigne « le comportement de l'homme, l'action de l'animal ou l'intervention d'une chose<sup>1127</sup> ». Là encore comment est-il possible de s'attacher aux faits si ces faits distinguent le fait de l'homme et le fait d'une chose qui peut avoir été créée par l'homme ou être entraînée par l'homme.

424. Le législateur est intervenu en matière de simulation notamment pour frapper de nullité le contrat apparent comme le contrat occulte dans certains cas. L'ancien article 911 alinéa 1 du Code civil précisait que « toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ». La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 a fait basculer l'écriture de ce texte vers une version portant une attention particulière à la personne physique. Plus tard, la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 en son article 29 ajoute la personne morale<sup>1128</sup>.

425. La capacité est une notion qui renvoie nécessairement à la personne physique. L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit l'article 1145 du Code civil qui précise que « toute

---

<sup>1126</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12e éd., 2018, p. 448.

<sup>1127</sup> Ibid.

<sup>1128</sup> Réfs à la Loi n°2015-1776 du 28 décembre 2015 art. 29.

personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi ». « La règle résultait déjà de l'ancien article 1125 du code civil<sup>1129</sup> ». Pourtant, la personne morale bien que limitée par ses statuts peut être empêchée de contracter<sup>1130</sup>. Finalement, l'article 911 alinéa 1 du Code civil précise désormais que « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales<sup>1131</sup> ». Les jurisprudences qui accompagnent ces textes vérifient souvent la capacité à travers la personne physique<sup>1132</sup>. L'incapacité est une cause de nullité de manière constante<sup>1133</sup>. « Elle se justifie pleinement au regard de la définition de cette sanction par l'article 1179, alinéa 2, du même code. L'incapacité protège un intérêt particulier, soit qu'elle manifeste un souci de protection de la personne déclarée incapable, soit qu'elle témoigne d'une méfiance à son encontre<sup>1134</sup> ». À l'article 1596 du Code civil, le législateur interdit à plusieurs personnes de se rendre adjudicataires<sup>1135</sup>. Bien qu'il soit tenté de croire qu'il s'agit d'un texte visant les personnes physiques, la jurisprudence précise que ce texte peut également viser les personnes morales<sup>1136</sup>. La qualité de personne physique ou de personne morale du bénéficiaire final fait l'objet de multiple controverse. Alors que ce personnage atypique adopte un comportement propre à celui d'un être humain, tout comme le *bénéficiaire effectif*, il peut parfaitement être qualifié de personne morale.

426. Le *bénéficiaire effectif* peut être décrit comme une ou plusieurs personnes physiques qui, en dernier lieu, ou *au final*, soit contrôlent, « directement ou indirectement, le client ; soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée<sup>1137</sup> ». Les critères de définition du *bénéficiaire effectif* sont similaires à ceux du bénéficiaire final personne physique, cependant il ne touche qu'une matière en particulier, la fraude ou l'infraction de grande envergure, le terrorisme ou le blanchiment<sup>1138</sup>. Cette définition propre à ce personnage traduit l'existence d'une particularité dans

---

<sup>1129</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation, Détermination des conditions », Répertoire de droit civil, avril 2017, actualisation octobre 2020.

<sup>1130</sup> Réfs à la Loi n°2018-287 du 20 avril 2018, art. 6 en vigueur le 1er octobre 2018.

<sup>1131</sup> Art. 911 al. 1 du Code civil analyse de OPHELE C., op. cit., actualisation avril 2016.

<sup>1132</sup> Cass. civ., 3e, 24 octobre 2012, 10-27.884 11-11.323 ; Cass. civ., 1re, 7 janvier 1982, Dalloz 1983, 205, note GRIMALDI ; RTD civ. 1983. 173, obs. PATARIN ; Cass. civ., 1re, 9 février 2011, Dr. fan. 2011, n°77, obs. BEIGNIER.

<sup>1133</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1989, Bull. civ. I, n° 132.

<sup>1134</sup> DISSAUX N., art. préc. op. cit., octobre 2020.

<sup>1135</sup> Art. 1596 du Code civil.

<sup>1136</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1983, Bull. civ. I, n°119 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1980 ; Cass. civ., 1re, 17 juin 1986, Bull. civ. I, n°170 ; Cass. civ., 3e, 2 juillet 2008, n°07-15.509 P : D. 2008, AJ 2076.

<sup>1137</sup> Art. 561-2-2 du Code monétaire et financier : « Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques : 1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret en Conseil d'Etat précise la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif ».

<sup>1138</sup> LASSERRE CAPDEVILLE J., « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés, présentation et impressions sur un nouveau dispositif juridique », Rev. Sociétés 2018, p. 7.

ses caractéristiques, le *bénéficiaire effectif* ne peut agir qu'avec une certaine *intention*. Il s'agit de la « résolution intime d'agir dans un certain sens, donnée psychologique qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique<sup>1139</sup> ».

427. L'intention criminelle ou délictueuse fait toujours référence à l'état psychologique des personnes physiques. D'ailleurs, le droit pénal dans sa théorie classique fonde *la responsabilité pénale* sur le libre arbitre de l'homme<sup>1140</sup>. Formulée par ARISTOTE et reprise par la théologie chrétienne, ce dogme inébranlable est le « garant d'un ordre social chrétien et monarchique<sup>1141</sup> ». Aussi, la doctrine pénale utilise la notion de libre arbitre, pour délimiter la responsabilité pénale. Dans cette optique, la notion d'imputabilité renvoie au « discernement et la liberté d'action<sup>1142</sup> ». « C'est à la mesure de la conscience et du libre arbitre que la responsabilité pénale peut être retenue, avec pour conséquence de l'exclure là où l'infraction est le résultat d'une perte de facultés ou de liberté<sup>1143</sup> ». Dès lors, l'auteur de violences involontaires ne peut être poursuivi ou condamné lorsque lesdites violences proviennent d'une absence totale d'emprise de la situation. Le mineur, l'individu atteint d'un trouble psychique, ou la réalisation d'un cas de force majeure sont les causes dites classiques de *non-imputabilité* de l'infraction. Le droit pénal s'appuie sur le critère du *discernement* pour caractériser la responsabilité du mineur<sup>1144</sup>. La notion de libre arbitre prend la forme d'un appareillage juridique complet permettant de définir le comportement d'un individu comme étant porté vers le bien ou vers le mal. La conscience, le discernement, pouvant traduire un comportement actif, à savoir intentionnel, ou passif, tel que l'abstention, traduisent la possibilité d'imputer ou non à une personne la réalisation d'un acte criminel ou délictuel.

428. Ce renvoi à des notions habituellement utilisées en droit pénal peut nous éclairer sur le caractère purement humain de l'attitude du bénéficiaire final ayant la qualité de personne physique., pourtant ces affirmations ne conduisent pas nécessairement à l'exclusion de la personne morale. Ce personnage souhaite se retirer pour mieux bénéficier des avantages qu'il espère d'un acte juridique. Bien que le comportement du bénéficiaire final apprécié comme une personne physique se traduit par une *volonté libre* correspondant au comportement d'un être humain, l'idée d'exclure la personnalité morale de la définition de ce personnage pose problème.

---

<sup>1139</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 562.

<sup>1140</sup> PEREIRA B., « Responsabilité pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juin 2017, actualisation Novembre 2018.

<sup>1141</sup> TILLET E., « Histoire des doctrines pénales, Doctrines pénales de l'Antiquité à la Révolution », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juin 2002, actualisation Octobre 2010.

<sup>1142</sup> MAYAUD Y., « Violences involontaires : théorie générale, Antisocialité des violences », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Octobre 2006, actualisation Mai 2019.

<sup>1143</sup> *Ibid.*

<sup>1144</sup> BEAUSSONIE B., *La personnalité juridique en droit pénal, Mélanges Claire Neirinck*, 2015, LexisNexis, p. 157.

429. La formation du contrat est subordonnée à l'existence d'un accord de volonté. Qu'il soit réalisé entre personnes présentes ou entre personnes absentes, entre personne physique ou personnes morales, le contrat se caractérise par le contrôle des volontés. La capacité à consentir est un critère fondamental et incontournable pour ce qui est de la validité d'une opération contractuelle. Dès lors, seul celui qui est apte à acquérir un droit et à l'exercer peut contracter librement<sup>1145</sup>. Pour les personnes morales, le droit s'exprime en termes de « personnalité juridique<sup>1146</sup> », ce qui signifie que seule l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés lui donne la capacité de contracter. Les associés sont contraints de respecter un formalisme strict permettant la création d'une personne morale capable de prendre part à une opération contractuelle.

430. La définition du bénéficiaire final en tant que personne physique est fortement limitante. La capacité de jouissance et d'exercice d'un droit n'appartient pas de manière exclusive à la personne physique. En définitive seul le *bénéficiaire effectif* peut induire d'une intention frauduleuse l'action d'une personne physique. Quelle que soit la matière, l'aspect psychologique fait essentiellement référence au comportement de l'homme, à sa conscience ou non des événements qui l'entourent, mais l'analyse ne permet pas l'exclusion de la personne morale. Les personnes physiques et morales poursuivent deux intérêts distincts. Pendant que les uns œuvrent individuellement, les autres œuvrent pour un intérêt commun celui de s'enrichir, créer du bénéfice profitable à l'ensemble<sup>1147</sup>. Malgré cela, une partie de la doctrine juridique a longtemps cru en l'absence d'une personnalité morale<sup>1148</sup>. Ces théories, bien qu'abandonnées aujourd'hui, permettent de comprendre pourquoi il serait plus simple de s'arrêter sur la qualité de personne physique du bénéficiaire final.

## **II : L'HARMONISATION PAR L'ABANDON DU CONFLIT DE QUALITE**

---

<sup>1145</sup> Art. 1145 du Code civil : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi. La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

<sup>1146</sup> Art. 1842 du Code civil : « Les sociétés autres que les sociétés en participation visées au chapitre III jouissent de la personnalité morale à compter de leur immatriculation. Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société et par les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations » ; Art. L 210-6 du Code de commerce : « Les sociétés commerciales jouissent de la personnalité morale à dater de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés. La transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle. Il en est de même de la prorogation. Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis, à moins que la société, après avoir été régulièrement constituée et immatriculée, ne reprenne les engagements souscrits. Ces engagements sont alors réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société ».

<sup>1147</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°85 et s, p. 49 et s.

<sup>1148</sup> Réfs aux théorie volontaristes : BARUCHEL N., op. cit., n°33 et s, p. 22 et s, qui cite notamment MICHOU L., op.cit., LGDJ, 1906-1909 ; LAURENT F., op. cit., n°288.

431. La théorie de la réalité technique a été consacrée « sous l'influence de divers courants philosophiques, de l'émergence des intérêts collectifs, de la montée de la vie syndicale et associative et de la redécouverte de l'entreprise source de richesse<sup>1149</sup> ». La jurisprudence a confirmé ce courant et reconnu notamment « une individualité à des groupements pour lesquels n'avaient pas été accomplies toutes les formalités exigées par la loi pour le bénéfice de la personnalité morale<sup>1150</sup> ». La personnalité morale a été reconnue aux sociétés commerciales puis aux sociétés civiles, elles viennent se distinguer des associés-personne physique pris individuellement<sup>1151</sup>. En 1954, la jurisprudence a confirmé « son adhésion à la théorie de la réalité<sup>1152</sup> ». Certains groupements disposent de la personnalité morale alors que d'autres en sont privés en fonction de plusieurs critères. La personnalité morale vient s'inscrire progressivement dans un cadre concret à travers lequel les questions d'intérêt et de capacité ne sont plus étrangères.

432. Elle participe aux activités du système dans lequel elle s'inscrit par l'intermédiaire de son représentant légal ou conventionnel. Considérée comme un sujet de droit, elle a l'obligation de répondre des faits dommageables dont elle est la cause<sup>1153</sup>. Néanmoins, la responsabilité d'une personne morale ne peut être engagée, que si les auteurs des faits infractionnels sont « précisément identifiés<sup>1154</sup> », afin de vérifier leur qualité d'organe ou de représentant. Par ailleurs, la personne morale ne peut commettre d'infraction si une personne physique ne la commet pas pour son compte. Il doit s'agir d'une stratégie montée de toute pièce pour que l'ensemble des bénéficiaires puisse revenir à la personne morale. Mais là encore, le législateur distingue plusieurs situations, les conditions d'exercice de la fonction de représentant, la tolérance de l'organe de contrôle, et enfin la stratégie mise en place par ce même organe<sup>1155</sup>. De ce fait, et depuis la réforme du Code pénal, les personnes morales peuvent voir leur responsabilité engagée pour ce qui est des infractions commises pour leur

---

<sup>1149</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°85, p. 49.

<sup>1150</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°87, p. 49 références aux jurisprudences suivantes : Cass. Civ., 30 août 1859, DP. 1859. 1. 365 ; S. 1860. 1. 359 ; Cass. Civ., 6 juillet 1864, DP. 1864. 1. 424 ; S. 1864. 1. 327.

<sup>1151</sup> Sur cette question BARUCHEL N., op. cit., n°90 et s, p. 52 et s par références aux arrêts Req., 23 février 1891, DP. 1891. 1. 337 ; S. 1892. 1. 73, note MEYNIAL ; Grands arrêts n°15 ; voir également Req., 2 mars 1892, S. 1892. 1. 497, note MAYNIAL ; Cass. Civ., 22 novembre 1911, DP. 1913. 1. 83, S. 1912. 1. 5.

<sup>1152</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°102 et s, p. 58 et s.

<sup>1153</sup> Article 121-2 du Code pénal : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

<sup>1154</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1155</sup> T. Cour. Versailles 18 décembre 1995, JCP 1996. II. 22640, note ROBERT J-H.



compte, sans exclure la responsabilité de ses organes dirigeants<sup>1156</sup>. Il s'agit d'un cumul de responsabilité tourné vers un principe de responsabilité conjointe de la société et de son dirigeant<sup>1157</sup>.

433. La négation de la personnalité morale et la théorie de la fiction reposaient sur « l'idée que l'être humain représente le seul sujet de droit naturel<sup>1158</sup> ». La personne morale ne serait que pure fiction, si bien qu'elle s'apparente à « une faveur accordée arbitrairement par le législateur aux seuls groupements qui lui agréent<sup>1159</sup> ». L'attribution de la qualité de personne morale serait donc une prérogative légale soumise aux critères du législateur. Ces théories désormais abandonnées auraient pu conduire à l'exclusion pure et simple de la personnalité morale de la définition du bénéficiaire final<sup>1160</sup>.

434. Pour le législateur européen, la personne physique est au cœur de la définition du *bénéficiaire effectif*<sup>1161</sup>. Sous l'impulsion européenne, l'article L 561-15 du Code monétaire et financier impose à certains professionnels, une obligation de déclaration dès lors qu'il existe un soupçon de fraude. Le Décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 prévoit notamment que le recours à l'interposition de personnes physiques, ou aux sociétés-écrans doit être expressément dénoncé afin de lutter efficacement contre le blanchiment et la fraude fiscale<sup>1162</sup>. Il en est de même pour une personne physique qui souhaite que sa société bénéficie de dispositions légales plus douces afin de produire un bénéfice plus important. C'est l'exemple de l'association qui agit en lieu et place d'une société, ou d'une structure soumise au Code monétaire et financier qui agit en lieu et place d'une société soumise aux dispositions du Code civil. L'objectif de ces montages n'est pas celui de dissimuler une activité illicite, mais d'éviter d'être soumis à une disposition légale moins avantageuse. Hormis le cas de la fraude fiscale, ce comportement ne semble pas illégal. Pour l'ensemble de ces systèmes, la personne morale est réduite au rôle d'instrument de la personne physique bénéficiaire final de l'opération illicite.

---

<sup>1156</sup> MAYAUD Y., « Dénonciation calomnieuse - Répression », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Avril 2016, actualisation Avril 2019.

<sup>1157</sup> STOLOWY N., « La disparition du principe de spécialité dans la mise en cause pénale des personnes morales », JCP 2004. I. 138.

<sup>1158</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1159</sup> Ibid.

<sup>1160</sup> La définition de la personne morale repose sur des critères précis dont le socle est soutenu par la définition de l'intérêt collectif : BARUCHEL N., op. cit., n°581 et s, p. 324 et s.

<sup>1161</sup> LE NABASQUE H., op. cit., 8, p. 8.

<sup>1162</sup> Décret n°2009-874 du 16 juillet 2009, JO 18 juillet 2009.

435. En définitive, l'attribution de la qualité de personne physique n'est pas un critère absolu, néanmoins il s'agit d'un critère fondamental reposant sur une base juridique inspirante dont la construction est issue notamment de la CNIL<sup>1163</sup>, et du Code monétaire et financier<sup>1164</sup>. La problématique reposant sur la qualité du personnage devant revêtir le rôle du bénéficiaire final est indifférente. Ce dernier personnage peut parfaitement revêtir la qualité de personne physique ou la qualité de personne morale. De même, l'idée d'une pluralité de personnes physiques est consacrée en ce qui concerne le *bénéficiaire effectif*. La Directive 2015/849 précise que le *bénéficiaire effectif* peut être la ou « les personnes physiques<sup>1165</sup> » qui contrôlent ou possède en dernier ressort, donc en dernier lieu, la ou les personnes pour lesquelles une transaction est exécutée, ou une activité réalisée<sup>1166</sup>.

436. Du reste, il n'est pas possible d'exclure des critères de définition du bénéficiaire final la qualité de personne morale. Il s'agit d'un sujet de droit dont l'existence ne peut plus être contestée<sup>1167</sup>. Elle bénéficie d'un patrimoine et d'un régime qui lui est propre. Elle dispose d'un intérêt distinct de l'intérêt individuel même lorsqu'elle ne se décrit pas sous forme de mouvement ce qui est le cas d'une EURL<sup>1168</sup> par exemple.

---

## §2 : Le bénéficiaire final : une personne morale

437. La personne morale apparaît comme un « groupement doté, sous certaines conditions, d'une personnalité juridique plus ou moins complète ; sujet de droit fictif qui, sous l'aptitude commune à être titulaire de droit et d'obligation, est soumis à un régime variable<sup>1169</sup> ». La société est formée sous forme d'un contrat, aux termes duquel, « les parties conviennent d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter<sup>1170</sup> ». L'association est également constituée sous la forme d'un contrat fréquemment appelé *statut*. Il s'agit d'un groupement de personnes appelées sociétaires, qui

---

<sup>1163</sup> CNIL n°2011-180 du 16 juin 2011.

<sup>1164</sup> Ordonnance n°2016-1635 du 1er décembre 2016, art 8.

<sup>1165</sup> Directive UE 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015.

<sup>1166</sup> Article 3 de la Directive 2015/849 en date du 20 mai 2015.

<sup>1167</sup> MICHOU L., op.cit., loc. cit.

<sup>1168</sup> Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

<sup>1169</sup> CORNU G., op. cit., p. 761.

<sup>1170</sup> Art. 1832 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

ensemble, poursuivent un seul et même objectif commun<sup>1171</sup>. Enfin, le groupement d'intérêt économique est une « personne morale constituée entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales dans le but économique de prolonger l'activité préexistante de ses membres pour la faciliter ou la développer<sup>1172</sup> ».

438. La personne morale bénéficie d'une réalité technique et jurisprudentielle aujourd'hui devenue incontestable<sup>1173</sup>. Elle bénéficie d'un régime qui lui apporte une certaine autonomie tant sur le plan de la réglementation qui la gouverne qui trouve notamment sa source dans ses statuts, mais également sur le plan légal puisque c'est le législateur qui détermine les critères d'attribution de la personnalité morale. En tant que sujet de droit autonome, la personne morale possède des droits qui lui sont propres, comme un intérêt distinct de l'intérêt individuel<sup>1174</sup>. C'est d'ailleurs à partir de cette notion d'intérêt que la personne morale a été différenciée de la personne physique. Aussi, la jurisprudence a eu l'occasion de s'exprimer en démontrant qu'une personne physique ou morale peut agir pour le compte d'une autre personne morale de manière dissimulée<sup>1175</sup>. Que la personnalité morale n'apparaissait pas uniquement comme l'instrument d'une personne physique. Une société peut parfaitement être représentée par une autre société de manière transparente, comme une société peut parfaitement s'interposer pour le compte d'une autre société de façon occulte<sup>1176</sup>. La Cour de cassation a eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs reprises sur l'existence ou non d'une interposition de personne morale notamment dans la problématique des sociétés mères<sup>1177</sup>.

439. Par conséquent, pour intégrer de manière définitive la qualité de personne morale comme un élément variable de la définition du bénéficiaire final, il convient dans un premier temps de caractériser son existence autonome dans le cadre de la poursuite d'un intérêt distinct de celui de la personne physique (I). Puis, d'analyser les opérations dans lesquelles la personne morale est bien le bénéficiaire final de l'opération (II).

## **I : UNE QUALITE AUTONOME**

---

<sup>1171</sup> CORNU G., op. cit., p. 94.

<sup>1172</sup> CORNU G., op. cit., p. 501-502.

<sup>1173</sup> BARUCHEL N., op. cit., qui reprend les propos de MICHOU D., op.cit., t. I, t. II., LGDJ, 1906-1909, chap. 1er ainsi que ceux de KETCHEDJIAN D., *La personnalité morale au regard du droit fiscal*, Thèse, 1972.

<sup>1174</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1175</sup> Cass. Civ., 1re, 9 février 2011, Dr. fam. 2011, n°77, obs. BEIGNIER ; TGI Épinal, 14 novembre 1996, Gaz. Pal. 1997. I. 379 ; Dr. fam. 1997, n°148, note BEIGNIER, confirmé par Nancy, 21 octobre 1997, JCP 1998. IV. 2362 ; Dr. fan. 1998, note BEIGNIER.

<sup>1176</sup> Cass. Civ. 1ère, 9 février 2011, n°10-13.616 ; Cass. Crim. 27 novembre 2002, n°02-81.581 : arrêt MANCEL.

<sup>1177</sup> LE BARS B, RODRIGUEZ K., « Association d'actionnaires et de défense des investisseurs - Domaines d'exercice effectif de l'action associative contentieuse », Répertoire des sociétés, Janvier 2019.

440. La référence à la personnalité juridique humaine a longtemps subsisté dans le langage juridique classique<sup>1178</sup>. Il s'agissait d'une conception purement subjective selon laquelle la personnalité morale était réduite à une construction juridique réalisée par la main de l'homme. Face à l'échec des différentes théories qui s'appuyaient sur l'action humaine, le système juridique a déconstruit la définition classique de la personne morale pour créer une définition autonome<sup>1179</sup>.

441. Pour le Professeur WICKER, la détermination de l'intérêt de la personne morale fonde son caractère autonome<sup>1180</sup>. « C'est parce qu'il existe un intérêt propre au groupement qu'il est possible d'accomplir pour son compte des actes juridiques<sup>1181</sup> ». Ainsi les actes accomplis pour le compte d'une personne morale seront transposés directement dans son patrimoine, si bien que les droits et obligations émanant de ses actes lui seront directement imputables<sup>1182</sup>. Il s'agit de l'application du principe de l'effet relatif du contrat. L'intérêt porté par une personne physique se distingue en tout point de l'intérêt porté par une personne morale. Bien que la personne morale soit composée d'un groupement de personnes physiques ou par une personne physique seule selon la forme sociale à laquelle elle appartient, il est important d'appliquer une distinction forte entre l'intérêt de la personne physique et celle de la personne morale<sup>1183</sup>.

442. Prenons l'exemple de la société à responsabilité limitée<sup>1184</sup>, parfois il peut y avoir un associé unique qui emporte la fonction de dirigeant de la société. Pourtant, les décisions qu'il pourra prendre pour le compte de son entreprise seront des décisions qui interviendront dans son intérêt. Bien que le gérant de ce type de société soit nécessairement une personne physique, les actes pris pour le compte de l'EURL<sup>1185</sup> seront totalement distincts de son patrimoine personnel<sup>1186</sup>. C'est d'ailleurs pour cette première raison qu'il est possible de considérer l'action du futur associé comme celle d'un mandataire agissant pour une société en construction décrite comme le mandant. La société non encore formée se fait représenter de manière naturelle, les associés ou l'associé unique

---

<sup>1178</sup> MARTIN R., « Personne et sujet de droit », RTD civ. 1981, n°1, p. 785.

<sup>1179</sup> DAVID R., *Rapport général, in La personnalité morale et ses limites*, t. XVIII, LGDJ, 1960, p. 21 ; MATHEY N., Thèse, op. cit., n° 23.

<sup>1180</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1181</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., op. cit., Mai 2018.

<sup>1182</sup> Cass. civ., 1ère, 11 avril 1995, n°91-21.137.

<sup>1183</sup> MATHEY N., *Recherche sur la personnalité morale*, Thèse, 2001, n°1.

<sup>1184</sup> Art. L. 223-1 et suivants du Code de commerce.

<sup>1185</sup> Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée.

<sup>1186</sup> Cass. com., 31 mai 2005, n° 01-00.720.

interviennent pour son compte et dans le cadre de sa formation dans un but précis, qu'elle récupère directement dans son patrimoine les actes réalisés pour son compte.

443. La personne morale est autonome, et possède la personnalité juridique<sup>1187</sup>, bien qu'elle dépende pour son existence de la réalisation d'un acte constitutif. La détermination de son intérêt trouve donc son origine dans l'acte qui a permis sa constitution. Cependant, la doctrine rappelle que « la notion d'intérêt renvoie aux personnes : l'intérêt exprimé est celui des parties à l'acte<sup>1188</sup> ». En d'autres termes, l'intérêt d'une personne morale peut s'apparenter à l'intérêt des personnes physiques qui forment le groupement ou de la personne physique qui forme son entreprise. Elle se distingue de l'intérêt individuel au sens où elle ne poursuit pas le même objectif. Pour analyser le but poursuivi par les auteurs de l'acte, il faut reprendre les éléments de l'acte qui ont créé la personne morale. La doctrine précise que le but d'un groupement « correspond aux avantages que ses membres ou fondateurs sont en droit d'en attendre<sup>1189</sup> ». Son objet porte sur « l'ensemble des activités qu'il peut exercer<sup>1190</sup> ».

444. L'intérêt d'une personne morale fonde son existence propre. Si la réalité est différente de l'intérêt poursuivi dans l'acte constitutif, l'existence de la personne morale est remise en cause<sup>1191</sup>. C'est notamment le cas en matière d'instrumentalisation d'une société fictive. Néanmoins, l'instrumentalisation d'une société réelle est tout à fait possible au sens où les membres d'un même groupement social peuvent parfaitement prendre des actes contraires aux intérêts de la société pour favoriser une autre société dans laquelle ils seraient actionnaires. Enfin, la disparition de l'intérêt qui fonde la personne morale fait disparaître l'ensemble du groupement<sup>1192</sup>.

445. La personne morale étant un sujet de droit parfaitement autonome et distinct de la personne physique, il semble assez réducteur de lui retirer la possibilité d'intégrer les éléments variables de définition du bénéficiaire final. Pour aller plus loin, il est possible de rencontrer le cas d'une personne morale incapable de recevoir, qui par un mécanisme d'interposition de personne physique ou morale, se verra attribuer les bénéfices de la réalisation pour son compte d'un acte

---

<sup>1187</sup> PAILLUSSEAU J., « Le droit moderne de la personnalité morale », RTD civ., 1993, n°12, p. 709.

<sup>1188</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018 ; WICKER G., *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, 1997, n° 230 et s.

<sup>1189</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., « Personne morale », Répertoire de droit civil, Septembre 2016, actualisation Mai 2018.

<sup>1190</sup> Ibid.

<sup>1191</sup> DEBOISSY F., *La simulation en droit fiscal*, Thèse, LGDJ, 1997 cité par WICKER G, PAGNUCCO J-C., op. cit., Mai 2018.

<sup>1192</sup> WICKER G, PAGNUCCO J-C., op. cit., Mai 2018.

illicite<sup>1193</sup>. Le législateur et ainsi la jurisprudence admettent parfaitement l'existence d'un bénéficiaire final ayant la qualité de personne morale.

## **II : UNE QUALITE ADMISE**

446. L'admission de la personne morale comme une entité autonome pourrait encore être contestée. Il serait éventuellement possible de revenir sur sa dépendance avec l'action d'une personne physique ou son impossibilité d'être vue comme une entité juridique à part entière. Pourtant, la majorité doctrinale, le législateur comme la jurisprudence confirment son existence parfaitement autonome de celle des personnes physiques<sup>1194</sup>. En droit des affaires, comme en droit des sociétés, il est parfois difficile de considérer une personne morale comme étant un bénéficiaire final. L'article L. 511-13 du Code monétaire et financier apprécie la qualité de la personne morale uniquement comme une entité contrôlée ou dirigée par une personne physique<sup>1195</sup>. Il en est de même pour la jurisprudence puisque le Conseil d'État en 2016 a eu l'occasion de se prononcer sur des affaires reposant sur une personne morale interposée et non une personne morale bénéficiaire<sup>1196</sup>. Cependant, les constructions juridiques et financières multiples ont régulièrement poussé la réflexion doctrinale à une nouvelle approche de la qualité du bénéficiaire d'une opération financière. Notamment la création d'un groupe d'une société, nécessite la prise de contrôle d'une société mère sur les sociétés filiales nouvellement créées<sup>1197</sup>.

447. La société mère peut agir directement ou par personne interposée pour créer une société filiale. Cette possibilité lui donne le pouvoir d'adopter une position de retrait, de se dissimuler afin de laisser une autre personne morale ou une personne physique agir pour son compte afin de récolter les fruits de la création de sa filiale en fin de mission. Cette situation fait d'elle un bénéficiaire final si

---

<sup>1193</sup> Art. 911 al. 1 du Code civil : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales ».

<sup>1194</sup> PAILLUSSEAU J., op.cit., n°13 et s, p. 709 et s ; MATHEY N., Thèse préc. op. cit., n° 204 et s ; SIMONART V., *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1995, n° 204 ; BOUCHARD Ch., *La personnalité morale démystifiée. Contribution à la définition de la nature juridique des sociétés de personnes québécoises*, LGDJ, Presses universitaires de Laval, 1996, concl. générale.

<sup>1195</sup> Art. L. 511-13 du code monétaire et financier ; Appendice, Arrêté du 23 décembre 2013, Relatif au régime prudentiel des sociétés de financement, Art. 5.

<sup>1196</sup> Arrêt rendu par le Conseil d'Etat 8e et 3e chambres réunies, 23-11-2016, n°383838, Retenue à la source sur les dividendes distribués à l'étranger par les personnes morales françaises, Recueil LEBON.

<sup>1197</sup> LECOURT A., « Groupe de sociétés - Modes de constitution du groupe de sociétés », Répertoire des sociétés, Mars 2015, actualisation Novembre 2019.

l'ensemble des critères constants de la définition de ce personnage sont réunis. Le portage est une autre technique connue du monde des affaires permettant à une société d'obtenir le contrôle d'une autre en passant par un accord avec un établissement financier<sup>1198</sup>. Cette opération consiste en l'achat de titres « pour le compte d'une autre personne moyennant rémunération et transfert des titres à une date déterminée<sup>1199</sup> ». L'adoption d'une position de retrait et le profit tiré de l'opération réalisée remplissent en tous points les critères constants de définition du bénéficiaire final. La personne morale ayant profité en dernier lieu des fruits d'une opération à laquelle elle n'a pas directement participé peut être qualifiée de bénéficiaire final. D'autres opérations comme la prise de contrôle d'une société cotée en bourses ou l'offre publique d'achat ou d'échange<sup>1200</sup> méritent une analyse complémentaire. Dans le premier cas, l'action de la société souhaitant acquérir des actions est couramment appelée « ramassage<sup>1201</sup> ». Cette société souhaite acquérir des titres de façon massive afin de prendre le contrôle sur la société qu'elle vise, alors que dans le second cas, l'OPA ou l'OPE permettrait à une personne physique ou morale de présenter publiquement une offre d'achat de titre qu'elle pourra régler en espèce ou en action, titres ou obligations<sup>1202</sup>. Lorsque ces opérations interviennent par interposition, il est possible de les rattacher à des opérations avec un bénéficiaire final. Au demeurant, cette situation d'interposition peut faire penser au cas de la société fictive.

448. Il existe deux types de fictivité, celle qui porte sur les éléments juridiques permettant la constitution de la société, et enfin celle qui porte sur l'aspect économique<sup>1203</sup>. C'est ce dernier type de fictivité qu'il est intéressant d'analyser puisqu'une société immatriculée pourra être utilisée par les actionnaires d'une autre société à son profit. Il s'agit d'une forme d'instrumentalisation d'une personne morale par une autre personne morale. Le Professeur DAIGRE a d'ailleurs qualifié ce comportement comme étant un « abus de la personnalité morale de la société<sup>1204</sup> ». La jurisprudence n'a pas été très claire quant à l'utilisation de la notion de fictivité, cependant elle a eu l'occasion de se prononcer sur des cas de fictivité économique entre une société mère et sa ou ses sociétés filiales<sup>1205</sup>, mais également sur le cas d'une société concessionnaire avec une autre société sur laquelle

---

<sup>1198</sup> Ibid.

<sup>1199</sup> LECOURT A., « Groupe de sociétés - Modes de constitution du groupe de sociétés », Répertoire des sociétés, Mars 2015, actualisation Novembre 2019.

<sup>1200</sup> OPA ou OPE.

<sup>1201</sup> LECOURT A., op. cit., novembre 2019.

<sup>1202</sup> Ibid.

<sup>1203</sup> DAIGRE J-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018 qui cite FADEL RAAD N., op. cit., loc. cit.

<sup>1204</sup> Ibid.

<sup>1205</sup> Cass. Com. 28 novembre 1989, Bull. Joly. 1990. 179, Rev. Sociétés 1990. 240, chron. GUYON ; DAIGRE J-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018.

la première avait un certain pouvoir de contrôle<sup>1206</sup>. L'analyse des opérations avec un bénéficiaire final, personne morale, permet d'aller plus loin dans la réflexion en rattachant la notion de fictivité à celle de la « confusion de patrimoines<sup>1207</sup> ». Une société mère met en place plusieurs sociétés filiales parfaitement construites, mais fictives économiquement afin d'instrumentaliser leurs actions à son profit. Sachant que l'une agit pour l'autre, une seule et même société, la société mère en l'occurrence dans cet exemple, est titulaire de ce patrimoine enrichie par les autres qui travaillent pour son compte. Pourtant, le Professeur DAIGRE prend le parti de se rallier à un courant doctrinal « qui plaide pour la clarification de la distinction des deux notions<sup>1208</sup> ». Cette position s'explique par le seul fait pour une personne morale de passer par une société-écran. Il s'agit de créer une limite apparente aux tiers entre son patrimoine et celui de la société instrumentalisée.

449. Le droit admet non seulement le caractère autonome de la personne morale, mais également la possibilité qu'elle puisse bénéficier en dernier lieu d'une opération réalisée pour son compte et dans son seul intérêt. Ce qui revient encore une fois à confirmer la distinction qu'il doit y avoir entre l'intérêt personnel d'une personne physique et l'intérêt commun permettant la création d'une personne morale même fondée par un seul dirigeant. Néanmoins, une situation particulière n'admettant pas la qualité de personne morale doit être prise en compte. Il s'agit du *bénéficiaire effectif*.

## Section 2 : L'exception : l'exigence de la qualité de personne physique

450. Le *bénéficiaire effectif* est une branche frauduleuse du bénéficiaire final dont le domaine s'est particulièrement enrichi grâce aux apports de dispositifs légaux européens et internationaux<sup>1209</sup>. Ces textes viennent préciser que le *bénéficiaire effectif* peut être considéré comme une ou plusieurs personnes physiques<sup>1210</sup>. Pour reprendre la définition du Professeur CORNU, la personne physique

---

<sup>1206</sup> CA Paris, 19 mars 1990, Dalloz 1990, IR 93 ; DAIGRE J.-J., *Société fictive*, Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018.

<sup>1207</sup> DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018 ; DELEBECQUE P., GERMAIN M., *Traité de droit commercial*, T. 2, 15e éd., 1996, LGDJ, n°2862 ; DELEBECQUE Ph., « Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilités des membres du groupe », Rev. Proc. coll. 1998 p. 129.

<sup>1208</sup> DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018.

<sup>1209</sup> LECOURT B., « Nouvelle obligation d'information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », Rev. Sociétés 2017, p. 667 ; PORACCHIA D., « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 », Bulletin Joly sociétés janvier 2017, n°115Z5, p. 67.

<sup>1210</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).



est un « être humain, tel qu'il est considéré par le Droit ; la personne humaine prise comme sujet de droit, par opposition à la personne morale<sup>1211</sup> ». Bien que la personne morale soit une entité construite par la main de ses différents associés ou de son dirigeant unique, il n'est pas possible de continuer à considérer la personne morale comme un « sujet de droit fictif<sup>1212</sup> » construit par des personnes physiques dans leurs propres intérêts<sup>1213</sup>. Il s'agit donc d'un sujet de droit autonome qui a été volontairement écarté de la définition du *bénéficiaire effectif*. Les opérations impliquant la présence de ce personnage se caractérisent par notamment par le fait qu'une personne physique possède contrôle une entité juridique<sup>1214</sup>. C'est très justement sur ce point précis que le législateur va insister pour assujettir les professionnels à une obligation de désignation de leurs clients<sup>1215</sup>.

451. Le Professeur BÈGUE a eu l'occasion de s'exprimer sur le fait que « l'idéal de transparence doit toujours conduire à l'identification d'une personne physique<sup>1216</sup> ». Il vient remettre en cause la nature même de la personnalité morale en précisant dans ce cas qu'elle est instrumentalisée par une personne physique cachée<sup>1217</sup>. Il s'agit de considérer que le *bénéficiaire effectif* est une catégorie de bénéficiaire final qui refuse l'attribution de la qualité de personne morale. Elle se rattache au caractère fictif de l'existence de la personnalité morale et considère la personne physique comme le seul sujet de droit existant pour désigner le *bénéficiaire effectif*.

452. L'exigence d'une personne physique pour qualifier le bénéficiaire effectif est un critère constant et absolu de sa définition<sup>1218</sup>. Pourtant, la réglementation européenne et nationale admet une pluralité de personnes physiques. Sur ce point, l'accent est mis sur le caractère complexe des opérations occultes permettant la création de ce personnage<sup>1219</sup>. Notamment, la dissimulation d'activités illicites, d'opérations frauduleuses ou de profits non déclarés. Dans la recherche d'une harmonisation de la matière, il semble indispensable de considérer que le bénéficiaire final comprend autant, les opérations avec un *bénéficiaire effectif*, que toute autre forme d'opérations réunissant les deux critères constants de définition de ce premier personnage.

---

<sup>1211</sup> CORNU G., op. cit., p. 761.

<sup>1212</sup> Ibid.

<sup>1213</sup> Par référence au rejet des théories négationniste et de fictivité : BARUCHEL N., op.cit., n°33 et s, p. 22 et s.

<sup>1214</sup> Considérant n°12 de la Directive 2015/849.

<sup>1215</sup> Art. L. 561-2-2 du Code monétaire et financier.

<sup>1216</sup> BÈGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, éd. BRUYLANT, Septembre 2017, p. 47.

<sup>1217</sup> Ibid.

<sup>1218</sup> PE et Cons. UE, dir, (UE) 2015/849, 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (dite 4e directive anti-blanchiment) : JOUE n°L 141, 5 juin 2015, p. 73 ; JCP E 2015, act. 594 ; PE et Cons. UE, dir, (UE) 2018/843, 30 mai 2018, art. 20 bis : JOUE n°L. 156, 19 juin 2018, p. 43 ; Ord. n°2020-115, 12 février 2020, renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : JO 13 février 2020, texte n°2.

<sup>1219</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 59.

453. Pour rappel, la qualité de personne physique du bénéficiaire effectif est un critère absolu de sa définition (§1). Il est toutefois possible de considérer le caractère flexible de cette qualité étant entendue à la fois comme une unité et une pluralité de personnes physiques (§2).

---

### § 1 : Un critère absolu

454. L'utilisation du terme *absolu* n'est pas anodine, elle renvoie à l'absence de limite ou de restriction<sup>1220</sup>. Du latin *absolutus*, le fait de considérer une notion juridique comme étant absolue, signifie que ce terme est « opposable à tous ; doté d'une force obligatoire *erga omnes*<sup>1221</sup> ».

455. L'identification du *bénéficiaire effectif* est devenue une exigence européenne dont le législateur s'est d'ailleurs très largement emparé<sup>1222</sup>. Le considérant n° 12 de la Directive 2015/849 du 20 mai 2015 revient sur la nécessité d'identifier une personne physique qui possède ou contrôle une entité juridique<sup>1223</sup>. Le *bénéficiaire effectif* s'inscrit dans des mécanismes financiers occultes de plus en plus élaborés. À la différence, le bénéficiaire final est une qualification juridique innovante, se voulant générateur d'une forme d'harmonie prenant en compte toutes les situations frauduleuses ou non, dans lesquelles il peut y avoir un bénéficiaire en retrait de l'opération. L'élaboration d'une *qualification* est une « opération de l'esprit consistant à revêtir une donnée concrète de la qualité qui détermine son régime et ses conséquences juridiques, en le rattachant, par nature, à la catégorie abstraite dont il possède les critères distinctifs<sup>1224</sup> ».

456. Qualifier une personne de bénéficiaire final d'une opération contractuelle, c'est considérer qu'elle adopte tous les critères lui permettant de s'inscrire dans cette catégorie de personnage. Une question se pose à propos du *bénéficiaire effectif* qui est celui de savoir s'il peut intégrer la catégorie des bénéficiaires finaux. Le *bénéficiaire effectif* se cache, et utilise un mécanisme occulte pour dissimuler sa véritable activité, ce qui est également le cas du bénéficiaire final qui récolte les bénéfices d'une opération à laquelle il n'a pas pris part<sup>1225</sup>. En d'autres termes, si le

---

<sup>1220</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12e éd., 2018, p. 5.

<sup>1221</sup> Ibid.

<sup>1222</sup> Ord. n°2020-115, 12 février 2020, préc. D., n°2020-118, 12 février 2020 JO 13 février 2020 texte n°16. D., n°2020-119, 12 février 2020 : JO 13 février 2020, texte n°17. V., JCP E 2020, act. 128.

<sup>1223</sup> PE et Cons. UE, dir. (UE) 2015/849, 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (dite 4e directive anti-blanchiment), modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>1224</sup> CORNU G., op. cit., p. 837.

<sup>1225</sup> BÈGUE B., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière.*, Bruylant, 2017, §81 ; AMAN K., *Ainsi naquit le registre des bénéficiaires effectifs*, Journ. Sociétés n°155, sept. 2017, p. 56.

*bénéficiaire effectif* possède toutes les qualités du bénéficiaire final pourquoi ne pourrait-il pas être qualifié de bénéficiaire final ?

457. Le *bénéficiaire effectif* est un sujet de droit très largement défini par le législateur européen. Il s'agit d'un personnage particulièrement inscrit dans une démarche frauduleuse, souhaitant dissimuler un trafic illicite de grande envergure ou une activité terroriste<sup>1226</sup>. Le bénéficiaire final n'attache aucune réelle importance à l'intention licite ou illicite de son action, son seul objectif porte sur le profit de l'opération. Dès lors, il semble nécessaire de considérer le *bénéficiaire effectif* comme une branche appartenant au domaine de qualification du bénéficiaire final, ce premier personnage ayant tout de même plusieurs traits caractéristiques spécifiques pour sa qualification. Du reste, la maxime « specialia generalibus derogant » pourrait trouver à s'appliquer dans les opérations avec un *bénéficiaire effectif* face aux propositions générales nouvelles qui s'appliquent à l'ensemble des bénéficiaires finaux. En effet, les opérations dans lesquelles évolue le *bénéficiaire effectif* sont pour l'ensemble des opérations occultes et frauduleuses, dans lesquelles le législateur attache une grande importance à l'identification de la personne physique ayant un pouvoir de contrôle sur ces opérations<sup>1227</sup>.

458. En tout état de cause, le législateur européen consacre un dispositif strict concernant l'exigence d'une personne physique, qui peut être que partiellement repris dans le cadre de l'élaboration de critère variable de définition pour le bénéficiaire final. Bien que le *bénéficiaire effectif* fasse partie de la catégorie des bénéficiaires finaux, l'exigence légale d'une personne physique identifiable peut être l'un des critères absolus de son identification. Ainsi, la présence d'une exigence légale d'identification d'une personne physique pour le *bénéficiaire effectif* ne suppose pas nécessairement l'existence d'une exigence similaire pour le bénéficiaire final. Par conséquent, le *bénéficiaire effectif* pourra toujours être considéré comme une personne physique en raison d'une nécessaire transparence face aux structures occultes qui le dissimule<sup>1228</sup>, bien qu'il appartienne à un ensemble plus grand que constitue le bénéficiaire final. C'est d'ailleurs la qualité exigée par le législateur international et européen (I), transposé en droit national (II).

## **I : UNE SOURCE INTERNATIONALE ET EUROPEENNE**

---

<sup>1226</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 8.

<sup>1227</sup> Notamment les références légales européennes précédentes ; COLLET M. et CANTONI L., « Loi Sapin II, 4e et 5e directives européennes de lutte contre le blanchiment d'argent : la transparence nourrit aussi la lutte contre la fraude fiscale », *Option Finance* 2016, n°1392, p. 44.

<sup>1228</sup> BEGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, BRUYLANT, 2017, n°59, p. 47.

459. Le *bénéficiaire effectif* reste un personnage marginal, dont la réputation est déjà bien établie. Le plus souvent utilisés pour désigner la fraude, le blanchiment ou le financement du terrorisme, ces derniers ne peuvent être considérés comme des individus honnêtes évoluant de façon transparente au sein du système économique et financier<sup>1229</sup>. Bien que certains auteurs tentent de redorer l'image du *bénéficiaire effectif*<sup>1230</sup>, il semble que l'instauration d'une obligation de déclaration par les pouvoirs publics montre une certaine forme de méfiance à l'égard de ces personnages dissimulés<sup>1231</sup>.

460. En effet, le juriste français n'a jamais été véritablement préparé à rencontrer des structures économiques complexes permettant de contourner les lois applicables. Si bien que ce sont les législateurs européens qui ont été à l'origine du dispositif encadrant la situation du *bénéficiaire effectif*. La Directive 2015/849 en date du 20 mai 2015, impose une obligation toute nouvelle, qui va s'avérer être une contrainte pour toutes les entités économiques<sup>1232</sup>. Le dispositif mettant en place l'obligation de déclaration du *bénéficiaire effectif* est donc d'origine européenne, ce qui explique que la lutte contre le blanchiment fasse partie de l'un des objectifs primordiaux de l'Union européenne<sup>1233</sup>. Pourtant, c'est le Groupe d'action financière qui est à l'origine de la définition du *bénéficiaire effectif*<sup>1234</sup>. C'est le sommet du G7 de Paris en juillet 1989 qui reprend les principaux critères permettant de définir ce personnage physique. Le droit européen n'intervient que le 10 juin 1991 à travers la Directive 91/308 dans le seul but de rappeler le caractère impératif de l'identification du *bénéficiaire effectif*. Les États devaient porter une surveillance toute particulière aux établissements financiers avec lesquels des relations d'affaires étaient envisagées ou réalisées. D'autant que ces mêmes établissements financiers étaient tenus d'obtenir des informations sur l'identité de leurs clients. La Directive 2001/97/CE du 4 décembre 2001 va encore plus loin en exigeant l'identification des clients à partir de 15 000 euros de transaction.

---

<sup>1229</sup> T. Com. Bobigny, 18 mai 2018, n°2018S07031 : Dr. sociétés 2018, comm. 161, note MORTIER R ; CA Lyon, 3e Ch. sect. A, 12 septembre 2019, n°19/02040 : JurisData n°2019-021583 : Dr. sociétés 2020, comm. 1, note MORTIER R.

<sup>1230</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 8.

<sup>1231</sup> ROHMERT A. Et BRUNEL E., « Parution du décret d'application relatif à la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs : des clarifications bienvenues », *Option Finance* n°1433, 16 octobre 2017, p. 50.

<sup>1232</sup> PE et Cons. UE, dir, (UE) 2015/849, 20 mai 2015, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme (dite 4e directive anti-blanchiment) : JOUE n°L 141, 5 juin 2015, p. 73.

<sup>1233</sup> MOUSSU V., « Le registre des bénéficiaires effectifs », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des affaires* n°3, octobre 2017, p. 40 ; LECOURT B., « Nouvelle obligation d'information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », *Rev. Sociétés* 2017, p. 667.

<sup>1234</sup> GAFI 2012. Recommandations du GAFI-Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de prolifération, mise à jour octobre 2016, p. 117.

461. Le *client* est une notion fréquemment utilisée dans le langage du juriste d'affaires. Pour définir le *bénéficiaire effectif* et préciser les critères qui le caractérisent, l'appartenance à la notion de clientèle semble tout à fait appropriée. De manière générale, le client est une personne qui se fournit chez un commerçant, qui recourt à une banque, à un avocat<sup>1235</sup>. Hormis la référence générale à la personne vue comme un être humain<sup>1236</sup>, la personne juridique est celle « qui jouit de la personnalité juridique<sup>1237</sup> ». Il peut s'agir d'une personne morale, mais également d'une personne physique. Si le client est considéré par sa définition générale comme une personne, il semble que rien n'empêche qu'il soit lui-même contrôlé par un *bénéficiaire effectif* personne physique. D'ailleurs, cet argument est confirmé par le Groupe d'action financière internationale (GAFI) qui définit ce personnage comme « la ou les personnes physiques qui possèdent ou contrôlent effectivement un client et/ou une personne physique pour le compte de laquelle une transaction est réalisée. Ceci inclut également les personnes qui exercent un contrôle effectif sur une personne morale ou une entente<sup>1238</sup> ». Cette définition dissipe toute forme d'incompréhension, peu importe que le client soit une personne physique ou morale, il suffit que celle-ci appartienne ou soit contrôlée par une ou plusieurs personnes physiques. S'il existe une incertitude quant au titulaire du pouvoir de contrôle sur l'entité désignée comme étant le client, il est du devoir des établissements et entités financières d'obtenir l'identité des véritables bénéficiaires de ces opérations.

462. L'utilisation de ces notions n'est pas anodine, le *véritable bénéficiaire* peut être considéré comme le dernier bénéficiaire ou le bénéficiaire final. Quand aux *opérations*, elles peuvent faire appelle aux notions *d'opérations contractuelles*, qu'elles soient financières ou non. Bien que le droit international n'ait pas encore perçu toutes les subtilités de ce personnage, il semble que la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont permis d'élaborer plusieurs dispositions permettant au moins d'identifier ce personnage occulte afin de préserver « l'intégrité du système financier international<sup>1239</sup> ».

463. Au demeurant, l'exigence d'une personne physique a été plus d'une fois consacrée par le législateur européen, notamment, la Directive 2005/60<sup>1240</sup> affirme et précise la définition du « bénéficiaire effectif ». Il s'agit d'une ou de plusieurs personnes physiques qui « en dernier lieu,

---

<sup>1235</sup> LAROUSSE, Edition LAROUSSE, 2020, p. 168.

<sup>1236</sup> LAROUSSE, op. cit., p. 649.

<sup>1237</sup> CORNU G., op. cit., p. 761.

<sup>1238</sup> Recommandations (R24 et R25) du Groupe d'action financière, GAFI, relatives à la LCB/FT révisées en février 2012.

<sup>1239</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 15.

<sup>1240</sup> DIRECTIVE 2005/60/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

possède (nt) ou contrôle (nt) le client et/ou la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée<sup>1241</sup> ». La différence entre cette définition et celle du droit international repose sur l'utilisation de deux notions : *effectivement* et *en dernier lieu*. Alors que le droit international souhaite identifier le ou les personnes physiques qui bénéficient de transactions financières dans lesquelles elles ne souhaitent pas apparaître, le juriste européen s'intéresse à celui ou à celles qui en bénéficient en dernier<sup>1242</sup>. Auparavant, les constructions financières étaient plus simples, le *bénéficiaire effectif* n'avait aucun mal à être appréhendé, il contrôlait réellement les entités ou individus intervenant pour son compte. Il n'y avait certainement pas lieu de parler d'un individu qui arrive en dernier et qui bénéficie finalement de la transaction réalisée pour son compte.

464. De nos jours, les formes juridiques sont plus complexes, et les constructions financières plus réfléchies. Le législateur doit faire face à des chaînes économiques sans commune mesure, il semble plus approprié de parler d'un bénéficiaire final spécifique ou exceptionnel donnant naissance à la qualification de *bénéficiaire effectif*. Cette affirmation vient de la définition posée par la Directive 2005/60/CE reprise dans la Directive 2015/849<sup>1243</sup>. Elle indique tout particulièrement au considérant n° 12, la nécessité « d'identifier toute personne physique qui possède une entité juridique ou exerce le contrôle sur celle-ci<sup>1244</sup> ». Outre la volonté du législateur européen de faire naître une certaine transparence dans les structures juridiques et financières occultes permettant la réalisation d'activités illicites, l'utilisation de plusieurs notions telles qu'« en dernier lieu<sup>1245</sup> » ou « en dernier ressort<sup>1246</sup> » traduit la volonté du législateur d'identifier celui qui « au final<sup>1247</sup> » récolte les bénéfices de l'opération réalisée.

465. Il semble évident que sans le vouloir, et dans le but de prévenir et réprimer ces comportements, le législateur européen fait référence au bénéficiaire final et vient rompre avec le

---

<sup>1241</sup> DIRECTIVE 2005/60/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) : Art. 3 : « 6) : «bénéficiaire effectif», la ou les personnes physiques qui, en dernier lieu, possède(nt) ou contrôle(nt) le client et/ou la personne physique pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée ».

<sup>1242</sup> MOUSSU V., op.cit., p. 40 ; QUIROGA-GALBO J., « Le registre des bénéficiaires effectifs : de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99% des sociétés ! », LPA n°245, 8 décembre 2017, p. 7.

<sup>1243</sup> DIRECTIVE (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>1244</sup> Ibid.

<sup>1245</sup> DIRECTIVE 2005/60/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>1246</sup> DIRECTIVE (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, op.cit.

<sup>1247</sup> Réf. « bénéficiaire final d'une opération contractuelle ».

doute quant à la réorganisation et l'harmonisation que pourrait créer cette qualification pour tous les sujets de droit entrant dans cette description. Peut-on conclure en considérant que le *bénéficiaire effectif* est un personnage obsolète ? La réponse à cette question n'est pas fermement acquise. La première interprétation serait de considérer la dernière définition du Parlement européen comme une simple référence au bénéficiaire final. Le *bénéficiaire effectif* reste un phénomène à appréhender de manière exceptionnelle avec toutes ses particularités. Une seconde interprétation résulterait d'une volonté de créer une harmonie en la matière puisque la ou les personnes physiques qui bénéficient en dernier lieu d'une opération qu'elle soit financière ou non seraient considérées comme des bénéficiaires finaux.

466. La seconde interprétation doit soutenir la première, la recherche d'une harmonie ne remettant pas en cause les spécificités de chaque matière. Ainsi, le *bénéficiaire effectif* serait un bénéficiaire final personne physique, s'inscrivant dans une catégorie d'opérations frauduleuses et occultes. La transposition en droit interne vient confirmer les dispositions du droit international et européen.

## **II : LA TRANSPOSITION EN DROIT INTERNE**

467. La transposition du texte européen en droit français a suscité de nombreuses critiques<sup>1248</sup>, notamment sur ses conséquences sur le système juridique national. Face au développement alarmant de structures échappant au contrôle des autorités, l'Union européenne appelle à la plus grande vigilance, si bien que le Parlement européen et le Conseil pensent durcir leur réglementation imposant à tous, les sociétés et groupements assujettis de déclarer leurs *bénéficiaires effectifs*. Face à un tel mouvement, La France a choisi de tenir un registre des bénéficiaires effectifs sous le contrôle des greffes des tribunaux de Commerce<sup>1249</sup>.

468. Avant toute chose, il est impératif de préciser que l'objectif de transparence recherché par l'Union ne peut être parfaitement rempli sans apporter une définition suffisamment précise du personnage recherché. Le considérant 12 de la Directive 2015/849 apporte un critère qui pourrait être évident, mais qu'il semble impératif de présenter pour plus de clarté<sup>1250</sup>. Le *bénéficiaire effectif* est une personne physique. Ce critère peut paraître insignifiant au regard de l'objectif fixé par l'Union,

---

<sup>1248</sup> QUIROGA-GALDO J., JCP E, 2017, act. 262.

<sup>1249</sup> Ordonnance n°2016-1635 du 1er décembre 2016, JO 2 décembre 2016, texte n°14 ; JCP E 2016, act. 989 ; Loi Sapin 2, n°2016-1691, 9 décembre 2016 : JO 10 décembre 2016, texte n°2 ; JCP G 2017, act. 3 ; Ordonnance n°2020-115, 12 février 2020 : JO 13 février 2020, texte n°12 ; JCP E 2020, act. 128.

<sup>1250</sup> DIRECTIVE (UE) 2015/849, op.cit.

simplement, il est important de préciser qu'aucune personne morale ne peut être considérée comme un *bénéficiaire effectif*. Ce qui n'est pourtant pas le cas du bénéficiaire final qui peut parfaitement apparaître sous la qualité d'une personne physique, comme sous la qualité d'une personne morale. Cette particularité propre au *bénéficiaire effectif* ne fait pas de ce personnage une catégorie isolée, mais plutôt une catégorie dotée d'une certaine autonomie tout en étant rattachée à la catégorie de bénéficiaire final.

469. En droit interne, c'est le Code monétaire et financier qui rappelle et détaille les individus susceptibles d'être qualifiés de *bénéficiaires effectifs*. Pour lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, de nombreux professionnels ont l'obligation d'identifier leurs clients<sup>1251</sup>. Les secteurs bancaires, des assurances, ou du retrait, ne peuvent échanger qu'avec des personnes physiques, même sous couvert d'une structure économique telle que la société. La réglementation se veut exigeante et contraignante afin de confondre et de sanctionner les individus qui contrôlent ou dirigent la structure frauduleuse.

470. La transposition des Directives au droit national a confirmé le fait que le *bénéficiaire effectif* est une personne physique. Les personnes morales sont dans l'obligation d'identifier leur bénéficiaire effectif en obtenant et en conservant des informations permettant une transparence efficace<sup>1252</sup>. L'article 561-2-2 du Code monétaire et financier<sup>1253</sup> va dans le même sens en ce qui concerne la qualité du *bénéficiaire effectif*. Les professeurs COURET et DONDERO ajoutent que « jusqu'à la publication du décret n° 2018-284 du 18 avril 2018, la mise en œuvre du dispositif issu de l'ordonnance du 1er décembre 2016 reposait sur l'article R. 561-1 du Code monétaire et financier, en sa rédaction issue du décret n° 2009-1087 du 2 septembre 2009 relatif aux obligations de vigilance et de déclaration pour la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de

---

<sup>1251</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 32.

<sup>1252</sup> Art. L561-46 al. 1 et 2 du Code monétaire et financier : « Les sociétés et entités juridiques mentionnées aux 2°, 3° et 5° du I de l'article L. 123-1 du code de commerce autres que les sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé en France ou dans un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans un autre pays tiers imposant des obligations reconnues comme équivalentes par la Commission européenne au sens de la directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013, et établies sur le territoire français conformément à l'article L. 123-11 du même code sont tenues d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs définis à l'article L. 561-2-2. Sans préjudice de la communication de l'information sur l'identité du bénéficiaire effectif requise en vertu des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle prévues à la section 3 du présent chapitre, les sociétés et entités juridiques mentionnées au premier alinéa déposent au greffe du tribunal, pour être annexé au registre du commerce et des sociétés, un document relatif au bénéficiaire effectif contenant les éléments d'identification et le domicile personnel de ce dernier ainsi que les modalités du contrôle qu'il exerce ».

<sup>1253</sup> Art. 561-2-2 du Code monétaire et financier : « Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques : 1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret en Conseil d'Etat précise la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif ».



capitaux et de financement du terrorisme, qui avait été adopté dans le cadre de la transposition des directives 2005/60 et 2006/70. L'article R. 561-1 a donc été appliqué pendant plusieurs mois en cette version, avant d'être modifié par le décret de 2018, qui se réfère bien entendu toujours à la présence d'une ou plusieurs personnes physiques<sup>1254</sup> ».

471. Par conséquent, les textes européens transposés en droit français vont clairement dans le sens d'un *bénéficiaire effectif* reconnu en tant que personne physique<sup>1255</sup>. Cette exigence légale ne peut pleinement être appliquée au bénéficiaire final qui peut recevoir la qualité de personne physique comme de personne morale. Le champ d'application du régime relatif au *bénéficiaire effectif* doit donc être considéré comme parfaitement autonome et propre aux spécificités décrites par les textes.

472. Le législateur européen, tout comme le législateur français d'ailleurs, encadre le *bénéficiaire effectif* dans des mesures propres « à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou, de financement du terrorisme<sup>1256</sup> ». Le bénéficiaire final a été envisagé tout au long de cette analyse comme un personnage dont la définition comprend deux critères constants et plusieurs critères variables. Il s'agit donc d'un personnage adoptant le même schéma descriptif avec une possibilité d'adaptation à plusieurs cas de figure. Le *bénéficiaire effectif* reprend ce schéma descriptif comprenant deux critères communs, l'adoption d'une position de retrait et le but poursuivi à savoir la recherche du profit de l'opération<sup>1257</sup>. Cependant, il diffère en plusieurs points, ce personnage doit être une personne physique et apparaît uniquement dans des situations frauduleuses. Dès lors, le bénéficiaire final et le *bénéficiaire effectif* sont deux personnages qui ne peuvent être confondus. Néanmoins, il existe un lien permettant l'intégration du *bénéficiaire effectif* dans la catégorie plus importante que constitue le bénéficiaire final.

473. En effet, alors que le *bénéficiaire effectif* peut être considéré comme un bénéficiaire final, ce dernier personnage ne devra jamais être confondu avec le premier. De même, alors que le *bénéficiaire effectif* semble cantonné aux infractions suffisamment graves pour dépasser plusieurs frontières, le bénéficiaire final n'a d'autre ambition que la couverture des situations licites et illicites dans lesquelles une personne physique ou morale préfère la dissimulation face aux opérations dont elle souhaite bénéficier. Considérer toute forme de dissimulation comme étant de l'ordre d'une simulation illicite pourrait être considérée comme un raccourci dangereux excluant toutes opérations

---

<sup>1254</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 61.

<sup>1255</sup> ROHMERT A. Et ZABALA B., op. cit., n°327, 26 octobre 2016, p. 8.

<sup>1256</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 8.

<sup>1257</sup> DE MONTIS M., *Flash Info : bénéficiaire effectif*, Journal des sociétés, n°155, septembre 2017, p. 62.

transparentes dans lesquelles un personnage pourrait adopter une position de retrait<sup>1258</sup>. En d'autres termes, l'exclusion des opérations licites dans lesquelles une personne physique ou morale en retrait pourrait bénéficier de plusieurs avantages conduit le législateur à occulter l'existence même de situations juridiques dans lesquelles pourrait évoluer un bénéficiaire final. Dès lors, il semble évident de qualifier spécifiquement le personnage dont les critères sont définis par le texte européen transposé en droit interne.

474. Les caractéristiques rattachées à la définition du bénéficiaire final amènent le système juridique français à considérer ce sujet de droit de deux manières différentes. Selon les cas, il peut être qualifié de personne physique et dans d'autres cas apparaître comme une personne morale. Certaines théories pourront expliquer cet attachement dualiste. L'une d'entre elles explique le rattachement à la qualité de personne physique en s'appuyant sur l'article 414-1 du Code civil<sup>1259</sup>. L'esprit étant propre à l'individu, l'altération des facultés mentales d'un être humain peut entraîner la nullité de l'acte juridique qu'il a souhaité réaliser. Cette théorie attache une grande importance à la notion de « volonté <sup>1260</sup> » comme à celle du « discernement <sup>1261</sup> ». Ces deux notions sont irrémédiablement attachées à la personne physique, qui peut, lorsqu'elle en est dotée, réaliser une ou plusieurs opérations contractuelles. Ainsi, le sujet de droit qui émet une intention dissimulatrice, qu'elle soit frauduleuse ou non, est naturellement considéré comme une personne physique. Pourtant, il a été démontré précédemment que la société dispose d'un intérêt distinct de celui de la personne physique<sup>1262</sup>. Son existence en tant que sujet de droit autonome n'est plus à remettre en question. D'ailleurs, les actes pris pour sa création par les futurs associés tombent automatiquement dans son patrimoine une fois celle-ci constituée. Si bien qu'il importe de distinguer son patrimoine de celui des membres du groupement ou de l'associé unique décisionnaire.

475. Pour aller plus loin, le Professeur CORNU définit le contrat comme « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes<sup>1263</sup> ». Il ne semble pas indiquer dans sa définition la qualité de cette personne, ce qui suppose qu'elle peut être soit une personne physique, soit une personne morale. Ce Professeur nous indique qu'il est tout à fait possible de rencontrer un contrat formé par

---

<sup>1258</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n°725 et s, p. 792 et s.

<sup>1259</sup> Art. 414-1 du Code civil : « Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte ».

<sup>1260</sup> CORNU G., op. cit., p. 1084 : « Faculté de vouloir ; aptitude à comprendre la portée d'un acte (conscience) et à se décider, conditions de validité d'un acte juridique (le défaut de volonté résultant d'un trouble mental justifiant l'annulation de l'acte, article 414-1 du Code civil) et condition de la responsabilité délictuelle ou contractuelle ».

<sup>1261</sup> CORNU G., op. cit., p. 353 : « aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur à l'âge de raison (question de fait), le rend capable de s'obliger délictuellement ».

<sup>1262</sup> BARUCHEL N., op. cit., n°102 et s, p. 58 et s.

<sup>1263</sup> CORNU G., op. cit., p. 260.

une personne morale. Bien que l'union de plusieurs personnes physiques puisse être à l'origine du groupement donnant naissance à une société<sup>1264</sup>, ou à une association<sup>1265</sup>, le législateur fait des personnes morales des sujets de droit à part entière.

476. Le texte européen transposé au droit français rappelle la qualité de personne physique du *bénéficiaire effectif*. Le législateur vient cependant ajouter une autre particularité, celle concernant l'unicité ou la pluralité de personne physique ayant la possibilité d'être considérée comme des *bénéficiaires effectifs* et ainsi comme des bénéficiaires finaux. Le critère attaché à cette qualité est absolu, mais il peut revêtir également un caractère flexible.

---

## § 2 : Un critère flexible

477. Les articles 3 et 6 de la Directive 2015/849 et les articles L 561-2-2 et R 561-1 et suivants du Code monétaire et financier précisent que le *bénéficiaire effectif* peut être considéré comme une ou plusieurs personnes physiques<sup>1266</sup>. En d'autres termes, le *bénéficiaire effectif* personnage physique appartenant à la catégorie plus importante des bénéficiaires finaux, peut revêtir une forme unitaire ou une forme plurielle. Il peut donc y avoir un seul *bénéficiaire effectif* comme plusieurs *bénéficiaires*

---

<sup>1264</sup> Art. 1832 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ».

<sup>1265</sup> Art. 1er de la Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association, Version consolidée au 01 juillet 2019 : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Elle est régie, quant à sa validité, par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations ».

<sup>1266</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) ; Art. L 561-2-2 du Code monétaire et financier : « Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques : 1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret en Conseil d'Etat précise la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif » ; Art. R 561-1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce. Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques ci-après ou, si la société n'est pas immatriculée en France, leur équivalent en droit étranger qui représente légalement la société : a) Le ou les gérants des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions et des sociétés civiles ; b) Le directeur général des sociétés anonymes à conseil d'administration ; c) Le directeur général unique ou le président du directoire des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance ; d) Le président et, le cas échéant, le directeur général des sociétés par actions simplifiées. Si les représentants légaux mentionnés au a ou au d sont des personnes morales, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes morales ».

*effectifs* pour une seule et même opération<sup>1267</sup>. La prise en compte de ce contexte de pluralité permet au législateur d'englober des phénomènes de plus en plus complexes permettant la dissimulation frauduleuse d'opérations frauduleuses et criminelles. D'ailleurs, le texte européen transposé en droit français repose sur la prise en compte de « seuils chiffrés de détention requis pour apparaître comme bénéficiaire effectif<sup>1268</sup> ».

478. La définition du *bénéficiaire effectif* découle des notions de *contrôle* et de *possession*. Une ou plusieurs personnes physiques possèdent ou contrôlent « le client et/ou la ou les personnes physiques pour lesquelles une transaction est exécutée<sup>1269</sup> ». La notion de *contrôle* renvoie à la « vérification de la conformité<sup>1270</sup> » d'une situation ou d'un comportement. Alors que la notion de *possession* désigne l'intention de s'affirmer en *maître d'une chose*<sup>1271</sup>. La réunion de ces deux notions est une façon pour le législateur européen d'englober plusieurs situations, l'une désignant la propriété qu'elle soit directe ou indirecte du *bénéficiaire effectif*, la seconde étant le contrôle de celle-ci comme indiquant une forme de propriété même indirecte<sup>1272</sup>. Le texte de la Directive ne prévoit aucune précision quant au nombre limite de personnes pouvant être désignés comme *bénéficiaire effectif*. La seule indication semble se porter sur « une participation à hauteur de 25 % des actions plus une ou une participation au capital de plus de 25 % dans le client, détenus par une personne physique<sup>1273</sup> » comme étant un signe de propriété directe. De même, « une participation dans l'actionnariat à hauteur de 25 % des actions plus une ou une participation au capital de plus de 25 % dans le client, détenus par une société, qui est contrôlée par une ou plusieurs personnes physiques, ou par plusieurs sociétés, qui sont contrôlées par la ou les mêmes personnes physiques, est un signe de propriété indirecte<sup>1274</sup> ». Par conséquent, un nombre illimité de personnes physiques peuvent être considérées comme *bénéficiaire effectif* dans un seul et même cas dès lors qu'elles possèdent ou contrôlent au moins 25 % des actions plus une ou une participation au capital de plus de 25 %. Il peut exister autant de *bénéficiaires effectifs* que de parts contrôlées ce qui est assez exceptionnel.

---

<sup>1267</sup> PORACCHIA D., « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 », BJS 2017, p. 67.

<sup>1268</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 61.

<sup>1269</sup> Ibid.

<sup>1270</sup> CORNU G., op. cit., p. 267.

<sup>1271</sup> LAROUSSE, op. cit., p. 680.

<sup>1272</sup> Art. 3 et 6 de la Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

<sup>1273</sup> Art. 3 de la Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme.

<sup>1274</sup> Ibid.

479. Le texte de la Directive ne s'arrête pas là, il désigne comme étant des *bénéficiaires effectifs*, « la ou les personnes physiques qui, en dernier ressort, possèdent ou contrôlent<sup>1275</sup> », mais surtout rappellent que celles-ci peuvent être « le client et/ou la ou les personnes physiques pour lesquelles une transaction est exécutée, ou une activité réalisée<sup>1276</sup> ». Dès lors, pourrait-il y avoir plusieurs personnes intervenant pour le compte d'un ou de plusieurs *bénéficiaires effectifs* ? Il semble que malgré le silence des textes, une telle possibilité est envisageable.

480. La réponse à la pluralité de *bénéficiaires effectifs* ne s'arrête pas à la question du seuil de pourcentage détenu. Il peut y avoir plusieurs personnes physiques, car il existe des situations où la pluralité ne peut être remise en cause. C'est le cas de l'indivision, qui désigne une situation où le partage d'une chose ou d'un ensemble de choses entre les personnes qui détiennent un droit sur la chose n'a pas encore eu lieu<sup>1277</sup>. C'est également le cas de la situation des personnes mariées.

481. Il est opportun de traiter des deux critères flexibles attachés à la qualification de ce bénéficiaire final exceptionnel. Dans un premier temps, il apparaît de façon unitaire sur son schéma classique (I), mais peut parfaitement jaillir de façon pluriel en fonction de la situation dans laquelle il va apparaître (II).

## **I : UNE PERSONNE PHYSIQUE UNIQUE**

482. La question de l'unité ou de la pluralité de *bénéficiaires effectifs* est tout à fait primordiale à ce stade de cette analyse. Ce critère permet d'ores et déjà d'entrevoir un certain nombre de situations juridiques permettant ou non, la création de ce personnage atypique. Une société est formée selon un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'engagent dans une entreprise commune<sup>1278</sup>. La loi prévoit également qu'un individu puisse à lui seul créer un contexte sociétaire, c'est notamment le cas des entreprises unipersonnelles<sup>1279</sup>. Le *bénéficiaire effectif* est un personnage qui peut intégrer l'exemple unitaire dans le sens où un individu qui souhaite dissimuler des fonds provenant d'une entreprise terroriste sous le couvert de son entreprise, peut parfaitement en être le seul bénéficiaire<sup>1280</sup>.

---

<sup>1275</sup> Ibid.

<sup>1276</sup> Ibid.

<sup>1277</sup> CORNU G., op. cit., p. 543.

<sup>1278</sup> Art. 1832 al. 1 du Code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

<sup>1279</sup> Art. 1832 al. 2 du Code civil : « Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne ».

<sup>1280</sup> Le régime de la communauté est exclu si l'un des époux est le seul titulaire des droits sociaux : MORTIER R. Et BOL S., op. cit., n°10 ; CASTAGNÉ S., op. cit., p. 36.

483. D'autres contextes juridiques peuvent également intégrer un *bénéficiaire effectif* unique. C'est notamment le cas du portage qui se traduit comme étant « une convention en vertu de laquelle une personne nommée *donneur d'ordre* transmet la propriété de titres à une autre personne nommée *porteur* qui l'accepte, mais s'engage par écrit à céder ces mêmes titres à une date et pour un prix fixés à l'avance à une personne désignée qui peut être le donneur d'ordre lui-même ou un tiers bénéficiaire<sup>1281</sup> ». Cette structure juridique non réglementée fait partie d'un ensemble appelé couramment par la doctrine, « transfert temporaire de titres<sup>1282</sup> ». Le donneur d'ordre ne souhaitant pas apparaître comme associé laisse son porteur se charger de l'acquisition les parts qu'il désire. Une telle situation juridique implique nécessairement la présence d'un bénéficiaire final. Une lecture classique de la notion de tiers et de partie au contrat pourrait laisser entendre que le donneur d'ordre ne pourrait être considéré comme le bénéficiaire final. Néanmoins, si le porteur réalise une activité de conservation de titres pour le donneur d'ordre, il semble que ce dernier personnage doit être considéré comme un bénéficiaire final. En ce sens, la transmission à un tiers bénéficiaire désigne dès lors ce tiers bénéficiaire comme seul bénéficiaire final. Le législateur français va d'ailleurs dans le sens de cette définition puisque l'article R. 561-19 du Code monétaire et financier marque une distinction entre « l'identité du porteur<sup>1283</sup> » et le « bénéficiaire effectif de ce dernier<sup>1284</sup> ». La notion de « vigilance<sup>1285</sup> » introduite par le législateur européen oblige les États membres à mettre en place un dispositif interne adapté aux risques qu'imposent les structures économiques permettant la dissimulation d'opérations criminelles. Le dispositif d'identification imposé par le législateur français permet de remonter les constructions et juxtapositions de structures jusqu'au *bénéficiaire effectif*. Ainsi, dans un mécanisme tel que le portage, le porteur associé serait un bénéficiaire apparent à partir d'une détention de plus de 25 % du capital ou des droits de vote. Il est un interposé qui détient des informations primordiales sur son donneur d'ordres qui est le *bénéficiaire effectif* et ainsi le bénéficiaire final de l'opération contractuelle pour laquelle il a adopté une position de retrait.

---

<sup>1281</sup> CORNU G., op. cit. p. 776.

<sup>1282</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 86.

<sup>1283</sup> Art. R. 561-19 al. 2 du Code monétaire et financier : « Lors du remboursement d'un bon, titre ou contrat mentionné au premier alinéa, l'organisme identifie et vérifie l'identité de son porteur, et le cas échéant du bénéficiaire effectif de ce dernier, selon les modalités prévues respectivement aux articles R. 561-5, R. 561-5-1 et R. 561-7. En outre, lorsque le porteur est différent du souscripteur, ou lorsque le souscripteur est inconnu, l'organisme recueille auprès du porteur des informations sur les modalités d'entrée en possession du bon, titre ou contrat ainsi que, le cas échéant, des justificatifs permettant de corroborer ces informations ».

<sup>1284</sup> Art. R. 561-19 al. 2 du Code monétaire et financier : « Lors du remboursement d'un bon, titre ou contrat mentionné au premier alinéa, l'organisme identifie et vérifie l'identité de son porteur, et le cas échéant du bénéficiaire effectif de ce dernier, selon les modalités prévues respectivement aux articles R. 561-5, R. 561-5-1 et R. 561-7. En outre, lorsque le porteur est différent du souscripteur, ou lorsque le souscripteur est inconnu, l'organisme recueille auprès du porteur des informations sur les modalités d'entrée en possession du bon, titre ou contrat ainsi que, le cas échéant, des justificatifs permettant de corroborer ces informations ».

<sup>1285</sup> BERR CJ., *Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme*, Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017 ; MAYAUD Y., *Terrorisme - Prévention - Surveillance des circuits financiers*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Février 2020.

484. Dans le cas spécifique de la convention de prête-nom, un « propriétaire réel se dissimule derrière un prête-nom<sup>1286</sup> ». Cette pratique admise par l'usage des affaires laisse entrevoir l'existence d'un individu caché, en arrière-plan, qui doit être considéré comme le bénéficiaire final de l'opération contractuelle. Le nantissement et la promesse ne peuvent échapper à la possibilité de désigner un seul bénéficiaire final. Le nantissement confère au créancier nanti, après notification, une « vocation exclusive à recevoir le paiement de la créance donnée en nantissement<sup>1287</sup> ». Dès lors, le seul bénéficiaire final serait le créancier nanti lorsque ledit nantissement porte sur plus de 25 % des droits d'une société. Dans le même ordre, le titulaire d'une promesse unilatérale ne peut échapper à cette qualification.

485. La promesse unilatérale de contrat est un « accord de volonté par lequel une personne s'engage immédiatement envers une autre à passer avec elle un certain contrat à des conditions déterminées, le bénéficiaire de cet engagement investi d'un droit d'option, pendant un délai donné restant libre de ne pas conclure le contrat envisagé ou de le conclure en *levant* l'option dans le délai<sup>1288</sup> ». Cette opération assortie d'une clause de substitution, permettrait au bénéficiaire de l'option de se réserver le droit de se substituer une troisième personne qui elle, pourrait être regardée comme un bénéficiaire final<sup>1289</sup>. Dès lors, le bénéficiaire de plus de 25 % des droits sociaux aurait la possibilité de lever l'option relative à ce type de contrat et d'acquérir librement ces droits lui permettant de jouir d'un pouvoir de contrôle sur les opérations à venir. Pour mieux comprendre l'exercice, il faut faire la différence entre le simple bénéficiaire d'une promesse, et la levée d'option permettant à la personne désignée d'acquérir les droits. Le premier n'a pas encore donné son accord, il n'est donc pas propriétaire des droits sociaux, alors que le second scelle la vente par son consentement, ce qui le désigne comme acquéreur de ces droits. Le bénéficiaire d'une promesse unilatérale ne peut être considéré comme un *bénéficiaire effectif* et donc à plus haute échelle, comme un bénéficiaire final alors qu'en présence d'une clause de substitution, la troisième personne intervenant à la promesse pourrait être considérée comme un bénéficiaire final voir comme un bénéficiaire effectif.

486. Il existe plusieurs mécanismes permettant la création et l'évolution du *bénéficiaire effectif*. Mais il n'exclut pas la possibilité de voir cette qualification endossée par plusieurs personnes physiques lors d'une ou de plusieurs opérations. D'ailleurs, le pacte d'actionnaires ou le groupe

---

<sup>1286</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 88.

<sup>1287</sup> CORNU G., op. cit., p. 678.

<sup>1288</sup> CORNU G., op. cit., p. 818-819.

<sup>1289</sup> NAJJAR I., « Clause de substitution et « position contractuelle » », D. 2000. 635.

familial font partie des opérations permettant la désignation de plusieurs « bénéficiaires effectifs » et ainsi plusieurs bénéficiaires finaux.

## **II : UNE MULTIPLICITE DE PERSONNES PHYSIQUES**

487. Le législateur européen a porté sa réflexion sur une intention manifeste de prendre le plus d'informations possible sur l'identité du *bénéficiaire effectif*<sup>1290</sup>. Ainsi, certaines opérations permettent l'appréhension de plusieurs personnages suspects qualifiés inévitablement de *bénéficiaires effectifs*. C'est notamment le cas en matière d'indivision, de détention indirecte, d'usufruit et de nue-propriété, de location de droits sociaux, de fiducie, de mariage et enfin de pacte d'actionnaires et de groupe familial<sup>1291</sup>.

488. En droit commun, l'indivision est une « situation juridique qui existe jusqu'au partage d'une chose, ou d'un ensemble de choses, entre ceux qui ont sur cette chose ou cet ensemble un droit de même nature<sup>1292</sup> ». Une telle approche peut-elle être envisagée en ce qui concerne le *bénéficiaire effectif* ? Si l'indivision ne dépasse aucun seuil prévu par la loi, mais qu'ensemble les indivisaires sont titulaires de pouvoirs sur les organes sociaux ils peuvent être qualifiés de *bénéficiaires effectifs*<sup>1293</sup>. Son aspect plural peut-il lui permettre de qualifier tous les indivisaires de *bénéficiaires effectifs* ? Le Professeur MORTIER semble tout à fait favorable à cette solution, tout comme la jurisprudence qui a toujours considéré que les indivisaires possèdent la qualité d'associé et qu'à ce titre, ils exercent leurs prérogatives à travers la situation juridique dans laquelle ils s'inscrivent<sup>1294</sup>. Par ailleurs, la doctrine précise que la qualification de *bénéficiaire effectif* peut être retenue dans le cas ou même en l'absence d'un dépassement du seuil de 25 % imposé par la loi, les indivisaires exercent « ensemble un pouvoir sur les organes sociaux<sup>1295</sup> ». De même, la nomination d'un mandataire par les co-indivisaires ne semble pas remettre en cause la possibilité de qualifier ce personnage intervenant au nom et pour le compte de ces derniers de *bénéficiaire effectif*. Il exerce un pouvoir de contrôle sur les parts confiées au nom d'autrui et à ce titre, peut être considéré comme tel.

---

<sup>1290</sup> LASSERRE CAPDEVILLE J., op. cit., p. 7 ; LECOURT B., op. cit., p. 667.

<sup>1291</sup> COURET A., DONDERO., op. cit., p. 80.

<sup>1292</sup> CORNU G., op. cit., p. 543.

<sup>1293</sup> MORTIER R., et BOL S., op. cit., n° 9 ; CASTAGNE S., op. cit., p. 36.

<sup>1294</sup> MORTIER R., BOL S., op. cit., 201, 11, p. 4 ; CASTAGNE S., op. cit., n° 156, p. 32.

<sup>1295</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 80.



489. Une indivision portant sur plus de 25 % du capital encadrée par un mandat consacre également une telle solution. La seule situation excluant la qualification du mandataire comme étant un *bénéficiaire effectif* serait la mission ponctuelle ou seulement apparente de sa mission, la simple présence à une assemblée ne permettant donc pas de qualifier le mandataire de *bénéficiaire effectif*. L'indivision constitue une situation juridique dans laquelle un ou plusieurs *bénéficiaires effectifs* et ainsi un ou plusieurs bénéficiaires finaux peuvent évoluer. Néanmoins, est-ce suffisant pour consacrer ce système comme étant le seul à même de justifier l'unité ou la pluralité de ce personnage atypique ? Il semble que la réponse soit négative puisque, la détention indirecte justifie également l'unité ou la pluralité de bénéficiaires finaux.

490. La détention « désigne parfois, à l'état brut, le pouvoir de fait sur une chose, le fait d'en avoir la maîtrise effective<sup>1296</sup> ». De cette façon, la notion de détention indirecte laisse entendre une forme de maîtrise par intermédiaire de la chose. La détention indirecte comporte un schéma particulier propre aux opérations financières bien connues du droit international. Il s'agit d'une forme de « dématérialisation des titres<sup>1297</sup> », qui consiste « à transformer les contours du droit de l'investisseur : il n'a plus de relation directe avec l'émetteur, car son droit est désormais inscrit dans les livres d'un intermédiaire auprès duquel il a un compte titres<sup>1298</sup> ». Une telle construction juridique et financière permet la mise en place d'écrans successifs entre l'émetteur et l'investisseur. Ce schéma facilite non seulement la circulation des titres, mais également la mise en place de garanties permettant de couvrir les risques concernant les opérations sur les produits dérivés et les demandes de financement. Là encore, la construction d'une telle structure peut dissimuler un ou plusieurs bénéficiaires finaux appelés par l'Autorité des Marchés financiers (AMF), « bénéficiaires effectifs<sup>1299</sup> ». De même en matière d'usufruit et de nue-propriété, l'application de l'article 578 du Code civil<sup>1300</sup> permet de qualifier le nu-propriétaire de bénéficiaire final. L'article R 561-1 du Code monétaire et financier<sup>1301</sup> reposant sur « la détention directe ou indirecte de plus de 25 % du capital

---

<sup>1296</sup> CORNU G., op. cit., p. 342.

<sup>1297</sup> SYNVEH, TENENBAUM A., « Instruments financiers, Opérations sur instruments financiers », Répertoire de droit international, Janvier 2009.

<sup>1298</sup> Ibid.

<sup>1299</sup> AMF, Position-recommandation Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme DOC-2013-05.

<sup>1300</sup> Art. 578 du Code civil : « L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance ».

<sup>1301</sup> Art. R 561-1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce. Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques ci-après ou,

d'une société<sup>1302</sup> », le nu-proprétaire peut être considéré comme le *bénéficiaire effectif*, étant entendu qu'il s'agit d'une catégorie appartenant à un ensemble qualifié de bénéficiaire final. Néanmoins, ce dernier personnage ne sera pas le seul à être qualifié de *bénéficiaire effectif* puisque le titulaire de l'usufruit portant sur les actions détenues par le nu-proprétaire pourra être également « identifié<sup>1303</sup> » comme tel. Par ailleurs, une analyse particulière doit être portée sur le droit de vote du nu-proprétaire et de l'usufruitier.

491. L'article 1844 du Code civil<sup>1304</sup> établit « un partage des prérogatives entre le nu-proprétaire et l'usufruitier<sup>1305</sup> », ce dernier personnage vote sur l'affectation des bénéfices alors même que le nu-proprétaire vote sur le reste. Le Code de commerce prévoit des dispositions spécifiques applicables aux sociétés anonymes et aux commandites par actions. Ainsi, l'article L 255-110 alinéa 1 du Code de commerce<sup>1306</sup>, prévoit la participation au vote de l'usufruitier à toutes les assemblées générales ordinaires alors même que le nu-proprétaire n'a la possibilité de voter qu'aux assemblées extraordinaires. Le cas exceptionnel de la location de droits sociaux est assimilable à la situation précédente<sup>1307</sup>.

492. En présence d'un mariage sous le régime de la communauté, l'associé qui détient plus de 25 % des droits de vote ou du capital d'une société, les partages avec son époux<sup>1308</sup>. Dès lors, l'un et l'autre peuvent se voir attribuer la qualité de « bénéficiaire effectif<sup>1309</sup> » donc de bénéficiaire final. Qu'en est-il des époux mariés sous le régime de la séparation ? Les actions que l'un d'entre eux possède ne sont pas partagées par l'autre. En somme, l'époux n'ayant pas la qualité d'associé ne peut se voir qualifié de *bénéficiaire effectif*. Enfin, il existe un dernier système consacrant la pluralité de *bénéficiaires effectifs*.

---

si la société n'est pas immatriculée en France, leur équivalent en droit étranger qui représente légalement la société : a) Le ou les gérants des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions et des sociétés civiles ; b) Le directeur général des sociétés anonymes à conseil d'administration ; c) Le directeur général unique ou le président du directoire des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance ; d) Le président et, le cas échéant, le directeur général des sociétés par actions simplifiées. Si les représentants légaux mentionnés au a ou au d sont des personnes morales, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes morales ».

<sup>1302</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 81.

<sup>1303</sup> Ibid : les auteurs portent leur réflexion sur les moyens d'identification du bénéficiaire effectif par les Directives européennes re-transposées en droit français.

<sup>1304</sup> Art. 1844 du Code civil : « Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives. Les copropriétaires d'une part sociale indivise sont représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires ou en dehors d'eux. En cas de désaccord, le mandataire sera désigné en justice à la demande du plus diligent. Si une part est grevée d'un usufruit, le droit de vote appartient au nu-proprétaire, sauf pour les décisions concernant l'affectation des bénéfices, où il est réservé à l'usufruitier. Les statuts peuvent déroger aux dispositions des deux alinéas qui précèdent ».

<sup>1305</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 82.

<sup>1306</sup> Art. L 255-110 al. 1 du Code de commerce : « Le droit de vote attaché à l'action appartient à l'usufruitier dans les assemblées générales ordinaires et au nu-proprétaire dans les assemblées générales extraordinaires ».

<sup>1307</sup> Art. L. 239-1 à L. 239-5 du Code de commerce ; Art. L. 317-3 du Code monétaire et financier.

<sup>1308</sup> Cour administrative d'appel de Nantes, 1ère Ch, 11 avril 2000, n°97NT01227.

<sup>1309</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, page 84.

493. La fiducie est un « acte juridique par lequel une personne, nommée fiduciaire, transfère la propriété d'un bien corporel ou incorporel à une autre personne, nommée fiduciaire, soit à titre de garantie d'une créance sous l'obligation de rétrocéder le bien au constituant de la sûreté lorsque celle-ci n'a plus lieu de jouer, soit en vue de réaliser une libéralité sous l'obligation de retransférer le bien à un tiers bénéficiaire après l'avoir géré dans l'intérêt du fiduciaire sous l'obligation de le rétrocéder à ce dernier, à une certaine date<sup>1310</sup> ». Ce système très peu utilisé en France est défini à l'article 2018 du Code civil<sup>1311</sup>, auquel il faut ajouter les prescriptions de l'article L. 561-5 du Code monétaire et financier<sup>1312</sup>. Très méfiant à l'égard de ce système, le législateur européen a prévu dans sa Directive 2015/849 que le constituant, le ou les fiduciaires, le protecteur, les bénéficiaires et toute autre personne physique exerçant un pouvoir de contrôle en dernier lieu, pourront être qualifiés de *bénéficiaires effectifs*<sup>1313</sup>.

494. En raison d'une volonté non dissimulée d'identification du *bénéficiaire effectif*, le législateur européen a entrepris un travail de fond permettant d'identifier autant d'individus, que de situations permettant la dissimulation d'un tel personnage. Partant des recherches précédentes, il est important d'harmoniser la matière en reportant le résultat de ces recherches à la définition du bénéficiaire final. Ainsi, ce dernier personnage incarne une méthode à savoir l'adoption d'une position de retrait, mais également un but poursuivi, la recherche du profit de l'opération. Ces éléments constants peuvent être accompagnés d'éléments variables comprenant, la qualité de personne physique ou morale, le pouvoir exercés, mais également les motivations licites ou illicites. Après avoir consacré l'indifférence de la qualité à laquelle appartient le bénéficiaire final, il est opportun d'analyser le pouvoir attaché à son rôle.

---

<sup>1310</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12e éd., 2018, page 460.

<sup>1311</sup> Art. 2018 du Code civil : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : 1° Les biens, droits ou sûretés transférés. S'ils sont futurs, ils doivent être déterminables ; 2° La durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ; 3° L'identité du ou des constituants ; 4° L'identité du ou des fiduciaires ; 5° L'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ; 6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition ».

<sup>1312</sup> Art. L. 561-5 du Code monétaire et financier : « I. – Avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 : 1° Identifient leur client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif au sens de l'article L. 561-2-2 ; 2° Vérifient ces éléments d'identification sur présentation de tout document écrit à caractère probant. II. – Elles identifient et vérifient dans les mêmes conditions que celles prévues au I l'identité de leurs clients occasionnels et, le cas échéant, de leurs bénéficiaires effectifs, lorsqu'elles soupçonnent qu'une opération pourrait participer au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme ou lorsque les opérations sont d'une certaine nature ou dépassent un certain montant. III. – Lorsque le client souscrit ou adhère à un contrat d'assurance-vie ou de capitalisation, les personnes concernées identifient et vérifient également l'identité des bénéficiaires de ces contrats et le cas échéant des bénéficiaires effectifs de ces bénéficiaires. IV. – Par dérogation au I, lorsque le risque de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme paraît faible et que c'est nécessaire pour ne pas interrompre l'exercice normal de l'activité, les obligations mentionnées au 2° dudit I peuvent être satisfaites durant l'établissement de la relation d'affaires. V. – Les conditions d'application du présent article sont précisées par décret en Conseil d'Etat ».

<sup>1313</sup> Art. 3, 6, b) de la Directive 2015/849 du 20 mai 2015.

### Conclusion de Chapitre

495. Le bénéficiaire final fait l'objet d'une définition portant sur des éléments constants, mais également sur un certain nombre d'éléments variables. L'un d'entre eux concerne la qualité de ce personnage atypique. Est-il une personne physique ou une personne morale ? Dans un premier temps, il était important de consacrer l'indifférence de cette qualité pour ce qui concerne le bénéficiaire final. Alors que la qualité de personne morale a été longtemps ignorée puis consacrée, la personne physique a toujours prédominé comme étant le premier sujet de droit doté de la personnalité juridique. L'abandon du conflit de qualité permet de mettre sur un pied d'égalité l'intérêt purement individuel de la personne physique et l'intérêt collectif de la personne morale.

496. Dans un second temps, il était notamment question de traiter de l'exigence de la qualité de personne physique pour ce qui concerne le *bénéficiaire effectif*. Ce dernier personnage ne fait pas que se rapprocher du bénéficiaire final puisqu'il intègre cette catégorie en tant qu'exception. Provenant de sources internationales et européennes, la transposition en droit interne du dispositif proposé entraîne la création de mécanismes de contrôle et de déclaration obligatoires pour les personnes morales. D'ailleurs, pour tenir compte de l'ensemble des mécanismes permettant à ce personnage d'évoluer, le législateur a pris en compte les cas de l'indivision, de la fiducie, de la détention directe et du mariage sous le régime de la communauté. Le *bénéficiaire effectif* est un personnage flexible qui peut tenir compte d'un ou de plusieurs personnes physiques. L'analyse suivante tiendra compte du pouvoir exercé par le bénéficiaire final, une différence pourra encore une fois être marquée entre ce personnage plus généraliste et son extension exceptionnelle, le *bénéficiaire effectif*.

## Chapitre 2 : Le pouvoir exercé

497. La seule difficulté de cette analyse repose principalement sur la définition de la notion de pouvoir. Le Professeur GAILLARD définit le pouvoir comme « la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui<sup>1314</sup> ». Cette définition permet en droit des sociétés de distinguer non seulement la pluralité de sujets concernés, mais également l'intérêt dans lequel le pouvoir est exercé qui est différent de celui de son titulaire<sup>1315</sup>. Comment cela se traduit-il pour le bénéficiaire final ? Ce personnage, en adoptant une position de retrait, permet à un autre d'agir pour son compte et parfois même en son nom, lorsque l'opération est transparente. Le sujet de droit intervenant pour son compte agit pour satisfaire les intérêts du donneur d'ordres<sup>1316</sup>. Il détient le pouvoir d'agir dans un intérêt distinct du sien, c'est-à-dire qu'il agit dans l'intérêt du bénéficiaire final. Il peut s'agir d'un pouvoir dont il est titulaire par délégation, par désignation, ou d'un pouvoir qui lui est propre. Le mandataire détient le pouvoir délégué par son mandant de même qu'un prête-nom de son donneur d'ordres. Il en est autrement de celui qui prendra une assurance vie au bénéfice d'autrui, ou d'une promesse unilatérale de vente.

498. Comme analysé précédemment, le lien qui unit le bénéficiaire final à son interposé est fondé sur les dispositions contractuelles du mandat. Il s'agit d'une opération de représentation au sein de laquelle un représenté ou un mandant confie à un mandataire pour représentant la lourde tâche d'accomplir des actes pour son compte<sup>1317</sup>. En la matière, la notion de pouvoir apparaît comme une pièce maîtresse de la définition des prérogatives de celui qui assure le rôle du représentant<sup>1318</sup>. Il s'agit ici de revenir sur l'étendue et la préservation des limites de ce pouvoir qui n'est confié que pour un temps donné. Le Professeur GAILLARD parle de prérogatives dont un sujet de droit serait « titulaire<sup>1319</sup> ». Le Professeur CORNU définit cette dernière notion comme la « jouissance en titre d'un droit<sup>1320</sup> », le « sujet actif d'un droit<sup>1321</sup> ». Or, il semble que l'intermédiaire ou l'interposé ne sont pas les véritables titulaires des droits exercés. Ces prérogatives appartiennent à leurs donneurs

---

<sup>1314</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse Paris II, ECONOMICA, 1985, p. 232.

<sup>1315</sup> DECKON F-K., « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », *Revue des sociétés* 2013, p. 467.

<sup>1316</sup> Par référence au titulaire du pouvoir par comparaison au titulaire du droit d'option, voir notamment NAJJAR I., *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1966, n°3, p. 3.

<sup>1317</sup> GENICON T., *Mandat et représentation*, in *Le mandat en question*, Bruylant, 2014, p. 33 et s.

<sup>1318</sup> MATHEY N., « Représentation », *Répertoire de droit civil*, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1319</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Economica, 1985, p. 232.

<sup>1320</sup> CORNU G., *op. cit.*, p. 1029.

<sup>1321</sup> *Ibid.*

d'ordres qualifiés de bénéficiaires finaux. Le Professeur GAILLARD ajoute que c'est un intérêt différent du titulaire qui est alimenté lors de l'exercice de ce pouvoir<sup>1322</sup>. Ainsi, la question de la pluralité de sujet de droit est résolue à travers celui qui exerce ledit pouvoir et celui qui détient le contrôle sur ce pouvoir. Comment cela se traduit-il ? Le donneur d'ordres est celui qui détient le contrôle, il est celui qui confie une partie de son pouvoir à un titulaire apparent dans l'optique qu'il agisse pour son compte<sup>1323</sup>.

499. Le *bénéficiaire effectif* fait partie des bénéficiaires finaux exceptionnels. Ils se caractérisent par des critères qui lui sont propres notamment à travers la définition de sa qualité et les motivations qui l'animent. Il s'agit notamment d'identifier un sujet de droit qui détient « directement ou indirectement plus de 25 % du capital ou des droits de vote<sup>1324</sup> » d'une société ou qui exerce « un pouvoir de contrôle sur la société<sup>1325</sup> ». L'exercice du pouvoir du *bénéficiaire effectif* peut ainsi se traduire par un système de détention qu'il soit direct ou indirect, ou bien par l'exercice d'un pouvoir de contrôle. Cette définition n'est pas différente de celle du bénéficiaire final au sens où la structure reste la même, cependant les traductions juridiques et économiques marquent une certaine différence avec l'ensemble. Dès lors, il est impératif de partir du pouvoir exercé par le bénéficiaire final dans un premier temps (**Section 1**), avant de traiter de l'exception que représente le pouvoir exercé par le *bénéficiaire effectif* (**Section 2**).

## Section 1 : Le pouvoir exercé par le bénéficiaire final

500. La notion de pouvoir est reprise dans plusieurs domaines juridiques différents, néanmoins, sa définition et son sens premier restent les mêmes. En matière de représentation, celui qui exerce le pouvoir pour un individu frappé d'incapacité le représente *à l'action*, c'est la

---

<sup>1322</sup> GAILLARD E., op. cit., p. 232.

<sup>1323</sup> Cet individu fait le choix de se tenir en retrait de l'opération, il détient le droit de choisir par comparaison aux propos utilisés par les auteurs de doctrine en matière d'option : VALORY S., *La potestativité dans les relations contractuelles*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, n°60, p. 53 et 54 ; NAJJAR I., op. cit., n°31 et 45, p. 33 et 44.

<sup>1324</sup> Art. R. 561-1 al. 1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce ».

<sup>1325</sup> Art. R. 561-1 al. 1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce ».

« représentation ad agendum<sup>1326</sup> ». Celui qui exerce le pouvoir pour un individu à l'instance effectue une « représentation ad litem<sup>1327</sup> ». Le Professeur GINCHARD explique que « la représentation suppose un pouvoir de représenter en la personne du représentant<sup>1328</sup> ». Au sens où l'action privée de pouvoir comportait une « irrégularité de fond de l'acte accompli, prévue par l'article 117 du Code de procédure civile<sup>1329</sup> ». En droit des sociétés, celui qui exerce la fonction de gérant ou de dirigeant détient un pouvoir de décision et de représentation de la société. Les statuts de la société définissent l'étendue et la limite des pouvoirs du dirigeant<sup>1330</sup>.

501. Le pouvoir peut apparaître comme une forme de délégation le temps de la représentation. Sachant que certaines dispositions du mandat peuvent trouver à s'appliquer dans la traduction du lien contractuel existant entre le bénéficiaire final et son interposé, l'opération envisagée est réalisée dans l'intérêt de ce donneur d'ordres. Ce qui diffère du mandat et ainsi des opérations de représentation, c'est l'imputation en deux temps de l'acte réalisé. L'adoption d'une position de retrait du bénéficiaire final implique le secret de son rôle comme de son identité<sup>1331</sup>. Cette situation engendre un transfert de l'acte dans le patrimoine de l'interposé, puis une imputation dans le patrimoine du bénéficiaire final. C'est ce qui explique l'importance de définir précisément l'étendue du pouvoir délégué à l'interposé. En matière de représentation, le représentant agissant sans pouvoir ou dans son propre intérêt ne peut entraîner la responsabilité du représenté<sup>1332</sup>.

502. Il existe des opérations dites occultes dans lesquelles, la délégation de pouvoirs ainsi que la délimitation de son exercice n'est pas transparente aux yeux de tous. Il s'agit notamment d'agir par un système d'interposition de personne afin de créer un personnage dont l'apparence des pouvoirs laisse croire qu'il en est le véritable titulaire<sup>1333</sup>. La preuve de la délégation de pouvoir est difficile à apporter si bien que le système de déclaration de simulation souffre du caractère occulte de ce type de délégation<sup>1334</sup>. La notion de fictivité rattachée au caractère occulte de la simulation relève d'une

---

<sup>1326</sup> GINCHARD S, BANDRAC M., « Chapitre 103 - Vérification de la capacité d'ester en justice », Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2017-2018.

<sup>1327</sup> Ibid.

<sup>1328</sup> Ibid.

<sup>1329</sup> Ibid.

<sup>1330</sup> SAINTOURENS B., « Société civile - Organisation et fonctionnement », Répertoire des sociétés, Mars 2012, actualisation Mars 2020.

<sup>1331</sup> DAGOT M., op. cit., 1967 ; BREDIN J.-D., « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956, 261.

<sup>1332</sup> Cass. com., 11 mars 2014 : RDC 2014, 684, note SAUTONIE-LAGUIONIE L ; Cass. civ. 1re., 12 novembre 2015., RTD civ. 2016, 105, obs. BARBIER H.

<sup>1333</sup> Cass. civ., 3e., 15 septembre 2010, n°09-68.656 ; LEDUC F., « Réflexions sur la convention de prête-nom. Contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD civ. 1999, 283.

<sup>1334</sup> OPHELE C., *Simulation*, Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

grande complexité désignant à la fois l'absence de société et la présence d'une société dont la structure réelle sert uniquement de zone de transfert des bénéfices récoltés par un bénéficiaire en retrait.

503. La définition du pouvoir de contrôle doit donc être abordée de manière différente, tant sur le lien existant entre l'interposé et son donneur d'ordres (§1), que sur celui existant entre ce dernier personnage et l'opération qu'il a souhaité faire réaliser pour son compte (§2).

---

## § 1 : Le pouvoir de contrôle sur l'interposé

504. Précédemment, il a été question de chercher un dispositif permettant d'encadrer le lien entre l'interposé et le bénéficiaire final. Pour certaines dispositions, la représentation peut apporter plusieurs réponses au rôle occupé par celui qui réalise l'acte pour le personnage dissimulé. En effet, pour le système juridique français, si une personne ne peut ou ne veut être présente lors de la conclusion d'un contrat, elle peut se faire représenter<sup>1335</sup>. Le représentant qui agit à la place du représenté représente ses intérêts. Cette opération est perfectionnée quand elle est transparente, mais demeure imparfaite lorsqu'elle est occulte ou partiellement occulte<sup>1336</sup>. La représentante est investie d'un pouvoir important permettant à celui qui en est bénéficiaire temporaire d'exercer la mission qui lui a été contractuellement confiée<sup>1337</sup>.

505. D'autres opérations transparentes incarnent une catégorie d'opérations optionnelle sans représentation. Il s'agit notamment du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat. Parmi ces opérations, il n'existe aucune forme de délégation de pouvoir, un individu agit dans l'intérêt d'un autre en lui proposant d'opter pour un avantage proposé au contrat. Dans le pacte de préférence, l'une des parties s'engage à contracter prioritairement avec le bénéficiaire désigné dans l'acte<sup>1338</sup>. La promesse unilatérale de contrat engage celui qui promet un contrat à un bénéficiaire désigné dans l'acte. La forme la plus répandue de promesse unilatérale est la promesse unilatérale de vente, mais il existe également la promesse unilatérale d'achat qui vise l'engagement d'achat à un bénéficiaire si celui-ci accepte de lui vendre son bien<sup>1339</sup>. Ces opérations sont exclues des opérations avec un bénéficiaire final sauf à ce que la promesse unilatérale de vente contienne une clause de substitution.

---

<sup>1335</sup> DIDIER Ph., Thèse, op. cit., 2001 ; DISSAUX N., Thèse, op.cit., 2007.

<sup>1336</sup> WICKER G., *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français*, in *La représentation en droit privé*, 6e journée franco-allemandes, 2016, p. 47.

<sup>1337</sup> GENICON T., op. cit., p. 33 et s.

<sup>1338</sup> Art. 1123 al. 1 du Code civil : « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

<sup>1339</sup> BARRET O., « Promesse de vente - Promesse unilatérale ou « pacte d'option » », Répertoire de droit civil, Janvier 2011 actualisation Mars 2020.



506. La promesse de porte-fort est l'opération par laquelle un sujet de droit permet le fait d'un tiers<sup>1340</sup>. Le bénéficiaire de cette promesse reste en retrait et attend que le tiers réalise le fait promis. Ces différentes opérations définissent la notion de pouvoir de façon parfaitement différente. Il ne s'agit pas d'une forme de délégation de pouvoir sinon il serait question de représentation, mais plutôt de l'exercice d'un droit au profit d'un autre sujet de droit. Dans l'opération avec un bénéficiaire final, l'action pour le compte d'autrui prend une forme particulière puisque par référence au système représentatif, le sujet d'interposition est investi d'un pouvoir par contrat, il concerne néanmoins la position de retrait de son donneur d'ordres en contractant l'acte souhaité en son nom<sup>1341</sup>.

507. La notion de pouvoir devra être définie sous l'angle de la représentation (I), avant de procéder au rejet de la notion dans les autres opérations transparentes (II).

### **I : LE POUVOIR DE L'INTERMEDIAIRE EXERCANT UN ROLE D'INTERPOSE**

508. Le pouvoir dans les opérations de représentation a une définition qui lui est propre. Il s'agit précisément de désigner celui qui exerce les pouvoirs dont il serait titulaire par délégation, ou par intermédiation dans l'intérêt de celui qui ne souhaite pas être présent à l'opération<sup>1342</sup>. La notion de pouvoir telle que définit en matière de représentation permet non seulement de désigner les prérogatives exercées par le représentant, mais également les limites auxquelles il est tenu dans l'exercice de sa mission. L'acte réalisé durant ce temps prédéfini au contrat est considéré comme étant un acte directement accompli par le représenté. C'est à ce niveau que le contrat de mandat vient se distinguer des opérations avec un bénéficiaire final. Les transferts des effets de l'acte s'opèrent en deux temps, tout d'abord ils intègrent le patrimoine de l'interposé avant d'être transférés dans le patrimoine du bénéficiaire final ce qui implique une absence de tous les éléments constitutifs d'une représentation parfaite. Pourtant, il semble que les dispositions relatives aux prérogatives confiées peuvent s'appliquer.

---

<sup>1340</sup> Art. 1204 du Code civil : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ».

<sup>1341</sup> LEDUC F., op. cit., p. 283.

<sup>1342</sup> WICKER G., « La représentation dans le nouveau droit des obligations », JCP 2016. 580.

509. En matière de mandat, le mandataire peut recevoir un certain nombre de prérogatives spéciales ou des prérogatives plus générales<sup>1343</sup>. Alors que le mandat général englobe les actes d'administration, le mandat spécial touche particulièrement les actes prévus au contrat de mandat<sup>1344</sup>. Depuis la réforme du 10 février 2016, le mandat général représente l'accomplissement des « actes conservatoires et d'administration<sup>1345</sup> » et le mandat spécial « les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire<sup>1346</sup> ». Il est désormais possible pour le représentant d'accomplir durant sa mission des actes accessoires<sup>1347</sup>. Cependant, le législateur précise que le représentant ne peut accomplir que les actes qu'il a reçu clairement la mission de réaliser et ceux qui en sont l'accessoire. Il s'agit uniquement d'accomplir les actes qui sont liés à l'acte principal et dont il a reçu préalablement l'habilitation. Ce qui implique nécessairement la dépendance de l'acte accessoire par rapport à l'acte principal. Il s'agit d'une définition stricte de la notion de pouvoir en matière de représentation.

510. Il existe néanmoins plusieurs doutes parmi les auteurs qui mettent en avant le risque d'une interprétation « encore peu assurée<sup>1348</sup> ». Il est faut préciser l'étendue des pouvoirs confiés afin d'éviter toute forme de dérive à l'initiative d'un représentant trop assuré<sup>1349</sup>. Il s'agit de prévenir l'acte accompli dans le cadre d'un dépassement de pouvoirs<sup>1350</sup>. Bien qu'initialement le dépassement de pouvoir fut sanctionné par la nullité, la réforme du 10 février 2016 met en place une double sanction. La première repose sur l'inopposabilité au représenté, le représentant devra supporter l'ensemble des actes accomplis, ils ne pourront être imputés sur le patrimoine du représenté. La seconde repose sur les croyances du tiers contractant, à ce moment le représenté est obligé de poser sur son patrimoine les actes accomplis, à charge pour lui de se retourner contre son représentant. Le législateur a certainement souhaité impliquer davantage le représenté afin que le contrat formant l'accomplissement de ces prérogatives soit plus transparent et beaucoup plus strict. La ratification de

---

<sup>1343</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; DESHAYES O, GENICON T. LAITHIER Y-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LEXISNEXIS, 2018, p. 243 et 244.

<sup>1344</sup> Art. 1987 du Code civil Créé par Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804 : « Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant » ; Article 1988 al. 1 du Code civil Créé par Loi 1804-03-10 promulguée le 20 mars 1804 : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration ».

<sup>1345</sup> Art. 1155 du Code Civil : « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire ».

<sup>1346</sup> Ibid.

<sup>1347</sup> MATHEY N. op. cit., Mai 2018 ; DESHAYES O, GENICON T. LAITHIER Y-M. op. cit., p. 243 et 244.

<sup>1348</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1349</sup> CHANTEPIE G, LATINA M., *Le nouveau droit des obligation, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., DALLOZ, 2018.

<sup>1350</sup> Art. 1156 al. 1 du Code civil : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté ».

l'acte accompli en dehors d'habilitation marque la validation et l'acceptation des effets de l'acte dans le patrimoine de son représenté<sup>1351</sup>. À la différence du dépassement de pouvoir, ou de l'action sans pouvoir, le détournement des pouvoirs confiés rappelle l'action d'un dirigeant de société qui est poursuivie pour abus de biens sociaux<sup>1352</sup>. Il ne s'agit pas uniquement d'agir en dehors de ses pouvoirs, mais d'agir contrairement aux intérêts de la personne qui les lui confie. La encore cette action peut être sanctionnée uniquement si le tiers était ou aurait pu être en connaissance de ce détournement<sup>1353</sup>. Là encore, il est possible de voir une forme de sanction du représenté dans le sens ou il lui appartenait de définir de manière limpide l'étendue des pouvoirs confiés. Il s'agit d'écarter le mandat général et de privilégier le mandat spécial avec une mention pour les actes accessoires.

511. Le pouvoir dans la représentation ne doit pas seulement être observé à travers celui qui agit pour autrui, mais également à travers celui qui confie un certain nombre de prérogatives à autrui. Ce dernier peut toujours exercer lui-même les pouvoirs qu'il a confiés à autrui, ce qui n'est évidemment pas le cas d'autre typologie d'opérations exclu de la définition du bénéficiaire final. Pour le mandat à effet posthume, la définition de la notion de pouvoir repose sur d'autres principes, celui notamment de la conservation des intérêts des héritiers pour le compte de celui qui est décédé. Le pouvoir est donc délimité de façon préalable afin de garantir les intérêts des futurs bénéficiaires. Ces derniers ne détiennent aucun pouvoir à l'origine, ils sont investis uniquement d'un pouvoir d'action qui n'est actif qu'en second temps.

512. Le mandat comme la représentation de façon plus générale repose sur une définition de la notion de pouvoir qui lui est propre. Non seulement cette notion doit être définie à travers l'action de son titulaire réel, mais également à travers celui qui est habilité à l'utiliser qui n'est autre que le représentant, le mandant ou plus généralement l'intermédiaire. Le pouvoir exercé par l'intermédiaire ayant le rôle d'interposé dans le contrat réalisé pour autrui, repose sur les bases d'un rapport contractuel propre à celui du mandant et de son mandataire. La seule différence repose uniquement sur le caractère occulte que doit revêtir ce mandat qui a pour conséquence un acte pris au nom de l'interposé et qui rentre indéfectiblement dans son patrimoine, avant transfert dans celui du bénéficiaire final<sup>1354</sup>. L'exclusion d'autre typologie d'opérations de celles avec un bénéficiaire final, conduit à l'exclusion de leur définition de la notion de pouvoir.

---

<sup>1351</sup> Art. 1156 al. 3 du Code civil : « L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ».

<sup>1352</sup> Art. L. 241-3 du Code de commerce.

<sup>1353</sup> Art. 1157 du Code civil : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

<sup>1354</sup> TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., op. cit., n°242, p. 269 sur ce point les auteurs s'appuient sur COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE., *Contrats civils et commerciaux*, n°660 et s.

## **II : L'EXCLUSION DU POUVOIR DANS LES AUTRES OPERATIONS**

513. Le pouvoir revêt une forme tout autre dans les opérations qui font naître un avantage pour autrui. Le pacte de préférence est un système contractuel fréquemment utilisé en droit des sociétés. Il prend la forme d'une « clause de préemption<sup>1355</sup> » et peut parfaitement se retrouver dans un pacte d'actionnaire. En droit de la distribution, le pacte de préférence est généralement établi dans « un contrat de franchise ou d'enseigne<sup>1356</sup> ». Conclu pour une durée limitée ou non, il permet à celui qui en bénéficie de l'opposer à autrui. Cette opération fait naître une préférence au profit d'un tiers désigné dans l'acte. La définition de la notion de pouvoir est différente de celle analysée dans les opérations de représentation, au sens où il n'existe aucune forme d'interposition dans le pacte de préférence. La définition du pouvoir au sein de cette opération ne peut pas être mise en corrélation avec le pouvoir confié à l'interposé par le bénéficiaire final. L'article 1123 du Code civil prévoit la conclusion d'un contrat de manière unilatérale conférant une priorité en cas de volonté de contracter<sup>1357</sup>. Ce qui implique qu'il détient le droit ultime de prioriser un contrat au bénéfice de quelqu'un ou non. C'est cette même personne qui s'engage à prioriser une autre personne si elle décide de contracter. Ce système contractuel repose sur une liberté laissée à celui qui s'engage envers autrui.

514. Dans la promesse unilatérale de contrat, le promettant s'engage envers le bénéficiaire de telle sorte qu'il soumet la conclusion du contrat à son assentiment. C'est sur ce point précis que le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat diffèrent. Le pacte de préférence est un contrat préliminaire qui s'illustre par le droit de préférer une personne à une autre. De manière différente, la promesse unilatérale se traduit par la transmission d'un pouvoir particulier au bénéficiaire de la promesse, celui de sceller l'engagement ou non. Le promettant transfère le pouvoir de conclusion de l'acte à autrui en sachant qu'il est dépourvu de toute action sur sa volonté de contracter. Le bénéficiaire doit lever l'option et accepter les termes de la promesse pour conclure le contrat.

---

<sup>1355</sup> PILLET G., « Préemption et retraits. D'origine conventionnelle », Répertoire de droit immobilier, Mars 2010, actualisation Février 2019.

<sup>1356</sup> PILLET G., « Préemption et retraits. D'origine conventionnelle », Répertoire de droit immobilier, Mars 2010, actualisation Février 2019.

<sup>1357</sup> Art. 1123 al. 1 du Code civil : « Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter ».

515. La promesse de porte-fort engage celui qui se porte-fort du fait d'un tiers envers le bénéficiaire resté dans l'attente. Il s'agit donc d'une obligation de faire entraînant nécessairement la réalisation d'un résultat<sup>1358</sup>. Ce mécanisme juridique porte l'obligation du porte-fort sur la réalisation du fait par le tiers. En d'autres termes, si le tiers n'effectue pas la tâche promise, le porte-fort sera redevable de l'acte manqué envers son bénéficiaire. L'analyse de la notion de pouvoir repose donc à la fois sur le porte-fort et le tiers. Si le porte-fort ne se dessaisit pas de ses pouvoirs à proprement parlé, il en est privé dans le sens où c'est le tiers qui dans l'exercice de son action scellera son sort vis-à-vis de son bénéficiaire. C'est pour cette raison que le porte-fort est considéré comme déchargé en cas de réalisation de sa mission<sup>1359</sup>. L'analyse de la notion de pouvoir dans cette opération se rapproche de celle intervenant en termes de représentation, mais elle s'en distingue par l'absence d'intermédiation nécessaire à l'existence de ladite représentation. Ainsi, la promesse de porte-fort s'inscrit dans une logique qui lui est propre tout en intégrant un effet similaire à celui de la représentation.

516. Le pouvoir est une notion qui se traduit de manière différente d'une opération à l'autre, si bien qu'il peut à la fois être confié par intermédiation, utilisé directement au profit d'un bénéficiaire qui détient également le pouvoir de l'accepter, et même délégué ou confié à charge pour le bénéficiaire de lever l'option ou pour le tiers de réaliser le fait promis. Dans les opérations avec un bénéficiaire final occulte, la mise en œuvre du pouvoir de contrôle est bien différente, puisqu'il est nécessaire de réunir plusieurs caractéristiques pour définir cette notion. Dans un premier temps, il faut une situation de représentation installée contractuellement. Le bénéficiaire final doit avoir confié des pouvoirs pour qu'il agisse pour son compte<sup>1360</sup>. Cette opération cachée s'inscrit dans l'hypothèse du prête-nom puisque l'interposé fera croire qu'il agit pour lui-même<sup>1361</sup>. Néanmoins, dans son action envers le bénéficiaire final il sera tenu par les dispositions du contrat de mandat notamment à travers la définition du pouvoir confié. L'exclusion des actes sans représentation est confirmée.

---

## § 2 : Le pouvoir de contrôle sur l'opération

517. Les opérations occultes sont celles qui contiennent des éléments dissimulés, il peut s'agir du rôle exact de l'un des cocontractants, de l'existence d'un contrat occulte permettant le retrait du

---

<sup>1358</sup> AUBERT DE VINCELLES C., « Porte-fort », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Avril 2018 ; Cass. Com. 1er avril 2014, n°13-10.629 ; Cass. Com. 11 octobre 2005, n° 03-14.819.

<sup>1359</sup> Cass. civ., 3e, 7 mars 1979, JCP 1979. IV p. 167.

<sup>1360</sup> Voir la représentation dite « imparfaite » : GENICON T., op. cit., p. 33 et s ; DIDIER Ph., op. cit., n°110 et s ; LEDUC F., op. cit., 1999.283.

<sup>1361</sup> Cass. civ., 3e., 15 novembre 2000, JCP 2002, II, 10054, note LIÈVREMONT Ch.

véritable bénéficiaire<sup>1362</sup>. Ce type d'opérations peut appartenir à deux domaines bien particuliers, la simulation ou la fictivité. Le domaine de la simulation comprend le système de l'interposition de personne ainsi que la convention de prête-nom<sup>1363</sup>. Il s'agit notamment de créer une situation apparente permettant de voiler l'existence d'une autre situation par le jeu du déguisement, ou pour faire croire à une situation imaginaire, situation dite fictive. La fictivité peut apparaître comme une forme de simulation, mais son caractère particulier nécessite que cette notion soit abordée de manière distincte. En droit des sociétés, le Professeur DAIGRE rappelle qu'il existe deux types de fictivité, celle qui s'applique lorsqu'il manque un élément essentiel permettant de constituer correctement le contrat de société, et celle qui s'applique lorsqu'une société classique abuse de la personnalité morale d'une autre société à son profit<sup>1364</sup>.

518. Ces opérations occultes appliquent une signification similaire à la notion de pouvoir, celui-ci étant concentré entre les mains d'une seule et même personne qu'elle soit physique ou morale. Ainsi seul le sujet de droit occulte ayant prévu toute l'opération, détient un pouvoir de contrôle conséquent. Dans cette optique, le pouvoir de contrôle appartient à celui qui souhaite se retirer afin de laisser un autre personnage agir à sa place. L'élément intentionnel est suffisamment important pour considérer que le bénéficiaire final occulte qui à l'intention de se retirer afin de profiter des avantages d'une opération à laquelle il n'aura pas directement participé, est celui qui détient le pouvoir de contrôle sur toute l'opération. Bien que la signification de ces dernières notions reste la même dans les opérations dites occultes, la distinction qui existe entre la simulation (I) et la fictivité (II) mérite que le pouvoir soit analysé en référence à ces deux domaines.

## **I : LE POUVOIR ET LA SIMULATION**

519. Les auteurs intègrent dans la simulation deux types de mécanismes, l'un portant sur la personne, l'autre portant sur le contrat<sup>1365</sup>. Alors que le premier crée la confusion en désignant une personne comme titulaire de droits ou d'obligations, l'acte resté dans l'ombre prévoit qu'une autre personne dissimulée bénéficiera en dernier lieu de l'acte réalisé pour elle<sup>1366</sup>. Le bénéficiaire final est donc un « interposant<sup>1367</sup> » resté en retrait afin de profiter des avantages de l'interposition. D'ailleurs,

---

<sup>1362</sup> DAGOT M., *La simulation en droit privé*, 1967 ; Cass. Civ., 3e, 15 septembre 2010, n°09-68.656.

<sup>1363</sup> Cass. Civ., 3e., 8 juillet 1992, Bull. civ. 1992, III, n°246, JCP 1993, II, 21982, note WIEDERKEHR ; RTD civ. 1993, 352, obs. Mestre.

<sup>1364</sup> DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018.

<sup>1365</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>1366</sup> Cass. Civ. 1ère, 19 septembre 2007, n°06-14.550, RTD civ. 2007. 772, obs. FAGES ; Cass. Civ. 3e, 9 février 1994, n°91-21.907 : en ce qui concerne l'organisation de la succession de baux.

<sup>1367</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015.

il est *l'instigateur* de l'opération, ce qui laisse entendre qu'il contrôle l'opération qu'il a lui-même mise en place. Dans le cadre d'une opération occulte telle que l'interposition de personne, ce personnage atypique doit être entendu comme étant celui qui a un pouvoir de contrôle réel sur l'opération de façon indirecte puisqu'il fait intervenir une personne interposée pour occulter sa présence<sup>1368</sup>. C'est pour cette raison qu'il serait antinomique de qualifier le bénéficiaire final occulte de *maître de l'affaire*. Ce dernier personnage a une signification bien précise dans la gestion d'affaires, il délaisse volontairement ou non ses affaires, ce qui pousse un autre individu à agir spontanément pour ses intérêts sans qu'il y ait consenti. Le *maître de l'affaire* est loin d'être au contrôle de l'opération, il est un bénéficiaire passif de l'opération.

520. La convention de prête-nom et l'interposition de personne sont des techniques qui peuvent se rapprocher compte tenu du but poursuivi lors de leur mise en œuvre<sup>1369</sup>. Dans cette situation, celui qui occupe le rôle de l'interposé est lié par des obligations contractuelles à l'égard du bénéficiaire final de l'opération<sup>1370</sup>. Alors que dans la convention le prête-nom, les trois intervenants sont informés et acceptent la situation d'interposition, dans la situation précédente, le cocontractant l'ignore et seul le bénéficiaire final et son interposé connaissent la vérité. L'interposition de personne et la convention de prête-nom peuvent donc apparaître comme deux mécanismes similaires pour certains auteurs ou distincts pour d'autres<sup>1371</sup>.

521. Toujours est-il que ces deux mécanismes ont le même but, celui de laisser en retrait le véritable bénéficiaire de l'opération afin qu'il tire profit d'une opération à laquelle il n'a pas directement participé. D'ailleurs, le Professeur GHESTIN précise que les règles qui s'appliquent dans le cadre d'un contrat entre le bénéficiaire en retrait et son interposé sont celles du contrat de mandat<sup>1372</sup>. Les dispositions relatives aux systèmes de représentation s'appliquent donc également dans la compréhension des notions de pouvoir de contrôle. Le système de la représentation permet, par un jeu de transmission de pouvoirs limités dans le temps, de laisser un certain nombre de prérogatives à celui qui exécute un mandat dans son intérêt. À partir des clauses contenues dans ce

---

<sup>1368</sup> DUBOIS DE LIZY., *L'interposition de personnes*, LGDJ, 2010.

<sup>1369</sup> Réfs à la thèse de DAGOT M., op. cit.

<sup>1370</sup> La convention de prête-nom est l'opération qui permet la dissimulation totale d'une personne par l'intervention d'une autre personne qui vient apporter son nom à l'acte en faisant croire qu'il contracte pour lui-même alors qu'il agit pour autrui : CHABAS F, MAZEAUD H, J, et L., *Leçons de droit civil : Introduction à l'étude du droit*, Tome 1, Volume 1, LGDJ, 12e éd., Octobre 2000 ; CHABAS F, MAZEAUD H, J, et L., *Leçons de droit civil : Obligations : théorie générale*, Tome 2, Volume 1, LGDJ, 9e éd., Octobre 1998.

<sup>1371</sup> COLLART-DUTILLEUIL F, DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz Collection : Précis, Droit privé, 11e éd., Février 2019.

<sup>1372</sup> GHESTIN J., « La distinction... », op. cit., 3628 ; « Nouvelles propositions... », op. cit., 777 ; « La nature juridique de la faculté de substitution stipulée dans la promesse de vente », Les petites affiches du 30 octobre 1987, n° 130, p. 13 ; La notion de contrat, in Droits.

contrat, il est possible de connaître l'étendue des pouvoirs confiés à l'interposé. Le mandant n'abandonne pas ses prérogatives, il confie une mission à l'interposé en lui indiquant qu'il agit pour son intérêt. Il conserve un pouvoir de contrôle sur l'opération, si bien que les effets des actes réalisés sont directement transférés dans son patrimoine.

522. Qu'il s'agisse de la simulation par interposition de personne ou par convention de prête-nom, le pouvoir de contrôle de l'opération reste entre les mains du bénéficiaire final. D'ailleurs, ce pouvoir de contrôle est exacerbé par le caractère occulte de l'opération dans laquelle il s'inscrit. La fictivité regroupe des situations différentes dans lesquelles les notions de *pouvoir* et de *contrôle* peuvent se matérialiser de façon différente.

## **II : LE POUVOIR ET LA FICTIVITE**

523. La fictivité est une notion controversée trop souvent utilisée en dépit de toute analyse juridique. Le Professeur DAIGRE revient sur cette notion en la définissant de deux façons différentes, la première porte sur la fictivité d'une société par l'absence d'un élément constitutif du contrat de société, la seconde porte sur l'utilisation abusive d'une société par une autre société<sup>1373</sup>. L'analyse de la notion de pouvoir est tout à fait particulière ici, l'absence d'*affectio societatis*, qui peut être définie comme l'absence de volonté de créer une société, fait nécessairement peser l'existence d'un pouvoir de contrôle sur ceux qui ont réfléchi à ce montage<sup>1374</sup>. Ainsi, la société mère qui s'agrandit en mettant en place des filiales déclarées fictives pourrait être considérée comme le bénéficiaire final de l'opération occulte qu'elle a été créée pour réaliser. Ce type de fictivité rappelle celle des associés de complaisance qui ne sont en réalité que les porteurs apparents des parts d'un individu resté en retrait<sup>1375</sup>. Là encore, le pouvoir se retrouve essentiellement entre les mains de l'individu resté en retrait, le porteur apparent n'étant qu'un écran instrumentalisé dans l'intérêt de la personne dissimulée.

524. L'abus d'une société normalement constituée se distingue de la fictivité précédente au sens où la société a été correctement immatriculée, elle est un véritable sujet de droit. Il s'agit d'un type de fictivité qui a pris et qui continue à prendre un essor considérable<sup>1376</sup>. Une personne morale est créée dans le but de réaliser une ou plusieurs opérations contractuelles avec des tiers pour servir

---

<sup>1373</sup> DAIGRE J.-J., « Société fictive », Répertoire des sociétés, Octobre 1999, actualisation Avril 2018.

<sup>1374</sup> CA Paris, 26 février 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. 669, note A.P.S.

<sup>1375</sup> Cass. Com. 2 mars 1969, Dalloz, 1970, page 16 ; CA Paris, 26 janvier 1986, RTD com. 1986 p. 518.

<sup>1376</sup> CUTAJAR-RIVIERE C., *La société écran*, Thèse, éd. LGDJ, 1998.



les intérêts d'une autre sujet de droit resté en retrait<sup>1377</sup>. Ici, le pouvoir appartient à la société créatrice qui a permis la création de la seconde société dans le but de servir ses intérêts. Le pouvoir de contrôle ne dépend pas du caractère réel ou non du sujet instrumentalisé, il dépend uniquement de l'intention de son auteur lors de la mise en place du mécanisme fictif. Ce dernier avait-il l'intention de créer une simple filiale, ou de créer un élément lui permettant de masquer ses véritables intentions ? C'est à cette question qu'il faut répondre pour déterminer celui qui détient ce pouvoir de contrôle et qui peut être qualifié de bénéficiaire final.

525. Le *bénéficiaire effectif* est un personnage singulier dont les éléments de définition restent assez simples. Tout d'abord, ce personnage sera toujours une personne physique qu'il soit unique ou pluriel. Ensuite, l'exercice de son pouvoir dépendra essentiellement de deux éléments, la détention d'un capital minimum et l'exercice d'un pouvoir de contrôle sur l'opération.

## Section 2 : L'exception : le pouvoir exercé par le bénéficiaire effectif

526. De manière courante, la notion de *contrôle* désigne l'action de contrôler quelque chose ou quelqu'un, d'influer sur son comportement. Le Professeur CORNU caractérise cette notion comme désignant la « vérification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement<sup>1378</sup> ». Le pouvoir correspond à la « maîtrise de fait, force, puissance<sup>1379</sup> », il peut s'agir d'une « prérogative juridique<sup>1380</sup> » donnée à une personne dans le but de contrôler quelqu'un ou quelque chose. L'association de ces deux notions est loin d'être anodine, elle désigne à la fois, la compétence et le droit dont est titulaire le *bénéficiaire effectif*. D'ailleurs, l'action de contrôler renvoie nécessairement à une position proactive de ce personnage, qui ne peut être assimilé à un sujet de droit effacé, simplement désigné ou étranger à la situation contractuelle dont il bénéficie. En matière d'opération avec un bénéficiaire effectif, l'intervention du législateur européen a particulièrement alimenté notre système juridique. Il exige notamment l'identification des personnes physiques aux commandes des structures apparentes. Le Professeur BÈGUE considère d'ailleurs que « l'idéal de transparence doit toujours conduire à l'identification d'une personne physique<sup>1381</sup> ».

---

<sup>1377</sup> Cass. Com. 21 novembre 1995, JCP, 1996, II, page 852.

<sup>1378</sup> CORNU G., op.cit., p. 267.

<sup>1379</sup> CORNU G., op.cit., p. 784.

<sup>1380</sup> Ibid.

<sup>1381</sup> BÈGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, BRUYLANT, 2017, n°59, p.47.

527. L'article L. 561-2-2 du Code monétaire et financier définit le *bénéficiaire effectif* comme « la ou les personnes physiques 1° soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée<sup>1382</sup> ». Ce personnage peut être soit l'individu qui contrôle finalement, directement ou indirectement le client, soit l'individu pour lequel une opération est réalisée. La notion de *contrôle* n'est consacrée par le législateur que dans le premier choix, cette notion reste absente en second choix. À croire que le législateur ne conçoit pas que le *bénéficiaire effectif* ait un pouvoir de contrôle lorsqu'il fait réaliser l'opération pour son compte. Cette interprétation laisse entrevoir une rupture avec l'idée qu'il y aurait une similitude entre ce personnage et celui du bénéficiaire final. En effet, ce dernier sujet de droit contrôle en premier et en dernier lieu, directement ou indirectement l'individu qu'il fait intervenir pour lui, mais en plus, il exerce ce même pouvoir de contrôle sur le montage sociétaire qu'il utilise sous forme apparente pour couvrir ses activités. Il serait plus approprié de considérer que le bénéficiaire final est une ou plusieurs personnes physiques ou morales qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement l'opération par le biais d'un interposé, personne physique ou d'une personne morale instrumentalisée ou fictive.

528. À ce stade, les critères étant beaucoup plus précis, l'identification du bénéficiaire final devrait en être facilitée. Néanmoins, il semble que nous soyons tentés par l'utilisation de termes généraux permettant d'appréhender toutes les situations possibles sans précision. Une telle situation laisse libre cours à de multiples interprétations alors que la mise en place d'un dispositif autour de la notion de bénéficiaire final nécessite précision, rigueur et harmonie. Dès lors, et pour construire un dispositif harmonieux, il a été important de développer des éléments constants de définition du bénéficiaire final, puis des éléments variables lui permettant d'appréhender des situations précises, mais variées. Les éléments constants de définition du bénéficiaire final sont l'adoption d'une position de retrait et la recherche du profit de l'opération. Ces deux éléments se retrouvent dans la définition légale du *bénéficiaire effectif*. Simplement, au fil de l'analyse, il a été permis de voir que ces deux personnages se distinguent en plusieurs critères variables. Notamment, le bénéficiaire effectif doit être analysé uniquement comme une personne physique<sup>1383</sup>. Les dispositions légales qui gouvernent cette notion vont dans la direction d'une lutte constante contre l'illicéité occulte. Enfin, la définition

---

<sup>1382</sup> Art. L 561-2-2 du Code monétaire et financier : « Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques : 1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret en Conseil d'Etat précise la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif ».

<sup>1383</sup> LASSERRE CAPDEVILLE J., op. cit., p. 7 ; PORRACHIA D., op.cit., n°115z5, p. 67 ; Ord. n°2020-115, 12 février 2020, renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : JO 13 février 2020, texte n°12 ; JCP E 2020, act. 128 ; JCP E 2020, act. 153.

du pouvoir est bien spécifique et se découpe en deux temps, la détention d'un capital ou de droits de vote et le pouvoir de contrôle<sup>1384</sup>.

529. Dans le respect de principes fondamentaux simples, tels que l'adage : « *specialia generalibus derogant* », il est désormais possible de considérer le *bénéficiaire effectif* comme une sous-catégorie appartenant à un domaine plus important comportant un ensemble de bénéficiaires finaux. Il possède les critères suffisants permettant de l'assimiler à ce personnage, mais il possède des particularités spécifiques qui requièrent un examen particulier. Notamment, le pouvoir exercé par le bénéficiaire final reflète un caractère général et ne donne aucune indication sur l'exercice de ce pouvoir par le *bénéficiaire effectif*. Ce dernier personnage peut soit détenir « directement ou indirectement plus de 25 % du capital ou de droit de vote<sup>1385</sup> » (§1), soit exercer « un pouvoir de contrôle<sup>1386</sup> » sur cette société (§2).

---

## § 1 : La détention du capital

530. Notre système juridique a une conception bien commune de la notion de pouvoir. En effet, le pouvoir est couramment entendu comme le fait d'avoir ou d'obtenir une forme de puissance sur quelque chose ou quelqu'un. La « puissance<sup>1387</sup> » renvoie donc de façon très naturelle à la notion de « maîtrise<sup>1388</sup> » qui est d'ailleurs reprise pour définir le pouvoir au sens juridique du terme. De manière courante, l'existence d'une forme de contrôle sur une chose ou une personne laisse apparaître une certaine maîtrise. Néanmoins, pour la doctrine, la référence à la notion de contrôle a un sens beaucoup plus précis, puisque le Professeur CORNU fait référence à des notions telles que la

---

<sup>1384</sup> Sur ce point : JOUE L. 141, 5 juin 2015 ; GOURIO A. Et GILLOUARD M., « Le paquet anti-blanchiment et financement du terrorisme du 20 mai 2015 », RD banc. financier, septembre-octobre 2015, n°177 ; BLANLUET G., *La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international, Etudes à la mémoire de Maurice COZIAN*, LexisNexis, 2009, p. 513 ; DIBOUT P., *Bénéficiaire effectif : l'approche française*, Mélanges J.-P., Le Gall, Dalloz, 2007, p. 49.

<sup>1385</sup> Art. R. 561-1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce. Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques ci-après ou, si la société n'est pas immatriculée en France, leur équivalent en droit étranger qui représente légalement la société : a) Le ou les gérants des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions et des sociétés civiles ; b) Le directeur général des sociétés anonymes à conseil d'administration ; c) Le directeur général unique ou le président du directoire des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance ; d) Le président et, le cas échéant, le directeur général des sociétés par actions simplifiées. Si les représentants légaux mentionnés au a ou au d sont des personnes morales, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes morales ».

<sup>1386</sup> Ibid.

<sup>1387</sup> CORNU G. op. cit., p. 784.

<sup>1388</sup> CORNU G. op. cit., p. 784.

*vérification* et la *conformité*. Ainsi, une personne qui est en charge d'un pouvoir de contrôle peut vérifier la conformité « à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement<sup>1389</sup> ». Cet individu peut interférer dans l'application d'une décision et s'opposer à un comportement à partir du moment où il estime qu'il existe un défaut de conformité. Dès lors, le contrôle n'est pas qu'une question de maîtrise, mais une question d'approbation, de vérification et même de précaution<sup>1390</sup>. C'est en ce sens que le législateur européen définit le *bénéficiaire effectif*.

531. En effet, ce dernier personnage est défini par l'article R. 561-1 du Code monétaire et financier comme « la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit qui exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur les organes de gestion, d'administration ou de direction de la société ou sur l'assemblée générale de ses associés<sup>1391</sup> ». Ainsi, la personne physique qui détient directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote d'une société, ou la personne physique qui exerce tout autre moyen de contrôle sur ladite société, peut être qualifiée de *bénéficiaire effectif*. Rien n'est précisé quand aux modalités permettant le franchissement de ce seuil, aucune référence au contrôle conjoint ou à l'article L. 233-10 du Code de commerce pour ce qui est de « l'action de concert<sup>1392</sup> ». Dans cette optique, qu'il s'agisse d'un contrôle conjoint ou d'une « action de concert<sup>1393</sup> », la référence à l'article L. 233-3 du Code de commerce 3), 4) du I<sup>1394</sup>, introduite à l'article R. 561-1 du Code monétaire et financier par le Décret du 18 avril 2018 ne vise uniquement que le critère du « pouvoir de contrôle<sup>1395</sup> ».

---

<sup>1389</sup> CORNU G., op. cit., p. 267.

<sup>1390</sup> LE NABASQUE H., « Retour sur la notion de bénéficiaires effectifs », BJS 2018, p. 8 n°6.

<sup>1391</sup> Art. R. 561-1 du Code monétaire et financier.

<sup>1392</sup> Art. L. 233-10 du Code de commerce : « I.-Sont considérées comme agissant de concert les personnes qui ont conclu un accord en vue d'acquiescer, de céder ou d'exercer des droits de vote, pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la société ou pour obtenir le contrôle de cette société. II.-Un tel accord est présumé exister : 1° Entre une société, le président de son conseil d'administration et ses directeurs généraux ou les membres de son directoire ou ses gérants ; 2° Entre une société et les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 ; 3° Entre des sociétés contrôlées par la même ou les mêmes personnes ; 4° Entre les associés d'une société par actions simplifiée à l'égard des sociétés que celle-ci contrôle ; 5° Entre le fiduciaire et le bénéficiaire d'un contrat de fiducie, si ce bénéficiaire est le constituant. III.-Les personnes agissant de concert sont tenues solidairement aux obligations qui leur sont faites par les lois et règlements ».

<sup>1393</sup> LE NABASQUE H., op. cit., p. 8, n°6.

<sup>1394</sup> Art. L. 233-3 du Code de commerce : « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II.-Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III.-Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

<sup>1395</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 65.

532. En d'autres termes, quelle que soit la façon dont les parts de capital ou le droit de vote d'une société sont maintenus, le franchissement d'un seuil de 25 % est toujours synonyme de contrôle. Dès lors, le *bénéficiaire effectif*, qui est une branche particulière du bénéficiaire final, pourrait être considéré comme ayant un pouvoir suffisant sur l'opération dont il souhaite récolter les bénéfices, à partir du moment où il détient plus de 25 % des parts ou des droits de vote d'une société.

533. En somme, pour identifier le bénéficiaire final, il convient de lui reconnaître un certain pouvoir sur l'opération envisagée et ainsi de définir son pouvoir de détention (I). C'est d'ailleurs à partir de cette définition qu'interviendra l'identification de celui qui exerce le pouvoir de détention par des critères légaux simples préalablement définis par les textes. Le franchissement du seuil de 25 % est donc nécessaire et indispensable pour qualifier toute personne physique de *bénéficiaire effectif* (II).

### **I : LA DEFINITION DU « POUVOIR » PAR LA DETENTION**

534. Comment faut-il comprendre et définir la notion de pouvoir ? Selon le Professeur CORNU, le pouvoir est une « maîtrise de fait<sup>1396</sup> », cette notion fait référence à la force, à la puissance en lien avec une fonction, une compétence, une aptitude. D'ailleurs, le droit pénal considère que nul ne peut parler de qualité pour agir sans citer le pouvoir d'agir. Il s'agit de l'un des principaux attributs pour agir en justice dans la mesure où le pouvoir d'agir doit être « vérifié dans les hypothèses où la victime directe ne peut exercer seule les droits dont elle jouit<sup>1397</sup> ». En droit des sociétés, le pouvoir peut s'entendre comme la liberté d'agir conservatoirement, si bien que dans l'exercice de l'usufruit des droits sociaux, le nu-proprétaire peut, en toute quiétude, agir « dans l'intérêt de la conservation de la chose<sup>1398</sup> ».

535. L'analyse de ces trois premières matières permet de faire ressortir une ligne directrice évidente, le titulaire d'un pouvoir est celui qui détient les caractéristiques suffisantes pour lui permettre d'engager une action en son nom et pour son compte. Celui qui détient le pouvoir, détient la capacité, l'inverse n'est pourtant pas toujours évident. En matière de représentation, la notion de pouvoir renvoie à une « prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins

---

<sup>1396</sup> CORNU G., op.cit., p. 784.

<sup>1397</sup> LEMASSON A-T., « Justice Internationale pénale - Action dans le procès international pénal », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Janvier 2014.

<sup>1398</sup> ZENATIF., « Usufruit des droits sociaux - Exercice de l'usufruit des droits sociaux », Répertoire des sociétés, Janvier 2003, actualisation Septembre 2019.

partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui<sup>1399</sup> ». Bien que vivement critiquée, cette notion désigne « d'une part, un type particulier de prérogative, mais aussi, d'autre part, l'aptitude à mettre en œuvre ce type de prérogative<sup>1400</sup> ». Les prérogatives font référence à la compétence ou au « droit reconnu ou attribué à une personne ou à un organe en raison de sa fonction et impliquant pour lui une certaine supériorité, puissance ou immunité<sup>1401</sup> ». L'aptitude est une *vocation juridique*, elle fait référence à la qualité reconnue à une personne<sup>1402</sup>.

536. Dans le cadre d'une société, les associés ont un pouvoir de gérance et donc de décision sur l'avenir de la structure qu'ils dirigent. D'ailleurs, l'article 1848 du Code civil confère au gérant des prérogatives inhérentes à sa qualité<sup>1403</sup>. Le gérant agit au nom de la société et engage celle-ci à l'égard des autres sujets de droit. L'exercice de ce pouvoir, notamment par l'accomplissement d'actes de gestion pour le compte de la société, permet la réalisation d'effets de droit comme tout acte juridique. La ou les personnes physiques qualifiées de bénéficiaires finaux peuvent exercer librement les pouvoirs propres à leur qualité. Ils apparaissent comme les instigateurs ou les dirigeants des opérations qu'ils envisagent ou convoitent dans leurs propres intérêts<sup>1404</sup>. Au demeurant, le législateur y fait très clairement allusion pour ce qui est de l'identification du « bénéficiaire effectif ». En effet, les articles L. 233-3<sup>1405</sup>, L. 233-4<sup>1406</sup>, L. 233-7 Al. I a)<sup>1407</sup> du Code de commerce font référence à des

---

<sup>1399</sup> GAILLARD E., *La notion de pouvoir en droit privé*, ECONOMICA, Paris, 1985.

<sup>1400</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1401</sup> CORNU G., op.cit., p. 793-794.

<sup>1402</sup> CORNU G., op.cit., p. 78.

<sup>1403</sup> Art. 1848 du Code civil : « Dans les rapports entre associés, le gérant peut accomplir tous les actes de gestion que demande l'intérêt de la société. S'il y a plusieurs gérants, ils exercent séparément ces pouvoirs, sauf le droit qui appartient à chacun de s'opposer à une opération avant qu'elle ne soit conclue. Le tout, à défaut de dispositions des statuts sur le mode d'administration ».

<sup>1404</sup> MORTIER R. Et BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », Droit des sociétés 2017, étude 11, p. 4 ; VARACHAS L., « Le « bénéficiaire effectif » dans les sociétés non cotées, in dossier « Les actionnaires » », Journ. Sociétés n°158, décembre 2017, p. 27.

<sup>1405</sup> Art. L. 233-3 du Code de commerce : « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

<sup>1406</sup> Art. L. 233-4 du Code de commerce : « Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ».

<sup>1407</sup> Art. L. 233-7 al. I a) du Code de commerce : « I.- Lorsque les actions d'une société ayant son siège sur le territoire de la République sont admises aux négociations sur un marché réglementé d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou sur un marché d'instruments financiers admettant aux négociations des actions pouvant être inscrites en compte chez un intermédiaire mentionné à l'article L. 211-3 du code monétaire et financier, toute personne physique ou morale agissant seule ou de concert qui vient à posséder, directement ou indirectement, un nombre d'actions représentant

notions telles que la détention, la disposition, la détermination, la possession, l'acquisition, qui renvoient directement ou indirectement à la notion de pouvoir. De plus, il est prévu à l'article R. 561-2 du Code de commerce que le *bénéficiaire effectif* est « la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % des parts, actions ou droits de vote du placement collectif, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce sur le placement collectif ou, si ce dernier n'est pas une société, sur la société de gestion de ce placement collectif<sup>1408</sup> ». Dès lors, le représentant légal d'une société peut sans aucune difficulté prendre des décisions lui permettant d'agir dans les intérêts de cette dernière, tout en restant limité par les statuts qui consolident ses fondations<sup>1409</sup>. Cette affirmation est tout à fait évidente compte tenu du fait que le dirigeant d'une société pourrait justifier toutes ses actions comme allant dans le sens de la société qu'il représente alors même que ce ne serait pas le cas.

537. La création du délit d'abus de biens sociaux a permis d'incriminer les agissements de dirigeants peu scrupuleux, abusant sans commune mesure des pouvoirs qui leur sont attribués<sup>1410</sup>. Pour aller plus loin, le Décret n° 2018-284 du 18 avril 2018 précise que « le contrôle exercé sur la société par le BE se définit par référence à l'article L 233-3, I, 3° et 4° du Code de commerce<sup>1411</sup> ». Il ne s'agit plus de viser un pouvoir de contrôle quelconque, mais un pouvoir de contrôle exercé par un associé ou un actionnaire. Une telle définition implique une application spécifique du pouvoir de

---

plus du vingtième, du dixième, des trois vingtièmes, du cinquième, du quart, des trois dixièmes, du tiers, de la moitié, des deux tiers, des dix-huit vingtièmes ou des dix-neuf vingtièmes du capital ou des droits de vote informe la société dans un délai fixé par décret en Conseil d'Etat, à compter du franchissement du seuil de participation, du nombre total d'actions ou de droits de vote qu'elle possède. L'information mentionnée à l'alinéa précédent est également donnée dans les mêmes délais lorsque la participation en capital ou en droits de vote devient inférieure aux seuils mentionnés par cet alinéa. La personne tenue à l'information prévue au premier alinéa précise en outre dans sa déclaration : a) Le nombre de titres qu'elle possède donnant accès à terme aux actions à émettre et les droits de vote qui y seront attachés ».

<sup>1408</sup> Art. R. 561-2 du Code de commerce : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est un placement collectif au sens du I de l'article L. 214-1, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % des parts, actions ou droits de vote du placement collectif, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce sur le placement collectif ou, si ce dernier n'est pas une société, sur la société de gestion de ce placement collectif. Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est : a) Lorsque le placement collectif est une société, la ou les personnes physiques représentants légaux déterminées conformément aux dispositions de l'article R. 561-1, ou lorsque ce placement collectif est géré par une société de gestion, la ou les personnes physiques dirigeant effectivement cette société de gestion au sens du 4 du II de l'article L. 532-9 ; b) Lorsque le placement collectif n'est pas une société, la ou les personnes physiques qui assurent la direction effective de la société de gestion au sens du 4° du II de l'article L. 532-9 ».

<sup>1409</sup> ROUAUD A-C., « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de société », *Revue des sociétés*, 2014, p. 415.

<sup>1410</sup> REBUT D., « Abus de biens sociaux - Eléments constitutifs », Janvier, actualisation Avril 2018.

<sup>1411</sup> DONDERO B., « Le décret n°2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : les dispositions sur les bénéficiaires effectifs », *La semaine juridique : Entreprise et affaires*, n°19, 10 mai 2018, LEXIS NEXIS.

contrôle propre au *bénéficiaire effectif*. Le Décret de 2018 vient clairement poser une exception avec toutes les autres situations juridiques incluant un pouvoir de contrôle, et impose le *bénéficiaire effectif* comme un bénéficiaire final n'ayant d'existence que dans un champ bien spécifique.

## **II : L'IDENTIFICATION DU « POUVOIR » PAR LA DETENTION**

538. L'article R. 561-1 du Code monétaire et financier permet d'identifier de façon plus précise la personne physique qui peut être qualifiée de *bénéficiaire effectif*<sup>1412</sup>. En l'absence d'identification, c'est toujours la personne physique qui exerce une fonction de direction qui sera qualifiée de *bénéficiaire effectif*<sup>1413</sup>. Conformément aux textes européens, c'est le franchissement du seuil des 25 % du capital ou des droits de vote d'une société qui caractérise le premier critère d'identification de celui qui détient réellement le pouvoir à savoir le *bénéficiaire effectif*. Le franchissement du seuil de 25 % peut avoir lieu de manière directe ou indirecte. Si bien que plusieurs personnes physiques peuvent être qualifiées de *bénéficiaire effectif* parce qu'elles franchissent ensemble de seuils fixés par les textes<sup>1414</sup>. La détention indirecte pose plusieurs difficultés compte tenu du fait qu'elle repose sur une base totalement occulte<sup>1415</sup>. Il existe plusieurs méthodes indiquées reprises par l'Autorité des Marchés Financiers, l'AMF, afin de guider les Etats dans l'identification des personnes physiques détenant indirectement plus de 25 % du capital ou des droits de vote d'une société.

539. La première méthode utilisée pour identifier celui qui détient le pouvoir est celle « du produit des participations <sup>1416</sup> ». L'AMF présente les participants *simples* dans une société

---

<sup>1412</sup> Art. R. 561-1 al. 1 du Code monétaire et financier : « ...la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25% du capital ou des droits de vote de la société... »

<sup>1413</sup> Art. R. 561-1 al. 2 du Code monétaire et financier : « Lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée selon les critères prévus au précédent alinéa, et que la personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'a pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client mentionné au précédent alinéa, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques ci-après ou, si la société n'est pas immatriculée en France, leur équivalent en droit étranger qui représente légalement la société : a) Le ou les gérants des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite simple, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions et des sociétés civiles ; b) Le directeur général des sociétés anonymes à conseil d'administration ; c) Le directeur général unique ou le président du directoire des sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance ; d) Le président et, le cas échéant, le directeur général des sociétés par actions simplifiées. Si les représentants légaux mentionnés au a ou au d sont des personnes morales, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes morales ».

<sup>1414</sup> COURET A., DONDERO B., op.cit., p. 65.

<sup>1415</sup> Fasc. « Le monde caché des bénéficiaires effectifs », LexisNexis, 2017 : en ce qui concerne la notion de « chaîne de détention ».

<sup>1416</sup> COURET A., DONDERO B., op.cit., p. 73.



anonyme<sup>1417</sup>. Il y a trois niveaux de détention avec des personnes physiques et morales désignées comme actionnaires. À tous les niveaux, la personne physique détenant plus de 25 % du capital ou des droits de vote est un *bénéficiaire effectif*. Il s'agit d'une approche mathématique notamment retenue par le Conseil National des greffiers des tribunaux de commerce<sup>1418</sup>. Par exemple : Une société anonyme est décrite comme suit : l'actionnaire-personne physique (A) détient 10 % du capital, la personne morale actionnaire (B) 60 % et la personne physique actionnaire (C) 30 %. Le seul bénéficiaire final à ce niveau est l'actionnaire (C)<sup>1419</sup>. L'approche juridique renvoie aux différentes opérations occultes construites autour de ce personnage et permettant sa dissimulation, le pacte d'actionnaires, l'indivision par exemple<sup>1420</sup>.

540. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, l'ACPR propose une autre vision de la détention par participation « cumulée<sup>1421</sup> » avec les sociétés commerciales. Au premier niveau, la personne physique détenant plus de 25 % du capital est un bénéficiaire effectif. Au second niveau, seules les personnes physiques cumulant plus de 25 % du capital pourront être qualifiées de bénéficiaires finaux. Il s'agit notamment de l'actionnaire détenant la totalité du capital d'une personne morale, qui possède elle-même 10 % du capital de la société commerciale prise en exemple<sup>1422</sup>. Ce même actionnaire détenant également 30 % du capital d'une autre personne morale, elle-même possédant 60 % du capital de la même société commerciale. Et enfin le dernier actionnaire propose 50 % de la personne morale qui possède elle-même 60 % du capital de la fameuse société commerciale<sup>1423</sup>.

541. Ces chaînes de détention plus complexes les unes que les autres apportent une première ligne de conduite dans l'identification de la ou les personnes physiques qui exercent un pouvoir certain sur l'opération occulte illicite. La seconde méthode qualifiée de « méthode de la cascade<sup>1424</sup> » comprend la cascade dite simple et celle dite complexe. Cette méthode renvoie à une détention multiple dont la personne physique est bénéficiaire en fin de chaîne. Alors que dans la cascade simple le *bénéficiaire effectif* demeure un personnage simplement identifiable, celle-ci relève d'une grande

---

<sup>1417</sup> Lignes directrices, page 16 ; COURET A., DONDERO B., op.cit., p. 65.

<sup>1418</sup> Voir notamment Art. R. 123-100 du Code de commerce.

<sup>1419</sup> Exemple de COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 73.

<sup>1420</sup> Cass. civ., 1ère., 6 février 1980, n°78-12513, Bull. civ. I, n°49 ; Rev. Sociétés 1980, p. 521, note VIANDER A. ; MORTIER R. Et BOL S., op. cit, n°9 ; CASTAGNÉ S., op. cit., p. 36.

<sup>1421</sup> Ligne directrices, page 24 ; COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, page 74.

<sup>1422</sup> Ibid.

<sup>1423</sup> Ibid.

<sup>1424</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 75 à 78.

complexité en matière de cascade complexe<sup>1425</sup>. Néanmoins, pour la doctrine la méthode la plus efficace permettant d'identifier le *bénéficiaire effectif* repose sur le contrôle provenant des dispositions de l'article L. 233-4 du Code de commerce<sup>1426</sup>.

542. L'interposition d'une société cotée peut apparaître au sein d'une chaîne de participation. Pour identifier le bénéficiaire effectif, l'AMF propose notamment de passer par une méthode par niveau. Encore une fois il convient de passer par un calcul mathématique complexe pour confirmer la présence ou non de ce personnage exceptionnel au sein de l'opération<sup>1427</sup>. Enfin, l'interposition d'une société étrangère n'empêche en aucun cas à la loi française de s'appliquer bien au contraire<sup>1428</sup>. Le seuil de participation devra être calculé selon les critères des textes français en vigueur.

543. L'article R. 561-1 du Code monétaire et financier vise également l'exercice d'un pouvoir de contrôle sur les organes de direction de la société pour désigner une ou plusieurs personnes physiques de *bénéficiaire effectif*.

---

## § 2 : Le pouvoir de contrôle de l'opération

544. L'exercice d'un pouvoir de contrôle est la seconde exigence du législateur pour qualifier une personne physique de *bénéficiaire effectif*. L'appréhension de la notion de contrôle semble de prime abord d'une grande complexité compte tenu du caractère commun de la notion. Comment garantir le contrôle effectif d'un individu, personne physique sur les organes d'une société ? Comment cela se traduit-il ? Dans un premier temps, la référence aux définitions de la notion de contrôle contenue dans le Code de commerce aurait pu donner une première vision de la direction que souhaitait prendre le législateur européen puis français<sup>1429</sup>. Mais c'est le Considérant 13 de la

---

<sup>1425</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 75 et 76.

<sup>1426</sup> Art. L. 233-4 du Code de commerce : « Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ».

<sup>1427</sup> COURET A., DONDERO B., op. cit., p. 79.

<sup>1428</sup> ZABALA B. et ROHMERT A., op. cit., n°31.

<sup>1429</sup> Art. L. 233-1 du Code de commerce : « Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application du présent chapitre, comme filiale de la première » ; Art. L. 233-3 du Code de commerce : « I. - Une société est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. II. - Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne » ; Art. L. 233-16 du Code de commerce : « I. - Les sociétés commerciales établissent et publient chaque année à la diligence du conseil d'administration, du directoire, du ou des gérants, selon le cas, des comptes consolidés ainsi qu'un rapport sur la gestion du groupe, dès lors qu'elles contrôlent

Directive de 2015 qui est venu choisir l'article de référence permettant d'apporter une définition précise à la notion de contrôle, étant entendu qu'il s'agit du contrôle exercé par le ou les personnes physiques qualifiées de « bénéficiaires effectifs ».

545. Dans un premier temps, la définition du pouvoir de contrôle semble indispensable pour comprendre l'action du *bénéficiaire effectif* (I). Puis, dans un second temps, il conviendra de reprendre les critères d'identification de ce personnage appartenant à la catégorie du bénéficiaire final (II).

### **I : LA DEFINITION DU « POUVOIR DE CONTROLE »**

546. Le contrôle est une notion qu'il convient d'étudier de façon autonome afin d'en percevoir les différents aspects. En droit pénal et plus précisément en matière de pollution maritime, le contrôle a pour but « d'assurer le respect des dispositions qui s'appliquent en mer en vertu du droit international ainsi que des lois et règlements de la République<sup>1430</sup> ». De ce fait, l'armateur exerçant un « pouvoir de contrôle ou de direction<sup>1431</sup> » d'un navire peut se voir appliquer une sanction pénale au même titre que n'importe quelle personne exerçant en droit ou en fait ce type de pouvoir<sup>1432</sup>. D'ailleurs, le droit des sociétés fait place à une lecture similaire en ce qui concerne le rôle du président-directeur général qui occupe un véritable « pouvoir de contrôle<sup>1433</sup> » et de direction. Cette dernière notion renvoie aux notions de conduite et d'administration qui restent vaguement proches de l'idée de l'exercice d'un contrôle<sup>1434</sup>. En matière maritime, les juristes font certainement référence à la chose en mouvement qu'est le navire, la direction consiste à contrôler son orientation en mer. Alors qu'en matière économique, le dirigeant d'une société administre et contrôle le rôle de ses salariés et

---

de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci, dans les conditions ci-après définies. II. - Le contrôle exclusif par une société résulte : 1° Soit de la détention directe ou indirecte de la majorité des droits de vote dans une autre entreprise ; 2° Soit de la désignation, pendant deux exercices successifs, de la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise. La société consolidante est présumée avoir effectué cette désignation lorsqu'elle a disposé au cours de cette période, directement ou indirectement, d'une fraction supérieure à 40 % des droits de vote, et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détenait, directement ou indirectement, une fraction supérieure à la sienne ; 3° Soit du droit d'exercer une influence dominante sur une entreprise en vertu d'un contrat ou de clauses statutaires, lorsque le droit applicable le permet et que la société dominante est actionnaire ou associée de cette entreprise. III. - Le contrôle conjoint est le partage du contrôle d'une entreprise exploitée en commun par un nombre limité d'associés ou d'actionnaires, de sorte que les décisions résultent de leur accord. IV. - L'influence notable sur la gestion et la politique financière d'une entreprise est présumée lorsqu'une société dispose, directement ou indirectement, d'une fraction au moins égale au cinquième des droits de vote de cette entreprise ».

<sup>1430</sup> Loi n°94-589 du 15 juillet 1994 complétée par le décret n°95-411 du 19 avril 1995, article 1er.

<sup>1431</sup> MONTAS A, DECOLLAND J., « Navigation maritime-Sûreté maritime », Janvier 2014, actualisation Janvier 2018.

<sup>1432</sup> MONTAS A, DECOLLAND J., « Navigation maritime-Sûreté maritime », Janvier 2014, actualisation Janvier 2018.

<sup>1433</sup> ROUTIER R., « Directeur général-Président directeur général », Juin 2002, actualisation Novembre 2018.

<sup>1434</sup> LAROUSSE 2020, p.272.

la tournure structurelle de l'entreprise en fonction des intérêts financiers qui peuvent en découler. Tandis que l'un peut aller sans l'autre en droit maritime, il semble qu'en droit des sociétés cela ne peut être le cas.

547. L'article R. 561-1 du Code monétaire et financier précise que le *bénéficiaire effectif* est une ou plusieurs personnes physiques qui « exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société<sup>1435</sup> ». Sans plus d'explication de la part du législateur, nous ne disposons d'aucune définition de la notion de contrôle. Pourtant, la Directive 2015/489 précise en son considérant 13 que le « contrôle par d'autres moyens peut, notamment, comprendre les critères de contrôle retenus aux fins de l'établissement des états financiers consolidés, tels que le pacte d'actionnaires, l'exercice d'une influence dominante ou le pouvoir de nommer les membres d'un niveau élevé de la hiérarchie<sup>1436</sup> ».

548. L'article L. 233-3, I, 3) et 4) du Code de commerce, reconnaît le contrôle lorsqu'une personne « détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société<sup>1437</sup> », ou lorsque cette personne physique est « associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société<sup>1438</sup> ». La référence à cet article n'est pas dénuée de sens, étant donné que plusieurs auteurs semblent considérer que cette disposition constitue le droit commun du contrôle<sup>1439</sup>. D'autant qu'elle « peut trouver des expressions assez diversifiées<sup>1440</sup> », notamment lorsque l'associé soupçonné d'être un *bénéficiaire effectif* dispose d'un droit de veto et non d'un droit de vote<sup>1441</sup>. Il en est de même lorsqu'un tiers détenant des prérogatives particulières intervient dans le fonctionnement d'une société par actions simplifiée en ayant la possibilité de nommer ou de révoquer ses dirigeants<sup>1442</sup>.

---

<sup>1435</sup> Art. R. 561-1 du Code monétaire et financier.

<sup>1436</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>1437</sup> Art. 233-3 I, 3) du Code de commerce : « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : (...) 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ».

<sup>1438</sup> Art. 233-3 I, 4) du Code de commerce : « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : (...) 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ».

<sup>1439</sup> COURET A., DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018, p. 67.

<sup>1440</sup> Ibid.

<sup>1441</sup> DUREAU-HAZERA C., « Le droit de veto dans les sociétés françaises », RTDF n°4, 2016, p. 3 et s : dans le cas spécifique d'une SAS.

<sup>1442</sup> GODON L., *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014, n°490.

549. Néanmoins, il reste important de rappeler que la qualité d'associés ou d'actionnaires reste indispensable pour qualifier la ou les personnes physiques de *bénéficiaire effectif* selon les dispositions des articles R. 561-1 du Code monétaire et financier et L. 233-3, I, 4° du Code de commerce le rappellent<sup>1443</sup>. Par conséquent, l'exclusion de la qualification de *bénéficiaire effectif* revient-elle à exclure définitivement celle de bénéficiaire final ? En d'autres termes, est-il impossible de considérer un tiers ayant un pouvoir quelconque de contrôle, comme étant le bénéficiaire final d'une opération contractuelle ? Il semble que l'idée ne soit pas exclue, à partir du moment où le texte spécial ne s'applique pas, la situation décrite peut être renvoyée aux conditions générales. Ainsi, la réunion de l'ensemble des éléments permettant d'attribuer à une personne physique la qualité de bénéficiaire final est totalement indépendante de l'attribution de la qualité de *bénéficiaire effectif*. Ce dernier personnage sera toujours considéré comme un bénéficiaire final, ce qui n'est pas toujours le cas inversement.

550. La notion de contrôle renvoie nécessairement à la notion de direction, laquelle renvoie à la notion de pouvoir. Le titulaire d'un pouvoir quel qu'il soit, n'est pas toujours celui qui contrôle, néanmoins, celui qui contrôle ne peut se délester des pouvoirs qu'impliquent sa fonction. Dans cette optique, un associé détenant un pouvoir quelconque au sein d'une société, car il détient 1 % des parts, ne pourra intervenir comme celui qui détient 55 % des parts. Ce dernier obtient un pouvoir de contrôle, alors que le premier n'est titulaire que d'un pouvoir. La majorité des décisions adoptées par cette société ne pourront l'être qu'avec l'approbation de celui qui détient le « contrôle effectif<sup>1444</sup> » de la majorité des parts. C'est en cela que la recherche du titulaire du pouvoir de contrôle semble à la fois simple et fastidieuse. Il est possible de considérer que le bénéficiaire n'est autre que celui qui détient la majorité des parts, ou qui se présente comme le dirigeant, ou le président-directeur général, pour autant, la réalité est toute autre. La complexité des montages financiers laisse entrevoir une faille dans le système légal d'identification de ces bénéficiaires. Comment remédier à cette forme d'insécurité ? Comment repérer le bénéficiaire final d'une opération ? Il convient de donner une définition pratique de la notion de pouvoir de contrôle, puis d'identifier les opérations dans lesquelles le bénéficiaire final semble impossible à identifier.

---

<sup>1443</sup> Art. R. 561-1 al. 1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce » ; Art. L. 233-3, I, 4° du Code de commerce : « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : (...) 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ».

<sup>1444</sup> Contrôle réel.

## **II : L'IDENTIFICATION DU POUVOIR DE CONTROLE**

551. Dans un premier temps, il est important de comprendre que le *bénéficiaire effectif* n'est pas dans l'obligation de dénoncer son véritable rôle dans l'opération. Néanmoins, la fonction que pourrait occuper ce dit personnage peut faire naître une obligation de déclaration dont il serait préalablement débiteur en raison du contrôle qu'il pourrait exercer sur la société. Bien évidemment, cette situation vise particulièrement les dirigeants de société ou d'entreprise en situation « occulte<sup>1445</sup> » prévue notamment à l'article L. 561-46 du Code monétaire et financier<sup>1446</sup>. C'est en cela que la règle de droit pourrait créer une confusion dans l'esprit des juristes les plus aguerris, comme des profanes. Comment identifier un personnage dont la présence ne peut être révélée que par une forme de déclaration ?

552. En principe, la société ou l'entité concernée est dans l'obligation de collecter, et de transmettre ces informations au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social, pour être ensuite annexées au registre du commerce et des sociétés sous peine de sanctions<sup>1447</sup>. D'ailleurs, cet objectif de transparence est précisé et confirmé par la jurisprudence s'agissant du caractère impératif de la précision des pourcentages de détention du capital et/ou des droits de vote<sup>1448</sup>. Le juge fonde sa décision sur l'objectif de transparence de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 et produit une norme d'intérêt général<sup>1449</sup>. Pour autant, la jurisprudence reste assez tolérante quant à la façon dont ces informations sont transmises<sup>1450</sup>. La règle serait donc de transmettre sans contraindre les entités concernées, et ainsi permettre la transmission de déclarations sous plusieurs formes. Mais une autre question se pose en matière de déclaration à savoir le degré de précision des déclarations et l'exigence du pourcentage détenu du capital ou des droits de vote détenu par ce ou ces bénéficiaires effectifs. En cas de désaccord entre les greffes et le déclarant, « le juge commis à la surveillance du registre du commerce et des sociétés (RCS) est appelé à trancher<sup>1451</sup> ». Notre contribution se situe donc à un autre niveau, à savoir l'analyse de la jurisprudence naissante permettant d'éclairer cette étape obligatoire. Quelles sont les questions récurrentes, ou les interprétations qui peuvent en être faites ?

---

<sup>1445</sup> Dans une situation faisant naître le personnage occulte qu'est le bénéficiaire effectif ou à plus grande échelle, le bénéficiaire final.

<sup>1446</sup> Art. L. 561-46 du Code monétaire et financier : « ont tenues d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs définis à l'article L. 561-2-2 ».

<sup>1447</sup> Art. L. 562-2-2, Art. L. 561-46 et suivants, Art. R. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier.

<sup>1448</sup> Voir notamment : DONDERO B., *Le degré d'identification du bénéficiaire effectif : synthèse de l'acquis jurisprudentiel*, op. cit. n°36, p. 23 et s.

<sup>1449</sup> LECOURT A., « Bénéficiaires effectifs : premières précisions importantes... et louables », RTD COM, 2018, page 928 ; T. Com. Bobigny, 18 mai 2018, n°2018S07031, Droit des sociétés 2018, com. 161, note MORTIER R.

<sup>1450</sup> Tribunal de commerce de Bobigny, 18 mai 2018, n°2018S07031 ; CA Lyon 12 septembre 2019, n°19/02040.

<sup>1451</sup> DONDERO B., op. cit. loc. cit., n°36, p. 23 et s.

553. C'est pour répondre à l'ensemble de ces questionnements, qu'il convient dans un premier temps de traiter du caractère impératif de la déclaration permettant l'identification du bénéficiaire effectif et à plus grande échelle du bénéficiaire final (A). Puis, dans un second temps, de rappeler l'objectif de transparence du texte à travers le contenu déclaratif de son auteur (B).

#### A : UNE DECLARATION IMPERATIVE

554. La transposition en droit interne de la Directive du 20 mai 2015 a eu pour conséquence la création d'une obligation sans commune mesure pour les sociétés et toute autre entité juridique. La Directive de 2018 reprend les mêmes obligations et précise notamment comme la précédente que les informations concernant le bénéficiaire effectif touchent également « les intérêts effectifs détenus <sup>1452</sup> ». Désormais, il convient d'identifier et de déclarer l'existence des *bénéficiaires effectifs* au sein des dites structures <sup>1453</sup>. Ainsi, la France a décidé de renforcer l'ensemble de son dispositif légal afin de lutter efficacement contre le blanchiment et le terrorisme. L'Ordonnance du 1er décembre 2016, ainsi que la loi SAPIN 2 sont autant de dispositifs permettant la mise en place d'une obligation si importante pour les sociétés, qu'elle pourrait s'apparenter à une obligation de résultat <sup>1454</sup>. Cette forme d'impératif laisse apparaître une forme de responsabilité pesant sur le débiteur qui ne l'aurait pas respecté. C'est dans cette optique que le décret du 18 avril 2018 est venu préciser l'étendue de la déclaration devant être réalisée par ces sociétés et entités juridiques <sup>1455</sup>. Seuls ceux qui détiennent plus de 25 % du capital, ainsi que le ou les représentants légaux de l'association, le président, le directeur général ainsi que les membres du directoire de la fondation, le président du fond de dotation, la ou les personnes physiques ou le représentant du groupement d'intérêt économique peuvent être désignés comme bénéficiaires effectifs au sens de l'article R. 562-3 du Code monétaire et financier <sup>1456</sup>. Théoriquement, l'exercice est simple, il faut désigner ceux qui sont au contrôle d'opérations ou de montages pouvant conduire à des opérations frauduleuses. Qu'en est-il véritablement en pratique ?

555. Le tribunal de Commerce de Bobigny a eu l'occasion de s'exprimer en la matière. En l'espèce, une société par action simplifiée effectue une déclaration dite « a minima » sans préciser le

---

<sup>1452</sup> PE et Cons. UE, dir. (UE) 2015/849, 20 mai 2015., op. cit., art. 30 §5.

<sup>1453</sup> LASSERRE CAPDEVILLE J., « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », Rev. Sociétés, 2018, page 7.

<sup>1454</sup> CASTAGNÉ S., « Depuis le 1er août 2017, complétez le document relatif au bénéficiaire effectif », Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire n°156, novembre-décembre 2017, p. 32.

<sup>1455</sup> Décret n°2018-284 du 18 avril 2018, JO du 20 avril 2018.

<sup>1456</sup> FIEVET R., « Transparence - Bénéficiaires effectifs - Liste des personnes à désigner », JA 2018, n°579, p. 7.

droit de vote ou le pourcentage de capital détenu. Le greffe du Tribunal de Bobigny souhaitant que la société puisse préciser ces informations, lui proposa des modèles de formulaires pour accomplir cette démarche. Face à la résistance de la société, le greffe a purement et simplement refusé la déclaration proposée. Le juge a été d'une grande précision dans cette affaire, en effet, le greffier pouvait proposer un formulaire adéquat, mais il n'existe aucune obligation de forme rattachée à cette démarche. Ainsi, la société peut proposer une déclaration libre tout en respectant les mentions requises par l'article R. 561-56 du Code monétaire et financier<sup>1457</sup>. La direction entreprise par le juge nous amène à considérer le formulaire comme une condition de forme revêtant un caractère facultatif. Dans cette optique, le suivi d'un formulaire pour déclarer l'existence d'un *bénéficiaire effectif* ne peut être considéré comme impératif. Ce qui l'est aux yeux du juge ne se situe pas au niveau des conditions de forme, mais de fond de la déclaration, permettant l'identification de ces individus occultes comme faisant partie du cercle fermé des *bénéficiaires effectifs*. Il convient de respecter un objectif de transparence sans lequel la déclaration ne peut aboutir à l'identification des individus fraudeurs. Ainsi, « l'obligation d'identifier le bénéficiaire effectif ne peut être réputée satisfaite au regard de l'objectif de transparence en l'absence de l'indication du pourcentage exact de détention du capital et/ou des droits de vote par le bénéficiaire effectif dans la société déclarante<sup>1458</sup> ». La solution est-elle la même pour le bénéficiaire final ? Serait-il possible d'identifier ce personnage de la même façon ? Une simple déclaration suffirait-elle ? La question ne saurait véritablement se poser dans la mesure où le texte vise uniquement le bénéficiaire effectif. Le dispositif s'applique particulièrement au bénéficiaire effectif.

556. Le bénéficiaire final englobe de multiples situations juridiques dont le *bénéficiaire effectif* fait partie intégrante. Cette notion à la fois générale et universelle peut, de ce fait, échapper à toutes sanctions. Quotidiennement, le juriste fait face à de multiples situations dont la gestion ne peut avoir lieu qu'au cas par cas. La seule solution du législateur serait d'appréhender chacune de ces situations de façon unique et autonome. Ce qui est vrai dans la sphère d'une société ne l'est pas forcément dans d'autres matières. C'est pour toutes ces raisons qu'il est nécessaire de mettre en place une structure légale permettant l'approbation de toutes les autres formes de déclarations qui auraient pour but d'apporter un éclaircissement sur les activités d'un individu au sein d'un montage économique ou non.

---

<sup>1457</sup> LECOURT A., « Bénéficiaires effectifs : premières précisions importantes... et louables », RTD COM, 2018, p. 928.

<sup>1458</sup> Ibid.



557. Il s'agit ici d'appliquer le régime de déclaration à toutes les entités et pas uniquement à celles tenues de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés. Ce dernier registre ayant pour but d'authentifier l'existence d'une entreprise commerciale, il est admis que les autres formes de structures juridiques « extracommerciales »<sup>1459</sup> ne soient pas concernées par le contrôle européen des *bénéficiaires effectifs* intégré au droit français. D'autant, que certaines structures qu'elles soient commerciales ou non ne visent pas nécessairement au financement du terrorisme ou au blanchiment de capitaux. Certaines infractions de droit commun telles que l'escroquerie, la corruption active ou passive, ou l'abus de confiance peuvent sans nul doute émaner d'un individu ayant un pouvoir de contrôle sur la structure et l'opération qu'il a mis en place. En somme, malgré les impératifs de déclarations qui incombent aux entités, et au devoir de les recueillir qui pèse sur le greffe, il semble indispensable de déterminer avec précision les caractéristiques des informations devant être recueillies pour identifier précisément le bénéficiaire final de l'opération.

#### B : UNE DECLARATION PRECISE

558. L'aspect rigoureux de la déclaration ne se traduit pas uniquement par la démarche déclarative, mais dans la déclaration proprement dite<sup>1460</sup>. Le juge du tribunal de commerce de Bobigny l'a rappelé très clairement pour ce qui concerne le *bénéficiaire effectif*, l'indication du pourcentage de capital détenu, et/ou du droit de vote est indispensable à l'identification de ce personnage. Cela semble tout à fait cohérent, notamment dans le cas d'une société ayant plusieurs actionnaires et une construction juridique complexe. Dans cette optique, « le juge ne suit plus les textes, mais produit de la norme en ce fondant, non sur une interprétation du texte, mais sur les objectifs de la loi (la transparence notamment)<sup>1461</sup> ».

559. La transparence est l'objectif à atteindre lors de la déclaration visant à identifier celui qui est au contrôle de l'opération. Le *bénéficiaire effectif* peut être une, ou plusieurs personnes physiques, détenant directement ou indirectement plus de 25 % du capital ou des droits de vote d'une société, ou exerce par tout autre moyen un contrôle sur ladite société<sup>1462</sup>. Si la détention de plus de 25 % du capital ou des droits de vote est un seuil qui ne pose aucune difficulté, l'exercice de tout autre moyen

---

<sup>1459</sup> Qui sont en dehors du commerce.

<sup>1460</sup> Notamment il faut faire référence à DONDERO B., *Le degré d'identification du bénéficiaire effectif : synthèse de l'acquis jurisprudentiel*, op. cit. n°36, p. 24 et s.

<sup>1461</sup> LECOURT A., op. cit., RTD COM, 2018, p. 928.

<sup>1462</sup> COURET A, DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratique des affaires, JOLY Editions, LEXTENSO, 2018, p. 70 à 90 ; Décret du 18 avril 2018 en vigueur au 21 avril 2018, article R 561-1 du Code monétaire et financier.

de contrôle ne nous permet pas d'entrevoir les limites de ce contrôle. Quelle est la définition du contrôle à laquelle il faut se référer ?

560. Le Considérant 13 de la Directive 2015/489 apporte de plus amples précisions en matière de contrôle. Il peut comprendre « les critères de contrôle retenus aux fins de l'établissement des états financiers consolidés<sup>1463</sup> ». Ce texte vise notamment le pacte d'actionnaires, l'exercice d'une certaine influence dominante, et même un pouvoir de nomination de membres plus élevés. Le Décret du 18 avril 2018 va plus loin, et modifie l'article R. 561-1 du Code monétaire et financier en faisant référence à l'article L. 233-3 du Code de commerce. Ce dernier article fait référence au contrôle que cette personne pourrait avoir par l'utilisation de ses droits de vote, de son pouvoir de nomination, ou de révocation<sup>1464</sup>. Le législateur a voulu faire référence au contrôle de fait, consistant pour un individu, à exercer un pouvoir de contrôle et de direction de toute autre façon que par la détention de plus de 25 % du capital ou des droits de vote. Malgré une volonté affirmer du législateur d'englober toute forme de contrôle, et ainsi, de procéder à une identification plus rapide des situations frauduleuses, il semble que l'absence de limites, laisse place à des déclarations multiples et variées ne permettant pas réellement d'appréhender le *bénéficiaire effectif*. Bien que ce dispositif permette d'identifier plusieurs structures, il reste que son application à des situations complexes pose de réels questionnements.

561. Plusieurs méthodes de calculs élaboré par l'Autorité de contrôle prudentiel<sup>1465</sup>, retenu par l'Autorité des marchés financiers<sup>1466</sup> ont vu le jour, notamment pour identifier le détenteur indirect d'un pouvoir de contrôle. Néanmoins, le débat reste encore entier sur le choix de la méthode à adopter. Il reste que l'obligation de déclaration porte sur l'ensemble des situations décrites par la loi, notamment dans le cas d'une convention de prête-nom ou celui qui se cache ne peut être identifié autrement que comme le bénéficiaire des dites opérations occultes. Il serait dès lors impossible de croire qu'une autre personne pourrait être désignée à la place du véritable bénéficiaire. Pourtant, il semble qu'en matière d'identification du *bénéficiaire effectif*, le législateur autorise la désignation du « bénéficiaire économique de direction<sup>1467</sup> » comme étant le « bénéficiaire effectif par défaut<sup>1468</sup> ». De façon pratique, le dispositif est louable, mais il reste approximatif. Il est encore très compliqué

---

<sup>1463</sup> Ibid.

<sup>1464</sup> Article L. 233-3, I, 3° du Code de commerce.

<sup>1465</sup> ACP devenu ACPR : Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

<sup>1466</sup> AMF.

<sup>1467</sup> COURET A, DONDERO B., op. cit. p. 92.

<sup>1468</sup> Directive 2015/849 article 3, 6, a), ii) : « si, après avoir épuisé tous les moyens possibles et pour autant qu'il n'y ait pas de motif de suspicion, aucune des personnes visées au point i) n'est identifiée, ou s'il n'est pas certain que la ou les personnes identifiées soient les bénéficiaires effectifs, la ou les personnes physiques qui occupent la position de dirigeant principal; les entités assujetties conservent les informations relatives aux mesures qui ont été prises afin d'identifier les bénéficiaires effectifs dans le cadre du point i) et du présent point ».

pour le législateur, comme pour le juriste d'appréhender un *bénéficiaire effectif*, comment serait-il alors possible d'appréhender le bénéficiaire final ?

562. L'Ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016 met en place une obligation de moyens permettant une identification au possible du *bénéficiaire effectif*, il est nécessaire d'identifier le bénéficiaire final sur les mêmes fondements. Ce dernier personnage tient sa particularité du fait qu'il détient en dernier lieu le pouvoir décisionnaire. Il est le seul à profiter du dispositif qu'il a contribué à mettre en place. Pourtant, le questionnement reste toujours entier sur la façon dont les praticiens pourraient appréhender, ou tout du moins identifier ce personnage. Quels sont les critères permettant de qualifier un personnage plutôt qu'un autre de bénéficiaire effectif ?

563. Le plus simple serait d'identifier le système mis en place, prenons l'exemple de l'optimisation fiscale<sup>1469</sup>. Le fait pour certains professionnels de passer par des montages plus ou moins frauduleux afin d'être soumis à un impôt moins élevé est tout à fait légal. Pourtant, il s'agit sans nul doute d'un moyen parmi tant d'autres de réaliser un bénéfice plus élevé. Il en est de même pour une société qui utilise une association pour réaliser l'ensemble de ses prestations rémunérées, ou d'une société de recouvrement souhaitant être soumise au Code monétaire et financier pour réaliser un certain rendement. Le but est toujours le même, réaliser plus de profit et contourner la règle juridique mise en place. En somme, l'un des critères devant permettre d'identifier le bénéficiaire final doit être l'opération profitable, que celle-ci soit occulte ou dissimulée. Par ailleurs, le montage créé par le bénéficiaire final doit permettre de contourner la règle préalablement établie, ou de violer la règle mise en place. Le contrôle et la direction ne doivent être appréciés que dans le cadre de ces deux premiers critères qui ne peuvent légitimement être soulevés sans les notions de bénéfice, de détournement ou de viol de la loi. C'est d'ailleurs de cette façon que le bénéficiaire final doit être apprécié, comme un personnage occulte, en retrait, n'intervenant pas directement et cachant son véritable rôle dans l'opération contractuelle.

### **Conclusion de Chapitre**

564. Le pouvoir exercé par le bénéficiaire final fait partie des critères variables de la définition de ce personnage. Il se décline en deux points fondamentaux, le pouvoir exercé par le bénéficiaire final et celui exercé par le bénéficiaire effectif. Il convenait dans cette partie de décrire les critères de la règle générale avant de se reporter à la règle spéciale. Le pouvoir de contrôle du bénéficiaire final

---

<sup>1469</sup> Notamment sur la gestion de patrimoine : FERNOUX P., *Gestion fiscale du patrimoine 2020*, Groupe Rev. Fiduciaire, Coll. Pratiques d'experts, 25<sup>e</sup> éd., Mars 2020.

s'exerce non seulement sur l'interposé dans la relation contractuelle qui le lie avec son donneur d'ordres, mais également sur l'opération en ce qui concerne l'intérêt qui le lie à cette dernière.

565. Le lien existant entre l'interposé et son donneur d'ordres bénéficiant de certaines dispositions relatives au mandat, certaines obligations notamment la représentation fidèle du personnage en retrait s'appliquent. Les autres opérations sans représentation sont exclues au sens où elles mettent en exergue des prérogatives optionnelles ne rentrant pas dans le cadre d'une relation classique intermédiaire/donneur d'ordres. Le pouvoir de contrôle dans l'opération mettait l'accent sur l'intérêt du bénéficiaire final pour l'opération et le transfert des effets de l'acte dans son patrimoine par phase.

566. Le bénéficiaire effectif renferme deux critères permettant son identification, la détention d'un capital et le pouvoir de contrôle. Alors que l'un des critères est mathématique et décliné en plusieurs méthodes complexes, l'autre est juridique et renvoie à l'analyse de notions similaires dans bien d'autres matières. En définitive, le bénéficiaire final possède bien une branche exceptionnelle définie sur des critères similaires, mais plus spécifiques que les siens. Les motivations qui alimentent sa construction juridique peuvent elles aussi différer en plusieurs points.

## Chapitre 3 : La motivation du bénéficiaire final

567. Le bénéficiaire final, personnage en retrait de l'opération, préfère se faire substituer par un interposé appelé bénéficiaire apparent dans la conclusion d'un contrat. Quels sont les fondements de cette décision ? Quelles sont les circonstances qui justifient son comportement ? Les motifs légitimes font partie des notions utilisées lorsqu'il convient de justifier un acte<sup>1470</sup>. Au sein des tribunaux la *motivation* est une notion qui fait référence aux motifs d'un jugement, aux arguments ou raisonnements des juges sur une affaire<sup>1471</sup>. Ainsi, le motif renvoie à la « raison de principe ou de circonstances invoquée pour justifier une décision ou un comportement<sup>1472</sup> ». En droit français, le motif renvoie nécessairement à la notion d'intention qui désigne plus précisément le motif de comportement<sup>1473</sup>. L'intention qu'elle soit bonne ou mauvaise désigne le comportement humain lors de conclusion de l'acte<sup>1474</sup>. L'admission de l'aspect psychologique dans le droit français permet aux juges d'analyser les réelles intentions des auteurs et de leur imputer ou non, les sanctions relatives à l'acte commis<sup>1475</sup>.

568. L'intention fait référence à la « résolution intime d'agir dans un certain sens<sup>1476</sup> », il s'agit de l'élément psychologique qui détermine l'acte de l'auteur. Dans cette optique, chaque action de la part d'un être humain s'accompagne d'une motivation déterminable en droit, par exemple l'intention de tuer en visant au cœur un individu à l'aide d'un couteau. Le bénéficiaire final adoptant une position de retrait forme une intention particulière allant au-delà de la simple récolte des bénéfices de l'acte. S'agit-il d'une volonté délibérée d'échapper à la loi plus sévère ? Le bénéficiaire final souhaite-t-il faire preuve de discrétion en raison du poids financier d'une opération ? Là encore, il y a un vide juridique qu'il convient de combler en analysant le comportement de ce personnage atypique.

569. Les mobiles qui ont poussé le bénéficiaire final à adopter une position de retrait, la prise en compte de son intention, doivent être analysés pour mieux comprendre son comportement et le définir<sup>1477</sup>. De prime abord, il est possible de croire que le bénéficiaire final ait pu faire face à un

---

<sup>1470</sup> JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, Thèse, n°336 et s, p. 93 et s.

<sup>1471</sup> CORNU G., op. cit., p. 671 : « ensemble des motifs d'un jugement ou d'une décision ».

<sup>1472</sup> CORNU G., op. cit., p. 670.

<sup>1473</sup> JALUZOT B., op. cit., n°340, p. 94.

<sup>1474</sup> Voir notamment : LE TOURNEAU Ph., *Bonne foi*, Répertoire de droit civil, 1995, n°5.

<sup>1475</sup> PEREIRA B., « Responsabilité pénale », Juin 2017, actualisation Novembre 2018.

<sup>1476</sup> CORNU G., op. cit., p. 562.

<sup>1477</sup> JALUZOT B., op. cit., n°340, p. 94 : « Si cette intention est bonne, la personne est de bonne foi, si elle est mauvaise, la personne est de mauvaise foi ».

certain nombre de comportements opportunistes. Ce serait pour préserver une forme d'équité ou d'égalité contractuelle qu'il adoptera un comportement de repli préférant participer indirectement à l'opération par le biais d'un interposé. Une autre vision de la situation peut nous conduire à identifier un bénéficiaire final souhaitant dissimuler une intention frauduleuse. Cette intention peut refléter celle de vouloir échapper à une réglementation prohibitive, ou celle de vouloir échapper à un certain nombre d'obligations contraignantes.

570. Quoi qu'il en soit, l'intention première du bénéficiaire final par l'adoption d'une position de retrait repose sur la volonté de réaliser une belle affaire. C'est par une analyse de ses motivations profondes qu'il sera possible de juger de la légitimité (**Section 1**) ou non de son retrait (**Section 2**).

## Section 1 : La motivation licite

571. Il est indéniable que le bénéficiaire final reste en retrait de l'opération dans le but de réaliser une bonne affaire. Il se fait remplacer par un interposé à qui il confie la mission d'œuvrer dans son intérêt, en toute discrétion. La dissimulation du bénéficiaire final implique qu'il puisse accorder une confiance aveugle à son interposé<sup>1478</sup>. Dès lors, l'engagement de l'interposé auprès du bénéficiaire final implique le respect de plusieurs obligations, notamment en matière de loyauté et de discrétion. La notion de loyauté renvoie plus précisément à la notion de droiture ou de sincérité contractuelle<sup>1479</sup>. Cette notion faisant indéniablement référence au principe de bonne foi, comme il en est question en matière contractuelle<sup>1480</sup>, elle peut être définie en lien avec le devoir de discrétion incombant à l'individu interposé, dans les opérations avec un bénéficiaire final. Une personne intervenant pour le compte de son donneur d'ordres n'aura de cesse de maintenir un devoir de discrétion conformément aux obligations auxquelles elle est tenue<sup>1481</sup>. L'interposé qui garde le silence sur l'identité de son bénéficiaire final fait preuve de bonne foi et respecte son devoir de loyauté envers lui. Bien que l'instrumentalisation de la personne morale ait pour objectif de masquer l'activité d'un bénéficiaire caché. La personne morale étant un « écran<sup>1482</sup> » face aux agissements du bénéficiaire final. Il semble que la place de celle-ci figure parmi celles du bénéficiaire final potentiel. Les membres

---

<sup>1478</sup> Questionnement sur le contrat intuitu personae : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n°285, p. 323 qui cite VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, op. cit., 1974.

<sup>1479</sup> CORNU G., op. cit., p. 629 : « droiture ; désigne plus spécialement soit la sincérité contractuelle, soit la bonne foi contractuelle ».

<sup>1480</sup> JABBOUR R., Thèse, op.cit., n° 2, 3, 4, 40, 41, 256, 257.

<sup>1481</sup> Références aux obligations contractuelles, le lien unissant le donneur d'ordres et son interposé est un contrat de mandat.

<sup>1482</sup> Cass. crim. 8 février 2006., *Montage frauduleux de cession de marques pour échapper à l'impôt*, AJ pénal 2006, p. 219.

d'une société peuvent ainsi se prononcer sur l'orientation qu'elle prendra au cours des engagements juridiques qu'elle aura l'occasion de prendre de bonne ou de mauvaise foi<sup>1483</sup>. Par conséquent, l'adoption d'une position de retrait se matérialise par l'absence d'identification du rôle véritable occupé par l'auteur de l'interposition de la personne physique ou de l'instrumentalisation de cette personne morale.

572. Le bénéficiaire final peut apparaître comme une personne opportuniste profitant d'une situation qui ne peut que lui être favorable (§1). Pour autant, peut-on toujours dire que l'individu qui se retire le fait uniquement pour obtenir un avantage significatif? Le droit ne peut apporter une réponse trop hâtive à cette question. Le bénéficiaire final est un personnage invisible, dont le retrait pourrait traduire par une peur d'être confronté à une forme de discrimination en lien avec son identité. De cette manière, le retrait devient une protection contre l'opportunisme d'autrui (§2).

---

### **§1 : Le retrait un privilège opportuniste**

573. L'opportuniste utilise au mieux ses intérêts pour obtenir le meilleur parti de la situation dans laquelle il se trouve. C'est exactement dans ces circonstances que s'inscrit le rôle du bénéficiaire final. Il reste en retrait, ne souhaite pas participer à l'opération contractuelle et en tire un certain avantage, il s'agit d'une forme de calcul ou d'opportunisme.

574. Néanmoins, ce trait de caractère qui se retrouve généralement chez l'être humain ne se traduit pas uniquement par le retrait du bénéficiaire final, mais par la construction juridique qui existe autour de ce comportement. Il est important de citer l'instrumentalisation de la personne morale, mais également l'utilisation de l'interposé, en tant que personne physique apparaissant comme la seule bénéficiaire d'un acte dont elle détient la qualité fautive de partie, tant que le caractère obscur de l'opération n'a pas disparu.

575. L'intervention d'un interposé peut être analysée comme une forme de privilège de substitution permettant au bénéficiaire final d'obtenir au plus vite les effets du contrat (I). D'ailleurs, l'adoption d'une position de retrait dont il bénéficie s'analyse comme un privilège de discrétion qu'il peut exercer dans les limites de la légalité (II).

### **I : LE BENEFICE D'UN PRIVILEGE DE SUBSTITUTION**

---

<sup>1483</sup> BARUCHEL N., Thèse, op. cit., n° 495 et s, n°50 et s, p. 31 et s. et p. 284 et s.

576. La substitution est définie comme l'action de se faire remplacer par une autre personne. La substitution est fondée principalement sur la notion d'obligation selon le Professeur JEULAND<sup>1484</sup>. Il s'agit d'un mécanisme permettant l'exécution de ce contrat<sup>1485</sup>. Une personne qui détient un pouvoir de substitution possède la faculté de se faire remplacer, dans l'exercice de ses pouvoirs, par un tiers dont il répond<sup>1486</sup>. Il s'agit également de l'action de prévoir le remplacement éventuel du gratifié par un autre qui caractérise une espèce de disposition à titre gratuit<sup>1487</sup>. La substitution peut donc être analysée comme une technique permettant à son bénéficiaire de pouvoir se retirer de l'opération. Pour le Professeur JEULAND, il s'agit d'une « obligation à sujets multiples<sup>1488</sup> » qui suppose l'existence de plusieurs liens de droit cachés puisque toute l'opération se déroule dans le secret le plus complet<sup>1489</sup>.

577. Cette situation loin d'être insolite ne peut être confondue avec les opérations de mandat ou de gestion d'affaires. Le mandant n'est pas dissimulé, il marque un retrait illustré par l'intervention d'un intermédiaire agissant en son nom et pour son compte<sup>1490</sup>. Le gérant de l'affaire agit au nom et pour le compte de l'individu qu'il représente sans mandat, c'est-à-dire sans mission confiée par un tiers<sup>1491</sup>. Ces deux opérations ne caractérisent aucune forme de dissimulation de la part de celui pour lequel l'acte est conclu. Le droit des successions et les libéralités prévoient également plusieurs formes de substitution incompatible avec la définition du bénéficiaire final<sup>1492</sup>. Par exemple, la substitution fidéicommissaire permet au donataire ou au testateur de gratifier un tiers pour lequel il aura conservé un bien grevé ou légué<sup>1493</sup>. Cette opération bien que proche du phénomène de substitution ne peut être confondue avec le rôle qu'occupe le bénéficiaire final.

578. L'analyse de la notion de simulation est indispensable à la compréhension de la notion de substitution dans la définition du bénéficiaire final de l'opération. JOSSERAND l'envisage comme

---

<sup>1484</sup> JEULAND E., *Essai sur la substitution de personne dans le rapport d'obligation*, LGDJ, 1999, n°181, p. 150.

<sup>1485</sup> Ibid.

<sup>1486</sup> Art. 1994 du Code civil : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée » ; JEULAND E. op. cit., n°265, p. 220.

<sup>1487</sup> CORNU G. op. cit., p. 996-997 : en matière de libéralités.

<sup>1488</sup> JEULAND E., op. cit., loc. cit.

<sup>1489</sup> JEULAND E. op. cit., n°228 et 229, p. 188 et 189.

<sup>1490</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 100, 234, 664.

<sup>1491</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 1267 et s.

<sup>1492</sup> Notamment sur les libéralités : GRIMALDI M., *Droit civil, Successions*, 6e éd., LITEC, 2001 ; LEROYER A.-M., *Droit des successions*, 4e éd., Dalloz, 2020 ; TERRÉ F, et LEQUETTE Y., *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4e éd., Dalloz, 2013.

<sup>1493</sup> SCHÜTZ R.-N., « Inaliénabilité », Répertoire de droit civil, juin 2014, actualisation juin 2016.



un mensonge positif à la différence de la simple dissimulation<sup>1494</sup>. Pour qu'il y ait simulation, il est impératif que nous soyons en présence d'un acte apparent et d'un acte secret, ce qui suppose un échange de volontés pour la conclusion de ces deux actes. Néanmoins, quelques questions se posent, notamment, les raisons d'une telle différenciation pour JOSSERAND.

579. Selon la doctrine majoritaire, la simulation ne peut que se définir « au regard de l'article 1321, adoptant ainsi une conception plus stricte et plus précise de cette technique juridique originale<sup>1495</sup> ». À la différence, nous sommes forcés de constater que la dissimulation est une notion définie par les auteurs de façon négative, en comparaison avec le dol et la réticence<sup>1496</sup>. Il s'agit d'un acte clandestin de détournement ne rentrant pas dans le cadre d'une action positive. Pourtant, une approche beaucoup plus moderne peut proposer une définition positive, à savoir l'adoption d'une position de retrait afin de bénéficier en dernier lieu d'une opération réalisée pour son compte. Cette situation non loin de celle que l'on retrouve dans la simulation, peut dès lors, entraîner la création d'un acte apparent venant faire écran à l'acte secret reflétant la véritable intention des parties, et même parfois, en cas d'interposition, leurs véritables qualité et identité<sup>1497</sup>. La simulation consiste dans le déplacement « des effets du contrat d'un patrimoine à l'autre<sup>1498</sup> », cela signifie que l'acte apparent est suffisamment tangible et véritable, l'acte secret ne venant que dissimuler l'identité du bénéficiaire final des fonds. L'interposé qui agit pour son compte est une partie par défaut qui intervient en remplacement de la partie délibérément absente.

580. À défaut de séparer définitivement les notions de dissimulation et de simulation, il convient d'orienter l'analyse vers une forme de comparaison l'une créant indéfectiblement la situation de l'autre en matière contractuelle. Dès lors, frauduleusement ou non, le bénéficiaire final bénéficie d'un avantage de substitution unique lui permettant de se faire représenter de manière occulte dans la conclusion d'une opération contractuelle. Par l'adoption d'une position de retrait, il consacre l'existence d'un privilège de discrétion lui permettant de préserver son identité.

## **II : LE BENEFICIE D'UN PRIVILEGE DE DISCRETION**

---

<sup>1494</sup> JOSSERAND, *Le mensonge, la simulation et la dissimulation en tant que facteurs de droit*, in *Évolution et actualités*, Conférence de droit civil, 1936, Sirey, p. 121.

<sup>1495</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, juin 2012, actualisation avril 2016.

<sup>1496</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 724 et s, p. 791 et s.

<sup>1497</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 1267 et s.

<sup>1498</sup> FLOUR, AUBERT et SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, L'acte juridique, 14<sup>e</sup> éd., 2010, Sirey, n° 383.

581. La discrétion peut être définie comme le fait de taire ou qualité de celui qui tait des informations confidentielles, réserve faisant parfois l'objet d'une obligation professionnelle<sup>1499</sup>. En droit des affaires, il est tout à fait courant d'avoir recours à des clauses de confidentialité<sup>1500</sup>. Celles-ci parfois dénommées clauses de discrétion ou de réserve, permettent à l'entreprise de se prémunir contre la divulgation d'informations à autrui<sup>1501</sup>. En droit du travail, le salarié s'engagera à ne divulguer à des tiers les informations confidentielles qu'il détient sur son entreprise, ou des informations qu'il pourrait détenir dans le cadre de l'exercice de ses fonctions<sup>1502</sup>. La discrétion est une notion qui vient s'inscrire naturellement dans le cadre d'une obligation contractuelle<sup>1503</sup>. Le Professeur DISSAUX a eu l'occasion de s'exprimer en matière d'obligation de confidentialité et cite l'article 1112-2 du Code civil qui impose « aux interlocuteurs de respecter le caractère confidentiel de certaines informations communiquées<sup>1504</sup> ». Les négociations contractuelles en sont les plus grands exemples, certains échanges peuvent entraîner la communication d'informations confidentielles ou sensibles, ce qui nécessite la conclusion d'un acte protecteur sans délai<sup>1505</sup>. Cet avant-contrat couvre la période précontractuelle et impose une obligation de confidentialité, aussi bien pendant la durée des négociations, qu'à la suite de celle-ci, que le contrat soit conclu ou non.

582. La situation dans laquelle s'inscrit le bénéficiaire final semble tout à fait similaire, il prend acte avec le bénéficiaire apparent. Ce dernier s'engage à ne pas révéler son identité, qui constitue d'ailleurs l'objet même du contrat de substitution occulte. L'interposé, bénéficiaire apparent, est tenu d'un certain nombre d'obligations en vertu dudit contrat. Parmi celles-ci, nous pouvons compter l'obligation de loyauté, le devoir de discrétion. D'ailleurs, il ne serait pas incohérent de penser que la responsabilité de l'interposé pourrait être engagée dans les conditions du droit commun au regard de l'article 1112-2 du Code civil, le bénéficiaire final pourrait y voir une forme de protection de son bénéfice de discrétion en droit commun des contrats. Cet avantage opportuniste est également une protection contre l'opportunisme.

---

<sup>1499</sup> CORNU G., op. cit., p. 354.

<sup>1500</sup> CASEAU-ROCHE C., « La clause de confidentialité », AJCA 2014. 119.

<sup>1501</sup> Ibid : « La clause de confidentialité encore appelée « clause de secret », de « non-divulgation » ou de « discrétion », de « non-communication » - a pour objet d'ériger en faute la divulgation d'une information en imposant au débiteur un « devoir de se taire ».

<sup>1502</sup> AUBREE Y., « Contrat de travail : clauses particulières », Répertoire de droit du travail, janvier 2017 actualisation septembre 2018 ; MOUSSERON P.-H., « La fidélisation du personnel », Dr. soc. 1989. 479 ; SERRA Y., *La protection du patrimoine intellectuel de l'entreprise : obligations de non-concurrence et autres clauses contractuelles*, in *Informatique et relation de travail*, Actes des 4<sup>es</sup> entretiens de Nanterre, Economica, 1986, p. 181.

<sup>1503</sup> CASEAU-ROCHE C., « La clause de confidentialité », AJCA 2014. 119 : « Par exemple, les contractants s'interdisent de révéler les connaissances techniques transmises dans les contrats de recherche, de licence de *know-how*. La même préoccupation apparaît souvent pour les contrats qui permettent l'accès à une information - contrats de concession, de travail - ou qui supposent ou exigent une communication du savoir acquis ».

<sup>1504</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation », Répertoire de droit civil, avril 2017.

<sup>1505</sup> DARTIGUELONGUE J.-P., *Le secret dans les relations juridiques*, Thèse., 1968, p. 131, n° 64.

---

**§2 : Le retrait une protection contre l'opportunisme**

583. L'adoption d'une position de retrait par le bénéficiaire final s'analyse également comme une forme de protectionnisme contre les comportements discriminatoires. La formation d'un acte contractuel s'apparente à un processus complexe, parfois assez long et déstructuré. Le lien contractuel dépend de l'attitude humaine, et envers et contre tout, de l'intention des parties. Cela explique aisément l'existence de contrats instantanés et des contrats nécessitant de multiples négociations. Il n'existe pas plus humain que le contrat, ce qui laisse nécessairement entendre que des comportements créant une différence discriminante entre les protagonistes puissent apparaître. Comme pour le privilège de discrétion, notre principale source provient du droit du travail, selon le Professeur MORVAN, « tout ressortissant d'un État membre a le « droit d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre », conformément aux dispositions régissant l'emploi des travailleurs nationaux de cet État, et bénéficie de la même priorité qu'eux dans l'accès aux emplois disponibles<sup>1506</sup> ». De même, en droit de la concurrence, les pratiques discriminatoires constituent un contentieux jurisprudentiel important<sup>1507</sup>. Plusieurs clauses contractuelles viennent imposer une différence entre les ressortissants d'un État et ceux d'un autre État<sup>1508</sup>. Pour aller plus loin, l'article L. 324-2 du Code de la propriété intellectuelle impose un principe d'égalité « dans la gestion des droits patrimoniaux de l'ensemble des titulaires de droits<sup>1509</sup> ». La lutte contre la discrimination fait partie intégrante du dispositif légal européen et français. Ce qui explique l'application du principe d'égalité dans le contrat. Toute personne a le droit d'être partie à un contrat et aucune différence ne peut lui être imposée. D'ailleurs, plusieurs auteurs ont traité du principe d'égalité qui n'existe pas uniquement en Droit public, puisque depuis le Code civil de 1804, le législateur porte une attention particulière à la notion (avec le principe de bonne foi, de loyauté contractuelle), sans jamais la définir.

584. C'est après une reprise de l'analyse des Professeurs GHESTIN, JAMIN et BILIAU, en ce qui concerne la nouvelle classification tiers-partie, que Monsieur BERTHIAU a étudié la portée de cette distinction, sur l'existence d'un principe d'égalité des tiers devant la loi contractuelle<sup>1510</sup>. En

---

<sup>1506</sup> MORVAN P., *Travailleur : régime*, Répertoire de droit européen, décembre 2000, actualisation janvier 2018.

<sup>1507</sup> Arrêt Phil Collins, CJUE 20 oct. 1993, aff. C-92/92 et C-326/92, Rec. p. I-5145 ; Cass. com., 21 octobre 1997, n°95-14.457, Bull. civ. IV, n°270 ; Dalloz 1997, p. 246 : en ce qui concerne les pratiques de prix discriminatoires au sein d'une pharmacie.

<sup>1508</sup> VIVANT M., BRUGUIÈRE J-M., *Chapitre 2 - La gestion collective*, Précis Droit d'auteur et droits voisins, 2019.

<sup>1509</sup> Art. L. 324-2 du Code de la propriété intellectuelle : « Les organismes de gestion collective respectent le principe d'égalité de traitement dans la gestion des droits patrimoniaux de l'ensemble des titulaires de droits qu'ils représentent, y compris dans le cas où cette gestion s'exerce au titre d'un accord de représentation ».

<sup>1510</sup> GHESTIN J., *La distinction des parties et des tiers au contrat*, JCP 1992. I. 3628 ; *Existe-t-il en droit positif français un principe de prohibition des contrats perpétuels ?*, in Mélanges D. Tallon, 1999, SLC, p. 250 ; BERTHIAU D., *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Thèse, LGDJ, 1999.

effet, les individus appelés les faux tiers sont désormais assimilés à des parties au contrat, au sens où les situations semblables doivent être traitées de façon semblable.

585. Le retrait du bénéficiaire final serait un complément au principe d'égalité lui permettant d'être protégé contre cette forme d'opportunisme (I). Dans la continuité de cette analyse, l'opération contractuelle en est consolidée (II).

### **I : LA PROTECTION DE LA PARTIE EN RETRAIT**

586. La discrimination est définie comme une différenciation contraire au principe de l'égalité civile. Elle consiste à rompre l'égalité au détriment de certaines personnes physiques en raison de critères sur lesquels la loi interdit de fonder des distinctions juridiques arbitraires<sup>1511</sup>. Michel DANTI-JUAN observe très justement que « les discriminations réprimées par les articles 225-1 à 225-4 et 432-7 du Code pénal peuvent indifféremment avoir pour victimes des personnes physiques (cas de figure le plus simple) ou des personnes morales en raison de la situation catégorielle ou personnelle de leurs membres ou de certains d'entre eux<sup>1512</sup> ». La discrimination peut se traduire par un comportement positif ou abstentionniste. Les agissements inspirés par un esprit discriminatoire sont tous inspirés par l'identité physique ou intellectuelle de l'individu, que ce soit au niveau de son appartenance sexuelle ou raciale pour les plus courantes<sup>1513</sup>.

587. Le privilège opportuniste dont profite le bénéficiaire final peut se traduire comme une sorte de protection face à une certaine forme de discrimination. En effet, celui qui ne sait pas qui est son véritable interlocuteur, ou celui qui communique avec un interlocuteur de confiance ne peut être l'auteur d'un acte de discrimination volontaire. L'adoption d'une position de retrait est la matérialisation de cette protection permettant l'intervention d'un interposé plus propice à la passation du contrat. Un « homme de paille<sup>1514</sup> » intervient au contrat en apparaissant comme le seul titulaire de l'acte dont il est l'auteur. Il vient couvrir bien plus que son identité puisqu'il couvre son existence au regard du tiers contractant envers lequel il s'engage.

---

<sup>1511</sup> CORNU G., op. cit., p. 354-355.

<sup>1512</sup> DANTI-JUAN M., « Discriminations », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2014 actualisation septembre 2017.

<sup>1513</sup> BOSSUYT M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, 1976, Bruylant ; DUBOUT E., *L'article 13 du Traité CE, La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2006.

<sup>1514</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

588. Même s'il reste possible que la révélation de l'identité du bénéficiaire final entraîne une volonté chez le tiers d'annuler le contrat initialement conclut<sup>1515</sup>. Il reste que la structure juridique élaborée par ce personnage atypique reste le seul rempart entre son existence et les actes discriminatoires dont il pourrait être victime. En ce sens, une analyse plus approfondie des véritables intentions de la partie souhaitant l'annulation est de rigueur, compte tenu des risques qu'une telle décision pourrait entraîner pour le contrat. En effet, bien que la simple demande d'annulation par le tiers puisse entraîner une fragilité de l'opération, il semble que le concept d'égalité contractuelle soit totalement respecté. Pourquoi parle-t-on d'égalité contractuelle ici ? Cette notion qui reflète une certaine tension entre le caractère moral et économique du contrat constitue un obstacle sérieux au retrait du bénéficiaire final d'une opération contractuelle. Tout comme la lésion<sup>1516</sup>, le retrait, quelle qu'en soit la cause, créait une forme de déséquilibre économique du contrat, puisque le cocontractant qui s'engage ne peut pas choisir en toute quiétude son interlocuteur. Or ce choix reste un droit dont l'inobservation pourrait ruiner l'impératif de stabilité contractuelle.

589. La question qu'il convient donc de se poser repose sur l'existence d'une forme d'exception face au principe d'égalité contractuelle, compte tenu de la situation du bénéficiaire final. L'analyse de cette exception permettrait non seulement de mettre en exergue la situation dans laquelle se trouve ce personnage atypique, mais également les véritables intentions justifiant son retrait. S'il se retire pour raison légitime, par exemple pour éviter d'être victime d'une discrimination, la liberté comme l'égalité contractuelle ne peut être remise en cause par cette action. Un retrait illicite, comme c'est le cas pour le *bénéficiaire effectif* entraîne inéluctablement une remise en cause de ces principes. C'est dans cette optique qu'il est important de développer un dispositif propre à la protection de l'opération contractuelle.

## **II : LA PROTECTION DE L'OPERATION CONTRACTUELLE**

590. Contrairement à ce que beaucoup d'auteurs pourraient penser, notamment en matière de simulation, l'examen du retrait du bénéficiaire final laisse apparaître une volonté de protéger l'opération contractuelle entre l'interposé et le cocontractant<sup>1517</sup>. Le comportement discriminatoire de l'une des parties peut empêcher sérieusement la conclusion de l'opération contractuelle. Dans un premier temps, la découverte de l'identité du bénéficiaire final pourrait être à l'origine d'une rupture

---

<sup>1515</sup> Référence à la déclaration de command : DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000, n° 134 ; CHEN C.-W., *Apparence et représentation en droit positif français*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2000 ; BEHAR-TOUCHAIS M. et VIRASSAMY G., *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 1351 et s.

<sup>1516</sup> MAZEAU D, LATINA M., *Lésion*, Répertoire de droit civil, Avril 2018.

<sup>1517</sup> Il s'agit de viser la conclusion et la consolidation de l'opération contractuelle entre l'interposé et le cocontractant par le retrait du donneur d'ordres : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 724 et s, p. 791 et s.

abusive des pourparlers. Dans un second temps, l'opération pourrait être réalisée en dehors des conditions prescrites pour sa validité laissant craindre une annulation future. Face à cette situation, comment remettre en cause le comportement du cocontractant, dont la bonne foi serait difficilement remise en cause en raison de la tromperie dont il aura déjà été victime de la part du bénéficiaire final et de son interposé<sup>1518</sup>. L'adoption d'une position de retrait est analysée comme une forme de manipulation. Le cocontractant ignorant pourrait reprocher à l'interposé un manquement au devoir de loyauté ou de sincérité<sup>1519</sup>. Le retrait du bénéficiaire final serait-il un manquement à la bonne foi contractuelle pouvant remettre en cause l'entier contrat ?

591. La bonne foi est « l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi<sup>1520</sup> ». D'inspiration morale, ce principe est aujourd'hui omniprésent en droit des contrats. D'ailleurs, l'article 1104 du Code civil vise « une directive de conduite dans l'exécution des obligations contractuelles<sup>1521</sup> ». La Cour de cassation en sa troisième chambre civile a longtemps affirmé sous le visa de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil que la notion de bonne foi et de contrat était intimement liée. Il n'était pas possible de parler de bonne foi en dehors de contrat légalement formé. Pour autant, la doctrine comme la jurisprudence ont introduit cette notion dès le commencement de la phase des négociations, c'est à dire en l'absence de contrat formé<sup>1522</sup>. Le Professeur LE TOURNEAU le rappelle, « à Rome, CICÉRON définissait la fides comme la fidélité et la sincérité dans les paroles et les engagements pris<sup>1523</sup> ». D'ailleurs, le devoir de loyauté et de sincérité ont été élevés autant par la doctrine, que par la jurisprudence, au rang de principes fondamentaux du droit des contrats<sup>1524</sup>.

592. La bonne foi est un devoir moral, qui doit s'analyser comme un principe à valeur universelle, de telle sorte qu'il préexisterait au-delà du contrat<sup>1525</sup>. En tout état de cause, la bonne foi est une notion factuelle devant être considérée au regard du comportement des parties. En ce sens, avant de se prononcer sur la bonne foi du bénéficiaire final, il convient d'apprécier son comportement.

---

<sup>1518</sup> JABBOUR R., Thèse, op. cit., n° 323 et s, p. 259 et s.

<sup>1519</sup> ANCEL P., *Force obligatoire et contenu obligationnel*, op. cit., n° 1 et 39, p. 771 et 796 ; CHAZAL J.-P., *Les nouveaux devoirs des contractants : est-on allé trop loin ?*, op. cit., p. 103.

<sup>1520</sup> CORNU G., op. cit., p. 133-134.

<sup>1521</sup> LE TOURNEAU Ph, POUMAREDE M., « Bonne foi », Répertoire de droit civil, janvier 2017, actualisation mai 2018.

<sup>1522</sup> AYNÈS L., *Le devoir de renégocier*, op. cit., p. 20-21 ; FABRE-MAGNAN M., *L'obligation de motivation en droit des contrats*, in *Études offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, op. cit., p. 321.

<sup>1523</sup> Ibid.

<sup>1524</sup> MESTRE J. et FAGES B., « L'exigence de bonne foi étendue à la clause de mobilité », RTD civ, 2000, p. 326 - v ég. Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 31 oct. 2012, n° 11-15.529, RTD civ. 2013. 109, obs. B. Fages ; Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 97-18.737, D. 2000. 574, note B. Beignier ; RTD civ. 2000. 565, obs. J. Mestre et B. Fages ; Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2007, n° 05-16.789, RTD civ. 2008. 676, obs. B. Fages ; Saint-Denis de La Réunion, 16 juin 2015, n° 15/469.

<sup>1525</sup> LE TOURNEAU Ph, POUMAREDE M., « Bonne foi », Répertoire de droit civil, janvier 2017, actualisation mai 2018 ; JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du code civil*, préf. Chabas F., 2005, Dalloz, spéc., n° 167.

Si son retrait est exercé dans le but d'échapper à une forme d'opportunisme, il ne pourrait être considéré comme un bénéficiaire final de mauvaise foi. Dans cette optique, le retrait du bénéficiaire final de l'opération, même pour des raisons personnelles, ne permet pas de constituer un manquement au principe de bonne foi ou de loyauté envers son cocontractant. Au contraire, l'adoption d'une position de retrait pourrait permettre d'assurer une certaine sécurité juridique pour l'opération contractuelle.

## Section 2 : La motivation illicite ou immorale

593. La légitimité du retrait a été notre premier argument d'analyse, le bénéficiaire final adopte un comportement de repli lui permettant d'agir discrètement à travers l'intervention d'un interposé voué à disparaître. Cependant, au regard du nombre de plus en plus élevé des techniques clandestines consistant à dissimuler un personnage avide d'argent, il semble évident que le comportement du bénéficiaire final devrait être analysé avec beaucoup plus d'attention., ce qu'on fait bon nombre d'auteurs qui ont analysé et critiqué les dispositions législatives européennes et internationales consistant à mettre en place des dispositifs de contrôle et de déclaration<sup>1526</sup>. Dans cette optique, le législateur souhaitait éliminer autant que faire se peut, les préoccupations conduisant à la dissimulation du « bénéficiaire effectif<sup>1527</sup> ». La transparence étant le but ultime qu'il souhaitait mettre en place. Cet objectif semble tiré d'une volonté profonde de faire disparaître toutes les situations juridiques ne pouvant s'apparenter à de la représentation. D'ailleurs, le législateur ne porte aucune attention aux opérations avec un bénéficiaire final, sauf à considérer celles avec un *bénéficiaire effectif*<sup>1528</sup>.

594. Le bénéficiaire final aussi atypique que discret peut cacher l'intention illicite d'échapper à une disposition légale qu'elle soit impérative ou prohibitive. Soit ce dernier personnage refuse de se soumettre aux dispositions légales, soit il contourne l'interdiction mise en place. De ce fait, le bénéficiaire final adopterait un comportement frauduleux, en se dissimulant derrière l'interposé appelé « bénéficiaire apparent<sup>1529</sup> ». Pour faire face à ces comportements, le législateur a établi une réglementation stricte concernant celui qui bénéficie en dernier lieu de l'opération. Le terrorisme et

---

<sup>1526</sup> BOMPOINT D., « Le bénéficiaire effectif ? C'est le fisc ! », Les Échos Executives, 18 décembre 2017, p. 7 ; LAMIDON P, et LEMOIGNE J.-D., « Les nouvelles obligations relatives aux bénéficiaires effectifs : conseils pratiques », RLDA, n°135, mars 2018, p. 46 ; ZOUARI M., « Document relatif relatif au bénéficiaire effectif des sociétés non cotées », Dictionnaire permanent Droit des affaires, 18 octobre 2017.

<sup>1527</sup> COURET A, DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif*, Pratiques des affaires, JOLY, LEXTENSO éd., 2018.

<sup>1528</sup> PE et Cons. UE, dir. (UE) 2015/849, 20 mai 2015, op.cit ; Ordonnance n°2020-115, 12 février 2020 : JO 13 février 2020, texte n°12.

<sup>1529</sup> BOUDOT M., *Apparence*, Répertoire de droit civil, Mai 2018.

le blanchiment sont autant d'infractions graves permettant de justifier la contrainte par déclaration par exemple<sup>1530</sup>.

595. Aussi, l'adoption d'une position de retrait par le bénéficiaire final pourrait être à l'origine d'un manquement significatif aux obligations qui se dégagent de la loi impérative (§1), comme aux interdictions édictées par la prohibitive (§2).

---

### § 1 : Le retrait pour échapper à la loi impérative

596. Notre système juridique est constitué de normes impératives ou prohibitives. Ces dernières conformément à la définition des notions qui les accompagnent, constituent pour les unes des obligations légales auxquelles la volonté individuelle ne peut déroger, et pour les autres une interdiction générale prévue par la loi<sup>1531</sup>. Le retrait du bénéficiaire final est une opération réfléchie, pour laquelle une intention précise est formulée. Dans le cadre d'une construction économique et juridique, ce personnage met en place une stratégie lui permettant de contourner ou de détourner la règle applicable au sein du système juridique auquel il est soumis. Une telle situation juridique rappelle la fraude à la loi<sup>1532</sup>. Le choix de la loi applicable est entaché d'un vice qui repose sur la seule volonté des parties d'échapper aux dispositions de la loi applicable. En droit international privé, la fraude à la loi se décompose en plusieurs caractéristiques obligatoires, tout d'abord une loi normalement compétente, une modification volontaire de ce rapport de droit et enfin, un but à savoir se soustraire à cette loi applicable<sup>1533</sup>. Pour revenir au droit français, le cas du médecin incapable de revoir une libéralité de son patient a fait l'objet de vifs débats jurisprudentiels<sup>1534</sup>. Aujourd'hui, bien qu'il serait plus opportun de traiter de l'incapacité de recevoir de l'ensemble du corps médical et paramédical<sup>1535</sup>, le fondement juridique reste le même à savoir l'article 909 du Code civil<sup>1536</sup>. Aucun professionnel appartenant au corps médical ne peut recevoir, même par personne interposée<sup>1537</sup>, une

---

<sup>1530</sup> COURET A, DONDERO B., op. cit., 2018.

<sup>1531</sup> CORNU G., op. cit., p. 523 et 818.

<sup>1532</sup> HOLLEAUX D., FOYER J., GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, n°450 et s, p. 232.

<sup>1533</sup> Cass. civ., 1ère, 6 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 593, note P. COURBE ; Cass. civ., 1ère, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann ; AUDIT B., *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974, p. 348, n° 448.

<sup>1534</sup> Toulouse, 10 mai 1856, DP 1856. 2. 190 ; TGI Seine, 4 juin 1964, D. 1965. 271 ; CE 18 février 2005, n°264014 ; Cass. civ., 15 janvier 2014, n°12-22.950.

<sup>1535</sup> NAJJAR I., « Libéralités : détermination et capacité des parties - Conditions de capacités relatives aux personnes physiques », Répertoire de droit civil, Juin, actualisation : Décembre 2019.

<sup>1536</sup> Art. 909 al. 1 du Code civil : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci ».

<sup>1537</sup> Art. 911 du Code civil : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le



gratification de la part de son patient. Il reste que les dispositions juridiques agissant en amont ne suffisent pas à dissuader les contrevenants.

597. C'est notamment le cas en matière d'instrumentalisation de la personne morale. En effet, l'individu qualifié de bénéficiaire final devra construire une structure économique suffisamment complexe, en établissant son siège social ou ses activités hors du système juridique français par exemple, ou en dissimulant ses actifs dans des paradis fiscaux, dans le seul but d'obtenir des avantages qu'il n'aurait pas obtenus s'il était déclaré en France<sup>1538</sup>. Bien que le dispositif légal français donne la possibilité d'établir ses actifs au sein d'un autre État, il n'en demeure pas moins que la réalisation de bénéfices conséquents au sein du territoire français ne permet pas d'échapper à l'impôt<sup>1539</sup>.

598. Il est systématiquement reproché aux acteurs du monde des affaires de manquer à leur obligation d'information en cautionnant la dissimulation frauduleuse de celui qui est appelé le bénéficiaire effectif ou définitif (I). Par ailleurs, l'administration fiscale est conduite à constater l'existence d'opérations d'évasion ayant pour seul but d'échapper au paiement de l'impôt (II).

## **I : L'EVICION DES DISPOSITIONS IMPERATIVES CONTRE LES INFRACTIONS TRANSFRONTALIERES**

599. Face à la hausse des systèmes permettant la dissimulation de l'entité, bénéficiaire final de l'opération, le droit français conformément l'axe pris par la réglementation européenne adhère à une certaine volonté de transparence. D'ailleurs, le Code monétaire et financier s'est enrichi de nouveaux articles permettant d'intégrer le dispositif européen de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>1540</sup>. Notamment deux obligations pour les personnes morales, l'obligation « d'identification du bénéficiaire effectif <sup>1541</sup> » et l'obligation « de communication de leur identité au registre du commerce et des sociétés <sup>1542</sup> ». Cette réglementation stricte issue de la 4e directive européenne oblige les États membres à contrôler et identifier les

---

nom de personnes interposées, physiques ou morales. Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ».

<sup>1538</sup> Notamment : Cass. crim. 20 juin 1996, RJF décembre. 1996, n° 1481 et 1503 ; 6 nov. 1997, Bull. crim., n° 379.

<sup>1539</sup> EICHEL E., « Point de vue sur la notion de comptabilité fictive », Gaz. Pal. 1987.1, doct. 481 ; FOUGÈRES M., « Infractions relatives au fonctionnement de la société à l'occasion de l'établissement des comptes annuels », J.-Cl. sociétés, fasc. 90, n° 3.

<sup>1540</sup> Articles L. 561-46 à L 561-50 du Code monétaire et financier.

<sup>1541</sup> MORTIER R, BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », la semaine juridique, édition générale, 2017, hebdomadaire n°51, la semaine de la doctrine l'étude, n°1354 ; Trib. com. Bobigny, 18 mai 2018, n° 2018S07031, Bull. Joly Sociétés 2018.

<sup>1542</sup> MORTIER R, BOL S., op. cit., n°1354.

*bénéficiaires effectifs* des personnes morales. Ainsi, un certain nombre de sociétés et d'entités juridiques sont soumises à l'obligation d'identifier le bénéficiaire effectif à savoir selon le texte « la ou les personnes physiques : soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée <sup>1543</sup>».

600. Le bénéficiaire final est une notion qui se caractérise par sa définition en deux points constants, le retrait et le profit. Ces deux points sont en parfaite corrélation, de telle sorte que l'un ne peut être apprécié sans l'autre. Le bénéficiaire effectif est une sous-catégorie marginale qui se caractérise principalement par les critères constants de définition du bénéficiaire final, mais qui se distingue par l'adoption d'éléments qui lui est propre. Ce dernier personnage n'a pas pour objet d'englober l'ensemble des situations juridiques avec un donneur d'ordres en retrait, il vise uniquement une situation particulière à savoir le blanchiment et le financement du terrorisme.

601. La fraude à la loi se concentre sur un élément subjectif, à savoir le choix de la loi par les parties. Au lieu de se soumettre à la loi normalement compétente, ils préfèrent se soumettre un dispositif plus avantageux pour eux. Cette fraude ne vient pas se confronter à la loi normalement compétente, elle est « a l'encontre de toutes les lois ayant avec le contrat un lien objectif<sup>1544</sup> ». La fraude à la loi se rattache à la notion d'intérêt, les parties ayant choisi d'écarter la loi la plus gênante pour faire intervenir les dispositions d'une loi plus favorable.

602. Le bénéficiaire final se cache, il se dissimule derrière l'intervention d'une entité apparente, ce qui n'est pas précisé. Ensuite, il y trouve un intérêt certain, et bien entendu il contrôle l'opération à travers les gisements ou les indications données à l'interposé pour obtenir en dernier lieu le bénéfice de l'opération. Il semble évident que les critères décrits à l'article R 561-1 du Code monétaire et financier correspondent parfaitement à la situation dont nous souhaitons faire naître la théorie<sup>1545</sup>. Une réglementation européenne et nationale aussi précise traduit la volonté frauduleuse des opérations permettant de dissimuler la présence d'un bénéficiaire final. Le retrait de ce dernier ne

---

<sup>1543</sup> Art. L. 561-2-2 Modifié par Ordonnance n°2016-1635 du 1er décembre 2016 - art. 2 du Code monétaire et financier : « Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques : 1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret en Conseil d'Etat précise la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif ».

<sup>1544</sup> JACQUET J.-M., « Contrats, Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », Répertoire de droit international, décembre 1998, actualisation octobre 2015, il reprend les propos de BATIFFOL H. et LAGARDE P., op. et loc. cit. ; MAYER P., op. et loc. cit.

<sup>1545</sup> Art. R. 561-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier : « Lorsque le client d'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 est une société, on entend par bénéficiaire effectif, au sens du 1° de l'article L. 561-2-2, la ou les personnes physiques qui soit détiennent, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exercent, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du code de commerce ».

peut que traduire une volonté d'échapper à ces dispositions impératives en droit des affaires comme en droit fiscal.

## **II : L'EVICION DES DISPOSITIONS IMPERATIVES CONTRE LES INFRACTIONS FISCALES**

603. Le « fisc » venant du latin *fiscus*, est assimilé à ce que les praticiens fiscalistes appellent l'impôt. Ce prélèvement obligatoire au profit des collectivités publiques existe dans le monde entier<sup>1546</sup>. L'obligation fiscale n'est pas de nature contractuelle, seule la loi peut obliger le contribuable à payer son impôt<sup>1547</sup>. L'apparence est la confusion entre le mensonge et la réalité, de telle sorte que les situations créant l'apparence peuvent être assimilées à une situation évidente et tangible. En droit fiscal, l'apparence se matérialise par un comportement positif ou négatif de la personne physique ou morale. Il peut s'agir d'une déclaration modifiée ou arrangée, ou d'une omission pure et simple de déclaration<sup>1548</sup>. Ces agissements proviennent de personne physique ou morale souhaitant échapper aux dispositions impératives de la loi fiscale afin d'obtenir des avantages financiers. Loin d'être de bonne foi, ces personnes dissimulent la réalité sous le voile de l'apparence trompeuse. Notamment lors d'une écriture comptable inexacte ou fictive, il peut s'agir de livre de commerce, de répertoire<sup>1549</sup>. La fraude fiscale portant sur une irrégularité en matière d'écriture doit être volontaire, elle suppose un acte délibéré, intentionnel<sup>1550</sup>. Le bilan ou la comptabilité inexacte repose sur les mêmes éléments notamment sur un élément moral illicite. La fraude fiscale doit être établie par de fausses déclarations ou des réponses inexactes aux demandes<sup>1551</sup>. La fraude fiscale repose sur la réalisation d'un mécanisme mensonger diffusant de fausses informations à l'administration fiscale. Ce type de déclaration pourrait fausser les rapports contractuels avec d'autres professionnels, ou avec des particuliers. La tromperie de celui qui s'engage dans l'ignorance de l'information reviendrait à manquer au devoir de bonne foi dans les relations contractuelles.

604. La mauvaise foi de l'une des parties doit pouvoir être sanctionnée par le dispositif légal. Pourtant, plusieurs auteurs font valoir le fait qu'une sanction pour inexécution de l'obligation

---

<sup>1546</sup> LAMARQUE J., NEGRIN O., AYRAULT L., *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4e éd.2016, n°1 et s.

<sup>1547</sup> DEBOISSY F., CHADEFAY M., *Précis de fiscalité des entreprises*, Précis fiscal, 42e éd. LexisNexis, 2018-2019, p. 1.

<sup>1548</sup> Art. 1741 du Code général des impôts ; Art. 4 du protocole n° 7 additionnel a la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 ; Art. 14-7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 ; Cass. crim., 15 décembre 1987, Bull. crim., n° 87-83.475.

<sup>1549</sup> Notamment : Cass. crim. 3 juillet 1974, Bull. crim., n° 73-92987.

<sup>1550</sup> Cass. crim., 13 janvier 1986, 84-90.041.

<sup>1551</sup> CA Grenoble, 5 mars 1986, Rev. sc. crim. 1986.868, obs. J. Cosson : falsification des comptes à l'insu de clients.

s'adapterait mal à cette notion<sup>1552</sup>. La jurisprudence a toujours sanctionné la mauvaise foi par la résolution du contrat, néanmoins il manque une sanction alternative<sup>1553</sup>. Contrairement à l'analyse de STOFFEL-MUNCK, il n'est pas possible de repousser la bonne foi dans le domaine de la responsabilité délictuelle<sup>1554</sup>. RIPERT rappelle en effet que le devoir de bonne foi est une notion qui dans le contrat sonne comme un perfectionnement de la matière<sup>1555</sup>. Pourtant, la position jurisprudentielle initiale a longtemps considéré qu'une personne extérieure à la convention litigieuse ne pouvait se voir infliger une sanction pour abus de droit<sup>1556</sup>. Le bénéficiaire effectif ne devait pas être sanctionné, car ce dernier n'était pas véritablement une partie à cet acte, ni même représentée<sup>1557</sup>. La loi du 30 décembre 2008 vient modifier l'article 1754, V-1 du Code général des impôts et impose une sanction applicable à toutes les parties à l'acte. Le législateur souhaite certainement inclure le bénéficiaire effectif, mais le juge peut parfaitement entendre par partie, celui qui a pris part à la création de l'acte par sa conclusion ou sa signature ce qui rend la portée de ce texte assez limitée<sup>1558</sup>.

605. Depuis quelques années, le juriste est contraint de faire face à des opérations de plus en plus complexes, dans différentes branches du droit, consistant à la mise en œuvre d'une situation apparente et frauduleuse permettant à un individu d'obtenir des bénéfices par l'éviction ou le contournement de la loi impérative ou prohibitive. Cette attitude contraire à la bonne foi<sup>1559</sup> fait partie intégrante de la définition de l'infraction fiscale, de telle sorte que sans mauvaise foi, le contribuable ne pourrait pas être mis en cause.

606. Comme l'explique Monsieur DURAND, « la mauvaise foi est un concept juridique au contenu éminemment variable<sup>1560</sup> ». Il s'agit d'un comportement conscient ou volontaire, se traduisant par une attitude déloyale envers autrui<sup>1561</sup>. Le retrait du véritable bénéficiaire de l'opération et la création d'une situation apparente n'est pas le fruit du hasard, il s'agit d'un comportement délibéré. La fausse déclaration ne peut simplement provenir d'une attitude négligente. Le mensonge conscient et la situation dite apparente constituent les deux composantes du comportement

---

<sup>1552</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., op. cit., Thèse., n°159-161, p. 143-146.

<sup>1553</sup> GENICON, Thèse, op.cit., n°162, p. 147 ; STOFFEL-MUNCK Ph., op. cit., 175, p. 162.

<sup>1554</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., op. cit., Thèse., n°177, p. 164-165.

<sup>1555</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n°157.

<sup>1556</sup> CE 9 novembre 1990, req. n°35185, Société GAUTHIER, RJF 1/1991, n°83.

<sup>1557</sup> CAA Marseille, 14 juin 1999, rep. n°96-12418, RJF 3/2000, n°323.

<sup>1558</sup> CRUVELIER E., « Contrôle fiscal – Procédure du contrôle fiscal », Répertoire de droit commercial, Janvier 2020, actualisation : Février 2021.

<sup>1559</sup> CORNU G., op. cit., p. 133-134.

<sup>1560</sup> DURAND F., *L'apparence en droit fiscal*, édition LGDJ, Bibliothèque de droit privé, publication en 2009, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, Soutenue en 2007 ; DEKEUWER A., « Cessation des paiements, détournements d'actif et pouvoirs du juge pénal en matière de banqueroute », JCP, éd. E, 1995. I. 420.

<sup>1561</sup> CORNU G., op. cit., p. 650 ; DURAND F., op.cit., 2007.

frauduleux, et de ce fait, du comportement de mauvaise foi de son auteur. D'ailleurs, les sanctions prévues par le Code général des impôts tiennent compte de la mauvaise foi du déclarant, comme ayant eu une attitude « volontaire et consciente<sup>1562</sup> » vis-à-vis de la fraude qu'il a commise. De plus, le Professeur KORNPROBST élève la notion de bonne foi au rang de principe général du droit fiscal en considérant que la manipulation mensongère et consciente du contribuable envers les services fiscaux n'est autre que l'expression d'un comportement de mauvaise foi de son auteur<sup>1563</sup>.

607. L'apparence se traduit également par la volonté de tromper l'impôt, « le contribuable apparent crée de toutes pièces une situation ostensible pour masquer au fisc l'identité du véritable contribuable. Celui-ci reste alors caché dans l'ombre si bien que le fisc ne parvient pas toujours à l'identifier ou ne se rend compte de la réalité qu'à une date ou tout recours à son encontre est impossible du fait du jeu de la prescription<sup>1564</sup> ». Dans ce cas, le véritable contribuable se dissimule derrière une situation apparente pour échapper aux contraintes de l'administration fiscale. Il adopte une attitude frauduleuse consistant à créer une apparence auprès de l'administration fiscale et en définitive, échapper à l'impôt. Cependant même si ces situations volontaires traduisent une apparence frauduleuse permettant d'échapper à la loi fiscale, il n'est pas nécessaire que la création de l'apparence n'ait lieu que pour l'accomplissement d'un tel but. La jurisprudence LEMARCHAND en est un exemple fondamental, puisque l'utilisation d'un prête-nom n'avait pour but que de contourner la réglementation prohibitive en matière de capacité d'exercice du commerce. Le contribuable n'a pas utilisé l'apparence dans le but d'enfreindre la réglementation fiscale<sup>1565</sup>. Dès lors, il est possible de constater qu'il ne peut y avoir mauvaise foi en l'absence d'intention frauduleuse, ou d'intention éluder la réglementation fiscale<sup>1566</sup>.

608. La mauvaise foi se traduisant par la volonté, la conscience et l'intention frauduleuse, l'attitude d'un bénéficiaire final se dissimulant derrière une apparence trompeuse pour contourner ou éluder la réglementation fiscale en vigueur est assimilée à un comportement de mauvaise foi. L'adoption d'une position de retrait dont il bénéficie puise sa source d'une intention

---

<sup>1562</sup> DURAND F.op. cit., 2007 : CE, 8e et 9e sous-section, 3 mai 1993, req. 116269, COHEN : RJF 6/93 n°774 ; GAJF page 905 ; DAVID C., FOUQUET O., RACINE P-F., PLAGNET B., *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 4e éd., Sirey, 2003 : *Les pénalités pour manoeuvre frauduleuse*, thème n°61, p. 915 et s.

<sup>1563</sup> KORNPROBST E., *La notion de bonne foi. Application au droit fiscal français*, coll. Bibliothèque de droit privé, T. CLXV, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.

<sup>1564</sup> Ibid ; CE, 7e et 8e sous-section., 7 mai 1986, req. 46841 : précité - CE, 7e et 9e sous-section., 11 juillet 1991, req. 69831 LELOUCH.

<sup>1565</sup> MANDELKERN D., *Conclusion sur CE*, 7e et 8e sous-section., 20 février 1974, req. 83270 LEMARCHAND.

<sup>1566</sup> LIBERT-CHAMPAGNE M-A., *Conclusions sur CE*, 7e, 8e et 9e sous-section., 21 juillet 1989, req. 59910, Bendjador et req. 58871, Lalonde : *Droit fiscal 1990*, n°1, com. 28 qui remarque « l'abus de droit réside dans le double volet d'un acte juridique opposé à l'administration et une intention frauduleuse » ; DAVID C., FOUQUET O., RACINE P-F., PLAGNET B., *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 4e éd., Sirey, 2003 : « Les pénalités pour manoeuvres frauduleuses », thème n°61, p. 915 et s.

fondamentalement frauduleuse. La dissimulation du bénéficiaire final lui permet non seulement d'échapper à l'obligation de déclarer la réalité de sa situation financière à l'administration fiscale, mais également d'échapper aux interdictions légales qu'il pourrait connaître dans d'autres branches du droit.

---

## § 2 : Le retrait pour échapper à la loi prohibitive

609. Le bénéficiaire final adopte une position de retrait de deux manières différentes. La première consiste en un retrait motivé par des intentions légitimes, celles de faire du profit, d'échapper à l'opportunisme d'autrui. La seconde consiste en un retrait motivé par des intentions frauduleuses, celles d'échapper à la réglementation légale, qu'elle soit impérative ou prohibitive. La prohibition se traduit par une interdiction imposée par la loi<sup>1567</sup>. Cette notion traduit le comportement exercé par un individu, comme un comportement interdit ou frauduleux dans certaines situations. Le comportement consistant à se retirer d'une opération contractuelle, n'est pas systématiquement considéré comme un comportement frauduleux. C'est l'intention qui l'accompagne qui traduit l'illicéité du comportement de l'individu.

610. En matière de simulation, l'acte frauduleux se caractérise notamment par la capacité des parties à déguiser ou à maquiller une vente qui est interdite par la loi sous couvert d'un acte authentique<sup>1568</sup>. L'éviction de la loi normalement applicable se traduit par la création d'une illusion, d'une façade permettant d'échapper aux dispositions légales en vigueur. Il s'agit notamment d'échapper aux règles d'incapacité permettant à l'interposé de se porter acquéreur d'un bien que l'incapable n'a pas le droit de s'offrir<sup>1569</sup>.

611. Par un exemple, le fait d'essayer de convaincre un individu de réaliser un acte pour soi-même n'est pas interdit. Néanmoins, l'achat de cet individu, « au moyen d'offres, promesses, dons, présents ou avantage quelconque<sup>1570</sup> », lorsqu'il occupe certaines fonctions, constitue une infraction pénale<sup>1571</sup>. Cet exemple marque bien l'importance de l'intention dans l'analyse de la situation dite illégale ou frauduleuse. Sans intention de détourner ou d'échapper à la loi, le retrait du bénéficiaire final ne peut être considéré comme illégal. Il en est tout autrement pour le *bénéficiaire effectif* dont la description est irrémédiablement frauduleuse.

---

<sup>1567</sup> CORNU G., op. cit., p. 818.

<sup>1568</sup> Cass. civ., 1ère., 29 mai 1980, Bull. civ. I, n° 164, p. 131 : il s'agissait en l'espèce de libéralités ; Cass. civ., 1ère., 31 mai 1813, S. Chron. GAJC, t. 1, n°130.

<sup>1569</sup> TERRÉ F. Et FENOUILLET D., *Droit civil : Les personnes*, Dalloz, Précis, Droit privé, n°307.

<sup>1570</sup> CORNU G., op. cit., p. 278.

<sup>1571</sup> Art. 433-1 du Code pénal.

612. En somme, et afin de se concentrer sur les motivations du bénéficiaire final, le contournement (I) ou l'éviction (II) d'une disposition prohibitive traduit une volonté d'échapper à la loi applicable.

### **I : LE CONTOURNEMENT DE LA LOI NORMALEMENT COMPETENTE**

613. Le contournement de la loi normalement compétente est le comportement d'une personne ayant pour but d'échapper à l'application des dispositions légales en vigueur<sup>1572</sup>. Ce comportement qualifié de fraude à la loi « repose sur une manipulation du critère de rattachement, dans le but d'échapper à la loi normalement compétente<sup>1573</sup> ». Il s'agit notamment de désigner une « loi répondant davantage aux intérêts<sup>1574</sup> » de celui qui l'utilise. L'affaire Bauffremont<sup>1575</sup> est l'exemple même de la recherche d'un avantage ou d'un intérêt particulier à l'application d'une loi plutôt qu'une autre. Une princesse souhaite divorcer, elle ne peut le faire sous l'application de la loi française, la provocation de la loi allemande permet de prôner le divorce. Cette fraude à la loi fut sanctionnée par l'inopposabilité de son nouveau mariage à l'époux divorcé.

614. En quoi ce cas d'espèce se rapproche-t-il de la définition du bénéficiaire final ? Dans un premier temps, la princesse est séparée de corps. Pour se remarier, elle provoque l'application de la loi allemande. Cette loi lui permet de divorcer afin de construire sa vie avec un autre homme. N'est-ce pas là une forme de bénéfice caché ? Elle reste l'unique et la dernière bénéficiaire du montage contractuel qu'elle a mis en place. Pourtant, il n'y a aucun interposé dans ce cas d'espèce, la princesse ne peut être qualifiée de bénéficiaire final malgré son comportement. Ce dernier personnage se rapproche de la fraude à la loi uniquement en ce qui concerne l'élément moral. Le but de l'auteur se traduisant par une volonté d'échapper à la loi normalement compétence<sup>1576</sup>. Il convient dès lors de se tourner vers le comportement atypique du bénéficiaire final, il se retire, fait intervenir un interposé, afin d'échapper à la loi normalement compétente. Il s'agit d'une forme d'interposition appartenant au domaine de la simulation.

---

<sup>1572</sup> DUBUY M., *La fraude a la loi*, RFDA 2009. 243.

<sup>1573</sup> HAMMJE P., *Divorce et séparation de corps - La loi applicable au divorce*, Répertoire de droit international, Novembre 2018.

<sup>1574</sup> Ibid.

<sup>1575</sup> Cass. civ., 18 mars 1878, PRINCESSE DE BAUFFREMONT.

<sup>1576</sup> DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, Décembre 1998, actualisation Mars 2009.

615. Selon le Professeur OPHELE, la simulation ne porte pas uniquement sur l'acte juridique, celle-ci peut également se manifester sur la personne du cocontractant<sup>1577</sup>. Le bénéficiaire apparent n'est en réalité qu'un représentant en mission pour le compte d'un donneur d'ordre resté en retrait<sup>1578</sup>. Cette forme de simulation consiste à faire figurer sur un acte apparent, le nom d'un homme de paille, en tant que titulaire d'un droit et bénéficiaire de l'opération<sup>1579</sup>.

616. L'interposition de personne est fréquemment utilisée par les acteurs du monde juridique dans le seul et unique but de contourner une incapacité prévue par la loi. Cette interdiction de disposer ou de recevoir à titre gratuit peut frapper, les personnes mineures ou majeures, qu'elles soient assistées ou hébergées<sup>1580</sup>. C'est notamment le cas des donations dissimulées sous la forme de vente, ou des donations faites à personne interposée<sup>1581</sup>.

617. Ces situations frauduleuses se traduisent notamment par la gratification du père adultérin à sa fille en passant par une donation à la mère, ou par une donation déguisée faite par un patient au bénéfice de son médecin traitant<sup>1582</sup>. Dans ces hypothèses, le bénéficiaire final serait tour à tour, l'enfant né de la relation adultérine ou le médecin gratifié, parfaitement informé de son interdiction de recevoir. Le contournement de la loi normalement applicable est logiquement soumis à sanction, la preuve d'une interposition frauduleuse entraîne inévitablement la nullité de l'acte dissimulé<sup>1583</sup>. La réalisation de l'acte interdit constitutif d'une fraude fiscale est également soumise à sanction.

## **II : L'EVICION D'UNE DISPOSITION FISCALE CONTRAIGNANTE**

618. Les factures fictives doivent être impérativement différenciées des factures de complaisance. En effet, lorsque les premières ne correspondent « à aucune opération réelle établie dans le but frauduleux de déduire des charges non existantes<sup>1584</sup> ». Les secondes, au contraire, sont en conformité avec les opérations dites réelles, bien que l'identité de leur bénéficiaire reste

---

<sup>1577</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation avril 2016.

<sup>1578</sup> OPHELE C., V. infra.

<sup>1579</sup> CORNU G., op. cit., p. 569.

<sup>1580</sup> NAJJAR I., « Libéralités : détermination et capacité des parties », Répertoire de droit civil, juin 2011, actualisation avril 2018.

<sup>1581</sup> Voir notamment : Cass. civ., 1re, 17 mai 1983, pourvoi no 82-11.040, Bull. 1983, I, n°147 ; 1re Civ., 20 mars 1985, pourvoi no 82-15.033, Bull. 1985, I, no 103 : en matière de trust.

<sup>1582</sup> FLOUR Y., DONZEL-TABOUCOU C., GRIMALDI M., « Règles de fond des donations : parties au contrat », Chapitre 312, Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, 2018-2019.

<sup>1583</sup> Art. 911 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales. Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ».

<sup>1584</sup> CORNU G., op. cit., p. 446.



dissimulée<sup>1585</sup>. Ces opérations illégales sont des infractions aux règles de facturation sanctionnées à l'article 1737 du Code général des Impôts<sup>1586</sup>. D'ailleurs, le comportement du bénéficiaire de l'opération est comparable à celui qu'adopte l'escroc lorsqu'il détourne les versements devant être réalisés au service des impôts par des moyens frauduleux et dissimulés. Ce délit se caractérise par une tromperie résultant de la prise d'un faux nom ou d'une fausse qualité, de l'abus d'une qualité vraie, ou de l'emploi de manœuvres frauduleuses. Elle consiste à obtenir d'une personne physique ou morale la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge<sup>1587</sup>.

619. Dans cette situation, le bénéficiaire final incarne ce personnage qui, alors que le Code général des impôts le lui interdit, utilise des manœuvres frauduleuses lui permettant d'échapper au paiement de la taxe imposée par l'administration<sup>1588</sup>.

620. Il en va de même pour ce que notre système juridique appelle couramment les « dessous-de-table »<sup>1589</sup>. Cette pratique consiste au versement d'une somme supplémentaire, dissimulée par l'acquéreur au vendeur d'un bien. Il s'agit d'une forme de simulation illicite sanctionnée par la nullité au regard de l'ancien article 1840 du Code général des impôts et aujourd'hui par l'article 1321-1 du

---

<sup>1585</sup> Ibid.

<sup>1586</sup> Art. 1737 du Code Général des Impôts : « I. — Entraîne l'application d'une amende égale à 50 % du montant: 1. Des sommes versées ou reçues, le fait de travestir ou dissimuler l'identité ou l'adresse de ses fournisseurs ou de ses clients, les éléments d'identification mentionnés aux articles 289 et 289 B et aux textes pris pour l'application de ces articles ou de sciemment accepter l'utilisation d'une identité fictive ou d'un prête-nom. 2. De la facture, le fait de délivrer une facture ne correspondant pas à une livraison ou à une prestation de service réelle; 3. De la transaction, le fait de ne pas délivrer une facture. Le client est solidairement tenu au paiement de cette amende. Toutefois, lorsque le fournisseur apporte, dans les trente jours de la mise en demeure adressée par l'administration fiscale, la preuve que l'opération a été régulièrement comptabilisée, il encourt une amende réduite à 5 % du montant de la transaction; 4. De la transaction, le fait de ne pas délivrer une note en violation des dispositions de l'article 290 quinquies. Les dispositions des 1 à 3 ne s'appliquent pas aux ventes au détail et aux prestations de services faites ou fournies à des particuliers. Les dispositions des 1 à 4 s'appliquent aux opérations réalisées dans le cadre d'une activité professionnelle. II. — Toute omission ou inexactitude constatée dans les factures ou documents en tenant lieu mentionnés aux articles 289 et 290 quinquies donne lieu à l'application d'une amende de 15 €. Toutefois, le montant total des amendes dues au titre de chaque facture ou document ne peut excéder le quart du montant qui y est ou aurait dû y être mentionné. — Pour l'application de l'article 1737 en cas de flagrance, V. art. 1740 B-II ».

<sup>1587</sup> Art. 313-1 du Code pénal : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

<sup>1588</sup> MASCALA C., « Escroquerie », Répertoire de droit pénal et de procédure pénal, Avril 2016 actualisation avril 2018.

<sup>1589</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016 : Condamnation de la pratique des «dessous-de-table». - L'article 1321-1 du code civil reprend la lettre de l'ancien article 1840 du code général des impôts (Ord. n° 3005-1512 du 7 déc. 2005, art. 24-I-1°), et frappe de nullité « [...] toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel et toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle ou d'une cession d'un droit à un bail ou du bénéficiaire d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soule d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle » (FROGER, *Insuffisance et dissimulation du prix dans les ventes d'immeubles*, thèse, Paris, 1932. – CHAPEAU, *Les dissimulations du prix dans la législation civile*, thèse, Paris, 1934).

Code civil<sup>1590</sup>. En principe, la simulation est une notion neutre, seule la construction d'opérations artificielles et mensongères entraîne la création d'une simulation frauduleuse. En effet, la simulation n'est en réalité que « l'action de faire paraître comme réel, effectif ce qui ne l'est pas <sup>1591</sup> ». Il peut s'agir de la création d'un acte juridique apparent devant dissimuler un acte secret, ou simplement la dissimulation de l'identité du véritable bénéficiaire d'une opération. Ainsi, la contre-lettre est légale si elle demeure transparente aux yeux de tous, elle est menacée de nullité lorsqu'il y a simulation frauduleuse. Le retrait du bénéficiaire final se caractérise par l'intervention d'un bénéficiaire apparent. En agissant pour le compte d'autrui avec son propre nom, il dissimule l'identité du bénéficiaire final et lui permet jusqu'à la conclusion de l'acte un parfait anonymat. Ces manœuvres mensongères entrent dans le champ de la simulation frauduleuse, elles permettent notamment l'éviction des dispositions fiscales contraignantes.

621. Au terme de ce Titre, une constatation s'impose, le bénéficiaire final caractérise le comportement d'un individu souhaitant rester dans l'ombre en retrait de l'opération. Il adopte une position de retrait comme il exercerait une forme de droit à la confidentialité ou à l'anonymat dans le seul but de tirer profit de l'opération dont il s'exclut lui-même. Ce personnage défie les principes généraux du droit des contrats, et oblige notre système juridique à créer des exceptions permettant l'atténuation de l'obligation d'apparaître au contrat. Certaines opérations excluent d'ores et déjà l'intervention d'un bénéficiaire final, les contrats *intuitu personae* notamment. Cependant, ces premiers développements ont permis de mettre en lumière les critères attachés à la notion de bénéficiaire final, le retrait matériel d'une personne physique ou morale ainsi que le but poursuivi à savoir le profit par la réalisation d'une opération transparente, occulte ou semi-occulte. Ayant donné une définition au bénéficiaire final d'une opération contractuelle, il reste à porter un regard critique sur l'accueil fait en droit à ce personnage atypique.

### **Conclusion de Chapitre**

622. La motivation du bénéficiaire final constitue l'élément moral rattaché à l'adoption d'une position de retrait. Il s'agit de l'explication de son comportement et l'intérêt rattaché au but poursuivi. Le retrait peut apparaître comme un privilège opportuniste qui se traduit par une mise en retrait du personnage et un droit à obtenir une position discrète. Mais ce retrait peut également s'apparenter à

---

<sup>1590</sup> Art. 1321-1 du Code civil : « Est nulle et de nul effet toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel et toute convention ayant pour but de dissimuler partie du prix d'une vente d'immeubles ou d'une cession de fonds de commerce ou de clientèle ou d'une cession d'un droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

<sup>1591</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

une protection contre l'opportunisme. La partie en retrait est protégée, mais l'opération qu'elle souhaite consolider par individu interposé également. Ces motivations licites n'empêchent pas la poursuite d'un intérêt frauduleux.

623. L'adoption d'une position de retrait serait la pierre angulaire d'un acte frauduleux. Celui consistant à échapper à une loi impérative comme une disposition légale transfrontalière ou une disposition fiscale. Les obligations légales seraient faussées par le jeu de l'apparence et de la dissimulation. Le bénéficiaire final chercherait également à échapper à la loi prohibitive pour contourner l'interdiction d'une loi normalement compétente et échapper à des dispositions fiscales sévères.

### **CONCLUSION DE TITRE**

624. Les éléments variables de la définition du bénéficiaire final de l'opération reposent sur des éléments matériels et moraux. Dans un premier temps, il s'agit de situer la qualité de ce personnage qui peut être une personne physique ou morale, par exception au bénéficiaire effectif qui doit nécessairement être une personne physique. Ensuite, il convient de qualifier son pouvoir vis-à-vis de l'interposé comme de l'opération, mais également compte tenu du contexte opérationnel dans lequel il se trouve. Enfin, il était important d'identifier l'intention de ce personnage atypique qui peut être licite ou illicite selon le mécanisme utilisé et le profit qu'il souhaite en tirer.

625. Pour accompagner cette définition par le régime juridique existant autour du bénéficiaire final, le droit devra passer par l'étape de la validation, avant de construire un arsenal juridique lui permettant de lutter contre la prolifération de techniques affairistes occultes.

### **CONCLUSION PARTIE I**

626. La définition du bénéficiaire final a été le centre de cette première analyse. La réponse au questionnement concernant la méthode et le but poursuivi par le bénéficiaire final a permis de mettre en lumière des pratiques manquant cruellement d'interprétation juridique claire. Bien que le monde des affaires connaisse déjà les techniques et autres pratiques permettant le retrait connu ou occulte de ce personnage atypique, les tentatives de qualification ne sont apparues qu'en 2018. L'existence du bénéficiaire final n'est plus à remettre en cause, il adopte constamment une position de retrait et recherche systématiquement le profit de l'opération. Ces deux critères de définition constituent les éléments immuables de définition du bénéficiaire final.

627. Ce personnage en retrait de l'opération ou *préssumé absent* peut, par une construction juridique complexe, se dissimuler partiellement ou totalement derrière un instrument, personne physique ou morale. Cette technique lui permet d'obtenir par transfert et imputation sur son patrimoine les bénéfices de l'opération contractuelle à laquelle il aura refusé de prendre part. Ce comportement remet en cause non seulement les règles relatives au droit des contrats, mais également les principes fondamentaux de cette même matière. Le principe de liberté contractuelle, de bonne foi, la réflexion sur la qualité de partie ou de tiers, les vices du consentement, l'obligation d'informations, sont autant de domaines appartenant à cette matière sur lesquelles il a fallu s'expliquer et consacrer une extension. Bien que certains auteurs tels que le Professeur GHESTIN aient déjà réalisé plusieurs analyses.

628. Le bénéficiaire final est une partie liée à l'opération contractuelle dont il récolte les fruits. Que ses motivations soient légales ou non, son seul but est de ne pas paraître aux yeux de tous comme le véritable bénéficiaire de l'opération. En d'autres termes, il devra conclure une première opération contractuelle occulte afin d'assurer son retrait et missionner un interposé en ses lieux et place afin de récolter les fruits d'une opération dans laquelle il sera présumé absent. Certaines dispositions du contrat de mandat s'appliquent pour expliquer le lien qui unit le bénéficiaire final et son interposé. Mais la relation contractuelle formée avec le cocontractant ignorant est empreint de simulation, puisqu'il contracte avec un personnage interposé.

629. C'est notamment pour cette raison qu'il est possible d'affirmer aujourd'hui que les techniques permettant à ce personnage atypique de maintenir une position de retrait occulte s'inscrivent dans le domaine de la simulation et de la fictivité. L'interposition de personne et l'instrumentalisation de la personne morale sont autant de techniques permettant au bénéficiaire final d'atteindre le but qu'il poursuit. Celles-ci créent des difficultés juridiques dans leurs appréhensions, leur encadrement et leur sanction en cas de fraude. L'abus de la position de retrait peut conduire au détournement de plusieurs règles juridiques, au défaut d'appréhension de recettes par l'administration fiscale, à la dissimulation d'activité ce qui aurait pour seul but de mettre en péril les principes fondamentaux que sont la liberté contractuelle et la bonne foi. Par exemple l'optimisation fiscale permettant aux plus grandes entreprises du monde des affaires de réaliser des bénéfices considérables en contournant la réglementation juridique des États ayant un taux fiscal trop élevé à leurs goûts. De même, la délocalisation fictive de nombreuses sociétés, l'utilisation de sociétés-écrans ou off-shore, pourrait permettre de créer une liberté financière qui échappe à toutes formes de règles juridiques encore très peu adaptées à la matière. La réglementation européenne n'intervient pour le moment

qu'en matière de blanchiment et de financement du terrorisme. Il est indispensable de rappeler que toute forme de détournement ou de contournement de la loi n'a pas pour but de financer une activité frauduleuse. Il peut simplement s'agir de créer du profit ou un bénéfice significatif en échappant à l'appréhension d'une économie occulte.

630. La définition du bénéficiaire final ne s'arrête pas à ces deux critères constants, puisque plusieurs critères variables comprenant la qualité de ce personnage, le pouvoir exercé, ainsi que ses motivations permettent d'identifier des caractéristiques particulières. En effet, une personne physique ou morale peut recevoir la qualification de bénéficiaire final, ce qui n'est pas le cas du *bénéficiaire effectif*. Ce dernier personnage reçoit une définition légale lui permettant d'appartenir à la catégorie des *bénéficiaires finaux* avec plusieurs exceptions dont l'une d'entre elles réside dans la qualité du sujet de droit concerné par sa qualification. Le pouvoir exercé ne reçoit aucune définition pour le bénéficiaire final qui ne peut que s'inspirer de la définition apportée par les textes pour le *bénéficiaire effectif*. Enfin, alors que le bénéficiaire final peut avoir des motivations licites comme illicites, le *bénéficiaire effectif* va agir uniquement dans une optique frauduleuse donc illégale. Le *bénéficiaire effectif* appartient à la catégorie des bénéficiaires finaux, mais demeure une exception face au caractère plural de la qualification.

631. Il est fondamental d'identifier et de proposer de nouveaux moyens, afin de mieux définir et ainsi de mieux repérer les structures permettant ces montages. L'encadrement et la sanction des personnages à l'origine de ces techniques sont utiles à la volonté de transparence du législateur. Ce dernier pourrait enfin donner des points d'attache suffisant aux praticiens pour réagir face aux techniques de dissimulation du bénéficiaire final. Le tout n'étant pas uniquement de recueillir l'information, mais de l'utiliser pour sanctionner de façon proportionnée le comportement frauduleux et ainsi de confirmer que le contournement, le détournement ou le seul fait d'essayer d'échapper à la réglementation légale est passible de sanction qu'elles soient civiles, pénales et/ou fiscales. Le bénéficiaire final est un personnage au contrôle de l'opération, mais pas uniquement, il bénéficie et il se cache. En d'autres termes, il ne peut être identifié qu'à travers deux autres critères, une volonté de réaliser du profit, et enfin l'adoption d'une position de retrait. Il ne s'agit pas uniquement de violer la règle en vigueur comme c'est le cas en matière de blanchiment d'argent puisque l'auteur dissimule l'objet de l'infraction, il s'agit également de contourner ou de détourner la loi applicable en instrumentalisant d'autres règles de droit. C'est pour cette raison que des montages légaux peuvent cacher une réalité frauduleuse, comme la contre-lettre en matière de prête-nom.

632. Par conséquent, la définition du bénéficiaire final s'accompagne obligatoirement de son régime juridique afin de permettre d'apporter un éclairage significatif sur la réaction du droit face à ce personnage. Il sera possible également d'apporter un accent particulier sur les manquements des règles en place et les solutions à apporter en la matière.

## **Partie 2 : L'accueil fait en droit au bénéficiaire final**

633. Reconnaître l'existence d'un bénéficiaire final c'est avant toute chose accepter « de tenir pour établie une situation préexistante de fait ou de droit<sup>1592</sup> ». Le droit accepte comme vrai, une situation dans laquelle un individu dissimulé, récolte les bénéfices d'un acte auquel il n'a pas participé. Les auteurs vont redéfinir les concepts de partie et de tiers en intégrant des notions intermédiaires pour permettre le classement de ce personnage atypique<sup>1593</sup>. Les principes de liberté contractuelle et de bonne foi sont rénovés afin d'accueillir des situations juridiques actuelles<sup>1594</sup>. De nouvelles notions permettant de définir le comportement du bénéficiaire final, notamment l'adoption d'une position de retrait qui représente l'absence volontaire de ce personnage, ou l'obligation d'apparaître dont les effets sont atténués par la mise en place d'un mécanisme occultant le bénéficiaire final. La matière contractuelle ainsi que le droit des affaires connaissent d'importantes mutations depuis la reconnaissance de relations contractuelles dissimulées. Dans le cadre de l'élaboration du droit autour de ces matières, le droit est contraint de dégager « les questions qui dominent la matière<sup>1595</sup> » pour les soumettre à « un régime déterminé<sup>1596</sup> ».

634. Le régime juridique représente toutes les « règles relatives à une matière<sup>1597</sup> ». Il constitue la réaction du droit face à une situation juridique donnée. Pourtant, bien que l'existence d'un bénéficiaire final n'est pas à remettre en cause, il n'existe aucun régime juridique permettant d'ordonner la matière de façon cohérente. Il existe une réglementation transparente et codifiée pour

---

<sup>1592</sup> CORNU G., op. cit., p. 864.

<sup>1593</sup> GHESTIN J., *La distinction entre les parties...*, op. cit., n°1.

<sup>1594</sup> AUBERT J.-L., *Notion et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n°376, n°372, n°275, p. 346, p. 342, p. 253 ; TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 515, p. 507.

<sup>1595</sup> CORNU G., op. cit., p. 1025.

<sup>1596</sup> BERGEL J.-L., « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD Civ., 1984, pages 255-272, spéc., n°3, pages 257-258 : « Le droit a besoin de reconnaître à des signes extérieurs les catégories qu'il utilise et donc de définir ces catégories pour les soumettre à un régime déterminé. Le juriste doit donc, pour chaque classe, découvrir les traits communs à tous ses composants indépendamment des différences qu'ils peuvent comporter ».

<sup>1597</sup> CORNU G., op. cit., p. 879.

la représentation<sup>1598</sup>, pour le mandat<sup>1599</sup>, pour la simulation<sup>1600</sup>, et même pour plusieurs autres mécanismes juridiques tels que la stipulation pour autrui ou la promesse de porte-fort<sup>1601</sup>. Simplement, il n'en existe aucune pour définir et encadrer le bénéficiaire final d'une opération contractuelle. C'est pour l'ensemble de ces raisons qu'il convient de repérer les situations préexistantes afin de les analyser et de les adapter aux situations nouvelles. Notamment, il sera question d'organiser la protection des différents participants à la création de ces mécanismes occultes et de mettre en lumière des mécanismes occultes afin de parvenir à une totale transparence. D'ailleurs, pour l'autorité des marchés financiers, le *bénéficiaire effectif, économique* ou *réel* est celui qui se cache derrière une structure, à l'abri de tout soupçon et qui récolte les fruits de cette dissimulation ou qui les canalise « à des fins terroristes ou de blanchiment<sup>1602</sup> ».

635. Le bénéficiaire final n'est plus un personnage cantonné au rand du droit français, les mécanismes occultes qui sont à l'origine de son apparition intègrent le cadre international. En ce sens, celui qui détient le contrôle d'une entité ou d'une construction juridique, celui pour lequel on agit, ou celui qui bénéficie directement ou indirectement d'un service ou d'un produit, peut être considéré comme le *bénéficiaire effectif*<sup>1603</sup>. Une réglementation internationale et européenne ferme permet de lutter efficacement contre l'apparition de ces mécanismes occultes. Une telle volonté de transparence laisse entendre que notre système juridique compte sanctionner fermement les auteurs des dispositifs occultes.

636. Si le bénéficiaire final est un personnage dont la présence n'est plus à remettre en cause, le législateur français accuse tout de même un retard conséquent quant à l'élaboration d'une réglementation efficace sur cette question<sup>1604</sup>. Il reste tout de même assez commode de confondre le bénéficiaire final et le *bénéficiaire effectif*. Les deux personnages se cachent derrière une opération qui a pour seul avantage de leur procurer un bénéfice qu'il n'aurait pas obtenu autrement. Cette

---

<sup>1598</sup> Art. 1153 et suivants du Code civil : « Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés ».

<sup>1599</sup> Art. 1984 et suivants du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

<sup>1600</sup> Art. 1201 et suivants du Code civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

<sup>1601</sup> Art. 1203 et suivants du Code civil : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même ».

<sup>1602</sup> COURET A, DONDERO B., op. cit., page 7 ; LE NABASQUE H., « Retour sur la notion de « bénéficiaires effectifs » », Bull. Joly sociétés janvier 2018, n°117e8, p. 8 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., "L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés..." », Rev. Sociétés 2018, p. 7 ; BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », Dr société 2017, étude 11, p. 4.

<sup>1603</sup> BEGUE G., *Confidentialité et prévention de la criminalité financière*, Bruylant, 2017, n°59, p. 47.

<sup>1604</sup> Par exemple : Ord. n°2020-115, 12 février 2020, renforçant le dispositif national de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, JO 13 février 2020, texte n°12, JCP E 2020, act. 128 ; JCP E 2020, act 153.

définition possède néanmoins le grand avantage d'apporter un éclaircissement entre le comportement occulte du premier et l'attitude frauduleuse du second. Alors que le *bénéficiaire effectif* appartient au grand banditisme, le bénéficiaire final peut parfaitement passer par un moyen légal de contournement de la loi applicable ou simplement utiliser les mécanismes à sa disposition afin de ne pas apparaître à l'opération contractuelle. Le bénéficiaire final est donc une perception plus globale du *bénéficiaire effectif*, ce qui permet non seulement d'apporter un point d'ancrage légal à son existence, mais également d'identifier et ainsi, de faire disparaître toutes origines frauduleuses. Le bénéficiaire final harmonise la matière en apportant une différence fondamentale entre l'opération légale et l'opération illicite. Le retrait du donneur d'ordres ne doit pas être analysé uniquement de manière frauduleuse.

637. C'est en cela que le *bénéficiaire effectif* est un personnage occulte faisant partie d'une catégorie illégale ou frauduleuse de l'ensemble des bénéficiaires finaux. Plusieurs auteurs ont déjà proposé des mesures permettant de dénoncer, d'appréhender et de punir les individus pouvant se rendre coupables d'agissements en lien avec le blanchiment et le financement du terrorisme<sup>1605</sup>. D'ailleurs, c'est en juillet 1989 que le Groupe d'action financière a parlé pour la première fois d'un *bénéficiaire effectif*. Il s'agissait à l'époque d'élaborer des normes permettant d'agir en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. La priorité d'un tel groupe réside dans la préservation du système financier international, ce qui est également le cas au niveau européen. En moins de vingt-cinq ans, les institutions européennes ont fait naître pas moins de quatre directives qui ont eu pour seul but de lutter contre le blanchiment des capitaux<sup>1606</sup>.

638. Le premier texte en date du 10 juin 1991 avait pour but d'identifier le *bénéficiaire effectif*, il se concentrait sur l'utilisation frauduleuse du marché financier, mais uniquement en cas de blanchiment de capitaux. Le second texte en date du 4 décembre 2001 vient s'adapter aux nouvelles pratiques criminelles et veille à ce que les États membres fassent respecter la transparence à travers l'identification de ces individus. Le financement du terrorisme est spécifiquement visé dans la troisième Directive anti-blanchiment et l'identification du *bénéficiaire effectif* devait reposer sur une définition précise. D'ailleurs, les partenaires financiers sont de plus en plus impliqués dans l'identification du *bénéficiaire effectif*, la Directive fait peser sur eux une obligation de vigilance. La Directive en date du 20 mai 2015 regroupe l'ensemble des précédents textes de façon plus simple<sup>1607</sup>.

---

<sup>1605</sup> ZABALA B. et ROHMERT A., « Loi Sapin II : nouvelles obligations... », p. 8 ; THÉRIS C. et VERRON M. M., « Réflexions sur la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs pour des praticiens en droit des sociétés », Option Finance n°1423, 17 juillet 2017, p. 47.

<sup>1606</sup> Directive du 10 juin 1991 91/308/CEE ; Directive du 4 décembre 2001 2001/97/CE ; Directive du 26 octobre 2005 2005/60/CE ; Directive du 20 mai 2015 2015/849.

<sup>1607</sup> Directive 2015/849 du 20 mai 2015 ; LECOURT A., op. cit., p.377 ; CURTET A., « LCB/FT et registre des bénéficiaires effectifs : compte à rebours pour déclarer », JCP E 2018, 241, et LPA 29 mars 2018, n°64, p. 5.



Elle revient sur la nécessité d'identifier le *bénéficiaire effectif*, le recueil et la conservation des informations concernant l'identité de ces individus notamment. Il ne s'agit plus de guider les États, mais de les impliquer directement en leur donnant une direction transparente. Le *bénéficiaire effectif* trouve une définition limpide aux articles 3 et 6, permettant à chaque État de s'y référer. Enfin, le projet de Directive de 2016 permettrait de baisser le seuil d'identification des dits personnages de 25 % à 10 %, mais permettrait également de clarifier les conditions d'accès aux informations contenus dans le registre répertoriant ces *bénéficiaires effectifs*. Cette proposition a été reprise dans la Directive 2017/1132, mais sa rédaction anglaise ne reprend pas l'ensemble des idées de 2016.

639. En définitive, le *bénéficiaire effectif* reste cantonné à la lutte contre le détournement du système des marchés financiers à des fins illégales ou frauduleuses. Ce personnage exceptionnel ne saurait être impliqué au sein de mécanismes non frauduleux. Toute autre construction juridique légale visant à obtenir un bénéfice quelconque de façon occulte, dissimulée ou détournée, échappe à cette réglementation. La réflexion internationale et européenne autour de l'existence du *bénéficiaire effectif* abonde vers plus de transparence ce qui laisse apparaître une volonté pour le droit d'accéder aux systèmes et constructions dissimulées<sup>1608</sup>. Est-ce une façon de faire évoluer la définition de la simulation ou de la convention de prête-nom ? Il semble que ce soit bien le cas, comment parler de bénéficiaire final sans passer par la convention de prête-nom ou l'interposition de personne ?

640. Il est donc impératif de construire un texte législatif clair permettant aux praticiens de poser des mots et surtout une définition sur ces procédés. L'organisation du texte ne peut avoir lieu sans prendre en compte les différents protagonistes du système juridique mis en place. Il s'agit notamment de viser la situation de l'interposé, du tiers, mais également du bénéficiaire final. Par la suite, il conviendra d'apporter une réflexion approfondie sur le système juridique permettant de combattre l'opacité de tels systèmes afin de mettre fin à la situation de non-droit qui bénéficiait à ce personnage occulte.

641. Bien que l'existence du bénéficiaire final soit validée par le droit (**Titre 1**), il est important de combattre son comportement dissimulateur qui lui permet d'évoluer sans aucune maîtrise juridique (**Titre 2**).

---

<sup>1608</sup> Voir notamment MORTIER R. et BOL S., « Le registre des bénéficiaires effectifs », droit des sociétés 2017, étude 11, p. 4 ; QUIROGA-GALDO J., « Le registre des bénéficiaires effectifs : de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99% des sociétés ! », LPA n°245, 8décembre 2017, p. 7.

## Titre 1 : Une existence validée par le droit

642. L'existence du bénéficiaire final est issue d'une construction juridique particulièrement réfléchie. Bien qu'il n'existe aucune définition légale de ce personnage, sa réalité juridique ne peut être remise en cause. Le législateur européen a notamment eu l'occasion de légiférer sur un *bénéficiaire effectif* qui n'évolue qu'en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>1609</sup>. C'est d'ailleurs à partir de l'étude de la simulation, notamment de l'interposition de personne et de la convention de prête-nom qu'une définition précise a été apportée à ce personnage présumé absent. Simplement, il est également indispensable de s'intéresser au développement du dispositif propre aux opérations transparentes faisant partie, pour certaines dispositions, de la mise en place du mécanisme occulte. Précédemment, il a été question d'expliquer le lien existant entre le bénéficiaire final et son interposé. L'acte secret est en réalité un contrat de mandat qui n'est pas révélé aux tiers<sup>1610</sup>.

643. Le bénéficiaire final est une personne physique ou morale qui adopte une position de retrait dans le but de bénéficier du profit de l'opération qu'il n'a pas directement réalisée. Ce personnage détient un pouvoir lui permettant non seulement de construire son opération contractuelle, mais également, d'en obtenir les bénéfices. Il transmet une mission par le biais d'un contrat de mandat à un interposé de confiance. Il peut notamment agir de façon frauduleuse, ou simplement de façon vénale en fonction de la situation dans laquelle il s'est placé.

644. La définition du bénéficiaire final permet de porter une affirmation supplémentaire. Plusieurs personnages participent à la construction des mécanismes ayant pour but de dissimuler l'existence d'un bénéficiaire final. En premier lieu, l'interposé est un « homme de paille<sup>1611</sup> », il est l'écran du véritable bénéficiaire de l'opération. Dans le cadre de son obligation contractuelle, il doit conclure un acte avec un cocontractant qui ignore soit la présence, soit l'identité de la partie absente. En second lieu le cocontractant, celui qui ne se doute pas de l'existence d'une construction frauduleuse participe aux bénéfices de ou des personnes restées en retrait. Ces deux protagonistes intervenant au même titre que le bénéficiaire final restent confrontés à plusieurs formes de

---

<sup>1609</sup> DONDERO B., « Le degré d'identification du bénéficiaire effectif... », op.cit., p. 23 ; LECOURT B., « Nouvelle obligation d'information des sociétés : mise en place du registre des bénéficiaires effectifs des personnes morales », Rev. Sociétés 2017, p. 667 ; COURET A. et DONDERO B., op. cit., 2018.

<sup>1610</sup> STORCK M., « Revendication par un époux séparé de biens de la propriété d'un immeuble acquis sous le nom de son conjoint », D, 1990, 141.

<sup>1611</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019.

vulnérabilité issue de leurs statuts ou du comportement qu'ils adoptent. L'interposé se doit d'être fidèle et neutre, mais il peut également être à l'origine d'une trahison<sup>1612</sup>, tandis que le cocontractant ignorant ne peut que subir l'opération sans recours pour s'y opposer.

645. La construction d'un régime juridique autour de l'existence d'un bénéficiaire final ne peut pas correspondre à un ensemble de règles aléatoires ayant pour seul point commun l'existence de ce personnage atypique. L'élaboration d'une réglementation organisée et transparente est indispensable pour chacun des participants à ces mécanismes semi-occultes ou occultes. Dès lors, il est impératif de se poser plusieurs types de questions pour apporter une analyse complète et détaillée des réponses à y apporter. Le bénéficiaire final peut-il souffrir d'un manquement de la part de la personne qu'il a mandaté pour son compte ? La conduite désinvolte de ce personnage atypique peut-elle remettre en cause la neutralité de l'interposé ? Cette construction occulte peut-elle entraver les droits et libertés du tiers contractant ?

646. De telles interrogations emmènent la réflexion sur plusieurs points. Dans un premier temps, le bénéficiaire final peut être victime du comportement infidèle de son interposé<sup>1613</sup>. Cela se vérifie notamment en matière de représentation, le représentant n'agit que dans les limites des pouvoirs qui lui sont confiés<sup>1614</sup>. S'il outrepassé les limites de sa mission, il adopte un comportement infidèle<sup>1615</sup>. Cette infidélité se vérifie dans le cadre de la représentation, mais pas seulement, puisque le bénéficiaire final peut également en être victime.

647. La mise en place d'une réglementation stricte quant à la neutralité de l'interposé est capitale. Sa mission reste la même que celle d'un représentant classique, pour autant une particularité essentielle demeure, celle de dissimuler le bénéficiaire final donneur d'ordre. Dans cette optique, le

---

<sup>1612</sup> Référence à la notion de bonne foi et de conflits d'intérêts : JABBOUR R., Thèse, op. cit., LGDJ, 2016 ; VALIERGUE J., Thèse, op. cit., LGDJ, 2019 ; JALUZOT B., Thèse, op. cit., Dalloz, 2001 ; TISSEYRE S., Thèse, op. cit., PUAM, 2012.

<sup>1613</sup> CUIF P.-F., « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com. 2005, n° 1, p. 1 : le conflit d'intérêt étant « la situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge ».

<sup>1614</sup> Art. 1154, 1155 et 1156 du Code civil : « Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant. » ; « Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration. Lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire. » ; « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ».

<sup>1615</sup> GAILLARD E., op. cit., n° 64 et s.

transfert des effets de l'opération, comme l'idée d'une rémunération sur l'exemple d'une commission ne peut que renforcer sa rigueur et sa fidélité.

648. Quant au tiers contactant, il n'apparaît qu'en tant que victime d'une machination occulte, pourtant, les mécanismes mis en place par le législateur pour protéger ce personnage ne semblent pas adaptés à l'existence d'un bénéficiaire final. La mise en demeure interrogatoire intervenant à l'article 1158 du Code civil<sup>1616</sup>, donne au tiers qui doute la possibilité d'interroger par écrit le représenté sur la réalité des pouvoirs du représentant. Cette nouvelle disposition introduite par la réforme de février 2016 fait déjà l'objet de plusieurs critiques doctrinales quant aux difficultés de mise en œuvre d'une telle action, mais également face aux lacunes qu'elle semble ne pas avoir comblées. Pour autant, des solutions peuvent être apportées, notamment sur des dispositions existantes et efficaces telles que la déclaration de simulation.

649. Par conséquent, il semble tout d'abord indispensable d'étudier, à partir des textes existants, une réglementation protectrice contre le comportement infidèle de l'interposé ([Chapitre 1](#)). Il va sans dire que cet « homme de paille <sup>1617</sup> » ne peut se retrouver sans ressource face au comportement abusif d'un bénéficiaire final désinvolte ([Chapitre 2](#)). Le tiers, même bénéficiant d'une réglementation plus protectrice que les deux premiers personnages, mérite une analyse moderne des systèmes codifiés par le législateur ([Chapitre 3](#)).

---

<sup>1616</sup> Art. 1158 du Code civil : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte. »

<sup>1617</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019.

## Chapitre 1 : L'organisation de la protection du bénéficiaire

### final

650. Une personne protégée bénéficie du soutien de quelque chose ou de quelqu'un<sup>1618</sup>. Elle souffre d'une certaine vulnérabilité nécessitant un support spécifique, particulier. Juridiquement, une personne protégée « bénéficie pour sa personne et ses biens en raison d'un état de faiblesse et de vulnérabilité, d'un régime de protection organisé par la loi<sup>1619</sup> ». Le mineur et notamment l'incapable majeur sont considérés comme des personnes vulnérables<sup>1620</sup>. Pourquoi parler de protection pour le bénéficiaire final ?

651. Le bénéficiaire final est le personnage qui se cache derrière l'intervention d'un interposé considéré, dans la plupart des cas, comme le seul et unique bénéficiaire de l'acte auquel il participe. Cette position qui semble de prime abord très autoritaire est en réalité bien délicate compte tenu des attentes du bénéficiaire final face à son interposé. Ce dernier personnage joue un rôle important dans l'accomplissement de la volonté de son donneur d'ordre. Bien que cantonnée à l'accomplissement de sa mission, la dissimulation de son véritable rôle au sein de l'opération lui laisse une liberté d'action écrasante. Hormis le cas du contrat de commission ou de la déclaration command, où le bénéficiaire final n'est caché que dans le cadre de son identité, l'existence occulte de ce personnage peut lui porter un préjudice considérable. Cela se traduit notamment par un semblant de liberté absolue de la part de l'interposé, qui pourrait en oublier sa mission première d'action dans l'intérêt de son donneur d'ordre. Selon le Professeur VALIERGUE le « pouvoir loyauté<sup>1621</sup> » est un terme qui porte sur « le pouvoir dont le titulaire est soumis à un devoir de loyauté<sup>1622</sup> ». Il s'agit donc pour l'interposé non pas de « rechercher la satisfaction de l'intérêt d'autrui, mais surtout de rechercher cette satisfaction de préférence à celle de tout autre intérêt qui s'y opposerait<sup>1623</sup> ». Avant de rentrer dans une analyse plus profonde du conflit d'intérêts, il convient de noter que la loyauté de celui qui est titulaire du pouvoir n'est pas la loyauté demandée à tous les cocontractants<sup>1624</sup>.

---

<sup>1618</sup> LAROUSSE, édition Larousse 2018, p. 703.

<sup>1619</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12e éd., PUF, 2018, page 825.

<sup>1620</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 148 et s, p. 185 et s.

<sup>1621</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 251.

<sup>1622</sup> *Ibid.*

<sup>1623</sup> *Ibid.*

<sup>1624</sup> PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse, LGDJ, 1989 ; STOFFEL-MUNCK P., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, Thèse, LGDJ, 2000, n°79 et s ; MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouveau devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François TERRE*, DALLOZ, 1999, page 603 ; CHAZAL J.-P., *Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ?*, in JAMIN C., MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat*, DALLOZ, 2003, page 99 ; MAINGUY D., *Loyauté et droit des contrats de droit privé*, in

652. Dans le langage usuel, la notion de bonne foi se caractérise par la « qualité d'une personne qui a la conviction de se comporter loyalement<sup>1625</sup> ». Cette notion indispensable au droit des contrats n'a jamais été réellement définie laissant aux auteurs le soin de le faire<sup>1626</sup>. Cette tâche s'est avérée si complexe qu'il a été difficile de définir la véritable nature de la bonne foi<sup>1627</sup>. Néanmoins, aujourd'hui la jurisprudence comme la doctrine préfèrent l'obligation au devoir de bonne foi<sup>1628</sup>. La Cour de cassation vient notamment sanctionner le « manquement de l'employeur à l'exécution de bonne foi du contrat de travail<sup>1629</sup> », les juges adoptent la même lignée en matière de contrat de société en ajoutant qu'il doit « s'exécuter de bonne foi jusqu'à la liquidation du pacte social<sup>1630</sup> ». L'adoption de l'obligation de bonne foi n'empêche en rien le débat concernant l'adoption du devoir de bonne foi, c'est dire que le débat est loin d'être définitivement fermé.

653. Dans le cadre de la représentation, des comportements infidèles contraires au principe de bonne foi dans les relations contractuelles ont été pointés du doigt par le législateur. Les articles 1156 et 1157 du Code civil<sup>1631</sup>, codifient le comportement infidèle comme étant le fait pour le représentant d'agir sans pouvoir, d'outrepasser ou de détourner les pouvoirs confiés par son donneur d'ordre. Pourtant, à la lecture des textes, le législateur reste prudent quant à son approche sanctionnatrice de ce type de comportement. L'inopposabilité est relative, et la situation du tiers apparaît comme intouchable face à un représenté dépendant de l'interprétation de la situation qu'il vient de subir. Le

---

PETIT F. Droit et loyauté, DALLOZ, 2015, page 5 ; MALKA D., *La loyauté dans la négociation du contrat, in loyauté et impartialité en droit des affaires*, 37e colloque de l'association Droit et Commerce, Gaz. Pal., 24 mai 2012, n°145, page 61 ; MARTIN D., *La loyauté dans l'exécution du contrat*, in *Loyauté et impartialité en droit des affaires*, 37e colloque de l'association Droit et Commerce, Gaz. Pal., Pal., 24 mai 2012, n°145, page 67. BRUNSWICK P., *Le devoir de loyauté, une norme générale de comportement oubliée puis retrouvée ?*, Cah. dr. ent. 2016, dossier n°1 à 9 ; TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Les obligations*, Précis DALLOZ, 12e éd., 2018 ; GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat, le consentement*, 4e éd., LGDJ, Extensio éditions, 2013, n°457 et s.

<sup>1625</sup> REY A., *Le Grand Robert de la langue française*, éd. 2019, version en ligne.

<sup>1626</sup> JAUBERT J., *Des effets civils de la bonne foi*, Thèse, PEDONE, 1899 ; JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, Thèse, DALLOZ, 2001.

<sup>1627</sup> LOIR R., *Les fondements de l'exigence de bonne foi en droit français des contrats*, mém. 2002, p. 10.

<sup>1628</sup> Cass.civ. 3e, 14 septembre 2005, n°04-10.856, Bull. civ. III, n°166 ; CCC, 2006, comm. 1 obs. L. LEVENEUR ; D., 2006, page 761, note D. MAZEAUD.

<sup>1629</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, n°05-42.210, Bull. civ, n°169.

<sup>1630</sup> Cass. com., 8 décembre 2009, n°08-21.588, JurisData : 2009-050687.

<sup>1631</sup> Art. 1156 et 1157 du Code civil : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié. » ; « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

comportement d'un représentant qualifié de « frauduleux<sup>1632</sup> » par plusieurs auteurs, va bien au-delà des mécanismes classiques d'action pour le compte d'autrui.

654. Dans ces circonstances, il semble impossible d'établir une réglementation protectrice pour le bénéficiaire final sur la base des textes existants en matière de représentation. La lutte contre le comportement infidèle doit suffisamment protéger le donneur d'ordre, en tenant compte de la situation du tiers. La loyauté découlant du principe de la bonne foi<sup>1633</sup>, trouve son « fondement dans le souci d'assurer la moralisation des relations entre les sujets de droit<sup>1634</sup> ». Une structure juridique donnant l'autorisation à l'autre d'intervenir dans le patrimoine d'autrui porte nécessairement l'exigence d'un devoir de loyauté. L'infidélité doit donc se traduire par un manquement de l'interposé aux obligations dont il a la charge, à savoir la protection des intérêts du bénéficiaire final. En effet, « les conflits de loyauté caractérisant ainsi la situation dans laquelle le titulaire d'un pouvoir peut être soupçonné de manquer de loyauté à l'égard de l'intérêt qu'il a pour charge d'exprimer et, ce faisant, de commettre un détournement de pouvoir<sup>1635</sup> ».

655. C'est dans cette optique que les lacunes du droit face au comportement infidèle (**Section 1**) doivent être comblées par une analyse juridique nouvelle tenant compte du rôle de l'interposé dans la dissimulation de la présence de son donneur d'ordres. La codification d'un devoir de loyauté venant compléter la prohibition du conflit d'intérêts doit être considérée comme une mesure préventive permettant de lutter efficacement contre le comportement infidèle (**Section 2**).

## **Section 1 : Les lacunes du droit face au comportement infidèle**

656. L'infidélité venant du latin « infidelitas » désigne « plus généralement, pour un fonctionnaire, un mandataire, un émissaire, un manquement aux devoirs de sa charge, en particulier à la confiance qu'elle implique ; très proche de la déloyauté.<sup>1636</sup> » D'ailleurs, l'attitude déloyale est

---

<sup>1632</sup> LE TOURNEAU Ph., op.cit., : « Craignant un excès de pouvoir ou un détournement de celui-ci par le mandataire et voulant faire échapper le contrat à la menace, tant de l'inopposabilité (C. civ., nouv. art. 1156, al. 1<sup>er</sup>) que de la nullité (C. civ., nouv. art. 1157, en cas de détournement de pouvoir, donc en présence d'un comportement frauduleux du représentant) que le mandant pourrait invoquer, il prend les devants et demande à celui-ci de se prononcer sur l'étendue de la procuration. » ; DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015 : « La contrepartie désigne le « fait pour un mandataire [infidèle lorsqu'il agit à l'insu du mandant] de prendre à son propre compte l'opération qu'il était chargé de conclure avec un tiers » ».

<sup>1633</sup> GHESTIN J, LOISEAU G, SERINET Y-M., *Traité de droit civil. Formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - Le consentement*, 4e éd., LGDJ, 1989, n°457 et s.

<sup>1634</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 251.

<sup>1635</sup> Ibid.

<sup>1636</sup> CORNU G., op.cit., p. 546.

comparable à une attitude dolosive et frauduleuse<sup>1637</sup>, qui correspond sans nul doute à un manquement à un devoir ou à une obligation de bonne foi<sup>1638</sup>. Comme l'affirment plusieurs auteurs, la loyauté comme la coopération sont deux critères principaux de l'article 1103 du Code civil<sup>1639</sup>. Au regard des décisions rendues en matière de bonne foi, il est même possible de considérer que cette notion surpasse l'exigence du respect d'un devoir d'information ou de collaboration<sup>1640</sup>. Ainsi, pour faire face à la méfiance des parties dans le contrat et corriger un éventuel déséquilibre économique qui pourrait se créer, la théorie solidariste a souhaité « rétablir l'égalité<sup>1641</sup> » entre les parties. De tout temps, le système juridique français a eu vocation à protéger la partie la plus faible, c'est pour cette raison qu'une aussi grande place est accordée à la bonne foi<sup>1642</sup>.

657. En matière de représentation, la réaction du législateur est immédiate<sup>1643</sup>, il intervient pour sanctionner le comportement frauduleux<sup>1644</sup>. Pourtant, son action, bien que codifiée et encadrée, semble totalement inadaptée à la prise en charge des situations dans lesquelles le bénéficiaire final évolue<sup>1645</sup>. Ce dernier personnage n'entre pas dans le cadre d'une représentation dite classique, son rôle et parfois même son identité est totalement dissimulé derrière son interposé qui doit fidèlement accomplir la mission qui lui est confiée. Dans une telle situation, comment serait-il possible pour le tiers de connaître l'étendue des pouvoirs confiés à l'interposé ? Comment le bénéficiaire final pourrait-il justifier un dépassement de pouvoirs quelconque ?

658. Le comportement infidèle de l'interposé ne trouve aucune équivalence dans le Code civil, son rôle d'intermédiaire et d'écran ne permet pas d'identifier pleinement les limites des pouvoirs

---

<sup>1637</sup> CORNU G., *op.cit.*, p. 323.

<sup>1638</sup> Cass. com., 4 mai 1953, *Dalloz*. 1953, p. 441 ; SAUTONIE-LAGUIONIE L., *La fraude paulienne*, Thèse, LGDJ, 2008, n°140, p. 89.

<sup>1639</sup> PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP*, 1988, I, 3318 ; DIESSE F., *Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat*, *Arch. Phil. Dr.*, SIREY, Tome 43, 1999, p. 635 ; TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., et CHÉNEDÉ F., *Doit civil. Les obligations*, 12e éd., DALLOZ 2018, coll. PRECIS, n° 42, 128, 597.

<sup>1640</sup> CA Versailles, 23 janvier 1998, n°1995-9736 ; CA Douai, 2e ch., 9 février 2006, n°05/00961 ; MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTD civ.*, 1986, p. 101 ; FABRE-MAGNAN M., *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, Thèse, LGDJ, 1992, p. 130 et s.

<sup>1641</sup> THIBIERGUE-GUELFUCCI C., « Libre propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p. 375 ; CEDRAS J., *Liberté, égalité, contrat, le solidarise contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation*, in *Rapport annuel de la Cour de cassation 2003*, La documentation française, 2004, p. 215 ; STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, Thèse, PUAM 1994, n° 53 et s.

<sup>1642</sup> THIBIERGUE-GUELFUCCI C., *Libre propos sur la transformation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 375 ; MALAURIE Ph., *Le droit civil français des contrats à la fin du XXe siècle*, page 196-197 ; LEVENEUR L., *Le solidarise contractuel : un mythe*, in *Le solidarisme contractuel*, *ECONOMICA*, 2004, p. 173 et 190 ; CARBONNIER J., *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, 22 éd., PUF, 1998, p. 151 et s.

<sup>1643</sup> Art. 1156 et 1157 du Code civil ; Cass. civ., 3e, 29 novembre 1972 : *Bull. civ. III*, n°647 ; Cass. civ., 1ère, 27 janvier 1987 : *Bull. civ. I*, n°32.

<sup>1644</sup> Rapport général, *Travaux Association CAPITANT H.*, 1960, p. 327 cité par SOURIOUX J.-L., *La croyance légitime : histoire d'un concept*, *op. cit.*, n°4.

<sup>1645</sup> JABBOUR R., Thèse, *op. cit.*, n° 325, p. 261.



confiés par le bénéficiaire final. Pourtant, les dispositions applicables aux opérations de représentation méritent d'être analysées avec intérêt. Comment serait-il possible de créer un arsenal protecteur pour le bénéficiaire final sans prendre connaissance du dispositif qui existe pour d'autres types de donneurs d'ordres. Notamment, le représentant a interdiction de dépasser, détourner ou d'agir sans pouvoir<sup>1646</sup>. Face à de tels agissements, l'inopposabilité et même parfois la nullité est de rigueur. Pour autant, ces dispositifs sont-ils rédigés de telle façon à protéger au préalable le donneur d'ordres ? N'y a-t-il pas dans la rédaction des articles 1156 et 1157 du Code civil<sup>1647</sup> une forme de prédominance du tiers ? Le rôle occupé par le bénéficiaire final est d'une grande fébrilité, il doit non seulement construire une structure juridique lui permettant de réaliser des bénéfices, mais également donner sa pleine et entière confiance à un individu se faisant passer pour le seul bénéficiaire. Ce dernier personnage se retrouve en situation de soumission malgré le rôle de toute puissance qui peut être décrit par de nombreux auteurs. Prenons l'exemple du bénéficiaire effectif dont le rôle semble assimilé à celui d'un délinquant de grande envergure, il occupe un rôle à la fois dangereux et fébrile laissant peu de place au doute et à l'erreur. La construction d'un système triangulaire encadré par le droit doit absolument comprendre la protection du bénéficiaire final de l'opération contractuelle en passant par l'encadrement du comportement de son interposé.

659. En définitive, il est impératif d'établir une réglementation claire et transparente permettant non seulement d'identifier les pouvoirs confiés, mais également de sanctionner les abus de l'individu chargé d'agir pour le compte d'un bénéficiaire final. C'est dans cette optique, qu'une approche critique de la définition actuelle du comportement infidèle doit être envisagée (§1), avant de justifier l'inefficacité de la réaction sanctionnatrice du législateur (§2).

---

## § 1 : Une définition incomplète du comportement infidèle

660. Il était assez étonnant de commencer cette analyse par une recherche de la définition de ce que le système juridique français appelle l'infidélité<sup>1648</sup>. Pourtant, il s'agit d'une notion

---

<sup>1646</sup> Cass. com., 11 mars 2014, RDC 2014, 684, note SAUTONIE-LAGUIONIE L ; DANIS-FATÔME A., « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », RDC 2017, 177.

<sup>1647</sup> Art. 1156 du Code civil : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié » ; Art. 1157 du Code civil : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

<sup>1648</sup> BENABENT A., *La bonne foi dans l'exécution du contrat, rapport français*, in : *La bonne foi*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, op. cit., p.293 ; LIKILLIMBA G-A., *La fidélité en droit privé*, PUAM, 2003.

fréquemment utilisée, notamment en matière de divorce. Le Professeur CORNU définit l'infidélité comme celui « qui viole la foi promise, trahit la confiance placée en lui<sup>1649</sup> ». Il s'agit également de celui qui « manque gravement à ses obligations et spécialement détourne la chose à lui confier<sup>1650</sup> ». Comme une mission « fragmentaire<sup>1651</sup> » ou « incomplète<sup>1652</sup> », celui qui manque à ses obligations, fait preuve d'infidélité envers son partenaire contractuel<sup>1653</sup>. Pourquoi traiter d'infidélité en ce qui concerne l'interposé ? Ce dernier personnage est lié contractuellement par l'engagement qu'il a pris envers le bénéficiaire final. Il lui fait confiance, afin d'accomplir pour son compte, mais en son nom propre plusieurs opérations contractuelles. C'est à ce stade que ce rôle rêvait une grande importance.

661. L'interposé agit de façon apparente, le bénéficiaire final agit dans l'obscurité, de cette manière, ce dernier personnage engage sa confiance et son patrimoine dans le contrat qu'il prend avec l'interposé<sup>1654</sup>. À ce niveau d'analyse, il est tout à fait admissible de parler de contrat intuitu personae<sup>1655</sup>. Ces derniers contrats « sont conclus en considération des qualités inhérentes à l'une des parties : qu'il s'agisse des qualités personnelles d'une personne physique<sup>1656</sup> ». Partant du principe que le contrat conclut entre l'interposé et le bénéficiaire final est un contrat de confiance, seul le contrat intuitu personae répond clairement à ces exigences, comme un contrat de travail ou un contrat d'assurance vie d'ailleurs. C'est pour l'ensemble de ces raisons que la question de la trahison doit être envisagée.

662. Du point de vue du législateur, l'infidélité n'existe pas uniquement qu'en matière de mariage, mais dans toute forme d'engagement contractuel ou non. Certains comportements peuvent être considérés comme des comportements infidèles dès lors qu'ils dérogent à l'engagement qui a été pris. Dans une structure permettant l'action pour le compte ou l'intérêt d'autrui, celui qui détient un « pouvoir-loyauté<sup>1657</sup> » exprime la volonté de celui qui adopte une position de retrait. Pour identifier le comportement infidèle, il convient de vérifier si l'interposé n'est pas lié à la partie avec laquelle il contracte dans le but de servir l'intérêt d'un tiers ou son propre intérêt. La loyauté de l'intermédiaire est donc fondamentalement en lien avec les décisions qu'il prendra pour assurer les intérêts de son

---

<sup>1649</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p.546.

<sup>1650</sup> *Ibid.*

<sup>1651</sup> *Ibid.*

<sup>1652</sup> *Ibid.*

<sup>1653</sup> GHESTIN J., *Traité de droit civil, La formation du contrat*, op. cit., n° 255 : en matière de sincérité.

<sup>1654</sup> L'engagement du bénéficiaire final peut se traduire à travers la notion de discrétion : RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 162, p. 298 : « dans certains contrats, l'obligation d'agir de bonne foi devient plus rigoureuse, parce que le contrat met l'une des parties dans une certaine mesure à la discrétion de l'autre ».

<sup>1655</sup> VALLEUR, op. cit., Thèse, 1938 notamment CONTAMINE-RAYNAUD., Thèse, 1974, op. cit., loc. cit.

<sup>1656</sup> TESTU F-X., « Chapitre 102, Transmission du contrat », Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010.

<sup>1657</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 251.

donneur d'ordres. C'est notamment le cas en matière de représentation ou l'intermédiaire peut faire preuve d'infidélité (I). L'interposé peut-il bénéficier des dispositions relatives au contrat de mandat ? La définition du comportement infidèle reste lacunaire (II).

## **I : L'EXISTENCE DU COMPORTEMENT INFIDELE DE L'INTERMEDIAIRE**

663. La représentation est un procédé contractuel permettant à un intermédiaire investi d'un pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'une autre personne appelée le représenté<sup>1658</sup>. Une représentation parfaite permet de faire peser les effets de l'acte conclu par le représentant directement sur la tête du représenté<sup>1659</sup>. À l'inverse dans la représentation imparfaite, l'intermédiaire agit par interposition, c'est-à-dire pour le compte du représenté, mais en son nom propre.

664. À la lecture des dispositions du Code civil de 1804, il n'y avait pas de véritable théorie concernant la représentation. L'Ordonnance du 10 février 2016 a considérablement modernisé le droit des contrats, d'ailleurs, les articles 1153 et suivants du Code civil organise le droit commun applicable aux opérations réalisées pour le compte d'autrui. Selon Le Professeur DISSAUX « les articles 1153 et 1154 ne font-ils que généraliser, à tous les cas de représentation, quelle qu'en soit la source, la solution posée par l'article 1998 au sujet du mandat : le représentant doit agir dans la limite de ses pouvoirs<sup>1660</sup> ». Il ajoute que « l'article 1155, lui, se fait l'écho de l'article 1988 en disposant que lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration<sup>1661</sup> », et que « lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire<sup>1662</sup> ». Par ailleurs, et uniquement dans le cadre du régime de la représentation, le représentant est tenu de respecter les frontières légales ou contractuelles imposées par la loi. Il ne peut accomplir que les actes prévus par les textes, ou ceux spécialement déterminés à l'avance dans le contrat<sup>1663</sup>. Il ne dispose que d'un certain nombre de pouvoirs bien définis, qu'il doit exercer pour le compte et dans l'intérêt d'autrui.

---

<sup>1658</sup> DISSAUX N., *Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil*, Dalloz, 2016, 1942 ; DIDIER Ph., *Rapport de synthèse, in La représentation en droit privé*, p. 228.

<sup>1659</sup> WICKER G., *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français, in La représentation en droit privé, 6e journée franco-allemandes*, 2016, p. 47.

<sup>1660</sup> DISSAUX N., *Contrat : formation*, Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Avril 2019.

<sup>1661</sup> Ibid.

<sup>1662</sup> Ibid.

<sup>1663</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, n°234, p. 263.

665. Le pouvoir est une notion synonyme de puissance, de force et de contrôle<sup>1664</sup>. Dans le cas des opérations réalisées pour le compte d'autrui, il s'agit de l'aptitude « d'origine légale, judiciaire ou conventionnelle à exercer les droits d'autrui et à agir pour le compte de cette personne dans les limites de l'investiture reçue qui correspond en général, pour celui qui l'exerce, non seulement à un droit d'agir qui fonde son intervention, mais à une mission<sup>1665</sup> ». Le pouvoir se traduit également par la possibilité d'intervenir sur « la sphère juridique d'autrui<sup>1666</sup> ». Son titulaire crée des actes juridiques « dont les effets s'imposent à autrui<sup>1667</sup> ». L'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui se traduit par l'utilisation du pouvoir dont l'intermédiaire est titulaire dans l'intérêt de son donneur d'ordres<sup>1668</sup>. La définition de la notion de pouvoir englobe aussi bien les opérations de représentation, que toutes celles qui s'en éloignent nettement. L'interposé dans le cadre de la simulation exerce les droits d'autrui et agit pour son compte tout en dissimulant son véritable rôle dans l'opération. L'acte apparent désigne un bénéficiaire apparent dont le rôle véritable est consigné dans un acte secret<sup>1669</sup>. Le représentant fonctionne sur les mêmes règles lorsqu'il accepte une mission au nom et pour le compte d'un représenté, la seule différence réside dans le caractère transparent de son intervention.

666. En d'autres termes, le comportement du représentant, comme celui de l'interposé, découle de la mission confiée par le donneur d'ordres. Un intermédiaire exerçant une mission de représentation et qui refuse de respecter les limites de sa mission contribue à la rupture du lien de confiance établi avec son donneur d'ordres. Dans cette optique, un intermédiaire qui agit sans pouvoir, en dépassant ses pouvoirs, ou en détournant ses pouvoirs, adopte un comportement infidèle vis-à-vis de celui pour lequel il est censé agir. En matière de détournement ou de dépassement de pouvoir, les auteurs sont passés d'un débat sur la nullité absolue des actes réalisés, à la nullité relative, voire à l'inopposabilité de ces actes<sup>1670</sup>. La réforme vient mettre un point final au débat sur le dépassement et l'absence de pouvoir. L'inopposabilité est désormais la seule sanction qu'il convient d'apporter en présence d'un comportement d'infidélité de l'intermédiaire<sup>1671</sup>. Cela va s'en dire

---

<sup>1664</sup> Voir notamment WICKER G., op. cit., in *La représentation en droit privé*, p. 59.

<sup>1665</sup> CORNU G., op. cit., p. 784.

<sup>1666</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 47.

<sup>1667</sup> Ibid.

<sup>1668</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, Economica, 1985, n° 217, p. 139.

<sup>1669</sup> OPHÈLE C., *Simulation*, Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016 : « L'acte apparent désigne telle personne en tant que créancière et/ou débitrice des obligations, et la contre-lettre contredit cette apparence, en prévoyant qu'une autre bénéficiera de la créance, ou s'acquittera de la dette ».

<sup>1670</sup> Cass. civ., 3e, 15 avril 1980, Bull. civ. III, n°73, p. 53, Dalloz, 1981. IR 314, obs. GHESTIN, Defrénois 1981. 853 note AUBERT J.-L., RTD civ. 1981. 155, obs. CHABAS F ; Cass. Ass., plén., 28 mai 1982, Bull. ass. plén. n°3, p. 5, Dalloz, 1983, 117, concl. Cabannes, et p. 349 note GAILLARD E ; Cass. civ. 3e, 26 janvier 2017, JCP 2017. 325, obs. SERINET Y.-M.

<sup>1671</sup> FRANÇOIS J., *L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat.*, Dalloz, 2018. 1215.

puisque le représenté n'a pas consenti à la réalisation de l'acte par son représentant, il n'a donc pas à en subir les effets<sup>1672</sup>.

667. RIPERT retient que « dans certains contrats, l'obligation d'agir de bonne foi devient plus rigoureuse, parce que le contrat met l'une des parties dans une certaine mesure à la discrétion de l'autre<sup>1673</sup> ». Le mandant se place dans une situation de vulnérabilité face à son mandataire, il lui confie un pouvoir pour agir pour son compte. En agissant pour le compte de son donneur d'ordres, il ne peut se porter « se porter contrepartie<sup>1674</sup> ». La bonne foi est une notion incontournable pour le mandataire, il ne peut trahir la parole donnée lors du contrat de mandat en refusant d'agir dans les intérêts de son donneur d'ordres<sup>1675</sup>. L'arrêt VILGRAIN daté de 1996 revient d'ailleurs sur le manquement au devoir de loyauté d'un intermédiaire qui a agi de manière détournée pour son propre compte<sup>1676</sup>.

668. La fidélité représente la « foi due à un engagement<sup>1677</sup> ». Il s'agit simplement d'admettre qu'une parole une fois donnée, ou qu'un acte une fois conclut, ne peut être remise en question. Lorsqu'un intermédiaire accepte de jouer un rôle d'interposé ou de représentant, il consent à n'être qu'un interposé investi d'une mission pour le compte d'autrui. Il s'engage à agir au nom et dans l'intérêt d'autrui, ou simplement, pour le compte et dans l'intérêt d'autrui, dans le cadre de sa mission. Une action infidèle se traduit par un manquement à son engagement vis-à-vis du bénéficiaire, donneur d'ordres. Le dépassement, le défaut ou le détournement des pouvoirs qui lui ont été confiés traduisent ce comportement infidèle et caractérisent d'autant plus la mauvaise foi de l'intermédiaire qui agit de façon déloyale<sup>1678</sup>. Pour ce qui est de la notion d'infidélité envers un bénéficiaire final, le législateur ne traite ce type de comportement de manière claire. En revanche, il est possible de croire que certaines dispositions relatives au mandat peuvent trouver à s'appliquer en la matière.

669. Le législateur prévoit l'abus dans l'utilisation des pouvoirs confiés dans un cadre purement représentatif aux articles 1156 et 1157 du Code civil, « l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté<sup>1679</sup> », « lorsque le représentant

---

<sup>1672</sup> DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, p. 247.

<sup>1673</sup> RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 162, p. 298.

<sup>1674</sup> MALAURIE Ph., AYNÈS L., GAUTHIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, op. cit., p. 342.

<sup>1675</sup> AYNÈS L., *L'obligation de loyauté*, op.cit., p. 199.

<sup>1676</sup> Cass. com., 27 février 1996, n° 94-11.241, Bull. civ. IV, n°65, Dalloz., 1996, p. 518, note MALAURIE Ph.

<sup>1677</sup> CORNU G., op.cit., p. 459.

<sup>1678</sup> CORNU G. op.cit., p. 134 : « Bonne foi : Comportement loyal que requiert l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté ; esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime ».

<sup>1679</sup> Art. 1156 du Code civil : « L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant,

détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer<sup>1680</sup> ». La définition du comportement infidèle est plus particulièrement présente au sein du contrat de mandat, de cautionnement et d'assurance<sup>1681</sup>. Il s'agit pour lui de consacrer une définition du comportement infidèle uniquement dans le cadre de la représentation. Le législateur a fait le choix de consacrer une théorie générale de la représentation comprenant des dispositions complètes concernant la matière. Néanmoins, il prend le parti d'ignorer le comportement infidèle de l'interposé agissant en son nom propre pour le compte du bénéficiaire final.

## **II : L'IGNORANCE DU COMPORTEMENT INFIDELE DE L'INTERPOSE**

670. L'apparence est « une création jurisprudentielle destinée à tempérer la rigueur aveugle des principes (...) lorsqu'une personne avait toutes les apparences du titulaire de certains droits, de sorte que des tiers ont traité avec elle sur la foi de cette apparence, la sécurité juridique exige qu'on les protège<sup>1682</sup> ». Le législateur a consacré la théorie de l'apparence en plusieurs matières notamment en succession, en droit de la famille, en droit des obligations<sup>1683</sup>. Pourtant, l'apparence fait une entrée importante en matière de mandat notamment pour protéger la « croyance légitime des tiers<sup>1684</sup> ». Ce mécanisme semble pourtant insuffisamment protecteur pour le bénéficiaire final en un point essentiel la protection de la confiance de ce personnage en retrait. Le législateur semble prendre appui sur la nécessité de protéger celui qui demeure dans l'ignorance sans tenir compte des spécificités des opérations intégrant un bénéficiaire final<sup>1685</sup>.

671. Au-delà du cas des opérations de représentation, il n'existe aucun comportement infidèle de la part de celui qui agit pour autrui. Est-ce une façon de cristalliser le régime général de la représentation mis en place et codifié suite à l'Ordonnance du 10 février 2016 ou simplement un moyen détourné de rejeter toute autre forme d'action pour le compte d'autrui hormis celles spécifiquement définies dans le Code civil ? Sans plus d'éclaircissement de la part des législateurs,

---

notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié ».

<sup>1680</sup> Art. 1157 du Code civil : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

<sup>1681</sup> Cass. ch. mixte., 17 novembre 2006, n° 04-19.123, Bull. mixte n° 10 ; RTD com., 2007, p. 215, obs. LEGEAIS D ; Cass. civ., 2e., 8 novembre 2007, n° 06-19.765.

<sup>1682</sup> BÉNABENT A., *Droit civil. Les obligations.*, op. cit., n°492, p. 387.

<sup>1683</sup> JABBOUR R., Thèse, op. cit., n°323, p. 259.

<sup>1684</sup> Ibid ; notamment Cass. Ass., Plén., 13 décembre 1962, n°57-11.569, Bull. Ass. Plén., n°2.

<sup>1685</sup> Référence à la notion de confiance légitime : BÉHAR-TOUCHAIS M., *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégales en droit des contrats.*, op. cit., p. 95 ; LOKIEC P., *Le droit des contrats et la protection des attentes*, préc., p. 321.

l'ambiguïté persiste à ce sujet. Pour l'heure, il convient de tenir compte de l'existence d'un lien contractuel cristallisant l'application de certaines dispositions de la représentation, au sein de la relation *bénéficiaire final interposé*. Ce qui implique la nécessité de tenir compte d'une obligation de fidélité et de confiance de ces deux personnages. Il existe une relation spécifique impliquant trois personnes, le bénéficiaire final, l'interposé et le cocontractant ignorant. Le bénéficiaire final dispose de droit dont il a cédé provisoirement l'utilisation à son interposé, il souhaite obtenir la sécurisation du contrat de mandat qui implique le respect absolu de la mission confiée par voie contractuelle. De manière différente, le cocontractant ignore l'identité et parfois même l'existence du véritable bénéficiaire. « On parle souvent de cette opposition comme de celle de la sécurité statique (assurant la conservation des droits du titulaire réel) et de la sécurité dynamique (assurant l'efficacité des transactions, âme du mouvement économique)<sup>1686</sup> ».

672. Le comportement infidèle s'apparente à une forme de trahison de la part de celui devant intercepter les bénéfices en dernier lieu<sup>1687</sup>. C'est notamment le cas en matière de simulation, cette situation offrant à son bénéficiaire la possibilité de profiter d'un mensonge positif, il permet notamment d'entériner un accord préalablement conclu entre l'interposé et son donneur d'ordres<sup>1688</sup>. C'est à partir de ce moment précis qu'il est possible de parler d'accord visible et d'accord secret. Alors que le premier reste connu de tous, le second contredit le premier en venant désigner le véritable bénéficiaire de l'opération contractuelle réalisée. La simulation est un mensonge concerté dont les auteurs connaissent l'étendue et ainsi, les limites<sup>1689</sup>. Ainsi, le comportement infidèle de l'interposé, ne peut s'apparenter à un comportement simplement négligent, mais à une volonté ou une intention réelle d'ébranler la situation de son donneur d'ordres. Il peut parfaitement vouloir garder les fonds récoltés suite à l'opération contractuelle, de les détourner, de les réutiliser à son profit<sup>1690</sup>. C'est en cela qu'il est possible de retrouver une ressemblance avec la situation décrite par le législateur en matière de représentation.

673. Le détournement consiste en la soustraction frauduleuse du bien d'autrui<sup>1691</sup>. Le dépassement s'apparente à l'action sans pouvoir<sup>1692</sup>, l'interposé agit au-delà des pouvoirs confiés par son donneur d'ordres. C'est pourquoi, l'interposé agit sans pouvoir à partir du moment où il réalise

---

<sup>1686</sup> BÉNABENT A., op. cit., n° 494, p. 388.

<sup>1687</sup> Cass. civ., 1re., 13 octobre 1992, Bull. civ., I, n° 250 : en matière de recours contre le titulaire apparent.

<sup>1688</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>1689</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 725 et s, p. 792 et s.

<sup>1690</sup> MESTRE J., « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », RLDC, mars 2009, n° 58, p. 9.

<sup>1691</sup> LAROUSSE, *Dictionnaire*, édition LAROUSSE, 2020, p. 264.

<sup>1692</sup> LAROUSSE., op.cit., p. 251.

des actes sans autorisation, ou sans concertation avec le bénéficiaire final. L'infidélité de ce personnage se traduit notamment par les manquements aux obligations contractuelles dont il aura fait preuve<sup>1693</sup>.

674. En définitive, ce n'est que dans l'acceptation d'une certaine forme de transparence que le bénéficiaire final pourrait profiter d'une certaine protection. Le législateur ayant pu établir les critères lui permettant de définir le comportement infidèle à partir d'un acte écrit, la sanction de ce comportement en serait d'autant plus évidente. Il reste que, malgré tout, le comportement infidèle dans le cadre de l'admission de l'existence d'un bénéficiaire final n'est pas encore admis par le législateur. Pourtant, le *bénéficiaire effectif*, une sous-catégorie de l'ensemble des bénéficiaires finaux a déjà fait son apparition. Les prémices d'une lecture extensible laissant la place à une définition complète du comportement infidèle sont possibles, mais notre système juridique reste encore lacunaire sur ce point.

---

## § 2 : Des sanctions inefficaces face au comportement infidèle

675. Le comportement infidèle de l'interposé n'est pas clairement défini par le législateur. Il s'agit certainement de réfuter l'existence de ces structures occultes, qui malgré la dissimulation du bénéficiaire final, ne peuvent être toutes considérées comme illicites. Néanmoins, la reconnaissance de l'existence de ce personnage atypique et la mise en lumière de l'interaction existant entre les trois sujets de droit de l'opération poussent le système juridique français à reconnaître le bénéficiaire final comme une catégorie générale dont le bénéficiaire effectif et bien d'autres bénéficiaires font partie<sup>1694</sup>.

676. Il a été établi précédemment que de nombreuses lacunes sont perceptibles, notamment en ce qui concerne l'interposé et son comportement. Bien qu'il existe des sanctions propres au comportement de l'intermédiaire en matière de représentation (I), il n'en existe aucune pour l'interposé en matière d'opérations occultes (II).

### **I : L'EXISTENCE DE SANCTIONS PROPRES A LA REPRESENTATION**

---

<sup>1693</sup> La jurisprudence considère que l'infidélité est un corollaire de la bonne foi : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 597 et s, p. 673 et s.

<sup>1694</sup> BÉNABENT A., op. cit., n°499 et s, p. 391 et s.



677. Les législateurs de 2016 ont établi deux types de sanctions pour chacune des actions du représentant. En présence d'un dépassement, l'acte est inopposable au représenté, alors que dans le cadre du détournement le représenté peut en demander la nullité « si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer<sup>1695</sup> ». Cette approche sanctionnatrice du comportement infidèle a été lourdement critiquée par les auteurs qui y voyaient des textes « mal fagotés<sup>1696</sup> » et une différence injustifiée<sup>1697</sup>. En effet, le Professeur DISSAUX a toujours affirmé dans ses articles que, quel que soit le cas dans lequel s'inscrit le représentant, il agit en dehors des pouvoirs dont il dispose<sup>1698</sup>. Cela semble peu cohérent de sanctionner de façon différente le dépassement et le détournement de pouvoir. Ces deux méthodes permettant l'action de l'interposé en dehors des pouvoirs confiés.

678. Le dépassement de pouvoir consiste pour le représentant, à agir en dehors des pouvoirs confiés par son donneur d'ordres<sup>1699</sup>. En matière de détournement, il agit dans les limites de ses pouvoirs, mais dans un autre but que celui pour lequel il a été mandaté<sup>1700</sup>. La différence de traitement entre ces deux notions reste en adéquation avec leur degré d'appréciation. Le dépassement fait l'objet d'une appréciation objective basée sur les limites des pouvoirs confiés, alors que le détournement fait l'objet d'une appréciation subjective en fonction de l'objectif visé par la mission. Le comportement infidèle ne reflète pas uniquement, pour le représenté, une méconnaissance de son pouvoir, mais dans le cas du dépassement, une méconnaissance de l'étendue de son pouvoir, et dans le cas du détournement, une méconnaissance de sa mission ainsi que de l'engagement contracté. Le dépassement de pouvoir signifie agir sans pouvoir en dehors des frontières de la mission, alors que le détournement reflète une utilisation des pouvoirs confiés, mais non conformes aux intérêts fixés dans l'engagement avec le donneur d'ordres<sup>1701</sup>. Malgré les vives critiques existantes autour de ces notions, le législateur semble, dans un premier temps se justifier dans ce sens, même si cette interprétation

---

<sup>1695</sup> Art. 1157 du Code civil : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. »

<sup>1696</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Avril 2019 : « Les textes relatifs au dépassement et au détournement de pouvoirs sont mal fagotés ».

<sup>1697</sup> Ibid. : « En premier lieu, une sanction différente est réservée aux deux hypothèses : l'acte est inopposable au représenté en cas de dépassement (C. civ., art. 1156), nul en cas de détournement (C. civ., art. 1157). Aucune raison ne le justifie. Dans les deux cas, le représentant agit sans pouvoir ».

<sup>1698</sup> Ibid. : « En premier lieu, une sanction différente est réservée aux deux hypothèses : l'acte est inopposable au représenté en cas de dépassement (C. civ., art. 1156), nul en cas de détournement (C. civ., art. 1157). Aucune raison ne le justifie. Dans les deux cas, le représentant agit sans pouvoir. »

<sup>1699</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 235 et s, p. 263 et s.

<sup>1700</sup> Ibid.

<sup>1701</sup> Cass. civ., 1re, 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n°395, Dalloz, 2005, IR 2824, RTD civ. 2006. 138, obs GAUTIER.

reste ambiguë et isolée<sup>1702</sup>. Il reste cependant la question des sanctions prononcées qui elles aussi sont marquées de lourdes critiques.

679. Le Professeur DISSAUX considère que « le dépassement de pouvoir fait l'objet d'un traitement tout à la fois trop abrupt et trop subtil. Trop abrupt, en ce qu'il justifierait l'inopposabilité de « l'acte accompli », l'intégralité de l'acte donc<sup>1703</sup> ». Cette sanction conduit essentiellement à l'inopposabilité de l'ensemble, quand bien même, la mission du représentant n'ait été entachée que partiellement<sup>1704</sup>. De plus, l'interprétation stricte de cette disposition laisse apparaître une forme de *toute puissance* du cocontractant<sup>1705</sup>. L'inopposabilité est impossible si le tiers a cru aux pouvoirs du représentant, notamment en raison de l'attitude du représenté. Le législateur reste vague et confus, une telle disposition voudrait-il dire qu'un représenté qui garde le silence approuve les actes de son représentant ? Est-il possible d'y voir une obligation de préciser les pouvoirs délégués au représentant à travers cette disposition ? Le législateur laisse libre cours à l'interprétation du juge sur la question du « comportement » ou des « déclarations » du représenté. De plus, le tiers est le seul à pouvoir demander la nullité de l'acte s'il « ignorait que l'acte était accompli par ou représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs<sup>1706</sup> ».

680. Cette toute-puissance est injustifiée au regard de la situation du représenté affaibli par les manœuvres de son représentant. D'ailleurs, cette disposition se rapproche nettement de celle de l'article 1157 du Code civil, le représenté ne peut invoquer la nullité que dans le cas où le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer. Une telle flexibilité à l'égard des tiers ne peut apporter une protection efficace au représenté trahi par les agissements de son représentant.

681. Des sanctions inefficaces et lacunaires ne peuvent pas être utilisées pour protéger efficacement le donneur d'ordres, quelle que soit l'opération dont il provient. Face à autant de divergence, certains auteurs comme le Professeur DISSAUX prennent le parti d'une sanction unitaire<sup>1707</sup>. La nullité s'imposerait pour défaut de consentement du représenté à travers son représentant. Le donneur d'ordres ayant cantonné son consentement ce dernier ne peut lui être arraché

---

<sup>1702</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Avril 2019 : Vision contraire adoptée par l'auteur : « Dans les deux cas, le représentant agit sans pouvoir ».

<sup>1703</sup> Ibid.

<sup>1704</sup> DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, p. 247.

<sup>1705</sup> Voir notamment la notion de confiance légitime : Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, Dalloz, 1963. 277, note CALAIS-AULOY, JCP 1963. II. 13105, note ESMEIN ; Cass. civ. 1re., 29 avril 1969 (trois arrêts), Bull. civ. I, n° 153, 154 et 155, p. 123, 124, 125, JCP 1969. II. 15972, Dalloz, 1970. 23 note CALAIS-AULOY.

<sup>1706</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Avril 2019.

<sup>1707</sup> DISSAUX N., op. cit., « Une sanction unitaire eût été préférable. - Et de ce point de vue, la nullité était mieux fondée ».

de force pour mieux protéger le tiers et l'efficacité du contrat. La nullité s'impose d'elle-même sans justification supplémentaire<sup>1708</sup>. Le Professeur DISSAUX va plus loin, il considère que le caractère *inopposable de l'acte* n'a aucun sens et demeure inapplicable en théorie comme en pratique<sup>1709</sup>. De cette façon, il n'est pas possible de considérer qu'il existe une lutte efficace contre le comportement infidèle. Les mesures applicables aux opérations dites de représentation, restent tout de même limitées. Il convient dès lors de construire un régime général de lutte contre le comportement infidèle stable et applicable à ce type d'opérations. Face au comportement infidèle, il convient d'intervenir par la prévention pour éviter la répression, même s'il faut l'envisager en cas d'abus.

## **II : L'ADOPTION DE SANCTIONS PROPRE AUX SCHEMAS OCCULTES**

682. Il s'agit ici de se poser la question de savoir comment sanctionner le comportement d'un individu, ou d'une entité dont le non-respect du pouvoir confié n'est nullement perceptible. Il faut pour cela se rapporter aux textes en vigueur afin apprécier d'un œil nouveau le dispositif à mettre en place. Le bénéficiaire final représente une catégorie générale qui englobe plusieurs personnages ayant la possibilité de revêtir certaines particularités comme le bénéficiaire effectif.

683. Ce dernier personnage est nommé en fonction de plusieurs critères économiques et commerciaux. Il est possible de l'identifier selon la méthode de l'ACPR et de l'AMF<sup>1710</sup>, comme il est également possible de l'identifier selon la méthode de la cascade. Ces méthodes permettent de définir de façon plus précise celui qui exerce véritablement un pouvoir de contrôle sur l'opération<sup>1711</sup>. Néanmoins, il reste que le bénéficiaire apparent dit « homme de paille<sup>1712</sup> » est complètement écarté du dispositif. Ni son comportement avec les tiers ni son comportement avec le bénéficiaire final ne sont pris en compte. Le *bénéficiaire effectif* a fait l'objet d'un développement juridique important compte tenu de l'apparition progressive de structures contractuelles occultes et illicites<sup>1713</sup>. Il s'agissait certainement pour le législateur d'anéantir le schéma occulte créé par l'utilisation de ces opérations dans un but illicite.

---

<sup>1708</sup> CASS, Civ. 1<sup>re</sup>, 2 nov. 2005, n° 02-14.614, Bull. civ. I, n° 395.

<sup>1709</sup> DISSAUX N., op. cit., « Au reste, que signifie l'inopposabilité de l'acte ? Que le représentant pourrait être tenu à l'égard du tiers contractant ? La solution répugne en théorie et en pratique. En théorie : la qualité de partie à un contrat ne peut être attribuée à titre de sanction. En pratique : le tiers contractant, qui n'a jamais voulu traiter avec le représentant, ne saurait se raviser. Il ne pourrait qu'agir en responsabilité si la faute du représentant lui a causé un préjudice ».

<sup>1710</sup> ACP, *Lignes directrices sur les bénéficiaires effectifs*, septembre 2011, page 24 ; AMF, *position-recommandation Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et elle financement du terrorisme*, DOC-2013-05.

<sup>1711</sup> ROHMERT A., BRUNEL E., op. cit., p. 50 ; MORTIER R., BOL S., op. cit., p. 4.

<sup>1712</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>1713</sup> QUIROGA-GALDO J., « Le registre des bénéficiaires effectifs : de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99% des sociétés ! », LPA n° 245, 8 décembre 2017, p. 7.

684. Dès lors, il se pose la question de l'identification du *bénéficiaire effectif* dans le schéma occulte (A). Le décorticage d'une structure occulte permet d'expliquer la façon dont le législateur repère et qualifie le *bénéficiaire effectif*. C'est à partir de ces arguments juridiques qu'il est possible d'identifier l'interposé et ainsi de définir et sanctionner son comportement (B).

#### A : LA DEFINITION DU SCHEMA OCCULTE

685. « Le bénéficiaire effectif est bien souvent dissimulé grâce au mécanisme de la chaîne de détention<sup>1714</sup> ». L'AMF dans ses lignes directrices définit la détention indirecte comme une chaîne de détention avec des participations à plusieurs niveaux<sup>1715</sup>. Prenons l'exemple d'une société anonyme appelée SOC, le premier actionnaire (A) est une personne physique qui détient directement 10 % du capital social de cette société<sup>1716</sup>. Le second actionnaire (B) est une personne morale qui détient 60 % du capital et le troisième (C) est une personne physique qui détient 30 % de ce capital. Qui est le *bénéficiaire effectif*? Le premier actionnaire (A) n'est pas considéré comme un *bénéficiaire effectif* alors que le troisième (C) répond aux critères de définition de ce personnage. Le second niveau est principalement issu du second actionnaire (B) qui détient 60 % du capital social. Cette détention est divisée en trois actionnaires qui détiennent 100 % du capital de la personne morale (B), deux personnes physiques (D et E) à hauteur de 20 % (pour D) et de 50 % (pour E), et une personne morale à hauteur de 30 % (F). C'est l'actionnaire détenant 50 % (E) du capital qui est considéré comme le *bénéficiaire effectif*. Le troisième niveau est principalement issu du dernier actionnaire qui est une personne morale (F). Il est composé de deux actionnaires (G et H), personnes physiques qui ne peuvent être qualifiées de *bénéficiaire effectif*, car elles ne détiennent qu'un faible pourcentage du capital de la société.

686. Ce qui doit être retenu dans cette méthode de calcul, c'est que la détention indirecte n'est pas calculée en fonction du niveau sur lequel il se présente, mais en fonction de la participation aux parts de la société anonyme SOC. Plus précisément, le second actionnaire présent au premier niveau, et détenant 60 % (B) du capital social de la société anonyme, était lui-même contrôlé par trois actionnaires, personnes physiques et morales qui possèdent respectivement 20 % (D), 50 % (E) et 30 % (F). Dès lors, la détention indirecte de la société anonyme SOC doit être calculée en fonction du pourcentage détenu par les actionnaires du niveau 2, à savoir 60 % multiplié par 20 % (pour D),

---

<sup>1714</sup> Fasc. « Le monde caché des bénéficiaires effectifs », LexisNexis, 2017.

<sup>1715</sup> LE NABASQUE H., op. cit., p. 24.

<sup>1716</sup> COURET A, DONDERO B., op. cit., p. 73.

soit 12 % pour le premier, 60 % multiplié par 50 % (pour E), soit 30 % et 60 % multiplié par 30 % (Pour F), soit 18 %<sup>1717</sup>. C'est pour cette raison qu'il est possible de confirmer que l'actionnaire, personne physique détenant indirectement 30 % (soit E après calcul) du capital de ladite société SOC est un *bénéficiaire effectif*.

687. La chaîne de détention avec la participation cumulée est présentée par l'ACPR<sup>1718</sup>, au premier niveau il est possible de distinguer trois actionnaires détenant respectivement 10 %, 60 % et 30 % du capital d'une société commerciale appelée SOC. Au second niveau, nous retrouvons quatre actionnaires dont trois détiennent 30 %, 50 % et 20 % du capital de l'actionnaire à 60 % présent au niveau 1. Un actionnaire présent au second niveau détient 100 % du capital de l'actionnaire à 10 % du niveau 1. Cette méthode permet d'identifier distinctement les deux actionnaires qualifiés de « bénéficiaires effectifs » au premier niveau, celui qui détient 30 % du capital et au second niveau, celui qui détient indirectement 10 % du capital et celui qui détient indirectement 30 % du capital de la société SOC<sup>1719</sup>.

688. La méthode de la cascade est plus abordable que les précédentes<sup>1720</sup>, une personne physique possède 60 % du capital d'une société A, qui détient elle-même 55 % d'une société B, qui elle-même détient 51 % d'une société C, qui détient au final 51 % d'une société que nous nommerons AMAR. La personne physique est sans nul doute le *bénéficiaire effectif* de la société AMAR. Là où les choses deviennent plus complexes, c'est à partir du moment où la chaîne de cascade devient trop disparate. Cela s'observe par le pourcentage peu élevé détenu d'une société A à une société B. La solution apportée par l'article L 233-3, II, du Code de commerce repose sur la présomption de contrôle. De plus, l'article L 233-3, I, 3, du Code de commerce reconnaît l'existence du contrôle de

---

<sup>1717</sup> Ibid. : schéma explicatif du mode de calcul de la détention indirecte.

<sup>1718</sup> AMF, *Position-recommandation Lignes directrices relatives à la notion de bénéficiaire effectif en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme*, DOC-2013-05, page 24.

<sup>1719</sup> COURET A, DONDERO B., op. cit., p. 74 : schéma explicatif du mode de calcul de la détention indirecte : la détention avec des participations cumulées.

<sup>1720</sup> Art. L 233-4 du Code de commerce ; MORTIER R., BOL S., op. cit., n° 6.

fait<sup>1721</sup>. Le *bénéficiaire effectif* sera celui qui contrôle réellement l'opération, la réalité dudit contrôle reposant sur des critères complexes<sup>1722</sup>.

689. C'est à ce moment qu'il devient important de se pencher sur les dernières dispositions du législateur en matière de *bénéficiaire effectif*. Ce sont les articles R 651-1 à R 561-3-0 du Code monétaire et financier qui établissent une définition de la notion de contrôle selon les dispositions du Décret du 18 avril 2018. Le contrôle exercé par le *bénéficiaire effectif* sur une société repose soit sur son droit de vote, soit sur sa qualité d'associé ou d'actionnaire<sup>1723</sup>. L'absence d'identification de la personne physique titulaire de ce pouvoir de contrôle n'arrête en rien la possibilité de qualifier celui qui est la direction d'une société de *bénéficiaire effectif* quelle que soit sa forme. Il est important de noter qu'une société immatriculée à l'étranger n'échappe pas à l'application du dispositif légal permettant de lutter contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. C'est celui qui exerce un pouvoir de représentation légal qui sera qualifié de *bénéficiaire effectif*<sup>1724</sup>. Pourtant, malgré une volonté marquée de clarifier et de préciser la définition du *bénéficiaire effectif*, il semble que l'absence de dispositions détaillées en matière de chaîne de détention est grandement critiquable. Le système de la cascade reste fragile et aucune autre appréciation de ce personnage n'est apportée.

690. Au regard des derniers éléments apportés par le Décret du 18 avril 2018, il semble approprié de se reporter à l'article L 233-4 du Code de commerce pour identifier le *bénéficiaire effectif* ayant un pouvoir de contrôle indirect sur une société. Du reste, la communication de l'ANSA va dans ce sens en reprenant la notion d'influence significative sur la société<sup>1725</sup>. C'est à partir du moment où une personne physique actionnaire d'une société détient une influence significative sur ladite société, qu'elle peut être qualifiée de *bénéficiaire effectif* et à ce titre de bénéficiaire final de l'opération contractuelle. Néanmoins, pendant que les projecteurs sont braqués sur l'identification de

---

<sup>1721</sup> Art. L 233-3 du Code commerce : « I.- Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre : 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société. II.- Elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne. III.- Pour l'application des mêmes sections du présent chapitre, deux ou plusieurs personnes agissant de concert sont considérées comme en contrôlant conjointement une autre lorsqu'elles déterminent en fait les décisions prises en assemblée générale ».

<sup>1722</sup> Voir notamment : Lignes directrices, p. 18.

<sup>1723</sup> LASSERRE-CAPDEVILLE J., op. cit., n°17 ; LE NABASQUE H., op. cit., n° 10, p. 9.

<sup>1724</sup> COURET A, DONDERO B., op. cit., n° 281, p. 92.

<sup>1725</sup> Communication ANSA n°17-020 du 19 juin 2017.

ce dernier personnage, celui qui occupe un rôle d'interposition est laissé en marge des différents schémas occultes<sup>1726</sup>. Son action dans la construction de cette fiction juridique ne peut être occultée, notamment dans le cadre d'un comportement infidèle.

## B : L'IDENTIFICATION ET LA SANCTION DE L'INTERPOSE DELOYAL

691. Bien que son existence soit sous-entendue dans le cadre de l'identification du *bénéficiaire effectif*, il est important de poser une définition précise avant d'entreprendre la sanction de son comportement infidèle. Le bénéficiaire apparent également appelé « homme de paille<sup>1727</sup> » ou interposé, est celui qui contrôle en surface l'opération contractuelle, celui qui feint de détenir un capital social suffisant au sein d'une société, ou celui qui dissimule son véritable rôle, afin de maintenir une situation occulte autour de l'existence et de l'identité du véritable bénéficiaire de ladite opération<sup>1728</sup>. Ce personnage est tenu par un certains nombre d'obligations contenues dans l'acte secret, lequel rappelle qu'il convient de respecter plusieurs principes comme la fidélité et la bonne foi<sup>1729</sup>. Dès lors, son infidélité pourrait se caractériser par un manquement à son devoir de loyauté envers son bénéficiaire final, donneur d'ordres, tout comme l'intermédiaire peut manquer à ses obligations envers son représenté<sup>1730</sup>. La solution pourrait sembler tout à fait simple de prime abord, mais il est possible de déceler un certain nombre de difficultés. La première tenant au lien qui existerait entre l'interposé et le bénéficiaire final, est-il forcément de nature contractuelle ? Est-il possible de parler d'infidélité en dehors de ce cadre ?

692. Il n'existe aucune disposition permettant de comprendre ou d'identifier le comportement d'un interposé face au bénéficiaire final. Pour appréhender ce mécanisme, il convient d'observer ce qui existe déjà, notamment la simulation avec les opérations de prête-nom ou d'interposition de personne, ou le mandat permettant d'encadrer le lien contractuel existant entre l'interposé et le bénéficiaire final<sup>1731</sup>. Ainsi, il est désormais possible d'apporter un premier élément de réponse au

---

<sup>1726</sup> BÈGUE G., *Confidentialité et prévention...*, op. cit., 2017 ; AMAN K., « Ainsi naquit le registre des... », 2017, p. 56 ; BOMPOINT D., « Le bénéficiaire effectif ? C'est le fisc ! », op. cit., p. 7.

<sup>1727</sup> LE TOURNEAU Ph., *Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat*, Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>1728</sup> Cass. com., 30 janvier 1961, Bull. civ. III. n° 54 ; JCP G 1962. II. 12527, note LE GALCHER-BARON ; ANSA V., *Le prête-nom, analyse de la jurisprudence, in L'identification des actionnaires des sociétés citées*, Étude 1997, Ann. 14, p. 239.

<sup>1729</sup> Cass. civ., 3e, 15 novembre 2000 : JCP 2002, II, 10054 et note LIÈVREMONT ; Cass. civ., 1re, 28 novembre 2000 : JCP 2001, II, 10645 et note AZZI ; LE TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., Rép. civ. Dalloz, janvier 2009, notamment en matière de *Bonne foi*, n° 11.

<sup>1730</sup> FAGES B., *Le comportement du contractant*, Thèse, op. cit., n° 552 et s., p. 298 et s. CHAZAL J.-P., *Théorie de la cause et de la justice contractuelle*, JCP 98. II. 152.

<sup>1731</sup> TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 229 et s., p. 261 et s ; MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 316, p. 282.

régime adopté par le droit pour ce personnage. L'acte secret peut se voir appliquer les dispositions relatives à la représentation. En effet, l'interposé est tenu de respecter son devoir de fidélité notamment compte tenu du caractère occulte de son intervention<sup>1732</sup>. Ce qui implique nécessairement qu'il existe des sanctions face aux manquements.

693. L'analyse de la liberté contractuelle doit avoir lieu en deux temps. Le premier doit être consacré, à la liberté de contracter. Le second doit porter uniquement sur la liberté du choix du contractant. « Libre de contracter, une partie doit être libre de choisir le contractant avec lequel elle va se lier<sup>1733</sup> ». Outre les situations de représentation qui restent transparentes, les schémas occultes entachent le principe de liberté du choix du cocontractant. Il semble qu'il ne soit pas possible de repérer la véritable opération contractuelle, de celle qui reste apparente, le bénéficiaire final étant dissimulé par une situation d'interposition. L'ensemble de ces difficultés ont poussé le législateur à reconnaître la qualification de *bénéficiaire effectif* aux dirigeants des entités douteuses<sup>1734</sup>. Simplement, l'analyse du comportement de l'interposé ne peut pas s'arrêter à son lien contractuel avec la partie ignorante. Qu'en est-il de la teneur des principes applicables au lien contractuel existant entre l'interposé et le bénéficiaire final ?

694. Dans l'hypothèse de l'existence d'une opération contractuelle entre l'interposé et son bénéficiaire final, l'article 1103 du Code civil impose le principe de la force obligatoire du contrat. Les normes contractuelles doivent être respectées « parce qu'elles sont issues d'un lien contractuel que la loi dote de force obligatoire<sup>1735</sup> ». Ainsi, l'obligation issue d'un contrat est un effet du lien construit par cette opération. Bien évidemment, ce n'est qu'à partir de ce lien de droit que l'une des parties peut réclamer l'exécution d'une obligation contractuelle. Le manquement à une obligation contractuelle peut non seulement remettre en question la stabilité de l'opération, mais également la bonne foi de la partie défaillante<sup>1736</sup>.

695. L'arrêt « Les maréchaux » du 10 juillet 2007 précise que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et

---

<sup>1732</sup> JABBOUR R., op. cit., Thèse., n° 44, p. 45.

<sup>1733</sup> LATINA M., « Contrat : généralités - Principes directeurs du droit des contrats », Répertoire de droit civil, Mai 2017, actualisation janvier 2019.

<sup>1734</sup> Art. R 561-1, R 561-2 et R 561-3 du Code monétaire et financier.

<sup>1735</sup> LATINA M., « Contrat : généralités - Principes directeurs du droit des contrats », Répertoire de droit civil, Mai 2017, actualisation janvier 2019.

<sup>1736</sup> LE TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., *Bonne foi*, op. cit., n° 113.



obligations légalement convenus entre les parties<sup>1737</sup> ». Le principe de bonne foi est un principe fondamental du droit des contrats, qui a été consacré par l'Ordonnance n° 2016-131<sup>1738</sup> à l'article 1104 du Code civil. Il y a une véritable volonté du juge, et du législateur de ne pas bouleverser l'équilibre contractuel. Néanmoins, force est de constater que la réforme du 10 février 2016 a voulu placer au cœur du contrat, la liberté contractuelle, la force obligatoire et la bonne foi<sup>1739</sup>. C'est ainsi que l'existence d'un lien contractuel entre l'interposé et le bénéficiaire final crée une soumission de cette opération cachée à l'ensemble de ces principes pour toutes les parties.

696. Dans l'hypothèse de l'absence de lien contractuel entre l'interposé et le bénéficiaire final, le comportement de l'un comme de l'autre devrait dépendre de leurs engagements. Le quasi-contrat est une « expression traditionnelle (critiquée, mais encore consacrée par le Code civil et l'ordonnance du 10 février 2016), désignant un fait juridique, source extracontractuelle d'obligation, plus spécifiquement d'une obligation (de remboursement, de restitution, d'indemnisation) qui naît, pour celui qui en profite (ex. Maître de l'affaire, accipiens), d'un fait accompli par une autre personne (gérant d'affaires solvens), en dehors de tout contrat, de toute obligation, de toute libéralité et donc de tout fondement juridique<sup>1740</sup> ». L'article 1300 du Code civil désigne des « faits purement volontaires<sup>1741</sup> » qui laissent croire qu'un contrat est en cours entre les individus.

697. La définition du quasi-contrat ne peut pas convenir pour décrire le lien qui existe entre l'interposé et son bénéficiaire final. La première partie de l'analyse de ce personnage exclut plusieurs opérations, dont celles qui sont construites en dehors d'un engagement contractuel. Il n'existe pas de bénéficiaire final face au dévouement spontané d'une partie, ou en présence d'un tiers bénéficiaire passif. Le paiement de l'indu comme l'enrichissement injustifié sont des opérations à exclure de la structure participant à la création du bénéficiaire final. Pour qu'il puisse exister une obligation de fidélité entre les parties, il est indispensable que celles-ci se soient obligées dans une opération contractuelle écrite ou orale<sup>1742</sup>. La loyauté deviendrait la loi des parties ce qui participerait à la prévention du comportement infidèle.

---

<sup>1737</sup> Com. 10 juillet 2007, n°06-14.768, Bull. civ. IV, n°188.

<sup>1738</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>1739</sup> LATINA M., op. cit., loc. cit.

<sup>1740</sup> CORNU G., op. cit., p. 839-840.

<sup>1741</sup> Art. 1300 du Code civil : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui. Les quasi-contrats régis par le présent sous-titre sont la gestion d'affaire, le paiement de l'indu et l'enrichissement injustifié ».

<sup>1742</sup> Création de la force obligatoire par le biais de l'obligation contractuelle : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 26 et s., p. 35 et s.

698. Le principe général de la présomption légale impose à celui qui allègue la mauvaise foi de son cocontractant de la prouver<sup>1743</sup>. Le bénéficiaire final doit apporter la preuve du comportement déloyal de l'interposé. Ce dernier peut faire preuve de déloyauté en ayant un comportement abusif lors de l'accomplissement de l'obligation contractuelle. La partie déloyale est d'ailleurs décrite comme celle « qui ne respecte pas la parole donnée<sup>1744</sup> ». Cela peut se traduire par un dépassement des pouvoirs, un détournement ou une absence de pouvoirs. L'interposé s'accorde avec le bénéficiaire final dans le cadre de la réalisation d'une opération contractuelle et abuse de sa position exposée pour user à son profit de la position qu'il occupe. Comment sanctionner ce comportement et apporter une protection nécessaire au bénéficiaire final ?

699. Le comportement déloyal de l'interposé ne peut donner lieu à l'annulation du contrat, néanmoins, il est tout à fait possible pour le bénéficiaire final d'obtenir des dommages et intérêts en application de l'article 1178 alinéa 4 du Code civil<sup>1745</sup>. D'ailleurs, une telle action en responsabilité semble petit à petit évincer l'action en nullité du contrat<sup>1746</sup>, ce qui laisse apparaître une volonté marquée du système juridique français de préserver l'opération contractuelle. Dès lors se pose la question de la prévention du comportement déloyal. Comment prévenir et neutraliser le comportement déloyal ?

## Section 2 : La prévention du comportement infidèle

700. Par opposition au système répressif, un système basé sur la prévention « tend à prévenir la criminalité, à l'empêcher ou à la réduire par avance, en s'attaquant à ses causes ou à ses moyens<sup>1747</sup> ». C'est pour cette raison qu'une étude de l'origine du comportement infidèle de l'interposé est indispensable à la mise en place d'un régime préventif. De la même manière, une recherche des armes qu'il utilise pour arriver à ses fins semble pertinente. Comment l'intermédiaire, qu'il agisse en tant que représentant ou en tant qu'interposé parvient-il à détourner ou dépasser les pouvoirs confiés par le donneur d'ordres ? Visiblement l'interposé en adoptant un comportement déloyal, agit en contradiction avec les intérêts de son bénéficiaire final. Ce dernier délègue un certain nombre de pouvoirs à un individu pour agir dans son intérêt et pour son compte. L'intervention

---

<sup>1743</sup> LE TOURNEAU Ph, POUMAREDE M., « Bonne foi - La bonne foi dans l'exécution du contrat », Répertoire de droit civil, Janvier 2017, actualisation avril 2019.

<sup>1744</sup> Ibid.

<sup>1745</sup> GHESTIN J, SERINET Y-M., *Erreur - Erreur et bonne foi des contractants*, Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; Art. 1178 alinéa 4 du Code civil : « Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ».

<sup>1746</sup> LEQUETTE Y., *Responsabilité civile versus vice du consentement*, Au-delà des codes, Mélanges PAYET M-S., DALLOZ, 2011, p. 363 et s.

<sup>1747</sup> CORNU G., op.cit., p. 802.

personnelle de l'interposé consistant à agir au-delà de ses pouvoirs ne peut être interprétée comme une action dans l'intérêt de son donneur d'ordres.

701. Pourtant, la gestion d'affaires qui reste un mécanisme spécifique admet qu'un individu agisse sans pouvoir dans les affaires du maître de l'affaire. Il est donc possible se demander dans quelle mesure le législateur fait une différence entre la gestion d'affaires altruiste et l'attitude abusive d'un usurpateur sans pouvoir ? Le gérant d'affaires est un *faux-représentant*, à savoir, une personne « qui agit pour autrui sans en avoir été chargée<sup>1748</sup> ». Hormis l'aspect purement matériel de l'opération, la gestion d'affaires s'appuie sur l'intention de gérer pour autrui<sup>1749</sup>. Le gérant d'affaires agit dans le seul intérêt du maître de l'affaire, sans que cette action ait fait l'objet d'un contrat de mandat. Aucune restriction concernant son pouvoir ou les droits qu'il utilise ne lui est imposée. D'autant plus, que parfois son action peut avoir lieu dans l'urgence, c'est l'exemple le plus classique d'un voisin qui face au danger réalise des travaux en l'absence d'un propriétaire ou d'un époux qui prend seul une décision importante qui aurait dû faire l'objet d'une concertation préalable. Mais ce qui reste le plus frappant, c'est que l'action du gérant d'affaires doit avoir lieu sans habilitation alors que celle d'un représentant ou d'un interposé en reçoit une<sup>1750</sup>.

702. Face à de tels arguments, il est inconcevable pour une personne ayant reçu une mission précise, avec des délimitations préalablement établies par un donneur d'ordres de justifier un comportement déloyal sur le seul fondement de dispositions relatives à la gestion d'affaires. Un tel comportement ne peut s'expliquer que sur la base d'une recherche d'intérêts contraires à ceux pour lesquelles l'individu a été missionné<sup>1751</sup>.

703. L'Ordonnance de 2016 n'a pas apporté de dispositions fortes sur les rapports entre le représenté et le représentant. Par ailleurs, elle ignore la situation de l'interposé face aux exigences du « bénéficiaire final ». Pour autant, des dispositions relatives aux conflits d'intérêts font leur apparition. Là encore, le législateur cherche la sanction du conflit d'intérêts, mais uniquement dans le cas de la représentation. Le refus de reconnaître d'autres types d'opérations, et d'admettre la mise en place d'un régime protecteur et prévoyant, créait un système législatif lacunaire en la matière.

---

<sup>1748</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. DOMAT, 17e éd., 2018, p. 355.

<sup>1749</sup> Art. 1301 du Code civil : « Celui qui, sans y être tenu, gère sciemment et utilement l'affaire d'autrui, à l'insu ou sans opposition du maître de cette affaire, est soumis, dans l'accomplissement des actes juridiques et matériels de sa gestion, à toutes les obligations d'un mandataire ».

<sup>1750</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 1267 et s, p. 1337 et s.

<sup>1751</sup> MAZEAUD D., *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?* In *Mélanges François TERRE*, 1999, p. 603 ; MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ., 1986, p. 101 et s.

704. La création d'un régime préventif permettant de dissuader le comportement conflictuel est d'une extrême nécessité (§1). Néanmoins, la consécration du principe de loyauté au sein des opérations avec un bénéficiaire final pourrait neutraliser les manquements de l'interposé à son obligation (§2).

---

### **§ 1 : La prévention par la dissuasion des conflits d'intérêts**

705. Le conflit d'intérêts prend naissance, la plupart du temps, au sein d'une relation entre deux ou plusieurs individus, il s'agit d'une notion qui a longtemps été attachée à la fonction occupée par une personne<sup>1752</sup>. La prise en charge de l'intérêt d'une personne dans l'exercice de ses fonctions peut donner lieu à une situation de conflit d'intérêts<sup>1753</sup>. Mais ce conflit peut également exister au-delà de ce type de situation, notamment lorsqu'une personne exerce un droit subjectif. Ainsi, l'abus dans le comportement de l'un peut donner naissance à une situation comparable au « risque d'agence » pour l'autre.

706. Cette notion vient de la doctrine anglo-américaine qui définit le comportement d'une personne dépendante d'une autre dans sa gestion d'affaires<sup>1754</sup>. Le premier confie ses affaires à l'autre en perdant le contrôle qu'il devrait posséder sur ses affaires. Alors que chacun doit se préoccuper de ses propres intérêts, celui qui confie ses affaires, peut s'installer dans une situation inconfortable face à celui à qui il les a confié<sup>1755</sup>. C'est en cela qu'il est important de prévenir et ainsi préserver la position du bénéficiaire final de l'opération contractuelle.

707. Des dispositions relatives au conflit d'intérêts existent, néanmoins plusieurs auteurs mettent en évidence les lacunes de ces dispositifs, dès lors, il semble évident qu'une solution légale doit être trouvée (I). C'est pour l'ensemble de ces raisons que des dispositions cantonnées aux opérations de représentation, comme des dispositions relatives à l'incompatibilité de certaines fonctions pourront être proposées pour prévenir le conflit d'intérêts entre l'interposé et le bénéficiaire final (II).

## **I : LA CRITIQUE DES DISPOSITIONS RELATIVES AU CONFLIT D'INTERETS**

---

<sup>1752</sup> LECLERC F., *Les conflits d'intérêts en droit civil*, in *Les conflits d'intérêts*, sous la Dir. Du Professeur VIRASSAMY G., PUAM, 2015, p. 81 et s.

<sup>1753</sup> Ibid.

<sup>1754</sup> VOINOT D., « Agents d'affaires », Répertoire de droit commercial, Octobre 2002, actualisation Août 2018.

<sup>1755</sup> Ibid.

708. Force est de constater la multiplication des dispositions législatives en matière de conflit d'intérêts. La représentation comme la commission sont autant d'opérations qui peuvent laisser apparaître une possibilité de tomber dans un conflit d'intérêts. Alors que la mandataire doit agir dans l'intérêt de son mandant, il peut détourner les pouvoirs confiés à son profit<sup>1756</sup>. La menace s'inscrit dans le comportement de celui qui agit pour autrui, ce qui implique que l'essence même de ce type d'opération est imprégnée d'une possibilité de voir le conflit d'intérêts émerger<sup>1757</sup>. L'article 1161 du Code civil<sup>1758</sup>, apparaît comme une mesure curative face au « risque d'agence<sup>1759</sup> » qui correspond à la situation d'un individu, nommé agent, qui en possession d'un pouvoir « risque d'en abuser au détriment de celui qui le lui a confié, appelé principal, notamment en raison de l'existence d'une asymétrie d'information entre l'agent et le principal<sup>1760</sup> ».

709. L'article 2011 du Code civil reprend le contrat de fiducie et le définit comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires<sup>1761</sup> ». Ce type d'opération requiert une certaine fidélité ou loyauté entre les différents protagonistes, le fiduciaire ne doit pas « faire prévaloir son intérêt sur celui de la fiducie<sup>1762</sup> ». Le risque de la naissance d'un conflit d'intérêts reste donc très important.

710. La mise en lumière du conflit d'intérêts par le législateur laisse entendre qu'il existe un intérêt supérieur devant être protégé des abus d'un sujet de droit chargé d'agir pour autrui. En effet, un individu agissant dans son propre intérêt méconnaît les obligations auxquels il s'est engagé lors de la mise en place de la situation d'interposition. Une telle affirmation, aussi logique soit-elle, laisse entendre qu'il existe des obligations pesant sur l'interposé lors de la conclusion de l'opération visant à créer la situation d'interposition. Sachant qu'en la matière, il y a une grande similitude avec les devoirs qui pèsent sur le représentant. Face au conflit d'intérêts, le devoir de loyauté apparaît pour le représentant comme une obligation d'ordre moral. Pour une meilleure prévention du risque, un organe ad hoc aura pour mission d'intervenir, dans l'intérêt du représenté, lors d'un conflit entre le

---

<sup>1756</sup> CHAUVEL P., *Rép. Commercial, Dalloz : commission*, 2008, n° 138 et s.

<sup>1757</sup> Ibid.

<sup>1758</sup> Art. 1161 du Code civil : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié. »

<sup>1759</sup> CUIF P-F., « Le conflit d'intérêts », RTD com., 2005, p. 1.

<sup>1760</sup> Ibid. ; Voir notamment : DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, Thèse, LGDJ, Paris, 2000, n° 224-225.

<sup>1761</sup> Art. 2011 du Code civil.

<sup>1762</sup> LECLERC F., op. cit., préc., p. 84.

représentant et une personne protégée<sup>1763</sup>. Le devoir de loyauté est accompagné par le devoir de diligence qui correspond au comportement du *bon père de famille*, ainsi que par le devoir d'information qui souligne l'exigence d'un suivi du bon déroulement de la mission confiée<sup>1764</sup>.

711. Bien que les efforts du législateur sont à souligner, de nombreux auteurs pointent du doigt les lacunes et les difficultés d'application d'une telle disposition, notamment pour les associations, les syndicats, ou les groupes de sociétés<sup>1765</sup>. Le Professeur PELLET considère d'ailleurs que « même dans l'hypothèse simple d'un contrat conclu entre deux personnes physiques représentées par le même mandataire, la mise en œuvre du texte n'ira pas sans mal, car il faudra alors caractériser une « opposition d'intérêts » entre les parties<sup>1766</sup> ». Dans cette optique, les auteurs s'inquiètent non seulement de l'ignorance du législateur quant aux autres cas d'intermédiation, mais également des difficultés d'application d'un tel texte se basant essentiellement sur des principes moraux. Quand bien même l'adage « *specialia generalibus derogant* », permettrait-il de résoudre certaines difficultés d'applications, notamment en droit des sociétés, l'article 1161 du Code civil reste un texte lacunaire.

712. Le Professeur LECLERC a pu observer l'avènement d'une forme d'« empathie juridique<sup>1767</sup> » empreinte de « solidarisme<sup>1768</sup> » et de « fraternité contractuelle<sup>1769</sup> »<sup>1770</sup>. Néanmoins,

---

<sup>1763</sup> Art. 454 du Code civil : « Le juge peut, s'il l'estime nécessaire et sous réserve des pouvoirs du conseil de famille s'il a été constitué, désigner un subrogé curateur ou un subrogé tuteur. Si le curateur ou le tuteur est parent ou allié de la personne protégée dans une branche, le subrogé curateur ou le subrogé tuteur est choisi, dans la mesure du possible, dans l'autre branche. Lorsqu'aucun membre de la famille ou aucun proche ne peut assumer les fonctions de subrogé curateur ou de subrogé tuteur, un mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit sur la liste prévue à l'article L. 471-2 du code de l'action sociale et des familles peut être désigné. A peine d'engager sa responsabilité à l'égard de la personne protégée, le subrogé curateur ou le subrogé tuteur surveille les actes passés par le curateur ou par le tuteur en cette qualité et informe sans délai le juge s'il constate des fautes dans l'exercice de sa mission. Le subrogé curateur ou le subrogé tuteur assiste ou représente, selon le cas, la personne protégée lorsque les intérêts de celle-ci sont en opposition avec ceux du curateur ou du tuteur ou lorsque l'un ou l'autre ne peut lui apporter son assistance ou agir pour son compte en raison des limitations de sa mission. Il est informé et consulté par le curateur ou le tuteur avant tout acte grave accompli par celui-ci. La charge du subrogé curateur ou du subrogé tuteur cesse en même temps que celle du curateur ou du tuteur. Le subrogé curateur ou le subrogé tuteur est toutefois tenu de provoquer le remplacement du curateur ou du tuteur en cas de cessation des fonctions de celui-ci sous peine d'engager sa responsabilité à l'égard de la personne protégée ».

<sup>1764</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1765</sup> PELLET S., « La formation du contrat », AJ contrat 2018, p. 254 : « Les dispositions de droit spécial encadrant, dans certaines formes sociales, les conventions réglementées envisageaient pourtant déjà cette difficulté en évitant qu'une annulation systématique ne soit retenue. Mais si l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pouvait peut-être permettre d'échapper aux fourches caudines de l'article 1161 du code civil, toutes les difficultés n'étaient pourtant pas aplanies. Que décider pour les formes sociales dans lesquelles aucune disposition particulière n'encadrerait ce type de convention ? Et *quid* des associations, syndicats ou fondations qui, jusqu'alors, s'accommodaient fort bien des conventions conclues avec leur dirigeant ? Pire encore, le risque était grand, notamment dans les groupes de sociétés, que soit remise en cause la validité des conventions conclues entre plusieurs sociétés représentées par le même dirigeant ».

<sup>1766</sup> Ibid.

<sup>1767</sup> THIBIERGE-GUELFUCCI C., op. cit., n° 31 et s, p. 383 et s.

<sup>1768</sup> JAMIN C., *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Mélanges GHESTIN J., 2001, p. 441 et s.

<sup>1769</sup> THIBIERGE-GUELFUCCI C., op. cit., loc. cit.

<sup>1770</sup> LECLERC F., op. cit., p. 88 et 89.

il indique que cette vision du contrat est purement irréaliste bien qu'elle traduise une volonté de protection de l'intérêt pour lequel le personnage interposé agit. Le conflit d'intérêts est une situation qui en réalité se détache du droit<sup>1771</sup>. La confiance entre les parties est indispensable au sein du monde contractuel et plus particulièrement, dans les situations d'interposition. D'ailleurs, la « bonne foi<sup>1772</sup> », consacrée par le législateur de 2016, et érigée au rang de principe, associe le devoir de loyauté comme l'une de ses caractéristiques. Ainsi, selon l'Ordonnance, un manquement au devoir de loyauté apparaît comme un manquement au principe supérieur de bonne foi dans les relations contractuelles<sup>1773</sup>.

713. Pour éviter les tentations dues à la liberté que pourrait avoir l'interposé face à un bénéficiaire final en retrait, soucieux de continuer à dissimuler son identité et/ou son rôle, des dispositions dissuasives telles que les incompatibilités légales ou les séparations fonctionnelles sont à envisager.

## **II : DES SOLUTIONS POUR PREVENIR ET DISSUADER LE CONFLIT D'INTERETS**

714. « On sait que l'intérêt, quelle qu'en soit la forme ou l'expression, est le moteur de l'activité humaine et, très légitimement, chacun cherche protéger le sien<sup>1774</sup> ». Pourtant, il est possible de rencontrer des situations où l'intérêt des parties est commun<sup>1775</sup>. En revanche, les conflits d'intérêts opposés restent plus nombreux notamment dans le cadre du développement de rapport d'intermédiation ou d'interposition<sup>1776</sup>. Le Professeur TOURNAUX considère que « l'appréhension des conflits d'intérêts par le droit est résolument tournée vers la prophylaxie<sup>1777</sup> ». Pour éviter l'apparition de situations de conflits d'intérêts, le droit s'est tourné vers la prévention. Bien que plusieurs auteurs se sont exprimés sur ces notions, il semble qu'il n'existe aucun consensus en la matière<sup>1778</sup>. Le conflit d'intérêts existe dans plusieurs branches du droit ce qui implique l'intervention du législateur en plusieurs matières<sup>1779</sup>. Dans de telles conditions, de nombreux régimes spéciaux

---

<sup>1771</sup> Référence à la notion d'altruisme notamment : THIBIERGE-GUELFUCCI C., op. cit., loc. cit.

<sup>1772</sup> Art. 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

<sup>1773</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. DOMAT, 17e éd., 2018, p. 251.

<sup>1774</sup> TOURNAUX S., *Conflit d'intérêts et sort des actes accomplis*, in *Les conflits d'intérêts, sous la Dir. Du professeur VIRRASSAMY G.*, PUAM, 2015, p. 141.

<sup>1775</sup> Ibid. : Référence de l'auteur au mandat d'intérêt commun.

<sup>1776</sup> Ibid.

<sup>1777</sup> TOURNAUX S., op. cit., préc., p. 159.

<sup>1778</sup> OGIER C., *Conflit d'intérêts*, Thèse, 2008 ; MORET-BAILLY J., *Définir les conflits d'intérêts*, Dalloz, 2011, p. 1100 ; SCHMIDT D., *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd., JOLY, 2004.

<sup>1779</sup> LANDRY D., « L'avocat et le conflit d'intérêts », JCP G 2011, p. 605 ; « Les conflits d'intérêts dans les opérations de marchés », Bull. Joly Bourse, n°spécial, 1er décembre 2008.

apportant une définition différente du conflit d'intérêts peuvent causer un trouble certain dans la compréhension de ces notions. Or il convient d'appliquer une réglementation juridique claire permettant de lutter, mais également de sanctionner le conflit d'intérêts<sup>1780</sup>. Comment y procéder ?

715. La prévention du conflit d'intérêts doit se développer par la recherche de transparence. Notamment, l'article L. 533-10 du Code monétaire et financier impose aux prestataires de services d'investissement de « prendre toutes les mesures raisonnables pour empêcher les conflits d'intérêts de porter atteinte aux intérêts de leurs clients<sup>1781</sup> ». Selon le Professeur VIRASSAMY, le conflit d'intérêts se traduit par « le fait de privilégier ses propres intérêts au détriment de ceux dont on a la charge, soit par un manque d'impartialité dans l'arbitrage des intérêts opposés que l'on est chargé de défendre<sup>1782</sup> ». Il convient dès lors d'imposer la transparence par la déclaration d'intérêts afin de préserver les personnes qui peuvent en être victimes<sup>1783</sup>.

716. Plusieurs textes se bornent à interdire la situation de conflit d'intérêts dans différentes matières. Notamment, l'article 1161 du Code civil<sup>1784</sup>, même cantonné aux opérations de représentation, peut être repris dans le cadre de l'interdiction de contracter pour le compte des deux parties au contrat, ni même de contracter pour son propre compte avec celui pour lequel l'individu a été missionné. Les incompatibilités légales et certaines règles attachées à la profession des individus peuvent amener à dissuader l'interposé d'adopter un comportement déloyal. Ainsi, « la fonction publique est incompatible avec une activité commerciale<sup>1785</sup> » et le refus de se plier à cette règle conduit à reconnaître l'exercice illicite de l'activité commerciale en question. Replacée dans le contexte de l'interposition, l'écriture d'une telle disposition viendrait compléter l'article 1161 du Code civil.

717. Au-delà de l'interdiction de la double représentation, certaines professions incompatibles avec les intérêts du bénéficiaire final pourraient être interdites à l'interposé, ou tout du moins, l'accomplissement de certains actes. C'est notamment le cas des administrateurs des biens d'autrui,

---

<sup>1780</sup> TOURNAUX S., *Conflit d'intérêts et sort des actes accomplis*, in *Les conflits d'intérêts, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G.*, PUAM, 2015, p. 161 qui cite COURET A., *La gestion des conflits d'intérêts*, RLDA, 2011, p. 118.

<sup>1781</sup> TOURNAUX S., *Conflit d'intérêts et sort des actes accomplis*, in *Les conflits d'intérêts, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G.*, PUAM, 2015, p. 144 qui cite notamment Cons. d'Et., 20 mai 2011, n°316522, Société Euroland Finance ; Art. L. 7123-15 du Code du travail.

<sup>1782</sup> VIRASSAMY G., *La prévention des conflits d'intérêts*, in *Les conflits d'intérêts, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G.*, PUAM, 2015, p. 144.

<sup>1783</sup> Ibid.

<sup>1784</sup> Art. 1161 du Code civil : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié ».

<sup>1785</sup> CUIF P-F., « Le conflit d'intérêts », RTD com., 2005, page 1 ; Cass. Com. 30 janv. 1996, Bull. civ. IV, n° 30.



l'article 1596 du Code civil « leur interdit, « sous peine de nullité », de « se rendre adjudicataires » des biens en cause<sup>1786</sup> ». Le Code de commerce n'est pas en reste, et prévoit notamment en son article L. 654-12, II, issu de la loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005, une interdiction pour « tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur, commissaire à l'exécution du plan ou toute autre personne, à l'exception des représentants des salariés, de se rendre acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, de biens du débiteur ou de les utiliser à son profit, ayant participé à un titre quelconque à la procédure. La juridiction saisie prononce la nullité de l'acquisition et statue sur les dommages et intérêts qui seraient demandés<sup>1787</sup> ». Dans cette même perspective, l'article L. 237-7 du Code de commerce prévoit que « la cession de tout ou partie de l'actif de la société en liquidation au liquidateur ou à ses employés ou à leurs conjoints, ascendants ou descendants est interdite<sup>1788</sup> ».

718. D'autres textes imposent la déclaration d'intérêts à une autorité, notamment l'article L. 751-3 du Code de commerce, ou la loi du 12 mai 2010 en son article 32<sup>1789</sup>. Le Professeur VIRASSAMY rajoute dans son analyse la loi du 22 mars 2011 sur les agences de mannequins qui a modifié l'article L. 7123-15 du Code du travail<sup>1790</sup>. Il explique que certaines professions peuvent être soumises à une déclaration nécessaire à la prévention du conflit d'intérêts. L'article L. 132-2 alinéa 3 du Code de l'énergie comprend également une obligation déclaration d'intérêts lors de la désignation des membres du collège<sup>1791</sup>.

719. Ces exemples textuels sont autant d'hypothèses permettant de créer un dispositif dissuasif face au comportement de l'interposé. Dans cette optique, l'interposé doit être mis en situation d'obligation, mais également de prohibition afin de prévenir efficacement le conflit d'intérêts. Une réglementation générale permettant d'établir des déclarations préventives peut-être généralisée puis harmonisée selon les spécificités des matières. Par ailleurs, des dispositions décrivant

---

<sup>1786</sup> BARRET O., « Vente : formation », Répertoire de droit immobilier, Janvier 2007, actualisation Janvier 2019.

<sup>1787</sup> Art. L654-12 II du Code de commerce : « Est puni des mêmes peines le fait, pour tout administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur, commissaire à l'exécution du plan ou toute autre personne, à l'exception des représentants des salariés, de se rendre acquéreur pour son compte, directement ou indirectement, de biens du débiteur ou de les utiliser à son profit, ayant participé à un titre quelconque à la procédure. La juridiction saisie prononce la nullité de l'acquisition et statue sur les dommages et intérêts qui seraient demandés ».

<sup>1788</sup> BARRET O., « Vente : formation », Répertoire de droit immobilier, Janvier 2007, actualisation Janvier 2019 ; Cass. crim. 8 déc. 1999, D. 2001. 1091, note D. Cohen ; Art. L 237-7 du Code de commerce : « La cession de tout ou partie de l'actif de la société en liquidation au liquidateur ou à ses employés ou à leurs conjoint, ascendants ou descendants est interdite ».

<sup>1789</sup> VIRASSAMY G., *La prévention des conflits d'intérêts, in Les conflits d'intérêts, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G.*, PUAM, 2015, p. 145.

<sup>1790</sup> VIRASSAMY G., op. cit., p. 144 : l'auteur cite la loi n°2011-302 du 22 mars 2011.

<sup>1791</sup> VIRASSAMY G., op. cit., p. 144 : l'auteur cite l'Art. L. 621-4 du Code monétaire et financier.

les situations interdites pourraient englober tous les actes ou toutes les fonctions entrant en conflit avec l'intérêt du bénéficiaire final.

720. En somme « lorsqu'une personne occupe un rôle d'interposition, et agit pour le compte et dans le respect de l'intérêt d'autrui, la poursuite de deux ou plusieurs intérêts contradictoires est interdite à peine de nullité<sup>1792</sup> ». Le respect de ce texte pourrait englober l'interdiction du comportement consistant à agir sans pouvoir, en détournant ses pouvoirs ou en les dépassant, sachant que les situations de représentation seraient exclues. D'ailleurs, l'application de ce texte faisant hypothétiquement partie du domaine de l'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil<sup>1793</sup>, donne une certaine liberté aux juges quant à l'interprétation de chaque situation d'interposition et la sanction à appliquer en cas de manquement au devoir de loyauté en la matière. Cette proposition reste complètement hypothétique et ne remet nullement en cause l'organisation du dispositif actuel. Pour autant, une lutte efficace contre le comportement infidèle peut admettre davantage de propositions innovantes.

721. Le législateur à travers l'élaboration des textes spéciaux a souhaité lutter efficacement contre les situations de conflits d'intérêts qu'il a pu rencontrer. Simplement, la mise en place d'un régime général, alliant la prévention par la dissuasion, et la neutralisation par la codification, pourrait non seulement contribuer à la protection a priori du bénéficiaire final créée d'une opération d'interposition, mais également à sa protection a posteriori face comportement défailant de son partenaire de confiance. Dès lors, l'abus de l'intérêt personnel doit être neutralisé par la révélation du conflit d'intérêts et par la ratification des actes réalisés.

---

## § 2 : La prévention par la neutralisation du conflit d'intérêts

722. « Le conflit d'intérêts est une notion aux multiples facettes difficilement saisissables tant elle intéresse le droit, la morale, l'éthique, la religion, la politique...<sup>1794</sup> ». Monsieur KIMINO est revu sur plusieurs exemples de conflits d'intérêts pouvant intervenir en droit des sociétés, notamment lors de la cession de droits sociaux, de l'offre d'achat d'actions à un actionnaire majoritaire au détriment des autres, ou en cas d'abus de majorité<sup>1795</sup>. En matière fiscale, le conflit d'intérêts se

---

<sup>1792</sup> Proposition permettant de dissuader le comportement déloyal de l'interposé.

<sup>1793</sup> Art. 6 du Code civil : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

<sup>1794</sup> KIMINO R., *Les conflits d'intérêts en droit commercial*, in *Les conflits d'intérêts*, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G., PUAM, 2015, p. 13.

<sup>1795</sup> KIMINO R., op. cit., p. 17, l'auteur cite notamment, Cass. com., 18 avril 1961, JCP 1961, II. 12164, note D. B.

matérialise sous la forme d'une gestion anormale lorsque l'intérêt de l'entreprise est minimisé par rapport à l'intérêt d'un tiers<sup>1796</sup>.

723. Le conflit d'intérêts est un fléau qui doit disparaître pour protéger efficacement le bénéficiaire final de l'opération contractuelle. De ce point de vue, l'utilisation du terme *neutralisé*, ne doit pas être nécessairement entendu comme une volonté de détruire, mais comme une volonté d'extraire l'élément illicite ou illégale. Pour guérir la relation bénéficiaire final interposé et prévenir la situation conflictuelle, il faut extraire l'élément maladif qu'est le conflit d'intérêts. Cette neutralisation doit passer par l'information et la transparence, mais également par la régularisation ou la sanction.

724. La doctrine a eu l'occasion de se prononcer sur la qualification de l'agent d'affaires et de son client. D'ailleurs, c'est le contrat de mandat qui est préféré, malgré la tendance actuelle pour le contrat d'entreprise. Ce n'est que par la suite qu'il est important de révéler l'intérêt contradictoire. Pour autant, malgré l'infidélité qui existe autour du contrat unissant les deux protagonistes, il est possible d'obtenir l'acquiescement d'un donneur d'ordres abusé.

725. C'est pour cette raison qu'il est important de clarifier le lien contractuel existant entre le bénéficiaire final et son interposé de manière transparente (I). Avant de traiter le conflit par la régularisation ou la sanction (II).

## **I : LA NEUTRALISATION PAR LA TRANSPARENCE**

726. Pour protéger efficacement « des intérêts catégoriels<sup>1797</sup> », il faut communiquer les informations nécessaires à ceux dont l'intérêt peut être lésé. En droit des sociétés et plus précisément dans la SARL, il convient de prévenir le conflit d'intérêts en imposant une obligation de transparence quant à la gestion qui est faite de la société. Le droit d'information se matérialise notamment par la tenue d'assemblée annuelle, la possibilité de consulter à tout moment les documents comptables ou les statuts<sup>1798</sup>. Le gérant a un devoir de transparence lui imposant la communication du plan de financement prévisionnel<sup>1799</sup>. Le manquement au devoir d'information peut conduire à la nomination

---

<sup>1796</sup> KIMINOU R., op. cit., p. 18, l'auteur cite notamment, Conseil d'État 10 juillet 1992, n° 110213 et n° 110214, Dr. fisc. 93, n° 27, Com 1392 cité par ALBERT J.-L., *L'Éthique du profit en droit fiscal*, in *L'Entreprise face à l'Éthique du profit, sous la Dir. Du professeur VIRASSAMY G.*, éd. L'Harmattan, 2008, p. 92.

<sup>1797</sup> KIMINOU R., op. cit., p. 19.

<sup>1798</sup> Ibid.

<sup>1799</sup> Ibid.

d'un expert en gestion qui sera tenu d'établir un rapport qui peut être à l'origine de décisions sanctionnatrices pour le gérant<sup>1800</sup>.

727. L'identification du contrat occulte emmène naturellement vers la notion de qualification du contrat. Qualifier revient à rattacher une situation juridique à une « catégorie juridique<sup>1801</sup> ». Plus précisément, il s'agit de réaliser une « opération intellectuelle d'analyse juridique<sup>1802</sup> » afin de considérer précisément l'élément à qualifier pour le rattacher à ladite catégorie juridique. La qualification du contrat qui unit le bénéficiaire final et son interposé revêt une importance capitale. De manière totalement opposée au contrat de mandat, le lien qui unit ces deux personnages demeure occulte. Qu'est-ce qui rapproche ce type de lien, de celui qui unit l'agent d'affaires et son client ? La fourniture de services, la conclusion d'actes en lieu et place du client, la réalisation d'actes juridiques et matériels pour autrui. Une telle relation contractuelle n'entraîne pas nécessairement l'existence d'un lien représentatif.

728. Le lien contractuel qui unit le bénéficiaire final et l'interposé peut parfaitement s'apparenter à une opération de gestion occulte. Le contrat qui lie le présumé absent et l'interposé est secret, il n'est pas connu des tiers ou du futur contractant de l'interposé. Néanmoins, ce contrat peut être soumis au respect des dispositions propres à la représentation, au sens où l'interposé est tenu par la force obligatoire du contrat d'agir pour le compte du bénéficiaire final même s'il le fait en son nom propre. Le contrat apparent caractérise la simulation au sens où le cocontractant ignore soit la véritable qualité de celui avec lequel il se lie, soit l'identité du bénéficiaire final de l'opération. En d'autres termes, le bénéficiaire final se retire partiellement ou complètement, de façon temporaire ou définitive, ce type de comportement. L'analyse de la relation contractuelle existant entre le bénéficiaire final et son interposé doit donc passer par l'identification et la qualification du lien contractuel qui existe entre eux.

729. Précédemment, il était question d'apporter une définition au bénéficiaire final et ainsi de repérer le contexte contractuel dans lequel il s'inscrit. L'existence de ce personnage peut être à la fois connue par l'adoption d'une position de retrait partielle, ce dernier personnage ayant la possibilité d'être révélé par la suite, comme occulte par l'utilisation d'un système d'interposition ou d'instrumentalisation. À ce moment, seuls les critères de définition du bénéficiaire final étaient visés. Le régime juridique dans lequel s'inscrit le bénéficiaire final permet de revenir sur la nécessité

---

<sup>1800</sup> Ibid.

<sup>1801</sup> CORNU G., op. cit., p. 838.

<sup>1802</sup> CORNU G. op. cit., p. 837.

d'encadrer le comportement de l'interposé dans un dispositif strict. Il sera nécessaire de scinder les rapports en deux, à savoir séparer le contrat unissant le bénéficiaire final et son interposé et celui unissant l'interposé et le cocontractant ignorant.

730. Bien que dans l'opération occulte ou semi-occulte, la relation entre les deux personnages doive rester secrète, il est important d'identifier le lien contractuel qui unit le bénéficiaire final et son interposé (A), avant de passer à la révélation de l'intérêt dit contradictoire (B).

#### A : L'IDENTIFICATION DU CONTRAT OCCULTE

731. La qualification revient à rattacher une situation de fait à une ou plusieurs catégories juridiques. En effet, pour une seule et même situation peuvent coexister plusieurs « rattachements<sup>1803</sup> » juridiques. Pour la relation entre l'agent d'affaires et son client, il existait plusieurs divergences doctrinales. Le contrat passé entre l'agent d'affaires et le client peut être qualifié tantôt de contrat de mandat, tantôt de contrat d'entreprise. Le mandat existe à partir du moment où l'activité principale de l'agent d'affaires est celle d'un véritable mandataire. Cette relation est soumise au droit commun du mandat. Pour un contrat d'entreprise, la relation entre le client et son agent d'affaires relève de la catégorie du « louage d'ouvrage<sup>1804</sup> ». Le contrat de mandat comme le contrat d'entreprise ont un objet similaire, néanmoins la relation entre l'agent d'affaires et son client n'est pas tout à fait figée, ce qui amène à qualifier ce type d'opération de contrat complexe<sup>1805</sup>.

732. L'article 1201 du Code civil caractérise la situation dans laquelle les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte<sup>1806</sup>. Le législateur révèle au grand jour l'existence d'une contre-lettre dissimulée par un contrat apparent connu de tous. « Les tiers ont donc le choix, suivant leur intérêt, entre, d'une part, se prévaloir de la situation apparente en ne tenant compte que de l'acte ostensible (la vente), et, d'autre part, détruire l'apparence pour se prévaloir de l'acte secret

---

<sup>1803</sup> CORNU G., op. cit., p. 838.

<sup>1804</sup> VOINOT D., « Agents d'affaires », Répertoire de droit commercial, Octobre 2002, actualisation Août 2018.

<sup>1805</sup> Ibid.

<sup>1806</sup> Art. 1201 du Code civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

(la donation)<sup>1807</sup> » pour prendre cet exemple. L'article 1201 du Code civil permet au cocontractant ignorant un choix optionnel qui peut aboutir à l'inopposabilité de l'acte secret<sup>1808</sup>.

733. Le bénéficiaire final est un personnage qui se caractérise par deux éléments essentiels, l'adoption d'une position de retrait et le but poursuivi à savoir la recherche du profit de l'opération. Ce dernier critère doit être mis en lien avec le premier afin d'identifier les opérations dans lesquelles évolue le bénéficiaire final. La contre-lettre est l'opération contractuelle qui lie ce personnage et son interposé. Le contrat apparent qui structure les relations entre l'« homme de paille<sup>1809</sup> » et le cocontractant ignorant dissimule le contrat précédent. La contre-lettre se caractérise par sa confidentialité, mais pas uniquement, il s'agit d'une structure à caractère contractuelle. Le conflit d'intérêts en droit civil est particulièrement lié à une fonction d'origine contractuelle, c'est notamment le cas en matière de mandat, de commission ou de fiducie<sup>1810</sup>. L'opération avec un bénéficiaire final vient se scinder en deux parties, la première permettant la dissimulation d'un contrat conclu entre l'interposé et son donneur d'ordres, et la seconde matérialisant les objectifs du premier contrat sur un second apparent conclu entre l'interposé et un cocontractant ignorant<sup>1811</sup>. Il s'agit d'une vision légèrement différente de celle du Professeur TESTU qui considère la « side-letter<sup>1812</sup> » ou contre-lettre comme le document contractuel « conclu entre les parties au contrat principal, mais formellement en marge de celui-ci, quoique de manière concomitante<sup>1813</sup> ». Cette analyse affirme que les parties au contrat caché sont les mêmes qui interviennent au contrat apparent. Or la définition des opérations avec un bénéficiaire final s'attache à caractériser le tiers ignorant comme celui qui va conclure un contrat sans connaître l'ensemble des informations s'y afférents<sup>1814</sup>.

734. Cette contre-lettre est donc légèrement différente pour le cas du bénéficiaire final, car il ne participe en rien au contrat principal, d'ailleurs il est censé demeurer étranger à la relation contractuelle entre le tiers ignorant et l'interposé<sup>1815</sup>. Il ne s'agit pas là d'une simple dissimulation

---

<sup>1807</sup> BARRET O. et BRUN Ph., « Vente : formation - Le prix doit être réel et sérieux », Répertoire de droit immobilier, octobre 2019, actualisation décembre 2020.

<sup>1808</sup> Art. 1201 du Code civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir » ; Cass. civ., 15 mai 1944., DA 1944. 86 ; Cass. com., 25 avril 1977., Bull. civ. IV, n°114.

<sup>1809</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., 2018-2019.

<sup>1810</sup> LECLERC F., op. cit., p. 83.

<sup>1811</sup> Cass. civ., 1re., 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note AZZI T., Defrénois 2001. 237, note Libchaber, Dalloz, 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. MESTRE et FAGES.

<sup>1812</sup> TESTU F-X., « Chapitre 36 - Contre-lettres et side-letters », Dalloz référence, Contrats d'affaires, 2010.

<sup>1813</sup> Ibid.

<sup>1814</sup> BREDIN J.-D., « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ., 1956, 261.

<sup>1815</sup> Cass. civ., 3e., 15 novembre 2000, JCP 2002, II, 10054 et note LIÈVREMONT : sur la vente d'un terrain ; Cass. civ., 1re., 28 novembre 2000, JCP 2001, II, 10645 et note AZZI, Dalloz, 2001, somm. 1139, obs. DELEBECQUE : sur les caractéristiques de l'interposition de personnes notamment sur le fait que le contrat secret et le contrat apparent ne soient pas conclus entre les mêmes parties.

d'information, mais de la dissimulation d'une personne physique ou morale. Les parties ne peuvent être les mêmes, l'une est vérifiée dans l'acte secret, tandis que l'autre demeure en retrait de l'acte apparent. Il s'agit d'une autre forme de simulation s'apparentant plutôt au régime de l'interposition de personne<sup>1816</sup>. Dans l'exemple du portage de titres, le porteur devient actionnaire par souscription ou acquisition de titres. Après un certain délai, il doit transférer ces titres à une autre personne désignée par son donneur d'ordres selon la mission confiée, ou à son donneur d'ordres lui-même. Celui qui est appelé interposé est celui qui agit pour le donneur d'ordres ou le porteur<sup>1817</sup>.

735. Le Professeur d'AMBRA considère que lorsque le porteur est un véritable associé l'interposition est réelle, néanmoins « la souscription d'actions par prête-nom est une manifestation d'interposition de personne fictive<sup>1818</sup> ». Dans le cas du bénéficiaire final, l'interposé s'inscrit réellement dans une opération contractuelle, mais pour le compte de son donneur d'ordres. L'interposé est un associé apparent, ce qui qualifie l'opération dans laquelle s'inscrit le bénéficiaire final d'interposition de personne fictive. Il existe une véritable simulation dans les rapports entre le contractant ignorant et l'interposé. Il existe deux actes totalement contraires, le premier étant visible de tous et l'autre maintenu dans le secret pour préserver le retrait du bénéficiaire final.

736. La remise en cause de ce que le Professeur D'AMBRA appelle une « identité de parties à l'acte apparent et à l'acte secret<sup>1819</sup> » n'est pas nouvelle<sup>1820</sup>. En matière de libéralité, l'acte apparent concerne l'interposé fictif et le bénéficiaire réel de la libéralité, alors que l'acte secret concerne le maître de l'affaire et son interposé<sup>1821</sup>. La qualification de cette construction juridique ne pose plus de difficultés, néanmoins, il est nécessaire de prendre en compte les rapports entre l'interposé fictif et son bénéficiaire final.

737. En effet, la structure triangulaire complexe qui existe entre le bénéficiaire final, l'interposé et le cocontractant ignorant entre dans la cadre de la simulation et plus précisément de l'interposition de personne fictive. Il reste néanmoins important de préciser que le lien contractuel qui existe entre les deux premiers personnages peut s'apparenter à la structure du mandat. Le système suppose certaines limites notamment dans les rapports avec le cocontractant ignorant. Il convient

---

<sup>1816</sup> LEDUC F., *Réflexions sur la convention de prête-nom.*, op. cit., p. 283.

<sup>1817</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015 : « Le bénéficiaire est le tiers destinataire ».

<sup>1818</sup> Ibid.

<sup>1819</sup> Ibid.

<sup>1820</sup> LEDUC F., op. cit., p. 283 ; Cass. civ., 1re., 28 novembre 2000, op. cit.

<sup>1821</sup> D'AMBRA D., op. cit., loc. cit.

d'exclure le rapport représentatif du contrat de mandat et d'y intégrer uniquement les principes et valeurs qui s'y attachent<sup>1822</sup>.

738. Le mandat permet de faire apparaître le comportement fidèle ou infidèle de l'interposé face à son donneur d'ordres<sup>1823</sup>. Il permet notamment de viser le dépassement, le détournement ou le défaut de pouvoirs<sup>1824</sup>. Ce n'est qu'en présence d'un intérêt contraire à celui du bénéficiaire final que l'interposé agira d'une façon contractuellement immorale. La révélation de l'intérêt contradictoire aura pour but non seulement de prévenir le comportement infidèle, mais également de l'endiguer de façon définitive.

## B : LA REVELATION DE L'INTERET CONTRADICTOIRE

739. La révélation doit être analysée comme une forme de devoir d'information dans le cadre du lien qui unit les deux protagonistes<sup>1825</sup>. Il s'agit d'un comportement qui s'inscrit naturellement dans le processus contractuel, la relation d'affaires étant nouée par un lien de confiance entre les intervenants. Pour la majorité doctrinale, le contrat de mandat peut être considéré comme un « contrat de confiance<sup>1826</sup> ». D'ailleurs, il est possible d'y voir quelques similitudes avec l'obligation d'information lors de la phase de négociations d'un contrat<sup>1827</sup>. En effet, une information relative à la réalisation d'un acte entrant en conflit avec les intérêts dont l'interposé a la charge est fondamentale pour le bénéficiaire final. Ce dernier ne se serait certainement pas engagé contractuellement s'il avait eu connaissance des liens ou des intérêts contradictoires que son interposé pouvait détenir. Principalement d'origine contractuelle, le conflit d'intérêts s'inscrit naturellement dans la promotion de l'intérêt personnel de celui qui devrait agir pour le compte d'autrui<sup>1828</sup>. Dans cette optique le

---

<sup>1822</sup> Il s'agit notamment de viser le principe de loyauté et de fidélité intégré au contrat et rendu incontournable par le principe de la force obligatoire et la réforme du droit des contrats.

<sup>1823</sup> Art. 1984 al. 1 du Code civil : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

<sup>1824</sup> Sur la notion d'intérêt du mandant : CHAUVEL P., « Commission », Rép. Commercial Dalloz, 2008, n° 138 et s.

<sup>1825</sup> Par référence à la nécessité de communiquer l'information à celui qui peut voir ses intérêts être lésés : KIMINO R., op. cit., p. 19.

<sup>1826</sup> CHABAS C., « Résolution - Résiliation - Existence d'un droit à la résiliation du contrat », Répertoire de droit civil, Octobre 2010, actualisation Novembre 2018.

<sup>1827</sup> Art. 1112-1 du Code civil : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir. Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

<sup>1828</sup> LECLERC F., op. cit., p. 83.



législateur a mis en place des mesures selon les domaines juridiques dans lesquels il existe une obligation d'information du donneur d'ordres vulnérable.

740. Notamment, l'article L. 225-106-1 du Code de commerce prévoit que le représenté est informé par le représentant « de tout fait lui permettant de mesurer le risque que ce dernier poursuive un intérêt autre que le sien<sup>1829</sup> ». La rémunération et les avantages font également partie des informations devant être également communiquées au représenté<sup>1830</sup>. L'obligation d'information et de gestion du conflit d'intérêts se retrouve également en matière financière avec les articles L. 533-10 du Code monétaire et financier ou certains articles relatifs au règlement général de l'AMF en matière de prestation de service, mais également en matière de marchés financiers<sup>1831</sup>. Le prestataire de service d'investissement se doit de préserver l'intérêt de son client en lui évitant notamment des pertes financières. Il doit faire attention à ne pas privilégier ses propres intérêts, ni même ceux des autres au détriment de l'intérêt de son client.

741. Le Code du travail lors de la description du cadre général d'exercice des missions du service public de l'inspection du travail met en place un dispositif précis permettant de prévenir les situations de conflits d'intérêts<sup>1832</sup>. Il en est de même pour d'autres professions telles que les magistrats qui sont dans l'obligation de procéder à des déclarations d'intérêts<sup>1833</sup>. En droit des sociétés, les articles L. 533-10 du Code monétaire et financier et 313-18 et suivants du Règlement général de l'AMF mettent en place un certain nombre de dispositions concernant les situations de conflits d'intérêts<sup>1834</sup>.

---

<sup>1829</sup> Art. L. 225-106-1 al. 1 du Code de commerce « Lorsque, dans les cas prévus aux troisième et quatrième alinéas du I de l'article L. 225-106, l'actionnaire se fait représenter par une personne autre que son conjoint ou le partenaire avec lequel il a conclu un pacte civil de solidarité, il est informé par son mandataire de tout fait lui permettant de mesurer le risque que ce dernier poursuive un intérêt autre que le sien ».

<sup>1830</sup> Art. L. 225-102-1 du Code de commerce.

<sup>1831</sup> Voir notamment sur les marchés financiers : RIASSETTO I., STORCK M., « Sociétés de gestion de portefeuille et conflits d'intérêts », Bull. Joly, BOURSE, décembre 2008, n° spéc., p. 591 ; Art. 319-19 du règlement général de l'AMF.

<sup>1832</sup> Art. R. 8124-16 du Code du travail : « L'autorité investie du pouvoir hiérarchique propose à tout agent, lors de son affectation, et aussi souvent que nécessaire par la suite, un entretien consacré à la prévention des situations de conflits d'intérêts. Lorsque l'agent est soumis à l'obligation de déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 ter de la loi du 13 juillet 1983 précitée, l'entretien prévu au premier alinéa est obligatoire et se déroule sur la base du contenu de cette déclaration. L'entretien permet à l'agent de faire état des intérêts ou activités, passés ou présents, notamment de nature patrimoniale, professionnelle, familiale ou personnelle susceptibles d'influencer ou de paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions. Compte tenu des éléments dont il est fait état lors de l'entretien, le travail de l'agent est organisé de façon à éviter les situations dans lesquelles un doute pourrait naître quant à l'impartialité de l'agent ou l'exercice indépendant de ses fonctions. S'il ne peut être procédé à cet aménagement, un changement d'affectation est envisagé ».

<sup>1833</sup> BELFANTI L., « Magistrat - Le conflit d'intérêts », Répertoire de procédure civile, Novembre 2018, actualisation Décembre 2019.

<sup>1834</sup> DE TOCQUEVILLE J-G, PUEL S, BOUJARD E., « OPCVM - Principaux acteurs des OPCVM », Répertoire des sociétés, Juin 2013, actualisation janvier 2015.

742. Cette analyse du devoir d'information positionne le juriste sur une appréciation antérieure à l'engagement contractuel. Initialement, le consentement est vicié par la réticence dolosive de l'interposé, ce comportement pouvant aboutir à la mise en responsabilité de ce personnage et à l'annulation du contrat<sup>1835</sup>. Simplement, pour être complète, l'analyse doit également avoir lieu d'un point de vue postérieur. Le lien d'interposition est établi, l'interposé réalise parfaitement la mission qui lui est confiée. Il rencontre une difficulté en cours de contrat, il se trouve en situation de conflit d'intérêts que se passe-t-il ?

743. Des professionnels tels que les dirigeants sociaux, les conseillers en investissement financiers, les prestataires de service en investissement ou les professions de santé sont contraints par un devoir légal de révélation<sup>1836</sup>. D'ailleurs, la « loi ou les normes professionnelles peuvent exiger la révélation des intérêts préalablement à l'exercice de toute activité dans un document spécial, nommé en pratique « déclaration d'intérêts ». Une telle déclaration incombe aux membres de plusieurs autorités administratives indépendantes, telles l'Autorité des marchés financiers ou l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments<sup>1837</sup> ». Toutes ces hypothèses montrent le caractère indispensable de la révélation d'informations entrant en contradiction avec les intérêts, dont un individu à la charge.

744. En définitive, il semble nécessaire de développer un dispositif général qui impose à l'interposé se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts à révéler à son donneur d'ordres les causes de ce conflit. En somme, une telle révélation laisserait au « bénéficiaire final » le choix d'autoriser ou non le l'action de l'interposé pour son compte.

## **II : LA NEUTRALISATION PAR L'AGREMENT OU LA SANCTION**

---

<sup>1835</sup> Cass. civ 1ère., 11 juin 2002, n°00-10.056 ; Cass. com., 30 mars 2016, n°14-11.684, AJ Contrats d'affaires, concurrence, Distribution, 2016., p. 288.

<sup>1836</sup> CUIF P-F., *Le conflit d'intérêts*, RTD com., 2005, page 1 : « Art. L. 541-4 c. mon. et fin., préc. Le texte indique également que le conseiller doit donner « les informations utiles à la prise de décisions de [ses] clients » ce qui pourrait être interprété comme une exigence générale d'information sur tout élément susceptible d'engendrer un conflit d'intérêt. » ; Art. L 4113-3 et L 4113-13 du Code de la santé publique : « Il est interdit d'exercer la médecine, l'art dentaire ou la profession de sage-femme sous un pseudonyme. » ; « Les membres des professions médicales qui ont des liens avec des entreprises et des établissements produisant ou exploitant des produits de santé ou avec des organismes de conseil intervenant sur ces produits sont tenus de faire connaître ces liens au public lorsqu'ils s'expriment sur lesdits produits lors d'une manifestation publique, d'un enseignement universitaire ou d'une action de formation continue ou d'éducation thérapeutique, dans la presse écrite ou audiovisuelle ou par toute publication écrite ou en ligne. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Les manquements aux règles mentionnées à l'alinéa ci-dessus sont punis de sanctions prononcées par l'ordre professionnel compétent. » ; Art. 16 de la directive sur les marchés d'instruments financiers, en projet.

<sup>1837</sup> Ibid.

745. L'agrément est une notion juridique qui indique l'approbation ou l'autorisation de celui qui le donne. Dans les relations privées, il s'agit d'une approbation donnée à un acte juridique ou qui précède une formalité tel qu'elle soit<sup>1838</sup>. En matière contractuelle, l'interdiction est destinée « à prévenir les conflits d'intérêts<sup>1839</sup> ».

746. De manière générale, l'autorisation désigne la « permission accordée par une autorité qualifiée à une personne d'accomplir un acte juridique que celle-ci ne pourrait normalement faire seule, soit en raison d'une incapacité d'exercice, soit en raison des limites de ses pouvoirs ordinaires ou de sa compétence<sup>1840</sup> ». Selon cette définition, l'autorisation neutralise l'interdiction de telle sorte que le comportement irrégulier de l'interposé apparaît comme un comportement n'ayant jamais été entaché d'un vice quelconque<sup>1841</sup>. Le vice d'un acte concerne en premier lieu « l'inobservation d'une formalité requise dans la conclusion ou la rédaction de l'acte<sup>1842</sup> ». Or, par opposition à la forme de l'acte, le fond concerne leurs auteurs, leurs consentements, et le contenu dudit acte<sup>1843</sup>. Serait-il plus juste de parler d'irrégularité de fond ?

747. Le Code de procédure civile apporte une définition précise pour ce type de situation. L'irrégularité de fond affecte la validité de l'acte, cela concerne plusieurs points, « le défaut de capacité d'ester en justice ; le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice ; le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice<sup>1844</sup> ». Le contexte juridique dans lequel s'inscrit le bénéficiaire final est bien différent, comme dans le cadre de la relation de mandat avec son mandataire, l'action de l'interposé est tournée vers la satisfaction de son intérêt personnel et non de celui de son donneur d'ordres<sup>1845</sup>. D'ailleurs, le législateur a spécifiquement encadré la situation du mandataire qui agit en dehors de tout pouvoir. L'article 1157 du Code civil permet au représenté d'invoquer la nullité de l'acte. Néanmoins, cette sanction est soumise à une condition précise, en effet, « lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer<sup>1846</sup> ».

---

<sup>1838</sup> CORNU G., op. cit., p. 49-50.

<sup>1839</sup> LECLERC F., op. cit., p. 96.

<sup>1840</sup> CORNU G. op. cit., p. 108.

<sup>1841</sup> THULLIER B., *L'autorisation : Étude de droit privé*, LGDJ, 1995, n° 67 et s.

<sup>1842</sup> CORNU G., op. cit., p. 1072-1073.

<sup>1843</sup> CORNU G., op. cit., p. 466.

<sup>1844</sup> Art. 117 du Code de procédure civile.

<sup>1845</sup> BÉNABENT A., *Droit des contrats spéciaux et commerciaux*, LGDJ, 13e éd., 2019, n° 933 et s, p. 449 et s.

<sup>1846</sup> Art. 1157 du Code civil : « Lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer ».

748. Le dispositif du législateur ne peut convenir à la structure juridique dans laquelle s'inscrit le bénéficiaire final. Comment serait-il possible pour un cocontractant d'avoir connaissance d'une absence de pouvoir, lorsqu'il ignore l'existence du véritable bénéficiaire de l'opération contractuelle ? Pourtant, le législateur a pris en compte le comportement d'un intermédiaire excédant les pouvoirs qui lui ont été confiés. L'excès dans les pouvoirs confiés au mandataire est sanctionné à l'article 1998 du Code civil par l'inopposabilité des actes réalisés. Seule la ratification du mandant régularise l'acte et décharge le mandataire infidèle<sup>1847</sup>.

749. Il est donc possible d'envisager la construction d'un dispositif en deux temps s'inspirant des textes déjà en vigueur. Le premier porte sur la régularisation d'un acte réalisé en dehors de tout pouvoir, à savoir en cas d'excès ou d'absence de pouvoirs de l'interposé (A). Et le second envisagera la sanction par la nullité ou l'inopposabilité de l'acte irrégulier (B).

#### A : LA REGULARISATION PAR L'AGREMENT

750. L'interdiction est conduite par le risque de voir se matérialiser la situation de conflit d'intérêts. Mais elle peut prendre une tout autre forme lorsque la partie vulnérable se trouve « en mesure d'agir en connaissance de cause, et par conséquent de mieux défendre ses intérêts<sup>1848</sup> ». Ainsi le mandant peut parfaitement donner son accord afin de régulariser les actions de son mandataire<sup>1849</sup>. La solution est la même en matière de contrat de commission celui pour le compte duquel le commissionnaire agit ayant été informé de la situation<sup>1850</sup>.

751. Comme décrit précédemment, l'autorisation est une forme de permission accordée à une personne ou une entité dans l'accomplissement ou la validation d'un acte. L'interdit s'efface devant l'agrément de telle sorte qu'une habilitation légale permet la régularisation de l'acte juridique né ou à naître. Prenons pour exemple, « le conseil d'administration en matière de convention réglementée passée par les sociétés ; le conseil de famille s'agissant du tuteur contrepartiste<sup>1851</sup> ». Ces deux entités juridiques sont habilitées à donner leur autorisation pour la réalisation de plusieurs actes.

---

<sup>1847</sup> Art. 1998 du Code civil : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

<sup>1848</sup> LECLERC F., op. cit., p. 100.

<sup>1849</sup> LE TOURNEAU Ph., op. cit., n°225.

<sup>1850</sup> CHAUVEL P., op. cit., n° 146.

<sup>1851</sup> CUIF P-F., op. cit., p. 1.

752. La régularisation est une notion juridique plus appropriée à la construction structurelle du bénéficiaire final<sup>1852</sup>. Son utilisation permet « de rendre un acte ou une situation conforme à la règle<sup>1853</sup> ». Plus précisément, la régularisation permet « de purger un acte ou une situation du vice formel qui l'entache en réparant celui-ci par une initiative positive qui consiste en la suppression de l'imperfection qui l'affecte<sup>1854</sup> ». Dans une telle optique et malgré la référence à la régularisation formelle de l'acte, l'action permettant de régulariser l'opération réalisée par l'interposé, lui confère une forme de légitimité de telle manière à effacer, par agrément, le défaut comportemental dont il était entaché.

753. L'agrément revient constamment comme outil de régularisation de l'acte juridique. Le consentement occupe une place prépondérante dans le système juridique français. En droit des contrats, il ne peut exister de contrat sans l'apport du consentement des deux parties. De plus, la structure contractuelle ne peut être maintenue sans l'apport d'un certain nombre de limites, à travers des clauses, permettant à l'une comme à l'autre partie de se contenir à ce qui a été prévu au préalable. De cette manière, le contrat intuitu personae dans lequel s'inscrit le rapport entre le bénéficiaire final et son interposé, permet à ce dernier d'exercer son pouvoir dans les limites de ce qui lui a été confié par son donneur d'ordres.

754. Le droit des sociétés prévoit que « le mandataire doit exercer son activité de démarchage dans les limites des services, opérations et produits pour lequel celui-ci est agréé<sup>1855</sup> ». C'est au mandataire de porter une attention particulière à l'agrément de son mandant. Cette situation juridique place le donneur d'ordres en position de force dans le contrat de mandat qu'il a confié à son interposé. La Cour de cassation partage cette position puisqu'elle légitime la rupture du contrat d'un agent commercial dans le cas d'une cession de ce contrat sans l'agrément du mandant<sup>1856</sup>. Le juge comme le législateur considèrent depuis bien longtemps qu'une situation juridique dans laquelle un certain nombre de prérogatives sont confiées à un tiers de confiance doit être encadrée.

---

<sup>1852</sup> THULLIER B., *L'autorisation : Étude de droit privé*, LGDJ, 1995, n° 67 et s.

<sup>1853</sup> CORNU G., op. cit., p. 886.

<sup>1854</sup> Ibid.

<sup>1855</sup> TOCQUEVILLE J-G, PUEL S, BOUJARD E., « OPCVM - Commercialisation des OPCVM », Répertoire de droit des sociétés, Juin 2013, actualisation Janvier 2015 : référence à l'art. L. 341-4, II, alinéa 2 du Code monétaire et financier.

<sup>1856</sup> Cass. com., 14 janvier 1997, *Rupture légitime du contrat commercial en cas de cession de ce contrat par le mandataire sans agrément du mandant*, Recueil Dalloz 1997 page 33.

755. Dans cette optique, il semble tout à fait opportun de suggérer la généralisation de ces solutions, mais uniquement compte tenu de l'intérêt privé « supérieur<sup>1857</sup> » devant être protégé. Une telle solution doit être considérée comme permettant la neutralisation de l'élément créateur du conflit d'intérêts, et ainsi d'éviter la paralysie en matière de relation d'interposition<sup>1858</sup>. La réticence dolosive de l'interposé entraînant irrémédiablement la mise en responsabilité de son auteur, la présence du conflit d'intérêts n'aurait d'autre issue que la nullité du contrat liant l'interposé et son donneur d'ordres<sup>1859</sup>. C'est d'ailleurs en cela que l'intervention du législateur est importante. En effet, la possibilité de convertir un acte nul n'a pas été encore évoquée dans notre cas. La conversion par réduction d'un acte nul, permet de revaloriser ledit acte afin de le sauver en lui donnant effet<sup>1860</sup>. Il s'agit bien de régulariser un acte dont la nullité n'est plus à remettre en question. C'est une forme de « nullité partielle<sup>1861</sup> » qui permet d'accorder des effets à un acte nul pour protéger les parties inévitablement impactées par cette sanction. Par exemple, les parties décident de convertir la qualification d'un contrat de franchise en licence d'enseigne pour éviter sa nullité pour contrepartie dérisoire ou illusoire<sup>1862</sup>. Une telle décision peut parfaitement s'appliquer dans les opérations avec un « bénéficiaire final ». Il convient d'éviter d'annuler un acte soit par l'agrément de l'ensemble de l'acte par le donneur d'ordres, soit par la conversion du dit acte dans le respect de ce qui était prévu initialement. L'intérêt porte sur la commune intention des parties, ce qu'elles avaient prévu à la conclusion du contrat permettant l'interposition de personne, à savoir le respect d'un principe de loyauté propre à la réalisation d'actes juridiques dans l'intérêt du « bénéficiaire final ». L'absence d'agrément ou de conversion d'un acte juridique empêche sa régularisation et permet d'entrer en conséquence sur le terrain de la sanction.

756. Reste que la dissimulation du bénéficiaire final dans le cadre notamment de la simulation par interposition de personne ne permet pas d'assurer la protection de ce personnage. En effet, comment garantir par la simple confiance donnée à un tiers que les actes réalisés en son propre nom le seront dans l'intérêt de son donneur d'ordres ? De façon inverse, comment serait-il possible de garantir la fidélité d'un interposé qui réalise plusieurs actes contraires aux intérêts du bénéficiaire final ? Le Professeur LECLERC rappelle que « l'autorisation n'est pas toujours nécessaire pour

---

<sup>1857</sup> CUIF P-F., « Le conflit d'intérêts », RTD com., 2005, p. 1 : « Ces solutions devraient être généralisées. Mais elles ne doivent être admises qu'autant que seuls des intérêts privés sont en jeu, c'est-à-dire lorsque l'intérêt supérieur n'est pas l'intérêt général ».

<sup>1858</sup> CUIF P-F., op. cit., loc. cit. : « L'autorisation présente le mérite d'éviter les paralysies résultant d'une situation de conflit d'intérêts ; puisqu'elle constitue une simple faculté, elle permet d'apprécier les risques en présence : de les accepter ou de les refuser. La loi autorise le tuteur à conclure un bail avec lui-même, du moment qu'il y a été autorisé par le conseil de famille ».

<sup>1859</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. DOMAT, 17e éd., 2018, p. 102.

<sup>1860</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 272.

<sup>1861</sup> PICOD Y., « Nullité », Répertoire de droit civil, Juillet 2019.

<sup>1862</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation - Sanctions des conditions », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Décembre 2019.

valider l'opération conclue dans un contexte de conflit d'intérêts<sup>1863</sup> ». Cet auteur parle de la « révélation du conflit d'intérêts<sup>1864</sup> », comme neutralisant la situation interdite. Un agent régulateur peut également intervenir en renfort face à la situation conflictuelle, comme cela existe notamment en matière d'incapacité et de fiducie<sup>1865</sup>. Le droit propose de prévenir le conflit d'intérêts soit par l'identification et l'information, soit par la régulation. Si ces mesures sont insuffisantes, des sanctions interviennent pour anéantir la situation conflictuelle.

## B : LA NEUTRALISATION PAR LA SANCTION

757. La dernière section du chapitre du Code civil consacré à la formation du contrat, porte sur les sanctions. Un contrat « qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité<sup>1866</sup> » est nul. La nullité est une « fiction juridique<sup>1867</sup> » qui consiste à dire que le contrat n'a jamais existé. Bien que cette sanction soit dite « rétroactive<sup>1868</sup> », les dispositions relatives aux restitutions tendent à s'appliquer. La nullité peut s'appliquer de façon relative ou absolue, la première portant sur la sauvegarde de l'intérêt général et la seconde sur la sauvegarde de l'intérêt privé<sup>1869</sup>. Le cas du défaut de pouvoir d'un contractant est notamment sanctionné par la nullité relative<sup>1870</sup>. Pourtant, il est également précisé en jurisprudence que l'absence de pouvoir ou l'action au-delà des pouvoirs confiés est sanctionnée par l'inopposabilité.

758. Il existe une grande différence entre l'inopposabilité et la nullité, dans le premier cas, le ou les tiers pourront ignorer l'acte réalisé, de telle sorte qu'il n'existe pas et n'aura aucun effet sur eux. Dans le second cas, la nullité vient anéantir l'acte de façon rétroactive, il n'a existé ni pour les parties ni pour les tiers. Le législateur préfère l'inopposabilité à la nullité comme l'atteste la loi du 18

---

<sup>1863</sup> LECLERC F., op. cit., p. 100.

<sup>1864</sup> Ibid.

<sup>1865</sup> LECLERC F., op. cit., p. 104 et suivants, il cite notamment, BATTEUR A., *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5e éd., 2010, p. 275 ; BOURASSIN M., BREMOND V., JOBARD-BACHELIER M.-N., *Droit des sûretés*, Sirey, 3e éd., 2012, p. 347.

<sup>1866</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation - Sanctions des conditions », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Décembre 2019 ; Art. 1178 du Code civil : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ».

<sup>1867</sup> Ibid.

<sup>1868</sup> CORNU G., op. cit., p. 928 : « Efficacité renforcée consistant pour un acte accompli ou pour un fait survenu à une certaine date à produire des effets à partir d'une date antérieure ».

<sup>1869</sup> Art. 1179 du Code civil : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

<sup>1870</sup> Cass. civ., 1ère, 2 novembre 2005, n°02-14.614 P : Dalloz 2005, IR 2824 ; BOULOC B., *Absence de pouvoir du mandataire. Nullité*, RTD COM. 2006, p. 656.

novembre 2016<sup>1871</sup>. L'absence de texte conduit notre système juridique à considérer que l'acte qui viole le droit que l'une des parties ou qu'un tiers détient sur une autre partie, doit être sanctionné d'une nullité relative<sup>1872</sup>. De plus, « l'inopposabilité ne peut être invoquée que par celui que la loi entend protéger, lequel peut y renoncer et confirmer le contrat<sup>1873</sup> ». C'est pourquoi l'inopposabilité peut parfaitement être invoquée par le bénéficiaire final uniquement dans le cadre d'un dispositif légal précis et détaillé au même titre que le mandat. Dans l'attente, il est possible d'appliquer les règles propres à l'action en nullité relative.

759. La révocation de l'auteur intervient dans certains cas précis, notamment lorsque celui qui est investi qu'une fonction ne respecte pas les dispositions préventives en matière de conflit d'intérêts. La transgression de l'interdiction entraîne nécessairement la sanction de l'auteur par sa révocation<sup>1874</sup>. L'engagement de la responsabilité civile de l'interposé peut être envisagé à partir du moment où il reste tenu par les dispositions contractuelles auxquelles il a consenti envers le bénéficiaire final. Le conflit d'intérêts est un manquement à une obligation de bonne foi, de fidélité et de loyauté envers son donneur d'ordres<sup>1875</sup>.

760. En définitive, face au conflit d'intérêts le droit doit intervenir de plusieurs manières, il convient d'annuler les actes pris en violation de l'intérêt du bénéficiaire final, puis il sera question de révoquer celui qui en est l'auteur avant, d'engager sa responsabilité<sup>1876</sup>. Une vente conclue au mépris de l'intérêt du vendeur est sanctionnée par la nullité relative, alors que celle conclue au détriment de l'intérêt d'une commune est sanctionnée par la nullité absolue<sup>1877</sup>. Pour la jurisprudence la nullité est de rigueur à partir du moment où l'interposé se porte contrepartiste<sup>1878</sup>. Dans le cas de l'interposition de personne, l'action se prescrit par cinq ans « à partir de la découverte de la simulation<sup>1879</sup> ».

761. Bien que l'importance de la révélation comme de l'autorisation ne puisse pas être remise en cause, il semble néanmoins important de considérer la situation complexe de l'interposé. Ce personnage utilisé comme un écran pour le bénéficiaire final peut se retrouver seul engagé dans une affaire qu'il n'a pas souhaité conclure pour son compte. Face au possible désengagement de son

---

<sup>1871</sup> Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle.

<sup>1872</sup> SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Article 1178 à 1187 : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité », RDC 2015, n°112, p. 767.

<sup>1873</sup> PICOD Y., « Nullité », Répertoire de droit civil, Juillet 2019.

<sup>1874</sup> LECLERC F., op. cit., p. 111.

<sup>1875</sup> Voir notamment la force obligatoire du contrat : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 127, p. 161 et 162, et la bonne foi, n° 128, p. 162 à 164.

<sup>1876</sup> Voir notamment LECLERC F., op. cit., p. 108 et s.

<sup>1877</sup> Ibid, Le professeur LECLERC cite notamment, BARRET O., *Vente*, Rép. Civil, Dalloz., n°244.

<sup>1878</sup> Ibid, Le professeur LECLERC cite notamment CHAUVEL P., op. cit., n°143.

<sup>1879</sup> LECLERC F., op. cit., p. 109.



donneur d'ordres, un régime protecteur doit se développer autour de ce personnage intermédiaire. La construction d'une protection pour l'interposé doit être envisagée.

### **Conclusion de Chapitre**

762. L'organisation de la protection du bénéficiaire final se déroule en deux temps, dans le premier il était question d'analyser ce que le droit avait déjà envisagé notamment en matière de représentation. Le comportement infidèle de l'interposé doit bénéficier d'une définition particulière et ainsi tenir compte des caractéristiques propres à la définition du bénéficiaire final. La prévention du comportement infidèle pointe du doigt la notion de conflit d'intérêts. En effet, le second temps permettra notamment de dégager les critères permettant d'identifier les structures contractuelles permettant la création du bénéficiaire final avant de proposer la neutralisation par la transparence, la régularisation puis la sanction du comportement infidèle.

763. La construction du bénéficiaire final nécessite de placer un autre personnage en lumière, il s'agit de l'interposé. Ce dernier sera considéré par son cocontractant, mais également pour les tiers comme la seule partie au contrat apparent. L'interposé devra également être considéré en fonction de sa position vulnérable vis-à-vis du bénéficiaire final et du tiers avec lequel il s'est engagé pour le compte de son donneur d'ordres.

## Chapitre 2 : L'organisation de la protection de l'interposé

764. Précédemment, il était question de l'infidélité de l'interposé envers le bénéficiaire final, mais l'infidélité de ce dernier personnage envers l'interposé n'est pas à exclure. En effet, ce personnage atypique se dissimule volontairement derrière un écran de fumée pour bénéficier discrètement des effets de l'opération réalisée. Par conséquent, dans le cas d'une dissimulation totale du bénéficiaire final, l'interposé devient le seul personnage intervenant en tant que partie à l'opération réalisée. Comment l'interposé doit-il réagir en cas de désengagement du bénéficiaire final de l'opération ? Ce dernier personnage peut-il être contraint de respecter l'engagement contractuel le liant à son interposé ? Ces questions peuvent être envisagées tout d'abord selon les dispositions communes relatives au droit des contrats puis en relation avec la situation décrite.

765. Le contrat est « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier transmettre ou éteindre des obligations<sup>1880</sup> ». En dehors des cas rendant impossible l'exécution de leurs obligations, les parties sont tout de même contraintes de respecter la « loi du contrat<sup>1881</sup> ». Dans cette optique, le manquement contractuel ne peut que se traduire par l'inexécution, ou la mauvaise exécution du contrat. L'inexécution contractuelle reviendrait pour la partie contractante à un refus ou à une négligence quant à la réalisation des éléments auxquels l'opération contractuelle l'a engagé<sup>1882</sup>.

766. La mauvaise exécution vient pointer plusieurs irrégularités lors d'une réalisation partielle ou totale des obligations inhérentes au contrat. « Le manquement contractuel<sup>1883</sup> » ou « la défaillance d'exécution<sup>1884</sup> » ont des conséquences non seulement sur le sort du contrat, mais également sur la responsabilité de l'auteur des faits<sup>1885</sup>. Le droit indique la possibilité de sanctionner celui qui ne respecte pas l'engagement qu'il a pris auprès d'une autre personne<sup>1886</sup>. Par conséquent, il convient de placer les opérations créant un bénéficiaire final dans une situation contractuelle classique implique la mise en responsabilité de celui qui manque aux obligations contractuelles auxquelles il s'est

---

<sup>1880</sup> CORNU G., op. cit., p. 260.

<sup>1881</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, coll. DOMAT, 17e éd., 2018, p. 299.

<sup>1882</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 127, p. 161 et 162.

<sup>1883</sup> BENABENT A., op. cit., p. 299.

<sup>1884</sup> Ibid.

<sup>1885</sup> Art. 1217 du Code civil : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; - obtenir une réduction du prix ; - provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

<sup>1886</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 127, p. 161 et 162.

engagé. Le manquement imputable à l'une des parties pourrait entraîner l'application des dispositions sanctionnatrices commune en droit des contrats.

767. Le mandataire a l'obligation d'exécuter pleinement et personnellement la mission qui lui a été confiée<sup>1887</sup>. Il doit rendre des comptes à son donneur d'ordres tout en respectant un devoir de diligence et de loyauté. Pour autant, ce personnage n'est pas le seul à devoir respecter la lettre du contrat, le mandant reste dans l'obligation de se conformer à plusieurs obligations<sup>1888</sup>. Ainsi, comme pour le mandataire, la loyauté et la coopération sont autant d'obligations entrant dans le cadre du respect du principe de bonne foi dans les relations contractuelles<sup>1889</sup>. Un comportement visant à se retirer brusquement de l'opération, à ne plus vouloir en recevoir le transfert, sans raison, alors même que le comportement du mandataire est irréprochable, doit être entendu comme un manquement grave aux obligations découlant du contrat.

768. Au demeurant, le législateur a réagi immédiatement en codifiant les obligations du mandant et les conséquences qui seraient attachées à ses différents manquements<sup>1890</sup>. Par conséquent, et en comparaison avec le cas du mandat, le comportement d'un bénéficiaire final qui disparaît, décline le transfert des effets de l'acte réalisé pour son compte et refuse d'exécuter une partie des obligations auxquelles il s'était engagé envers son interposé.

769. Plus qu'une simple hypothèse, le comportement du bénéficiaire final peut avoir des effets dévastateurs sur l'opération d'interposition. Une résolution de l'opération pourrait être envisagée dans les cas les plus extrêmes.

770. C'est pour poursuivre une logique protectrice envers les personnages de ce type d'opérations occultes qu'il semble indispensable de réfléchir sur la neutralité de l'interposé à l'égard du bénéficiaire final (**Section 1**), mais également sur sa neutralité à l'égard de l'opération (**Section 2**).

---

<sup>1887</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; AYNÈS L, GAUTIER P.-Y, MALAURIE P., *Droit des contrats spéciaux*, 11e éd., LGDJ, 2020 ; BÉNABENT A., *Des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ, Précis Domat, 2019.

<sup>1888</sup> Ibid.

<sup>1889</sup> Voir notamment la force obligatoire du contrat : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 127, p. 161 et 162, et la bonne foi, n° 128, p. 162 à 164.

<sup>1890</sup> Réf. aux art. 1998 à 2002 du Code civil.

## Section 1 : Réflexion sur la neutralité de l'interposé à l'égard du bénéficiaire final

771. La neutralité est une notion fréquemment utilisée en droit pour désigner l'attitude impartiale d'un juge, ou l'abstention d'un Etat confrontée à une situation de guerre<sup>1891</sup>. Dans le sens commun, cette notion renvoie à une forme d'intégrité, qui dans la situation dans laquelle s'inscrit l'interposé, renvoie à une recherche d'équité entre les parties. C'est pour cette raison qu'une telle notion peut être envisagée pour les opérations permettant la création d'un bénéficiaire final. La construction d'un régime protecteur découlant inévitablement d'une situation d'injustice subie par l'interposé. Pour prendre l'exemple du contrat de commission, le commissionnaire agit pour le compte d'autrui, mais reste engagé personnellement pour les actes qu'il accomplit. Le commissionnaire ne réalise pas seulement un contrat avec soi-même analysé de manière classique, il agit également pour le compte d'un donneur d'ordres<sup>1892</sup>. Nous sommes face à deux cocontractants dont le rôle doit être analysé de manière différente<sup>1893</sup>. Simplement, le commissionnaire semble aujourd'hui conclure un contrat avec soi-même dans le seul but de protéger les intérêts de son donneur d'ordres ce qui n'est pas admissible. MOREL va plus loin et considère cette situation comme le fait d'admettre que ce personnage « achète ou vend en son propre nom à lui-même agissant en son propre nom, ce qui est une absurdité juridique, puisqu'une même personne ne peut conclure un contrat avec elle-même, devenir créancière ou débitrice d'elle-même<sup>1894</sup> ».

772. La recherche d'élément permettant de stabiliser la situation tant pour le bénéficiaire final que pour l'interposé semble nécessaire. D'autant que la mise en place de dispositions protectrices pour l'interposé ne doit pas rentrer en contradiction avec celles proposées pour protéger le bénéficiaire final. L'étude du droit commun de la représentation semble tout à fait appropriée pour mieux comprendre l'équilibre recherché entre les parties et appréhender le cadre permettant la protection de l'interposé. D'autant que les opérations transparentes font partie des opérations avec un bénéficiaire final.

---

<sup>1891</sup> CORNU G., op. cit., p. 683-684.

<sup>1892</sup> DUBIGEON A., *Le concours de qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligations*, Thèse., Nantes, 2005, n°775.

<sup>1893</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019, p. 329-330.

<sup>1894</sup> MOREL R.-L., *Du commissionnaire contre-partiste*, Thèse, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1904, p. 278.

773. Ainsi, pour les opérations dites de représentation telles que le mandat, le législateur attache une importance toute particulière aux obligations de l'intermédiaire. Selon l'article 1991 du Code civil<sup>1895</sup>, le mandataire doit exécuter la mission confiée tant qu'il en est chargé. L'inexécution d'un tel contrat peut donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts. Les articles 1993 et 1994 du Code civil<sup>1896</sup> mettent l'accent sur sa gestion et surtout sur son devoir de coopération et de loyauté envers son mandant. À partir de l'article 1998 du Code civil<sup>1897</sup>, le législateur se penche sur les obligations du mandant. Ce dernier personnage demeure tenu par l'engagement pris avec son mandataire. Il est contraint de respecter son devoir de loyauté et de soutien compte tenu de l'opération réalisée pour son compte. Suite à la lecture de ces dispositions, il est indéniable que le législateur a tenu à développer au stade du mandat, les obligations appartenant à chacune des parties au contrat. Pour autant, pour d'autres types d'opérations ne rentrant pas dans le cadre de la représentation, soit le législateur décide de guider le juriste vers les dispositions relatives au mandat, soit le vide juridique est créé par son silence en la matière<sup>1898</sup>.

774. En tout état de cause, les obligations de l'une des parties sont irrémédiablement liées aux obligations de l'autre pour le bon déroulement du contrat. Dans le cadre d'une vente, le paiement du prix et la remise de la chose sont deux éléments liés l'un à l'autre. Le manquement de l'une des parties au contrat crée une situation irrégulière dont la correction par des dispositions sévères devient indispensable. La bonne foi de l'un ne peut pas combler l'absence de bonne foi de l'autre.

775. Dès lors, et pour revenir sur le cas spécifique des opérations avec un bénéficiaire final, comment serait-il possible pour l'interposé de demander une protection lorsque lui-même n'amène pas la preuve de son entière neutralité ? Il dispose de pouvoirs du fait de son engagement contractuel vis-à-vis du bénéficiaire final. Il doit agir loyalement dans l'intérêt de son donneur d'ordres, dès lors une protection ne peut lui être accordée que dans le cadre du respect d'un principe de neutralité. Pourtant, il est indispensable de retenir que le comportement du bénéficiaire final oriente

---

<sup>1895</sup> Art. 1991 du Code civil : « Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution. Il est tenu de même d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure ».

<sup>1896</sup> Art. 1993 et 1994 du Code civil : « Tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant. » ; « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un ; 2° quand ce pouvoir lui a été conféré sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée ».

<sup>1897</sup> Art 1998 du Code civil : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ».

<sup>1898</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; LE TOURNEAU Ph., *Gestion d'affaires*, Répertoire de droit civil, Janvier 2018 ; PÉTEL Ph., *Les obligations du mandataire*, Thèse, Litec, 1988, n° 367.

irréremédiablement la qualité des relations qui unissent les deux parties vers une transparence totale ou une méfiance absolue. Face au mépris des obligations inhérentes au rôle qu'occupe le donneur d'ordres, l'interposé demeure sans options directes.

776. Pour créer un environnement sécurisant pour l'interposé, il convient de considérer en premier lieu, une neutralité matérielle (§1), puis en second lieu, une neutralité morale (§2).

---

### § 1 : Une neutralité matérielle

777. Une réflexion sur la neutralité de l'interposé à l'égard du bénéficiaire final entraîne tout d'abord notre analyse sur le terrain de l'opération d'intermédiation la plus accomplie, à savoir le contrat de mandat. Les obligations du mandataire reposant sur plusieurs critères, ils ne peuvent qu'inspirer le droit vers la construction d'un cadre stable et limité pour les protagonistes intervenants dans une relation d'interposition. Les opérations avec un bénéficiaire final consacrées par les deux critères constants de définition de ce personnage peuvent obtenir deux qualifications différentes. Ces qualifications dépendent du degré de retrait du bénéficiaire final, un retrait total est matérialisé par une opération occulte alors qu'un retrait partiel ou limité dans le temps est matérialisé par une opération semi-occulte. Le contrat de commission entre dans la catégorie des contrats semi-occultes. Le commissionnaire occupe d'ailleurs une double casquette en ce qu'il représente le commettant tout en s'engageant personnellement vis-à-vis de l'acte qu'il accomplit<sup>1899</sup>.

778. Les opérations occultes entrent dans le cadre du mécanisme de la simulation. Il existe plusieurs « conceptions de la simulation<sup>1900</sup> », la plus large prend uniquement en considération deux éléments, « une contradiction entre apparence et réalité<sup>1901</sup> » et « la volonté de tromper<sup>1902</sup> ». La conception doctrinale plutôt stricte reproche à celle qui reste plus permissive, sa volonté de « diaboliser<sup>1903</sup> » la simulation en mettant en place une confusion entre la volonté de tromper, et l'intention frauduleuse. Or, l'article 1321 du Code civil rappelle que la simulation est « un mensonge positif<sup>1904</sup> » ce qui diffère de la fraude ou de l'intention frauduleuse<sup>1905</sup>.

---

<sup>1899</sup> DUBIGEON A., *Le concours de qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligations*, Thèse., Nantes, 2005, n°775.

<sup>1900</sup> OPHELE C., *Simulation*, Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>1901</sup> Ibid.

<sup>1902</sup> Ibid.

<sup>1903</sup> Considérer la simulation et toutes opérations qui s'y rattachent comme dangereuses.

<sup>1904</sup> JOSSERAND L., *Le mensonge, la simulation et la distinction en tant que facteurs de droit*, in *Evolutions et actualités*, Conférence de droit civil, 1936, SIREY, p. 121.

<sup>1905</sup> Ibid.

779. L'interposition de personne est une forme de simulation permettant de créer un acte apparent contraire à l'acte secret contenant les véritables intentions de la partie bénéficiaire. La contre-lettre est l'opération contractuelle qui caractérise le lien entre l'opération apparente et le bénéficiaire final. La qualité de partie est définitivement attribuée à ce personnage en retrait. Il existe une relation contractuelle forte et propre à la personne des parties, qui lie le bénéficiaire final et son interposé. Ainsi, la délimitation du périmètre d'action de chaque intervenant est d'autant plus importante dans cette situation que dans celle du mandant et de son mandataire<sup>1906</sup>. La dissimulation du bénéficiaire final laisse apparaître une fragilité face aux actions de son interposé. Il ne peut agir directement, et s'il le fait il est considéré par tous comme étant un tiers à l'opération apparente. Inversement, une attitude lâche et désinvolte du donneur d'ordres pourrait laisser l'interposé face à des responsabilités dont il aurait seul la charge alors même qu'il agit pour le compte d'autrui. En ce sens, il est indispensable de créer un dispositif clair et précis permettant de protéger les différents intervenants, notamment l'interposé dans cette analyse.

780. Une attention toute particulière doit être portée aux obligations découlant des relations entre le mandant et son mandataire (I), pour mieux construire celles devant intervenir entre l'interposé et le bénéficiaire final (II).

### **I : L'EXEMPLE DE NEUTRALITE MATERIELLE DE L'INTERMEDIAIRE**

781. Le contrat de mandat « comporte deux phases, exitus et reditus, sortie (action) et retour (reddition)<sup>1907</sup> ». La finalité d'un tel contrat repose sur l'exécution par un mandataire d'une mission confiée par un mandant dans les limites prévues par le contrat<sup>1908</sup>. Le mandat fait partie du domaine de la « représentation parfaite<sup>1909</sup> », ce qui signifie que le représentant agit de manière transparente avec son futur cocontractant. Au demeurant, plusieurs auteurs décrivent l'intermédiaire appelé également mandataire comme l'extension du mandat<sup>1910</sup>. Cela se traduit notamment par l'appréciation de la capacité à travers la personne du mandant, mais également une application des effets du contrat sur sa personne. Le représenté est personnellement responsable de la bonne ou de la mauvaise exécution du contrat<sup>1911</sup>, sauf si son représentant s'est porté garant par une clause de « ducroire<sup>1912</sup> ». De manière générale, le mandataire est tenu d'exécuter pleinement et

---

<sup>1906</sup> C'est la naissance du conflit direct de loyauté : VALIERGUE J., Thèse, op. cit., n°1046, p. 447.

<sup>1907</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1908</sup> Il convient de se référer à la notion de pouvoir : GAILLARD E., Thèse, op. cit., p. 232.

<sup>1909</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, p. 64-65.

<sup>1910</sup> BENABENT A., op. cit., pages 64-65.

<sup>1911</sup> BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n°951.

<sup>1912</sup> CORNU G., op. cit., p. 379-380 : « garantie de solvabilité ».

personnellement sa mission, tout en informant son donneur d'ordres dès que la situation l'exige. Si le mandataire est un professionnel, il est tenu d'accomplir sa mission « en bon professionnel<sup>1913</sup> ». Il doit également respecter les limites fixées par le contrat de mandat compte tenu de la mission confiée. Si des impératifs de temps et de lieu sont imposés, ils doivent être respectés. À défaut, la mission doit être réalisée « dans les meilleurs délais<sup>1914</sup> ».

782. Le contrat de mandat repose sur une relation de confiance mutuelle qui impose au mandataire de respecter de façon stricte l'étendue des pouvoirs confiés. Le dépassement de pouvoir et l'action sans pouvoir sont tout à fait intolérables. Dans cette optique, l'analyse du contrat de mandat permet de mettre en lumière trois obligations principales, l'obligation d'accomplir la mission confiée, de l'accomplir dans son entièreté selon les instructions du mandant, et enfin de le tenir informé tout au long de la mission. Aujourd'hui, le seul lien qui peut exister entre le titulaire du pouvoir confié par le donneur d'ordres et l'intérêt de ce dernier ne suffit pas pour confirmer l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts<sup>1915</sup>. Une personne qui représente son conjoint agit dans l'intérêt de ce dernier comme dans son propre intérêt. Il possède un intérêt indirect vis-à-vis de l'acte qu'il réalise pour son conjoint. Le seul fait de d'exprimer l'existence de ce lien ne suffit pas à caractériser l'existence d'un conflit indirect de loyauté<sup>1916</sup>. Pour caractériser l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts entre le titulaire du pouvoir et son donneur d'ordres, il convient d'appliquer une analyse « conflictualiste de l'acte juridique<sup>1917</sup> ». Le conflit n'est caractérisé que s'il existe un lien entre le titulaire de pouvoir et la partie adverse, ou s'il existe une contradiction entre les intérêts du titulaire de pouvoir et l'intérêt à protéger du donneur d'ordre<sup>1918</sup>.

783. L'exécution dite « normale<sup>1919</sup> » de la mission d'intermédiation ou de représentation instaure une certaine forme de neutralité vis-à-vis du mandant. Ce dernier ne souffre d'aucun manquement de la part de son mandataire si matériellement la mission confiée est respectée et si les

---

<sup>1913</sup> Art. L 134-4 du Code de commerce : « Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information. L'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ; le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ».

<sup>1914</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat, Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats », 2018-2019.

<sup>1915</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, op.cit., p. 452.

<sup>1916</sup> SIMONART V., *Conclusions générale*, in EKELMANS M., *Les conflits d'intérêts*, Les conférences du centre de droit privé, vol. VII, BRUYLANT, 1997, p. 297.

<sup>1917</sup> VALIERGUE J., Thèse, op.cit., p. 453.

<sup>1918</sup> Précisions suite aux différentes lectures : PFISTER, *Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat*, in DISSAUX N., *Le mandat. Un contrat en crise ?*, ECONOMICA, 2011, page 1 ; DIDIER Ph., *De la représentation en droit privé*, Thèse, LGDJ, 2000, n° 38 et s.

<sup>1919</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.



limites mises en place restent infranchissables. Néanmoins, la protection de l'interposée peut être remise en cause dans deux situations déjà rencontrées par la jurisprudence. La première est l'existence d'un vice du consentement. Ce qu'il faut comprendre dans la situation d'intermédiation, comme dans la situation d'interposition d'ailleurs, c'est que le donneur d'ordres est physiquement absent de l'opération alors que celui qui agit pour son compte et dans son intérêt est celui qui est mis en lumière en matière de responsabilité. L'existence d'un vice du consentement doit donc s'apprécier dans la personne du mandataire. Le mandant pourra donc s'en prévaloir pour obtenir la nullité du contrat<sup>1920</sup>. Néanmoins dans le cas inverse, si le mandataire est informé le vice ne peut exister dans l'ignorance du mandant<sup>1921</sup>. Dans un autre cas, si le mandataire commet une faute à l'égard de son cocontractant, à savoir dol, menace violence, il sera personnellement responsable<sup>1922</sup>, même s'il agit sur les ordres de son mandant<sup>1923</sup>. Bien que cette responsabilité se cumule avec celle du mandant, le mandataire se retrouve dans une situation particulièrement délicate alors qu'il a agi pour le compte de son donneur d'ordres. En somme, l'application de dispositions propres aux opérations avec un bénéficiaire final a pour objectif d'analyser et d'organiser de façon transparente la relation du donneur d'ordres et de son interposé. L'opération occulte pourrait enfin sortir du circuit frauduleux dans lequel le système juridique l'a enfermée. Par ailleurs, au-delà de comprendre la position délicate du bénéficiaire final, une telle analyse permet de mettre en corrélation ce dernier personnage avec son interposé. Les deux agissent de concert, comme si l'un est le prolongement logique de l'autre. La décomposition des opérations avec un bénéficiaire final permet non seulement de mettre en lumière l'acte dit occulte d'un individu en retrait, mais également d'encadrer le détachement de l'interposé en fin de mission afin que le bénéficiaire final puisse reprendre son véritable rôle dans l'opération contractuelle.

## **II : LA CONSTRUCTION DE LA NEUTRALITE MATERIELLE DE L'INTERPOSE**

784. La notion d'interposé ramène inévitablement à la notion « d'interposition de personne<sup>1924</sup> » ou de « prête-nom<sup>1925</sup> ». La doctrine classe ces opérations dans le domaine de la représentation imparfaite ou occulte<sup>1926</sup>. C'est également le cas du contrat de commission<sup>1927</sup>. En

---

<sup>1920</sup> Cass. com., 2 mars 1976, Bull. civ., IV, n°78.

<sup>1921</sup> Cass. civ. 1ère, 19 mai et 23 novembre 1999, Bull. civ., I, n°160 et 312.

<sup>1922</sup> Cass. com. 30 janvier 1990, Bull. civ., IV, n°28 ; Cass. civ. 1ère, 5 octobre 1994, Bull. civ., I, n°276.

<sup>1923</sup> Cass. ch. Mixte, 26 mars 1971, JCP 1971. II. 16762, note LINDON ; Cass. civ. 1ère, 13 octobre 1992, Bull. civ., I, n°250.

<sup>1924</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., LGDJ, Lextenso, 2018, p. 64.

<sup>1925</sup> BENABENT A., *op. cit.*, page 64.

<sup>1926</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE, CHÉNÉDÉ F., *op. cit.*, n° 242 et s, p. 269 et s.

<sup>1927</sup> Art. L. 132-1 du Code de commerce.

effet, dans ce cas de figure les éléments relatifs à la représentation ne sont pas tous présents, notamment le caractère transparent du rôle de l'interposé à l'égard du futur cocontractant. Le bénéficiaire final dépend indéniablement de son interposé, les manquements de l'une ou de l'autre des parties, entraînent logiquement une défaillance dans la relation contractuelle qu'elles ont construite<sup>1928</sup>. Ainsi, comme pour le mandataire, l'interposé est tenu de respecter un cadre d'exécution lui permettant d'accomplir sa mission pleinement et dans les délais. Il peut exiger la mise en responsabilité de son donneur d'ordres si lui-même n'a pas respecté ses obligations contractuelles. Il est donc tenu d'une certaine neutralité à l'égard du bénéficiaire final découlant de l'exemple donné par le législateur dans le contrat de mandat. Ce comportement assidu et diligent doit être pris pour exemple face aux éventuels manquements du bénéficiaire final. En effet, le représentant imparfait est personnellement tenu envers le cocontractant, et ce même si ce dernier connaît le donneur d'ordres<sup>1929</sup>. Ce n'est que dans un second temps que les effets du contrat conclu sont inévitablement transmis au donneur d'ordres<sup>1930</sup>. De manière générale, la représentation imparfaite soumet l'interposé à une responsabilité quasi absolue à l'égard de celui avec lequel il contracte pour le compte de son donneur d'ordres. Prenons pour exemple une autre structure juridique, le pouvoir d'entremise du courtier se caractérise par l'absence « d'actes juridiques pour le compte d'autrui<sup>1931</sup> ». Cela signifie que le courtier doit se tenir à l'écart dès l'instant où les parties ou leurs négociateurs se rencontrent.

785. L'exercice d'un pouvoir d'orientation ou de proposition peut avoir des conséquences graves quant aux choix éventuels du donneur d'ordres. Il pourrait trancher contre ses intérêts sans en avoir conscience<sup>1932</sup>. Néanmoins, ce type de pouvoir ne lui permet pas d'avoir une influence importante sur l'existence même de l'acte. Seul le négociateur a la possibilité d'engager indirectement son donneur d'ordres soit par la formulation d'une offre, soit par l'émission d'une acceptation<sup>1933</sup>. La réalisation du risque d'un conflit d'intérêts reste toujours soumise à la manifestation de la volonté de celui qui bénéficie en dernier lieu de l'acte réalisé pour son compte. La dangerosité de ce type d'intermédiaire reste relative compte tenu de la réalité de son pouvoir décisionnel. La neutralité matérielle de ce type d'interposé est acquise compte tenu de l'indépendance réglementaire des

---

<sup>1928</sup> Manquement à la force obligatoire issue du lien contractuel existant entre le bénéficiaire final et son interposé : TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 26, p. 35.

<sup>1929</sup> Cass. com., 26 avril 1982, Bull. civ., IV, n°135 ; Cass. civ., 1ère, 17 novembre 1999, Bull. civ., I, n°311. 29.

<sup>1930</sup> BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 13e éd., LGDJ, Lextenso, 2019, n°989.

<sup>1931</sup> GRIMALDI C., *Mandat et courtage*, in DISSAUX N., *Le mandat. Un contrat en crise ?*, ECONOMICA, 2011, page 82, n°8.

<sup>1932</sup> VALIERGUE J., *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, Thèse, LGDJ, 2019 : concernant le conflit d'intérêt issu d'un double courtage.

<sup>1933</sup> GHESTIN J., LOISEAU G., SERINET Y.-M., *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat, le consentement*, 4e éd., LGDJ, Extensio éditions, 2013, n°713 et suivants.

fonctions permettant leur exercice. L'agent d'affaires, l'agent commercial ou immobilier sont des fonctions qui se caractérisent par des dispositions précises<sup>1934</sup>. Ils exercent leur profession dans le respect d'un devoir de conseil et d'assistance de leur client. Ils sont tenus de coopérer avec le futur bénéficiaire de l'opération contractuelle prévue, mais il en est de même dans le cas contraire.

786. De manière plus simple, le donneur d'ordres doit coopérer avec son intermédiaire, il doit lui fournir l'ensemble des instructions nécessaires à l'accomplissement de sa tâche et surtout ne pas intervenir à sa place<sup>1935</sup>. Au regard de la situation d'interposition dans laquelle s'inscrit le bénéficiaire final, le caractère occulte de la mission laisse peu de place à son intervention. L'ensemble des instructions ne peuvent qu'être données en amont sachant qu'en court d'opération la révélation d'informations relatives à l'interposition est impossible sauf à tomber sous l'autorité des dispositions relatives au mandat. Il faut ici comprendre que l'interposition requiert l'existence d'un acte caché soumis à certaines dispositions relatives au contrat de mandat et un contrat apparent dont les dispositions applicables relèvent de la simulation<sup>1936</sup>.

787. La prise en charge des dépenses de l'intermédiaire durant sa mission fait partie intégrante des exigences du législateur quant à la relation entre le mandant et son mandataire<sup>1937</sup>. Il existe une véritable protection du mandataire durant l'accomplissement de sa mission au nom et pour le compte de son mandant. Dans cette optique, la mise en place de dispositions protectrices pour l'interposé doit être envisagée sous plusieurs aspects, le premier étant le respect des obligations inhérentes à sa fonction dans l'opération contractuelle, l'accomplissement transparent de sa mission pour le compte de son donneur d'ordres. Le second aspect étant le manquement du bénéficiaire final aux obligations qui lui incombent, la disparition de ce personnage en fin de mission, le refus de recevoir les effets de ou des opérations réalisées pour son compte. Le lien contractuel qui lie le bénéficiaire final et son interposé implique qu'en cas de manquement de l'une ou l'autre des parties à son devoir de loyauté entraînent la mise en responsabilité de celui qui se rend coupable. La neutralité matérielle devrait

---

<sup>1934</sup> LÉLOUP V. J.-M., « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2003, n°49 et 50 ; BIGOT J., LANGE D., RESPAUD J.-L., *Traité de droit des assurances. L'intermédiation de l'assurance, Tome 2*, 2e éd., LGDJ, 2009, n°404 ; VOINOT D., « Agents d'affaires », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2002, n°1 et s.

<sup>1935</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat, Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats », 2018-2019.

<sup>1936</sup> DUBOIS-DE LUZY A., *L'interposition de personne*, Thèse, LGDJ, 2010, spéc., n° 595 et s ; COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE P., op. cit., n°664.

<sup>1937</sup> Art. 1999 du Code civil : « Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer ses salaires lorsqu'il en a été promis. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de faire ces remboursements et paiement, lors même que l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres. » ; Art. 2000 du Code civil : « Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable ».

signifier que tous les effets de l'acte passé s'imputent sur le patrimoine du bénéficiaire final sans aucun préjudice ou effet sur le patrimoine de l'interposé.

788. C'est pour l'ensemble de ces raisons que ce dernier doit d'abord avoir un comportement exemplaire compte tenu de son rôle avant d'admettre la remise en cause de celui de son donneur d'ordres. Une totale neutralité de l'interposé envers le bénéficiaire final, qu'elle soit matérielle ou morale, n'a d'autre but que la mise en place d'un environnement protecteur permettant à l'interposé de faire face à son donneur d'ordres.

---

## § 2 : Une neutralité morale

789. La neutralité morale ne peut être analysée de façon tout à fait indépendante. Le plus souvent, ce sont les actes qui démontrent et illustrent la fidélité des parties à un contrat. D'ailleurs, dans le cas du contrat de mandat, la jurisprudence analyse la transparence du mandataire envers son mandant soit comme une « obligation d'information et de conseil<sup>1938</sup> », soit comme une obligation « d'attirer l'attention<sup>1939</sup> ». Ainsi, par la référence à l'article 1104 du Code civil<sup>1940</sup>, les juges rappellent la primauté du principe de bonne foi dans les relations contractuelles. Le devoir de loyauté découlant de ce principe, le mandataire est tenu de rapporter à son mandant toutes informations relatives à l'accomplissement de sa mission. Le but étant d'agir au nom et pour le compte du mandant, ce dernier dispose d'un droit de suivi devant être respecté par le mandataire<sup>1941</sup>. Autrement dit, « le mandataire doit exécuter le contrat fidèlement, dans le respect de la confiance du mandant<sup>1942</sup> ». Simplement qu'en est-il pour l'interposé et le donneur d'ordres ? Sont-ils soumis aux dispositions relatives au contrat de mandat ?

790. Dans certains cas, la simulation est dite « connue et acceptée par chacun des trois participants à l'opération<sup>1943</sup> », alors que dans d'autres cas, le tiers contractant ignore l'existence d'un prête-nom. La simulation par interposition de personne et la convention de prête-nom sont autant de mécanismes appartenant au domaine de la simulation<sup>1944</sup>. Néanmoins, bien que l'existence de ces structures juridiques ne soit pas remise en cause aucune délimitation quant à la relation entre les

---

<sup>1938</sup> Paris, 14 juin 2005, Gaz. Pal. 2005. Somm. 4248 : manquement à cet égard.

<sup>1939</sup> Cass. civ., 1ère, 12 juill. 2007, n° 06-17.979.

<sup>1940</sup> Art. 1104 du Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

<sup>1941</sup> Art. 1873-11, al. 1 du Code civil : « Chaque indivisaire peut exiger la communication de tous les documents relatifs à la gestion. Le gérant doit, une fois par an, rendre compte de sa gestion aux indivisaires. A cette occasion, il indique par écrit les bénéfices réalisés et les pertes encourues ou prévisibles ».

<sup>1942</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1943</sup> OPHELE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>1944</sup> DUBOIS-DE LUZY A., op. cit., loc. cit.

protagonistes n'a été réalisée. Il n'y a que dans les effets de la simulation et notamment dans la distinction de la qualité de partie ou de tiers que les différents intervenants apparaissent par rapport à leur action dans la construction de l'opération contractuelle. Or l'établissement d'une neutralité morale pour l'interposé passe par la prise en compte d'obligations découlant du contrat occulte qu'il a passé avec son donneur d'ordres.

791. Ainsi, si le contrat qui unit l'interposé et le bénéficiaire final dans une opération occulte peut être comparé au contrat de mandat qui unit son mandant et son mandataire, il doit comprendre un devoir de loyauté et de transparence réciproque (I). Du reste, l'interposé comme le représentant doit pouvoir profiter d'un dispositif protecteur lui permettant de mettre en lumière l'acte occulte qu'il a passé avec son donneur d'ordres (II).

### **I : LA NEUTRALITE MORALE A TRAVERS LE RESPECT DU DEVOIR DE LOYAUTE**

792. La notion de conflit d'intérêts doit être entendue de façon limpide<sup>1945</sup>, il s'agit de « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification) : considération d'ordre moral (affection, honneur, haine) ou économique (argent, possession de bien) qui, dans une affaire (contrat, procès.), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe)<sup>1946</sup> ». L'intérêt pousse les individus à agir pour eux ou pour autrui, il permet d'obtenir ce qui leur importe<sup>1947</sup>. La loyauté vient peser sur l'action de l'individu et le fait agir dans le sens où l'intérêt pour lequel il doit agir. Cet intérêt peut être le sien, ou celui de celui pour le compte duquel il s'est engagé. Dans cette optique, le principe de bonne foi englobe un devoir de loyauté engageant la fidélité du mandataire envers son mandant sur plusieurs points, la transparence, la célérité, l'efficacité et la persévérance<sup>1948</sup>. La transparence est une notion à la fois matérielle et morale désignant un comportement honnête tout au long de la mission. L'obligation de maintenir des rapports clairs avec le mandant est indispensable à l'accomplissement de chaque étape de la mission. Au demeurant, en fin de mission le respect de l'obligation de transparence est indispensable. La célérité, l'efficacité et la persévérance sont autant de notions matérielles ayant un rôle essentiel sur l'interprétation du comportement du mandataire tout au long de l'accomplissement de sa ou ses tâches<sup>1949</sup>.

---

<sup>1945</sup> GERARD P., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Droit et intérêt*, 3 vol., Publication des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990.

<sup>1946</sup> CORNU G., op. cit. : Intérêts.

<sup>1947</sup> VILLEY D., « L'intérêt personnel et la science économique », *Revue des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1955, p. 103.

<sup>1948</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », *Répertoire de droit civil*, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1949</sup> JALUZOT B., Thèse, op. cit., n°42, p. 43 ; GHESTIN J., *Les obligations, La formation du contrat*, 3e éd., LGDJ, 1993, n° 263, p. 237 ; VOUIN R., *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Thèse, n° 53, p. 86.

793. Un comportement passif de la part de celui qui agit dans l'intérêt d'autrui pourrait être interprété comme une volonté de saboter l'entreprise du donneur d'ordres. Il serait éventuellement assimilé à un comportement de mauvaise foi<sup>1950</sup>. La preuve d'un comportement fidèle repose uniquement sur l'accomplissement complet de la mission, tant au niveau des limites imposées, que sur l'efficacité des techniques entreprises pour arriver à cette finalité. La description du contrat de mandat et des obligations de chacune des parties permet d'établir une réflexion plus approfondie sur la situation de l'interposé. Le mandataire ayant respecté sa mission tant matériellement que moralement ne peut souffrir d'un abus de la part de son mandant. Pour autant, une difficulté vient s'ajouter à l'équation, le devoir de confidentialité de l'interposé.

794. Une réflexion sur la neutralité de l'interposé face au bénéficiaire final ne peut avoir lieu que si ce devoir de confidentialité inhérent au devoir de loyauté est pris en compte. Dans cette optique, l'obligation de transparence dans les relations contractuelles ne peut qu'en être renforcée en raison de la confiance exacerbée impose une telle relation. Simplement, il semble que le respect de la situation d'interposition entre le bénéficiaire final et l'interposé découle inévitablement de la neutralité matérielle et morale des deux parties. Ainsi, le titulaire du pouvoir doit pouvoir s'abstenir « de toute action qui pourrait indirectement entraver l'exercice loyal du pouvoir<sup>1951</sup> ». La notion d'abstention est une branche importante du devoir de loyauté<sup>1952</sup>. L'action pour le compte d'une autre personne que le donneur d'ordres peut constituer une violation du devoir d'abstention. Ce « corollaire négatif<sup>1953</sup> » du devoir de loyauté rattaché à l'exercice du pouvoir ne peut être analysé comme un comportement passif, bien au contraire, s'abstenir c'est décider de ne pas agir et prendre des actes en concordance avec l'engagement que l'on détient envers son donneur d'ordres. Le mandataire peut parfaitement s'abstenir de prendre en compte certaines informations lui permettant de servir ses propres intérêts et inversement le mandant peut respecter ses engagements envers son intermédiaire. En tout état de cause, la neutralité doit être entendue comme le transfert de l'intégralité des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final. Ce transfert doit avoir lieu dans le respect des prérogatives propres à chacune des parties, notamment en ce qui concerne le respect des exigences de loyauté et de transparence réciproque.

---

<sup>1950</sup> Voir GILLES A.-M., *Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé*, LPA, juillet 2003, n° 135.

<sup>1951</sup> VALIERGUE J., *op.cit.*, p. 510.

<sup>1952</sup> WICKER G., *Force obligatoire et continu du contrat*, in REMY-CORLAY et LASZLO-FENOUILLET D., *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151.

<sup>1953</sup> VALIERGUE J., *op. cit.*, loc. cit.

795. Il convient de revenir sur les obligations du mandant envers son mandataire. Le Professeur LE TOURNEAU le rappelle clairement, « le mandant est évidemment tenu de se comporter loyalement <sup>1954</sup> » à l'égard du mandataire. Il doit également mettre en place un environnement lui permettant d'exécuter correctement sa mission ce qui induit logiquement une obligation de coopération <sup>1955</sup>. Cette dernière obligation n'est pas sans incidence sur l'appréciation du devoir de loyauté. Dans le cas d'une opération occulte ou semi-occulte, le principe de bonne foi est poussé à son paroxysme en raison du caractère occulte du lien qui les unit. Comment serait-il possible d'envisager une relation d'interposition entre deux personnages qui ne communiquent pas l'un avec l'autre ? La cristallisation d'un devoir de loyauté entre ces deux personnages est nécessaire pour envisager la mise en place de dispositions sanctionnant le comportement du donneur d'ordres. Toutefois, il existe bien une possibilité de mettre à mal l'entreprise d'un donneur d'ordres déloyal.

## **II : LA NEUTRALITE MORALE PAR L'ACTION EN DECLARATION DE SIMULATION**

796. La doctrine civiliste prend plusieurs situations de représentation en compte, la représentation transparente, celle qui comporte certaines conditions propres à cette représentation, mais qui est dite optionnelle, conditionnelle ou incomplète et enfin celle s'apparentant à une situation obscure à savoir la simulation. De manière générale, la doctrine définit le pouvoir de représentation comme une prérogative permettant à un individu de créer un acte dans l'intérêt unique de son donneur d'ordres <sup>1956</sup>. La simulation est un domaine juridique intégrant les structures juridiques occultes dans lesquels le donneur d'ordres souhaite être en retrait, mais maintenir sa présence et son identité cachée. L'action en déclaration de simulation est un dispositif permettant aux parties comme aux tiers, dans leurs seuls intérêts, de lever l'apparence occultant l'acte secret. Les parties sont « au sens de l'article 1321 du Code civil les personnes qui ont conclu directement l'acte secret <sup>1957</sup> ». À la différence, les tiers représentent « toutes les personnes autres que les parties à l'acte secret ainsi que leurs ayants cause universels ou à titre universel <sup>1958</sup> ». L'action en déclaration de simulation est un dispositif légal permettant à l'interposé, partie à l'acte secret, d'apporter la preuve par écrit de son existence. En somme, la contre-lettre ne s'oppose pas aux tiers par les parties, même si la simulation n'est pas frauduleuse <sup>1959</sup>. Seul l'acte apparent peut s'appliquer à condition que ces derniers aient été

---

<sup>1954</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>1955</sup> Ibid.

<sup>1956</sup> GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, Thèse, ECONOMICA, 1985, p. 232.

<sup>1957</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>1958</sup> OPHÈLE C., « Simulation », op. cit.

<sup>1959</sup> Cass. civ., 3e, 4 juin 2003, n° 02-12.275.

de bonne foi<sup>1960</sup>. Par contre, le tiers peut parfaitement s'en prévaloir contre les parties par l'usage de l'action en déclaration de simulation. Par la destruction de l'apparence, l'interposé entend se prévaloir de l'acte secret beaucoup plus avantageux pour lui, que l'acte ostensible<sup>1961</sup>. Néanmoins, la seule critique à soulever porterait sur l'administration de la preuve de l'acte secret.

797. En effet, si une partie à la simulation agit en déclaration de simulation, elle sera contrainte de prouver l'existence de l'acte secret par un écrit lorsque l'acte apparent est également un écrit<sup>1962</sup>. Une telle exigence du législateur annihile le droit d'action de l'interposé qui se retrouve contraint d'abandonner toute action contre son donneur d'ordres déloyal. Simplement, une telle mesure a le mérite de proposer surtout dans un cas entrant dans le cadre des opérations avec un bénéficiaire final, un moyen de pression contre ce personnage inaccessible. En somme, bien que l'action en déclaration de simulation corresponde à un moyen d'action contre le bénéficiaire final déloyal, il semble tout de même important de procéder à un développement de cette mesure de telle façon à l'adapter aux réalités modernes du système juridique et financier auquel nous appartenons.

798. Tout bien considéré, la neutralité de l'interposé envers le bénéficiaire final est indispensable au bon déroulement des relations contractuelles entre les parties. Elle participe à la protection du rôle d'interposition qu'occupe « l'homme de paille<sup>1963</sup> » durant l'étendue de sa mission. Mais cette neutralité n'est pas suffisante pour assurer la protection de l'interposé, la réflexion doit être portée sur l'opération en elle-même. En fin de mission, l'opération d'interposition doit désengager l'interposé par le transfert des effets de l'acte. Ce personnage doit se voir attribuer la qualité de tiers à l'opération et s'effacer définitivement pour laisser la place au bénéficiaire final. Ce n'est qu'à partir de la réalisation de cette condition que l'acte sera neutre.

799. Cette étape est d'autant plus importante que l'ensemble du mécanisme se construit autour de la dissimulation de ce dernier personnage. La codification d'un devoir de transfert et l'attribution de la qualité de tiers demeure indispensable à la consolidation de la neutralité de l'interposé à l'égard de l'opération.

---

<sup>1960</sup> Cass. civ., 3e, 8 juillet 1992, n° 90-12.452.

<sup>1961</sup> MAZEAUD H., L. Et J., et CHABAS F., *Leçons de droit civil*, TOME II, 1er vol. Obligations, théorie générale, 7e éd., 1998.

<sup>1962</sup> Cass., civ., 1ère, 24 octobre 1977 : Bull. civ. I, n°379 : l'écrit est exigé sauf en cas de simulation frauduleuse, à ce moment précis la preuve peut être apportée par tous moyens.

<sup>1963</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.



## Section 2 : Réflexion sur la neutralité de l'opération à l'égard de l'interposé

800. Le bénéficiaire final d'une opération contractuelle est un personnage obscur qui se cache derrière l'action d'un interposé, lui permettant par la suite de récolter les fruits de l'opération réalisée. Le rappel de cette définition est nécessaire à une meilleure compréhension de la construction de notre analyse. Le bénéficiaire final naît d'un mécanisme complexe construit sur la base d'un lien contractuel occulte avec son interposé et d'une opération apparente que ce dernier personnage devra conclure avec un cocontractant ignorant. Ce mécanisme peut donc donner lieu, soit à l'utilisation d'un individu appelé interposé intervenant pour le compte de celui qui se cache<sup>1964</sup>, soit à l'instrumentalisation de la personne morale dans le seul et unique but de dissimuler le comportement ou l'activité occulte du bénéficiaire final. En tout état de cause, le mécanisme permet la réalisation d'une ou de plusieurs opérations au bénéfice d'un personnage dissimulé.

801. Dans cette optique, la neutralité de l'interposé à l'égard de l'opération vise uniquement l'opération pour laquelle la situation d'interposition existe et non le mécanisme qui donne naissance à ce personnage occulte, bien que ces deux opérations soient intimement liées<sup>1965</sup>. Ainsi, la neutralité doit être entendue comme la consécration d'un retrait progressif de l'interposé, ce dernier personnage ne pouvant être contraint par les effets d'un acte conclu pour autrui. Il s'agit d'une situation qui s'apparente à une forme d'impartialité ou d'objectivité<sup>1966</sup>. Il s'agit pour celui qui intervient pour le compte d'autrui de se retirer pour retrouver sa liberté. Comment garantir la protection de l'interposé en fin de mission ? Comment encadrer son intervention pour le compte du bénéficiaire final ? Il existe une distinction fondamentale à prendre en compte, celle de l'exécution du contrat et de son opposabilité. Selon l'adage latin *res inter alios acta aliis nec nocere, nec prodesse potest*, seules les parties peuvent profiter ou souffrir d'une opération contractuelle par laquelle ils se sont liés. D'un autre côté, la jurisprudence a eu l'occasion de s'exprimer en la matière en ce qui concerne notamment l'exécution du contrat<sup>1967</sup>.

---

<sup>1964</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., LGDJ, Coll. Lextenso, 2018, p. 254 et s.

<sup>1965</sup> GOLESTANIAN M., « Les contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 », Bull. Joly Sociétés 2000, p. 1017.

<sup>1966</sup> CORNU G., op. cit., p. 683-684.

<sup>1967</sup> Com., 11 juin 1981, Bull. civ., IV, n°265 ; Cass. Civ., 1ère, 13 novembre 1997, Bull. civ., I, n°302 ; DEFRENOIS 1998. 333, obs DELEBÉCQUE ; JCP 1998. I. 177, n°10 obs. VIRASSAMY.

802. Le principe de l'effet relatif des contrats trouve son sens dans les fondements du principe de l'autonomie de la volonté. En ce sens, personne ne peut être tenu d'un acte auquel il n'a pas consenti. Et le législateur va plus loin en consacrant la notion de volonté comme une source d'obligations pour les parties. Dès lors, ne peuvent être liés par un contrat que ceux qui l'ont voulu<sup>1968</sup>. Dans de telles circonstances, le premier réflexe serait celui d'écarter les opérations de représentation et de simulation impliquant l'utilisation d'un intermédiaire ou d'un interposé. Une appréciation universelle du principe de l'effet relatif ne pourrait que remettre en cause la qualité de partie liée du bénéficiaire final<sup>1969</sup>. Face à de telles contradictions, et à l'occasion de l'Ordonnance du 10 février 2016, le législateur est revenu sur la portée de ce principe par la mise en place d'une distinction entre « la force obligatoire du contrat de ses effets obligationnels<sup>1970</sup> ».

803. Du reste, les obligations créées par le contrat pèsent uniquement sur les seules parties. Les tiers restent exclus, néanmoins, l'effet obligatoire du contrat peut parfaitement les toucher compte tenu de fait que ces effets ne sont pas limités à la production d'obligations<sup>1971</sup>. Le tiers n'est plus exclu de l'activité contractuelle, un tel aménagement ouvre notre système juridique à de nouveaux mécanismes impliquant l'intervention d'un tiers. En effet, l'aménagement le plus remarqué tient à la consécration de la stipulation pour autrui et de la promesse de porte-fort. Ces deux mécanismes permettent d'étendre les effets d'un acte à des personnes n'ayant pas donné leur consentement. De telles dispositions autorisent des individus considérés comme des tiers à intervenir librement dans une opération contractuelle. Le comportement d'un bénéficiaire final doit être envisagé en référence à cette nouvelle lecture de l'effet relatif des contrats. Cette dérogation entraîne naturellement le juriste vers une analyse plus profonde de la qualité de partie et de tiers.

804. L'interposé étant un simple « homme de paille<sup>1972</sup> », il n'est en réalité qu'un tiers utilisé par le bénéficiaire final qui est la véritable partie au contrat. Il exprime la volonté de celui qui est caché et n'est pas maître de l'œuvre accomplie. En ce sens, l'interposé jusqu'alors considéré comme une partie doit, dans l'ordre des choses devenir un tiers à l'opération, une fois sa mission accomplie.

---

<sup>1968</sup> Art. 1203 du Code civil : « On ne peut s'engager en son propre nom que pour soi-même » ; Com. 4 juin 1985 : Bull., civ. IV n°178, RTD civ. 1986. 583, obs. MESTRE : sur le fait que le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ne peut se prévaloir d'une clause compromissoire liant le stipulant et le promettant.

<sup>1969</sup> Pour illustrer le principe : Cass., civ., 3e, 13 novembre 1974 : Gaz. Pal. 1975. 1 210, note PLANCQUEEL ; Cass. Com. 30 juin 2015, n° 14-17.649.

<sup>1970</sup> CHANTEPIE G., « Contrat : effets », Répertoire de droit civil, Janvier 2018, actualisation Janvier 2019.

<sup>1971</sup> Art. 1199 du Code civil : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV ».

<sup>1972</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

En ce qui concerne le bénéficiaire final, le législateur ne semble pas avoir prévu de système dérogatoire, sauf à considérer que ce dernier serait un tiers complice de l'opération<sup>1973</sup>. De plus, certains auteurs n'entendent introduire une exception à l'effet relatif du contrat qu'en cas de stipulation pour autrui ce qui réduit considérablement la matière<sup>1974</sup>. Pourtant, le bénéficiaire final doit être considéré comme la partie véritable à l'opération, il doit se voir appliquer l'ensemble des effets de l'acte réalisé par l'interposé<sup>1975</sup>. C'est pour cette raison que la lecture précédente nous laisse perplexes quant à l'application du principe général qu'est l'effet relatif des contrats. Il semble peu adapté à la situation du bénéficiaire final qui devrait se voir appliquer une forme d'exception ou de dérogation à ce principe. Contrairement à la stipulation pour autrui ou à la promesse de porte-fort, celui qui réalise l'opération avec le tiers contractant est voué à disparaître. Il crée l'opération afin de transmettre les effets de l'acte qu'il a réalisé dans le patrimoine du bénéficiaire final. Le transfert n'a pas lieu de manière directe comme le pense certains auteurs, mais en deux phases, l'imputation dans le patrimoine du bénéficiaire apparent et le transfert dans le patrimoine du bénéficiaire final<sup>1976</sup>.

805. Face à un mouvement de reconnaissance d'un personnage désigné comme un bénéficiaire occulte, il revient au droit de délimiter les prérogatives de chaque personnage en lien avec de tels mécanismes dissimulés. L'interposé qui a réalisé parfaitement sa mission ne peut souffrir d'un manquement de la part du bénéficiaire final. Il ne peut pas non plus rester engagé en ses lieu et place en raison d'un manque de diligence et de célérité de sa part. Le droit doit pouvoir lui garantir un dispositif de protection optimum de façon à encadrer ce type d'opération occulte.

806. Dès lors, c'est uniquement pour combler ce vide juridique qu'il convient d'intervenir par la consécration d'un devoir de transfert des effets de l'acte (§1) dans un premier temps. Puis de reconnaître l'attribution automatique de la qualité de tiers à l'interposé en fin de mission (§2).

---

<sup>1973</sup> Cass. Civ., 3e, 8 juillet 1992, n°90-12.452.

<sup>1974</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., LGDJ, Coll. Lextenso, 2018, p. 223 et s.

<sup>1975</sup> Voir notamment GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat, JCP 1992. I. 3268 ; AUBERT L., A propos d'une distinction renouvelée... », RTD civ. 1993. 263 ; GUELFUCCI-THIBIERGUE C., « De l'élargissement de la notion de partie à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994. 275 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions... », RTD civ. 1994. 777.

<sup>1976</sup> Vision différente de celle de VALIERGUE J., Thèse., op. cit., n° 480-481, p. 214 à 216 : l'auteur indique que « les effets réels des contrats conclus, et notamment les effets translatifs de propriété, sont directement imputés au commettant, sans qu'un second acte juridique ne soit nécessaire ». Le contrat de commission tire sa définition de l'article L. 132-1 du Code de commerce, il agit en son nom pour le compte d'autrui. Il s'agit d'une acte semi occulte, ou d'une représentation incomplète ne permettant pas d'identifier de manière transparente le bénéficiaire final de l'opération. Dans un sens, la transmission des effets de l'acte doit tenir compte du contrat préalablement établi entre le commissionnaire et son donneur d'ordres. Donc bien qu'il n'y ait pas besoin d'un acte translatif de propriété pour permettre l'imputation des effets dans le patrimoine du donneur d'ordres, il semble que ce transfert soit l'objet même du contrat de commission. D'où la nécessité d'analyser le transfert en deux temps, le premier tenant compte du consentement du commissionnaire lui donnant la qualité de partie et le second tenant compte de l'objet du contrat de commission.

---

**§ 1 : La consécration d'un devoir de transfert des effets de l'acte**

807. Le transfert est une « opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction<sup>1977</sup> ». Plus précisément, le transfert est la « transmission d'un droit d'un titulaire à un autre<sup>1978</sup> », il s'agit par exemple du transfert de la propriété suite à une vente. Un transfert peut avoir lieu « entre vifs ou à cause de morts<sup>1979</sup> ». Cette opération est qualifiée de dévolution successorale ou testamentaire. Il est tout à fait possible de retrouver cette notion en droit des sociétés notamment lorsque cette entité juridique est en pleine construction<sup>1980</sup>. Ainsi, la jurisprudence précise que « lorsque les parties à un contrat sont d'accord, une société peut, postérieurement à son immatriculation, être substituée dans l'exécution dudit contrat, en lieu et place de l'une des parties, de telle sorte que les dispositions relatives au mécanisme de la reprise d'un acte accompli pour le compte d'une société en formation n'ont pas été appliquées<sup>1981</sup> »<sup>1982</sup>.

808. Les opérations avec un bénéficiaire final s'inscrivent naturellement dans un régime d'interposition de personne, mais pas seulement. La convention de prête-nom pose des difficultés quant à la détermination du véritable bénéficiaire de l'opération<sup>1983</sup>. En effet, ce dernier personnage est en retrait, se cache, car il ne souhaite pas prendre part à la réalisation du contrat. En somme, c'est l'effet relatif qui est en cause. Comme il en était question précédemment, les opérations créant un bénéficiaire final profitent d'une forme de dérogation face au principe de l'effet relatif des contrats permettant à ce personnage atypique de recevoir les effets de l'opération réalisée pour son compte. La réception des effets d'un acte peut se traduire naturellement comme une transmission ou un transfert des effets dudit acte.

809. Le Professeur CORNU définit la notion de transmission comme le « terme générique désignant toute opération par laquelle les droits ou les obligations d'une personne sont transférés à une autre soit par la volonté de l'homme, soit en vertu de la loi<sup>1984</sup> ». Sachant qu'il a été dit précédemment que la notion de transfert renvoie naturellement à une « opération juridique de transmission d'un droit, d'une obligation ou d'une fonction<sup>1985</sup> ». Du reste, les opérations avec un

---

<sup>1977</sup> CORNU G., op. cit., p. 1036.

<sup>1978</sup> Ibid.

<sup>1979</sup> CORNU G. op. cit., p. 346.

<sup>1980</sup> Art. 1843 du Code civil ; Cass. civ., 1<sup>ère</sup>, 26 avril 2000, n°98-10.917, P : D. 2000. AJ 331, obs. BOIZARD.

<sup>1981</sup> DE RAVEL D'ESCLAPON T., « Substitution ou reprise ? Le transfert d'un acte à la charge d'une société récemment constituée », Revue des sociétés 2019, p. 106.

<sup>1982</sup> Cass. com., 13 décembre 2005, n°04-12.528 ; Cass. civ., 2<sup>e</sup>, 19 décembre 2002, n°00-20.250 P : JCP 2004. I. 103, n°1, obs. CAUSSAIN, DEBOISSY et WICKER.

<sup>1983</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, Coll. Lextenso, 2018, p. 254 et s.

<sup>1984</sup> CORNU G., op. cit., p. 1038.

<sup>1985</sup> CORNU G., op. cit., p. 1036.

bénéficiaire final bénéficient d'une exception à l'effet relatif leur permettant de garantir le transfert des droits et obligations nés de l'opération créés pour le compte du bénéficiaire final par son interposé (I). Ce transfert va dans le sens du respect du principe de bonne foi dans les relations contractuelles et appelle le donneur d'ordres à prendre une place finale et déterminante pour parvenir décharger son interposé (II).

### **I : UNE EXCEPTION AU PRINCIPE DE L'EFFET RELATIF DES CONTRATS**

810. Une telle lecture de ces notions laisse entrevoir une forme de corrélation entre les notions de transfert ou de transmission, et la notion de vente qui désigne le « contrat par lequel l'une des parties, le vendeur transmet la propriété d'une chose et s'engage à livrer celle-ci, à une autre, l'acheteur ou l'acquéreur, qui s'oblige à lui en payer le prix<sup>1986</sup> ». L'exemple de la cession de créances est particulièrement parlant, cette dernière sort du patrimoine du cédant pour rejoindre celui du cessionnaire<sup>1987</sup>. Au surplus, l'effet du transfert ou de la transmission se traduit par l'acquisition de la qualité de nouveau titulaire de la créance cédée<sup>1988</sup>. Le cessionnaire ne peut donc pas être confondu avec un représentant intervenant au nom et pour le compte du cédant. De plus, l'acte de cession bien qu'excluant les opérations dites de représentation quelle qu'elle soit, se rapproche indéniablement de celles ayant pour but de créer un bénéficiaire final.

811. Ce dernier personnage doit reprendre sa place en fin de mission, l'interposé est censé disparaître et les bénéfices de l'opération ne peuvent continuer à rester dans son patrimoine. Il est possible de penser que comme pour le cessionnaire, le bénéficiaire final devient le nouveau titulaire de l'acte par l'effet de l'opération d'interposition<sup>1989</sup>. Pourtant, plusieurs doutes persistent, le bénéficiaire final construit un mécanisme juridique lui permettant de ne pas intervenir dans l'opération qu'il projette. Il est une partie liée à l'opération réalisée par l'effet de sa volonté exprimée à travers l'intervention d'un interposé ou d'un instrument d'interposition. Ce n'est absolument pas le cas de l'acte de cession qui vient lier le cédant titulaire d'une créance et le cessionnaire qui n'avait à l'origine aucun lien avec la créance qu'il projette de récupérer. Une telle lecture empêche toute forme de raccourcis entre l'appréciation de l'effet translatif et celle du transfert des effets de l'acte. Pourtant, il a été analysé précédemment que l'acte réalisé pour le compte du bénéficiaire final devrait être

---

<sup>1986</sup> CORNU G., op. cit., p. 1065.

<sup>1987</sup> OPHÈLE C., « Cession de créance », Répertoire de droit civil, Août 2018.

<sup>1988</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17<sup>e</sup> éd., LGDJ, Coll. Lextenso, 2018, p. 220 : « les contrats translatifs de propriété ».

<sup>1989</sup> VALIERGUE J., Thèse, op. cit., n° 1046 et s, p. 447 et s : « C'est le cas par exemple du mandataire qui, plutôt que d'acquérir directement les biens qu'il est chargé de vendre pour le compte de son mandant, les vend à un prête-nom, celui-ci représentant le mandataire en laissant croire aux tiers et au mandant qu'il agit dans son propre intérêt. Ce faisant, le mandataire parvient donc à acquérir lui-même les biens de son mandant, sans que ce dernier soit en mesure de s'en apercevoir et de solliciter la nullité de l'acte en application de l'article 1596 ou de l'article 1161 nouveau du Code civil ».

transféré dans son patrimoine. Une lecture classique de l'effet relatif du contrat doit empêcher la réalisation de ce mécanisme neutralisant pour l'interposé. L'acte ayant été conclu entre ce dernier et une autre partie contractante, il ne doit produire des effets qu'entre les parties entendues de manière classique. L'exception doit donc s'appliquer sur les opérations avec un bénéficiaire final afin de permettre le transfert intégral des effets de l'acte dans le patrimoine de ce donneur d'ordres.

812. Dès lors, il convient de se tourner vers l'analyse des mécanismes de représentation pour mieux appréhender le transfert des effets de l'opération. L'étude du contrat de mandat ne semble pas laisser de place à un devoir de transfert des effets de l'acte. Le mandant n'est tenu que de certaines obligations bien spécifiques, celles qui sont considérées comme « générales<sup>1990</sup> » et d'autres, envisagées comme étant « spéciales<sup>1991</sup> ». Par ailleurs, le mandant n'est tenu que d'une obligation de coopération ainsi que d'une obligation de participation aux frais avancés et aux pertes occasionnées au cours de la mission réalisée par son mandataire<sup>1992</sup>. Il n'est nullement question de l'obligation de recevoir les effets de l'acte ou d'un devoir de transfert pour le mandataire. Pour la doctrine, la représentation ne peut accueillir dans ses critères la notion de transfert. La raison semble évidente, la transparence de cette opération indique que les effets du contrat conclu par le représentant sont directement imputés dans le patrimoine du représenté<sup>1993</sup>.

## **II : LE DEVOIR DE TRANSFERT ET LE RESPECT DU PRINCIPE DE BONNE FOI**

813. Avant de revenir sur les notions de *devoir de transfert* et de *principe de bonne foi*, il convient de revenir sur l'essence du conflit d'intérêts entre celui qui agit pour le compte d'autrui et son donneur d'ordres. Pour caractériser le conflit d'intérêts, il doit y avoir un lien remettant en cause l'engagement de l'interposé envers son donneur d'ordres<sup>1994</sup>. Ce lien doit pouvoir révéler l'existence d'un intérêt personnel du titulaire de pouvoirs afin qu'il puisse tirer profit d'un acte qui ne lui est pas destiné<sup>1995</sup>. Le lien juridique est « un rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique (lien conjugal, lien de parenté ou d'alliance, etc.) qui est à la fois effet de droit (ex. l'obligation lien de droit, *vinculum juris*, entre créancier et débiteur, né d'un contrat ou d'un délit) et situation juridique, source de droit et d'obligations (ex. droits et devoirs attachés au lien

---

<sup>1990</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>1991</sup> *Ibid.*

<sup>1992</sup> *Ibid.*

<sup>1993</sup> DISSAUX N., op. cit., n°289 ; GAILLARD E., Thèse., op. cit., n° 232.

<sup>1994</sup> VALIERGUE J., Thèse., op. cit., p. 449.

<sup>1995</sup> CUIF P.-F., op. cit., p. 1.

de filiation ou au lien d'instance<sup>1996</sup> ». Le titulaire du pouvoir serait donc personnellement intéressé par l'acte qu'il est sur le point de réaliser pour le compte de son donneur d'ordres<sup>1997</sup>.

814. Il existe plusieurs situations dans lesquelles différents intérêts peuvent entrer en conflit, c'est notamment le cas en droit des sociétés<sup>1998</sup>. L'intérêt d'un interposé pour l'acte à réaliser pour le compte d'autrui peut se traduire notamment par le fait pour le dirigeant d'une société de conclure une convention avec une société dirigée ou contrôlée par son conjoint ou entreprise qui l'emploie. Bien que le lien marital ne soit pas une preuve du conflit d'intérêts, il reste que si le conjoint manifeste un intérêt quelconque pour l'acte passé par le dirigeant pour le compte de la société, ce conflit d'intérêts est bien constitué. Pour neutraliser ce lien qui pourrait remettre en cause l'ensemble des constructions contractuelles avec un bénéficiaire final, il convient de se concentrer notamment sur le devoir de transfert des effets de l'acte par l'interposé en fin de mission. Comment se traduit cette neutralisation ? Le législateur aurait-il intégré une forme d'obligation de transfert des effets à travers le devoir de loyauté et le respect du principe de bonne foi ?

815. Il n'existe pas réellement de devoir de transfert des effets de l'acte, néanmoins, le Professeur LE TOURNEAU précise que lorsque « lorsque le mandat est « sans histoire », ses effets à l'égard des tiers s'expriment par un double mouvement : l'effacement du mandataire, l'apparition du mandant<sup>1999</sup> ». Il poursuit en désignant cette opération finale comme une « exception au principe de l'effet relatif des contrats<sup>2000</sup> ». Pourtant, et comme stipulées précédemment, bien que le contrat de mandat puisse intégrer une telle appréciation, les opérations avec un bénéficiaire final demeurent en marge de cette lecture. Et le législateur n'est pas encore intervenu pour traduire l'acte de transfert permettant la décharge de l'interposé en fin de mission. Dès lors, et pour permettre la mise en place d'un régime juridique protecteur autour de l'interposé, il convient de consacrer un devoir de transfert des effets de l'acte une fois la mission achevée<sup>2001</sup>. Cette opération permet de décharger l'interposé diligent, tout en obligeant le véritable titulaire de l'opération à prendre la place qui lui revient. Ce devoir incombant à l'interposé doit donc être conjugué avec l'obligation qui devra peser sur le bénéficiaire final. Ce devoir ou cette obligation se traduirait pour l'interposé par le droit de voir

---

<sup>1996</sup> CORNU G., op. cit., p. 616.

<sup>1997</sup> GOLESTANIAN M., « Les contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (Art. L. 225-38 du Code de commerce) », Bull. JOLY Sociétés 2000, p. 1017.

<sup>1998</sup> SCHMIDT D., « De l'intérêt commun des associés », JCP E 1994, p. 535 ; CUIF P.-F., op. cit., 2005, p. 1 ; MORET-BAILLY J., « Définir les conflits d'intérêts », Dalloz, 2011, Chron., p. 1100.

<sup>1999</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>2000</sup> Ibid.

<sup>2001</sup> Il s'agit d'une obligation qui serait nécessairement liée à la force obligatoire du contrat passé secrètement avec l'interposé : MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 94, p. 93.

l'opération réalisée pour autrui sortir de son patrimoine pour intégrer celui de son véritable bénéficiaire. Il s'agit notamment de transférer les risques de l'acte réalisé lors de la livraison ou lors du transport du bien, lorsqu'il s'agit de la cession d'un bien meuble ou immeuble. Cela suppose notamment que ce bien vendu ait bien été identifié lors de la réalisation de l'acte entre l'interposé et le cocontractant. Certaines clauses prévues dans le contrat peuvent préciser le moment du transfert des effets de l'acte qui viendront se répercuter sur le patrimoine du bénéficiaire final. Le transfert peut également avoir lieu lors du paiement complet du prix ou lors de la révélation de la véritable place de l'interposé lors de la conclusion de l'acte apparent suivant un certain délai. Cette étape constitue un premier pas vers le désengagement de l'interposé qui serait complété plus tard par l'attribution définitive de la qualité de tiers.

---

## §2 : Le désengagement de l'interposé par l'attribution de la qualité de tiers

816. Il convient de revenir sur le principe essentiel opposant la personne ayant la qualité de partie à celle qui a la qualité de tiers. Seules les parties sont liées par leur accord, ce dernier ne peut obliger le tiers<sup>2002</sup>. Le tiers est « une personne étrangère à une situation juridique<sup>2003</sup> », il peut être également identifié comme étant la personne qui n'est « ni partie ni représentée à un contrat<sup>2004</sup> ». La doctrine a d'ailleurs précisé que l'interposé ne peut être considéré autrement que comme une *fausse partie* à l'opération qu'il réalise pour autrui<sup>2005</sup>. C'est son donneur d'ordres qui doit être considéré comme une partie irrévocablement liée à l'acte contractuel<sup>2006</sup>. La difficulté reste tout de même entière puisque le bénéficiaire final est un donneur d'ordres caché, en retrait ou dissimulé totalement ou partiellement. Il n'est pas identifié de façon explicite, si bien qu'aucun protagoniste ne connaît son identité à part l'interposé lui-même.

817. La consécration d'un devoir de transfert des effets de l'acte corrélativement à une obligation pour le bénéficiaire final de les recevoir n'est pas suffisante pour désengager l'interposé, il doit se voir attribuer la qualité de tiers. Bien qu'il ait été précédemment affirmé que cette qualité lui revenait de droit, il semble qu'un processus de désengagement doit avoir lieu afin de libérer entièrement l'interposé. Dans le contrat de mandat, il y a une imputation directe des effets de l'acte dans le patrimoine du mandant alors qu'en matière de simulation l'imputation s'opère en deux temps.

---

<sup>2002</sup> Art. 1103 du Code civil (ancien Art. 1134 du même Code).

<sup>2003</sup> CORNU G., op. cit., p. 1026.

<sup>2004</sup> *Ibid.*

<sup>2005</sup> Par référence aux différentes analyses doctrinales : MATHIEU-IZORCHE M.-L., « Une troisième personne bien singulière ou « 2+1= tout autre chose », RTD civ. 2003, 51 ; THÉRON J., « Ordre et désordre dans la notion de partie », RTD civ. 2014, 231 ; AUBERT J.-L., « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993, 263.

<sup>2006</sup> BÉNABENT A., op. cit., p. 217.



L'acte qui lie ce personnage et son interposé est occulte et seul l'acte ostensible doit paraître aux yeux de tous. Le transfert des effets de l'acte est une procédure complexe dont la réalisation mérite un encadrement juridique important. Il doit intervenir en fin de mission, lorsque l'intervention de l'interposé arrive à son terme.

818. Dès lors, ce n'est que lorsque l'interposé doit disparaître, et en somme lors du transfert des effets de l'acte au bénéficiaire final, que l'attribution de qualité de tiers peut être confirmée. La protection de l'interposé doit donc intervenir à un autre niveau. Est-il possible de traiter d'une forme de rémunération de ce personnage interposé ? La consécration d'un tel dispositif permet de rapprocher le rôle de l'interposé de celui d'un prestataire encadré par un contrat d'entreprise, ou d'un courtier qui récupère des bénéfices de l'opération qu'il a réalisée pour autrui. L'attribution de la qualité de tiers pourrait venir par la suite sceller le véritable rôle de l'interposé au sein de l'opération contractuelle en question.

819. Par conséquent, il convient dans un premier temps de traiter de la possible rémunération de l'interposé (I), puis de l'attribution de la qualité de tiers (II).

## **I : LE DESENGAGEMENT PAR L'ATTRIBUTION D'UNE REMUNERATION**

820. Le législateur a déjà eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la question de la rémunération des intermédiaires. Les professionnels vont pouvoir bénéficier de l'application de dispositions propres à leurs fonctions. C'est notamment le cas des professionnels du monde de l'immobilier<sup>2007</sup>. Le législateur est également intervenu dans la fixation « de la rémunération du représentant de la masse des porteurs de bons de souscription d'actions<sup>2008</sup> ».

821. Dans le cadre de la commission, le législateur propose plusieurs garanties au commissionnaire sur les frais qu'il a engagés ainsi qu'un « droit à rémunération<sup>2009</sup> ». Le législateur va même plus loin et accorde un privilège au commissionnaire « sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances de

---

<sup>2007</sup> Loi 6 juillet 1989, article 5 ; Décret n° 2014-890 du 1<sup>er</sup> août 2014 ; FOREST G., « DPU et rémunération des intermédiaires », AJDI 2008. 241.

<sup>2008</sup> DELPECH X., « Fixation de la rémunération du représentant de la masse des porteurs de bons de souscription d'actions », Dalloz actualité, 9 juillet 2019.

<sup>2009</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015.

commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures<sup>2010</sup> ». Le privilège du commissionnaire apparaît dès lors comme une forme de « gage tacite<sup>2011</sup> ». En cas de refus de payer, il peut solliciter la vente aux enchères de la marchandise, ou exercer son privilège sur le prix en cas de vente directe par le commettant<sup>2012</sup>.

822. Précédemment, il était question de considérer le contrat de commission comme une opération créant un bénéficiaire final. Ce dernier personnage apparaissait comme un intermédiaire de commerce qui conclut des contrats pour le compte d'une personne en retrait. Le caractère semi-occulte de l'opération consacre l'existence connue de ce personnage atypique et confirme l'inclusion de ce type de mécanismes dans la catégorie des opérations avec un bénéficiaire final. Dès lors, le privilège du commissionnaire, ainsi que toutes les dispositions relatives aux différentes garanties dont dispose le commissionnaire, s'applique inéluctablement à l'interposé. Ainsi, les dispositions spécifiques applicables à un cas particulier semblent pouvoir être reprises de façon unitaire et générale.

823. Par ailleurs, la mise en place d'une rémunération au-delà de garantir la mission de l'interposé, permet une diminution des risques d'infidélité par celui-ci<sup>2013</sup>. L'application d'un dispositif rémunérateur au bénéfice de l'interposé confirme l'existence d'un lien contractuel avec le bénéficiaire final. Il permet de rétablir les rôles de chacun au sein de l'acte secret et propose un dispositif protecteur à l'interposé. En ce sens, l'attribution de la qualité de tiers suite à la fin de sa mission reviendrait, non seulement à confirmer qu'il est en réalité complètement étranger face à l'opération qu'il a réalisée pour autrui, mais également à justifier l'attribution d'une rémunération suite à cette tâche.

824. L'attribution d'une rémunération, au-delà de la mise en place de garanties communes à l'ensemble des situations d'interposition, professionnalise l'activité de l'interposé. En contrepartie d'un travail, ou d'une activité, un individu accorde une prestation<sup>2014</sup>. L'interposé devient un

---

<sup>2010</sup> Art. L 132-2 du Code de commerce : « Le commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent pour toutes ses créances de commission sur son commettant, même nées à l'occasion d'opérations antérieures. Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris, avec le principal, les intérêts, commissions et frais accessoires ».

<sup>2011</sup> DISSAUX N., op. cit., loc. cit : « S'agissant du privilège octroyé au commissionnaire, il est pourtant tout aussi classique d'y voir un gage tacite, comme si les marchandises avaient été tacitement constituées en gage par le commettant en vue de garantir les sommes qu'il recevra ».

<sup>2012</sup> Ibid.

<sup>2013</sup> Le lien contractuel qui unit le commissionnaire et le donneur d'ordres est basé sur une obligation de loyauté : Art. 1104 du Code civil, Art. 1194 du Code civil, L. 134-4 du Code de commerce. Le contrat est le plus souvent professionnel ce qui implique une rémunération de la part de celui qui donne l'ordres à celui qui l'exécute. Cette situation rappelle celle du salarié, Cass. civ. 1re, 16 juin 1998, no 96-10.718, Bull. civ. I, n°211 ; Art. 1199 du Code civil.

<sup>2014</sup> CORNU G., op. cit., p. 893-894.

prestataire de services auquel le bénéficiaire final a recours pour éviter de participer à l'opération dont il veut tirer avantage. Mais avant d'envisager une telle assimilation, il convient d'aborder la matière de façon globale et d'émettre l'éventualité même hypothétique d'accorder un droit à rémunération à l'interposé. Plus qu'une protection pour l'interposé, ce droit apparaît comme donnant la possibilité d'identifier clairement le bénéficiaire final d'une opération contractuelle. La transparence de dispositions permettant de garantir la protection de l'interposé donne un avantage important au législateur souhaitant identifier le véritable bénéficiaire de l'opération.

## **II : LE DESENGAGEMENT PAR L'ATTRIBUTION DE LA QUALITE DE TIERS**

825. Il y a eu une véritable consécration doctrinale de la version moderne de la qualité de partie et de tiers au contrat<sup>2015</sup>. La version actuelle plus simpliste ramène l'opposition à deux qualités permettant de réaliser une lecture parfaitement neutre du principe de l'effet relatif du contrat. Les parties dites liées s'opposent naturellement aux personnes ayant la qualité de tiers<sup>2016</sup>. Comme précédemment analysées, ces parties liées sont considérées à tort comme des tiers à l'opération contractuelle. Bien que physiquement absentes de la construction contractuelle, elles agissent par le biais d'un personnage intermédiaire ou interposé<sup>2017</sup>. Ces parties liées restent les seules bénéficiaires de l'opération réalisée pour leur compte. En somme, le tiers est le personnage qui n'a absolument aucun lien avec l'acte réalisé. Il n'est dès lors pas possible de demander à un tiers d'exécuter un acte qu'il n'a pas réalisé<sup>2018</sup>. Réciproquement le tiers ne peut absolument pas intervenir pour exiger l'exécution du contrat.

826. Une construction contractuelle comprenant un bénéficiaire final doit pouvoir assurer le désengagement de l'interposé par l'attribution de la qualité de tiers. La consécration d'un « droit au désengagement de l'interposé en fin de mission<sup>2019</sup> » comprenant la transmission des effets de l'acte et l'attribution de la qualité de tiers, peuvent contribuer à une volonté commune d'identifier ce type

---

<sup>2015</sup> GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3268 ; AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée... », RTD civ. 1993 p. 263 ; GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994, page 275 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions... », RTD civ. 1994. 777.

<sup>2016</sup> Art. 1199 du Code civil (ancien Art. 1165 du même Code).

<sup>2017</sup> GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3268 ; AUBERT, *A propos d'une distinction renouvelée...*, RTD civ. 1993 page 263 ; GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994, page 275 ; GHESTIN J., « Nouvelles propositions... », RTD civ. 1994. 777.

<sup>2018</sup> Cass. com., 11 juin 1981, Bull. civ., IV, n°265 ; Cass. civ., 1ère, 13 novembre 1997, Bull. civ., I, n°302, obs. DELEBECQUE ; JCP 1998. I. 177, n°10, obs. VIRASSAMY.

<sup>2019</sup> Sur la même lignée que la version moderne de la lecture de la qualité de partie et de tiers inspirée de plusieurs lectures : GHESTIN J., « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992. I. 3268 ; GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994, p. 275.

d'opération et plus précisément le bénéficiaire final à l'origine de cette machination occulte. Pourtant, un autre dispositif réglementaire préexistant permet d'aboutir à la même solution. La mise en demeure interrogatoire et la déclaration de simulation aboutissent inmanquablement à l'identification du bénéficiaire final de l'opération<sup>2020</sup>.

827. Plusieurs auteurs considèrent la convention de prête-nom comme un mandat occulte<sup>2021</sup>, d'autres comme une forme de représentation incomplète ou imparfaite<sup>2022</sup>. Ce qu'il faut retenir c'est que la plupart des auteurs considèrent cette opération secrète comme une forme d'interposition de personne au sein de laquelle un interposé s'engage en son nom personnel pour le compte d'une autre personne<sup>2023</sup>. D'ailleurs, la relation contractuelle qui unit l'interposé et son donneur d'ordres est régie par les dispositions du contrat de mandat<sup>2024</sup>. De ce fait, l'interposé doit respecter les obligations auxquels il est soumis par contrat, mais l'inverse est également vrai du côté du donneur d'ordres. L'interposé à la possibilité de procéder à de la rétention, elle peut également obtenir un certain nombre de privilèges, mais surtout elle doit avoir la possibilité d'être libérée par le transfert des effets de l'acte et l'imputation dans le patrimoine du bénéficiaire final<sup>2025</sup>.

828. Une analyse critique de ces dispositifs et des propositions pertinentes en présence de constructions juridiques complexes permettront non seulement de garantir la construction d'un dispositif protecteur pour le tiers contractant, mais également d'identifier plus facilement le bénéficiaire final de l'opération contractuelle.

### **Conclusion de Chapitre**

829. L'organisation de la protection de l'interposé a dû être organisée en deux étapes comprenant la réflexion sur la neutralité de ce personnage à l'égard de son donneur d'ordres, présumé absent, mais également sur la neutralité de l'opération à son propre égard. L'analyse de la neutralité matérielle a permis de mettre en exergue la construction contractuelle fondée sur le mandat entre l'interposé et son bénéficiaire final. L'existence d'un lien contractuel impose l'application de

---

<sup>2020</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire, Nature de la commission », Rép. De Dr. Commercial, Septembre 2019 : « Il appartiendrait au tiers de bonne foi de lever cette apparence en formant une action en déclaration de simulation ; le donneur d'ordre se verrait attribuer sa véritable qualité de partie tandis que le prête-nom retrouverait, par voie de conséquence, sa réelle qualité de tiers ».

<sup>2021</sup> DEBOISSY F., *La simulation en droit fiscal*, t. 276, 1997, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ, no 605, p. 231.

<sup>2022</sup> LEDUC F., op. cit., n° 1, p. 283.

<sup>2023</sup> Cass. civ. 1re, 17 nov. 1999, n° 97-16.74, Bull. civ. I, n° 311.

<sup>2024</sup> COSTE, Thèse, op. cit., n° 5, p. 7, et n° 91, p. 79 ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Thèse, op. cit., n° 95, p. 219 ; Cass. civ. 3e, 15 février 1978, D. 1978. IR 402.

<sup>2025</sup> D'AMBRA D., *Interposition de personne*, Avril 2015.

principes fondamentaux du droit des contrats, notamment le principe de la force obligatoire qui implique nécessairement le principe de bonne foi. La neutralité de l'interposé protège incontestablement le bénéficiaire final de l'opération. Le devoir de loyauté et les actions ajoutés par le dispositif législatif pour arriver à une forme de transparence dans les liens unissant ces deux personnages garantissent la neutralité de l'opération à l'égard de celui qui agit pour le compte de son donneur d'ordres.

830. La neutralité de l'opération à l'égard de l'interposé consacre le transfert des effets de l'acte à son véritable bénéficiaire et le désengagement de l'interposé par l'attribution de la qualité de tiers. Le devoir de transfert est une exception au principe de l'effet relatif des conventions, mais demeure en conformité avec les dispositions contenues dans le contrat secret. Le désengagement de l'interposé commence par l'attribution d'une rémunération en fin de mission comme c'est déjà le cas pour plusieurs professionnels, mais également par l'attribution de la qualité de tiers ce dernier personnage ayant pour obligation de disparaître en fin de mission. Après avoir proposé une analyse de la protection de l'interposé, il convient de reprendre les dispositions relatives à la protection du cocontractant appelée par certains auteurs le tiers par référence au contrat occulte.

## Chapitre 3 : L'organisation de la protection du cocontractant ignorant

831. En matière contractuelle, le tiers est celui qui ne peut pas être considéré comme une partie ou un représenté, il n'est pas non plus touché par l'effet obligatoire du contrat<sup>2026</sup>. Bien que ce personnage fasse partie du paysage juridique, il demeure totalement étranger à la situation contractuelle d'autrui. Le droit utilise de façon très courante la notion de tiers ignorant qui au vu de la proximité avec la notion de tiers, pourrait facilement lui être assimilable. Néanmoins, la définition qu'en donnent plusieurs auteurs de doctrine est bien différente<sup>2027</sup>. Le tiers ignorant désigne la personne avec laquelle l'intermédiaire forme un acte contractuel<sup>2028</sup>. Ce personnage étant à l'origine de la réalisation l'acte, il acquiert naturellement la qualité de partie et de se trouve de ce fait touché par les effets de l'acte. Les auteurs désignent donc le cocontractant ignorant comme un tiers en référence à l'acte secret<sup>2029</sup>.

832. La définition de cette notion permet de mieux entrevoir la qualité des relations entre l'ensemble des protagonistes d'une opération avec un bénéficiaire final. Ce dernier personnage reste dans l'ombre, en retrait, tandis qu'il s'implique virtuellement à travers l'intervention d'un interposé. Celui qui sera pour plusieurs auteurs considéré comme le véritable tiers à l'opération<sup>2030</sup>, intervient en lieu et place du véritable bénéficiaire et forme l'opération ostensible avec celui qui est couramment appelé le « tiers contractant<sup>2031</sup> ». Au-delà de sa participation à cette opération, le cocontractant est tenu dans l'ignorance du mécanisme occulte mis en place autour de lui. Il n'a pas connaissance de l'existence d'un bénéficiaire final et l'interposé dissimule son véritable rôle au sein de l'opération. En ce sens, il est possible de considérer que ce dernier personnage pourrait être un individu trompé ou dupé par une situation à laquelle il n'a pas voulu prendre part. Du reste, la doctrine rappelle qu'en matière de convention de prête-nom, le participant qui réalise l'acte ostensible avec l'interposé n'est qu'une partie à l'acte ostensible. Il est en réalité « considéré comme tiers à l'acte secret<sup>2032</sup> ».

---

<sup>2026</sup> CORNU G., op. cit., p. 1026.

<sup>2027</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, Novembre 2015.

<sup>2028</sup> D'AMBRA D., op. cit., 2015.

<sup>2029</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628 ; PONCET, Thèse, op. cit., p. 89 et s.

<sup>2030</sup> GHESTIN J., op. cit., I, 628, n° 2.

<sup>2031</sup> BENABENT A., *Droit des obligations*, 17e éd., LGDJ, Lextenso, 2018.

<sup>2032</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

833. Ainsi, est-il possible de parler d'erreur sur la personne sachant que le cocontractant ignorant ne s'engage pas avec le bénéficiaire final de l'opération ? Bien qu'une réponse positive pourrait être évidente, il semble qu'une telle affirmation ne peut avoir lieu. L'erreur n'est pas une notion fondamentalement juridique<sup>2033</sup>, elle ne le devient que dans certaines conditions. L'erreur sur la personne entraîne la nullité du contrat uniquement lorsqu'ils sont conclus « en considération de la personne<sup>2034</sup> ». L'erreur sur la personne concerne donc essentiellement les contrats dits *intuitu personae*, c'est-à-dire, ceux pris en considération de la personne avec laquelle le futur contractant souhaite s'engager<sup>2035</sup>. Or, il est impossible d'affirmer que tous les engagements pris par un tiers entrent dans la catégorie des contrats *intuitu personae*. Dès lors, il semble un peu prématuré de permettre à ce personnage d'utiliser cet argument pour demander l'annulation de l'acte. D'autant que les éléments de l'identité d'une personne, tels que son âge, ou son origine, sont très rarement considérés comme des qualités essentielles et ne peuvent, de ce fait, entraîner la nullité de l'acte en question<sup>2036</sup>. Le tiers peut-il se tourner vers le dol<sup>2037</sup> pour justifier la mise en responsabilité du bénéficiaire final et de son interposé ou la nullité de l'acte réalisé ?

834. Là encore, il semble que la réponse doit être mesurée. Ce vice du consentement se traduit par des manœuvres dolosives, une tromperie visant à amener l'autre partie à conclure le contrat<sup>2038</sup>. Or, l'erreur doit être provoquée, c'est-à-dire que le maquillage, le mensonge de l'une des futures parties, doit nécessairement avoir lieu pour tromper l'autre partie au contrat et ainsi obtenir son adhésion. La dissimulation n'a donc pas lieu dans l'intention d'obtenir un bénéfice substantiel de l'opération, mais pour permettre la réalisation de cette opération en obtenant le consentement d'autrui. L'intention en matière dolosive ne peut donc pas être confondue avec l'intention du bénéficiaire final et de son interposé. D'autant que l'intérêt n'est pas porté sur la personne du tiers, mais sur l'opération contractuelle dans laquelle le bénéficiaire final ne souhaite pas apparaître. L'utilisation du dol ne semble donc pas correspondre à la situation d'un tiers impliqué dans une opération avec un bénéficiaire final. Face à cette impasse, le législateur a mis en place des dispositifs particuliers permettant de protéger le tiers, mais est-ce véritablement suffisant ?

---

<sup>2033</sup> TERRÉ F, SIMLER Ph, LEQUETTE Y., CHÉNÉDÉ F., op. cit., n° 273, p. 309.

<sup>2034</sup> Art. 1133 du Code civil.

<sup>2035</sup> VALLEUR., Thèse, op. cit., 1938 ; CONTAMINE-RAYNAUD M., Thèse, op. cit., 1974.

<sup>2036</sup> BENABENT A., op. cit., p. 91-92.

<sup>2037</sup> Pour définir le dol, WALTZ B., *Le dol dans la formation du contrat : essai d'une nouvelle théorie*, Thèse, 2011 ; GHESTIN J., « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », Dalloz, 1971, Chron. 247.

<sup>2038</sup> BENABENT A., op. cit., p. 98.

835. La mise en demeure interrogatoire et l'action en déclaration de simulation constituent les deux dispositifs permettant de protéger le tiers. Le premier dispositif prévoit que « le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte<sup>2039</sup> ». Le second dispositif prévoit que « lorsqu'une personne, partie ou tiers à la simulation, entend invoquer l'acte secret et ainsi faire apparaître la réalité cachée sous l'acte apparent, elle doit déclarer la simulation<sup>2040</sup> ». Malgré une volonté protectrice du législateur au regard de la situation vulnérable de la partie trompée, plusieurs auteurs soulignent les difficultés de mise en œuvre de ces dispositifs, ainsi que de nombreux doutes quant à leur efficacité<sup>2041</sup>. Pourtant, l'un de ces mécanismes protecteurs, bien qu'il possède une double finalité, semble rester à la portée du cocontractant qui souhaite l'utiliser. Ainsi, l'action en déclaration de simulation est un dispositif ouvert aux parties, comme aux tiers, permettant de détruire la situation apparente dans l'intérêt de celui qui agit.

836. Certains auteurs soulignent le caractère insuffisant du dispositif protecteur de la théorie de l'apparence<sup>2042</sup>. La première critique porterait sur le caractère non contractuel du lien existant entre le donneur d'ordres et l'interposé<sup>2043</sup>, cependant, bien que cette hypothèse perdure, il semble néanmoins que plusieurs situations occultes se caractérisent par la mise en place d'un acte contractuel secret. La seconde critique porte sur le rapport à trois parties qu'implique ce système occulte, il serait à l'origine de la fragilité de notre système juridique. Pourtant, force est de constater que plusieurs auteurs ont donné une définition plus moderne de la qualité de partie et de tiers privant ce second argument de fondement<sup>2044</sup>. L'interposé se retrouve relégué au rang de tiers alors que le bénéficiaire final de l'opération est une partie liée qui retrouve les effets de l'opération réalisée pour son compte. Enfin bien, qu'il soit difficile d'entrevoir une forme de confiance ou de loyauté à travers l'implication de trois personnes dont l'une resterait cachée<sup>2045</sup>, il reste que ce mécanisme ne fragilise le droit que s'il n'est pas maîtrisé par des dispositions spécifiques.

---

<sup>2039</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; Art. 1158 du Code civil.

<sup>2040</sup> OPÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>2041</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 ; OPÈLE C., *Simulation*, Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>2042</sup> JABBOUR R., *op. cit.*, p. 260-261.

<sup>2043</sup> LOKIEC P., *Le droit des contrats et la protection des attentes*, Dalloz, 2007, p. 321.

<sup>2044</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP G., 1992, I, 628, n° 2.

<sup>2045</sup> BEHAR-TOUCHAIS M., *Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit des contrats*, in *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, ECONOMICA, 2001, p. 83 et s. spéc. p. 94 ; AYNES L., *L'obligation de loyauté*, Archive de philosophie du droit, 2000, p. 197.



837. En somme, et pour parvenir à une analyse complète du régime juridique mis en place pour le cocontractant, il convient dans un premier temps, d'analyser lacunes de la mise en demeure interrogatoire (**Section 1**). Puis, dans un second temps, de consacrer l'action en déclaration de simulation comme le seul dispositif légal permettant d'apporter une protection totale au cocontractant (**Section 2**).

## **Section 1 : Les lacunes de la mise en demeure interrogatoire**

838. Parmi les dispositions introduites par le législateur pour protéger le tiers figure la mise en demeure interrogatoire. Issue de la consécration de mécanismes dits « actions interrogatoires<sup>2046</sup> », la mise en demeure interrogatoire est un dispositif issu de la réforme de février 2016 qui permet de « lever un doute quant à l'efficacité d'un acte ou quant à la réalité du pouvoir d'un représentant<sup>2047</sup> ». Ainsi, en matière de représentation, le futur cocontractant qui doute de l'étendue des pouvoirs du représentant peut interroger le représenté<sup>2048</sup>. Pour ce faire, il effectue sa demande par écrit et impose une réponse sous un délai raisonnable. En l'absence de réponse, le représentant est habilité à conclure l'acte dont il est question.

839. L'utilisation de la notion de « mise en demeure<sup>2049</sup> » n'est pas aléatoire, il s'agit en effet de sommer un individu, par écrit, pour le contraindre à répondre à une demande en particulier. Une « action<sup>2050</sup> », à la différence, représente un droit subjectif ouvert à une ou plusieurs personnes, tel que le droit d'agir en justice par exemple. L'utilisation d'une notion telle que la mise en demeure ne peut avoir pour seul but que la création d'une obligation de répondre pour le représenté. De surcroît, l'habilitation présentée sous forme de réponse au silence du représenté ne peut qu'être interprétée comme une forme de sanction, face à la mauvaise foi du donneur d'ordres<sup>2051</sup>. Pour autant, et bien que l'existence d'une telle mesure ne soit pas à remettre en cause, son application fait l'objet de vives critiques.

---

<sup>2046</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>2047</sup> Ibid.

<sup>2048</sup> Art. 1158 du Code civil : « Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte ».

<sup>2049</sup> CORNU G., op. cit., p. 325-326 : « Interpellation en forme de sommation, lettre missive ou tout acte équivalent, aux termes de laquelle un créancier notifie à son débiteur sa volonté de recouvrer la créance ».

<sup>2050</sup> CORNU G., op. cit., p. 24-25 : « Sanction d'un droit subjectif ».

<sup>2051</sup> DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 252 ; CHANTEPIE G., et LATINA M., *La réforme du droit des obligations*, op. cit., n° 395.

840. D'abord, la mise en demeure interrogatoire semble limitée par certains critères, notamment quant aux opérations auxquelles cette disposition s'applique. Il s'agit d'une disposition qui concerne les opérations dites de représentation et ne permet d'interroger le représenté que sur l'étendue des pouvoirs du représentant et non sur l'existence de ceux-ci. Le lien contractuel qui existe entre l'interposé et son donneur d'ordres repose sur les dispositions relatives à la représentation, ce n'est pas le cas de l'opération apparente qui repose sur une base structurelle occulte. L'application de ce dispositif aux opérations de représentation est fortement limitante. S'agit-il d'une inadvertance ou d'une abstention de la part du législateur ? Il est possible d'y voir une forme d'abstention sachant que les mécanismes occultes restent difficiles à appréhender. D'autant qu'il ne semble pas possible d'adapter la mise en demeure interrogatoire aux opérations dites occultes dans le sens où elle impose de façon obligatoire l'identification du donneur d'ordres. Pour autant, et bien que la situation ne soit pas la même lorsque le bénéficiaire final est connu, il semble important de protéger un tiers fragilisé par le mécanisme de la simulation. Face à une application impossible, il semble qu'une adaptation de la mise en demeure interrogatoire soit plus appropriée pour ce type d'opération.

841. Dans un second temps, la disposition prévue à l'article 1158 du Code civil demeure obscure à bien des égards notamment sur l'appréciation d'une telle mesure pour le tiers contractant ou sur la remise en cause d'un principe fondamental en droit des contrats<sup>2052</sup>. S'agit-il d'une mesure obligatoire ou d'une simple faculté ? Le législateur aurait-il approuvé une exception au principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation ? Face à ces questionnements, une déconstruction de cette mesure est envisageable avant de reconstruire cette notion de telle façon à l'adapter aux opérations avec un bénéficiaire final, que ce dernier soit connu ou occulte.

842. Dès lors, il convient d'analyser non seulement les limites de ce texte (§1), mais également son silence (§2).

---

## § 1 : Une disposition limitée

843. La mise en demeure interrogatoire est une mesure uniquement destinée aux opérations de représentation<sup>2053</sup>. Elle permet au tiers, en cas de doute, d'interroger le représenté sur l'étendue des pouvoirs du représentant<sup>2054</sup>. Cette disposition ouvre un droit similaire à celui du créancier sur la

---

<sup>2052</sup> Art. 1120 du Code civil : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

<sup>2053</sup> DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 248.

<sup>2054</sup> DIDIER Ph., *La représentation dans le nouveau droit des obligations*, op. cit., loc. cit.

tête du tiers. En effet, généralement, la mise en demeure est une forme d'interpellation réalisée par le créancier, dans laquelle il informe son débiteur de sa volonté de « recouvrer sa créance<sup>2055</sup> ». Une telle lecture du texte indique que le représenté doit quelque chose au tiers contractant, comme le débiteur doit quelque chose à son créancier<sup>2056</sup>. Sachant que la créance est un « droit personnel, en vertu duquel une personne nommée créancier peut exiger d'une autre nommée débiteur l'accomplissement d'une prestation<sup>2057</sup> ».

844. Une telle définition rapproche le créancier du tiers ignorant. La créance pourrait correspondre à la demande du tiers contractant, créancier, face à son débiteur, le représenté. C'est en cela qu'une question primordiale se pose, le tiers contractant détient-il un droit sur le représenté ? Le *droit* est une notion juridique surexploitée dans tous les domaines juridiques. Néanmoins, ce qui est visé dans cette analyse n'est le droit connu comme un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société<sup>2058</sup> ». Il s'agit plus précisément de viser un droit personnel examiné comme « une obligation<sup>2059</sup> » détenue à l'égard d'une autre.

845. Le régime juridique de la mise en demeure interrogatoire prévoit qu'en cas d'absence de réponse de la part du représenté, le représentant est considéré comme autorisé dans ses actes<sup>2060</sup>. Cela veut donc dire que le tiers contractant détient véritablement un droit important sur la personne du représenté lui permettant de demander une totale transparence sur les pouvoirs qu'il a confié à son intermédiaire. La mise en demeure interrogatoire peut correspondre à une forme de sanction face au manque de coopération du donneur d'ordres. Pourtant, certains auteurs considèrent qu'il serait important de donner au représenté la possibilité de démontrer que son silence ne peut être interprété comme un agrément à l'acte réalisé par son représentant<sup>2061</sup>.

846. À l'origine, cette construction juridique avait pour but de parvenir à une forme de déclaration transparente des prérogatives confiées à l'intermédiaire. Il s'agit d'une structure montée de toute pièce pour le régime représentatif, sans tenir compte des opérations appartenant au domaine de la simulation. La mise en demeure interrogatoire reste une action limitée aux seules opérations de représentation **(I)**, dont la mise en œuvre ne peut véritablement s'adapter aux opérations avec un bénéficiaire final **(II)**.

---

<sup>2055</sup> CORNU G., op. cit., p. 325-326.

<sup>2056</sup> CORNU G., op. cit., p. 285-286 : créancier : « personne à qui le débiteur doit quelque chose ».

<sup>2057</sup> CORNU G., op. cit., p. 285.

<sup>2058</sup> CORNU G., op. cit., p. 376.

<sup>2059</sup> CORNU G., op. cit., p. 761.

<sup>2060</sup> MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., op. cit., n° 115, p. 113-114.

<sup>2061</sup> IZORCHE M.-L., op. cit., Dalloz. 1999, chron. 369.

## **I : UNE MESURE PROPRE AU DISPOSITIF REPRESENTATIF**

847. Le législateur aurait-il voulu cantonner la mise en demeure interrogatoire à ce type d'opération sachant qu'il existe l'action en déclaration de simulation pour les actes occultes ? Peut-être, néanmoins, ce cantonnement met en lumière un objectif jurisprudentiel qui est celui de limiter le conflit d'intérêts au sein des opérations de représentation et de privilégier la transparence dans les opérations à trois personnes<sup>2062</sup>. Est-ce une volonté d'éliminer ces opérations gênantes du système juridique actuel ? Cela semble être la volonté dissimulée du législateur. L'Ordonnance du 10 février 2016 a mis en place aux articles 1153 à 1161 du Code civil, un droit commun de la représentation. Ce droit commun détermine le régime propre à la représentation. L'action interrogatoire est « inspiré des Principes Lando (art. 3-208), ce mécanisme déroge à la règle séculaire qui veut que le silence ne vaille pas acceptation<sup>2063</sup> ». Ce mécanisme sanctionnateur pour le représenté demeure cantonné à l'étendue et non à l'existence du pouvoir<sup>2064</sup>. Le représenté se doit de répondre avec bonne foi dans le délai raisonnable imposé selon le contenu du contrat conclu avec le représentant<sup>2065</sup>. Le cocontractant bénéficie également d'une protection en matière de droit commerciales ou en droit des sociétés<sup>2066</sup>.

848. Généralement, le droit tant à percevoir ces opérations occultes comme des fraudes ou des tentatives de fraudes permettant le contournement de la loi applicable ou la dissimulation d'activités illicites. Pourtant, certaines opérations occultes appartenant au domaine de la simulation ne possèdent pas de caractéristiques frauduleuses. Il s'agit simplement pour le personnage en retrait de cacher la réalité sous une apparence plus favorable de telle manière à provoquer la conclusion du contrat sans heurts. Pour autant, la prise de position du législateur semble apparaître comme une volonté d'annihilation du système de l'apparence, notamment en ce qui concerne son silence sur les questions de simulation réglées par l'action en déclaration de simulation.

## **II : UNE MESURE INADAPTEE POUR LES OPERATIONS OCCULTES**

---

<sup>2062</sup> Art. 1158 du Code civil.

<sup>2063</sup> TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., op. cit., n° 238, p. 267.

<sup>2064</sup> DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, p. 252 et 254.

<sup>2065</sup> Référence à la notion de bonne foi : DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Thèse., op. cit., p. 129-130 ; WICKER G., « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », RDC, 1er avril 2007, n°2, p. 593, spéc., n°7.

<sup>2066</sup> Art. 1849 du Code civil ; Art. L. 222-18, L. 225-35, L. 225-64 du Code de commerce, analysé par TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., op. cit., loc. cit.

849. La question qu'il convient dès lors de se poser est de savoir si la mise en demeure interrogatoire, tel que décrit par le législateur suffit à protéger le tiers ? Les dispositions sont-elles suffisantes de telle sorte qu'elles pourraient être appliquées aux opérations avec un bénéficiaire final ? Il semble que la réponse doit être justifiée, notamment au regard des critiques doctrinales sur la question<sup>2067</sup>. Il doit exister dans l'esprit de ce cocontractant un doute sur l'étendue des pouvoirs du représentant<sup>2068</sup>. En aucun cas, le législateur ne prévoit que cette mise en demeure peut porter sur l'existence des pouvoirs du représentant<sup>2069</sup>. Sans doute considère-t-il que l'absence de pouvoirs est déjà sanctionnée par inopposabilité au représenté et la nullité si elle est demandée par le « tiers<sup>2070</sup> » ignorant. Cela voudrait donc dire que la loi laisse peu de place au doute en exigeant du cocontractant qu'il recherche la transparence dans la situation contractuelle dans laquelle il se trouve.

850. Pourtant, est-ce suffisant ? Il semble que le doute sur l'existence des pouvoirs de cet intermédiaire doit ouvrir la possibilité d'appliquer la mise en demeure interrogatoire. Cela pourrait permettre de faire une distinction entre les dispositions permettant de lutter contre le conflit d'intérêts<sup>2071</sup> et celles mises à la disposition du « tiers contractant<sup>2072</sup> » pour protéger ses propres intérêts. Ainsi, et pour répondre à la question précédente, la mise en demeure interrogatoire n'est pas une disposition suffisamment construite pour être appliquée telle qu'elle aux opérations avec un bénéficiaire final. En effet, ce type d'opérations se caractérisent par la dissimulation du véritable bénéficiaire de l'opération, ce qui provoque l'ignorance du cocontractant. Comment pourrait-il interroger le véritable bénéficiaire de l'opération s'il ignore le rôle véritable de l'interposé ? Comment aurait-il pu demander des précisions à un donneur d'ordres sans savoir qu'il en existe un ?

851. Il aurait fallu mettre en lumière l'opération occulte, pour découvrir l'identité du donneur d'ordres et lui transmettre une demande écrite. Mais là encore, il ne s'agit plus d'une opération avec un bénéficiaire final puisque celui-ci est rendu visible aux yeux de tous. Le caractère occulte a disparu ce qui laisse place à une simple opération de représentation<sup>2073</sup>. Le seul moyen de permettre l'adaptation de cette mesure aurait été dans le cas d'une opération avec un bénéficiaire final connu.

---

<sup>2067</sup> MATHEY N., *Représentation*, Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>2068</sup> DESHAYES O., GENICON T., et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 248.

<sup>2069</sup> MATHEY N., op. cit., loc. cit. : « Il suffit que le tiers ait un doute sur les pouvoirs de la personne avec lequel il s'apprête à contracter pour que la faculté d'interroger le représenté lui soit ouverte. Il n'est pas nécessaire que son doute soit légitime ou causé par le comportement du représentant ou du représenté (Comp. avec PEDC, art. 3 :208). En revanche, à suivre la lettre du texte, le doute ne peut porter que sur l'étendue des pouvoirs, et non sur l'existence même de ceux-ci ».

<sup>2070</sup> GHESTIN J., « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628 ; PONCET, Thèse, op. cit., p. 89 et s.

<sup>2071</sup> CUIF P.-F., *Le conflit d'intérêts*, op. cit., n°1, p. 1.

<sup>2072</sup> GHESTIN J., op. cit., loc. cit.

<sup>2073</sup> Voir notamment la déclaration de command : LE TOURNEAU Ph., « Mandat », Rép. Dr. civil., juillet 2017, actualisation décembre 2019.

Une telle situation permettrait au tiers contractant de savoir qu'il traite avec un interposé et d'interroger son donneur d'ordres à travers l'interposé. L'écrit devrait être transmis au donneur d'ordres qui pourrait y répondre par le biais de son interposé ou directement au tiers contractant. Appliquée ainsi, la mise en demeure interrogatoire peut s'adapter au moins à une partie des opérations avec un bénéficiaire final. Sans une adaptation préalable de la mesure mise en place par le législateur, il semble impossible d'appliquer cette disposition aux opérations dites occultes.

852. Pour créer un mécanisme protecteur pour le tiers contractant, il convient néanmoins d'entrevoir toutes les possibilités issues de cette mesure. Ainsi, il semble que le silence du texte sur certaines conditions de fond comme de forme mérite d'être analysé, critiqué et remplacé pour être mieux adapté au cas des opérations avec un bénéficiaire final.

---

## § 2 : Une disposition obscure

853. En principe, l'article 1120 du Code civil prévoit que « le silence ne vaut pas acceptation<sup>2074</sup> », sauf si la loi, les usages, les relations d'affaires ou d'autres circonstances le prévoient. Pourtant, l'application de la mise en demeure interrogatoire remet fondamentalement ce principe en question. En effet, l'absence de réaction du représenté est littéralement sanctionnée par l'action paralysante du législateur. Il habilite sans aucune forme de contestation le représentant dans l'utilisation du pouvoir confié<sup>2075</sup>. Le cocontractant est véritablement protégé au regard des dispositions relatives au régime de la représentation<sup>2076</sup>, malgré la remise en question d'une règle fondamentale rattachée d'ailleurs au principe du consensualisme.

854. Ce droit pour le tiers contractant apparaît de prime abord comme une prérogative laissée à la libre utilisation du tiers contractant. Il s'agit d'un droit exclusif que le titulaire détient sur l'autre, de telle manière à faire naître un moyen de pression ou un pouvoir dont il est le seul émetteur. Simplement, les réflexions doctrinales sur le régime de la mise en demeure interrogatoire, laisse entendre que cette action devrait être considérée comme obligatoire. Comment protéger efficacement un individu qui ne se sert pas de toutes les actions lui permettant de se protéger lui-même ? C'est en cela qu'il est important de revenir sur la volonté grandissante de punir le tiers contractant qui n'utilise pas cette action en cas de doute.

---

<sup>2074</sup> Art. 1120 du Code civil : « Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

<sup>2075</sup> Critiques doctrinales sur l'habilitation par le silence du représenté : IZORCHE M.-L., op. cit., Dalloz. 1999, chron. 369.

<sup>2076</sup> D'AMBRA D., op. cit., cite notamment : Rapport au Président de la République du 10 février 2016, JO 11 février 2016.

855. Ainsi, l'analyse de cette mesure exceptionnelle est indispensable afin de comprendre en quoi les dispositions imposant son application pourraient être utilisées pour les opérations avec un bénéficiaire final (I). Pourtant, il est important de souligner l'imprécision de cette action afin de répondre aux critiques des auteurs, et d'apporter une lecture plus précise pour une application aux opérations occultes (II).

### **I : UNE ACTION PROTECTRICE EXCEPTIONNELLE**

856. En effet, l'absence de réponse à la demande du tiers concernant l'étendue des pouvoirs d'un intermédiaire dans les délais précités entraîne l'habilitation automatique de ce dernier pour la conclusion de l'acte en question. En d'autres termes, le silence du donneur d'ordres constitue une autorisation dans l'accomplissement de l'opération<sup>2077</sup>. Le choix du législateur semble curieux pour plusieurs auteurs, particulièrement sur la nécessité d'un tel choix<sup>2078</sup>. Cependant, ne pourrait-on pas y voir une forme de sanction face la négligence du donneur d'ordres ?

857. Le législateur n'a rien précisé à ce sujet, il serait néanmoins légitime de le croire. L'absence de réponse laisse place au doute et à l'occulte, tandis qu'une réponse positive ou négative relève du respect du principe de bonne foi et participe à la transparence de la relation contractuelle qui lie le représentant et le représenté<sup>2079</sup>. Une telle lecture laisse entendre que le donneur d'ordres se trouve face à une obligation de répondre à la question qui lui est posée par ce tiers contractant. Il n'a d'autre choix que de répondre par la négative, et délimiter les droits de son intermédiaire ou, répondre par la positive et confirmer l'étendue des pouvoirs de ce dernier. L'absence de réponse étant sanctionnée par une présomption irréfragable d'habilitation de l'intermédiaire<sup>2080</sup>. L'application de ces critères aux opérations avec un bénéficiaire final occulte semble assez utopique. En effet, la dissimulation de ce personnage à travers l'implication d'une autre personne ne laisse aucune place au doute quant à l'étendue ou bien à l'existence des pouvoirs de celui qui traite avec le tiers contractant. Comment ce dernier personnage pourrait-il exercer une telle disposition, s'il pense ne pas rentrer dans les critères les lui permettant ?

---

<sup>2077</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018.

<sup>2078</sup> CHANTEPIE G, LATINA M., *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016.

<sup>2079</sup> De FONTMICHEL M., « Les nouvelles actions interrogatoires », D. 2016. 1665 s, comme en matière de succession, « s'il y a eu sommation d'opter, alors le silence vaut acceptation pure et simple » : ÉGÉA V., « Succession, Recueil de la succession, Succession, Recueil de la succession », Rép. De procédure civile, Décembre 2011, actualisation juillet 2020.

<sup>2080</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 9, al. 3, JO 11 février.

858. Pourtant comme annoncé précédemment, une application adaptée aux opérations avec un bénéficiaire final connu semble tout à fait possible. Il en est d'ailleurs ainsi pour le contrat de commission et la déclaration de command<sup>2081</sup>. Ces deux opérations obligent le donneur d'ordres à se manifester auprès du cocontractant afin de lui répondre. Il pourrait lui répondre directement par écrit ou à travers l'intervention de son interposé. Tout bien considéré, la reconstruction de la mise en demeure interrogatoire peut participer à la volonté de transparence du législateur, bien qu'il n'en ait pas fait état de façon claire.

859. Dans cette optique, la mise en demeure interrogatoire est un mécanisme protecteur mis à la disposition du tiers qui doute de l'étendue des pouvoirs du représentant. Simplement, le législateur ne précise pas la portée de l'application d'une telle mesure. Face au silence du législateur, le professeur MATHEY s'est interrogé sur le point de savoir si cette mesure était une « faculté laissée entièrement à la discrétion du tiers ou bien est-ce une diligence normale en présence d'un doute<sup>2082</sup> » ? En d'autres termes, le tiers doit-il automatiquement réagir face au doute, où s'agit-il d'un simple droit de réaction ?

## **II : UNE ACTION PROTECTRICE IMPRECISE**

860. Il serait opportuniste de répondre de façon hâtive, néanmoins, l'absence de prise en compte d'un doute quant à l'étendue des pouvoirs d'un intermédiaire peut fragiliser considérablement l'opération puisque les articles 1156 et 1157 du Code civil prévoient des mesures protectrices pour le représenté trahi. Il en va donc de l'intérêt du tiers contractant de saisir cette opportunité<sup>2083</sup>. L'absence de réaction d'un tiers qui doute est incompréhensible et inadmissible compte tenu du dispositif juridique protecteur mis en place. En effet, un tiers qui doute de la légitimité des pouvoirs d'un intermédiaire, mais qui accepte de conclure l'opération ne peut se placer dans la position d'un tiers ignorant le détournement ou le dépassement de pouvoir<sup>2084</sup>. Il aura été négligent et son abstinence pourrait lui retirer tout droit d'action contre le l'acte accompli. Pour autant, à défaut d'une

---

<sup>2081</sup> Voir sur ce point GENICON T., op. cit., p. 45 et s ; DIDIER Ph., Thèse, n° 110 et s.

<sup>2082</sup> MATHEY N., « Représentation », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Mai 2018 : « S'agit-il uniquement d'une faculté laissée entièrement à la discrétion du tiers, ou bien est-ce une diligence normale en présence d'un doute ? En pratique, il sera peut-être difficile d'admettre que le tiers n'use pas de la voie ouverte par l'article 1158 nouveau du code civil alors qu'il doute de l'étendue des pouvoirs de son interlocuteur ».

<sup>2083</sup> PILLET G., « Pacte de préférence, Le fonctionnement du pacte de préférence », Répertoire de droit civil., octobre 2016, actualisation janvier 2019.

<sup>2084</sup> DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 251.



confirmation juridictionnelle, il semble que ces suppositions doivent rester à l'état de simples hypothèses.

861. Plus que lacunaire, la mise en demeure interrogatoire est une disposition intéressante, mais incomplète. Elle demeure fermée aux opérations de représentation et reste abstraite pour de nombreux auteurs<sup>2085</sup>. Il reste néanmoins que certaines améliorations peuvent donner lieu à une application extensive de ses mesures aux opérations avec un bénéficiaire final. Notamment, appliquer la mise en demeure interrogatoire au doute sur l'existence même de pouvoirs. Il s'agit ici de considérer la situation dans laquelle le tiers contractant interroge non pas le donneur d'ordres, mais l'individu avec lequel il traite pour qu'il apporte une réponse sur le fait de savoir s'il agit pour lui-même ou pour le compte d'autrui.

862. Cette disposition ne remettrait pas en cause le caractère occulte de l'opération au sens ou l'identité du bénéficiaire final pourrait resté cachée, simplement l'interposé aurait l'obligation de répondre dans les délais pour dénoncer son rôle éphémère. Ainsi, il appartiendrait au tiers contractant de s'engager ou non. Cette semi-transparence ayant pour seul objectif la protection du cocontractant. Une telle hypothèse n'est actuellement pas prévue par l'article 1158 du Code civil. Dans l'attente de telle mesure, le législateur a tout de même prévu un autre dispositif pour les opérations entrant dans le cadre de la simulation, il s'agit de l'action en déclaration de simulation.

## **Section 2 : Les apports de l'action en déclaration de simulation**

863. La simulation est une construction juridique dont la signification est contenue dans la section II du Code civil qui a pour thème principal, les effets du contrat à l'égard des tiers<sup>2086</sup>. Elle consiste à créer un acte juridique apparent afin de masquer, déguiser où dissimuler, une personne, une activité, ou une situation secrète<sup>2087</sup>. En peu de mots, la simulation permet, soit de masquer l'opération ou son contenu sous une couverture particulière, soit d'utiliser une personne interposée dans la construction de l'opération en question. D'ailleurs, l'article 1201 du Code civil précise que la

---

<sup>2085</sup> DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., op. cit., p. 254.

<sup>2086</sup> TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., op. cit., n° 724 et s, p. 791 et s.

<sup>2087</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, , op. cit., p. 970.

contre-lettre issue d'un mécanisme occulte entre les parties ne produit des effets qu'entre eux et reste inopposable aux tiers, bien que ces derniers puissent s'en prévaloir<sup>2088</sup>. Face à la situation occulte dans laquelle se trouve engagé le cocontractant ignorant, le législateur a prévu un mécanisme permettant à ce dernier de faire prévaloir ses intérêts en mettant en lumière l'acte secret<sup>2089</sup>.

864. Ainsi, l'action en déclaration de simulation permet à une partie ou un tiers à la simulation d'invoquer l'acte secret pour faire apparaître « la réalité cachée sous l'acte apparent<sup>2090</sup> ». Pour se faire, le tiers dispose d'une action en justice spécifique nommée « action en déclaration de simulation<sup>2091</sup> ». Cette action ouverte à tous et non pas seulement aux créanciers comme il en est question pour l'action paulienne ou l'action oblique<sup>2092</sup> a pour objet le rétablissement de la réalité cachée par l'apparence. Dans cette mesure, le tiers contractant peut profiter des conditions prévues dans l'acte secret et faire disparaître la situation apparente dont il était victime. Pourtant, il est possible de voir une autre explication ou un autre avantage à la mise en œuvre de cette action. Notamment, celle d'user d'une volonté de transparence, pour détruire la situation ostensible qui était en cause.

865. Désormais, il semble important de se demander si le mécanisme mis en place par le législateur a véritablement pour but de protéger le tiers contractant victime de la machination du bénéficiaire final. Le véritable but du législateur ne serait-il pas simplement celui de mettre en lumière les opérations occultes ? Sans vouloir faire preuve d'opportunisme, l'action en déclaration de simulation permet non pas de sanctionner un acte frauduleux, mais de révéler la réalité cachée, en d'autres termes, d'anéantir le caractère occulte de l'opération. En effet, l'action paulienne « nécessite la preuve de la fraude aux droits des créanciers, ainsi que la caractérisation du préjudice subi par le créancier demandeur dont la créance doit être antérieure à l'acte frauduleux<sup>2093</sup> », contraire à l'action en déclaration de simulation qui « suppose la coexistence d'une apparence et d'une réalité secrète contraire<sup>2094</sup> ». Ce mécanisme ne semble donc pas s'attarder sur la condition délicate du cocontractant. Le législateur semble souhaiter avant toute chose *débusquer* celui qui récolte le

---

<sup>2088</sup> Art. 1201 du Code civil : « Lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-lettre, produit effet entre les parties. Il n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ».

<sup>2089</sup> MARTY et RAYNAUD, *Les obligations*, T. 1, n° 306.

<sup>2090</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>2091</sup> Art. 2224 et 2232 du Code civil.

<sup>2092</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit. : « L'action en simulation se distingue d'une part de l'action oblique de l'article 1166, d'autre part de l'action paulienne de l'article 1167 du code civil. L'une des toutes premières différences réside dans les domaines distincts de ces différentes actions. Action oblique et action paulienne sont en effet réservées aux créanciers, qui cherchent à reconstituer ou à préserver le patrimoine de leur débiteur alors que l'action en déclaration de simulation peut être intentée par un tiers non créancier de l'une des parties à la simulation, voire par l'un des participants à l'opération ».

<sup>2093</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>2094</sup> Ibid.

bénéfice de l'opération. Du reste, c'est l'une des explications possibles à l'ouverture d'une telle action à tous « ceux qui ont un intérêt à invoquer l'acte secret<sup>2095</sup> ». Ce critère est sans commune mesure l'une des preuves de la détermination du législateur.

866. Toutefois, le législateur porte une attention particulière aux personnes qui peuvent déclencher ce droit. Il s'agit uniquement de toutes celles qui ont un intérêt à se prévaloir de l'acte occulte. N'est-il pas dans l'intérêt du cocontractant de connaître les tenants et les aboutissants de l'opération à laquelle il s'engage ? N'est-il pas de son intérêt de savoir que son cocontractant n'est en réalité qu'un interposé ? Il semble que la transparence est de l'intérêt de tous, et participe au respect du principe de bonne foi dans les relations contractuelles<sup>2096</sup>. Pour autant, il reste que parfois l'acte secret n'est pas dans l'intérêt du « tiers », mais dans celui du « bénéficiaire final ». Dans une telle optique, le « tiers » n'a aucun intérêt à faire disparaître l'apparence, et l'acte secret pourrait évoluer dans l'ombre.

867. Ainsi et bien que cette action veuille s'inscrire dans l'intérêt personnel du tiers, il semble que la déclaration de simulation ne soit qu'un outil permettant de détruire les situations contractuelles occultes. La déclaration ne renvoie-t-elle pas à la notion de révélation ou d'affirmation d'un fait<sup>2097</sup> ? Dans une telle optique et face à cette analyse, il semble tout à fait approprié de procéder au décortilage de cette mesure avant de proposer plusieurs améliorations et adaptations possibles. D'autant que la situation dans laquelle s'inscrit le tiers contractant est particulièrement vulnérable compte tenu de l'ignorance dont il est victime.

868. Par conséquent, il convient dans un premier temps d'énoncer les arguments permettant d'élever la notion de transparence au rang des principes fondamentaux du droit des contrats (§1). Puis, dans un second temps, de réaliser une analyse critique de l'action en déclaration de simulation afin d'identifier les raisons d'un système protecteur considéré pour beaucoup comme accompli (§2).

---

## § 1 : La consécration d'un principe de transparence dans les relations contractuelles

---

<sup>2095</sup> Ibid. : « L'action étant ouverte à tous ceux qui ont un intérêt à invoquer l'acte secret, elle peut être intentée par l'une des parties ou par un tiers à la simulation ».

<sup>2096</sup> DESGORCES R., Thèse, op. cit., p. 129-130 ; CHARPENTIER E., « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », Revue de droit, 1996, p. 305.

<sup>2097</sup> CORNU G., op. cit., p. 304 : « Révélation ou affirmation d'un fait ».

869. Le bénéficiaire de l'apparence est celui qui se cache, qui reste en retrait, qui ne veut pas ou ne peut pas apparaître au sein de l'opération dont il souhaite récolter les fruits. La protection désigne l'action de prémunir une personne contre un risque<sup>2098</sup>. Cette notion renvoie à l'absence de sécurité et d'assurance qui peut exister autour de cette personne. L'utilisation de ces notions dans le cadre de cette analyse n'est pas anodine. Le bénéficiaire final utilise un interposé pour conclure un contrat avec un tiers contractant. L'accord pris entre cet interposé et son donneur d'ordres est occulte et demeure caché du regard des tiers. Le « tiers contractant<sup>2099</sup> » demeure tenu à l'écart de cette construction secrète, ce qui fragilise considérablement sa situation. Il n'a ni connaissance de la véritable qualité de celui avec qui il traite ni connaissance de l'identité du « bénéficiaire final » de l'opération<sup>2100</sup>.

870. En somme, ce qui importe dans la présente analyse n'est pas la reprise des rapports entre donneur d'ordres et interposé mais la protection du tiers contractant ignorant, pour lequel la recherche de transparence est indispensable. La transparence est notion juridique plus présente en droit fiscal que dans d'autres matières. Elle vient du latin paraître ou apparaître<sup>2101</sup> et désigne spécifiquement dans une autre matière, une « accessibilité des informations relatives aux prix de revient et conditions de vente<sup>2102</sup> » sur un marché. La transparence est donc une notion proche de l'information, qui en matière contractuelle désigne un « devoir imposé par la loi à un contractant de fournir des indications sur les éléments ayant un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties lorsque, légitimement, l'autre partie ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant<sup>2103</sup> ». L'action en déclaration de simulation serait-elle l'illustration d'un tel devoir d'information à l'égard du tiers contractant ?

871. Il semble que l'existence d'une telle action ne peut qu'aller dans le sens de la consécration du caractère absolu du principe de transparence (I). Pour autant, il est important de se pencher sur le régime de la preuve de l'acte secret relevant de la mise en œuvre de cette prérogative prévue par la loi (II).

## **I : LA TRANSPARENCE : UN PRINCIPE A CARACTERE ABSOLU**

---

<sup>2098</sup> CORNU G., op. cit., p. 824-825 : « Précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspondant en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité, son intégrité ».

<sup>2099</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016.

<sup>2100</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit : « En cas de convention de prête-nom en effet, l'interposition de personne n'est pas connue par le participant à l'acte ostensible : ce dernier doit alors être considéré comme tiers à l'acte secret (...). La notion de tiers est entendue par opposition à celle de partie à la simulation : sont ainsi considérés comme tiers toutes les personnes autres que les parties à l'acte secret ainsi que leurs ayants cause universels ou à titre universel ».

<sup>2101</sup> CORNU G., op. cit., p. 1038.

<sup>2102</sup> CORNU G., op. cit., p. 1039.

<sup>2103</sup> CORNU G., op. cit., p. 547.

872. La déclaration de simulation est une action en justice, permettant au tiers qui y trouve son intérêt de détruire la situation apparente, pour bénéficier des effets de l'acte secret. Cette action ouverte à tous ceux qui y trouvent un intérêt se distingue sans commune mesure de l'action paulienne et de l'action oblique qui réservent leurs actions aux seuls créanciers. Au-delà de ce critère, l'action en déclaration de simulation ne vient pas sanctionner le caractère frauduleux de machination occulte dont le cocontractant est victime. Certains auteurs ont porté une analyse critique sur cette action la considérant comme peu autonome et limitée au débat sur la preuve<sup>2104</sup>. La transparence n'est qu'une étape vers la nullité, l'inopposabilité ou l'exécution de la contre-lettre, il ne s'agit en rien d'une action relevant d'une pleine autonomie<sup>2105</sup>. Il est donc préférable de dire qu'elle se distingue de l'action en nullité.

873. L'action en déclaration de simulation permet de faire disparaître la situation conflictuelle en faisant apparaître de façon tout à fait transparente l'acte jusqu'ici tenu secret<sup>2106</sup>. Selon le Professeur CORNU, la sanction désigne la « punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction<sup>2107</sup> ». Le refus de sanctionner les auteurs d'un acte secret indique très clairement le refus pour le législateur de considérer toutes les constructions occultes comme des constructions frauduleuses. En d'autres termes, le fait pour un bénéficiaire final de passer par un interposé pour procéder à la conclusion d'une opération contractuelle ne peut pas être systématiquement considéré comme un acte frauduleux. Il n'existe donc aucune présomption absolue ou irréfutable de fraude pesant sur les opérations avec un bénéficiaire final.

874. Par ailleurs, le choix de la transparence plutôt que celui de la sanction peut être interprété comme une volonté non déguisée du législateur de privilégier la transparence dans les relations contractuelles, quelles qu'elles soient. La transparence est une notion élevée au rang de principe en droit européen et international. Madame la Professeur Christine BRECHON-MOULENES analyse cette notion comme pouvant « être la condition même de la mise en concurrence ; plus précisément, elle « surdétermine » tout le dispositif de mise en concurrence et se traduit par certaines obligations relatives au marché à passer<sup>2108</sup> ». Néanmoins, ce Professeur ajoute que « la transparence n'est pas

---

<sup>2104</sup> PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, T. 2, 2e éd., 1952, LGDJ, n° 1201 ; GHESTIN J., JAMIN Ch., et BILLIAU M., op. cit., n° 911 ; VIGNAL N., *La transparence en droit privé des contrats*, Thèse, PUAM, Coll. Institut de Droit des Affaires, 1998, n° 268, p. 227 et 228 : sur la notion de transparence.

<sup>2105</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Rép. de droit civil, juin 2012, actualisation avril 2016.

<sup>2106</sup> Ibid.

<sup>2107</sup> CORNU G., op. cit., p. 943.

<sup>2108</sup> BRÉCHON-MOULENES Ch., « Marchés publics », Répertoire de droit international, Décembre 1998, actualisation Mars 2009.

nécessairement consubstantielle de l'obligation même de mise en concurrence. Elle peut viser, tout simplement, à créer un milieu concurrentiel par l'environnement stable et prévisible qu'elle apporte aux acteurs économiques<sup>2109</sup> ».

875. Son analyse se rapproche inexorablement de l'appréciation internationaliste, de l'appréciation qu'en fait le droit interne. La transparence est une notion constamment utilisée dans le but de créer une harmonie, une stabilité ou participant à une volonté de clarté dans les échanges entre partenaires contractuels et financiers. En droit européen, cette notion est reprise comme étant l'un des « éléments clés du dispositif de protection du consommateur<sup>2110</sup> ». Là encore, la transparence apparaît non seulement comme une notion participant au devoir de loyauté dans les relations contractuelles, mais également comme un principe protecteur face à un consommateur ignorant. Par conséquent, le tiers contractant assimilé à un individu vulnérable doit être protégé par l'action en déclaration de simulation, face à la situation occulte qu'il subit. La transparence renverse le caractère occulte de la situation, bien que le contrat puisse être exécuté sans préjudice pour l'une ou l'autre des parties, il reste que le cocontractant ignorant est libre de pouvoir contracter avec la personne qu'il souhaite et ne doit pas se voir imposer une personne interposée. Dans cette optique, la transparence est un principe fondamental consacré par le législateur à travers l'élaboration et la mise en œuvre de cette disposition. Est-ce à dire que l'action en déclaration de simulation est uniquement un mécanisme de défense mis à la disposition du tiers contractant, contre le bénéficiaire final de l'opération contractuelle ?

## **II : LA PREUVE DE L'ACTE SECRET**

876. Répondre par la positive ne semble pas du tout prématuré, il semble en effet que la volonté de transparence du législateur est bien plus forte que celle visant à protéger le tiers. En ce sens, l'action en déclaration de simulation, bien que vivement critiquée lorsqu'elle est utilisée par une partie, reste bien plus accessible et avantageuse pour les tiers.

---

<sup>2109</sup> Ibid.

<sup>2110</sup> BERROD F., « Prix », Répertoire de droit européen, Février 2004, actualisation Septembre 2018 : « L'un des éléments clés du dispositif de protection du consommateur consiste en l'élaboration de garanties relatives à la transparence des prix, principal paramètre de l'achat ».

877. En effet, la partie souhaitant agir en déclaration de simulation doit prouver contre l'acte ostensible<sup>2111</sup>. L'application de l'article 1359 du Code civil<sup>2112</sup> impose la preuve de l'existence de l'acte secret par un écrit, dès lors que l'acte ostensible prend cette forme, et ce, « même si la valeur de l'acte est inférieure à 1 500 euros<sup>2113</sup> ». Néanmoins, en matière commerciale et civile, la preuve par un écrit est écartée, « lorsqu'existe un commencement de preuve par écrit, ou une impossibilité morale ou matérielle de rédiger un tel écrit<sup>2114</sup> ». C'est l'article 1358 du Code civil<sup>2115</sup>, correspondant au droit commun de la preuve, qui doit désormais s'appliquer. En d'autres termes, « la preuve par tous moyens sera alors recevable<sup>2116</sup> ».

878. Hormis ce cas exceptionnel, l'obligation de prouver par un écrit entre en contradiction avec l'appréciation première de l'action en déclaration de simulation. En effet, cette disposition étant considérée comme un mécanisme protecteur pour celui qui l'invoque, l'absence d'un acte secret réalisé par écrit peut constituer un obstacle sans commune mesure à l'utilisation de cette action<sup>2117</sup>. La jurisprudence a très souvent écarté l'application de l'article 1341 ancien du Code civil « en considérant que toute simulation dans un acte authentique constituait une fraude<sup>2118</sup> ». Une telle affirmation permettait enfin d'ouvrir l'accès du demandeur à la disposition relative à la liberté de la preuve. Pourtant, ce ne sont pas tous les demandeurs qui sont concernés par cet obstacle probatoire. Le cocontractant n'a aucune connaissance du mécanisme d'interposition, il participe uniquement à l'acte ostensible et ne peut être considéré autrement que comme un tiers à l'acte secret. Dès lors, l'exigence d'une preuve écrite ne leur est pas opposable<sup>2119</sup>. L'acte secret n'étant pour lui, qu'un fait juridique, la preuve par tous moyens est tout à fait acceptable<sup>2120</sup>.

---

<sup>2111</sup> Cass. civ. 3e, 3 mai 1978, Bull. civ. III, n° 186 ; Cass. civ. 1re, 18 janv. 1988, Bull. civ. I, n° 28.

<sup>2112</sup> Art. 1359 du Code civil : « L'acte juridique portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique. Il ne peut être prouvé outre ou contre un écrit établissant un acte juridique, même si la somme ou la valeur n'excède pas ce montant, que par un autre écrit sous signature privée ou authentique. Celui dont la créance excède le seuil mentionné au premier alinéa ne peut pas être dispensé de la preuve par écrit en restreignant sa demande. Il en est de même de celui dont la demande, même inférieure à ce montant, porte sur le solde ou sur une partie d'une créance supérieure à ce montant ».

<sup>2113</sup> OPHÈLE C., « Simulation », Répertoire de droit civil, Juin 2012, actualisation Avril 2016 ; Cass. Civ. 3e, 15 sept. 2010, no 09-68.656, Bull. civ. III, n° 180 ; JCP 2010, n° 1112, note Dagorne-Labbé ; RDC 2011. 43, obs. Laithier ; RTD civ. 2010. 781, obs. Fages.

<sup>2114</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2115</sup> Art. 1358 du Code civil : « Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen ».

<sup>2116</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2117</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit. : « La nécessité de prouver par un écrit est le plus souvent un obstacle insurmontable pour le demandeur, puisque la contre-lettre ne fait que rarement l'objet d'un acte écrit » ; Cass. civ., 3e, 15 septembre 2010., n°09-68.656, P : JCP 2010, n° 1112, note DAGORNE-LABBE.

<sup>2118</sup> Ibid.

<sup>2119</sup> Cass. com., 21 mars 1977, Bull. civ. IV, n°90 ; Cass. civ., 1ère, 11 mars 2009, n°07-20.132, P : D. 2009. AJ 872.

<sup>2120</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit. : « La contre-lettre qu'ils cherchent à faire reconnaître n'est en effet pour eux qu'un fait juridique, qu'ils peuvent donc prouver par tous moyens ».

879. Tout compte fait, l'action en déclaration de simulation apparaît comme une mesure à double finalité permettant à tous ceux qui y trouvent un intérêt, d'obtenir qu'il ne soit tenu compte que de l'acte secret et non de l'acte dit ostensible ou apparent. Néanmoins, l'analyse de son régime juridique laisse entrevoir de multiples différences entre le traitement des tiers plus favorable que celui des parties. Comment prouver par un écrit ce qui demeure pur parole d'engagement ? Il semble que le législateur n'ait pas tenu compte du fait que la création d'un bénéficiaire final n'était pas nécessairement contenue dans un écrit. D'autant plus que le caractère occulte de ce mécanisme ne permet en aucun cas d'imposer l'écrit comme condition de forme indispensable à l'opération.

880. Désormais, il est possible de croire que le législateur ait voulu faire preuve de sévérité à l'égard de ceux qui créent l'apparence. L'existence d'un tel dispositif ayant pour finalité la création d'une obligation toute nouvelle pour les parties à la simulation. Elles sont désormais dans l'obligation de consigner par écrit l'objet de leur engagement, pour pouvoir par la suite s'en prévaloir dans leur intérêt. Il en va du respect du principe de transparence énoncé plus tôt. Toutefois, une ouverture demeure, puisque le législateur ne semble exiger la preuve par écrit pour l'acte secret, qu'en présence d'un écrit pour l'acte apparent<sup>2121</sup>. Cela voudrait-il dire que l'absence d'un écrit pour l'acte ostensible ouvre le champ du possible pour la preuve de l'acte secret ? Sans aucune confirmation du juge ou du législateur, il semble qu'une telle affirmation ne peut rester qu'à l'état de simple supposition.

881. Ainsi, il semble tout à fait justifié de considérer l'action en déclaration de simulation comme un mécanisme protecteur pour le cocontractant ignorant. Néanmoins, il semble que celui qui agit en déclaration de simulation n'agit pas uniquement dans son intérêt, mais dans celui du système juridique dans son ensemble. La double finalité de ce dispositif permettant à la fois de tenir compte de l'acte secret, tout en détruisant la situation apparente reste exceptionnelle<sup>2122</sup>. D'ailleurs, il semble tout à fait admis que l'action en déclaration de simulation participe l'intention du législateur d'instaurer plus de transparence dans les opérations entrant dans le cadre de la simulation. C'est pour cette raison que le tiers contractant dispose d'une protection complète contre le bénéficiaire de l'apparence. En ce sens, l'action en déclaration de simulation est un dispositif accompli dont le système protecteur se divise en deux objectifs précis, la lutte contre la clandestinité et la protection du tiers ignorant. Pour continuer cette analyse et nous permettre d'aller plus loin dans la réflexion, il aurait été préférable de comprendre pourquoi ce dispositif est considéré comme celui qui est le plus complet au sein de notre système juridique. S'agit-il d'une volonté législative de rattraper le temps

---

<sup>2121</sup> OPHÈLE C., *op. cit.*, loc. cit. : « Lorsque l'acte apparent est un écrit, la preuve de la simulation ne pourra donc se faire que par un autre écrit ».

<sup>2122</sup> DAGOT M., *Thèse.*, *op. cit.*, 1967, LGDJ., n° 302.



perdu face aux mécanismes occultes de plus en plus nombreux ? Une réponse positive doit être argumentée et justifiée par des éléments solides. Néanmoins, il est désormais possible d'affirmer que l'action en déclaration de simulation consacre une protection complète à la personne du cocontractant dans les opérations avec un bénéficiaire final.

---

## § 2 : Une protection complète contre le bénéficiaire de l'apparence

882. L'action en déclaration de simulation est une mesure accomplie permettant de protéger efficacement le cocontractant contre le bénéficiaire de l'apparence. Cette action dont l'autonomie est remise en cause permet de détruire la situation apparente pour mettre en lumière la réalité<sup>2123</sup>. Le régime juridique de cette action est ouvert non seulement aux parties, mais également aux tiers. D'ailleurs, une attention toute particulière doit être portée au mode de preuve imposée par ce droit. La preuve est avant tout la « démonstration de l'existence d'un fait ou d'un acte dans les formes admises ou requises par la loi<sup>2124</sup> ».

883. La jurisprudence considère de façon constante que pour les parties « la preuve d'une contre-lettre doit être administrée par écrit lorsque l'acte apparent est constaté en cette forme, sauf dans le cas où la simulation a lieu dans un but illicite<sup>2125</sup> ». Le législateur admet que les opérations appartenant au domaine de la simulation ne sont pas toutes exclusivement frauduleuses. En effet, l'admission d'une ouverture du mode de preuve en cas de fraude démontre l'intention explicite du législateur de distinguer deux types d'opérations en matière de simulation, les opérations occultes, mais licites et les opérations occultes et illicites. À l'inverse, l'absence d'un acte apparent écrit, ne suffit pas à établir l'existence d'un acte secret<sup>2126</sup>.

884. Pour les tiers, la liberté de la preuve est complètement admise<sup>2127</sup>, peut-être s'agit-il pour le législateur d'une façon de protéger le « tiers contractant<sup>2128</sup> » ignorant ? La réponse mérite une certaine étude qui aboutit sans nul doute à la consécration d'un principe de liberté probatoire pour le tiers contractant ignorant (I). Néanmoins, le législateur semble privilégier son intention de mettre en place une lecture transparente dans les rapports entre l'interposé, son donneur d'ordres, et le tiers

---

<sup>2123</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2124</sup> CORNU G., op. cit., p. 802.

<sup>2125</sup> Cass. civ., 24 octobre 1977, Bull. civ, I, n°379 ; Cass. Civ. 3e, 3 mai 1978, Bull. civ, III, n°186.

<sup>2126</sup> Cass. civ., 15 septembre 2010, n°09-68.656 P : JCP 2010, n°1112, note DAGORNE-LABBE ; RDC 2011 page 43, observation LAITHIER ; RTD civ. 2010. Page 781, Observation FAGES.

<sup>2127</sup> Cass. com., 21 mars 1977 : Bull. Civ. IV, n°90.

<sup>2128</sup> La qualification renvoi à la considération de sa qualité par rapport à l'acte secret.

contractant. Il s'agit certainement de consacrer un principe protecteur qui touche tout particulièrement les opérations occultes (II).

### **I : UNE LIBERTE PROBATOIRE ILLIMITEE POUR LE COCONTRACTANT**

885. La preuve par écrit est complètement inadaptée aux réalités de notre système juridique et financier, si bien que celui qui ignorait la situation apparente dispose d'un avantage considérable par rapport aux « parties à la simulation<sup>2129</sup> ». En effet, le « tiers à la simulation<sup>2130</sup> » étant un individu étranger à l'opération secrète, il dispose d'une liberté probatoire illimitée. En revanche, les participants à la contre-lettre qui agissent en déclaration de simulation sont tenus d'apporter un écrit pour appuyer leurs demandes. La construction occulte d'une opération avec un bénéficiaire final ne peut et ne doit laisser aucune trace, l'écrit étant la preuve de l'existence d'une interposition ou d'une instrumentalisation selon le cas. Au regard de la situation dans laquelle s'inscrivent les opérations avec un bénéficiaire final, il ne semble pas possible d'apporter la preuve d'un écrit qui dans la plupart des cas, n'existe pas.

886. L'absence de contrainte du tiers à l'acte secret en matière probatoire est un avantage considérable pour le cocontractant lésé. Même en cas de similitude entre les parties à l'acte secret et les parties à l'acte ostensible, l'interposition de personne est une forme de dissimulation qui porte sur l'identité du véritable bénéficiaire de l'acte ostensible, ce qui implique l'ignorance du cocontractant à l'opération apparente<sup>2131</sup>. Ce dernier ayant acquis la qualité de partie à l'acte ostensible, il ne peut, en tout état de cause, être considéré comme tel pour l'acte secret. En définitive, l'interposé n'étant pas informé de la machination des deux premiers protagonistes, il peut se retourner vers cette action avantageuse, lui permettant d'obtenir à son profit les effets de l'acte secret jusqu'alors alloué à ses seuls participants.

887. Finalement, le législateur consacre une exception au principe de l'effet relatif des contrats en donnant la possibilité à un tiers de pouvoir profiter des effets d'un acte dont il n'est pas l'auteur. Dès lors, il existera toujours un ajustement entre « l'opportunité d'un certain degré d'indépendance des individus et la nécessité de tenir compte du rôle joué par les contrats dans le tissu social<sup>2132</sup> ». L'action en déclaration de simulation vient assurer une protection complète à l'égard du cocontractant appelé également tiers à la simulation. Mais l'analyse doit être poussée au-delà du caractère purement

---

<sup>2129</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2130</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2131</sup> TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHÉNEDÉ F., op. cit., n° 316 et s, p. 282 et s.

<sup>2132</sup> GHESTIN J, JAMIN C, BILLIAU M., Effets du contrat, 3e éd., 2001, LGDJ, n°8 et s.

probatoire de cette action. En effet, ce dernier personnage n'est pas seulement protégé au regard de la prise en compte de l'acte secret, il est également avantage par un choix conforme à ses intérêts personnels.

## **II : LA RECONNAISSANCE D'UN PRINCIPE PROTECTEUR**

888. La satisfaction est double et vient rejoindre celle du législateur qui semble avoir eu l'intention de faire naître un principe général de la transparence en matière contractuelle. La qualité de partie à la simulation reste difficile à porter dans ces conditions, l'écrit étant un critère obligatoire, la présence d'une telle disposition ne pouvait que fragiliser leur position. De plus, et pour suivre la position d'une jurisprudence plus douce<sup>2133</sup>, il aurait fallu aligner le régime général sur le régime spécial réservé « en matière commerciale ou encore, en matière civile, lorsqu'existe un commencement de preuve par écrit, ou une impossibilité morale ou matérielle de rédiger un tel écrit<sup>2134</sup> ». Il aurait pu également être proposé de procéder à un alignement sur le régime de la preuve par les tiers, ces derniers ayant la possibilité d'établir la réalité de l'acte secret par tous moyens<sup>2135</sup>.

889. Par conséquent, l'action en déclaration de simulation est un dispositif couramment utilisé par les tiers créanciers comme l'action oblique et l'action paulienne<sup>2136</sup>. Plus qu'une mesure protectrice de la condition du tiers créancier, elle apparaît comme l'un « des moyens de protection de leur gage général<sup>2137</sup> ». Au demeurant, l'utilisation précise de ce droit jusqu'alors distinct des deux premiers par le tiers créancier, démontre bien son caractère complet et accessible. C'est pourquoi il semble important de rappeler le but de ce droit. En effet, il ne s'agit pas de sanctionner une fraude, mais de faire apparaître la réalité sous l'apparence dans l'intérêt de celui qui l'invoque. L'action en déclaration de simulation apparaît, non seulement comme un droit permettant d'appréhender la situation du tiers ignorant, mais également comme une solution au système occulte mise en place pour le bénéficiaire final.

890. C'est pour toutes ces raisons qu'il est désormais possible de considérer l'action en déclaration de simulation comme étant le seul droit permettant de protéger pleinement le cocontractant, comme le système occulte dans lequel s'inscrit l'opération dont il est une partie. Au fond, le législateur a toujours cherché à combattre la construction occulte élaborée par le bénéficiaire

---

<sup>2133</sup> Cass. civ., 1ère, 30 oct. 1961, Bull. civ. I, n° 491 ; TGI Seine, 26 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, n° 2, p. 390.

<sup>2134</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2135</sup> OPHÈLE C., op. cit., loc. cit.

<sup>2136</sup> MESTRE J, FAGES B., « Facile action en déclaration de simulation », RTD civ., 2004, p. 93.

<sup>2137</sup> MARTY G, RAYNAUD P., *Les obligations, t. 1, Les sources*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1988, n° 306.

de l'apparence. La reconnaissance du principe de transparence en dit long sur son intention tant sur la protection du tiers contractant, que sur l'opération contractuelle elle-même. C'est pourquoi l'étude des moyens mis en place par le législateur pour combattre l'apparence doit être envisagée. Pour ensuite proposer, soit des améliorations, soit de nouvelles dispositions pour lutter contre le dispositif occulte, créé par les opérations avec un bénéficiaire final.

### **Conclusion de Chapitre**

891. L'organisation de la protection du cocontractant doit passer par l'analyse structurée de deux dispositifs déjà existants la mise en demeure interrogatoire et la déclaration de simulation. La première mesure est propre au dispositif représentatif et constitue une limite inadaptée aux opérations avec un bénéficiaire final. Par ailleurs, sa structure manque cruellement de précision, si bien qu'elle emporte plusieurs critiques doctrinales lorsque sa mise en œuvre marque une exception au principe selon lequel le silence ne vaut acceptation.

892. L'action en déclaration de simulation est un dispositif qui refuse la sanction, il s'agit plutôt d'un préalable consacrant une étape à la transparence de l'acte secret. Loin d'être une action autonome, elle peut être accompagnée d'une action en nullité de la part de celui qui l'invoque. Bien que la preuve de l'acte secret est limitée pour les parties, il reste ouvert pour le cocontractant à l'acte apparent qui souhaite s'en prévaloir.

### **CONCLUSION DE TITRE**

893. Le bénéficiaire final a pu recevoir une définition précise comportant deux éléments, ceux qui demeurent constants et ceux qui sont empreints de certaines particularités variables. Ce personnage atypique doit pouvoir se voir appliquer un régime juridique précis et propre à sa définition. Les opérations avec un bénéficiaire final impliquent nécessairement trois personnes, la première est le bénéficiaire final lui-même, la seconde est l'interposé et enfin la dernière est le cocontractant ignorant. Ces trois personnages doivent faire l'objet d'une protection compte tenu du caractère occulte ou semi-occulte l'opération dans laquelle ils s'inscrivent. Le bénéficiaire final doit se protéger de son interposé qui peut faire preuve d'infidélité à son égard, l'interposé doit se protéger d'un donneur d'ordres fuyant, ne souhaitant pas récupérer l'objet de son engagement envers lui, et enfin le cocontractant ignorant doit se protéger de la machination à laquelle il est mêlé sans le savoir.

894. Outre la validation de l'existence du bénéficiaire final par le droit, le régime juridique propre à ce personnage ne s'arrête pas aux dispositions applicables à la protection des intervenants. Il

se poursuit bien au contraire, avec les dispositions permettant la prévention et la transparence de ce dispositif occulte.

## Titre 2 : Une existence combattue par le droit

895. Le bénéficiaire final est un personnage en retrait dont l'existence est construite autour d'une structure contractuelle complexe. Ce personnage atypique est défini autour de deux critères constants se traduisant par la méthode qu'il adopte et le but recherché. Ces deux critères sont en lien puisque le retrait est en réalité envisagé dans le but d'obtenir le profit de l'opération réalisée. Le système juridique actuel semble vouloir mettre en place un dispositif permettant de lutter efficacement non pas contre l'existence de ce personnage, mais contre l'existence du système opaque qui permet la naissance de ce personnage. En d'autres termes, la méfiance ne se situe pas autour de l'existence de ce personnage, mais autour de la structure qui permet son existence. Si cette structure est transparente, elle n'a pas besoin d'être combattue par le droit. En revanche, si cette structure est opaque, elle sera combattue par un dispositif agressif et méfiant, tout comme l'est le bénéficiaire effectif. Cela voudrait donc dire que ce type de construction doit être non seulement repéré par une définition précise et transparente, mais également sanctionné par un dispositif répressif dissuasif.

896. Pourquoi ne pas traiter ici de la question de la légalité ? Une situation est dite légale lorsqu'elle est conforme au dispositif juridique mis en place<sup>2138</sup>. Cependant, comment évaluer la conformité d'une situation juridique sans aucun dispositif pour la définir. Pour le bénéficiaire final, il n'y a aucune norme applicable à la structure qui permet son existence. Il n'y a aucune définition juridique applicable à ce personnage, si ce n'est celle qui est proposée dans cette étude, ou de façon générale le sens commun que le droit cherche à lui donner dans d'autres domaines. Il a semblé opportun de définir ce personnage et ainsi de repérer les situations qui intègrent sa structure contractuelle créatrice, avant d'évaluer son degré de dangerosité et donc de légalité au sein de notre système juridique.

897. Définir c'est apporter des critères techniques permettant d'attacher une notion à une catégorie juridique. La loi comme la jurisprudence permettent non seulement de définir, mais également de délimiter et de sanctionner certains comportements frauduleux. La définition du bénéficiaire final, et le repérage des structures juridiques permettant son existence ont été précisément décrits précédemment. Au demeurant, il faut préciser que les opérations permettant l'existence de ce personnage abritent une liste de situations de fait non exhaustive. Ainsi, une situation non décrite par cette étude peut parfaitement s'y rattacher par la coexistence de plusieurs critères fondamentaux. La nécessité de repérer les critères modèles permettant de localiser les opérations occultes ayant pour

---

<sup>2138</sup> CORNU G., op. cit., p. 600.

but la dissimulation du bénéficiaire final est indéniable. Pour se faire, il semble évident que le juriste devra passer par un système de présomption.

898. L'ancien article 1349 du Code civil abrogé par l'Ordonnance du 10 février 2016 apportait une définition précise de la présomption comme étant « des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu<sup>2139</sup> ». C'est maintenant l'article 1354 du Code civil qui définit la présomption légale comme « la présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains<sup>2140</sup> ». Au sein du dispositif légal en matière probatoire, l'existence d'une présomption donne un avantage certain à celui au profit duquel elle existe, puisqu'elle le dispense de preuve. Cela veut dire qu'indéniablement, la charge de la preuve est renversée. Le passage de l'article 1349 ancien à l'article 1354 nouveau est fortement critiquable. En effet, la connaissance d'un fait connu permettait d'apporter des conséquences juridiques à un fait inconnu, il s'agit d'un raisonnement dépassant le domaine purement juridique. Le rapprochement de critères connus à une situation inconnue permet d'apporter une explication au second phénomène.

899. La présomption « se déduit de ce qui arrive le plus souvent<sup>2141</sup> », prenons un exemple simple, le mari est le père des enfants de sa femme<sup>2142</sup>, ou le possesseur est souvent le propriétaire du bien qu'il a en sa possession. Simplement, la loi peut attacher à une situation une suite logique alors que la réalité peut être toute autre. Ainsi, malgré l'obligation de fidélité dans le mariage<sup>2143</sup>, il peut exister des situations exceptionnelles que la vérité biologique a pu constater. La présomption ne peut faire l'objet d'une étude aussi simpliste, dans cette optique le législateur a établi trois types de présomptions légales, celle qui est dite simple, mixte et enfin irréfragable<sup>2144</sup>. La dernière présomption s'oppose à toute recherche de la preuve puisqu'elle ne peut être renversée par aucune preuve contraire. Les deux premières bénéficient d'un régime probatoire allant du plus souple au plus

---

<sup>2139</sup> Art. 1349 du Code civil (abrogé) : « Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ».

<sup>2140</sup> Art. 1354 du Code civil : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

<sup>2141</sup> LARDEUX G., « Preuve : règles de preuve - Les règles techniques », Répertoire de droit civil, Octobre 2018, actualisation juin 2019 : « la règle du plerum que fit (Praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit) »

<sup>2142</sup> Art. 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

<sup>2143</sup> Art. 212 du Code civil : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ».

<sup>2144</sup> Art. 1354 du Code civil : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

rigide. La présomption simple peut être renversée par tous moyens, alors que la présomption mixte limite les moyens probatoires. Le régime de l'interposition de personne intègre la catégorie des présomptions dites simples. Cette décision est tout à fait cohérente compte tenu des difficultés auxquelles le juriste doit faire face dans la détermination d'une situation d'interposition de personne. D'ailleurs, la Cour de cassation a toujours considéré que l'existence d'une simulation est une question de fait qui appartient uniquement aux juges du fond<sup>2145</sup>. Ces derniers juges auront l'occasion de rencontrer plusieurs situations dont les critères peuvent parfaitement s'assimiler à ceux qui définissent l'interposition de personne et notamment la dissimulation d'un individu qui bénéficie en dernier lieu de la construction d'une opération contractuelle. Néanmoins, l'adhésion progressive de structures juridiques non exhaustives dont les critères se rapprochent de la définition de la notion de bénéficiaire final ne suffit plus.

900. La transparence doit nécessairement passer par la rédaction de dispositifs dissuasifs touchant les différents intervenants à la structure occulte. Il s'agit notamment de créer un régime spécial de déclaration et de vigilance pour tous les professionnels amenés à travailler en étroite collaboration avec un présumé interposé. Du reste, l'objectif de transparence a été renforcé au niveau européen, ce qui a conduit le législateur à imposer l'identification et la déclaration des *bénéficiaires effectifs* à certains groupements<sup>2146</sup>. De plus, ladite déclaration est accompagnée de délais et de sanctions permettant d'encadrer et d'éviter tout manquement à cette obligation.

La sanction est une mesure dite « réparatrice<sup>2147</sup> », elle permet d'assurer le respect et l'exécution effective d'une obligation<sup>2148</sup>. L'aspect réparateur intervient dans le cadre d'un dommage causé à autrui, par la destruction de son bien par exemple. La sanction est envisagée dans le cas qui sera abordé, comme un moyen dissuasif et répressif permettant le bon respect et le bon déroulement des obligations incombant aux intervenants.

---

<sup>2145</sup> Crim. 4 août 1906, Journ. soc. 1907. 346. Com. 26 janv. 1948, Bull. civ. II, n. 31. Civ. 10 avr. 1847, DP 1847. 1. 270. – Req. 12 août 1857, DP 1857. 1. 389.

<sup>2146</sup> Art. L. 561-46 du Code monétaire et financier : « Les sociétés et entités juridiques mentionnées aux 2°, 3° et 5° du I de l'article L. 123-1 du code de commerce et établies sur le territoire français conformément à l'article L. 123-11 du même code sont tenues d'obtenir et de conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs définis à l'article L. 561-2-2 du présent code. Sans préjudice de la communication de l'information sur l'identité du bénéficiaire effectif requise en vertu des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle prévues à la section 3 du présent chapitre, les sociétés et entités juridiques mentionnées au premier alinéa du présent article communiquent les informations sur leurs bénéficiaires effectifs au registre du commerce et des sociétés défini à l'article L. 123-1 du code de commerce lors de leur immatriculation, puis régulièrement afin de les mettre à jour. Un décret en Conseil d'Etat fixe la liste des informations collectées ainsi que les conditions et modalités selon lesquelles ces informations sont obtenues, conservées, mises à jour et communiquées au registre du commerce et des sociétés par les sociétés et entités juridiques mentionnées au premier alinéa ».

<sup>2147</sup> CORNU G., op. cit., p. 943.

<sup>2148</sup> Ibid.



901. Au fond, l'existence du bénéficiaire final n'est pas véritablement combattue par le droit, c'est la structure occulte qui permet son existence qui est combattue. Le juriste doit donc intervenir en deux temps, premièrement, par la mise en place d'un dispositif permettant la prévention ([Chapitre 1](#)). Puis, dans un second temps, par la rédaction de sanctions dissuasives et répressives à l'égard de ceux qui contreviendraient à la règle ([Chapitre 2](#)).

## Chapitre 1 : L'encadrement par la prévention

902. Communément, la notion de transparence renvoie à l'idée d'une forme de clarté, lorsqu'il s'agit d'une situation, elle renvoie aux notions d'honnêteté et de clarté. Cette perception est très significative du sens qui est entendu dans cette étude. En effet, le bénéficiaire final a été décrit tout au long de ces travaux comme un personnage occulte, s'inscrivant dans un schéma avantageux dans lequel il faisait intervenir pour son compte un individu interposé, personnes physiques ou morales, ou un schéma structurel interposé. Au sein de notre système juridique, cette notion est utilisée en référence à la notion de « transparence fiscale<sup>2149</sup> ». L'article 1655 ter du Code général des impôts<sup>2150</sup> définit une situation dans laquelle les sociétés, quelle que soit leur forme, sont réputées, au regard de l'administration fiscale, « ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs des droits d'enregistrement et des taxes assimilées<sup>2151</sup> ». Bien qu'elle soit prépondérante en matière fiscale notamment par la volonté affirmée de l'Union européenne et de la France d'aller « vers des obligations de transparence fiscale pour les grandes sociétés<sup>2152</sup> », cette notion est également utilisée en matière de prix.

903. La transparence des prix est sujet fondamental dans plusieurs domaines de la vie courante, notamment en droit de la consommation. D'ailleurs, plus qu'une question purement nationale, le droit européen a eu l'occasion d'intervenir à plusieurs reprises notamment dans le cadre de l'instauration d'une procédure communautaire visant à permettre la transparence des prix au consommateur de gaz et d'électricité<sup>2153</sup>. La transparence des prix est également privilégiée par le juge de l'Union puisque la Cour a indiqué que le prix définitif à payer devait être indiqué lors de

---

<sup>2149</sup> CORNU G., op. cit., p. 1038 : « Dans une société (on précise souvent transparence fiscale) ».

<sup>2150</sup> Art. 1655 ter du Code général des impôts : « Sous réserve des dispositions de l'article 60, du 2° du I de l'article 827 et du 2° du I de l'article 828, les sociétés qui ont, en fait, pour unique objet soit la construction ou l'acquisition d'immeubles ou de groupes d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance, soit la gestion de ces immeubles ou groupes d'immeubles ainsi divisés, soit la location pour le compte d'un ou plusieurs des membres de la société de tout ou partie des immeubles ou fractions d'immeubles appartenant à chacun de ces membres, sont réputées, quelle que soit leur forme juridique, ne pas avoir de personnalité distincte de celle de leurs membres pour l'application des impôts directs, des droits d'enregistrement, de la taxe de publicité foncière exigible sur les actes qui donnent lieu à la formalité fusionnée en application de l'article 647, ainsi que des taxes assimilées (1). Notamment, les associés ou actionnaires sont personnellement soumis à l'impôt sur le revenu ou à l'impôt sur les sociétés, suivant le cas, pour la part des revenus sociaux correspondant à leurs droits dans la société ».

<sup>2151</sup> CORNU G., op. cit., loc. cit.

<sup>2152</sup> LECOURT B., « Vers des obligations de transparence fiscale pour les grandes sociétés », *Revue des sociétés* 2016, p. 121.

<sup>2153</sup> Directive n°2008/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 instaurant une procédure communautaire assurant la transparence des prix au consommateur final industriel de gaz et d'électricité (refonte) (Abrogé par le Règlement de l'Union Européenne 2016/1952 du 26 octobre 2016, article 11, à compter du 07 décembre 2016 : JOUE, 17 novembre 2016), (modifié par le JOUE n°L 298, du 7 novembre 2008).

chaque indication du prix des services aériens<sup>2154</sup>. Dans le même sens, le droit commercial rappelle la nécessité d'assurer une certaine transparence des prix dans l'établissement des factures de façon générale<sup>2155</sup>. Il s'agit d'une mesure visant à protéger le droit à la concurrence.

904. Dans tous les domaines du droit, la transparence est une notion visant à assurer la protection de la partie la plus faible, ou à assurer la pérennité d'un système commercial soumis également à un marché concurrentiel. Cette notion participe à la dissipation d'une volonté frauduleuse dissimulée par certains sujets de droit. Que ce soit en matière fiscale ou commerciale, la transparence permet aux différents protagonistes d'être informés des différentes mesures qui sont ou seront appliquées à leurs égards. La transparence est une ambition qui devient peu à peu un principe dans plusieurs branches du droit. Pour les entreprises éditrices de publications de presse, la transparence financière passe par la prohibition du recours à la convention de prête-nom et par la sanction pénale des contrevenants<sup>2156</sup>.

905. La transparence intervient en lutte contre l'opacification créée le plus souvent par la manipulation, la dissimulation et par l'utilisation d'une structure juridique occulte. C'est d'ailleurs à la suite de la réalisation de l'acte frauduleux qu'intervient la répression. Simplement, la lutte doit intervenir nettement plus amont, au stade de la construction du schéma occulte, au stade des relations contractuelles ou des relations d'affaires avec autrui. Pour cela, il est nécessaire de prendre en compte des critères modèles permettant le repérage des opérations occultes. Puis de créer des obligations à la charge de ceux qui peuvent entrer en interaction avec ces schémas organisés.

906. En somme, il convient dans un premier temps de déterminer les dispositions relatives à la présomption qu'il convient d'utiliser en matière de lutte de contre l'opacification (**Section 1**). Et enfin dans un second temps, de dégager des obligations à la charge de ceux qui interviennent dans le schéma occulte, mais également à l'extérieur de ce schéma occulte (**Section 2**).

## Section 1 : L'édiction de présomptions

---

<sup>2154</sup> DELPECH X., « A la une - Transport aérien - Vers plus de transparence des prix de vente de billets d'avion par internet », *Juris Tourisme* 2015, n°172, p. 11.

<sup>2155</sup> LEBEL C., « Commerçant - Statut juridique du commerçant », *Répertoire de droit commercial*, Février 2019, actualisation Décembre 2019.

<sup>2156</sup> BONDIL F., « Presse : Sociétés et entreprises - Entreprises éditrices de publication de presse », *Répertoire des sociétés*, Novembre 2018 : actualisation Novembre 2019.

907. La preuve de l'existence de l'interposition de personne est d'une grande complexité compte tenu du caractère occulte de ce mécanisme. En droit commun, c'est à celui qui invoque un fait d'en apporter la preuve<sup>2157</sup>. Il existe donc un véritable droit subjectif à la preuve<sup>2158</sup>, permettant au juge d'apprécier le cas litigieux.

908. En droit civil, les présomptions légales permettent d'obtenir une dispense de preuve à celui qui en bénéficie<sup>2159</sup>. La présomption repose sur « l'expression d'un raisonnement déductif, fondé sur le lien logique, posé de manière générale et abstraite, liant deux faits<sup>2160</sup> ». Simplement, il peut arriver que le droit préfère appliquer une explication juridique précise à une situation apparente afin d'apporter une protection suffisante aux tiers victimes. La présomption venant de la règle latine « plerum que fit<sup>2161</sup> », elle permet d'établir un principe proche de ce qui se réalise habituellement tout en gardant à l'esprit que des exceptions peuvent exister. Dans cette optique, l'enfant d'une femme mariée est le plus souvent celui de son époux, néanmoins, la science peut démontrer le contraire, puisque l'infidélité est l'exception<sup>2162</sup>.

909. Les présomptions judiciaires sont celles qui ne sont pas établies par la loi<sup>2163</sup>. Les juges disposent de faits matériels leur permettant d'effectuer un certain nombre de déductions. La décision du juge provient de l'analyse des éléments de fait qui sont portés à sa connaissance<sup>2164</sup>. Le juge a un rôle prépondérant en matière de présomption judiciaire, il peut prendre une décision en fonction des indices concordants qu'il détient. La présomption légale ne permet pas cette déduction puisque c'est le droit qui établit le lien entre la situation de fait et sa déduction juridique.

910. La mise en place d'un dispositif juridique complet pour encadrer et moraliser les opérations avec un bénéficiaire final passe par la détermination de critère prépondérant permettant la mise en lumière de ces opérations dans un premier temps, et leurs sanctions s'il s'avère qu'elles sont

---

<sup>2157</sup> art. 1353 du Code civil : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

<sup>2158</sup> CASS. Civ. 1ère, 5 avril 2012, n°11-14.177.

<sup>2159</sup> Art. 1354 du Code civil : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

<sup>2160</sup> LARDEUX G., « Preuve : règles de preuve - Règles techniques », Répertoire de droit civil, Octobre 2018 actualisation Juin 2019.

<sup>2161</sup> Ibid.

<sup>2162</sup> Art. 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

<sup>2163</sup> Art. 1382 du Code civil : « Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi, sont laissées à l'appréciation du juge, qui ne doit les admettre que si elles sont graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet la preuve par tout moyen ».

<sup>2164</sup> LARDEUX G., « Preuve : règles de preuve - Règles techniques », Répertoire de droit civil, Octobre 2018 actualisation Juin 2019.

prohibées. Simplement, un travail d'analyse aussi titanesque ne peut appartenir uniquement au législateur, le juge a un rôle prépondérant et déterminant quant à l'encadrement et à la sanction des opérations occultes.

911. En tout état de cause, les opérations avec un « bénéficiaire final » s'inscrivant dans le domaine de la simulation, il convient dans un premier temps d'analyser la présomption légale d'interposition de personne (§1), puis dans un second temps les autres types de présomptions permettant la réalisation d'un acte occulte (§2).

---

### §1 : La présomption légale de l'interposition de personne

912. L'interposition de personne ou la convention de prête-nom consiste dans le fait qu'une personne nommée interposé réalise une opération contractuelle avec un tiers pour le compte d'une personne appelée donneur d'ordres. Plusieurs auteurs continuent de différencier la convention de prête-nom de l'interposition de personne. Néanmoins, il semble que la convention de prête-nom n'est en réalité qu'une forme d'interposition de personne<sup>2165</sup>.

913. Il existe une différence notable entre l'interposition de personne fictive et l'interposition de personne réelle. Un interposé agit pour le compte du donneur d'ordres, simplement dans le premier cas son intervention est un leurre alors que dans le second cas elle est bien effective<sup>2166</sup>. La nature juridique de ces deux structures est différente, alors que dans l'interposition de personne fictive la simulation n'existe dans les rapports entre le tiers et l'interposé, dans l'interposition de personne réelle il n'existe aucune forme de simulation<sup>2167</sup>.

914. Face à une recrudescence des constructions contractuelles pouvant s'apparenter à de l'interposition de personne, le législateur est intervenu afin de prévenir la réalisation d'actes frauduleux. Ainsi, la liberté de contracter a été fortement limitée par l'instauration de prohibitions explicites ou implicites<sup>2168</sup>. Les présomptions légales n'interviennent que pour renforcer fortement

---

<sup>2165</sup> MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale, Tome 2, 1er vol.*, 9e éd., 1998 MONTCHRESTIEN, n° 807.

<sup>2166</sup> ASSI-ESSO., *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, thèse, Strasbourg, 1987, p. 104.

<sup>2167</sup> ASSI-ESSO., *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, thèse, Strasbourg, 1987, p. 159.

<sup>2168</sup> Art. 911, 1100, 1125-1 al. 2 et 1596 du Code civil ; Art. L. 128-1, L. 223-19, L. 241-2, L. 612-5 du Code de commerce ; Art. 13 du décret n°45-0117 du 19 décembre 1945 (notaires) ; Art. 25 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (fonctionnaires) pour ne prendre que ces exemples.

les prohibitions codifiées ou non. Il s'agit de déplacer l'objet de la preuve afin de ne plus être soumis au droit commun, et enfin combattre l'opacification par une transparence préventive<sup>2169</sup>.

915. En somme, il est opportun d'apporter un regard moderne sur les dispositions relatives aux présomptions d'interposition de personne, tout d'abord au regard de l'article 911, alinéa 2 du Code civil (I), puis le régime juridique applicable à ces présomptions (II).

## **I : LA PRESOMPTION PREVUE PAR L'ARTICLE 911 ALINEA 2 DU CODE CIVIL**

916. La présomption d'interposition de personne prévue par l'article 911 alinéa 2 du Code civil<sup>2170</sup> s'applique aux libéralités. Plus particulièrement, cet article s'applique en matière de capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament. La libéralité correspond à un « acte par lequel une personne dispose à titre gratuit, par donation entre vifs ou par testament, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne, appartenant ou non à sa famille<sup>2171</sup> ». Il existe plusieurs formes de libéralités, celles qui peuvent apparaître sous la forme d'un don manuel et celles qui sont prévues par testament. Pour consentir à une libéralité il faut être sain d'esprit, l'erreur, le dol, ou la violence, pourrait provoquer la nullité de la libéralité<sup>2172</sup>. Chaque personne peut disposer ou recevoir de façon testamentaire ou par donation entre vifs, sauf pour les personnes considérées légalement comme incapables<sup>2173</sup>. Ce régime strict concerne notamment les enfants mineurs, les tuteurs et les pupilles, certaines professions liées aux soins des personnes, le mandataire judiciaire à la protection des majeurs, les hommes de prières, les salariés accomplissant des services aux personnes<sup>2174</sup>.

---

<sup>2169</sup> Voir notamment : FLOUR Y., DONZEL-TABOUCOU C., GRIMALDI M., « Chapitre 312 - Règles de fond des donations : parties au contrat », Dalloz action, Droit patrimonial de la famille, 2018-2019 ; D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015.

<sup>2170</sup> Art. 911 alinéa 2 du code civil : « Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ».

<sup>2171</sup> CORNU G., op. cit., p. 610 ; Art. 893 du Code civil « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne. Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament ».

<sup>2172</sup> Art. 901 du Code civil : « Pour faire une libéralité, il faut être sain d'esprit. La libéralité est nulle lorsque le consentement a été vicié par l'erreur, le dol ou la violence ».

<sup>2173</sup> Art. 902 du Code civil : « Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables ».

<sup>2174</sup> Art. 909 du Code civil : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci. Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales au nom desquelles ils exercent leurs fonctions ne peuvent pareillement profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires que les personnes dont ils assurent la protection auraient faites en leur faveur quelle que soit la date de la libéralité. Sont exceptées : 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; 2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à

917. La présomption prévue à l'alinéa 2 de l'article 911 du Code civil complète les dispositions relatives à la prohibition d'interposition de personne prévue à l'alinéa 1. Ainsi, les libéralités réalisées pour bénéficier à une personne incapable de recevoir gratuitement, qu'elle soit déguisée, sous la forme d'un contrat onéreux, ou réalisé grâce à une personne interposée, sont frappées de nullité<sup>2175</sup>. Les incapacités visées sont uniquement les incapacités de recevoir, ce qui exclut les incapacités de disposer. De plus, l'article 911 du Code civil ne vise que les incapacités légales ce qui exclut les stipulations réalisées dans un cadre privé. Néanmoins, il est nécessaire de revenir sur la différence entre l'interposé et l'intermédiaire. Le second agit pour le compte et au nom d'une personne souhaitant se faire représenter ou ne pouvant faire autrement. Par exemple, l'enfant à naître fait partie des cas d'intermédiation fréquente, ce dernier simplement conçu n'ayant aucune possibilité de recevoir lui-même. La présomption vient précisément protéger les incapacités prévues par le Chapitre II du Code civil : « De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre vifs ou par testament<sup>2176</sup> ». Seules sont visées, les incapacités prévues aux articles 907, 909 du Code civil et L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles à savoir, les professions médicales et pharmaceutiques, les ministres du Culte, le personnel de soins des malades, les mandataires judiciaires à la protection des mineurs, les propriétaires, administrateurs, et personnels des établissements de soins, d'hébergement, et bénévoles des associations auxquelles ils adhèrent<sup>2177</sup>.

---

moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte ».

<sup>2175</sup> Art. 911 alinéa 1 du code civil : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales ».

<sup>2176</sup> Art. 901 à 911 du Code civil.

<sup>2177</sup> D'AMBRA D., *Interposition de personne*, Répertoire de droit civil, Avril 2015 ; Art. 907 du Code civil : « Le mineur, quoique parvenu à l'âge de seize ans, ne pourra, même par testament, disposer au profit de son tuteur. Le mineur, devenu majeur ou émancipé, ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. Sont exceptés, dans les deux cas ci-dessus, les ascendants des mineurs, qui sont ou qui ont été leurs tuteurs » ; Art. 909 du Code civil : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant la maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie. Sont exceptées : 1° Les dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; 2° Les dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite ne soit lui-même du nombre de ces héritiers. Les mêmes règles seront observées à l'égard du ministre du culte » ; Art. L. 331-4 du Code de l'action social et des familles : « Les personnes physiques ou morales propriétaires, administrateurs ou employés des établissements, les bénévoles qui interviennent en leur sein et les associations auxquelles ces derniers adhèrent ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires faites en leur faveur par des personnes hébergées dans le ou les établissements qu'elles exploitent ou dans lesquels elles sont employées que dans les conditions fixées à l'article 909 du code civil. L'article 911 dudit code est, en outre, applicable aux libéralités en cause ».

918. Les personnes présumées interposées sont « les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable<sup>2178</sup> ». Il peut s'agir de parents légitimes ou naturels dont la gratification peut avoir lieu en deux temps différents<sup>2179</sup>. Le contournement qui consiste à reconnaître un enfant après lui avoir accordé une libéralité qu'il ne pouvait recevoir a été appréhendé par les juges comme étant une présomption<sup>2180</sup>. L'adoption d'un enfant ne fait pas obstacle à la présomption prévue par l'article 911 alinéa 2 du Code civil. En somme, les père et mère, d'une personne incapable de recevoir, que cette personne soit mineur, adopté, qu'elle soit née dans le mariage ou hors mariage, qu'elle ait été reconnue avant ou après la libéralité, sont présumés être des personnes interposées. Par exemple, un médecin incapable de profiter d'une libéralité réalisée en sa faveur par un de ses patients ne peut demander à ses parents de la recevoir afin qu'il puisse en profiter en dernier lieu. Les parents, transitaires de cette libéralité, sont considérés comme présumés interposés, et leur fils médecin, comme bénéficiaire final. Mais l'inverse est également possible, les enfants et les descendants sont frappés des mêmes présomptions laissant les pères et mères exerçant des professions frappées d'incapacité de recevoir, seul face aux dispositions prohibitives<sup>2181</sup>.

919. Il est important de s'arrêter quelques instants sur le sort de l'époux de l'incapable. Faut-il lire cette présomption au regard des dispositions relatives au mariage ? Le simple fait d'être fiancé permet-il l'application des dispositions relatives à la présomption ? Il n'existe pas de définition du mariage dans le Code civil. Le doyen CARBONNIER disait d'ailleurs à ce propos que « chacun sait ce qu'il faut entendre par là ; c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes<sup>2182</sup> ». Les articles 143 et 144 du Code civil<sup>2183</sup> précisent que le mariage est un contrat qui peut être conclu par des personnes majeures, de même sexe ou de sexe différent. Le divorce correspond à la dissolution du mariage, il est prévu aux articles 227 et suivants du Code civil<sup>2184</sup>. Il peut intervenir suite à un accord conventionnel entre les deux époux, ou suite à une décision judiciaire.

920. La présomption de l'article 911 alinéa 2 du Code civil s'applique aux époux, c'est-à-dire aux personnes qui sont toujours liées par les liens du mariage. La séparation de fait caractérisant l'absence de vie commune à l'exclusion de tout jugement constatant une séparation de corps, ne peut

---

<sup>2178</sup> Art. 911 alinéa 2 du Code civil : « Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ».

<sup>2179</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015 ; AMIENS, 31 juillet 1895, DP 1896. 2. 419 ; T. Civ. Lyon, 4 octobre 1936, DH 1936. 550.

<sup>2180</sup> D'AMBRA D., op. cit., loc. cit ; Civ. 30 janvier 1883, S. 1883. 1. 193, note LABBE.

<sup>2181</sup> Ibid.

<sup>2182</sup> CARBONNIER J., *La famille l'enfant, le couple*, 21e éd., 2002, PUF.

<sup>2183</sup> Art. 143 du Code civil : « Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe » ; « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolu ».

<sup>2184</sup> BERNARD-XEMARD C., *Cours de droit des personnes et de la famille*, 4e éd., Gualino, LEXTENSO, 2018-2019.



donner lieu à l'exclusion de l'application des dispositions relatives à la présomption de l'interposition de personne<sup>2185</sup>. Il en est de même en cas de séparation de corps, en effet, la suppression judiciaire du devoir de cohabitation entre les époux<sup>2186</sup>, ne rompt pas les liens du mariage et de ce fait n'empêche pas l'application des dispositions relatives à la présomption. En revanche, une personne divorcée ayant été mariée à un médecin peut être bénéficiaire d'une libéralité de la part d'un patient de son ex-époux. Qu'en est-il en revanche des époux absent ou disparu ?

921. Une personne est présumée absente lorsqu'elle ne donne plus de nouvelles, cesse d'apparaître à son domicile ou à sa résidence<sup>2187</sup>. La déclaration d'absence peut être prononcée par le Tribunal de Grande Instance à la requête du Ministère public ou de toutes personnes qui y trouvent un intérêt, dix ans après le jugement ayant constaté l'absence, ou en l'absence d'une telle constatation 20 ans après que ladite personne a cessé d'apparaître à son domicile<sup>2188</sup>. Ce jugement déclaratif d'absence provoque tous les effets d'un décès, si bien que l'époux toujours présent peut se remarier librement<sup>2189</sup>. La présomption prévue à l'article 911 alinéa 2 du Code civil, ne peut donner lieu à s'appliquer en cas de déclaration d'absence, et il en est de même lorsque l'absent réapparaît puisque le mariage reste quand même dissout.

922. La disparition donne moins de difficulté puisque les articles 89 et 90 du Code civil prévoient que le tribunal peut prononcer une déclaration judiciaire de décès<sup>2190</sup>. Comme pour le jugement déclaratif d'absence, la déclaration judiciaire de décès en cas de disparition permet de

---

<sup>2185</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 956.

<sup>2186</sup> Ibid.

<sup>2187</sup> Art. 112 du Code civil : « Lorsqu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence sans que l'on en ait eu de nouvelles, le juge des tutelles peut, à la demande des parties intéressées ou du ministère public, constater qu'il y a présomption d'absence ».

<sup>2188</sup> Art. 122 du Code civil : « Lorsqu'il se sera écoulé dix ans depuis le jugement qui a constaté la présomption d'absence, soit selon les modalités fixées par l'article 112, soit à l'occasion de l'une des procédures judiciaires prévues par les articles 217 et 219, 1426 et 1429, l'absence pourra être déclarée par le tribunal judiciaire à la requête de toute partie intéressée ou du ministère public. Il en sera de même quand, à défaut d'une telle constatation, la personne aura cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans que l'on en ait eu de nouvelles depuis plus de vingt ans ».

<sup>2189</sup> Art. 122 et suivants du Code civil.

<sup>2190</sup> Art. 89 du Code civil : « La requête est présentée au tribunal judiciaire du lieu de la mort ou de la disparition, si celle-ci s'est produite sur un territoire relevant de l'autorité de la France, sinon au tribunal du domicile ou de la dernière résidence du défunt ou du disparu ou, à défaut, au tribunal du lieu du port d'attache de l'aéronef ou du bâtiment qui le transportait. A défaut de tout autre, le tribunal judiciaire de Paris est compétent. Si plusieurs personnes ont disparu au cours du même événement, une requête collective peut être présentée au tribunal du lieu de la disparition, à celui du port d'attache du bâtiment ou de l'aéronef, au tribunal judiciaire de Paris ou à tout autre tribunal judiciaire que l'intérêt de la cause justifie » ; Art. 90 du Code civil : « Lorsqu'elle n'émane pas du procureur de la République, la requête est transmise par son intermédiaire au tribunal. L'affaire est instruite et jugée en chambre du conseil. Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire et tous les actes de la procédure, ainsi que les expéditions et extraits desdits actes, sont dispensés du timbre et enregistrés gratis. Si le tribunal estime que le décès n'est pas suffisamment établi, il peut ordonner toute mesure d'information complémentaire et requérir notamment une enquête administrative sur les circonstances de la disparition. Si le décès est déclaré, sa date doit être fixée en tenant compte des présomptions tirées des circonstances de la cause et, à défaut, au jour de la disparition. Cette date ne doit jamais être indéterminée ».

dissoudre le mariage. Les dispositions relatives à la présomption d'interposition de personne ne peuvent trouver lieu à s'appliquer.

923. Les fiançailles constituent une promesse de mariage, il n'y a pas d'engagement par le biais d'un contrat, mais la possibilité offerte en cas de rupture abusive d'engager la responsabilité de celui qui en est l'auteur<sup>2191</sup>. Le concubin ne saurait être considéré comme une personne interposée au regard de l'article 911 alinéa 2. Les juges semblent adopter des avis divergents sur la question, considérant que le concubin peut être une personne interposée<sup>2192</sup>, alors qu'il semble ne pas en être de même pour le partenaire d'un pacte civil de solidarité. La Cour de cassation semble rester dans la lettre du texte en considérant que la Cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision en frappant de nullité un acte pris au bénéfice du concubin d'un médecin<sup>2193</sup>.

924. Par conséquent, le concubin d'un médecin qui bénéficie d'une libéralité ne peut être considéré comme un individu interposé agissant en dissimulant le véritable rôle de celui qui est en incapacité de recevoir. Les incapacités prévues par l'article 911 du Code civil sont générales, il existait d'autres formes de présomptions encadrant des incapacités dites spéciales. Il s'agissait de celles posées par l'article 1125-1 alinéa 2 du Code civil, néanmoins elles ont été abrogées par l'Ordonnance du 10 février 2016.

## **II : LE REGIME JURIDIQUE DES PRESOMPTIONS D'INTERPOSITION DE PERSONNE**

925. La présomption légale est définie par l'article 1354 du Code civil par ce « que la loi attache à certains actes ou certains faits en les tenant pour certains<sup>2194</sup> ». La définition apportée par le législateur permet de renverser la charge de la preuve sur celui qui agit en qualité de défendeur à l'instance. De cette manière, l'enfant né dans le mariage est considéré par notre système juridique comme l'enfant du mari<sup>2195</sup>. Celui qui possède un bien mobilier ou immobilier est censé en être le propriétaire<sup>2196</sup>. La loi déduit d'un fait connu, une logique juridique, c'est-à-dire qu'elle tire d'une situation réalisée des conséquences juridiques. Le demandeur n'apporte pas véritablement la preuve

---

<sup>2191</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 457.

<sup>2192</sup> Bordeaux, 29 février 2000, RJP 2000-11/49, note CASEY.

<sup>2193</sup> Civ. Ire, 4 novembre 2010, n° 07-21.303.

<sup>2194</sup> Art. 1354 du Code civil : « La présomption que la loi attache à certains actes ou à certains faits en les tenant pour certains dispense celui au profit duquel elle existe d'en rapporter la preuve. Elle est dite simple, lorsque la loi réserve la preuve contraire, et peut alors être renversée par tout moyen de preuve ; elle est dite mixte, lorsque la loi limite les moyens par lesquels elle peut être renversée ou l'objet sur lequel elle peut être renversée ; elle est dite irréfragable lorsqu'elle ne peut être renversée ».

<sup>2195</sup> Art. 312 du Code civil : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ».

<sup>2196</sup> Art. 2276 alinéa 1 du Code civil : « En fait de meubles, la possession vaut titre ».

du fait déduit par la loi, cependant, il produit ce qui est logiquement compris par le droit sans véritablement le savoir. C'est ce que certains auteurs vont appeler « la preuve indirecte<sup>2197</sup> » du fait.

926. Il existe trois types de présomptions légales, celles qui sont simples, les mixtes et les irréfragables. La dernière présomption est celle qui apparaît comme étant la plus stricte. Elle ne supporte aucune preuve contraire, car elle écarte toute autre forme de recherche de la vérité<sup>2198</sup>. La loi considère comme vrai un fait inconnu suite à la réalisation d'une situation connue et refuse de connaître toute autre preuve contraire. C'est ce que la doctrine nomme la « fiction<sup>2199</sup> », il s'agit d'un mensonge légitimé par la loi afin de « produire les effets juridiques souhaités par le législateur<sup>2200</sup> ». À la différence, les présomptions simples et mixtes ouvrent la possibilité à l'autre partie d'apporter la preuve contraire. Dans cette optique, celui qui possède un bien meuble peut parfaitement voir un autre individu revendiquer sa propriété<sup>2201</sup>. La présomption mixte est complexe, elle reste ouverte à l'apport de preuve, mais de façon limitée. C'est notamment le cas de preuve d'un cas de force majeure pour écarter la responsabilité du fait des choses<sup>2202</sup>. Les conditions de la force majeure restent très difficiles à établir hormis les cas d'une catastrophe naturelle imprévisible, incontrôlable et inévitable.

927. La loi du 23 juin 2006 a profondément changé le régime juridique des présomptions d'interposition de personne. Auparavant considéré comme irréfragables pour la doctrine comme pour la jurisprudence<sup>2203</sup>, ces présomptions sont devenues simples permettant aux présumés interposés de désigner le « bénéficiaire final » des libéralités réalisées. L'opération d'interposition devient transparente et perd son caractère occulte dès que l'interposé désigne son véritable bénéficiaire. Le passage d'une présomption irréfragable à une présomption simple ne permet donc pas d'admettre l'illicéité de l'acte réalisé, mais de permettre que toute la transparence soit faite sur l'opération d'interposition. Une telle transparence n'aurait pas été possible dans le cas d'une présomption irréfragable. Le législateur dispense l'adversaire de toute preuve, il crée une fiction juridique qu'il consolide par l'accomplissement préalable de faits dont il connaît la teneur. Il serait inutile de

---

<sup>2197</sup> LARDEUX G., « Preuve : règles de preuve - Les règles techniques », Répertoire de droit civil, Octobre 2018, actualisation Juin 2019.

<sup>2198</sup> Com. 27 novembre 1991, n°89-19.546, Bull. civ. IV, n° 367.

<sup>2199</sup> LARDEUX G., « Preuve : règles de preuve - Les règles techniques », Répertoire de droit civil, Octobre 2018, actualisation Juin 2019.

<sup>2200</sup> Ibid.

<sup>2201</sup> Civ. 1re, 22 mars 2012, n° 10-28.590, Bull. civ. I, n°69, Dalloz, 2012, p. 876.

<sup>2202</sup> Art. 1242 al. 1 du Code civil : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

<sup>2203</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015 ; BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIERES., *Cours de droit civil français*, Tome 6, par VOIRIN ; PLANIOL, RIPERT, Tome 5, n° 257 ; Civ. 1re, 15 février 1961, Bull. civ. I, n° 104.

demander à l'interposé de désigner le « bénéficiaire final » de l'opération, s'il considère de toute façon qu'il s'agit d'un système d'interposition de personne illégale.

928. En somme, ce qu'il est important de retenir ce n'est pas la possibilité pour l'autre partie de renverser la présomption par la preuve contraire, mais l'obligation pour l'interposé de révéler l'identité de celui pour lequel il opère. Le régime juridique de la présomption est donc légèrement modifié par le législateur pour participer à la campagne de transparence menée à l'origine par le législateur européen. Il ne s'agit plus de renverser la présomption par la preuve contraire, mais de la confirmer par l'apport d'une information confirmant l'interposition. Le législateur laisse aux parties la possibilité d'avouer l'existence de l'interposition et non de s'y opposer. Ici, c'est le sens juridique de la présomption qui est renversé, pas la charge de la preuve. Cette recherche de transparence face à l'opacification créée par ces mécanismes occultes est d'ailleurs combattue en droit pénal comme en droit fiscal.

---

## § 2 : Les autres types de présomptions

929. La présomption légale d'interposition de personne se compose d'une partie dite classique constituée par l'article 911 alinéa 2 du Code civil, sachant que les articles 1100, et 1125-1 alinéa 2 ont été abrogés. Cette partie comprend le droit commun des présomptions de l'interposition de personnes et renforce la prohibition d'opération consistant dans le détournement de la loi applicable. Ainsi, la présomption d'interposition pèse non seulement sur les proches parents de la personne incapable de recevoir, mais également sur son conjoint<sup>2204</sup>. L'individu incapable de recevoir ne peut pas agir par personne interposée pour profiter d'un bien qu'il serait illégal de lui attribuer<sup>2205</sup>. Dans ce cas, le bénéficiaire final profite d'un acte pris par interposition de personne en contournant la loi applicable. La présomption de l'interposition de personnes permet de sanctionner efficacement les donations déguisées ou dissimulées entre époux<sup>2206</sup>. Ce dispositif permet également de sanctionner la vente d'un droit d'usage et d'habitation d'une maison à la directrice d'une maison de retraite, sachant que ladite maison appartenait à son beau-frère pensionnaire de l'institution qu'elle dirigeait<sup>2207</sup>. Il en est de même pour les professions réglementées, car le Notaire est dans l'interdiction d'instrumenter dans son cercle familial<sup>2208</sup>. En droit des sociétés, si le gérant n'est pas un associé de

---

<sup>2204</sup> Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006.

<sup>2205</sup> Cass. civ., 1ère, 9 février 2011, Dr. fam. 2011, n°77, obs. BEIGNIER.

<sup>2206</sup> FLOUR Y, DONZEL-TABOUCOU, GRIMALDI M., « Chapitre 312 - Règles de fond des donations : partie au contrat », Dalloz action, Dalloz patrimoniale de la famille, 2018-2019.

<sup>2207</sup> Civ. 1re, 12 juin 1990, n° 88-14.297.

<sup>2208</sup> Art. 13 du Décret n° 45-0117 du 19 décembre 1945.

la société, il peut tout de même être considéré comme tel si son conjoint ou son enfant non émancipé a cette qualité<sup>2209</sup>.

930. Ce régime préventif et contraignant expose les contrevenants à des sanctions sévères tirées principalement de la prohibition de certaines opérations occultes. Pour autant, très récemment notre système juridique a pu constater l'apparition d'opérations d'envergure internationale, laissant place à des dissimulations de plus en plus techniques et des contournements de plus en plus graves et dangereux. Plusieurs individus, au moyen de procédés licites en apparence, placent et dissimulent des sommes provenant d'activités professionnelles non déclarées<sup>2210</sup>. Certains transportent des fonds sans avoir déclaré ces opérations aux services douaniers<sup>2211</sup>. Ces activités frauduleuses ont été qualifiées de blanchiments et parfois de recel de blanchiment. C'est notamment le cas lorsqu'un individu reçoit plusieurs sommes virées sur son compte bancaire de manière frauduleuse avant de les transférer à un bénéficiaire final résidant dans un État étranger<sup>2212</sup>. En matière fiscale, l'Union européenne instaure une obligation de vigilance et de contrôle. Elle invite notamment de rester méfiante face aux opérations de « fusion, scission, d'apport d'actifs ou d'échange d'actions<sup>2213</sup> » lorsque celle-ci ne sont réalisées que dans l'objectif de permettre la réalisation d'un acte frauduleux notamment d'encourager l'évasion fiscale.

931. Dès lors, il semble indispensable de traiter dans un premier temps de traiter des présomptions d'infractions transfrontalières dites classiques (I), puis des présomptions d'infractions fiscales transfrontalières (II).

## **I: L'EDITION DE PRESOMPTIONS LEGALES POUR LES INFRACTIONS TRANSFRONTALIERES CLASSIQUES**

---

<sup>2209</sup> Art. 211 du Code général des impôts ; application CAA Paris, 2e ch. B, 28 mars 2003, Fischer, req. n° 99-58, RJF Juillet 2003, n° 835 ; SERLOOTEN P., « Rémunération des dirigeants sociaux : régime fiscal », Répertoire des sociétés, Janvier 2017.

<sup>2210</sup> Cass. crim. 4 décembre 2019, n° 19-82.469.

<sup>2211</sup> Cass. crim. 6 mars 2019, n° 18-81.059.

<sup>2212</sup> Toulouse, 16 janvier 2007 : JCP 2007. IV. 1744.

<sup>2213</sup> MARCHESSOU Ph., « Impôts directs - Oeuvre normative », Répertoire de droit européen, Mai 2018, actualisation Mai 2019.

932. Le blanchiment est une infraction qui apparaît pour la première fois dans la Convention de Vienne du 20 décembre 1988<sup>2214</sup>. Cette infraction est consacrée au niveau européen dans la Convention de Strasbourg le 8 novembre 1990 signée par la France le 5 juillet 1991<sup>2215</sup>. Selon ces textes internationaux, l'infraction de blanchiment se décompose en deux catégories de comportement pour l'auteur de l'infraction. Soit, cet individu va effectuer une conversion ou un transfert des biens ou fonds, pour cacher leurs véritables origines<sup>2216</sup>. Soit, l'auteur dissimule ou déguise la nature de ce bien ou leur origine<sup>2217</sup>. La transposition dans le Code pénal français prévoit deux types de blanchiment, l'un est spécial et concerne uniquement le trafic de stupéfiants et l'autre est général et concerne « le produit de toute infraction pénale<sup>2218</sup> ».

933. Les dispositions françaises de lutte contre le blanchiment sont constamment observées et évaluées par différents organismes internationaux et européens<sup>2219</sup>. Pour lutter efficacement contre la circulation de fonds provenant d'actes juridiques illégaux, le législateur français a inséré l'article 324-1-1 du Code pénal issu de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 qui crée une présomption d'illicéité pour l'ensemble des biens ou revenus dont l'origine ou le bénéficiaire effectif sont dissimulés<sup>2220</sup>. Ainsi, il est possible d'appliquer la présomption d'origine illicite des fonds prévue par cet article lorsqu'un individu qui se trouve en possession d'une forte somme d'argent non déclarée ne peut expliquer sa provenance ni donner d'éclaircissement sur le bénéficiaire final de ces fonds<sup>2221</sup>. L'article 415-1 du Code des douanes vient d'ailleurs appuyer le système répressif recherché par le législateur puisqu'il établit également une présomption de blanchiment à l'égard des fonds ne paraissant « obéir à d'autre motif que de dissimuler que les fonds ont une telle origine<sup>2222</sup> ».

---

<sup>2214</sup> Art. 3.1, b de la Convention de Vienne du 20 décembre 1988.

<sup>2215</sup> Décret no 97-183 du 25 février 1997 portant publication de la convention relative au blanchiment (JORF n°53 du 4 mars 1997 page 3417), au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 novembre 1990 et signée par la France le 5 juillet 1991.

<sup>2216</sup> AUBERT B, MASSE M., « Stupéfiants - Répression pénale », Répertoire de droit international, Août 2005, actualisation Février 2018 ; Art. 6.1, a, de la Convention de Strasbourg du 8 novembre 1990 ; Art. 6. 1, a, i, de la Convention de Palerme du 15 novembre 2000.

<sup>2217</sup> AUBERT B, MASSE M., op. cit. loc. cit.

<sup>2218</sup> Ibid.

<sup>2219</sup> GOLDSZLAGIER J., « It's the economy, Stupid ! », AJ Pénal, 2019, p. 323.

<sup>2220</sup> Art. 324-1-1 du Code pénal : « Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus ».

<sup>2221</sup> Cass. crim., 6 mars 2019, n°18-81.059.

<sup>2222</sup> Art. 415-1 du Code des douanes : « Pour l'application de l'article 415, les fonds sont présumés être le produit direct ou indirect d'un délit prévu au présent code ou d'une infraction à la législation sur les substances ou plantes vénéneuses classées comme stupéfiants lorsque les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération d'exportation, d'importation, de transfert ou de compensation ne paraissent obéir à d'autre motif que de dissimuler que les fonds ont une telle origine ».

934. La présomption prévue par le Code des douanes implique que le regard ne se porte pas réellement sur l'infraction d'origine, mais plutôt sur la réalisation de l'infraction de blanchiment<sup>2223</sup>. Il n'est pas opportun d'établir un lien entre l'infraction d'origine et la dissimulation des fonds. L'application de l'article 415-1 du Code des douanes implique donc deux conditions, l'origine des fonds doit être illicite, et la nature spécifique de l'infraction doit concerner uniquement le droit douanier. Les conditions de mise en œuvre de cette présomption dépendent du pouvoir souverain des juges du fond<sup>2224</sup>. Il n'existe aucune caractéristique permettant d'établir un dispositif matériel créé dans le but de dissimuler les fonds, c'est le manquement à l'obligation de déclaration douanière qui conduit inévitablement à appuyer la présomption de blanchiment<sup>2225</sup>. Les conditions matérielles de la dissimulation font présumer le blanchiment sur le montant qui peut être élevé et leur forme. S'agit-il de sommes importantes, les frontières sont-elles franchies ?

935. Ces conditions sont laissées à la libre et entière appréciation des juges du fond. La présomption de blanchiment est donc une présomption judiciaire dont le rôle est de se conformer à la politique légale du législateur. En effet, la nature extensive de la présomption de blanchiment en matière douanière est concomitante à la volonté politique de créer un système de contrôle des opérations économiques occultes. Ainsi, la présomption de blanchiment impose à l'auteur d'apporter la justification de l'origine licite des fonds<sup>2226</sup>. L'absence de déclaration quant à l'origine ou le bénéficiaire final des biens ou fonds doit être entendue comme caractérisant l'infraction de blanchiment<sup>2227</sup>.

936. Le Code des douanes correspond parfaitement à la nature de la présomption inscrite à l'article 324-1-1 du Code pénal<sup>2228</sup>. Celle-ci étant une présomption de culpabilité, son caractère irréfragable rendrait impossible la production d'une preuve contraire. Elle doit être entendue comme une présomption simple l'individu ayant la possibilité de contester sa mise en accusation en apportant des preuves sur le caractère licite de la provenance des fonds ou sur l'identité de son bénéficiaire

---

<sup>2223</sup> Cass. crim., 6 mars 2019, n°18-81.059 ; Cass. crim., 20 mars 2019, n°17-85.664.

<sup>2224</sup> GOLDSZLAGIER J., « It's the economy, Stupid ! », AJ Pénal, 2019, p. 323 ; Cass. crim., 20 mars 2019, n°17-85.664.

<sup>2225</sup> Ibid.

<sup>2226</sup> Cass. crim., 6 mars 2019, n° 18-81.059 : DIAZ H., « Blanchiment : présomption simple d'illicéité des biens ou revenus », Dalloz actualité, 26 mars 2019 ; Cass. crim., 4 décembre 2019 : GALLOIS J., « Absence de justification des fonds placés : présomption de blanchiment », Dalloz actualité, 24 janvier 2020.

<sup>2227</sup> Cass. crim., 18 décembre 2019, n°19-82.496 : *Présomption d'illicéité de l'origine des fonds en matière de blanchiment : précoce maturité de la jurisprudence*, AJ Pénale 2020, p. 132.

<sup>2228</sup> Art. 324-1-1 du Code pénal : « Pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus ».

final<sup>2229</sup>. De surcroît, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur le sort de celui qui se rend coupable de complicité puisque l'achat par personne interposée d'un bien dans le but de dissimuler des revenus occultes peut être qualifié de complicité et recel de blanchiment<sup>2230</sup>. L'interposé agissant pour le compte de celui qui se cache serait un complice permettant la dissimulation du bénéficiaire final de l'opération.

937. En définitive, la présomption de blanchiment, comme celle concernant l'interposition de personne passe du caractère irréfragable au caractère simple. Cela s'explique de la même manière que précédemment, il s'agit non pas de remettre en cause le caractère illicite de l'acte réalisé, mais uniquement de permettre la mise en lumière du ou des « bénéficiaires final ou finaux », et ainsi de faire tomber la structure frauduleuse occulte. En est-il de même en ce qui concerne les infractions fiscales transfrontalières ? La présomption est-elle simple ou irréfragable ? Le caractère déclaratif de l'infraction fiscale revêt-il le même effet que celui de la déclaration permettant la révélation du bénéficiaire final ? L'analyse du régime juridique des présomptions de fraudes fiscales semble ne pas intégrer une présomption simple, mais irréfragable malgré le désaccord des juges en la matière.

## **II : L'EDICION DE PRESOMPTIONS LEGALES POUR LES INFRACTIONS FISCALES TRANSFRONTALIÈRES**

938. La lutte contre l'évasion fiscale internationale doit passer par un dispositif répressif strict. Ainsi, une opération impliquant la participation d'un État ou d'un territoire qui ne coopère pas à la lutte internationale contre les infractions fiscales transfrontalières est présumée frauduleuse. Un État ou un territoire non coopératif ne remplit pas ou refuse de remplir plusieurs conditions<sup>2231</sup>. Dans un premier temps, il n'est pas membre de l'Union européenne. Dans un second temps, l'OCDE considère qu'il fait partie des juridictions non coopératives<sup>2232</sup>. Dans un troisième temps, il n'existe aucune coopération quant aux échanges de renseignements entre cet État ou territoire et la France. Et enfin, dans un dernier temps, il n'a signé avec aucun autre État ou territoire coopératifs. Ces États ou territoires non coopératifs sont compris au sein plusieurs listes établies et construites par les différentes affaires qui ont bâti l'histoire de la lutte contre les paradis fiscaux. C'est d'ailleurs l'une

---

<sup>2229</sup> Cass. crim., 9 décembre 2015, n°15-90.019, Droit pénal 2015, Comm. 41, obs. CONTE Ph ; RPDP 2015. p. 927, note SEGONDS M ; SEGONDS M., *Blanchiment- Infractions de blanchiment*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Octobre 2017, actualisation Février 2020.

<sup>2230</sup> Cass. crim., 20 février 2008, n°07-82. 977, P : D. 2008. AJ 924.

<sup>2231</sup> DEBOISSY F, CHADEFAY M., *Précis de fiscalité des entreprises*, éd. 42e, LexisNexis, 2018-2019, p. 520 et s.

<sup>2232</sup> Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).



de ces affaires que les médias français ont appelé le « scandale du Liechtenstein<sup>2233</sup> » qui constitue un rôle d'accélérateur dans la lutte contre les paradis fiscaux.

939. Pour commencer à lister les États et territoires participant à la dissimulation de fonds permettant l'évasion fiscale, le 2 avril 2009 le G20 a annoncé la publication de listes proposées par l'OCDE. Parmi ces trois listes, il existe une liste blanche composée des juridictions coopératives. La seconde propose une liste noire composée de juridictions marginales, alors que la liste grise comprend les juridictions ayant pris part aux engagements internationaux, mais dont il n'existe aucune application au sein de leur territoire.

940. En 2010, la liste noire était complètement vide, ce n'est pas pour autant que les infractions qui ont conduit à son élaboration ont cessé. Depuis l'affaire des « Panama papers » en 2016, la liste des États ou territoires n'est plus aussi figée<sup>2234</sup>. Cela s'explique par le besoin des États de se prémunir contre les risques qu'implique l'évasion fiscale lors de l'exercice pratique sociétale. Il ne s'agit pas de freiner la compétitivité des entreprises, mais uniquement de contrôler les échanges économiques entre les entreprises ayant des échanges à travers le monde.

941. Le droit français a donc développé un arsenal législatif lui permettant de lutter efficacement contre la fraude fiscale<sup>2235</sup>. Le législateur a codifié une présomption de transfert indirect de bénéfices à l'article 57 du Code général des impôts<sup>2236</sup>. Cette présomption simple est caractérisée par deux éléments, il s'agit du « lien de dépendance entre l'entreprise située en France et l'entreprise

---

<sup>2233</sup> DEBOISSY F, CHADEFAX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, éd. 42e, LexisNexis, 2018-2019, p. 545 et s : « le président de la poste allemande, réveillé au petit matin par la police, est accusé d'avoir dissimulé des fonds dans un trust au Liechtenstein ».

<sup>2234</sup> Ibid.

<sup>2235</sup> THEVENET B., « Fraude fiscale : délit général, Mise en oeuvre des poursuites », Rép. de droit pénal et de procédure pénale, mai 2019, actualisation septembre 2020 : sur la loi relative à la lutte contre la fraude du 23 octobre 2018.

<sup>2236</sup> Art. 57 du Code général des impôts : « Pour l'établissement de l'impôt sur le revenu dû par les entreprises qui sont sous la dépendance ou qui possèdent le contrôle d'entreprises situées hors de France, les bénéfices indirectement transférés à ces dernières, soit par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen, sont incorporés aux résultats accusés par les comptabilités. Il est procédé de même à l'égard des entreprises qui sont sous la dépendance d'une entreprise ou d'un groupe possédant également le contrôle d'entreprises situées hors de France. La condition de dépendance ou de contrôle n'est pas exigée lorsque le transfert s'effectue avec des entreprises établies dans un État étranger ou dans un territoire situé hors de France dont le régime fiscal est privilégié au sens du deuxième alinéa de l'article 238 A ou établies ou constituées dans un État ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A. En cas de défaut de réponse à la demande faite en application de l'article L. 13 B du livre des procédures fiscales ou en cas d'absence de production ou de production partielle de la documentation mentionnée au III de l'article L. 13 AA et à l'article L. 13 AB du même livre, les bases d'imposition concernées par la demande sont évaluées par l'administration à partir des éléments dont elle dispose et en suivant la procédure contradictoire définie aux articles L. 57 à L. 61 du même livre. A défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues aux premier, deuxième et troisième alinéas, les produits imposables sont déterminés par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement ».

située hors de France ainsi que des majorations ou minorations des prix, ou des moyens analogues de transfert de bénéfices<sup>2237</sup> ». Comment cela se décompose-t-il ?

942. Les entreprises situées hors de France sont des entreprises dites « non coopératives<sup>2238</sup> » à partir du moment où elles n'adhèrent pas à la lutte contre les infractions fiscales transfrontalières. La France étant une partie prenante de ce dispositif, la société qui y est située ne peut qu'être considérée comme une entreprise coopérative. La notion de dépendance laisse apparaître un lien de subordination ou un lien hiérarchique entre deux ou plusieurs entités<sup>2239</sup>. Plus spécifiquement, cet état de subordination peut exister entre partenaires économiques, dans le cadre de collaborations internes ou externes<sup>2240</sup>. Au sein d'une société, la dépendance peut s'entendre comme la détention d'un pouvoir sur la société, il peut s'agir du droit de vote, du nombre de parts sociales détenues. Pour les auteurs, l'utilisation de la notion d'entreprise n'exclut aucune forme juridique, « sociétés mères, filiales, sous-filiales, mais aussi succursales<sup>2241</sup> ».

943. Ainsi, une société dont le siège social est situé en France, qui entretient un lien de dépendance dans ses relations économiques avec une société étrangère, répond au premier critère permettant de présumer que les opérations qu'elle va réaliser ou qu'elle réalise effectivement avec cette société sont des transferts indirects de bénéfices. Le second et dernier critère devant être rempli pour confirmer cette qualification est l'appauvrissement de la société située en France au profit de celle qui est située hors de France. Les opérations économiques existant entre ces deux entités économiques doivent conduire à une migration des fonds d'une entreprise à l'autre ayant pour conséquence de démunir la société française de ses bénéfices. La réunion de ces deux conditions permet de qualifier ces opérations de transferts de présomption simple de transfert indirect de bénéfices. Dans ce cas présent, la personne morale située en France est instrumentalisée par une autre personne morale située à l'étranger qui est de ce fait le bénéficiaire final des opérations financières réalisées<sup>2242</sup>. Le caractère réfragable de cette présomption laisse la possibilité aux entités économiques de démontrer leur bonne foi, en apportant la preuve du caractère justifié des différentes transactions réalisées. Néanmoins, une présomption simple, non renversée par la preuve contraire se voit contrainte par une double imposition de l'administration fiscale. En effet, les bénéfices transférés

---

<sup>2237</sup> CE, plén., 27 juillet 1987, n°50020 ; RJF 1988, n°1139, concl. FOUQUET O., p. 577.

<sup>2238</sup> DEBOISSY F, CHADEFAX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, éd. 42e, LexisNexis, 2018-2019, p. 521 et s.

<sup>2239</sup> CORNU G., op. cit., p. 330.

<sup>2240</sup> Ibid.

<sup>2241</sup> DEBOISSY F, CHADEFAX M., op. cit., loc. cit.

<sup>2242</sup> CE, plén., 27 juillet 1987, n° 50020, Dr. fisc. 1988, comm. 2202 ; RJF 1988, n°1139, concl. FOUQUET, p. 577 ; CE, 9e et 10e ss-sect., 15 avril 2016, n°372097, Dr. fisc. 2016, n°51-52, comm. 676, concl. BOKDAM-TOGNETTI, note SILBERZTEIN et GRANDEL.

devront réintégrer le résultat imposable, et les « revenus distribués<sup>2243</sup> » seront soumis à une imposition à la source qui est prévue par l'article 119 bis, 2 du Code général des impôts<sup>2244</sup>. Il reste tout de même une dernière possibilité pour la société soumise à un contrôle fiscal. Elle peut être exemptée de cette double imposition par la suppression de l'impôt à la source, pour cela, il suffit d'accepter l'application de rectifications ainsi que de pénalités, et enfin, de reverser les « revenus distribués<sup>2245</sup> ».

944. La France renforce de plus en plus ses mesures de contrôle et plusieurs autres présomptions voient le jour. L'article 238 A du Code général des impôts prévoit que le versement de fonds à un partenaire situé dans un État ou un territoire non coopératif fait peser une forme de suspicion sur l'intention de l'auteur de l'opération financière réalisée<sup>2246</sup>. Cette présomption de fictivité est complétée par la présomption prévue à l'article 155 A du Code général des impôts concernant les sociétés de service, d'artistes ou de sportifs<sup>2247</sup>. Pour ces sociétés, le législateur a établi des dispositions strictes permettant d'imposer les revenus en France. Il suffit pour cela « — soit, lorsque celles-ci contrôlent directement ou indirectement la personne qui perçoit la rémunération des services ; — soit, lorsqu'elles n'établissent pas que cette personne exerce, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale, autre que la prestation de services ; — soit, en tout état de cause, lorsque la personne qui perçoit la rémunération des services est domiciliée ou établie dans un État étranger ou un territoire situé hors de France où elle est soumise à un régime fiscal privilégié au sens mentionné à l'article 238 A<sup>2248</sup> ». L'administration est donc libre d'imposer les sociétés

---

<sup>2243</sup> Art. 109 du Code général des impôts : « 1. Sont considérés comme revenus distribués : 1° Tous les bénéfices ou produits qui ne sont pas mis en réserve ou incorporés au capital ; 2° Toutes les sommes ou valeurs mises à la disposition des associés, actionnaires ou porteurs de parts et non prélevées sur les bénéfices. Les sommes imposables sont déterminées pour chaque période retenue pour l'établissement de l'impôt sur les sociétés par la comparaison des bilans de clôture de ladite période et de la période précédente selon des modalités fixées par décret en conseil d'Etat (1). 2. (Abrogé) » ; Art. 111, c du Code général des impôts : « Sont notamment considérés comme revenus distribués : c Les rémunérations et avantages occultes ».

<sup>2244</sup> Art. 119 bis, 2 du Code général des impôts : « Sous réserve des dispositions de l'article 239 bis B, les produits visés aux articles 108 à 117 bis donnent lieu à l'application d'une retenue à la source dont le taux est fixé par l'article 187-1 lorsqu'ils bénéficient à des personnes qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France. Un décret fixe les modalités et conditions d'application de cette disposition (1) ».

<sup>2245</sup> Art. 109 du Code général des impôts ; Art. 111, c du Code général des impôts.

<sup>2246</sup> Art 238 A du Code général des impôts.

<sup>2247</sup> Art. 155 A du Code général des impôts : « I. Les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France en rémunération de services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France sont imposables au nom de ces dernières : – soit, lorsque celles-ci contrôlent directement ou indirectement la personne qui perçoit la rémunération des services ; – soit, lorsqu'elles n'établissent pas que cette personne exerce, de manière prépondérante, une activité industrielle ou commerciale, autre que la prestation de services ; – soit, en tout état de cause, lorsque la personne qui perçoit la rémunération des services est domiciliée ou établie dans un Etat étranger ou un territoire situé hors de France où elle est soumise à un régime fiscal privilégié au sens mentionné à l'article 238 A. II. Les règles prévues au I ci-dessus sont également applicables aux personnes domiciliées hors de France pour les services rendus en France. III. La personne qui perçoit la rémunération des services est solidairement responsable, à hauteur de cette rémunération, des impositions dues par la personne qui les rend ».

<sup>2248</sup> Art. 155 A du Code général des impôts.

d'artistes, de sportifs ou de services même lorsque le lien avec la France est quasi inexistant. Le Conseil d'État a déjà eu l'occasion de se prononcer à ce sujet puisque l'artiste Charles Aznavour qui est au contrôle d'une société britannique a reçu le cachet d'un concert transféré à son bénéficiaire à ladite société<sup>2249</sup>. Il est devenu le bénéficiaire final de l'opération financière réalisée qui a été instrumentalisée dans le but de recevoir les fonds du concert qui a eu lieu à Paris<sup>2250</sup>. L'administration française a appliqué l'article 155 A du Code général des impôts en imposant les contrevenants. Il en est de même dans l'affaire d'un joueur de football exerçant au sein d'une équipe française, le montage financier permettant d'utiliser le nom et l'image du joueur ne trouvait aucune contrepartie réelle dans l'intervention de la personne située hors de France, ce montage est donc artificiel<sup>2251</sup>. La présomption prévue par l'article 155 A du Code général des impôts semble irréfragable, les sociétés n'ayant aucune possibilité de rapporter la preuve contraire<sup>2252</sup>.

945. La dernière présomption qu'il est impératif d'analyser est la présomption de distribution prévue par l'article 209 B du Code général des impôts<sup>2253</sup>. Elle se divise sous deux formes, la première vise les entités juridiques et la seconde les succursales. Dans le cadre d'une implantation au sein de l'Union européenne, l'administration fiscale ne peut utiliser l'article 209 B du Code général des impôts qu'en cas de montage artificiel<sup>2254</sup>.

946. Une société mère française détient un pouvoir de contrôle sur une autre entité juridique située sur un territoire ou un État non coopératif. Elle perçoit des fonds à la place de cette société mère afin qu'ils puissent échapper aux dispositifs fiscaux de l'administration française. Ce dernier dispositif montre que la lutte contre l'évasion fiscale prend une autre forme, car elle vient s'attaquer à l'instrumentalisation de la personne morale implantée au sein d'un territoire ou d'un État plus favorable fiscalement. Une société n'exerçant généralement aucune activité de nature industrielle ou commerciale va percevoir des fonds appelés « revenus passifs<sup>2255</sup> » afin que ceux-ci puissent échapper à l'administration fiscale française. Ces sociétés holding également appelées « sociétés-

---

<sup>2249</sup> CE, 28 mars 2008, n°271366 : Dr. fisc. 2008, n°17, comm. 293, concl. LANDAIS ; RJF 2008, p. 447, ciron. BURGUBURU.

<sup>2250</sup> Ibid.

<sup>2251</sup> CE, 3e et 8e ss-section., 4 décembre 2013, n°348136, Dr. fisc. 2014, n°11, comm. 211, concl. DAUMAS, note DE LA MARDIÈRE, RJF 2014, n° 210.

<sup>2252</sup> CE, 28 mars 2008, n°271366 : Dr. fisc. 2008, n°17, comm. 293, concl. LANDAIS ; RJF 2008, p. 447, ciron. BURGUBURU.

<sup>2253</sup> Art. 209 B du Code général des impôts.

<sup>2254</sup> CE, plén. fisc., 4 juillet 2014, n°357264 et 359924, Dr. fisc. 2014, n° 38, comm. 536, concl. NICOLAZO DE BARMON, note ARDOUIN.

<sup>2255</sup> DEBOISSY F, CHADEFaux M., *Précis de fiscalité des entreprises*, éd. 42e, LexisNexis, 2018-2019, p. 545 ; THEVENET B., « Fraude fiscale : délit général, Mise en oeuvre des poursuites », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, mai 2019, actualisation septembre 2020.

relais<sup>2256</sup> » agissent pour le compte de sociétés mères françaises, qui entrent dans la catégorie du bénéficiaire final de ce montage financier. C'est à ce titre que les bénéfices issus de ces entités sont « réputés distribués à la société mère française<sup>2257</sup> ».

947. L'utilisation d'une succursale rend la stratégie différente, en effet, lorsque la société mère implante une structure n'ayant aucune personnalité juridique à l'étranger, ses résultats « sont imposés en France en tant que bénéfices et non en tant que revenus réputés distribués<sup>2258</sup> ». Néanmoins, bien que cette implantation au sein d'un État marginal puisse rendre l'application de ce dispositif plus efficace, il semble que l'implantation au sein d'un État coopératif impose des limites juridiques territoriales. L'entreprise, bénéficiaire final de l'opération, ne peut se voir appliquer la législation fiscale française alors qu'elle est principalement imposée, même à faible taux, dans son pays d'implantation. L'administration fiscale sera donc empêchée d'imposer à ces établissements un impôt qu'ils ont l'obligation de régler sur le territoire sur lequel ils sont implantés. La force de la présomption de distribution varie selon le lieu d'implantation de l'entité. Par exemple, au sein de l'Union européenne, les dispositions du Code général des impôts ne peuvent être appliquées, et hors de l'Union européenne les entreprises ne peuvent se voir privées de la possibilité de réaliser des bénéfices au profit d'un dispositif fiscal trop sévère.

948. L'article 123 bis du Code général des impôts pose une présomption d'interposition de personne en matière de revenus de capitaux mobiliers<sup>2259</sup>. Ainsi, lorsqu'une personne physique possède son domicile sur le territoire français et qu'elle détient directement ou indirectement au moins 10 % « des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique<sup>2260</sup> » constituée ou établie à l'étranger et soumise à un régime fiscal favorable, et lorsque « l'actif ou les biens de cette entité sont principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants<sup>2261</sup> », ses revenus ou bénéfices sont considérés comme un revenu de capitaux mobiliers soumis à l'impôt à hauteur de la participation de cette personne physique. Alors que cette présomption

---

<sup>2256</sup> Ibid.

<sup>2257</sup> Ibid.

<sup>2258</sup> Ibid.

<sup>2259</sup> DEBOISSY F, CHADEFAX M., *Précis de fiscalité des entreprises*, éd. 42e, LexisNexis, 2018-2019, page 548 ; Art. 123 bis 1 du Code général des impôts : « 1. Lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique-personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable-établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette entité juridique sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement lorsque l'actif ou les biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable sont principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants ».

<sup>2260</sup> DEBOISSY F, CHADEFAX M., *op. cit.*, p. 548 ; Art. 123 bis du Code général des impôts.

<sup>2261</sup> Ibid.

complexe n'est pas applicable de la même façon lorsque l'entité est implantée au sein d'un État membre de l'Union européenne ou au sein d'un État étranger, la décision du Conseil Constitutionnel en date du 1er mars 2017<sup>2262</sup> a considérablement reconsidéré la question des clauses de sauvegarde. En effet, la réponse à la question prioritaire de constitutionnalité posée au Conseil Constitutionnel en 2017 porte sur la différence réalisée au profit des États membres de l'Union européenne. Le législateur porte « une atteinte excessive au principe d'égalité devant la charge publique<sup>2263</sup> ». Dès lors, le législateur a fait peser la charge de la preuve sur l'administration en cas d'implantation dans un État membre de l'Union comme dans État étranger coopératif, dans les autres cas, elle repose sur le contribuable français qui doit « démontrer que la détention des titres ou droits dans l'entité a objet et un effet autre que la localisation des bénéficiaires et des revenus dans un pays à fiscalité privilégiée<sup>2264</sup> ».

949. Il devient de plus en plus difficile pour l'administration fiscale de débusquer le bénéficiaire final des opérations économiques permettant la dissimulation de fonds et le contournement des dispositions en vigueur. C'est pour cette raison que les partenaires économiques de ces entités, par exemple, les banques, les avocats, devront être dans l'obligation de prendre part à l'effort. La lutte contre la clandestinité doit se construire à travers l'élaboration d'obligation de vigilance et de déclaration permettant aux autorités d'avoir un vrai pouvoir de transparence permettant la mise en lumière des donneurs d'ordres.

## Section 2 : L'édition d'obligations spécifiques

950. La notion d'obligation venant du latin « obligatio », renvoie à la notion de devoir<sup>2265</sup>. La notion d'obligation doit donc être entendue comme ce qui lie à la loi. Le devoir « désigne plus exactement certaines règles de conduite d'origine légale et de caractère permanent<sup>2266</sup> ». L'obligation comme le devoir sont des notions couramment utilisées dans toutes les branches du droit. Par exemple, l'une de ces notions apparaît dans « les obligations juridiques, économiques, sociales et morales », qu'implique l'éducation d'un enfant mineur en droit pénal<sup>2267</sup>. Un autre exemple rappelle

---

<sup>2262</sup> Cons. constit., 1er mars 2017, n°2016, 614 QPC : RJF 2017, n° 473.

<sup>2263</sup> DEBOISSY F, CHADEFaux M., op. cit., loc. cit. ; Cons. constit., 1er mars 2017, n°2016, 614 QPC : RJF 2017, n° 473.

<sup>2264</sup> DEBOISSY F, CHADEFaux M., op. cit., p. 549.

<sup>2265</sup> CORNU G., op. cit., p. 701.

<sup>2266</sup> CORNU G., op. cit., p. 346.

<sup>2267</sup> Art. R. 131-48 du Code pénal : « Le stage de responsabilité parentale prévu à l'article 131-35-1 a pour objet de rappeler au condamné les obligations juridiques, économiques, sociales et morales qu'implique l'éducation d'un enfant ».

l'utilisation cette notion comme les obligations liées à l'exercice d'une fonction, en droit immobilier<sup>2268</sup>.

951. En premier lieu, la notion d'obligation apparaît dans un registre humain, celui de la moralité. Le droit fait un lien entre l'obligation juridique pure et le devoir de moralité qui appartient aux valeurs humaines. En second lieu, le droit fait un lien entre l'obligation juridique et la fonction qu'exerce un individu. L'obligation est déduite de l'exercice des fonctions professionnelles de ce dernier individu et c'est exactement ce dont il sera question dans cette analyse. En effet, l'obligation doit découler d'un devoir professionnel afin de tendre le plus que possible vers la transparence recherchée par le droit européen.

952. Le législateur français a dû se conformer aux exigences du droit européen en instaurant notamment une obligation de déclaration du *bénéficiaire effectif*<sup>2269</sup>. Ainsi, la personne physique qui contrôle finalement la personne morale doit être désignée comme le *bénéficiaire effectif*, de la structure juridique occulte. Mais le législateur ne s'arrête pas là puisqu'il met en place un principe de précaution afin d'impliquer les professionnels ayant des relations d'affaires régulières ou non avec le *bénéficiaire effectif*. L'obligation de « vigilance<sup>2270</sup> » permet d'éviter toute forme de négligence professionnelle permettant à certains professionnels d'ignorer les techniques plus ou moins légales utilisées par leurs partenaires commerciaux. Il s'agit ici de développer une forme de solidarité économique afin de lutter efficacement contre l'opacification d'activité potentiellement dangereuse et illicite. Il est possible de s'inspirer de ces systèmes pour appréhender de manière plus efficace les opérations avec un bénéficiaire final. Plus qu'un arsenal juridique propre au *bénéficiaire effectif*, l'obligation de vigilance introduite par le droit européen permettrait aux professionnels d'instaurer une suspicion dans les opérations d'affaires et l'obligation de déclaration donnerait l'accès à des informations enfermées dans le circuit contractuel occulte comme, par exemple l'identité du bénéficiaire final.

953. Il convient donc dans un premier temps de comprendre l'obligation de vigilance (§1), avant de traiter de l'obligation de déclaration (§2) afin d'introduire un principe de précaution et une certaine transparence dans les opérations avec un bénéficiaire final.

---

<sup>2268</sup> CRUVELIER E., « Agent immobilier », Répertoire de droit immobilier, Janvier 2017.

<sup>2269</sup> FIEVET R., « Transparence - Bénéficiaire effectif - Liste des personnes à désigner », Juris associations, 2018, n°579, p. 7.

<sup>2270</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

---

**§ 1 : L'obligation de vigilance ou le devoir de se renseigner**

954. L'obligation de vigilance est l'une des lignes directrices recommandées par l'autorité des marchés financiers à l'égard des opérations avec un *bénéficiaire effectif*<sup>2271</sup>. Le Code monétaire et financier rappelle que « les personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ont des obligations de vigilance à l'égard de la clientèle<sup>2272</sup> ». Pourtant, cette notion ne fait absolument pas partie du vocabulaire classique du juriste. Le système juridique des États membres doit veiller au respect des règles juridiques qui les régissent. L'absence de surveillance laisse place à la négligence quant à l'étendue des relations d'affaires existant entre les établissements de crédit, les notaires, les avocats et leurs clients par exemple<sup>2273</sup>. C'est le principe de précaution qui permet le recul, voir l'anéantissement des opérations frauduleuses occultes. Il s'agit d'un principe fondamental dont l'autorité ne peut aujourd'hui être discutée<sup>2274</sup>.

955. La participation à la vie économique et la recherche des intentions occultes des clients ne sont pas les seules obligations des professionnels. Ces derniers ont l'obligation de rechercher les informations sur l'opération demandée, l'identité de celui qui demande l'opération, l'identité de celui qui bénéficie en dernier lieu de l'opération et enfin de certifier ces informations<sup>2275</sup>. Dès lors, les professionnels ont nécessairement l'obligation d'adopter un principe absolu de précaution, si bien qu'il leur est interdit de maintenir des relations commerciales avec des clients dont il est impossible de vérifier les informations<sup>2276</sup>. Ces dispositions juridiques applicables aux opérations avec un *bénéficiaire effectif* peuvent dans l'optique d'une recherche de transparence s'appliquer aux opérations avec un bénéficiaire final. De ce fait, il n'y a pas à rechercher la fraude dans le montage contractuel mis en place, mais plutôt la transparence à travers l'obligation de vigilance. Cette dernière obligation va de pair avec le principe de précaution dans un système contractuel dont la clandestinité fait penser à une opération frauduleuse.

---

<sup>2271</sup> Position-recommandation AMF n° 2019-16 du 29 novembre 2019 (Lignes directrices sur les obligations de vigilance à l'égard des clients et de leurs bénéficiaires effectifs).

<sup>2272</sup> Ibid.

<sup>2273</sup> CUTAJAR C., « La banque en ligne et la réalisation en ligne des obligations imposées en matière de lutte contre le blanchiment », Banque et Dr., Hors-série, août 2014 ; LEDAN-CABARROQUE S., « Du véritable apport du dispositif antiblanchiment sur la pratique notariale », JCP N 2011, n°1151.

<sup>2274</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2275</sup> Ibid.

<sup>2276</sup> Art. L. 561-8, I, du Code monétaire et financier : « Lorsqu'une personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'est pas en mesure de satisfaire aux obligations prévues à l'article L. 561-5 ou à l'article L. 561-5-1, elle n'exécute aucune opération, quelles qu'en soient les modalités, n'établit ni ne poursuit aucune relation d'affaires et peut transmettre la déclaration prévue à l'article L. 561-15 dans les conditions prévues à cet article. Si celle-ci a déjà été établie en application du IV de l'article L. 561-5, elle y met un terme et la déclaration prévue à l'article L. 561-15 s'effectue dans les conditions prévues à cet article ».



956. C'est pourquoi il existe plusieurs degrés de vigilance passant de la vigilance ordinaire à la vigilance absolue (I). Cependant, l'intensité de la vigilance importe peu si le contenu de l'obligation n'est pas précisé (II).

### **I : DE LA VIGILANCE ORDINAIRE A LA VIGILANCE ABSOLUE**

957. Le respect de l'obligation de vigilance ne repose pas sur le fait pour les autorités publiques de faire preuve de précaution, mais de mettre en place un devoir légal, mais surtout moral afin d'impliquer les professionnels du monde des affaires<sup>2277</sup>. Les professionnels devront mettre en place des systèmes permettant de déceler l'infraction de blanchiment ou le financement du terrorisme. La définition semble pour le moins ambiguë, en effet, les systèmes ne sont pas définis, le cadre juridique n'est pas posé, il n'y a donc aucune limite légale imposée aux professionnels. Ils peuvent parfaitement collecter les informations de leurs partenaires financiers, qualifier certains actes ou faits d'illicites sans contrôle judiciaire. Refuser de contracter avec certains partenaires sur des critères qui n'ont pas été passés au filtre de la loi. De façon inverse, les professionnels du monde des affaires peuvent parfaitement ignorer l'obligation de vigilance. Créer des structures difficiles à encadrer et qui peuvent enfermer certains manquements en manquant de transparence. Le législateur a donc souhaité répondre aux éventuelles craintes quant au manque de contrôle de ces professionnels par les autorités. Le Code monétaire et financier prévoit notamment un pouvoir spécial permettant à des organisations professionnelles, des organismes internationaux, des administrations, d'exercer un contrôle du respect des dispositions légales en vigueur en ce qui concerne l'obligation de vigilance<sup>2278</sup>. L'implication législative va dans le sens d'une lutte contre les opérations financières frauduleuses au profit d'un *bénéficiaire effectif* dissimulé. Néanmoins, il faut rappeler que ce dernier personnage s'inscrit dans une catégorie plus importante comportant d'autres protagonistes, il s'agit de la catégorie du bénéficiaire final de l'opération. Il s'agit donc de savoir si l'arsenal législatif mis en place pour lutter contre le développement de constructions contractuelles frauduleuses peut s'appliquer dans la recherche d'une transparence face à un bénéficiaire final en retrait.

958. L'article L. 561-34 du Code monétaire et financier créée par l'Ordonnance 2009-104 du 30 janvier 2009 prévoyait une disposition spéciale en ce qui concerne les succursales présentes à l'étranger<sup>2279</sup>. Les mêmes mesures de vigilance devaient être appliquées aux clients dont le siège

---

<sup>2277</sup> Art. L. 561-32 du Code monétaire et financier.

<sup>2278</sup> Art. L. 561-36, III du Code monétaire et financier.

<sup>2279</sup> Art. L. 561-34 du Code monétaire et financier.

social était situé à l'étranger. S'ils étaient empêchés par l'organisation interne de l'État ou du territoire étranger, ils devaient en informer les autorités mentionnées à l'article L. 561-36 du Code monétaire et financier. Cette disposition a été modifiée par l'Ordonnance du 1er décembre 2016, mais il est possible de retrouver quelques vestiges de l'article L. 561-34 ancien, à l'article L. 561-33 du Code monétaire et financier. Le législateur ne vise plus les États et territoires étrangers, mais les « pays tiers<sup>2280</sup> ». De plus, il marque une différence notable avec le dispositif précédent puisqu'il prévoit clairement l'arrêt des relations d'affaires ainsi que des activités au sein de ce pays, si les mesures de vigilances imposées ne peuvent être mises en œuvre à cause du droit applicable localement.

959. En somme, la volonté d'étendre le dispositif de contrôle ne s'arrête pas aux territoire ou État étranger, bien au contraire, elle vient s'étendre malgré eux sur leur territoire. Ils seront privés de la scène économique internationale s'il refuse de se plier aux dispositifs de lutte en vigueur. Ici, le changement de nomination du pays étranger au pays tiers importe peu. Le tiers est celui qui ne prend pas part à une convention qui y est étrangère<sup>2281</sup>. Il semble que ce soit cette définition qui était recherchée par le législateur de 2016, le pays tiers est celui qui n'a pas pris part aux Conventions internationales ou aux dispositions légales internationales. Ce qui est important c'est la nécessité de renforcer le dispositif juridique de vigilance qui passe d'un dispositif « ordinaire<sup>2282</sup> » à un dispositif quasi absolu. Au demeurant, ce passage est confirmé par la 3e Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 transposée par l'ordonnance 2009-104 du 30 janvier 2009. Il faut adapter le système juridique européen et plus spécifiquement le système juridique français aux opérations occultes et frauduleuses de plus en plus complexes. L'objectif de transparence fait l'objet de dispositions législatives importantes, il ne s'agit pas uniquement de combattre la fraude, mais d'annihiler toute forme de constructions clandestines. Le *bénéficiaire effectif* est le personnage qui s'inscrit dans un schéma frauduleux ce qui n'est pas toujours le cas pour le bénéficiaire final. De ce fait, des mesures

---

<sup>2280</sup> Art. L. 561-33, II du Code monétaire et financier : « II. – 1° Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 et le cas échéant l'entreprise mère du groupe appliquent dans leurs succursales et filiales situées dans les pays tiers des mesures équivalentes à celles prévues au présent chapitre en matière de vigilance à l'égard du client, de partage et de conservation des informations et de protection des données ; 2° Lorsque le droit applicable localement ne leur permet pas de mettre en œuvre dans leurs succursales et filiales situées dans les pays tiers les mesures équivalentes, mentionnées ci-dessus, elles veillent à ce que ces succursales et filiales appliquent des mesures de vigilance spécifiques. Elles en informent le service mentionné à l'article L. 561-23 et l'autorité de contrôle mentionnée à l'article L. 561-36 dont ils relèvent. Si elle estime que les mesures spécifiques sont insuffisantes, cette autorité de contrôle impose des mesures de surveillance supplémentaires, en exigeant notamment que le groupe n'établisse pas de relations d'affaires ou qu'il y mette fin, qu'il n'effectue pas d'opérations et le cas échéant qu'il cesse ses activités dans le pays tiers concerné ; 3° Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 qui exploitent des succursales dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'espace économique européen veillent à ce que ces succursales respectent les dispositions applicables dans cet Etat ».

<sup>2281</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 1026.

<sup>2282</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

législatives introduites pour lutter efficacement contre des infractions transfrontalières s'appliquent de manière différente sur des opérations avec un bénéficiaire final. La clandestinité de ne se traduit pas nécessairement par une volonté frauduleuse pour ce dernier personnage, mais plutôt par la recherche de profit. Il en est autrement pour le *bénéficiaire effectif* puisque la Directive permet une adaptation aux « risques<sup>2283</sup> » et introduit le passage de la vigilance simple, à une vigilance beaucoup plus importante. Comment cela se traduit-il ?

960. L'article L. 561-9 du Code monétaire et financier, permet aux professionnels devant respecter une obligation de vigilance de la moduler en fonction du risque rencontré<sup>2284</sup>. Ainsi les mesures permettant de lutter efficacement contre le blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme pourront être plus ou moins intenses selon le risque encouru. L'article L. 561-10-1 du Code monétaire et financier prévoit qu'à partir du moment où le risque paraît élevé, les professionnels devront augmenter l'intensité de leurs mesures<sup>2285</sup>. Pour s'appliquer au bénéficiaire final, ce risque doit pouvoir trouver une traduction dans le degré de clandestinité de l'opération. Un schéma constitué de plusieurs transferts financiers importants doit pouvoir alerter l'établissement financier sur la possibilité de dissimuler un bénéficiaire final par exemple. La 3<sup>e</sup> Directive a préféré introduire ce que la doctrine appelle une « présomption de malhonnêteté<sup>2286</sup> » pesant sur les États ou territoires tiers qui ne se soumettent pas aux mesures imposées par les États coopérants pour la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Néanmoins, la liberté et la souveraineté des États peuvent-elles être écartées au profit du respect du dispositif obligatoire de vigilance ?

961. Il semble que répondre par la positive serait délicat et très peu admissible juridiquement. C'est pour toutes ces raisons que la Commission européenne est venue préciser ce qu'elle entend par renforcement des mesures de vigilance lors de sa Directive 2006/70/CE en date du 1<sup>er</sup> août 2006. Il s'agit notamment de préciser les personnes sur lesquelles il doit y avoir une vigilance renforcée, notamment, les chefs d'État et de gouvernement, les ministres, les parlementaires par exemple. Elle exclut d'autres individus comme ceux qui n'ont pas occupé de fonction publique durant un an au

---

<sup>2283</sup> 3<sup>e</sup> Directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 transposée par l'ordonnance 2009-104 du 30 janvier 2009.

<sup>2284</sup> Art. L. 561-9, I du Code monétaire et financier : « I.-Lorsque le risque de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme leur paraît faible, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 peuvent réduire l'intensité des mesures prévues à l'article L. 561-6. Dans ce cas, elles justifient auprès de l'autorité de contrôle mentionnée à l'article L. 561-36 que l'étendue des mesures est appropriée à ces risques ».

<sup>2285</sup> Art. L. 561-10-1 du Code monétaire et financier : « I. – Lorsque le risque de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme présenté par une relation d'affaires, un produit ou une opération leur paraît élevé, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 mettent en œuvre les dispositions des articles L. 561-5, L. 561-5-1 et L. 561-6 sous la forme de mesures de vigilance renforcées. II. – La mise en œuvre des mesures de vigilance complémentaires prévues à l'article L. 561-10 ne fait pas obstacle à l'application des dispositions du I ci-dessus ».

<sup>2286</sup> BERR C-J., op. cit., loc. cit.

moins<sup>2287</sup>. L'article R. 561-18 du Code monétaire et financier apporte une liste importante des personnes exposées « à des risques particuliers en raison de ses fonctions<sup>2288</sup> ». Les professionnels sont non seulement dans l'obligation d'identifier leurs clients, mais ils sont également assujettis au respect des obligations relatives à l'ensemble du dispositif légal en vigueur même en cas de représentation par un tiers<sup>2289</sup>.

962. Enfin, il semble que le premier objectif recherché par le législateur était de lutter conjointement contre les opérations illégales occultes en impliquant la communauté économique internationale, néanmoins, la liberté d'appréciation accordée à ces professionnels expose la mise en œuvre de ce dispositif à un risque allant de la négligence à l'abus. C'est pour toutes ces raisons que le dispositif a dû être précisé au fur et à mesure tant du point de vue du contenu que de sa portée.

## **II : LE CONTENU DE L'OBLIGATION VIGILANCE**

963. L'obligation de vigilance contient un certain nombre de dispositions importantes permettant de mettre en place un système efficace de lutte contre les opérations occultes frauduleuses. Il s'agit d'écarter l'aspect illégal de la clandestinité sans véritablement viser l'objectif de transparence des opérations avec un bénéficiaire final. Le législateur vient réduire le schéma contractuel occulte à une construction frauduleuse en lui prêtant un objectif illicite. De ce fait, alors que le dispositif légal souhaite éliminer le *bénéficiaire effectif*, il ne tient pas compte des constructions juridiques complexes dissimulant un bénéficiaire final. Pour répondre à l'obligation de vigilance, les États membres de l'Union européenne seront invités à développer un dispositif permettant la coopération des professionnels du monde des affaires. Ils seront tenus de cette obligation, tout en ayant la liberté d'employer des mesures plus ou moins fortes en fonction du risque rencontré. Cette liberté a été souvent critiquée par les auteurs qui y voyaient un manque de clarté dans le texte<sup>2290</sup>. Néanmoins, une branche de l'obligation de vigilance reste incontournable pour les professionnels, il s'agit de celle qui consiste à recueillir des informations.

964. Pour prévenir la réalisation d'opérations occultes, il convient dans un premier temps d'éliminer les mécanismes de simulation tels que l'interposition de personne et l'instrumentalisation de personnes morales, et cela passe par l'identification du client potentiel<sup>2291</sup>. L'obligation

---

<sup>2287</sup> Ibid.

<sup>2288</sup> Art. R. 561-18 du Code monétaire et financier.

<sup>2289</sup> Art. L. 561-7 du Code monétaire et financier.

<sup>2290</sup> BERR C-J., op. cit., loc. cit.

<sup>2291</sup> Art. L. 561-5, I, du Code monétaire et financier : « I. – Avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 : 1° Identifient leur client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif au sens de l'article L. 561-2-2 ; 2° Vérifient ces éléments d'identification sur présentation de tout document écrit à caractère probant ».

d'identification fait partie des mesures ayant la possibilité de s'appliquer au bénéficiaire final. Il s'agit de poursuivre l'objectif de transparence prônée par le texte et créant une obligation d'identification des personnes concernées par la future relation d'affaires. Les obligations de vigilance à l'égard de la clientèle composent toute une section du Code monétaire et financier, de l'article R. 561-5 à R. 561-22-2. Les articles R. 561-5 à R. 561-11 permettent de préciser le moment de l'identification du client, lors d'une ouverture de compte ou de la souscription d'un contrat par exemple. Néanmoins, ils contiennent des ambiguïtés ne permettant de pas de comprendre précisément l'étendue des dispositions imposées par le législateur. Par exemple, l'article R. 561-11 du Code monétaire et financier donne la possibilité aux professionnels de procéder sans aucune limite à de multiples identifications<sup>2292</sup>. À partir de quels critères serait-il possible de considérer qu'une information est fautive ? De plus, comment identifier le client dit occasionnel, de celui qui est régulier ? L'article R. 561-10<sup>2293</sup> n'en donne qu'une définition lacunaire ne permettant pas d'appliquer en pareil cas les dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>2294</sup>.

965. Le *bénéficiaire effectif* fait l'objet de dispositions spéciales pour son identification<sup>2295</sup>. Ces personnages doivent pouvoir justifier « leurs diligences auprès des autorités de contrôle<sup>2296</sup> ». Ces diligences ne sont pas décrites par le législateur. S'agit-il d'une disposition devant être entendue de manière ouverte, ou une disposition qui devra recevoir un apport explicatif du législateur ? Il semble que le doute et les soupçons du droit quand à la réalisation d'opérations occultes, pousse à la rédaction de dispositions contenant des notions certainement ambiguës pour les uns, mais ouverte pour les autres. Cela voudrait donc dire que le législateur ne souhaite pas enfermer dans un schéma prédéfini les différentes démarches permettant de passer de l'opération occulte à l'identification du

---

<sup>2292</sup> Art. R. 561-11 du Code monétaire et financier : « Lorsque les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 ont de bonnes raisons de penser que l'identité de leur client et les éléments d'identification précédemment obtenus ne sont plus exacts ou pertinents, elles procèdent de nouveau à l'identification du client et à la vérification de son identité conformément aux articles R. 561-5 et R. 561-5-1 et, le cas échéant, à l'identification et à la vérification de l'identité de son bénéficiaire effectif conformément à l'article R. 561-7 ».

<sup>2293</sup> Art. R. 561-10, I du Code monétaire et financier : « I.-Pour l'application des dispositions du II de l'article L. 561-5, est considérée comme un client occasionnel toute personne qui s'adresse à l'une des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 dans le but exclusif de préparer ou de réaliser une opération ponctuelle ou d'être assistée dans la préparation ou la réalisation d'une telle opération, que celle-ci soit réalisée en une seule opération ou en plusieurs opérations apparaissant comme liées entre elles ».

<sup>2294</sup> BERR C.-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2295</sup> Art. L. 561-2-2 du Code monétaire et financier : « Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques : 1° Soit qui contrôlent en dernier lieu, directement ou indirectement, le client ; 2° Soit pour laquelle une opération est exécutée ou une activité exercée. Un décret en Conseil d'Etat précise la définition et les modalités de détermination du bénéficiaire effectif ».

<sup>2296</sup> Art. R. 561-7 al. 3 du Code monétaire et financier : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont en mesure de justifier auprès des autorités de contrôle mentionnées à l'article L. 561-36 de la mise en œuvre de ces mesures et de leur adéquation au risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme présenté par la relation d'affaires. Elles sont également en mesure de justifier que les mesures prises pour la détermination du bénéficiaire effectif sont conformes aux articles R. 561-1 à R. 561-3-0 ».

rôle véritable occupé par toutes les parties. L'article R. 561-7 du Code monétaire et financier ajoute que « les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 identifient le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires selon les modalités définies à l'article R. 561-5 et vérifient les éléments d'identification recueillis sur celui-ci par des mesures adaptées au risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme présenté par la relation d'affaires<sup>2297</sup> ». Ces mesures sont laissées à la libre appréciation des professionnels du secteur. Ils adaptent leur façon de travailler à la possible réalisation de ce risque. Le législateur met en place une obligation de moyens pesant sur leurs épaules afin de lutter efficacement par la prévention des opérations frauduleuses occultes. L'obligation de vigilance peut également être mise en œuvre par le tiers dans les cas définis à l'article L. 561-7 du Code monétaire et financier<sup>2298</sup>.

966. L'obligation de vigilance pesant sur les professionnels se caractérise par l'intérêt qu'ils devront porter à la nature de l'opération. Le client souhaitant entretenir des relations d'affaires de longue durée, lorsqu'il y a des opérations contractuelles successives ou lorsqu'il fait intervenir un professionnel en absence de contrat, est un client régulier dont il faudra surveiller les transactions<sup>2299</sup>. Ici, le législateur ne semble pas bien délimiter l'obligation de vigilance, car elle pèse de façon aléatoire non seulement sur le client régulier, mais également sur le client occasionnel. Peut-être aurait-il été plus simple d'étendre l'obligation de vigilance à tous les clients, quelle que soit la durée de la relation d'affaires établie par une liste non exhaustive de mesures prédéfinies. L'article L. 561-6 du Code monétaire et financier se rapproche beaucoup plus de cette idée puis qu'il dispose que « pendant toute la durée de la relation d'affaires et dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, ces personnes exercent, dans la limite de leurs droits et obligations, une vigilance constante et pratiquent un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur relation d'affaires<sup>2300</sup> ». C'est finalement une façon d'unifier la recherche de transparence auprès de l'ensemble des professionnels intervenant auprès des participants potentiels à l'opération occulte frauduleuse. Bien que le législateur semble établir une confusion entre la clandestinité d'une opération et son caractère occulte, il reste que le dispositif d'identification répondant à l'obligation de vigilance accentuée peut parfaitement s'appliquer pour révéler l'existence d'un bénéficiaire final.

---

<sup>2297</sup> Art. R. 561-7 du Code monétaire et financier.

<sup>2298</sup> Ibid.

<sup>2299</sup> Art. L. 561-2-1 du Code monétaire et financier.

<sup>2300</sup> L. 561-6 du Code monétaire et financier : « Pendant toute la durée de la relation d'affaires et dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, ces personnes exercent, dans la limite de leurs droits et obligations, une vigilance constante et pratiquent un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur relation d'affaires ».

967. Il reste important de préciser que le législateur n'apporte pas plus d'information, quant à la mesure de la notion de « durée » de la relation d'affaires. Il reste quelque peu vague sur l'intensité des mesures de vigilances devant être prise lorsque le risque paraît faible. Comment savoir si les mesures prises seront proportionnelles au risque, lorsque le législateur ne donne aucune information, même infime, quant à la nature de ces mesures ? Certains auteurs parlent de redondance ou d'ambiguïté quant à l'appréciation de la notion d'examen attentif<sup>2301</sup>. En somme, le dispositif mis en place par le législateur est efficace, mais semble avoir été construit à mesure de l'évolution de la complexité des opérations occultes frauduleuses. Il convient de refondre l'ensemble de ces mesures en un seul et même dispositif pouvant accueillir une liste exhaustive de mesures déjà mise en place par les professionnels de plusieurs secteurs. Et enfin, supprimer l'application de ces mesures en fonction de l'intensité du risque, les professionnels ne peuvent appliquer de mesures proportionnelles de manière aléatoire, la construction d'une feuille route semble indispensable en la matière.

968. L'article L. 561-12 du Code monétaire et financier traite de la conservation des infirmations récoltées par ces professionnels<sup>2302</sup>. L'article suivant indique toutes les pièces devant être enregistrées<sup>2303</sup>. D'ailleurs, il existe plusieurs mesures dérogatoires permettant l'adaptation du dispositif législatif aux professions règlementées<sup>2304</sup>. Mais le dispositif de vigilance va plus loin en indiquant des obligations permettant de freiner la prolifération des opérations frauduleuses occultes.

---

<sup>2301</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2302</sup> Art. L. 561-12 du Code monétaire et financier : « Sous réserve de dispositions plus contraignantes, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 conservent pendant cinq ans à compter de la clôture de leurs comptes ou de la cessation de leurs relations avec eux les documents et informations, quel qu'en soit le support, relatifs à leurs relations d'affaires ou clients occasionnels, ainsi qu'aux mesures de vigilance mises en œuvre. Elles conservent également, dans la limite de leurs attributions, pendant cinq ans à compter de leur exécution, quel qu'en soit le support, les documents et informations relatifs aux opérations faites par ceux-ci, ainsi que les documents consignants les caractéristiques des opérations mentionnées à l'article L. 561-10-2. Sans préjudice des obligations mentionnées au premier alinéa du présent article, les personnes mentionnées aux 1°, 1° ter et 1° quater de l'article L. 561-2 recueillent les informations et les données techniques relatives à l'activation, au chargement et à l'utilisation de la monnaie électronique au moyen d'un support physique et les conservent pendant une durée de cinq ans à compter de l'exécution de ces opérations ».

<sup>2303</sup> Art. L. 561-13 du Code monétaire et financier : « Les personnes mentionnées au 9° et 9° bis de l'article L. 561-2 enregistrent les opérations d'échange de tous modes de paiement, plaques, jetons, tickets dont le montant excède un certain seuil. Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret ».

<sup>2304</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017 ; Art. L. 561-13, L. 561-25, L. 561-26 du Code monétaire et financier.

---

**§ 2 : L'obligation de déclaration**

969. Le droit communautaire a introduit l'obligation de déclaration au sein du système juridique français<sup>2305</sup>. La déclaration se rapproche inexorablement de la notion de dénonciation en droit pénal. Cette dernière prend la forme d'une déclaration écrite auprès des autorités judiciaires de la « commission d'un acte délictueux<sup>2306</sup> ». Cette dénonciation peut parfaitement être réalisée par un tiers qui n'a pas été victime de l'infraction. La dénonciation revêt un caractère obligatoire lorsqu'elle est « imposée par la loi pénale aux personnes ayant connaissance de certains faits délictueux<sup>2307</sup> ». L'obligation de déclaration pèse sur les professionnels du monde économique qui sont amenés à intervenir dans des opérations financières douteuses<sup>2308</sup>. Ce sont ces mêmes professionnels qui étaient précédemment assujettis à l'obligation de vigilance. Le texte européen va plus loin, il est clairement demandé aux partenaires financiers de ces structures occultes de procéder à une forme de dénonciation de leurs identités ainsi que de leurs activités douteuses. En somme, le législateur fait peser sur des interlocuteurs privés des obligations qui incombent aux autorités de l'État<sup>2309</sup>.

970. Pourtant, l'obligation de déclaration s'explique de façon très méthodique et rationnelle. En effet, les autorités publiques ne peuvent avoir accès aux échanges appartenant au domaine privé. Elles ne peuvent compter que sur le professionnalisme et la transparence des corps de métiers règlementés ou non, pour contribuer à l'effort de transparence imposé par l'Union<sup>2310</sup>. Il conviendra dès lors d'entreprendre une analyse des règles qui régissent l'obligation de déclaration (I). Et enfin d'identifier les professionnels touchés par le dispositif légal (II).

**I : DE LA DECLARATION DE SOUPÇON A LA DELINQUANCE DE DROIT COMMUN**

---

<sup>2305</sup> Directive n° 2001/97/CE du 4 décembre 2001 ; 3e Directive n° 2005/60/CE du 26 octobre 2005 ; Art. 561-15, I, II du Code monétaire et financier : « I. – Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont tenues, dans les conditions fixées par le présent chapitre, de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme. II. – Par dérogation au I, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 déclarent au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par décret ».

<sup>2306</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 329.

<sup>2307</sup> Ibid.

<sup>2308</sup> CE, 3 décembre 2003, n°244084 ; Cass. civ., 1ère, 22 mai 2019, n°18-12101.

<sup>2309</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2310</sup> Cass. civ., 8 juin 1994, n° 92-16.142 ; Cass. civ., 27 juin 1995, n° 92-19.212.



971. Le droit de l'Union européenne a développé un arsenal juridique important autour des opérations frauduleuses occultes<sup>2311</sup>. Il s'agit de démanteler la réunion des auteurs, de découvrir le ou les donneurs d'ordres et enfin, de prévenir la réalisation des opérations contractuelles occultes et frauduleuses. Partant du principe que la clandestinité correspond à la réalisation d'un acte frauduleux, le législateur européen suivi par le législateur français a développé un dispositif préventif propre au *bénéficiaire effectif*. Bien que ce dernier personnage est un bénéficiaire final, le caractère obligatoirement illégal de l'opération réalisée exclut les autres personnages appartenant à cette catégorie. C'est pour cette raison qu'il aurait fallu introduire cette notion au sein du texte législatif en lieu et place du *bénéficiaire effectif* dans l'optique de rechercher la transparence de l'opération avant de la qualifier ou non de frauduleuse et donc de désigner ce bénéficiaire final comme étant un *bénéficiaire effectif*. Néanmoins, pour poursuivre l'analyse des textes en vigueur sur ce dernier personnage, l'obligation de vigilance est complétée par l'obligation de déclaration<sup>2312</sup>. Selon l'article L. 561-15 du Code monétaire et financier, les personnes devant respecter l'obligation de déclaration devront faire connaître à la cellule TRACFIN « les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme<sup>2313</sup> ». La fraude fiscale est également couverte par cet article, puisque ces mêmes professionnels devront livrer à la cellule TRACFIN les sommes dont ils savent ou soupçonnent qu'elles sont liées à une fraude fiscale<sup>2314</sup>.

972. Le texte européen complété par plusieurs ordonnances<sup>2315</sup> intègre l'obligation de déclaration sur les professionnels déjà assujettis à l'obligation de vigilance. Il s'agit pour le législateur de pousser ces professionnels à prendre toute la mesure de leur rôle dans lutte contre ces infractions occultes<sup>2316</sup>. Ces personnages ne sont plus uniquement présents pour prévenir l'infraction, mais ils

---

<sup>2311</sup> LASSERRE CAPDEVILLE J., « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés, présentation et impression sur le nouveau dispositif juridique », Rev. Sociétés 2018, p. 7.

<sup>2312</sup> Obligation issue de la Directive n°2001/97/CE du 4 décembre 2001 confirmé par la Directive n°2005/60/CE du 26 octobre 2005.

<sup>2313</sup> Art. L. 561-15, I du Code monétaire et financier : « I. – Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont tenues, dans les conditions fixées par le présent chapitre, de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme ».

<sup>2314</sup> Art. L. 561-15, II du Code monétaire et financier : « II. – Par dérogation au I, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 déclarent au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par décret ».

<sup>2315</sup> La dernière ordonnance ayant modifié l'art. L. 561-15 du Code monétaire et financier : Ordonnance n°2016-1635 du 1er décembre 2016.

<sup>2316</sup> AMAN K., « Ainsi naquit le registre des bénéficiaires effectifs », Journal sociétés, n° 155, septembre 2017, p. 56.

sont dans l'obligation de dénoncer leurs auteurs sauf s'ils souhaitent devenir des complices<sup>2317</sup>. Les juges font basculer le simple soupçon en une possible complicité dans la réalisation de l'infraction<sup>2318</sup>. Même s'il reste possible après la réalisation de l'opération d'effectuer sa déclaration aux autorités lorsque celle-ci n'a pas pu faire l'objet d'un empêchement<sup>2319</sup>. La doctrine compare ce comportement à une forme de « repentir<sup>2320</sup> ». Néanmoins ne serait-ce pas un moyen de plus permettant de prévenir la réalisation de l'opération ? En effet, il est possible d'entrevoir une forme d'avertissement avant la réalisation de l'opération, permettant aux futurs auteurs de prendre le recul nécessaire avant ou pendant la déclaration des professionnels avec lesquels ils sont en relation d'affaires. L'obligation de déclaration est observée comme un moyen supplémentaire de prévenir la réalisation de l'infraction dissimulée, et même de retarder ou de limiter sa réalisation. Cependant, il est possible de considérer cette obligation comme une mesure permettant d'aboutir à la transparence de l'opération et non pas uniquement à la prévention d'un acte délictueux. Pour autant, la cellule TRACFIN peut s'opposer à la réalisation de l'opération et le tribunal judiciaire de Paris après avis du Procureur de la République peut rallonger ce délai avec la possibilité de prendre des mesures conservatoires.

973. Cette cellule disposant d'un certain nombre de pouvoirs contraignants est représentée par plusieurs professionnels habilités à recevoir les déclarations pour son compte<sup>2321</sup>. Les avocats sont

---

<sup>2317</sup> La Cour de Cassation et le Conseil d'Etat considèrent que ces professionnels sont présumés connaître le caractère délictueux de l'activité du client avec lequel ils travaillent : Crim. 3 décembre 2003, n°02-84.646 et CE 3 décembre 2003, req. n° 244084 ; CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, page 216 : complicité.

<sup>2318</sup> Cass. crim., 20 février 2008, n° 07-82.977.

<sup>2319</sup> Art. L. 561-16 du Code monétaire et financier : « Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 s'abstiennent d'effectuer toute opération dont elles soupçonnent qu'elle est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme jusqu'à ce qu'elles aient fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15. Elles ne peuvent alors procéder à la réalisation de l'opération que si les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 561-25 sont réunies. Lorsqu'une opération devant faire l'objet de la déclaration prévue à l'article L. 561-15 a déjà été réalisée, soit parce qu'il a été impossible de surseoir à son exécution, soit que son report aurait pu faire obstacle à des investigations portant sur une opération suspectée de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, soit qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration, la personne mentionnée à l'article L. 561-2 en informe sans délai le service prévu à l'article L. 561-23 ».

<sup>2320</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2321</sup> Art. R. 561-25 du Code monétaire et financier : « Les commissaires aux comptes, les experts-comptables, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires, les avocats lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaires et les commissaires-priseurs judiciaires sont chargés, à titre individuel, quelles que soient les modalités de leur exercice professionnel, de répondre à toute demande émanant du service mentionné à l'article L. 561-23 et de recevoir les accusés de réception des déclarations faites par l'organisme en application des dispositions de l'article L. 561-15 » ; Art. 561-26 du Code monétaire et financier : « Pour les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et les avocats, sauf lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaires, la personne chargée de répondre à toute demande émanant du service mentionné à l'article L. 561-23 et de recevoir les accusés de réception des déclarations faites par l'organisme en application des dispositions de l'article L. 561-15 est, selon les cas, avec faculté de délégation pour chacun d'entre eux, le président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation ou le bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit. Ces autorités transmettent la demande ou l'accusé de réception immédiatement au professionnel concerné. Toutefois, la transmission de l'accusé de réception n'a pas lieu si le professionnel a indiqué expressément ne pas vouloir en être destinataire ».

dans l'obligation respecter un régime particulier en la matière, car c'est « au président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au bâtonnier de l'ordre auprès duquel est inscrit l'avocat ayant déposé les fonds, effets ou valeurs faisant l'objet de cette déclaration<sup>2322</sup> » qu'il incombe d'effectuer cette formalité. Si bien que le système TRACFIN est vivement critiqué en doctrine à cause de sa complexité<sup>2323</sup>. Les précisions du Code monétaire et financier, attaché à un système très formaliste ne peuvent qu'instaurer plus de lenteurs dans le mécanisme des déclarations. Pourtant entre 2009 et 2016, le système des déclarations a considérablement évolué laissant place à une déclaration beaucoup plus simplifiée<sup>2324</sup>. Les auteurs des déclarations bénéficient non seulement d'une certaine immunité et sont tous tenus à la confidentialité. Il reste tout de même regrettable qu'une opération occulte soit automatiquement considérée comme frauduleuse par le législateur. Le développement de mesures touchant les professionnels aurait pu permettre une identification des protagonistes dans une optique de transparence et non pour parvenir à sanctionner la clandestinité. Le dispositif touchant les professionnels doit être en mesure de révéler le caractère frauduleux ou non de l'opération et cela passe notamment par la réalisation de l'objectif de transparence.

## **II : LES PROFESSIONNELS TOUCHES PAR LE CHAMP D'ACTION DU DISPOSITIF LEGAL**

974. Les professionnels touchés par le champ d'action du dispositif peuvent être avocats, banquiers, assureurs par exemple. Les déclarations réalisées sont marquées par le principe de la confidentialité, c'est-à-dire que ni les personnes concernées ni le contenu de ces déclarations ne peuvent être révélés<sup>2325</sup>. Le respect de ce principe semble logique compte tenu des enjeux que peuvent renfermer de telles déclarations notamment sur la réputation des déclarants comme sur celle des personnes dénoncées ainsi que sur leurs futures relations d'affaires entre elles ou avec autrui. Cependant, certains professionnels bénéficient d'un régime dérogatoire notamment par rapport au

---

<sup>2322</sup> Art. L. 561-17 du Code monétaire et financier.

<sup>2323</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2324</sup> Ordonnance n°2016-1635 du 1er décembre 2016 ; DONDERO B., « Le degré d'identification du bénéficiaire effectif : synthèse de l'acquis jurisprudentiel », Étude sociétés et entreprises en difficulté, La semaine juridique, LexisNexis, n° 36, 3 septembre 2020, p. 23 et s.

<sup>2325</sup> Art. L. 574-1 du Code monétaire et financier : « Est puni d'une amende de 22 500 euros le fait de méconnaître l'interdiction de divulgation prévue à l'article L. 561-18, à l'article L. 561-24 au III de l'article L. 561-25, au II de l'article L. 561-25-1 et à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 561-26 ».

caractère confidentiel des échanges qu'ils peuvent avoir avec leurs clients. En effet, les avocats conseillent et orientent jusqu'à la dissuasion d'effectuer des activités illégales<sup>2326</sup>. Est-ce là une façon de confier à leur client qu'il existerait une possibilité de déclaration des faits ?

975. La doctrine semble partagée sur ce point, néanmoins, le législateur semble avoir mis en place un régime dérogatoire permettant une application mesurée de la confidentialité de la déclaration. En ce sens, l'information peut être partagée au sein d'un même groupe ou d'un même réseau sans porter atteinte à la confidentialité de la déclaration<sup>2327</sup>. Les modalités d'application d'un tel système de divulgation sont encadrées fermement par le droit. Les informations sont exclusivement divulguées au sein du groupe, elles le sont dans le strict respect de l'obligation de « vigilance en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et seront exclusivement utilisées à cette fin<sup>2328</sup> », elles peuvent l'être « à une personne ou un établissement établi dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen ou dans un pays tiers à condition que l'entité du groupe établie dans ce pays tiers applique les mesures prévues au présent chapitre conformément à l'article L. 561-33 ou des mesures équivalentes<sup>2329</sup> », et enfin elles le sont dans le respect « de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes<sup>2330</sup> ». L'obligation de confidentialité des faits déclarés et des individus que ces déclarations impliquent s'étend à la cellule TRACFIN et à toutes les autorités de l'État. En effet, « le service mentionné à l'article L. 561-23 reçoit, à sa demande ou à leur initiative, les informations et les demandes des cellules de renseignement financier homologues étrangères nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Il les traite dans les meilleurs délais et en faisant usage des pouvoirs et prérogatives prévues au présent titre qu'il met habituellement en œuvre au plan national. Ce service ne peut transmettre à une autre autorité compétente les informations qui lui ont été ainsi communiquées par une cellule de renseignement financier homologue qu'après autorisation préalable de cette dernière<sup>2331</sup> ».

976. L'obligation de déclaration ne s'accompagne pas uniquement d'un devoir de confidentialité, il existe également un devoir de protection pour les personnes qui divulguent ces informations. En effet, l'article L. 561-22 du Code monétaire et financier ne prévoit aucune sanction pour les individus ayant participé au devoir de déclaration des faits illicites dont elles ont soupçonné l'existence<sup>2332</sup>. L'absence de responsabilisation des auteurs de ces déclarations donne une impression

---

<sup>2326</sup> BERR C-J., « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, Janvier 2010, actualisation Janvier 2017.

<sup>2327</sup> Art. L. 561-20, I et II, a du Code monétaire et financier.

<sup>2328</sup> Art. L. 561-20, I et II, b du Code monétaire et financier.

<sup>2329</sup> Art. L. 561-20, I et II, c du Code monétaire et financier.

<sup>2330</sup> Art. L. 561-20, I et II, d du Code monétaire et financier.

<sup>2331</sup> Art. L. 561-29 du Code monétaire et financier.

<sup>2332</sup> Art. L. 561-22 du Code monétaire et financier.

très négative pour les individus touchés par ces informations. Aucune répercussion ne peut leur être imputée de telle sorte qu'ils ressortent indemnes même en cas de fausses divulgations ou d'impression erronée ayant donné lieu à des répercussions financières importantes. Le législateur déplace cette responsabilité sur l'État, comme pour éviter l'absence de déclaration. La politique de transparence surpasse la présomption d'innocence et fait peser une présomption de culpabilité sur les participants et instigateurs de l'opération occulte. Si bien qu'il ne conviendra plus de parler uniquement de prévention, mais de sanction lorsque l'opération recherchée ou réalisée est frauduleuse.

### **Conclusion de Chapitre**

977. L'encadrement par la prévention, c'est avant tout l'édiction de présomptions et d'obligations spécifiques. Le droit impose déjà plusieurs types de présomptions. Parmi elles, les présomptions légales d'interposition de personne et les autres types de présomptions touchant le domaine transfrontalier en droit des affaires et en droit fiscal. Les obligations spécifiques viennent apporter plus de transparence à la matière et se sont particulièrement développées en droit international et européen. Il s'agissait notamment d'intervenir face à l'apparition d'un bénéficiaire final particulier : le *bénéficiaire effectif*. Pour neutraliser la situation occulte et surtout promouvoir la transparence, il convenait de développer un arsenal juridique incitant au doute et à la vigilance. Ces contraintes peuvent permettre non seulement d'aboutir à un contrôle en amont de la situation frauduleuse, mais également à une sanction en aval du mécanisme illégal. Un tel dispositif est cependant applicable qu'aux situations frauduleuses, il peut toucher les autres opérations menant à la dissimulation d'un bénéficiaire final. De ce fait, il convient de retenir la présomption et les obligations comme des mesures préventives permettant d'aboutir à la transparence de l'opération de manière générale. Le bénéficiaire final ayant la possibilité de s'inscrire dans un schéma licite, il n'est pas nécessaire de lui appliquer un dispositif se voulant répressif. Pour autant, le bénéficiaire effectif étant un bénéficiaire final l'exposé des mesures préventives qui lui sont applicables est incontournable.

978. Il faut néanmoins noter que le droit ne combat pas uniquement par la prévention, il intervient également par la prohibition et le contrôle de l'usage abusif.

## Chapitre 2 : L'encadrement par la transparence

979. La sanction est une notion dont la définition est semblable au sens commun. Sanctionner c'est infliger une punition, plus exactement, il s'agit de la « peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction<sup>2333</sup> ». Communément, la sanction n'a pas seulement pour but de punir, mais de prévenir. Il s'agit pour le législateur de garantir le respect des lois par la menace de la sanction, de moraliser et d'organiser la société en créant la crainte de la peine encourue. En droit de l'exécution des peines, la loi peut prévoir à titre de sanction, plusieurs mesures allant du contrôle, à la détention<sup>2334</sup>. Plusieurs auteurs parlent « d'utilité de la peine », qui renvoie nécessairement à l'aspect préventif, comme au stade de ce qu'il est possible d'appeler « l'après-peine ». Le législateur a-t-il été suffisamment dissuasif? A-t-il été suffisamment clair? La sanction est-elle proportionnée et efficace?

980. Pour prévenir l'existence d'opérations occultes, il était impératif d'agir par présomption. Il s'agit principalement de déterminer des critères modèles et objectifs permettant d'assimiler une situation de fait à un cas connu et défini par le droit. La création d'obligations spécifiques a permis par la suite de contraindre les différents intervenants extérieurs et intérieurs à ces structures occultes à « dénoncer<sup>2335</sup> » leurs existences et les bénéficiaires finaux qui sont à leurs têtes. L'utilisation de la notion de dénonciation permet de qualifier la dissimulation du bénéficiaire final et l'action d'un interposé pour son compte à des fins occultes comme illégale ou délictueuse. Sachant que toutes les opérations visant à dissimuler un bénéficiaire final ne sont pas en elle-même illégales, il semble néanmoins que la création d'un circuit occulte dont le bénéfice serait également occulte, ne permet pas à la loi de déterminer le caractère légal ou non de l'action entreprise. Le doute laissant place à la méfiance, la réponse du droit ne peut qu'être la sanction.

981. Le caractère moralisateur du droit laisse place à la création de plusieurs mesures restrictives destinées à encadrer ainsi qu'à réduire la propension des structures à caractère occulte. Il s'agit notamment d'interdire les constructions juridiques destinées à dissimuler le dernier et principal

---

<sup>2333</sup> CORNU G., op. cit., p. 943 ; Art. 131-1 du Code pénal : « Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont : 1° La réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité ; 2° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus ; 3° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus ; 4° La réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus. La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins ».

<sup>2334</sup> HERGOZ-EVANS M., « Titre 71-L'énoncé des sanctions », Dalloz action, Droit de l'exécution des peines, 2016.

<sup>2335</sup> CORNU G., op. cit., p. 329 : « Déclaration écrite ou orale par laquelle une personne informe les autorités judiciaires de la commission d'un acte délictueux ».

bénéficiaire de l'opération. Néanmoins, l'essentiel de ces dispositions ne repose pas uniquement sur le critère selon lequel le bénéficiaire final est dissimulé ou non, elles reposent principalement sur le but illicite de ce montage. Dans le cas notamment de l'interposition de personne illicite, les différents intervenants ont pour seul objectif de conclure un acte parfaitement illicite dans le but d'en récolter les fruits. Il s'agit notamment de contourner les incapacités de recevoir et de disposer à titre gratuit, les interdictions de conclure des actes à titre onéreux<sup>2336</sup>. La personne interposée sera revêtue d'une qualité fictive et l'individu caché percevra les avantages tirés de l'opération contractuelle réalisée. L'existence de tel montage a créé une certaine méfiance au sein de notre système juridique. Le législateur s'est emparé de la question en édictant des interdictions.

982. La prohibition qui se traduit par l'interdiction<sup>2337</sup>, n'est pas une sanction à elle seule. Elle doit être accompagnée d'une conséquence juridique à sa transgression. Le plus souvent, c'est la nullité de l'opération réalisée qui accompagne le comportement transgressif. Les articles 1178 à 1185 du Code civil développent la nature et le régime de la nullité. Cette sanction qu'elle soit prononcée par le juge ou les parties, « est une fiction juridique<sup>2338</sup> » qui fait disparaître l'opération comme si elle n'avait jamais été réalisée. La nullité d'un contrat peut être relative ou absolue, sachant que ces deux notions peuvent être définies de façon différente selon les théories. L'une des théories les plus classiques s'attache à la gravité de la règle violée, la nullité absolue sanctionne la violation la plus grave, alors que la nullité relative sanctionne la violation qui peut encore être soignée. Une autre théorie s'attache à la « fonction de la règle violée<sup>2339</sup> », la violation d'une règle d'intérêt général devant obtenir une sanction plus sévère, que la sanction de l'intérêt privé. Par ailleurs, il est possible pour la partie lésée d'obtenir réparation du préjudice subi par cette annulation<sup>2340</sup>.

983. La prohibition n'est pas le seul procédé utilisé par le législateur pour encadrer et contenir les structures destinées à contourner ou à outrepasser frauduleusement les règles applicables. La nécessité de contrôler les constructions juridiques légales telles que les sociétés s'est avérée indispensable. En effet, la loi sanctionne notamment l'usage abusif de biens sociaux ou plus particulièrement l'usage « contraire à l'intérêt de la société<sup>2341</sup> ». Mais le législateur intervient également en contrôlant l'usage abusif d'une apparence.

---

<sup>2336</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015.

<sup>2337</sup> CORNU G., op. cit., p. 818.

<sup>2338</sup> DISSAUX N., « Contrat : formation - Sanctions des conditions », Répertoire de droit civil, Avril 2017, actualisation Décembre 2019.

<sup>2339</sup> Ibid.

<sup>2340</sup> Art. 1178 al. 4 du Code civil : « Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ».

<sup>2341</sup> BOULOC B., « Abus de biens sociaux - Conditions d'existence du délit », Répertoire des sociétés, Juin 2019.

984. L'apparence correspond au « vice apparent, acte apparent, clause apparente et même héritier apparent ou mandat apparent<sup>2342</sup> ». Ainsi, « pour répondre à la question de savoir si l'on doit favoriser la sécurité statique du véritable titulaire du droit ou la sécurité dynamique de celui qui a été victime d'une perception ou d'une croyance fautive dans la réalité, il faudra procéder à une balance des intérêts<sup>2343</sup> ». Les dispositions fondatrices de la théorie de l'apparence permettent non seulement de repérer le bénéficiaire final de l'opération réalisée, mais également d'engager sa responsabilité civile délictuelle dans l'hypothèse où des tiers auraient été victimes de l'utilisation abusive d'une apparence.

985. En somme, l'encadrement par la sanction intervient au sein d'une structure juridique à plusieurs niveaux. Avant l'élaboration du projet occulte, le droit encadre par des interdictions légales le comportement des différentes parties (**Section 1**). Durant l'existence d'une structure légale, le droit contrôle son utilisation afin de prévenir l'usage abusif d'un bien ou d'une apparence (**Section 2**).

## **Section 1 : La prohibition des opérations frauduleuses occultes**

986. La sanction apparaît comme une punition et plus particulièrement une peine appliquée à ceux qui portent atteinte à l'ordre social. Un châtement est donc appliqué à l'auteur d'une infraction comme pour effacer et réparer le préjudice subi par la victime. Dans cette optique, la prohibition n'est pas entendue à elle seule, par notre système juridique, comme une forme de sanction. Il s'agit d'une interdiction légale, et plus particulièrement d'une disposition légale orientant un comportement ou une situation comme étant interdite. Il existe plusieurs façons de sanctionner le contrevenant par des peines d'incapacités ou d'emprisonnement. Des dommages-intérêts peuvent accompagner ces condamnations et soulager les victimes. Cependant, la sanction qui revient le plus souvent est la nullité, qu'elle soit relative ou absolue. L'application de ce type de sanction suffit à contenter l'ordre social qui épure l'acte illégal commis.

987. Néanmoins, au-delà de la lecture classique de la sanction, la prohibition est analysée comme une forme de sanction, car elle vient limiter la liberté d'action des parties à l'acte occulte. Ne serait-on pas face à une exception au principe de liberté contractuelle ? Le principe de liberté

---

<sup>2342</sup> BOUDOT M., « Apparence », Répertoire de droit civil, Mai 2018, actualisation Décembre 2019.

<sup>2343</sup> BOUDOT M., op. cit., loc. cit ; DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, 1911, Rousseau, p. 68 ; GHESTIN, JAMIN et BILLIAU., *Les effets du contrat*, 3e édition, 2001, LGDJ, n° 959, p. 1031.



contractuelle qui vient exclusivement du principe de l'autonomie de la volonté est l'un des principes fondamentaux du droit des obligations. Codifié à l'article 1102 du Code civil<sup>2344</sup>, ce principe à valeur constitutionnel<sup>2345</sup> s'est adapté aux situations contractuelles auxquelles il s'applique. Comment cela s'explique-t-il ? Principalement par le fait qu'il est impossible de négocier avec certaines sociétés comme les distributeurs d'énergies ou les assurances en ce qui concerne les prix ou les conditions du contrat. Ces contrats appelés contrats d'adhésion correspondent à une forme de tempérament au principe de liberté contractuelle. Il en est de même pour les contrats judiciairement formés, le juge construit un contrat comme si les parties l'avaient voulu<sup>2346</sup>.

988. La prohibition de certaines opérations occultes est un moyen pour le législateur de limiter la liberté contractuelle et d'instaurer un contrôle minimum. Il s'agit bien d'une exception légale au principe de liberté contractuelle. Bien qu'en matière de simulation le droit se borne le plus souvent à maintenir le contrat en rétablissant son véritable régime. La prohibition de certaines opérations occultes permet d'empêcher l'apparition des systèmes contractuelle dont on soupçonne leur appartenance au domaine de la simulation.

989. Ainsi, pour combattre efficacement les opérations occultes il est impératif d'établir une réglementation stricte, permettant d'interdire l'interposition de personne (§1), ainsi qu'une réglementation exhaustive permettant d'interdire les autres formes d'opérations occultes (§2).

---

## §1 : Les prohibitions légales d'interposition de personne

990. Ces prohibitions légales ne concernent que l'interposition de personne illicite. En effet, il ne semble pas utile d'interdire un acte conforme aux dispositions en vigueur sauf s'il est détourné, et c'est exactement le cas pour les constructions contractuelles dont les caractéristiques correspondent à un mécanisme d'interposition de personne<sup>2347</sup>. Les parties vont contourner le droit applicable uniquement pour bénéficier en dernier lieu d'un acte dont ils ne peuvent légalement profiter. Pour se faire, les professionnels impactés par ces incapacités passeront par des individus interposés pour

---

<sup>2344</sup> Art. 1102 du Code civil : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

<sup>2345</sup> Cons. constit., 13 juin 2013, QPC 2013-672, JCP 2013-629, note GHESTIN et décisions citées.

<sup>2346</sup> ENGEL-CREACH A., *Les contrats judiciairement formés*, Economica, 2002, n° 24 ; GUINCHARD S. et VINCENT J., *Procédure civile*, Précis Dalloz, 2001, n° 164-200.

<sup>2347</sup> Voir notamment sur les mécanismes d'interposition de personne : BOTREAU, ROUSSEL, BONNETERRE., *De l'interposition de personnes dans les actes à titre gratuit*, Paris, 1886 ; BOURGUIGNON., *Notion juridique de l'interposition de personne*, Thèse, Paris, 1906.

percevoir de manière occulte le bénéfice de l'acte interdit<sup>2348</sup>. Comme le débiteur qui pourrait faire croire à son insolvabilité pour échapper à ses créanciers<sup>2349</sup>. Le sort de l'interposition de personne dépend de la volonté du bénéficiaire final de ce mécanisme occulte. Ce mécanisme rentrera dans un schéma illicite lorsqu'il sera utilisé de façon frauduleuse. Au contraire, il sera licite lorsque l'intention du donneur d'ordres est justifiée par des motivations légitimes.

991. Les prohibitions légales d'interposition de personne n'ont pas pour but d'interdire cette forme de simulation. Bien au contraire, puisque les dispositions en vigueur ont pour but d'interdire les comportements visant à détourner ce type de structure juridique légale, pour échapper ou contourner la réglementation applicable. Le législateur a donc procédé en deux temps, en posant des dispositions prohibitives pour les actes à titre gratuit dans un premier temps (I). Puis, il a édicté d'autres dispositions pour les actes à titre onéreux dans un second temps (II).

## **I : LES ACTES A TITRE GRATUIT**

992. L'article 911 alinéa 1 du Code civil dispose que « toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou fait sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales<sup>2350</sup> ». Concernant les époux, l'article 1099 du Code civil ajoute qu'ils « ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus<sup>2351</sup> ». L'alinéa 2 de cet article qui prévoyait que « toute donation, ou déguisée, ou faite à personne interposée<sup>2352</sup> » serait nulle, a été abrogée par la loi n° 2004-439 en date du 26 mai 2004. Simplement, la jurisprudence précise qu'en l'absence de toute information relative à une éventuelle rétroactivité, cette loi n'est pas applicable « aux donations visées par ce texte et conclues avant le 1er janvier 2005<sup>2353</sup> ». Ce dispositif législatif précis et contraignant ne permet plus de décourager les auteurs de tels mécanismes. Il s'agit de les punir en éliminant tout avantage qu'ils auraient pu tirer de l'opération réalisée. C'est notamment le cas pour les personnes prenant en charge des malades.

---

<sup>2348</sup> D'AMBRA D., « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, Avril 2015.

<sup>2349</sup> Ibid.

<sup>2350</sup> Art. 911 al. 1 du Code civil : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales ».

<sup>2351</sup> Art. 1099 du Code civil : « Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ».

<sup>2352</sup> Art. 1099 al. 2 abrogé par la loi n°2004-439 du 26 mai 2004, art. 23, à compter du 1er janvier 2005.

<sup>2353</sup> Civ. 1re, 9 décembre 2009, n°08-20.570 P : Dalloz 2010. Pan. 728, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

993. L'article 909 alinéa 1 du Code civil prévoit que, les professions en lien avec la santé touchée par ces incapacités ne peuvent recourir à des personnes interposées pour recevoir les avantages de l'opération réalisée<sup>2354</sup>. Il appartient aux juges d'apprécier souverainement le domaine de l'incapacité, notamment cas d'intervention de plusieurs médecins<sup>2355</sup>. Cependant, la notion de « soin<sup>2356</sup> » qui vient en remplacement des notions de « traitement médical<sup>2357</sup> » bénéficie d'une définition spécifique englobant aussi bien le soin donné par le médecin en charge de la maladie du malade, que celui qui vient accessoirement traiter ses maux psychologiques<sup>2358</sup>. Le second alinéa de l'article 909 du Code civil relatif aux incapacités de recevoir à titre gratuit concerne les mandataires judiciaires à la protection des majeurs et les personnes morales. Les dispositions de l'article 909 du Code civil ne peuvent faire l'objet d'une extension d'interprétation par le juge. Le principe édicté est d'interprétation stricte, si bien que membre d'une famille exerçant en tant que tuteur, curateur ou mandataire spécial, désigné lors d'une mesure de sauvegarde de justice comme mandataire exécutant un mandat de protection future ne rentre pas dans le champ d'application du dispositif légal décrit précédemment<sup>2359</sup>.

994. L'article 1125-1 du Code civil abrogé par l'Ordonnance du n° 2016-131 en date du 10 février 2016, prévoyait que « sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement<sup>2360</sup> ». Ce texte touchait spécifiquement le personnel exerçant une activité de soin auprès des personnes incapables en raison de leur état mental ou en raison de leur âge. Sa disparition ne remet pas en cause l'incapacité de

---

<sup>2354</sup> Art. 909 al. 1 du Code civil : « Les membres des professions médicales et de la pharmacie, ainsi que les auxiliaires médicaux qui ont prodigué des soins à une personne pendant la maladie dont elle meurt ne peuvent profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de celle-ci » ; D'AMBRA D., *Interposition de personne*, Répertoire de droit civil, Avril 2015.

<sup>2355</sup> Cass. Req. 8 août 1900 : DP 1900. 1. 559 ; Cass. civ. 1re, 22 janvier 1968 : Dalloz 1968. 382.

<sup>2356</sup> Notion venant remplacer les notions de « traitement médical » suite à la loi du 5 mars 2007.

<sup>2357</sup> Notions utilisées antérieurement à la loi du 5 mars 2007.

<sup>2358</sup> Civ. 1re, 4 novembre 2010, n°07-21.303 P : Dalloz actu. 16 novembre 2010, obs. LAVRIC ; JCP 2011, n°251, §7, obs. LE GUIDEC ; JCP N 2011, n° 1054, note MASSIP ; DEFRENOIS 2011. 837, obs. MASSIP ; Dr. Fam. 2011, n°9, obs. BEIGNER ; RLDC 2010/78, n° 4111, obs. LE GALLOU ; RTD civ. 2011 163, obs. GRIMALDI ; RGDA 2011. 164, note KULLMANN.

<sup>2359</sup> Civ. 1re, 17 octobre 2018, n°16-24. 331 P : Dalloz 2019. 682, note RAOUL-CORMEIL ; AJ fan. 2018. 691, obs. LEVILLAIN ; Dr. Fam. 2018, n° 287, note MARIA. ; DEFRENOIS 14 mars 2019. 20, note NOGUERO.

<sup>2360</sup> Art. 1125-1 al. 1 du Code civil, créé par Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 - art. 3, abrogé par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 : « Sauf autorisation de justice, il est interdit, à peine de nullité, à quiconque exerce une fonction ou occupe un emploi dans un établissement hébergeant des personnes âgées ou dispensant des soins psychiatriques de se rendre acquéreur d'un bien ou cessionnaire d'un droit appartenant à une personne admise dans l'établissement, non plus que de prendre à bail le logement occupé par cette personne avant son admission dans l'établissement ».

recevoir à l'égard du personnel de ces établissements puisque ces derniers apportent en tout état de cause des « soins » à des personnes malades qui peuvent parfois être touchées par des maladies d'une extrême gravité entraînant leur mort. Simplement, aujourd'hui les dispositions qu'il mettrait en place demeurent maintenues au sein d'autres Codes plus spécifiques à leur domaine de compétence, il s'agit notamment des articles L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles et L. 3211-5 du Code de la santé publique<sup>2361</sup>. Ces deux nouveaux articles prévoient une incapacité de jouissance qui est étendue non seulement aux concubins, mais également aux partenaires de PACS. Alors que l'incapacité d'exercice permet de protéger l'incapable, l'incapacité de jouissance oriente cette protection vers le tiers. Dès lors, un tiers touché par l'opération construite par le donneur d'ordres malhonnête, pourrait invoquer la nullité relative de l'acte au regard de l'article 1147 du Code civil<sup>2362</sup>.

995. L'article L. 331-4 du Code de l'action sociale et des familles, prévoyant une incapacité de recevoir à titre gratuit pour « les personnes physiques ou morales propriétaires, administrateurs ou employés des établissements, les bénévoles qui interviennent en leur sein et les associations auxquelles ces derniers adhèrent », a été abrogé par la loi du 2015-1776 en date du 28 décembre 2015. Enfin, l'article L. 443-6 du Code de l'action sociale et des familles, prévoyant les mêmes dispositions que précédemment pour « le couple ou la personne accueillant familial et, s'il y a lieu, son conjoint, la personne avec laquelle elle a conclu un pacte civil de solidarité ou son concubin, ses ascendants ou descendants en ligne directe », fut abrogé par la même loi. La décision du législateur permet de simplifier le droit applicable en la matière, dans un environnement juridique dirigé par un chaos jurisprudentiel<sup>2363</sup>.

996. La prohibition légale d'interposition de personne pour les actes à titre gratuit, est limitée aux articles 909 à 911 du Code civil, complétés par plusieurs textes spécifiques présents au sein du Code de l'action sociale et des familles ainsi qu'au sein du Code de la santé publique. Ils interdisent et sanctionnent de nullité les opérations réalisées pour le compte d'une personne incapable de recevoir à titre gratuit. La prohibition des actes à titre onéreux est prévue, quant à elle, par des textes spécifiques.

## **II : LES ACTES A TITRE ONEREUX**

---

<sup>2361</sup> Art. L. 116-4 du Code de l'action sociale et des familles ; Art. L. 3211-5 du Code de la santé publique.

<sup>2362</sup> Art. 1147 du Code civil : « L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative ».

<sup>2363</sup> Application au cas par cas, sans cohésion jurisprudentielle : Civ. 1re, 20 mars 1990, n° 88-16. 454 et Civ. 1re, 24 octobre 2000, n° 98-17. 341.

997. L'article 1596 du Code civil sanctionne les opérations contractuelles onéreuses reposant sur une interposition de personne illicite<sup>2364</sup>. En effet, cet article donne une liste limitative de personne n'ayant pas la capacité de se rendre adjudicataire de biens ou de droit dont ils ont la charge pour autrui. Il s'agit notamment des tuteurs sur les biens des personnes qu'ils sont censés protéger, des mandataires sur les biens qu'ils ont la charge de vendre pour autrui, des administrateurs lorsqu'ils sont en charge de biens communaux ou des établissements publics, des officiers publics lorsqu'une vente intervient au sein de leur ministère, et enfin des fiduciaires lorsque les biens et droits font parti du patrimoine fiduciaire<sup>2365</sup>. La jurisprudence est venue préciser que la prohibition légale s'applique non seulement aux ventes aux enchères, mais également à toutes les ventes<sup>2366</sup>. D'ailleurs, elle précise qu'il n'est pas nécessaire que le bien sous la gestion mandataire appartienne au mandant, le mandat de gestion suffit à appliquer la prohibition légale<sup>2367</sup>.

998. L'article 1597 du Code civil doit être entendu comme une restriction du principe de liberté contractuelle<sup>2368</sup>. « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avocats, défenseurs officieux et notaires<sup>2369</sup> » ne peuvent agir en qualité de cessionnaire des droits et actions qui sont en cause dans un procès litigieux dans « la compétence du tribunal dans le ressort duquel, ils exercent leurs fonctions<sup>2370</sup> ». La jurisprudence apprécie cette disposition de façon très stricte puisqu'elle ne l'applique pas aux juges consulaires<sup>2371</sup> ni aux experts qui ne figurent pas sur la liste limitative de l'article 1597 du Code civil<sup>2372</sup>. Seules les personnes dont la qualité est retranscrite sur la liste peuvent être touchées par cette prohibition légale.

999. Le Code civil est complété par l'intervention du Code de commerce qui encadre l'action du dirigeant au sein de la société qu'il a pour mission de faire fonctionner. Notamment, le législateur soumet la conclusion de toutes les opérations contractuelles ayant des répercussions sur l'intérêt d'une

---

<sup>2364</sup> Art. 1596 du Code civil : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ; Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ; Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ; Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère ; Les fiduciaires, des biens ou droits composant le patrimoine fiduciaire ».

<sup>2365</sup> Art. 1596 du Code civil.

<sup>2366</sup> Paris, 12 novembre 1964 : Dalloz 1965. 415.

<sup>2367</sup> Civ. 1re, 19 décembre 1995, n° 93-10.582 P : CCC 1996, n° 57, note LEVENEUR.

<sup>2368</sup> D'AMBRA D., *Interposition de personne*, Répertoire de droit civil, Avril 2015.

<sup>2369</sup> Art. 1597 du Code civil : « Les juges, leurs suppléants, les magistrats remplissant le ministère public, les greffiers, huissiers, avocats, défenseurs officieux et notaires, ne peuvent devenir cessionnaires des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, à peine de nullité, et des dépens, dommages et intérêts ».

<sup>2370</sup> Art. 1597 du Code civil.

<sup>2371</sup> Civ. 1re, 5 juin 2008, n°06-18.967 P.

<sup>2372</sup> Civ. 1re, 2 mai 1961 : Dalloz 1961. 454 ; JCP 1961. II. 12332, note J. A.

société « à l'autorisation préalable du conseil d'administration<sup>2373</sup> ». L'article L. 225-43 du Code de commerce sanctionne l'opération contractuelle portant directement sur les intérêts économiques de cette société par la nullité<sup>2374</sup>. L'ensemble des dispositions interdisent l'interposition de personne et peuvent aggraver la portée des sanctions encourue lorsque l'opération a été réalisée de mauvaise foi, ou à des fins personnels en détournant les biens de cette société<sup>2375</sup>.

1000. L'individu incapable de recevoir à titre onéreux ne peut user d'un mécanisme d'interposition de personne pour contourner les dispositions en vigueur afin de profiter des fruits d'une opération à laquelle il a refusé de participer ouvertement. Le législateur admet l'existence d'un bénéficiaire final, mais interdit l'utilisation des mécanismes contractuels permettant la jouissance des fruits d'une opération réalisée par contournement du dispositif légal. L'accent est mis sur l'intention frauduleuse du donneur d'ordres, qui détourne les fonds et biens d'une société à son profit ou au profit d'une autre société pour le gérant d'une société anonyme par exemple<sup>2376</sup>. Pour renforcer l'efficacité de ces dispositions prohibitives, le législateur a posé un certain nombre de présomptions. Néanmoins, il est possible d'analyser la présomption, non pas comme un renfort pour la règle prohibitive, mais comme un renfort pour le dispositif sanctionnateur. En effet, l'interdiction de l'utilisation d'un mécanisme d'interposition de personne ne pose aucune difficulté lorsque ce mécanisme est connu.

1001. C'est pour garantir l'avenir de cette interdiction que le législateur a mis en place un mécanisme de présomption. En d'autres termes, alors que la doctrine peut considérer que la présomption vient renforcer la prohibition, il est également possible d'analyser le choix du législateur comme une volonté de prévenir par avance la naissance de mécanismes frauduleux, comme une forme d'accompagnement de la prohibition. C'est pour cette raison que la présomption peut être analysée en termes de prévision et la prohibition en termes de sanction. La prohibition légale des opérations de dissimulation occultes n'existe pas uniquement à travers le mécanisme d'interposition de personne,

---

<sup>2373</sup> Art. L. 225-38 du Code de commerce : « Toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux doit être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration. Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou directeur général est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée. Sont également soumises à autorisation préalable, les conventions intervenant entre une société et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise ».

<sup>2374</sup> Art. L. 225-43 al. 1 du Code de commerce : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers » ; Art. L. 225-91 al. 1 du Code de commerce : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance autres que les personnes morales, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ».

<sup>2375</sup> Art. L. 241-3 du Code de commerce.

<sup>2376</sup> Art. L. 242-6 du Code de commerce.

le Code des douanes connaît l'existence d'opérations dont les bénéfices seraient reversés à celui qui détient un *intérêt à la fraude*.

---

## § 2 : Les prohibitions spécifiques en droit pénal douanier

1002. Les opérations avec un bénéficiaire final se caractérisent généralement par l'utilisation d'un interposé pour la réalisation d'un acte contractuel dont les bénéfices reviendront à celui qui est couramment appelé donneur d'ordres. Parmi les opérations avec un bénéficiaire final, l'interposition de personne apparaît comme celle qui correspond aux caractéristiques de ce type de mécanisme. En somme, elle pourrait être considérée comme le mécanisme de droit commun compte tenu de l'existence d'autres structures destinées à poursuivre un plan frauduleux, prenons le cas de « l'intérêt à la fraude<sup>2377</sup> ». Le transport de marchandises est fortement encadré par le Code des douanes. La contrebande, l'importation ou l'exportation sans déclaration sont des infractions délictuelles dont les auteurs comme les complices peuvent être sanctionnés<sup>2378</sup>. Pourtant la loi prévoit une disposition spéciale pour ceux qui ont un intérêt à la fraude. Ainsi, le propriétaire de la marchandise comme ceux qui ont coopéré au plan frauduleux ou ceux qui ont fermé les yeux face aux fraudeurs peuvent être considérés comme ceux qui ont été « intéressés à la fraude<sup>2379</sup> ».

1003. Cette notion a fait l'objet d'un apport jurisprudentiel important<sup>2380</sup>. Notamment sur l'état de conscience, qui peut caractériser l'intervention frauduleuse. Avoir conscience de participer à un fait illégal, c'est connaître également les conséquences légales de la réalisation de cet acte. En matière de complicité, l'élément moral fait pleinement partie des caractéristiques participant à la qualification de celui qui porte aide ou assistance à l'auteur de l'infraction<sup>2381</sup>. Or, il n'est pas utile de caractériser l'élément moral pour démontrer « l'intérêt à la fraude<sup>2382</sup> ». Pourtant, certaines

---

<sup>2377</sup> BERR C-J., « Douanes - Spécificité des infractions douanières », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Mai 2009, actualisation Octobre 2019.

<sup>2378</sup> BOULOC B., « Intérêt à la fraude en matière douanière », RTD Com. 1997, p. 160.

<sup>2379</sup> Art. 399, 2), a), b) du Code des douanes : « 2. Sont réputés intéressés : a) les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises, et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude ; b) ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun ».

<sup>2380</sup> Cass. crim., 20 mai 1969, JCP 1970. II. 16288 ; Cass. crim., 6 août 1996, Bull. crim., n°304 ; Cass. crim., 26 septembre 2001, Bull. crim. n°191 ; Cass. crim., 19 novembre 2008, n°08-80.558.

<sup>2381</sup> Art 398 du Code des douanes : « Les dispositions des articles 121-6 et 121-7 du code pénal sont applicables aux complices de délits douaniers ».

<sup>2382</sup> BERR C-J., « Douanes - Spécificité des infractions douanières », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Mai 2009, actualisation Octobre 2019.

situations exceptionnelles requièrent l'établissement d'un élément moral<sup>2383</sup>. En somme, il est possible que la jurisprudence insiste sur la recherche de l'élément moral dans la coopération à un plan frauduleux. L'intéressé doit avoir agi en pleine conscience<sup>2384</sup>. Il importe peu qu'il tire profit de l'acte réalisé, ou qu'il connaisse les modalités de ce plan, l'intéressé doit avoir conscience d'intégrer un mécanisme délictuel<sup>2385</sup>.

1004. Il existe plusieurs formes d'intérêt à la fraude, les premières sont dites directes (**I**), alors que les secondes sont qualifiées de coopérations au plan de fraude (**II**).

### **I : L'INTERET DIRECT A LA FRAUDE**

1005. L'intérêt à la fraude prend plusieurs formes dont l'une est couramment qualifiée par la doctrine « d'intérêt direct<sup>2386</sup> » à la fraude. Comment se caractérise-t-elle ? Dans un premier temps, certaines professions peuvent être la cible de présomption en raison de la fonction exercée. C'est notamment le cas des « entrepreneurs et membres d'une entreprise de fraude<sup>2387</sup> » ou des « bailleurs de fonds<sup>2388</sup> ». Du reste, le caractère direct de l'intérêt à la fraude ne se caractérise non pas par le comportement frauduleux de l'auteur, mais par la fonction qu'il exerçait au moment de l'infraction. Comme pour l'interposition de personne illicite, le législateur pose d'abord une disposition prohibitive, puis une présomption légale<sup>2389</sup>.

1006. Encore une fois, le législateur se veut à la fois strict et prévoyant, il pose une sanction face à un comportement illicite connu et rattache une présomption venant renforcer ou accompagner la sanction. La différence avec l'interposition de personne illicite repose sur l'existence d'une liste de

---

<sup>2383</sup> Art. 399, 2), c) du Code des douanes : « c) ceux qui ont, sciemment, soit couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité, soit acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration ».

<sup>2384</sup> BOULOC B., « Intérêt à la fraude en matière douanière », RTD Com. 1997, page 160 ; Crim. 6 août 1996, Bull. cris., n° 304.

<sup>2385</sup> Ibid.

<sup>2386</sup> BERR C-J., op. cit., loc. cit.

<sup>2387</sup> Ibid.

<sup>2388</sup> Ibid.

<sup>2389</sup> Art. 399 du Code des douanes : « 1. Ceux qui ont participé comme intéressés d'une manière quelconque à un délit de contrebande ou à un délit d'importation ou d'exportation sans déclaration sont passibles des mêmes peines que les auteurs de l'infraction et, en outre, des peines privatives de droits édictées par l'article 432 ci-après. 2. Sont réputés intéressés : a) les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises, et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude ; b) ceux qui ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun ; c) ceux qui ont, sciemment, soit couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité, soit acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration. 3. L'intérêt à la fraude ne peut être imputé à celui qui a agi en état de nécessité ou par suite d'erreur invincible ».



personne ayant la possibilité de se voir appliquer le dispositif légal de présomption frauduleuse. Ainsi, « les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises<sup>2390</sup> » sont présumés intéressés à la fraude, tout comme « ceux qui ont un intérêt direct à la fraude<sup>2391</sup> ». Cette liste non limitative accueille tous ceux qui ont un intérêt direct à la fraude. Néanmoins, il ne faut pas exclure de manière trop hâtive les questionnements que cette liste peut soulever au regard du principe de légalité. En effet, ce principe présentant une garantie contre l'arbitraire des juges, il s'oppose à l'extension du champ d'application d'une infraction<sup>2392</sup>. Au demeurant, le Conseil Constitutionnel rappelle que c'est au législateur de fixer le champ d'application de la loi de manière suffisamment claire et précise pour exclure l'arbitraire lors de l'identification des auteurs et du prononcé de la sanction<sup>2393</sup>. Le dispositif légal de présomption frauduleuse ne semble pas remplir les conditions permettant le respect du principe de légalité. De surcroît, il existe une autre difficulté venant entacher ce dispositif. Elle vient peser sur le moment où commence l'opération frauduleuse, le moment où elle doit s'achever et la cohérence qu'il doit y avoir entre l'exercice de la fonction et la réalisation de l'opération frauduleuse. En d'autres termes, il faut que celui qui est présumé, intéressé, assure la fonction exposée sur la liste ou, qu'il ait un intérêt direct à la fraude de façon générale.

1007. Deux questions se posent ici, à savoir comment déterminer celui qui a un intérêt direct à fraude et surtout doit-il occuper l'un des postes présents sur la liste au moment de la réalisation de l'acte frauduleux. Le texte oriente sa lecture vers plusieurs corps de métier renfermant une présomption d'intérêt à la fraude avant de viser par la suite, « en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude<sup>2394</sup> ». Bien que le législateur ait voulu viser un maximum de situation au sein d'une liste très complète. Il consacre le caractère illicite de l'opération lorsqu'il exige que le comportement de l'auteur soit intéressé. Il vient notamment ouvrir la possibilité d'appliquer le régime de la présomption à plusieurs personnes indifféremment de la fonction occupée. Malgré une volonté affirmée de confondre les auteurs de telles opérations contractuelles, il semble que le législateur n'a pas donné de définition du comportement intéressé. Qu'est-ce que l'intérêt à la fraude, et surtout l'intérêt direct à la fraude ? Peut-être est-ce une façon de laisser une large appréciation de celui qui est ou qui peut être intéressé. Le 13 décembre 2000, la Cour de cassation a eu l'occasion de s'exprimer en la matière, puisque la Chambre criminelle a considéré qu'un individu qui laisse un trafic de drogue se dérouler au sein de son établissement participe à l'opération frauduleuse. Qu'il importe peu qu'il ait eu une

---

<sup>2390</sup> Art. 399, 1, a du Code des douanes.

<sup>2391</sup> Ibid.

<sup>2392</sup> Art. 11 al. 2 de la Déclaration Universelles des Droits de l'Homme ; art. 111-3 du Code pénal.

<sup>2393</sup> Cons. const., 5 mai 1998, n°98-399 DC : JO 12 mai 1998, p. 7092.

<sup>2394</sup> Ibid.

quelconque connaissance du plan à partir du moment où il percevait des avantages de cette opération il y a eu lieu de croire qu'il avait un intérêt direct à la fraude au regard de l'article 399, 2, a du Code des douanes<sup>2395</sup>.

1008. Par conséquent, l'intérêt direct à la fraude se caractérise comme la participation directe à la réalisation de l'acte frauduleux. Un individu qui laisse un acte frauduleux avoir lieu au sein de son établissement ou à son domicile peut être intéressé, car il en tire un avantage quelconque. C'est à ce titre qu'il faut faire la différence avec le complice, ce dernier personnage est celui qui « sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donnée des instructions pour la commettre<sup>2396</sup> ». La complicité s'inscrit dans un contexte participatif, le notaire qui participe à l'escroquerie d'un dirigeant participe à la réalisation de l'infraction<sup>2397</sup>. Une personne intéressée à la fraude ne porte pas assistance, elle obtient les avantages des suites de la réalisation du plan frauduleux. Pour imaginer l'explication, il ne s'agit pas de préparer l'infraction avec son auteur, mais de récolter de quelque manière que ce soit les fruits de l'opération réalisée. Dans cette optique, l'individu qui n'intervient pas directement à la réalisation de l'acte frauduleux, mais qui en récolte les fruits est intéressé à la fraude, même s'il n'occupe pas les fonctions décrites sur la liste. Le bénéficiaire final qui est en retrait de l'opération et en récolte les fruits porte un certain intérêt à l'opération frauduleuse. Pourtant, le législateur consacre une catégorie de personnes comme ayant coopéré indirectement à la fraude. La frontière devient de plus en plus complexe entre celui qui est complice et celui qui est intéressé. On ne voit pas bien en quoi le complice peut-il ne pas être intéressé lors de sa participation à l'acte frauduleux. De même, il semble que la notion de coopération se rapproche inexorablement de celle de participation à l'acte. Pourtant, la doctrine consacre une autre définition bien distincte de celle de la complicité.

## **II : LA COOPERATION FRAUDULEUSE OU L'INTERET INDIRECT A LA FRAUDE**

1009. L'aspect coopératif de l'intérêt indirect à la fraude est une notion spécifique au droit pénal douanier. La coopération au plan de fraude exige que l'individu ait conscience de prendre part

---

<sup>2395</sup> Cass. crim., 13 décembre 2000, n°99-86.322 P : Dalloz 2001. IR 832 ; Droit Pénal 2001. Comm. 60, obs. VERAN ; RSC 2001. 376, obs. MAYAUD.

<sup>2396</sup> Art. 121-7 du Code pénal : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

<sup>2397</sup> Cass. crim., 9 septembre 2009, n° 2009-049798.

à une opération frauduleuse<sup>2398</sup>, et ce, même s'il n'a pas eu connaissance du plan ou des modalités du plan ni même retiré de profit personnel<sup>2399</sup>. En effet, le plan s'inscrit dans une définition jurisprudentielle détaillée permettant de le définir comme un « ensemble d'actes dont l'objet est de rassembler les moyens de la fraude (phase préparatoire), ensuite d'une série d'actes d'exécution qui se caractérisent par la recherche du résultat visé en commun<sup>2400</sup> ». Les actes d'exécution peuvent être entendus comme étant « la mise à disposition d'un local ou le fait d'avoir permis d'y entreposer des marchandises<sup>2401</sup> ». La jurisprudence ne semble pas très claire, elle considère que celui qui coopère à la fraude peut ne pas connaître le plan, ni même ses modalités, qu'il peut ne tirer aucun profit, mais qu'il doit avoir eu conscience de coopérer à une opération frauduleuse<sup>2402</sup>. Ce personnage ne peut être considéré en l'état, comme un bénéficiaire final. En quoi consiste l'intérêt indirect à la fraude ?

1010. Il semble que le juge souhaite établir une différence entre celui qui coopère et celui aide ou assiste. Alors que le second personnage est un complice, le premier se caractérise comme celui qui laisse les choses se produire alors qu'il en a parfaitement conscience comme un participant passif. Ce trait de caractère a été exclu de la définition du bénéficiaire final qui se retire sciemment dans le but d'obtenir les fruits d'une opération réalisée pour son compte. Dans un autre sens, l'article 399, 3 du Code des douanes disposent que « l'intérêt à la fraude ne peut être imputé à celui qui a agi en état de nécessité ou par suite d'erreur invincible<sup>2403</sup> ». En d'autres termes, la présence de l'élément intentionnel est présumée en matière d'intérêt indirecte à la fraude, alors qu'il ne l'est pas en matière de complicité. Celui qui a un intérêt à la fraude ne peut se défendre en prouvant sa bonne foi, ce que l'auteur d'un acte de complicité peut faire. Il n'y a qu'un cas selon lequel celui qui est intéressé ne peut être poursuivi que s'il a agi sciemment, il s'agit de ceux « qui ont, sciemment, soit couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité, soit acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration<sup>2404</sup> ».

1011. Malgré plusieurs différences, la complicité se rapproche inexorablement de l'intérêt à la fraude sur un point. Il doit y avoir une infraction principale, à savoir le premier fait doit être punissable pour sanctionner le complice ou l'intéressé à la fraude, que ce fait soit simplement tenté

---

<sup>2398</sup> Cass. crim., 12 novembre 1985, n° 84-93.963.

<sup>2399</sup> Cass. crim., 10 février 2010, n°09-81.690.

<sup>2400</sup> BERR C-J., op. cit., loc. cit.

<sup>2401</sup> Ibid.

<sup>2402</sup> Cass. crim., 6 février 1995, n°94-81.224.

<sup>2403</sup> Art. 399, 3 du Code des douanes.

<sup>2404</sup> Art. 399, 2, c, du Code des douanes.

ou accompli. Enfin, celui qui coopère au plan de fraude ne peut être considéré comme celui qui défend son client dans le cadre de l'accomplissement de fonctions judiciaire<sup>2405</sup>.

1012. Alors qu'en matière d'intérêt direct à la fraude, la notion d'intérêt a été prise en compte comme revêtant un caractère indispensable. La coopération au plan de fraude, quant à elle, ne prend pas en compte le bénéficiaire final, mais plutôt la décomposition factuelle de l'acte permettant de caractériser cette aide ou coopération. En d'autres termes, la jurisprudence va s'intéresser à définir le plan et les actes, tout en restant très disparate sur ce qui concerne le bénéficiaire final. La jurisprudence va d'ailleurs affirmer qu'il importe peu que celui qui coopère ait un intérêt à la fraude. Cette affirmation est critiquable compte tenu du fait que l'intention frauduleuse est constante pour l'article 399 du Code des douanes. Il semble peu probable que celui qui coopère ou participe directement à l'acte frauduleux n'y ait pas un intérêt même moral, sachant que l'article 399 du Code des douanes accorde l'immunité à ceux qui ont agi dans des conditions impérieuses<sup>2406</sup>. Ainsi comment caractériser le rôle du bénéficiaire final ? Il s'agit de celui qui a un intérêt direct ou indirect à la réalisation de l'opération frauduleuse, soit en fonction du rôle qu'il occupe, soit en fonction de l'aide qu'il apporte. Il peut avoir monté le plan frauduleux ou avoir ignoré consciemment son existence. Le seul point important à retenir c'est le caractère manipulateur du rôle qu'occupe ce personnage atypique. Et c'est exactement ce que souhaite endiguer le législateur par le contrôle de l'usage abusif d'un bien et d'une apparence.

## Section 2 : Le contrôle de l'usage abusif

1013. Le détournement ou l'utilisation non conforme à ce qui était convenu entre les parties ne donne lieu qu'à une mise en responsabilité sur le plan civil<sup>2407</sup>. Néanmoins, en droit pénal lorsque l'usage abusif constitue un détournement intentionnel, sanctionné pénalement, il entre dans les caractéristiques permettant l'incrimination de son auteur<sup>2408</sup>. Prenons l'exemple d'un mandataire qui détourne les fonds de son mandant à titre personnel<sup>2409</sup> ou pour une autre personne ou du gérant d'une SCI qui détourne les fonds de la société qu'il a la fonction de gérer pour les verser sur son compte personnel<sup>2410</sup> ou sur le compte d'un tiers. Dans les deux cas, il existe un montage frauduleux faisant croire au profit d'une personne instrumentalisée dans le seul but d'obtenir le bénéfice de l'opération.

---

<sup>2405</sup> BERR C-J. op. cit., loc. cit.

<sup>2406</sup> Art. 399, 3 du Code des douanes.

<sup>2407</sup> MASCALA C., *Abus de confiance*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juillet 2016, actualisation octobre 2019.

<sup>2408</sup> TGI Créteil, 15 janvier 1985, Dalloz 1985, obs. VASSEUR ; Cass. crim., 8 décembre 1971, n°71-90.361, Gazette du Pal. 1972. 1. 220.

<sup>2409</sup> Cass. crim., 16 janvier et 13 février 1984 n°83-91.007 et 82-94.484.

<sup>2410</sup> Cass. crim., 4 septembre 1996, n° 95-83.718, Bull. Crim. n°314.

Le gérant détourne les fonds d'une entreprise dont il a la charge. Le mandataire va se servir de ses fonctions auprès de son mandant pour récupérer des fonds qui sont attribués de manière apparente à son donneur d'ordres. Ces deux exemples entrent dans les prévisions du texte d'incrimination de l'usage abusif.

1014. Ainsi, l'usage abusif se traduit l'excès ou le détournement du droit dont l'individu est titulaire ou du pouvoir confié par le donneur d'ordres. Les dirigeants légaux comme les dirigeants de fait peuvent détourner frauduleusement les crédits, biens, pouvoirs ou voix que cette fonction leur confère<sup>2411</sup>. L'usage abusif touche également la fonction, la qualité ou le titre<sup>2412</sup>, comme le domaine de la simulation et plus particulièrement la théorie de l'apparence. Comment est-il possible d'abuser d'une apparence ?

1015. En matière de crédit-bail, le crédit-bailleur reste le seul et l'unique propriétaire du bien à vendre. Pour le crédit-preneur, l'acquisition du bien ne peut avoir lieu qu'à la levée de la promesse unilatérale de vente qui est comprise dans le contrat initialement conclu avec le crédit-bailleur. Ce principe « erga omnes<sup>2413</sup> » se caractérise par l'exercice d'un droit sur le bien dont la violation par le crédit-preneur constitue un abus de confiance<sup>2414</sup>. Pourtant, ce sera au crédit-bailleur d'apporter les éléments concordants de preuve de l'existence de son droit lors de la procédure collective ouverte contre le crédit-preneur. Au surplus, ce dernier personnage a sans nul doute par la jouissance de ce bien, créé une apparence à l'égard des tiers. Cette apparence qui est à l'origine de la tromperie des tiers ne peut être remise en cause que par la publicité préalable du crédit-bail<sup>2415</sup>. Ainsi, l'abus de l'apparence de prospérité est combattu par la publicité de l'opération réalisée. Si le bien est mis en location, les loyers devront être reversés au crédit-bailleur, la récupération des fonds par le crédit-preneur pourra par la suite être contestée de telle sorte à former un socle protecteur pour le véritable bénéficiaire de l'opération. Un crédit-bail non publié est inopposable au tiers<sup>2416</sup>. Le contrôle se traduit par l'obligation de publier l'opération afin de rendre son existence accessible à tous. Il s'agit d'établir une zone de transparence afin de prévenir la construction d'opérations frauduleuse avec un bénéficiaire final. Il s'agirait ici de détourner une opération légale et transparente dans le but d'obtenir

---

<sup>2411</sup> REBUT D., « Abus de biens sociaux - Répression », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Janvier 2010, actualisation Avril 2018.

<sup>2412</sup> REDON M., « Mesures d'instruction confiées à un technicien - Expertise », Répertoire de droit immobilier, Octobre 2017, actualisation Décembre 2019.

<sup>2413</sup> CORNU G., op. cit., p. 414 : « Expression latine signifiant « à l'égard de tous » utilisée en ce sens pour marquer l'opposabilité absolue (même à l'égard des tiers) de certains droits ou de certains actes ».

<sup>2414</sup> Art. 311-1 et suivants du Code pénal.

<sup>2415</sup> BEY E-M., « De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier », JCP, éd. CI, 1973. II. 10869.

<sup>2416</sup> DURANTON G., « Crédit-bail mobilier », Répertoire de droit commercial, Juin 2000, actualisation janvier 2019.

un profit qui serait automatiquement transféré dans le patrimoine d'un bénéficiaire final<sup>2417</sup>. Il s'agit d'un montage à plusieurs étages dans lequel une personne abuse de ses compétences dans le but de détourner des fonds au profit d'un bénéficiaire final resté dans l'ombre. Notamment en matière d'abus de biens sociaux, le dirigeant peut directement ou par personne interposée porter atteinte aux intérêts de l'entreprise qu'il dirige<sup>2418</sup>.

1016. Le droit intervient par la mise en place d'un régime juridique précis permettant l'encadrement de l'usage. L'abus, se caractérisant par le détournement ou l'utilisation frauduleuse du pouvoir, de la fonction, de l'opération, des droits ou des biens dont le titulaire a la charge. Il semble que l'existence de l'opération occulte peut aboutir à la réalisation d'acte frauduleux et de ce fait créer une confusion entre le bénéficiaire apparent et le bénéficiaire final. Dès lors, il convient dans un premier temps de contrôler l'usage abusif d'un bien (§1). Puis dans un second temps, de contrôler l'usage abusif d'une apparence (§2).

---

### § 1 : Le contrôle de l'usage abusif d'un bien

1017. L'usage abusif est une conception juridique connue et utilisée couramment au sein du système juridique français. Simplement, *l'abus de biens* ressort spécifiquement dans deux types de situations répréhensibles, l'abus de biens sociaux et l'abus de confiance. Ces deux infractions pénales sont sévèrement sanctionnées par le législateur. L'abus de biens sociaux est décrit comme « l'abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix<sup>2419</sup> » émanant directement des dirigeants en fonction au sein d'une société ou par personne interposée. Il peut s'agir d'un dirigeant de droit comme d'un dirigeant de fait, il est ainsi possible de poursuivre un individu non pas en fonction du rôle qu'il occupe au sein de la société, mais en fonction des actes précisément réalisés. L'interposition s'inscrit dans un montage frauduleux permettant au bénéficiaire final de récolter les fruits d'une opération à laquelle il n'aura pas participé.

1018. L'abus de confiance est une infraction pénale qui consiste à « détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, valeurs ou bien quelconque qui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les

---

<sup>2417</sup> Pour prendre l'exemple d'un montage frauduleux : CA., 13 mai 2015, n° 39870 ; Cass. crim., 11 septembre 2019, n°18-83.484.

<sup>2418</sup> ROSKIS D., « Parrainage publicitaire, Notion de parrainage publicitaire », Répertoire de droit commercial, février 2004, actualisation Mars 2009.

<sup>2419</sup> REBUT D. op. cit., loc. cit.

rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé<sup>2420</sup> ». Cette infraction porte atteinte à la propriété de la victime<sup>2421</sup> non pas qu'il s'agisse d'un vol ou d'une escroquerie, mais du détournement d'un objet qui a été volontairement confié.

1019. Dans les deux infractions décrites, ce qui pose difficulté n'est pas l'encadrement du pouvoir confié ou les modalités d'utilisation du bien matériel prêté, mais le détournement intentionnel que l'auteur pourrait en faire. Il s'agit généralement d'un détournement clandestin réalisé au profit d'un personnage resté dans l'ombre. Pour vaincre le caractère occulte que pourraient revêtir ces différentes opérations, il convient dans un premier temps d'établir une réglementation permettant la transparence des pouvoirs confiés (I), et enfin établir une obligation de déclaration ou d'information progressive sur l'utilisation de ces pouvoirs (II).

## **I : LE CONTROLE PAR LA TRANSPARENCE DES POUVOIRS CONFIES**

1020. L'usage abusif d'un bien correspond à l'utilisation non conforme de ce bien, soit par le détournement dans son usage, soit par l'usage en dehors du temps ou des limites donnés. Le bien correspond de prime abord à une « chose matérielle<sup>2422</sup> » qui rentre forcément en opposition avec la notion de droit. Néanmoins, le bien peut être défini de façon différente et correspondre à l'ensemble des choses matérielles et immatérielles qu'un individu possède<sup>2423</sup>. Dès lors, la notion d'abus de bien ne doit pas uniquement être appréciée par rapport à l'usage d'un bien matériel, mais également par rapport à l'usage d'un bien immatériel. Le contrôle de l'usage abusif d'un bien ne doit pas porter uniquement sur l'usage abusif du bien matériel comme, l'usage abusif d'un immeuble ou d'un meuble, mais également sur l'usage abusif d'un droit confié à autrui.

1021. Le système juridique français connaît plusieurs comportements frauduleux qui peuvent être assimilés à l'usage abusif d'un bien. La première infraction qui se rapproche le plus de l'usage abusif d'un bien est celle qui correspond à l'abus de biens sociaux. Cette infraction est définie aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce<sup>2424</sup> et correspond à la rencontre « de la vie des

---

<sup>2420</sup> Art. 314-1 du Code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

<sup>2421</sup> MASCALA C., « Abus de confiance », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juillet 2016, actualisation Octobre 2019.

<sup>2422</sup> CORNU G., op. cit., p. 127.

<sup>2423</sup> CORNU G., op. cit., p. 127 et 276 : référence à la définition du bien corporel.

<sup>2424</sup> Art. L. 241-3, al. 1, 1 à 5 du Code de commerce.

affaires et du droit pénal<sup>2425</sup> ». L'élément matériel de cette infraction se caractérise par l'usage abusif des biens, crédits, voix et pouvoirs de façon contraire à l'intérêt de la société<sup>2426</sup>. C'est-à-dire que celui qui est investi de la fonction de gérant et qui détient un certain nombre de pouvoirs lui permettant d'exercer ce rôle peut directement ou par personne interposée user abusivement des prérogatives qui lui sont confiées et se voir appliquer les sanctions mentionnées aux articles. Lorsque le dirigeant passe par une personne interposée, il se met en position de retrait afin d'obtenir en dernier lieu le bénéfice de l'opération réalisée<sup>2427</sup>. Le texte ne fait aucune référence au préjudice subi par la société, ce qui démontre que le législateur ne vient pas punir pour réparer, mais contrôler le comportement du gérant au sein de la société. La sanction porte sur une défaillance dans la fonction de gérant, plutôt que sur le préjudice né de cette défaillance. Cette défaillance peut s'exprimer de deux manières possibles, non seulement elle peut l'être par l'action, mais également par l'abstention<sup>2428</sup>. Pour que ce dernier comportement soit punissable, il faut qu'il soit intentionnel et préjudiciable<sup>2429</sup>. L'usage correspond aux actes d'administration<sup>2430</sup> comme aux actes de disposition<sup>2431</sup>. Les actes de gestion courante peuvent être considérés comme des abus de pouvoir à partir du moment où la prise de décision est contraire aux intérêts de la société<sup>2432</sup>. Les Tribunaux vont s'exprimer avec plus de sévérité lorsqu'ils vont considérer depuis l'affaire CARIGNON en date du 27 octobre 1997 que le comportement consistant à faire courir un risque anormal au patrimoine de la société est passible de sanctions<sup>2433</sup>.

1022. En ce qui concerne les groupes de sociétés, la jurisprudence considère que les agissements du dirigeant envers une entreprise du même groupe lorsqu'il y possède des intérêts directs ou indirects peuvent échapper à l'application de la sanction pour abus de biens sociaux. Pour ce faire, cette intervention doit suivre une politique de groupe structuré, les choix du gérant sont justifiés par des intérêts communs, et surtout, les décisions prises ne doivent être à l'origine d'aucun déséquilibre ou sacrifice démesuré qui pourrait mettre en péril la société qui les supporte<sup>2434</sup>. Le droit

---

<sup>2425</sup> REBUT D., « Abus de biens sociaux », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Janvier 2010, actualisation avril 2018.

<sup>2426</sup> Art. L. 241-3, al. 1, 1 à 5 du Code de commerce ; Art. L. 242-6, al. 1, 1 à 4 du Code de commerce.

<sup>2427</sup> STOFFEL-MUNCK Ph., op. cit., loc. cit.

<sup>2428</sup> Cass. crim., 28 janvier 2004, n°02-88.094, Bull. Joly 2004. 861, note BARBIERI J-F., Rev. Sociétés 2004. 722, note BOULOC B., JCP E 2005, n° 20, page 817, obs. MULLER Y ; REBUT D., *L'abus de biens sociaux par abstention*, Dalloz 2005, Chron. 1290.

<sup>2429</sup> Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-82. 117, Dalloz actualité, 4 avril 2018, obs. GALLOIS J.

<sup>2430</sup> Cass. crim., 10 octobre 1983, n° 83-93. 735.

<sup>2431</sup> Cass. crim., 23 janvier 1984, Bull. Joly 1984. 299.

<sup>2432</sup> Cass. crim., 10 juillet 1995, n° 94-82.655, Bull. crim. n° 253, Bull. Joly 1995. 1048, note COURET A, LE CANNU P., JCP 1996. II. 225756, note PAILLUSSEAU J.

<sup>2433</sup> Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. crim. n°352 : Dr. pén. 1998, comm. 21.

<sup>2434</sup> Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974 : Dalloz 1975, page 37 : affaire WILLOT ; Crim. 4 février 1985, Bull. crime. n° 54 : affaire ROZENBLUM ; Jurisprudence constante : Crim. 13 février 1989, Bull. crime. n°69 ; Crim. 4 septembre 1996, Bull. crime. n° 314.



admet que le montage financier même par personne interposée puisse avoir lieu dès lors que la société y trouve un intérêt. Par contre la dissimulation de liens fictifs entre sociétés dans le but de créer un montage avantageux pour un dirigeant est sanctionnée par le droit<sup>2435</sup>.

1023. L'élément intentionnel est indispensable pour la qualification d'une infraction pénale. Pour l'abus de biens sociaux, il se caractérise par le dol général à savoir la conscience de l'auteur d'agir de façon contraire aux intérêts de la société en enfreignant la loi<sup>2436</sup>. Et enfin un dol spécial qui consacre l'agissement à des fins personnelles soit pour lui-même, soit à travers une société dans laquelle il possède des intérêts<sup>2437</sup>. Le dirigeant qui agit par personne interposée doit avoir conscience de monter un schéma juridique frauduleux dans le but de porter atteinte aux intérêts de la société. Il se met en position de retrait, mais il reste attentif aux actions de son interposé afin de récupérer le profit de l'opération au sein de son patrimoine par voie de transfert. La répression de cette infraction passe la prise en compte de la question de la prescription. L'abus de biens sociaux est une infraction instantanée, simplement la dissimulation des agissements du gérant qui peut agir notamment par personne interposée pouvait conduire à une forme d'impunité inacceptable pour le système juridique français. Pour répondre à cette problématique et depuis l'arrêt du 5 mai 1997, il est admis que « la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société<sup>2438</sup> ». La prescription ne peut courir en la matière qu'à partir de la révélation des malversations réalisées. Mais pour cela encore faudrait-il encadrer de façon transparente les obligations propres à la fonction de gérant.

1024. Le Code de commerce ne donne aucune liste limitative permettant de repérer légalement les actes que peut effectuer le gérant. Cette situation est plus que légitime en raison du fait que chaque entreprise est différente, non seulement dans sa forme, mais également dans ses activités. C'est aux associés de définir au sein du statut de la société, les dispositions propres aux droits et obligations de chacun des membres notamment ceux du gérant<sup>2439</sup>. En l'absence de statut, l'article L. 221-4 du Code de commerce précise que « dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent,

---

<sup>2435</sup> Cass. crim., 23 avril 1991, *Revue des sociétés* 1991, p. 785.

<sup>2436</sup> Cass. crim., 3 février 1970, *Bull. crim.* n°47.

<sup>2437</sup> Cass. crim., 22 septembre 2004 : *Dr. pén.* 2004, comm. 178 ; *Crim.* 25 octobre 2006 : *Rev. Sociétés* 2007, p. 146.

<sup>2438</sup> Cass. crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.* n°159.

<sup>2439</sup> CORNU G., *Vocabulaire juridique*, de l'association Henri CAPITANT, 12e éd., PUF, 2018, p. 990.

sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle soit conclue<sup>2440</sup> ». Le juge aura donc la délicate mission de définir au cas par cas une action ou une abstention contraire aux intérêts de la société en se référant aux comptes de ladite société. C'est au juge de démontrer et de constater la dissimulation afin de punir le comportement répréhensible<sup>2441</sup>.

1025. La seconde infraction qui donne lieu à l'usage abusif d'un bien qu'il soit matériel ou immatériel est l'abus de confiance. Cette infraction est décrite principalement par la remise volontaire, mais précaire d'une chose appartenant à autrui pour en faire un usage bien déterminé<sup>2442</sup>. Ce bien peut prendre la forme de fonds, valeurs ou biens quelconque<sup>2443</sup>. L'infraction peut être constituée en cas de détournement de la trésorerie d'une association<sup>2444</sup>, il peut s'agir du détournement de biens immatériels comme un numéro de carte bancaire<sup>2445</sup> ou la connexion internet d'une entreprise<sup>2446</sup>. Quelle que soit la cause juridique, la remise de la chose doit avoir eu lieu de façon précaire<sup>2447</sup> avec impossibilité pour le propriétaire d'exercer le pouvoir qu'il a normalement sur elle<sup>2448</sup>. Il peut y avoir abus de confiance en cas d'usage abusif de la chose remise, d'absence de restitution de cette chose, que ce soit des suites d'une vente, d'une donation, d'une perte ou d'une destruction. Enfin, le détournement doit avoir été réalisé « au préjudice d'autrui<sup>2449</sup> », à savoir au préjudice du remettant ou d'une tierce personne<sup>2450</sup>. L'abus de confiance est une infraction intentionnelle comme l'infraction précédente, sachant qu'il faut non seulement que l'acte ait été intentionnel, mais également frauduleux, l'un des critères ne peut tenir sans l'autre<sup>2451</sup>. Là encore rien n'empêche celui qui est amené à recevoir le bénéfice de cet abus d'agir par personne interposée et ainsi de dissimuler le bénéficiaire final de l'opération<sup>2452</sup>.

---

<sup>2440</sup> Art. L. 221-4 du Code de commerce : « Dans les rapports entre associés, et en l'absence de la détermination de ses pouvoirs par les statuts, le gérant peut faire tous actes de gestion dans l'intérêt de la société. En cas de pluralité de gérants, ceux-ci détiennent séparément les pouvoirs prévus à l'alinéa précédent, sauf le droit pour chacun de s'opposer à toute opération avant qu'elle soit conclue ».

<sup>2441</sup> Cass. crim., 27 juin 2001, Bull. crim. n°164 : Dr. pén.2001, comm. 129.

<sup>2442</sup> Art. 314-1 du Code pénal : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ».

<sup>2443</sup> Art. 314-1 du Code pénal.

<sup>2444</sup> Cass. crim., 28 janvier 2004, Bull. crim. n° 20.

<sup>2445</sup> Cass. crim., 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338.

<sup>2446</sup> Cass. crim., 19 mai 2004, Bull. crim. n° 126.

<sup>2447</sup> Cass. crim., 18 octobre 2000 : droit pénal 2001, comm. 28.

<sup>2448</sup> Cass. crim., 12 juin 1978, Bull. crim. n° 188.

<sup>2449</sup> Art. 314-1 du Code pénal.

<sup>2450</sup> Cass. crim., 25 octobre 1935, Bull. crim. n° 118.

<sup>2451</sup> Cass. crim., 17 février 1992, Bull. crim. n° 72.

<sup>2452</sup> CA Monaco., 23 octobre 1987 C./ Dame P.-C ; Cass. crim., 27 février 2002, n° 01-82.530.

1026. La difficulté de cette infraction repose sur la prise en compte de la nature de la remise. Le texte antérieur précisait que le détournement de la chose avait lieu après la remise au titre de l'un des six contrats désignés à l'article 408 ancien du Code pénal. Il est regrettable que le législateur n'ait pas conservé ce texte en prévoyant une extension à la libre appréciation des juges. En effet, la présence de six types de contrats permettait d'encadrer la remise en ayant une appréciation précise de l'usage pour lequel le bien avait été confié. Dorénavant, ce n'est plus le cas, le bien peut avoir été remis en vertu de dispositions légales ou réglementaires<sup>2453</sup>, et même en vertu d'une décision de justice<sup>2454</sup>. Le juge détient un pouvoir souverain d'appréciation des faits qui lui sont soumis de telle manière qu'une remise réalisée en dehors de toute relation contractuelle, sans preuve qu'un usage déterminé devait en être fait ou une restitution convenue ne peut recevoir la qualification d'abus de confiance<sup>2455</sup>.

1027. Après analyse, les autres infractions pénales de type, prise illégale d'intérêts, ou banqueroute, ne peuvent être prises en compte dans cette analyse, soit parce que leurs structures ne correspondent pas à la définition du bénéficiaire final, soit parce que leurs domaines n'appartiennent pas au droit privé ou au droit des affaires. L'usage abusif d'un bien constitué de deux infractions spécifiques reçoit déjà un encadrement complet de la part du législateur et de la jurisprudence, néanmoins, il est possible d'ajouter une disposition qui pourrait considérablement alléger le travail du juge.

## **II : LE CONTROLE PAR L'USAGE DE DECLARATIONS ET DE PUBLICATIONS**

1028. Précédemment, il a été démontré que l'obligation de déclaration permet de ralentir considérablement la création de structures contractuelles occultes permettant la dissimulation d'un bénéficiaire final. Le droit des affaires, le droit fiscal, et même le droit de la famille concernant le mariage utilise régulièrement l'obligation de déclaration. La circulation de fonds, l'établissement d'un régime fiscal conforme à ce qui est perçu, l'appréciation des apports de chaque époux dans le mariage, ou la déclaration des risques dans un contrat assurance sont autant de manière légale de contrôler le comportement des différents sujets de droit dans ces domaines.

---

<sup>2453</sup> Cass. crim., 1er mars 2000, Bull. Crim. n° 97.

<sup>2454</sup> Cass. crim., 3 décembre 2003, Bull. crim. n° 232.

<sup>2455</sup> Cass. crim., 18 octobre 2011, n° 11-81. 404 : Dr. pén. 2012, n°2, obs. VERON.

1029. L'autorité des marchés financiers a donné sa position le 28 septembre 2006 en ce qui concerne les opérations réalisées par les dirigeants, leurs proches et les personnes assimilées<sup>2456</sup>. En effet, les articles L. 621-18-2 et R. 621-43-1 du Code monétaire et financier mettent en place une obligation de déclaration pour l'ensemble des opérations réalisées sur les actions d'une société à partir du moment où le dirigeant qui en est à l'origine exerce effectivement ses fonctions au sein de ladite société. Cette obligation repose non seulement sur ce dirigeant, mais également l'ensemble des individus qui peuvent être liés à sa personne de façon personnelle, ainsi que toute autre personne exerçant un pouvoir de contrôle et de direction sur la société. Bien que cette obligation de déclaration soit limitée aux dirigeants des sociétés cotées sur Euronext Paris ou sur Alternext Paris, l'initiative est inspirante afin de prévenir l'abus de biens sociaux notamment lorsque les agissements ont lieu par personne interposée. D'ailleurs, à l'origine les dispositions présentes aux articles L. 621-18-2 et R. 621-43-1 du Code monétaire et financier avaient pour but de prévenir les conflits d'intérêts et les délits d'initiés. Ces infractions étant décrites comme des opérations occultes permettant à celui qui en est l'auteur de profiter des fruits de la réalisation de l'acte<sup>2457</sup>.

1030. La recherche de transparence du législateur ne s'arrête pas à la position de l'Autorité des marchés financiers puisque la Directive 2014/57/UE et le Règlement n° 596/2014 du 16 avril 2014 viennent encadrer fermement les comportements visant à manipuler le marché financier<sup>2458</sup>. D'ailleurs, le considérant 58 du Règlement apporte des renseignements considérables sur les attentes des autorités de contrôle ainsi que les moyens utilisés pour atteindre ces attentes<sup>2459</sup>. Il ne s'agit pas

---

<sup>2456</sup> Position AMF n° 2006-14 du 28 septembre 2006, Questions - réponses sur les obligations de déclaration des opérations réalisées par les dirigeants, leurs proches et les personnes assimilées.

<sup>2457</sup> Art. 1161 du Code civil : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié » ; Art. L. 465-1 du Code monétaire et financier.

<sup>2458</sup> Directive 2014/57/UE et le Règlement n° 596/2014 du 16 avril 2014.

<sup>2459</sup> Considérant 58 du Règlement n° 596/2014 du 16 avril 2014 : « Une plus grande transparence des opérations effectuées par des personnes exerçant des responsabilités dirigeantes au niveau des émetteurs et, le cas échéant, des personnes qui leur sont étroitement liées constitue une mesure de prévention des abus de marché et, en particulier, des opérations d'initiés. La publication de ces opérations, au moins individuellement, peut également être une source d'information fort précieuse pour les investisseurs. Il est nécessaire de préciser que l'obligation de publier les opérations de ces dirigeants s'étend aussi à la mise en gage ou au prêt d'instruments financiers, étant donné que la mise en gage d'actions peut entraîner des répercussions matérielles potentiellement déstabilisatrices pour l'entreprise en cas de cession soudaine et imprévue. Sans divulgation, le marché ne saurait pas qu'il a existé une possibilité accrue, par exemple, d'un changement futur significatif de l'actionnariat, d'une augmentation de l'offre d'actions sur le marché ou d'une perte de droits de vote dans cette entreprise. C'est pourquoi la notification au titre du présent règlement est requise dès lors que la mise en gage des valeurs mobilières fait partie d'une opération plus vaste dans le cadre de laquelle le dirigeant met ces valeurs en gage à titre de garantie, afin d'obtenir un crédit de la part d'un tiers. En outre, la transparence intégrale et adéquate du marché est une condition préalable à l'obtention de la confiance des acteurs de marché et, en particulier, à l'obtention de celle des actionnaires d'une entreprise. Il est également nécessaire de préciser que l'obligation de publier les opérations de ces dirigeants inclut aussi les transactions effectuées par toute autre personne pour le compte d'un dirigeant. Afin de garantir un juste équilibre entre le niveau de transparence requis et le nombre de notifications à communiquer aux autorités

seulement de déclarer l'opération réalisée, mais de la publier afin de gagner la confiance des différents acteurs du marché financier. La publication est un moyen d'informer ou de diffuser une information importante. Il s'agit de prévenir les tiers de la réalisation d'une opération afin de « leur rendre opposable l'acte ainsi publié<sup>2460</sup> ». De ce fait, une opération qui fait l'objet d'une publication ne peut par la suite être contestée ou remise en question par les tiers. La publication agit comme une déclaration réalisée par l'auteur de l'opération. Il agit en transparence pour faire disparaître le caractère occulte de l'acte réalisé. La publication permet la transparence et révèle au grand jour l'identité du bénéficiaire final de l'opération.

1031. Cette obligation de publication n'est pas nouvelle, en effet, elle est couramment utilisée en droit des sociétés notamment en matière de rachat d'actions. Le Règlement délégué 2016/1052<sup>2461</sup> précise que la publication participe à l'information des actionnaires sur la situation des titres. Dans cette optique, la préservation du marché et la transparence des opérations réalisées sont appréciées au regard du respect de l'obligation de déclaration et de publication. Le Règlement 596/2014 précise que la protection des intérêts des différents acteurs des marchés financiers passe par la publication de certaines informations et la déclaration aux autorités compétentes<sup>2462</sup>.

1032. En somme, le droit européen comme le droit international cherche à établir une transparence face à la recrudescence des opérations dissimulées ou occultes. Il ne s'agit plus de mener une lutte contre les opérations dites occultes, mais de contrôler leur apparition et d'agir en prévention pour leurs auteurs. Le contrôle de l'usage abusif d'un bien qu'il soit matériel ou immatériel doit passer obligatoirement par la déclaration soit par les auteurs, soit par leurs partenaires, soit par les tiers aux autorités compétentes. Et enfin, ce contrôle doit passer par la publication de l'opération afin de faire disparaître le caractère occulte de l'opération. L'usage abusif d'une apparence passe par d'autres mesures de contrôle.

---

## § 2 : Le contrôle de l'usage abusif d'une apparence

---

compétentes et au public, le présent règlement devrait instaurer des seuils au-dessous desquels les transactions ne doivent pas être notifiées ».

<sup>2460</sup> CORNU G., op. cit., p. 832.

<sup>2461</sup> Règlement délégué (UE) 2016/1052 de la Commission du 8 mars 2016 complétant le règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil par des normes techniques de réglementation concernant les conditions applicables aux programmes de rachat et aux mesures de stabilisation (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

<sup>2462</sup> Art. 5, §1 du Règlement 596/2014 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission.

1033. L'apparence « correspond à cet usage commun : vice apparent, acte apparent, clause apparente, et même héritier apparent ou mandat apparent<sup>2463</sup> ». Elle correspond à une situation extérieure mensongère ou inexacte juridiquement<sup>2464</sup>. La notion d'apparence est liée à la théorie de l'apparence qui justifie les dérogations aux règles de droit commun qui devraient normalement s'appliquer<sup>2465</sup>. Dès lors, ce qui est sanctionné ce n'est pas tant l'utilisation de l'apparence, mais l'intention frauduleuse qui se cache derrière cette utilisation.

1034. Dans cette situation, deux choix sont possibles, l'annulation de l'apparence par la validation de l'acte accompli ou l'annulation de l'apparence par l'annulation de l'acte accompli. Par exemple, une personne interposée prend un acte imprévu dans sa mission pour le compte d'un autre individu<sup>2466</sup>. La victime de la situation mensongère établie pour son compte dispose de deux choix, valider et homologuer l'acte réalisé, ou éventuellement poursuivre l'auteur de l'acte dans l'espoir d'une nullité. Cet espoir est d'autant plus délicat que l'apparence crée des droits au profit des tiers ce qui peut empêcher l'annulation de l'acte frauduleux<sup>2467</sup>. Pour prévenir la réalisation de situations moralement injustes et sanctionner la production de situations contractuelles déséquilibrées, la mise en place de dispositions légales strictes est véritablement nécessaire.

1035. Dès lors, il convient dans un premier temps de contrôler les délais d'usage de l'apparence (I), puis dans un second temps, de contrôler l'usage de la qualité apparente (II).

## **I : LE CONTROLE DES DELAIS D'USAGE DE L'APPARENCE**

1036. L'apparence est définie par la doctrine comme la « perception erronée ou la croyance fautive<sup>2468</sup> » d'une qualité ou d'un fait considéré comme réel<sup>2469</sup>. Les auteurs d'une apparence vont créer une situation juridique, qu'ils vont exposer à la lumière comme étant ceux qui existe. Puis, de façon intentionnelle ou non, ils vont dans le même temps dissimuler la réalité occultée par la situation apparente au tiers. La déclaration de command est une opération ancienne par laquelle un acheteur apparent, agissant pour le compte d'une personne dissimulée, révèle son identité suite à l'écoulement d'un certain délai. L'apparence n'est pas complète pour cette opération, non seulement celui qui

---

<sup>2463</sup> BOUDOT M., « Apparence », Répertoire de droit civil, Mai 2018, actualisation Décembre 2019.

<sup>2464</sup> STARCK, ROLAND, BOYER., *Introduction au droit*, 4e éd., 1996, LITEC, n°1502, p. 571.

<sup>2465</sup> TERRE, *Introduction générale du droit*, 10e éd., 2015, Dalloz, n° 468, p. 388.

<sup>2466</sup> Cass. civ., 2 juillet 2014, n°13-19.629 ; Cass. civ., 1ère, 28 novembre 2000, n° 98-14.618.

<sup>2467</sup> GHESTIN, GOUBEAUX et FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., 1994, LGDJ, n° 813.

<sup>2468</sup> BOUDOT M., « Apparence », Répertoire de droit civil, Mai 2018, actualisation Décembre 2019.

<sup>2469</sup> STARK, ROLAND et BOYER, *Introduction au droit*, 4e éd., 1996, LITEC, n° 1502, page 571 ; BOUDOT M., « Apparence », Répertoire de droit civil, Mai 2018, actualisation Décembre 2019.

contracte sait que l'acheteur agit pour le compte d'autrui, mais en plus, l'identité de cette personne lui sera révélée après l'écoulement du délai escompté. Cette opération qualifiée par plusieurs auteurs comme étant une « représentation optionnelle<sup>2470</sup> » ou un mandat « conditionnel<sup>2471</sup> », échappe à la qualification de convention de prête-nom uniquement dans le cas d'une révélation de l'identité de l'individu caché dans le temps prévu. La révélation crée une forme de transformation de la déclaration de command, en contrat de mandat puisque le commandé a effectivement représenté le command pour la réalisation de l'opération contractuelle.

1037. Le contrôle de l'usage de l'apparence passe par le respect de cette condition délai. La dissimulation de l'identité du command n'emporte pas dissimulation de l'existence du command. Il n'est pas cohérent de considérer cette opération comme une convention de prête-nom dès l'origine. La déclaration de command ne peut pas non plus être considérée comme un mandat puisque l'identité de celui qui est absent n'est pas connue de l'autre cocontractant. La représentation des intérêts du command permet juste de confirmer que cette représentation est incomplète<sup>2472</sup>. La doctrine s'accorde pour considérer que la révélation de l'identité du command entraîne rétroactivement la qualification de mandat, alors que l'absence de révélation sanctionne l'opération de représentation optionnelle et qualifie la déclaration de command, de convention de prête-nom<sup>2473</sup>. Cette nouvelle qualification intervient comme une sanction face à la dissimulation du commandé, qu'elle soit intentionnelle ou non. Le mandat tombe pour laisser place à l'opération occulte et aux effets qu'elle doit générer.

1038. La gestion d'affaires est une opération permettant de mettre en place une représentation altruiste des affaires d'autrui sans qu'il y ait consenti. Il s'agit d'une forme de « représentation imparfaite<sup>2474</sup> » qui est construite sur trois caractéristiques importantes, la gestion altruiste, spontanée et nécessaire aux intérêts du maître de l'affaire<sup>2475</sup>. Une telle opération permettant une gestion rigoureuse et désintéressée des affaires d'autrui ne peut être confondue avec une convention de prête-nom, ni même avec un contrat de mandat. Cette dernière opération contractuelle exige la réunion de plusieurs caractères, dont le consentement du mandant pour les actes réalisés pour son compte par le mandataire. La convention de prête-nom exige une dissimulation totale, si bien que le donneur d'ordres n'apparaît pas, il est absent et fait intervenir un individu interposé qui apparaît comme une partie à l'opération réalisée pour son compte. Le bénéficiaire final qui est un personnage qui se tient

---

<sup>2470</sup> LE TOURNEAU Ph., « Mandat - Caractère du mandat », Répertoire de droit civil, Juillet 2017, actualisation Décembre 2019.

<sup>2471</sup> LE TOURNEAU Ph. op. cit., loc. cit.

<sup>2472</sup> Ibid.

<sup>2473</sup> LE TOURNEAU Ph., « Chapitre 3321 - Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019.

<sup>2474</sup> LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, Janvier 2018, actualisation Juin 2019.

<sup>2475</sup> Ibid.

en retrait et qui agit par personne interposée ou par instrumentalisation de la personne morale afin d'obtenir les fruits d'une opération auquel il n'a pas participé rejoint la définition de la convention de prête-nom sur bien des points.

1039. La gestion d'affaires n'est pas une opération occulte, elle ne participe pas à la création du bénéficiaire final, néanmoins le manquement aux caractéristiques essentielles qui la définissent peut entraîner le changement de qualification de l'opération. L'article 1301-1 alinéa 1 du Code civil<sup>2476</sup> précise que cette gestion doit durer jusqu'à ce que le maître de l'affaire soit dans l'état d'agir. Cela veut dire que si le maître de l'affaire revient, il doit reprendre librement ses affaires et le gérant ne peut maintenir sa position. L'article 1301-3 du Code civil précise que « la ratification de la gestion par le maître vaut mandat<sup>2477</sup> ». Cette ratification bien qu'elle soit facultative donne une explication quant au rôle occupé par le gérant d'affaires face au maître<sup>2478</sup>. Il s'efface au retour du maître et doit lui laisser l'ensemble des actes pris pour son compte. Ainsi, le gérant qui est intervenu pour le compte d'autrui, mais décide de conserver ce rôle après le retour du maître doit être considéré comme le seul responsable des opérations contractuelles réalisées. La gestion au lieu d'être « ouverte<sup>2479</sup> » devient occulte, car le gérant va de façon apparente faire croire à autrui qu'il est le seul maître de l'affaire, alors qu'il agit pour le compte d'autrui. C'est à ce moment que la notion d'utilité est importante pour comprendre le passage d'une opération de gestion d'affaires à une convention de prête-nom. Une gestion intéressée n'est pas profitable pour le maître de l'affaire<sup>2480</sup>. Elle n'a d'efficacité que pour le gérant qui occupera une fonction apparente. Dès lors, il est important de délimiter les fonctions du gérant d'affaires dans l'espace, comme dans le temps. Au retour du maître de l'affaire, le gérant doit s'effacer.

1040. Le contrat de commission est un contrat dont la réalisation dépend d'un autre contrat. Le client fait appelle à un commissionnaire lorsqu'il souhaite fournir un service par exemple, ou pour conclure un contrat ayant pour objet la fourniture de service. Le contrat de commission est un contrat pour le compte d'autrui, réalisé pour servir les intérêts du donneur d'ordres<sup>2481</sup>. Simplement, ce contrat dispose d'une particularité singulière qui est qualifiée par la doctrine de « représentation imparfaite<sup>2482</sup> ». En effet, le commissionnaire est un intermédiaire ayant une relation d'interposition

---

<sup>2476</sup> Art. 1301-1 al. 1 du Code civil : « Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'une personne raisonnable ; il doit poursuivre la gestion jusqu'à ce que le maître de l'affaire ou son successeur soit en mesure d'y pourvoir ».

<sup>2477</sup> Art. 1301-3 du Code civil.

<sup>2478</sup> Cass. civ., 1re, 26 novembre 1958 : Bull. civ. I, n° 525.

<sup>2479</sup> LE TOURNEAU Ph., « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, Janvier 2018, actualisation Juin 2019.

<sup>2480</sup> Ibid.

<sup>2481</sup> FLATTET G., *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus avec un intermédiaire en droit français*, 1950, SIREY, n° 1, p. 1.

<sup>2482</sup> DISSAUX N., « Commissionnaire - Nature de la commission », Répertoire de droit commercial, Septembre 2019.



avec son donneur d'ordres, il prend un contrat en son nom au bénéfice d'autrui. Cette situation rapproche ce type de contrat de l'hypothèse d'une interposition de personne ou d'une convention de prête-nom. Pour ces deux opérations, le contrat est conclu au nom d'un individu pour le compte d'un autre. Comment établir un contrôle sur ces opérations si ce n'est sur le délai d'usage de l'apparence. En effet, il est impératif d'établir un délai raisonnable de transfert des effets de l'acte réalisé du patrimoine du commissionnaire à celui du donneur d'ordres. La question de la révélation de l'identité du bénéficiaire final doit faire partie intégrante du mécanisme de transparence. La résolution de cette difficulté ne peut intervenir uniquement sur la question délai, il devient nécessaire de se prononcer sur l'usage de la qualité apparente.

## **II : LE CONTROLE DE L'USAGE DE LA QUALITE APPARENTE**

1041. En droit pénal l'usage ne peut à lui seul, décrire le comportement constitutif d'une infraction. Cette notion correspondant à l'utilisation d'une chose matérielle ou immatérielle, entre dans le domaine de l'illégalité à partir du moment où elle est abusive. L'appropriation de la chose n'est pas nécessaire pour caractériser l'infraction pénale<sup>2483</sup>, il en est de même pour le préjudice dans certains cas<sup>2484</sup>. L'usage de la qualité apparente est décrit dans plusieurs situations, qu'elles soient légales ou illégales. L'article 313-1 du Code pénal définit l'escroquerie comme « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge<sup>2485</sup> ». L'escroc peut intervenir seul ou agir par personne interposée dans le but de tromper la victime<sup>2486</sup>. La jurisprudence précise d'ailleurs qu'il importe peu que les fonds reviennent à l'escroc ou soient reversés à une personne en retrait<sup>2487</sup>. Le bénéficiaire final est intégré sans le nommer par une jurisprudence avant-gardiste.

1042. Cette infraction pénale décrit l'abus comme l'usage de l'apparence, l'usage d'une qualité vraie ou l'usage de mensonges afin de tromper la victime à son préjudice. En effet, la Cour de cassation est venue préciser que la fausse qualité était un élément constitutif de l'escroquerie,

---

<sup>2483</sup> Cass. crim., 8 mars 1967, Dalloz 1967. 586, note DALSACE A., RSC 1967. 771, note BOUZAT P.

<sup>2484</sup> Art. L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce : abus de biens sociaux.

<sup>2485</sup> Art. 313-1 du Code pénal.

<sup>2486</sup> Cass. crim., 10 novembre 1971, Bull. crim. n° 307 ; Cass. crim., 19 décembre 1974, Bull. crim., n°377.

<sup>2487</sup> Cass. crim., 8 juillet 1932, Bull. crim., n°175 ; Cass. crim., 4 mai 2016, n° 15-81.244, p : D. actu. 24 mai 2016, obs. PRIOU-ALIBERT.

uniquement si l'auteur en avait fait usage<sup>2488</sup>. Dès lors, cette dernière notion doit être constituée par une action de l'auteur et non une abstention. L'usage laisse entendre l'existence d'un acte positif, une intention physique et morale de tromper la victime. La qualité apparente se traduit par l'acte mensonger, l'action de tromper en lui faisant croire à une qualité inexistante ou à des prérogatives erronées. L'usage d'un faux nom qui a conduit une victime à effectuer une remise de fonds suffit à caractériser l'infraction d'escroquerie<sup>2489</sup>. C'est donc le comportement de l'auteur, l'usage de l'auteur qui doit être le moteur de la décision de la victime. Celle-ci doit avoir été manipulée pour remettre les fonds à l'auteur de ce comportement. Effectivement, l'usage d'une fausse qualité suffit à établir l'infraction d'escroquerie lorsque le comportement de l'auteur détermine la victime à remettre les fonds<sup>2490</sup>. L'abus d'une qualité vraie peut-il correspondre à l'usage de la qualité apparente ?

1043. L'apparence est une notion permettant de placer au-devant de la scène une perception fautive d'une réalité dissimulée. Dès lors, une situation vraie ne peut pas être comprise comme une perception apparente à moins qu'elle ne soit perçue par les tiers comme telle. L'abus par l'auteur d'une qualité vraie consiste à duper la victime en s'attribuant des pouvoirs que sa qualité ne confère pas<sup>2491</sup>. La tromperie ne se situe pas au niveau de la qualité de l'auteur, mais de l'utilisation qu'il fait de cette qualité. L'apparence se déplace de la fonction précise qu'il occupe, au comportement qu'il adoptera pour déterminer la remise de la victime.

1044. Dorénavant, il est possible de parler de qualité apparente lorsque l'apparence se déplace sur l'usage qu'il fait de sa qualité vraie. Néanmoins, plusieurs auteurs pourront réfuter cette thèse en portant un regard plus attentif sur ce que le législateur considère comme une qualité vraie. Les deux courants de pensée peuvent être admissibles à condition de les justifier. Pour ce qui est de l'emploi des manœuvres frauduleuses, il est impératif qu'elles soient déterminantes du consentement de la victime pour qualifier les faits d'escroquerie<sup>2492</sup>. Le mensonge aussi simple soit-il, ne peut entraîner à lui seul l'incrimination de l'auteur<sup>2493</sup>. En somme, l'abus est caractérisé par le comportement de l'auteur de l'infraction, il est impératif qu'il soit intentionnel, mensonger et surtout déterminant pour la victime. Pour contenir l'abus dans l'usage de la qualité apparente, le législateur a préféré sanctionner par cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. La remise des fonds à un

---

<sup>2488</sup> Cass. crim., 22 janvier 1914, DP 1914. 1. 256, S. 1916. 1. 128.

<sup>2489</sup> Cass. crim., 26 novembre 1891 : DP 1892. 1. 252 ; Cass. crim., 18 mai 1931 : Bull. crim. n° 143.

<sup>2490</sup> Cass. crim., 14 mai 1990, n° 89-85. 581 P.

<sup>2491</sup> T. Cour. Paris, 23 janvier 1984 : prés. note 39.

<sup>2492</sup> Cass. crim., 12 janvier 1983 : Gaz. Pal. 1983. 2. Somm. 322.

<sup>2493</sup> Cass. crim., 20 juillet 1960 : Bull. crim. n° 382 ; D. 1961. 191, note CHAVANNE ; JCP 1961. II. 11973, note GUYON ; Gaz. Pal. 1960. 2. 252 ; S. 1961. 175.

bénéficiaire final importe peu, car seules les conditions précédentes doivent être remplies<sup>2494</sup>. Peut-être aurait-il fallu mettre en place des dispositions permettant le contrôle effectif de l'usage de la qualité apparente.

1045. Le dirigeant de fait est défini comme celui qui exerce « une activité positive de direction générale<sup>2495</sup> » de façon indépendante et habituelle<sup>2496</sup>. Cette définition concerne essentiellement le dirigeant apparent, sachant que le dirigeant occulte est un bénéficiaire final qui exerce réellement les fonctions de direction. L'apparence est une situation de fait corroborée par plusieurs indications venant notamment des relations d'affaires qu'il peut y avoir au sein de la société avec d'autres partenaires, clients ou fournisseurs<sup>2497</sup>. Les différentes collaborations peuvent donner naissance à des engagements réciproques entraînant la responsabilité de la société représentée<sup>2498</sup>. Sachant par ailleurs, qu'une délégation de pouvoirs du dirigeant occulte au dirigeant apparent entraîne la responsabilité de celui qui délègue ses pouvoirs. Pour contrôler l'abus d'une qualité apparente, il aurait fallu non seulement sanctionner sévèrement l'action du dirigeant occulte comme celui du dirigeant de fait.

1046. En droit pénal, en ce qui concerne la gestion d'une société à responsabilité limitée, la responsabilité de celui qui délègue ses pouvoirs est un principe, quel que soit son comportement, qu'il soit abstentionniste ou négligent<sup>2499</sup>. Simplement pour engager la responsabilité du véritable donneur d'ordres encore faut-il connaître l'étendue des pouvoirs confiés, ce qui semble très compliqué en présence d'une opération occulte. Dans l'attente, le dirigeant de fait peut voir sa responsabilité pénale engagée au regard des articles L. 241-9 et L. 246-2 du Code de commerce<sup>2500</sup>. Le tiers qui par l'application de la théorie de l'apparence, invoque un acte réalisé par un dirigeant de fait ne peut être qualifié de tiers ignorant de bonne foi. Il est parfaitement informé de la qualité véritable de son

---

<sup>2494</sup> Cass. crim., 4 mai 1987, Bull. crim., n°175.

<sup>2495</sup> RIVES-LANGE J-L., « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire des biens », D. 1975, chron. 41 ; adde : NOTTE G., « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », JCP, éd. CI, 1980. I. 8560.

<sup>2496</sup> CA Paris, 17 mars 1978, Banque 1978. 656, note MARTIN L.

<sup>2497</sup> LE BARS B., « Responsabilité civile des dirigeants sociaux - Détermination des dirigeants responsables », Répertoire des sociétés, Avril 2004, actualisation Janvier 2020.

<sup>2498</sup> Cass. com., 19 novembre 2002, BRDA 1/2003, p. 4, n°7.

<sup>2499</sup> Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82. 975, Bull. Crim. n° 91.

<sup>2500</sup> Art. L. 241-9 du Code de commerce : « Les dispositions des articles L. 241-2 à L. 241-6 sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la gestion d'une société à responsabilité limitée sous le couvert ou au lieu et place de son gérant légal » ; Art. 246-2 du Code de commerce : « Les dispositions des articles L. 242-1 à L. 242-29 et des articles L. 243-1, L. 243-2 et L. 246-1 visant le président, les administrateurs ou les directeurs généraux de sociétés anonymes et les gérants de sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui, directement ou par personne interposée, a, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés sous le couvert ou au lieu et place de leurs représentants légaux ».

interlocuteur puisqu'un dispositif légal complet permet de publier les informations principales concernant une société, notamment l'identité de celui qui la dirige en droit<sup>2501</sup>.

1047. C'est pour cette raison que l'usage de la qualité apparente est contrôlé par un système de publicité présent dès la création de l'entreprise, et un système de mise en responsabilité lorsqu'un acte est réalisé dans le cadre d'une délégation de pouvoirs ou lors du libre exercice d'une qualité apparente. Pour ce qui concerne l'escroquerie, les caractéristiques permettant de qualifier le comportement de l'auteur relèvent de l'analyse exclusive du juge. En effet, ce dernier a un pouvoir d'appréciation et de contrôle lui permettant d'appliquer ou non la sanction à l'auteur de l'infraction. Alors que le contrôle peut être effectué avant les faits par les tiers en droit des sociétés, il ne peut pas l'être en droit pénal, ce domaine ayant une nature répressive. Dès lors, pour contrôler efficacement l'usage d'une qualité apparente, il convient de s'inspirer du système de publication et de déclaration.

### **Conclusion de Chapitre**

1048. L'encadrement par la transparence passe dans un premier temps par la prohibition des opérations frauduleuses et le contrôle de l'usage abusif. La prohibition ne touche pas uniquement l'interposition de personne puisqu'elle peut parfaitement s'appliquer en termes d'intérêt direct à la fraude ou de coopération frauduleuse. D'ailleurs, le contrôle de l'usage abusif peut s'appliquer en matière de bien ou d'apparence.

1049. La transparence vient compléter le précédent chapitre sur la prévention venant ainsi clôturer l'existence du bénéficiaire final combattue par le droit.

### **CONCLUSION DE TITRE**

1050. Le bénéficiaire final voit le droit s'appliquer de manière préventive par l'édiction de présomptions et d'obligations spécifiques et de matière répressives par le biais de mesures prohibitives et de contrôle. Désormais le régime juridique rattaché à ce personnage est complété par les dispositions applicables en matière de protection des différents intervenants au mécanisme occulte.

1051. La définition du bénéficiaire final est complète, ce personnage bénéficie désormais d'une définition avec deux critères constants et plusieurs critères variables reposant sur des

---

<sup>2501</sup> Cass. com., 4 mai 1993 Bull. civ. IV. n° 174 ; Bull. JOLY 1993. 727, note LE CANNU P.

dispositions légales dont l'interprétation est argumentée. Le bénéficiaire final pourra profiter d'un régime juridique décomposé en deux temps, le premier étant préventif et le second répressif.

## CONCLUSION PARTIE II

1052. Le régime juridique d'une notion représente la direction, le sens, ou l'ordre que les règles qui y sont rattachées doivent prendre<sup>2502</sup>. Le bénéficiaire final représente la formation de deux notions formant un ensemble juridique particulier. Le bénéficiaire est celui qui profite de certains avantages ou des faveurs particulières<sup>2503</sup>. Il est celui qui s'attend à récupérer le produit tiré de la réalisation d'une opération contractuelle. Or, lors de la réalisation d'une opération contractuelle, les parties récupèrent ensemble les bénéfices réalisés. Le bénéficiaire final se distingue des autres bénéficiaires par rôle particulier au sein de l'opération. Il récupère en dernier lieu le profit de la construction contractuelle. Cela se traduit notamment par l'adoption d'une position de retrait pour être qualifié de bénéficiaire final absent de l'opération contractuelle. La construction d'un tel édifice contractuel pousse le système juridique français à faire face à la prolifération de ces techniques permettant d'échapper au contrôle des autorités. Pour ce faire, le droit a dû accepter et consacrer l'existence d'un bénéficiaire final. Cette acceptation est passée par le développement de l'organisation de la protection de chaque intervenant à l'opération. Le premier intervenant est le bénéficiaire final, le second est l'interposé et enfin le dernier est le tiers qui contracte avec cette dernière partie apparente.

1053. Le législateur français s'est exprimé à travers plusieurs opérations contractuelles existantes, précisément celles basées sur un système représentatif. La possible infidélité de l'interposé est une question qui a été soulevée, notamment l'existence du conflit d'intérêts qui peut ébranler l'équilibre du contrat. Le développement de dispositifs neutres pourra permettre de rééquilibrer le contrat et de préserver son existence à partir du moment où il évolue dans une sphère licite. La question de la disparition de l'interposé et enfin du transfert des effets de l'acte a été analysée, de telle manière à pouvoir développer un dispositif permettant le détachement de cet homme de paille en fin de mission. L'attribution d'une rémunération, ainsi que celle de la qualité de tiers pourront finaliser ce processus. Enfin, un regard critique a été porté sur les dispositions légales permettant la protection du tiers contractant. La mise en demeure interrogatoire semble inadaptée aux opérations occultes alors que l'action en déclaration de simulation poursuit la politique de transparence actuelle.

---

<sup>2502</sup> CORNU G., op. cit., p. 879-880.

<sup>2503</sup> CORNU G., op. cit., p. 126.

1054. En somme, le législateur a consacré l'existence du bénéficiaire final à travers l'expression de ses deux critères constants. Il s'agissait de montrer que le profit de l'opération pouvait être recherché non seulement au sein des opérations occultes, mais également au sein des opérations transparentes. Ces opérations marquent la différence de degré dans le retrait de l'opération, si bien que d'autres mécanismes ont considérablement étendu cette définition permettant d'accueillir des mécanismes contenant des exceptions aux critères généraux comme le bénéficiaire effectif. L'existence du bénéficiaire final est validée, et même consacrée par le droit, néanmoins plusieurs opérations occultes s'inscrivent dans un circuit frauduleux de telle sorte que l'existence du bénéficiaire sera combattue par le droit.

1055. Cette lutte commence par une recherche de transparence à travers la mise en place de présomptions et d'obligations spécifiques. Cela se traduit notamment par la volonté du législateur de prévenir l'interposition de personne illicite et les infractions ayant une portée plus importante que celle des frontières françaises. Il a fallu intégrer au sein de cette étude la lutte contre l'existence du « bénéficiaire effectif<sup>2504</sup> ». Ce dernier personnage fait partie intégrante du domaine appartenant au bénéficiaire final. Le développement de dispositions européennes introduites en droit français et l'accumulation de recommandations de l'autorité des marchés financiers renforcent et confirment une volonté d'installation d'une politique de transparence économique mondiale. Encore faudrait-il pour cela, établir un certain nombre d'obligations à la charge des acteurs de cette société économique. C'est en cela que le législateur a mis en place plusieurs obligations à la charge des professionnels du monde des affaires afin qu'ils redoublent de vigilance à l'égard de leurs clients, qu'ils soient réguliers ou non. Ce n'est qu'en l'absence de respect de ces dispositions, ou lorsque l'opération réussit à s'introduire dans le système juridique que la sanction doit être appliquée.

1056. Le législateur a prévu plusieurs types de sanctions, notamment la nullité en cas de manquement à la règle interdisant l'interposition de personne. De même, l'intérêt à la fraude et la coopération frauduleuse pourront être sanctionnés par le législateur. Cependant, le législateur pose un intérêt particulier au développement de mesure de contrôle permettant d'encadrer l'existence du bénéficiaire final illicite par la transparence. De cette façon, l'usage abusif du bien trouvera une réponse par la transparence des pouvoirs confiés et la mise en place de déclarations et de publications. Le contrôle de l'usage abusif d'une apparence conduit à contrôler l'usage de la qualité apparente ainsi que le délai durant lequel l'individu va se parer de cette qualité. En conséquence, ce n'est pas

---

<sup>2504</sup> COURET A, DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif - Pratique des affaires*, JOLY, Extensio, 2018 ; LE NABASQUE., op. cit., p. 8 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., , op. cit., p. P. 7.

l'existence licite du bénéficiaire final qui est combattue par le droit, mais les dérives du système contractuel créateur de ce personnage.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

1057. Le bénéficiaire final d'une opération contractuelle est un personnage qui a toujours été présent dans le paysage juridique et économique français. Qu'il s'agisse de petites opérations, comme l'interposition de personnes incapables de recevoir, ou de plus grandes opérations impliquant l'administration fiscale de plusieurs États, la description de l'opération occulte reste la même. Tout d'abord, le bénéficiaire final se place en situation de retrait. Il refuse de participer à l'opération et adopte un comportement occulte en faisant intervenir un interposé pour son compte. Une telle opération ne peut avoir lieu sans la présence de plusieurs composantes, le bénéficiaire final dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'opération dans un premier temps. Il bénéficie d'un droit, celui de ne pas apparaître à l'opération qui défit tous les principes fondamentaux du droit des contrats. Il est illustre parfaitement la conception moderne de la qualité de tiers et de partie. Et enfin, il est motivé par le bénéfice de l'opération, à savoir les effets de la réalisation de cette machination contractuelle occulte sur son patrimoine. Du reste, le profit occupe une place fondamentale pour définir le comportement de ce donneur d'ordres. Ses motivations reflètent ses intentions et traduisent un comportement qui peut passer de l'opportunisme pur, à la réalisation d'une opération frauduleuse.

1058. Le bénéficiaire final est un personnage peu conventionnel, qui peut parfaitement adopter les traits d'une personne physique comme celle d'une personne morale. Cette affirmation fait l'objet d'une analyse fortement critiquable puisque le système juridique français a déjà eu l'occasion de montrer qu'une personne morale se crée et agit seule, l'intervention d'une personne physique est nécessaire, si ce n'est obligatoire. Il n'existe qu'un cas où la définition par la personne physique relève de l'exception, il s'agit du « bénéficiaire effectif<sup>2505</sup> ». Au demeurant, ce dernier intervient dans le monde des affaires de façon très précise, il doit détenir un pouvoir de contrôle et de direction se traduisant notamment par les voix qu'il détient, les titres ou actions qu'il possède et son rôle au sein de la société. Cette définition précise permet d'orienter celle permettant de situer le bénéficiaire final au sein du système juridique français.

1059. Ce dernier personnage évolue au sein des opérations permettant sa dissimulation, son retrait qu'il soit total ou partiel. Cette situation laisse entendre que certaines opérations ne peuvent entrer dans le champ de définition du bénéficiaire final. Notamment, les opérations de gestion pour autrui, que cette gestion soit organisée ou spontanée, ne peuvent être considérées comme des opérations permettant la création d'un bénéficiaire final. Les opérations soumises pour leur

---

<sup>2505</sup> COURET A, DONDERO B., *Le bénéficiaire effectif - Pratique des affaires*, JOLY, Extensio, 2018 ; LE NABASQUE., op. cit., p. 8 ; LASSERRE CAPDEVILLE J., , op. cit., p. P. 7.



consolidation à l'intervention d'autrui peuvent être introduites comme des opérations créant un bénéfice au profit d'une personne absente, mais elles restent exclues du système permettant la création d'un bénéficiaire final. Ce dernier personnage dissimule partiellement ou totalement sa présence et/ou son identité, permettant la matérialisation du droit au retrait analysé précédemment. Dès lors, la fictivité et la simulation viennent de l'interposition ou de l'instrumentalisation des personnages intermédiaires. Après avoir posé une analyse précise permettant de définir le bénéficiaire final, il sera indispensable de reprendre le dispositif juridique pensé par le législateur. Est-il possible de parler d'existence validée par le droit ?

1060. La validation de l'existence du bénéficiaire final se pose en deux temps, l'observation du dispositif existant et la création cohérente d'un système protecteur pour les intervenants à l'opération occulte. Le législateur prévoit un dispositif précis pour l'intermédiaire infidèle en matière de représentation. Celui qui détourne, outrepassé ou agit sans pouvoir manque à plusieurs obligations qui lui incombent. Notamment, il y a un manquement aux principes de bonne foi, de loyauté et de fidélité. Ce comportement ne peut être toléré dans le cadre d'une opération occulte celle-ci ayant pour but d'illustrer le droit au retrait ou la liberté de ne pas apparaître du bénéficiaire final. D'ailleurs, un tel comportement ne peut être toléré de la part de ce dernier personnage non plus, puisque l'interposé doit également être protégé des ingérences de ce personnage occulte. Cette situation est prévue par le désengagement de l'intermédiaire dans le cadre de la représentation, situation qui a déjà été analysée comme une exception au principe de l'effet relatif des contrats.

1061. Enfin, le tiers contractant dispose déjà d'un arsenal complet en matière d'opération contractuelle triangulaire. En effet, il est des deux premiers personnages, le plus protégé faisant office de tiers ignorant en matière de représentation. Pourtant, la mise en demeure interrogatoire demeure inadaptée aux opérations avec un bénéficiaire final, ce qui n'est pas le cas de l'action en déclaration de simulation. Le dispositif légal alors mis en place pour prévenir et sanctionner les opérations frauduleuses doit être retenu pour servir de fondement au régime juridique permettant de combattre l'existence d'un bénéficiaire final frauduleux.

1062. La prévention permet l'encadrement par un système de présomption face aux comportements permettant d'utiliser autrui dans le but de contourner la règle applicable. Cet encadrement vaut même pour les infractions transfrontalières qui constituent le cœur d'existence du bénéficiaire effectif. Pour autant, la création d'obligations spécifiques permet non seulement de traduire la réaction du droit face à l'existence d'un personnage occulte illicite, mais également de comprendre la politique internationale menée contre les opérations occultes frauduleuses. Il ne s'agit

pas d'interdire la concurrence ou le secret professionnel, mais d'encadrer de façon vigilante et structurée la prolifération des mécanismes occultes. Si l'encadrement par la prévention peut ne pas suffire à faire respecter les dispositions législatives en vigueur, l'encadrement par la transparence prévoit la sanction des comportements interdits et le contrôle des usages abusifs. En somme, le manquement au devoir de vigilance peut être rectifié par l'application d'une sanction permettant la disparition du système occulte.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS et MANUELS**

**AUBERT (J.-L.)**, *Le contrat*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 1996.

**AUBERT (J.-L.)**, et **COLLART-DUTILLEUL (F.)**, *Le contrat*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2010.

**BATTEUR (A.)**, *Droit des personnes des familles et des majeurs protégés*, LGDJ, 5e éd., 2010.

**BÉHAR-TOUCHAIS (M.)**, et **VIRASSAMY (G.)**, *Traité des contrats, Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.

**BÈGUE (G.)**, *Confidentialité et prévention de la criminalité financière, Étude de droit comparé*, Bruylant, 2017.

**BÉNABENT (A.)**, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, Lextenso, 2013.

**BÉNABENT (A.)**, *Droit des obligations*, 17e éd. Précis DOMAT Droit privé, LGDJ, 2018.

**BERNARD-XEMARD (C.)**, *Cours de droit des personnes et de la famille*, 4e éd., Gualino, Lextenso, 2018-2019.

**BIGOT (J.)**, **LANGÉ (D.)**, **RESPAUD (J.-L.)**, *Traité de droit des assurances. L'intermédiation de l'assurance, Tome 2*, 2e éd., LGDJ, 2009.

**BONNEAU (T.)**, *Droit bancaire*, 11e éd., LGDJ.

**BOURASSIN (M.)**, **BREMOND (V.)**, **JOBARD-BACHELIER (M.-N.)**, *Droit des sûretés*, Sirey, 3e éd., 2012.

**BROS (S.)** et **LARROUMET (Ch.)**, *Traité de droit civil, Les obligations, le contrat*, t. 3, 7e éd., Economica, 2014.

**BRUSORIO-AILLAUD (M.)**, *Droit des obligations*, 3e éd., Paradigme, 2011.

**BUFFELAN-LANORE (Y.)** et **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**, *Droit civil, Les obligations*, coll. Sirey, 14e éd. par V. LARRIBAU-TERNEYRE, 2014.

**CABRILLAC (M.)**, **MOULY (Ch.)**, **CABRILLAC (S.)** et **PÉTEL (Ph.)**, *Droit des sûretés*, 9e éd., LexisNexis, Litec, 2010 ; *Droit des obligations*, 11e éd., Dalloz, 2014.

**CANTIN CUMYN (M.)**, *L'administration du bien d'autrui, Traité de droit civil*, Les éditions Yvon Blais Inc., Québec, 2000.

**CAPITANT (H.)**, *De la cause des obligations, Contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3 éd., Dalloz, 1927 ; *Introduction à l'étude du droit*, 3e éd., 1912, Paris, Pedone.

**CAPITANT (H.)**, **TERRÉ (F.)**, **LEQUETTE (Y.)**, **CHÉNEDÉ (F.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 13e éd., DALLOZ, 2015.

**CARBONNIER (J.)**, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, 22e éd., PUF, 2000 ; *Droit civil, La famille, Les incapacités*, t. 2, Presse Universitaire de France, Thémis, 1977 ; *La famille l'enfant, le couple*, 21e éd., Thémis, PUF, 2002.

**CHABAS (F.)**, **MAZEAUD (H.)**, **(J.)**, et **(L.)**, *Leçons de droit civil : Introduction à l'étude du droit*, t. 1, Vol. 1, LGDJ, 12e éd., octobre 2000.

**CHANTEPIE (G.)**, **LATINA (M.)**, *Le nouveau droit des obligation, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018.

**CHATILLON (S.)**, *Le contrat international*, Librairie Vuibert, 4e éd., mars 2011.

**CHÉNEDÉ (F.)**, *Le nouveau droit des obligations et des contrats 2019-2020*, Dalloz, 2018.

**COLLART-DUTILLEUIL (F.), DELEBECQUE (Ph.)**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz Coll. Précis, Droit privé, 11e éd., février 2019.

**CONSTANTIN (A.)**, *Droit des sociétés*, 26 éd., LexisNexis, Litec, 2013.

**COURET (A.), DONDERO (B.)**, *Le bénéficiaire effectif, Pratique des affaires*, JOLY, Lextenso éd., 2018.

**COZIAN (M.)**, *Droit des sociétés.*, Droit des sociétés Litec, 30e éd., 2017.

**DAGOT (M.)**, *L'indivision, la loi du 31 décembre 1976*, Litec, 1978, n° 2.

**DAVID (C.), FOUQUET (O.), RACINE (P-F.), PLAGNET (B.)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 4e éd., Sirey, 2003.

**DE BEZIN (G.)**, *Sur l'acte complexe*, Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1905.

**DEBOISSY (F.), CHADEFAX (M.)**, *Précis de fiscalité des entreprises*, Précis fiscal, 42e éd. LexisNexis, 2018-2019.

**DELEBECQUE (P.), GERMAIN (M.)**, *Traité de droit commercial*, t. 2, 15e éd., 1996, LGDJ, n° 2862.

**DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.)**, *Droit des obligations, Régime général*, 6 éd., Litec, 2012.

**DEMOGUE (R.)**, *Les notions fondamentales du droit privé*, Essai critique, éd. La mémoire du droit, 2001 (Réimpression de l'édition de 1911).

**DESHAYES (O.), GENICON (T.) et LAITHIER (Y-M.)**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2e éd., LexisNexis, 2018.

**DOM (J.-Ph.)**, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, Coll. Pratique des affaires, éd. Joly, 1998.

**DUCROCQ (C.)**, *Droit des obligations, 1 — Contrat et engagement unilatéral*, 3 éd., coll. Thémis, PUF, 2012 ; *La distribution*, 4 éd., Vuibert, 2005.

**EISENMANN (C.)**, *Cours de droit administratif*, Tome II, LGDJ, 1983.

**FAGÈS (B.)**, *Droit des obligations*, 4e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2013.

**FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.)**, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, t. 1, 16 éd., coll. Sirey université, Dalloz, 2014.

**GHESTIN (J.)**, *Cause de l'engagement validité du contrat*, 2006, LGDJ, n° 22 ; *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse, dans la relativité du contrat*, Travaux de l'association CAPITANT H., Journées nationales, Nantes, 1999, éd. LGDJ ; *Traité de droit civil la formation du contrat*, LGDJ, 3e éd., 1993.

**GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.)**, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4e éd., 1994, LGDJ.

- GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.),** *Traité de droit civil, Les Effets du contrat*, 3e éd., LGDJ, 2001.
- GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y-M.),** *La formation du contrat, t. 2 : L'objet et la cause, Les nullités*, LGDJ, 4e éd., 2013.
- GOUTHIERE (B.),** *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre., 11e éd., 2016.
- GUTMANN (D.),** *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 8e éd., 2017.
- LAMARQUE (J.), NEGRIN (O.), AYRAULT (L.),** *Droit fiscal général*, LexisNexis, 4e éd.2016.
- MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.),** *Droit des obligations*, 8e éd., LGDJ, 2016.
- MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.),** *Droit des obligations*, LexisNexis, 15e éd., 2019.
- MARTY (G.), RAYNAUD (P.),** *Les obligations, Les sources*, t. 1, 2e éd., Sirey, 1988, n° 306.
- MAZEAUD (H.), (L.) et (J.) et CHABAS (F.),** *Leçon de droit civil. Obligations. Théorie générale*, t. 2, 1er vol., 9e éd., 1998 MONTCHRESTIEN.
- MAZEAUD (H.),** *La règle morale et la règle de droit, Extrait de son Cours de droit civil*, Licence 1ère année, Les Cours de droit 1954-1955.
- MERLIN (Ph.-A.),** *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 3, 4e éd., Garnery, 1812.
- MICHOUD (L.),** *La théorie de la personnalité morale*, t. 1, n° 19 p. 42 et n° 45, p. 102.
- PLANIOL (M.),** *Traité élémentaire de droit civil*, par G. RIPERT, Tome I, 3e éd., LGDJ, 1928 ; *Traité élémentaire de droit civil*, Tome II, 3e éd., LGDJ, 1905.
- PORCHY-SIMON (S.),** *Droit civil, 2e année, Les obligations*, 9e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2016.
- PUIG (P.),** *Contrats spéciaux*, Dalloz, 7e éd., 2017.
- REGLADE (M.),** *Valeur sociale et concepts juridiques. Norme et technique. Étude de Philosophie du Droit Et de Théorie Générale du Droit*, Recueil SIREY, 1950.
- RENET (Th.), ZENATI-CASTAING (F.),** *Sûretés personnelles*, PUF, coll. Droit fondamental, 2013.
- ROCHFELD (J.),** *Les grandes notions du droit privé*, PUF, coll. Thémis, réimpr. 2017.
- SIMLER (Ph.),** *Cautionnement et garanties autonomes*, 5e éd., Litec, 2015.
- STARCK (B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.),** *Introduction au droit*, 4e éd., 1996, LITEC, n° 1502.
- STORCK (M.),** *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, Tome 172, 1982, n° 162.
- TERRÉ (F.),** *Introduction générale du droit*, 10e éd., Dalloz, coll. Précis, 2015.

**TERRÉ (F.), FENOUILLET (D.), et GOLDIE-GENICON (C.),** *Droit civil, La famille*, 9e éd., Dalloz, 2019.

**TERRÉ (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), et CHÉNEDÉ (F.),** *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., 2019, Dalloz.

**TERRÉ (F.), SIMLER (P.) LEQUETTE (Y.), et CHÉNEDÉ (F.),** *Droit civil, Les obligations*, 12e éd., Dalloz, 2019.

**TERRÉ (F.), SIMLER (P.), et GAUDEMET (S.),** *Droit civil, Les successions. Les libéralités*, 4e éd., Dalloz, coll. Précis, 2014.

**VINCENT (J.), GINCHARD (S.),** *Procédure civile*, Dalloz, coll. Précis, 1981.

### **OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MÉMOIRES, MONOGRAPHIES**

**ALISSE (J.),** *L'obligation de renseignements dans les contrats*, Paris II, 1975.

**ASSI-ESSO (A-M.),** *L'interposition de personne en droit privé français et ivoirien*, Strasbourg, 1987.

**AUDIT (B.),** *La fraude à la loi*, Thèse, Dalloz, 1974.

**AYNES (L.),** *La cession de contrat et les opérations économiques à trois personnes*, Economica, 1984.

**BACACHE (M.),** *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, Paris, 1994.

**BARTIN (E.),** *Des contre-lettres*, Paris, 1885.

**BARUCHEL (N.),** *La personnalité morale en droit privé, éléments pour une théorie*, LGDJ, 2004.

**BÈGUE (G.),** *Confidentialité et prévention de la criminalité financière : étude de droit comparé*, Bruylant, 2017.

**BÉNAC-SCHMIDT (F.),** *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ, 1983.

**BEN HADJ YAHIA (S.),** *La fidélité et le droit*, LGDJ, 2013.

**BONASSIES.,** *Le dol dans la conclusion du contrat*, Lille, 1955.

**BOTREAU-ROUSSEL-BONNETERRE (H.),** *De l'interposition de personnes dans les actes à titre gratuit*, Paris, 1886.

**BOULANGER (J.),** *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, Dalloz, 1933.

**BOURGUIGNON (P.),** *Notion juridique de l'interposition de personne*, Paris, 1906.

**BOUT (R.),** *La gestion d'affaires en droit français contemporain*, Thèse, 1970.

**BOUVERESSE (J.),** *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, Thèse. dactyl. Strasbourg, 2006.

**CABRILLAC (R.),** *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, LGDJ, 1990.

**CHENEDE (F.),** *Les commutations en droit privé : contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Economica, Mai 2008.

**CHIREZ (A.),** *De la confiance en droit contractuelle*, Nice, 1977.

- CHUNG-WU (C.)**, *Apparence et représentation en droit positif français*, LGDJ, Paris, 2000.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.)**, *L'intuitus personae dans les contrats*, Paris II, 1974.
- CUIF (P.-F.)**, *Le contrat de gestion*, Economica, 2004.
- CUTAJAR-RIVIERE (C.)**, *La société-écran*, LGDJ, 1998.
- DAGOT (M.)**, *La simulation en droit privé*, 1967, Bibliothèque de droit privé, LGDJ.
- DAI DO (V.)**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2004.
- DARTIGUELONGUE (J.-P.)**, *Le secret dans les relations juridiques*, Thèse., 1968.
- DEBOISSY (F.)**, *La simulation en droit fiscal*, LGDJ, 1997.
- DELMAS SAINT-HILAIRE (P.)**, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, 2000.
- DEMOGUE (R.)**, *La notion de sujet de droit. Caractères et conséquences.*, Revue générale des pouvoirs juridiques, 1901.
- DESBOIS (H.)**, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Paris, 1927.
- DESGORCES (R.)**, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, Paris II, 1992.
- DIDIER (Ph.)**, *De la représentation en droit privé*, coll. Bibl. droit privé, LGDJ, 2000.
- DISSAUX (N.)**, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, 2007.
- DO (V.) (D.)**, *Le rôle de l'intérêt privé dans le contrat en droit français*, PUAM, 2008.
- DOUVILLE (T.)**, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, dactyl., Caen, 2013.
- DUBIGEON (A.)**, *Le concours de qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans le rapport d'obligation*, Nantes, 2005.
- DUBOIS DE LUZY (A.)**, *L'interposition de personne*, LGDJ, 2010.
- DUCLOS (J.)**, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984.
- DUMONT (M.-P.)**, *L'opération de commission*, Litec, 2000.
- DUPEYROUX (J.-J.)**, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Thèse, éd. 1955.
- DUPICHOT (Ph.)**, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Paris II, 2003.
- DURAND (F.)**, *L'apparence en droit fiscal*, LGDJ, 2009.
- ENGEL-CRÉACH (A.)**, *Les contrats judiciairement formés*, Economica, 2002.
- FABRE-MAGNAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, LGDJ, 1992.
- FADEL-RAAD (N.)**, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ, 1991.
- FAGES (B.)**, *Le comportement du cocontractant*, PUAM, 1997.
- FLATTET (G.)**, *Les contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français*, Sirey, 1950.
- FLOUR (Y.)**, *L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé*, Paris II, 1977.
- GAILLARD (E.)**, *Le pouvoir en droit privé*, ECONOMICA, 1985.



- GALBOIS-LEHALLE (D.)**, *La notion de contrat, esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020.
- GARAUD (É.)**, *La transparence en matière commerciale*, 1995 (non publié).
- GARINOT (J-M.)**, *Le secret des affaires*, Thèse, LexisNexis, 2013.
- GÉNICON (T.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007.
- GILLIARD (F.)**, *Le contrat avec soi-même. Étude de droit comparé et de science juridique pure*, Lausanne, 1946.
- GLASSON.**, *De la simulation*, Paris, 1897.
- GODON (L.)**, *La société par actions simplifiée*, LGDJ, 2014.
- GOUTAL (J.-L.)**, *Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats*, Paris II, 1981.
- GUENZOU (Y.)**, *La notion d'accord en droit privé*, Thèse, éd. LGDJ, 2009.
- HAUSER (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Thèse, LGDJ, 1971.
- JABBOUR (R.)**, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 2016.
- JALUZOT (B.)**, *La bonne foi dans les contrats, Étude comparative de droit français, allemand et japonais*, DALLOZ, 2001.
- JAUBERT (J.)**, *Des effets civils de la bonne foi*, Paris, Pédone, 1899.
- JEULAND (E.)**, *La substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, 1999.
- JUILLET-RÉGIS (H.)**, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse, 2015.
- KELSEN (H.)**, *Aperçu d'une théorie générale de l'état*, 1927.
- KORNPROBST (E.)**, *La notion de bonne foi. Application au droit fiscal français*, coll. Bibliothèque de droit privé, T. CLXV, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.
- L'HOTE (D.)**, *Essai d'une théorie générale de l'interposition de personne. De l'action en nom propre pour le compte d'autrui*, 2002.
- LARROUMET (C.)**, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, Bordeaux, 1968.
- LEDUC (E.)**, *Des avant-contrats*, A. Rousseau, 1909.
- LEFEBVRE (B.)**, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1998.
- LEQUETTE (S.)**, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012.
- LIKILLIMBA (G.-A.)**, *La fidélité en droit privé*, PUAM, 2003.
- MALLET-BRICOURT (B.)**, *La substitution de mandataire*, Panthéon-Assas, 2000.
- MARTIN (G.)**, *La représentation des sociétés commerciales par leurs organes*, Nancy, 1977.
- MARTIN de la MOUTTE (J.)**, *L'acte juridique unilatérale.*, Thèse, 1949.
- MEKKI (M.)**, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004.

**MICHOUD (L.)**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 2 t., LGDJ, 1906-1909.

**MOREL (R.-L.)**, *Du commissionnaire contre-partiste*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1904.

**NIORT (J.-F.)**, *Homo civilis : contribution à l'histoire du Code civil français*, PUAM, 2004.

**PERROT (R.)**, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Thèse Paris, 1947.

**PÉTEL (P.)**, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1998.

**PICOD (Y.)**, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

**PILLET (G.)**, *La substitution de contractant à la formation contrat en droit privé*, LGDJ, 2004.

**PUIG (P.)**, *La qualification du contrat d'entreprise*, LGDJ, 2002.

**RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.

**ROUHETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Paris, 1965.

**ROUJOU DE BOUBÉE (G.)**, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, 1961.

**ROUX (J.-M.)**, *Le rôle créateur de la stipulation pour autrui*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, PUAM, 2001.

**SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008.

**SEUBE (J.-B.)**, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Montpellier, 1999.

**STOFFEL-MUNCK (P.)**, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000.

**STORCK (M.)**, *Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982.

**TEYSSIE (B.)**, *Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975.

**TERRÉ (F.)**, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris 1957.

**THULLIER (B.)**, *L'autorisation. Étude de droit privé*, Thèse, LGDJ, 1995.

**TISSEYRE (S.)**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, PUAM, 2012.

**VALLEUR.**, *L'intuitu personae dans les contrats*, Paris, 1938.

**VALIERGUE (J.)**, *Les conflits d'intérêts en droit privé, contribution à la théorie juridique du pouvoir*, LGDJ, 2019.

**WEILL (A.)**, *La relativité des convention en droit privé français*, Strasbourg, 1938.

**WICKER (G.)**, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997.

### **OUVRAGES COLLECTIFS ET MÉLANGES**

**ANDREU (L.) et MIGNOT (M.) (dir.)**, *Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations*, Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & essais, 2017.

**ASSOCIATION H. CAPITANT (travaux)**, *La représentation dans les actes juridiques*, TAHC 1948, Dalloz, 1949 ; *Études sur le rôle du juge*, TAHC 1949, t. V, Dalloz, 1950 ; *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, TAHC, t. XIV, 1962, Dalloz, 1965 ; *Les modes non formels d'expression de la volonté*, TAHC, t. XX, 1968, Dalloz, 1972 ; *La relativité du contrat*, TAHC, t. IV, 1999, LGDJ, 2000 ; *Le Contrat*, TAHC, t. LV, 2005, Société de législation comparée, 2008.

**AYNÈS (L.)**, *Les clauses de circulation du contrat*, Rapport au colloque d'Aix-en-Provence, mai 1990.

**BÉNABOU (V.-L.)**, **CHAGNY (M.)**, *La confiance en droit privé des contrats*, DALLOZ, 2008.

**BEUDANT (R.)**, **LEREBOURS-PIGEONNIERES (P.)**, *Cours de droit civil français*, t. 6, avec la collaboration de **VOIRIN (P.)**.

**DEROUSSIN (dir.)**, *Le contrat : approches historiques et théoriques*, Cahiers du Centre lyonnais d'histoire du droit, 2004.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**, *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de législation comparée, vol. IV, 2007.

**FONTAINE (M.)**, **GHESTIN (J.) (dir.)**, *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belges*, LGDJ, 1992.

**FRANÇOIS (J.)**, *Les sûretés personnelles*, **LARROUMET (Ch.) (dir.)**, Economica, 2004

**GERARD (Ph.)**, **OST (F.)** et **VAN DE KERVOUCHE (P.)**, *Droit et intérêt*, vol. 3 : droit positif, droit comparé et histoire du droit, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, n° 49, 1990.

**GHESTIN (J.)**, *La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables. Rapport de synthèse*, dans la relativité du contrat, Travaux de l'association CAPITANT H., Journées nationales, Nantes, éd. LGDJ, 1999.

**HUET (J.)**, **DECOCQ (G.)**, **GRIMALDI (C.)**, **LÉCUYER (H.)** et **MOREL-MAROGER (J.)**, **GHESTIN (J.) (dir.)**, *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3e éd., LGDJ, 2012.

**MAZEAUD (D.)**, **SCHULZE (R.)**, et **WICKER (G.) (dir.)**, *La représentation en droit privé, 6e journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2017.

**TERRÉ (F.) (dir.)**, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

### **ARTICLES, ENCYCLOPÉDIES, NOTES et OBSERVATIONS**

**ADAM (P.)**, « Mécanismes de règlement des situations de harcèlement moral », Chapitre 3, Répertoire de droit du travail, Septembre 2014, actualisation Décembre 2017.

**AMAN (K.)**, « Ainsi naquit le registre des bénéficiaires effectifs... », Journal des sociétés n° 155, septembre 2017.

**AMBROISE-CASTÉROT (C.)**, « Action civile », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2017.

**ANCEL (P.)**, « Force obligatoire et contenu obligationnel », RTD civ. 1999, n° 39, p. 771.

**AUBERT (B.) et MASSE (M.)**, « Stupéfiants - Répression pénale », Répertoire de droit international, août 2005, actualisation février 2018.

**AUBERT (J-L.)**, « À propos d'une discussion renouvelée des parties et des tiers », Revue trimestrielle de droit civil, 1993, n° 22.

**AUBERT DE VINCELLES (C.)**, « Porte-fort », Répertoire de droit civil, avril 2017, actualisation avril 2018.

**AUBREE (Y.)**, « Contrat de travail : clauses particulières », Répertoire de droit du travail, janvier 2017 actualisation septembre 2018.

**AUCKENTHALER (F.)**, « Commettants commissionnaires à la vente, détermination du véritable titulaire de la créance envers le tiers contractants », D. 1998, chron. 53.

**AYNÈS (L.)**, « Cession de contrat : nouvelles précisions sur le rôle du cédé », Dalloz 1998. Chronique 25.

**BAHANS (J.-M.)**, « Publicité au RCS des bénéficiaires effectifs », BJS 2017 ; « Déclaration des bénéficiaires effectifs : une formalité pour la legaltech ! », Les Échos Sociétés, 12 octobre 2017.

**BARRET (O.)**, « Promesse de vente - Promesse unilatérale ou « pacte d'option » », Répertoire de droit civil, janvier 2011 actualisation mars 2020 ; « Promesse de vente », Répertoire de droit civil, janvier 2011, actualisation : avril 2018 ; « Vente : formation », Répertoire de droit immobilier, janvier 2007, actualisation janvier 2019 ; « Variations autour du refus de contracter, Mélanges J.-L., Aubert », 2005.

**BARRET (O.), BRUN (Ph.)**, « Vente : formation – Existence du consentement », Répertoire de droit civil, Octobre 2019, actualisation Septembre 2020.

**BAY (E-M.)**, « De la publicité des opérations de crédit-bail mobilier », JCP, éd. CI, 1973. II. 10 869.

**BEHAR-TOUCHAIS (M.)**, « Retour sur la clause de substitution », in Mélanges dédiés à L. BOYER, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996.

**BELFANTI (L.)**, « Magistrat — Le conflit d'intérêts », Répertoire de procédure civile, novembre 2018, actualisation décembre 2019

**BÉNABENT (A.)**, « La théorie de l'apparence se miterait-elle ? », Recueil Dalloz 1999.

**BERGEL (J-L.)**, « Différence de nature (égale) différence de régime », RTD Civ., 1984.

**BERLIOZ (V. P.)**, « Le transfert de propriété », Rev. sociétés 2015, 14.

- BERR (C-J.)**, « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », Répertoire de droit commercial, janvier 2010, actualisation janvier 2017 ; « Douanes - Spécificité des infractions douanières », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, mai 2009, actualisation octobre 2019.
- BERROD (F.)**, « Prix », Répertoire de droit européen, février 2004, actualisation septembre 2018.
- BERTREL (J.-P.)**, « Liberté contractuelle et sociétés », RTD com. 1996. 595.
- BIGOT DE PRÉAMENEU (F.)**, « Commentaire de l'article 1110 devant le corps législatif »,
- FENET (P.-A.)**, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris 1827.
- BLOCH (C.)**, **LE TOURNEAU (Ph.)**, « Chapitre 3314, Contrats relatifs aux transports et aux voyages », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, 2021-2022.
- BOMPOINT (D.)**, « Le bénéficiaire effectif? C'est le fisc ! », Les Échos Executives, 18 décembre 2017, p. 7.
- BONDIL (F.)**, « Presse : Sociétés et entreprises », Entreprises éditrices de publication de presse, Répertoire des sociétés, novembre 2018 : actualisation novembre 2019.
- BOUDOT (M.)**, « Apparence », Répertoire de droit civil, mai 2018, actualisation décembre 2019.
- BOULOC (B.)**, « Abus de biens sociaux. Conditions d'existence du délit », Répertoire des sociétés, juin 2019 ; Intérêt à la fraude en matière douanière, RTD Com. 1997.
- BOUT (R.)**, « La convention dite d'assistance », *in Etude offerte à Pierre KAYSER*, Tome, I, PUAM, 1979.
- BRÉCHON-MOULÈNES (Ch.)**, « Marchés publics », Répertoire de droit international, décembre 1998, actualisation mars 2009.
- BREDIN (J.-D.)**, « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », RTD civ. 1956. 261.
- CAILLÉ (C.)**, « Bénéficiaires de la garantie », Répertoire de droit civil, décembre 2013, actualisation septembre 2018.
- CAMPANA (M-J.)**, **DIZEL (M.)**, **BARRATIN (L-P.)**, **FERNANDEZ (R.)**, « Entreprise en difficulté : conditions d'ouverture », Répertoire de droit commercial, septembre 1996 actualisation février 2019.
- CASEAU-ROCHE (C.)**, « La clause de confidentialité », AJCA 2014. 119.
- CASTAGNÉ (S.)**, « Depuis le 1er août 2017, complétée le document relatif au bénéficiaire effectif ! », Acte pratique et ingénierie sociétair, n° 156, novembre-décembre 2017.
- CHABAS (C.)**, « Résolution. Résiliation. Existence d'un droit à la résiliation du contrat », Répertoire de droit civil, octobre 2010, actualisation novembre 2018.
- CHAMPALAUNE (C.)**, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et de la libre concurrence. Cinq ans de jurisprudence de la chambre commerciale », Rapp. C. Cass. 2001, p. 83.

**CHANTEPIE (G.)**, « Contrat : effets », Répertoire de droit civil, janvier 2018, actualisation janvier 2019.

**CHANTEPIE (G.), LATINA (M.)**, « La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », Dalloz, 2016.

**CHAUVEAU (P.)**, « Des abus de la personnalité morale des sociétés », Rev. gén. Dr. com. 1938, 397.

**CHAUVEL (P.)**, « Dol », Répertoire de droit civil, février 2019.

**COLLART-DUTILLEUL (F.), FRIANT-PERROT (M.)**, « La société », Chapitre 3, Répertoire des sociétés, Mars 2010, actualisation Septembre 2011.

**CORIO LAND (S.)**, « Responsabilité pénale des personnes publiques : infractions non intentionnelles. Personnes publiques concernées », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, février 2020.

**CRUVELIER (E.)**, « Agent immobilier », Répertoire de droit immobilier, janvier 2017.

**CUIF (P-F.)**, « Le conflit d'intérêts. Essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD com., 2005, p. 1.

**CURTET (A.)**, « LCB/FT et registre des bénéficiaires effectifs : compte à rebours pour déclarer », JCP E 2018, 241, et LPA 29 mars 2018, n° 64, p. 5.

**CUTAJAR (Ch.)**, « Identification du bénéficiaire réel, un leurre au sein de la 4e directive blanchiment ? », La semaine juridique, Edition générale, n° 19-20, 11 mai 2015.

**D'AMBRA (D.)**, « Interposition de personne », Répertoire de droit civil, avril 2015, actualisation avril 2015.

**DAIGRE (J-J.)**, « Société fictive », Répertoire des sociétés, octobre 1999, actualisation avril 2018.

**DANIS-FATÔME (A.)**, « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », RDC 2017, 177.

**DANIS-FATÔME (A.)**, « Proposition de modification de l'article 1156 du Code civil : le défaut de pouvoir du représentant », RDC 2017, 177.

**DANTI-JUAN (M.)**, « Discriminations », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, septembre 2014 actualisation septembre 2017.

**DE BEZIN (G.)**, « Sur l'acte complexe », Recueil de l'académie de législation de Toulouse, 1905.

**DE JUGLART (M.)**, « L'obligation de renseignement dans les contrats », RTD civ., 1945., 1 et s.

**DE RAVEL D'ESCLAPON (T.)**, « Substitution ou reprise ? Le transfert d'un acte à la charge d'une société récemment constituée », Revue des sociétés 2019.

**DE TOCQUEVILLE (J-G.), PUEL (S.), BOUJARD (E.)**, « OPCVM - Principaux acteurs des OPCVM », Répertoire des sociétés, juin 2013, actualisation janvier 2015.

**DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)**, « Fraude à la loi », Répertoire de droit international, décembre 1998, actualisation mars 2009.

**DECKON (F-K.)**, « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme de l'OHADA », Revue des sociétés 2013.

**DEKEUWER (A.)**, « Cessation des paiements, détournements d'actif et pouvoirs du juge pénal en matière de banqueroute », JCP, éd. E, 1995. I. 420.

**DELEBECQUE (Ph.)**, « Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilités des membres du groupe », Rev. Proc. coll. 1998 ; « Garanties et contre-garanties », in *Mélanges Ch Gavalda*, Dalloz, 2001

**DELEPIERE (J-C.)**, « Revue de l'Union européenne », Dalloz revue, 2015.

**DELPECH (X.)**, « À la une — Transport aérien — Vers plus de transparence des prix de vente de billets d'avion par internet », Juris Tourisme 2015, n° 172.

**DIDIER (Ph.)**, « L'effet relatif », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, 2003.

**DIENER (P.)**, « Un abus de la personnalité morale, les sociétés en sommeil », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, LITEC, 1978 ; « La société en nom collectif dans tous les associés sont des EURL », JCP, 1992.

**DISSAUX (N.)**, « Art. 1er Existence d'un mandat », Répertoire de droit commercial, juillet 2015, actualisation avril 2017 ; « Commissionnaire. Nature de la commission », Répertoire de droit commercial, septembre 2019 ; « Commissionnaire », Répertoire de droit commercial, novembre 2015 ; « Contrat : formation. Sanctions des conditions », Répertoire de droit civil, avril 2017, actualisation décembre 2019 ; « Contrat : formation », Répertoire de droit civil, avril 2017, actualisation janvier 2019 ; « Courtage », Répertoire de droit commercial, juillet 2015 actualisation avril 2017.

**DONDERO (B.)**, « Le décret n° 2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : les dispositions sur les bénéficiaires effectifs », La semaine juridique : Entreprise et affaires, n° 19, 10 mai 2018, LexisNexis ; « Société en participation », Répertoire de droit des sociétés, avril 2006, actualisation, septembre 2018 ; « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », Dalloz, 2012, p. 1686, n° 16 ; « Le degré d'identification du bénéficiaire effectif : synthèse de l'acquis jurisprudentiel », Étude sociétés et entreprises en difficulté, La semaine juridique, Entreprise et affaires, n° 36, LexisNexis, 3 septembre 2020.

**DURANTON (G.)**, « Crédit-bail mobilier », Répertoire de droit commercial, juin 2000, actualisation janvier 2019.

**DUREAU-HAZERA (C.)**, « Le droit de veto dans les sociétés françaises », RTDF n° 4, 2016.

- ÉRÉSÉO (N.)**, « Les conflits d'intérêts en droit de la distribution », in **VIRASSAMY (G.) (dir.)**, *Les conflits d'intérêts, Colloque du 25 novembre 2011*, PUAM, 2015.
- FABRE (A.)**, « Le contrat de travail », *Revue de droit du travail*, 2007.
- FAGES (B.)**, « Le contractant masqué par une interposition de personne », *RTD civ.* 2008. 674. **Fasc.** « Le monde caché des bénéficiaires effectifs », LexisNexis, 2017.
- FERNOUX (P.)**, « Gestion fiscale du patrimoine 2020 », Groupe Rev. Fiduciaire, Coll. Pratiques d'experts, 25e éd., Mars 2020.
- FIEVET (R.)**, « Transparence. Bénéficiaire effectif. Liste des personnes à désigner », *Juris associations*, 2018, n° 579.
- FLOUR (Y.)**, **DONZEL-TABOUCOU(C.)**, **GRIMALDI (M.)**, *Chapitre 312 — Règles de fond des donations : partie au contrat*, Dalloz action, Dalloz patrimoniale de la famille, 2018-2019.
- FOUGÈRES (M.)**, « Infractions relatives au fonctionnement de la société à l'occasion de l'établissement des comptes annuels », *J.-Cl. sociétés*, fasc. 90, n° 3.
- FRANÇOIS (J.)**, « L'acte accompli par le mandataire en dehors de ses pouvoirs et le mécanisme du contrat de mandat », *Dalloz* 2018. 1215.
- FRISON-ROCHE (M-A.)**, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995. 573 s.
- GALLMEISTER (I.)**, « État et capacité des personnes », *Répertoire de droit civil*, juin 2016, actualisation juillet 2018.
- GARINOT (J-M.)**, « La protection pénale du secret des affaires : quelles perspectives ? », *AJ Pénal*, 2017, 378.
- GENICON (T.)**, « Mandat et représentation », in **RÉMY (B.) (dir.)**, *Le mandat en question*, Bruylant, 2013.
- GERVAIS (A.)**, « Quelques réflexions à propos de la distinction des « droits » et « intérêts » », *Mélanges P. Roubier*, t. 1, Dalloz, 1961.
- GHESTIN (J.)**, « Introduction, L'échange de consentements », colloque de Deauville, *RJ com*, 1995 ; « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G.*, 1992, I, 628, n° 2 ; « Nouvelle propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD Civ.*, 1994 ; « Introduction (Rapport français) », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers comparaison franco-belges*, **FONTAINE (M.)**, et **GHESTIN (J.)**, LGDJ, 1992 ; « Introduction, L'échange de consentements », colloque de Deauville, *RJ com*, 1995 ; « Avant-propos », in **JAMIN (C.)**, et **MAZEAUD (D.)**, *La nouvelle crise du contrat*, Dalloz, 2003.
- GHESTIN (J.)**, **SERINET (Y-M.)**, « Erreur - Erreur et bonne foi des contractants », *Répertoire de droit civil*, juillet 2017, actualisation mai 2018.



- GIBIRILA (D.)**, « Délégation de pouvoirs », Répertoire de droit des sociétés, décembre 2017, actualisation septembre 2018.
- GILLES (A.-M.)**, « Quelques observations sur la mauvaise foi en droit privé », LPA, juillet 2003, n° 135.
- GINCHARD (S.) et BANDRAC (M.)**, « Chapitre 103 - Vérification de la capacité d'ester en justice », Dalloz action Droit et pratique de la procédure civile, 2017-2018.
- GOFFAUX-CALLEBAUT (G.)**, « Part sociale », Répertoire des sociétés, septembre 2004 actualisation octobre 2018.
- GOLDSZLAGIER (J.)**, « It's the economy, Stupid ! », AJ Pénal, 2019.
- GOLESTANIAN (M.)**, « Les contours de l'autorisation préalable du conseil d'administration dans le cadre de l'article 101 de la loi du 24 juillet 1966 (Art. L. 225-38 du Code de commerce) », Bull. JOLY Sociétés 2000, p. 1017.
- GRELON (B.)**, « L'erreur dans les libéralités », RTD civ., 1981.
- GRIMALDI (C.)**, « Les limites à la libre détermination du contenu du contrat dans le nouveau droit des contrats », LPA 2016, n° 215 ;
- GRIMALDI (M.)**, « Le contrat et les tiers », *Mélanges Ph. Jeztaz*, 2006.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.)**, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif », Revue trimestrielle de droit civil, 1994.
- GUERCHOUN (F.)**, « Absence », Répertoire de procédure civile, mai 2009.
- GUIOMARD (P.)**, « Rappel : la gestion d'affaires doit être spontanée », 6 novembre 2009
- HAMMJE (P.)**, « Divorce et séparation de corps. La loi applicable au divorce », Répertoire de droit international, novembre 2018.
- HÉRAIL (J.)**, « Legs », Répertoire de droit civil, avril 2008, actualisation juin 2018.
- HERGOZ-EVANS (M.)**, « Titre 71 — L'énoncé des sanctions », Dalloz action, Droit de l'exécution des peines, 2016.
- HOUIN (R.)**, « Les incapacités », RTD Civil, 1947.
- HOUTCIEFF (D.)**, « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », JCP G, 2009, n° 47, 463, n° 2.
- HYDE (A.-A.), VERGES (E.)**, « Chapitre 213, Clauses relatives à l'intuitu personae », Hors collection Contrats sur la recherche et l'innovation, 2018 - 2019.
- IZORCHE (M.-L.)**, « À propos du « mandat sans représentation » », Chron. Dalloz, 1999.
- JACQUES (Ph.)**, « Regards sur l'article 1135 du code civil », préf. Chabas F., Dalloz, spéc., n° 167, 2005.
- JACQUET (J.-M.)**, « Contrats, Intervention de mécanismes généraux du droit international privé », Répertoire de droit international, décembre 1998, actualisation octobre 2015.

**JAMIN (C.)**, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », Dalloz, 2002. chron. 901.

**JEULAND (E.)**, « Cession de contrat », Répertoire de droit civil, juin 2010, actualisation mai 2018 ; « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », Dalloz 1998, chr., p. 356.

**JOSSERAND (L.)**, « Le mensonge, la simulation et la distinction en tant que facteurs de droit », *in Evolution et actualités*, Conférence de droit civil, Sirey, 1936.

**JOURDAIN (P.)**, « Préjudice d'angoisse ou perte d'une chance de vie ? Deux nouveaux arrêts sur la douleur morale ressentie par le blessé dont la mort est imminente », RTD Civ. 2013.

**KIMINOU (R.)**, « Les conflits d'intérêts en droit commercial », *in VIRASSAMY (G.) (dir.)*, *Les conflits d'intérêts, Colloque du 25 novembre 2011*, PUAM, 2015.

**LAMIDON (P.) et LEMOIGNE (J.-D.)**, « Les nouvelles obligations relatives aux bénéficiaires effectifs : conseils pratiques », RLDA, n° 135, mars 2018, p. 46.

**LANDRY (D.)**, « L'avocat et le conflit d'intérêts », JCP G 2011, p. 605 ; « Les conflits d'intérêts dans les opérations de marchés », Bull. Joly Bourse, n° spécial, 1er décembre 2008.

**LAPOUSTERIE (J.)**, « Les secrets d'affaires à l'épreuve de l'harmonisation européenne », Recueil Dalloz 2014, p. 682.

**LARDEUX (G.)**, « Preuve : règles de preuve. Les règles techniques », Répertoire de droit civil, octobre 2018, actualisation juin 2019.

**LARROUMET (C.)**, **MONDOLONI (D.)**, « Stipulation pour autrui », Répertoire de droit civil, février 2017.

**LASSERRE CAPDEVILLE (J.)**, « Le délit de violation du secret de fabrique », AJ Pénal 2011, p. 459 ; « L'identification du bénéficiaire effectif en droit des sociétés », Rev. Sociétés, 2018.

**LATINA (M.)**, « Contrat : généralités. Principes directeurs du droit des contrats », Répertoire de droit civil, mai 2017, actualisation janvier 2019.

**LE BARS (B.)**, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Détermination des dirigeants responsables », Répertoire des sociétés, avril 2004, actualisation janvier 2020.

**LE BARS (B.)**, **RODRIGUEZ (K.)**, « Association d'actionnaires et de défense des investisseurs. Domaines d'exercice effectif de l'action associative contentieuse », Répertoire des sociétés, janvier 2019.

**LE GUIDEC (R.)**, **CHABOT (G.)**, « Succession : transmission », Répertoire de droit civil, septembre 2011, actualisation octobre 2018.

**LE NABASQUE (H.)**, « Retour sur la notion de bénéficiaires effectifs », BJS, 2018.

**LE TOURNEAU (Ph.)**, « § 2 — Mandat et représentation : principe », Répertoire de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 ; « A — Effets entre le gérant et le maître de l'affaire »,

Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 ; « Caractères du mandat », Répertoire de droit civil, juillet 2017, actualisation mai 2018 ; « Chapitre 3321 — Régime général du contrat de mandat », Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats, 2018-2019 ; « Gestion d'affaires », Répertoire de droit civil, janvier 2018, actualisation juin 2019 ; « Mandat », Répertoire de droit civil, juillet 2017, actualisation décembre 2019 ; « Bonne foi », Répertoire civil Dalloz, 1995, n° 5.

**LE TOURNEAU (Ph.), POUMAEDE (M.)**, « Bonne foi. La bonne foi dans l'exécution du contrat », Répertoire de droit civil, janvier 2017, actualisation avril 2019.

**LEBEL (C.)**, « Commerçant. Statut juridique du commerçant », Répertoire de droit commercial, février 2019, actualisation décembre 2019.

**LECLERC (F.)**, « Les conflits d'intérêts en droit civil », in **VIRASSAMY (G.) (dir.)**, *Les conflits d'intérêts, Colloque du 25 novembre 2011*, PUAM, 2015.

**LECOURT (A.)**, « Bénéficiaires effectifs : premières précisions importantes... et louables », RTD Com, 2018 ; « Groupe de sociétés. Modes de constitution du groupe de sociétés », Répertoire des sociétés, mars 2015, actualisation novembre 2019 ; « Vers des obligations de transparence fiscale pour les grandes sociétés », Revue des sociétés 2016.

**LECUYER (H.)**, « Redéfinir la force obligatoire du contrat », LPA, 6 mai 1998, p. 44 ; « Le contrats, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRÉ*, 1999.

**LEDUC (F.)**, « Réflexions sur la convention de prête-nom contribution à l'étude de la représentation imparfaite », RTD Civ., 1999.

**LEGEAIS (D.)**, « A — Définition, Répertoire de droit immobilier », janvier 2016, actualisation octobre 2018.

**LELOUP (V. J.-M.)**, « Agent commercial », Répertoire de droit commercial, Dalloz, 2003.

**LEMASSON (A.-T.)**, « Justice internationale pénale. Action dans le procès international pénal », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2014.

**LEMASSON (A.-T.), TRUCHE (P.), BOURETZ (P.)**, « Justice internationale pénale : crimes », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2019.

**LEQUETTE (Y.)**, « Responsabilité civile versus vice du consentement, Au-delà des codes », *Mélanges PAYET M-S.*, DALLOZ, 2011.

**LÉVY (J. Ph.)**, « Le consensualisme et les contrats, des origines au Code civil », Rev. Sc. morales et politiques, 1995. 209.

**LIBCHABER (R.)**, « Réflexion sur les effets du contrat », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005.

**LIBCHABER (R.), LEQUETTE (S.)**, « Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat », RTD civ. 2012. 588.

**LIBERT-CHAMPAGNE (M-A.)**, « Conclusions sur CE, 7e, 8e et 9e sous-section », 21 juillet 1989, req. 59910, Bendjador et req. 58871, Lalande.

**MANDELKERN (D.)**, « Conclusion sur CE », 7e et 8e sous-section., 20 février 1974, req. 83270 LEMARCHAND.

**MARAIN (G.)**, « Le transfert de propriété après la réforme du 10 février 2016 », AJCA 2016, 526.

**MARCHESSOU (Ph.)**, « Impôts directs. Œuvre normative », Répertoire de droit européen, mai 2018, actualisation mai 2019.

**MARTIN (D.)**, « La loyauté dans l'exécution du con contrat, in loyauté et impartialité en droit des affaires », 37e colloque de l'association Droit et Commerce, Gaz. Pal., 24 mai 2012, n° 145, p. 67.

**MARTIN (D.-R.)**, « La stipulation de contrat pour autrui », Dalloz 1994, chr., 145.

**MASCALA (C.)**, « Abus de confiance », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juillet 2016, actualisation octobre 2019 ; « Escroquerie », Répertoire de droit pénal et de procédure pénal, avril 2016 actualisation avril 2018.

**MASSART (T.)**, « Contrat de société », Répertoire des sociétés, avril 2006 actualisation août 2018.

**MATHEY (N.)**, « Représentation », Répertoire de droit civil, juillet 2017, actualisation mai 2018.

**MATHIEU-IZORCHE (M.-L.)**, « Une troisième personne bien singulière ou « 2 + 1 = tout autre chose » », RTD civ. 2003, 51.

**MATHON (C.)**, « La protection du secret des affaires : enjeux et propositions, rapport du groupe de travail présidé par C. Mathon », avocat général à la Cour de cassation, 2009.

**MAUSS (M.)**, « Essai sur le don », in *Sociologie et anthropologie*, 1960.

**MAYAUD (Y.)**, « Dénonciation calomnieuse. Répression », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, avril 2016, actualisation avril 2019 ; « Terrorisme. Prévention. Surveillance des circuits financiers », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2020 ; « Violences involontaires : théorie générale, Antisocialité des violences », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2006, actualisation mai 2019.

**MAZEAUD (D.)**, « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », RTD civ, 2018 ; Le contrat et les tiers : nouvelle leçon, nouvelle présentation, Mélanges F. Chabas, 2011. ; « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?, in *L'avenir du droit : mélanges en hommages à François TERRÉ* », Dalloz, 1999 ; « La confiance légitime et l'estoppel », in **Fauvarque-Cosson (B.)**, *La confiance légitime et l'estoppel, Société de législation comparée*, vol. 4, 2007.

**MAZEAU (D.)**, **LATINA (M.)**, « Lésion », Répertoire de droit civil, avril 2018.

**MEKKI (M.)**, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance », D. 2015. 816, n° 33 ; « La clause de substitution dans les promesses de vente : une cession de contrat, what else ? », BRDA 20/18, p. 19.

- MESTRE (J.)**, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civ., 1986, p. 101 et s ; « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », RLDC, mars 2009, n° 58, p. 9.
- MESTRE (J.), FAGES (B.)**, « Facile action en déclaration de simulation », RTD civ., 2004 ; L'exigence de bonne foi étendue à la clause de mobilité », RTD civ, 2000.
- MODERNE (V. F.)**, « La liberté contractuelle est-elle vraiment et pleinement constitutionnelle ? », RFDA 2006.
- MOLFESSIS (N.)**, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », *in Le renouvellement des sources des obligations*, LGDJ, 1997.
- MONTAS (A.), DECOLLAND (J.)**, « Navigation maritime-Sûreté maritime », janvier 2014, actualisation janvier 2018.
- MORET-BAILLY (J.)**, « Définir les conflits d'intérêts », Dalloz, 2011, Chron., p. 1100.
- MORTIER (R.), BOL (S.)**, « Le registre des bénéficiaires effectifs », La semaine juridique édition générale 18 décembre 2017, Hebdomadaire N° 51.
- MORVAN (P.)**, « Travailleur : régime », Répertoire de droit européen, décembre 2000, actualisation janvier 2018.
- MOUSSU (V.)**, « Le registre des bénéficiaires effectifs », Revue internationale de la compliances et de l'Éthique des Affaires n° 3, octobre 2017, p. 40.
- NAJJAR (I.)**, « Libéralités : détermination et capacité des parties », Répertoire de droit civil, juin 2011, actualisation avril 2018.
- NERAC (Ph.)**, « La répression de l'infraction générale blanchiment », AJ Pénal 2006.
- NOTTE (G.)**, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », JCP, éd. Cl, 1980. I. 8560.
- OPHÈLE (C.)**, « Cession de créance », Répertoire de droit civil, août 2018 ; Simulation, Répertoire de droit civil, juin 2012, actualisation avril 2016.
- PELLET (S.)**, « La formation du contrat », AJ contrat 2018.
- PEREIRA (B.)**, « Responsabilité pénale. Existence de la responsabilité pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2017, actualisation mars 2020 ; « Responsabilité pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, juin 2017, actualisation novembre 2018.
- PÉRÈS (V. C.)**, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie » : D. 2009, chron. p. 381.
- PFISTER (L.)**, « Un contrat en quête d'identité. Jalons pour une histoire de la qualification du mandat », *in DISSAUX (N.) (dir.), Le mandat. Un contrat en crise ?*, Economica, 2011.
- PICOD (Y.)**, « Nullité », Répertoire de droit civil, juillet 2019.
- PIETTE (G.)**, « Cautionnement », Rép. civ. Dalloz, 2016, n° 28.

**PILLET (G.)**, « Pacte de préférence », Répertoire de droit civil, octobre 2016, actualisation janvier 2019 ; « Prémption et retraits. D'origine conventionnelle », Répertoire de droit immobilier, mars 2010, actualisation février 2019.

**PIQUET (S.)**, « L'indivisibilité des contrats », Recueil Dalloz 1996.

**PONTIER (J.-M.)**, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », Dalloz 1998, chron. 327.

**PORACCHIA (D.)**, « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 10 décembre 2016 », BJS 2017, p. 67.

**POTHIER (R.-J.)**, « Traité du contrat de société », in *Traité du contrat de société*, in **BUGNET (M.)**, Œuvres de POTHIER annotées et mise en corrélation avec le Code civil. Et la législation actuelle, Tome IV, VIDECOQ, 1847.

**PRÉVOST (S.)**, « Requalification en contrat de travail du mandat d'un gérant d'une EURL », Revue des sociétés, 2014.

**QUIROGA-GALDO (J.)**, « Le registre des bénéficiaires effectifs : de nouvelles obligations LAB/FT à respecter pour 99 % des sociétés ! », LPA n° 245, 8 décembre 2017, p. 7.

**REBUT (D.)**, « Le secret des affaires, in Le secret à l'ère de la transparence », JCP 2012., p. 20 ; « Abus de biens sociaux. Éléments constitutifs », janvier 2018, actualisation avril 2018 ; « Abus de biens sociaux. Répression », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, janvier 2010, actualisation avril 2018 ; « L'abus de biens sociaux par abstention », Dalloz 2005, Chron. 1290.

**REDON (M.)**, « Mesures d'instruction confiées à un technicien. Expertise », Répertoire de droit immobilier, octobre 2017, actualisation décembre 2019.

**RIEG (A.)**, « Jurisclasseur de Droit Civil, art. 1134 et 1135 », Fasc. 11, 1989, n° 86.

**RIOU (M.)**, « L'acte de dévouement », RTD. Civ. 1957.

**RIVES-LANGE (J.-L.)**, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire des biens », D. 1975, chron. 41.

**ROCHFELD (J.)**, « Cause. Notion de cause », Répertoire de droit civil, septembre 2012, actualisation juin 2016.

**ROHMERT (A.)**, **BRUNEL (E.)**, « Parution du décret d'application relatif à la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs : des clarifications bienvenues », Option Finance n° 1433, 16 octobre 2017, p. 50.

**ROSKIS (D.)**, « Parrainage publicitaire, Notion de parrainage publicitaire », Répertoire de droit commercial, février 2004, actualisation Mars 2009.

**ROUAST-BERTIER (P.)**, « Société fictive et simulation », Rev. sociétés, 1993.

**ROUAUD (A.-C.)**, « Les limitations statutaires au pouvoir d'agir en justice du représentant légal de société », Revue des sociétés, 2014.

**ROUQUET (Y.)**, « Violation d'un pacte de préférence et substitution d'acquéreur », Dalloz actualités, 5 mars 2007.

**ROUSSEAU (Y.)**, « Agences d'emploi », Répertoire de droit du travail, janvier 2012, actualisation octobre 2018.

**ROUTIER (R.)**, « Directeur général -Président directeur général », juin 2002, actualisation novembre 2018.

**SAINTOURENS (B.)**, « Société civile. Organisation et fonctionnement », Répertoire des sociétés, mars 2012, actualisation mars 2020 ; « Société civile », Répertoire de droit civil, mars 2012 actualisation janvier 2019.

**SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**, « Action paulienne », Répertoire de droit civil, novembre 2016, actualisation, octobre 2018 ; « Article 1178 à 1187 : l'absence de l'inopposabilité aux côtés de la nullité et de la caducité », RDC 2015, n° 112.

**SAVATIER (R.)**, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », RTD civ. 1934. 525.

**SCHMIDT (D.)**, « De l'intérêt commun des associés », JCP E 1994.

**SCHÜTZ (R-N.)**, « Inaliénabilité », Répertoire de droit civil, juin 2014, actualisation juin 2016.

**SÉNERS (F.)**, « Préjudice réparable », Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, octobre 2011, actualisation : août 2018.

**SERLOOTEN (P.)**, « Groupe de sociétés : régime fiscal », Répertoire des sociétés, mars 2011 ; Rémunération des dirigeants sociaux : régime fiscal, Répertoire des sociétés, janvier 2017.

**SIMLER (Ph.)**, « Les solutions de substitution au cautionnement », JCP 1990. II. 2427 ; « Codifier ou rectifier le droit des sûretés personnelles ?, Livre du Bicentenaire du Code civil », Dalloz, 2004 ; « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement, Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », Dr. et proc. 2006. 41.

**SIMONART (V.)**, « Conclusion générales », in **EKELMANS (G.)**, *Les conflits d'intérêts*, Les conférences du centre de droit privé, vol. VII, Bruylant, 1997, p. 297.

**STORCK (M.)**, « Revendication par un époux séparé de biens de la propriété d'un immeuble acquis sous le nom de son conjoint », D, 1990, 141 ; « Sociétés de gestion de portefeuille et conflits d'intérêts », Bull. Joly, BOURSE, décembre 2008, n° spéc., p. 591.

**SYNVET (H.)**, **TENENBAUM (A.)**, « Instruments financiers, Opérations sur instruments financiers », Répertoire de droit international, janvier 2009.

**TALLON (D.)**, « Retrait et présomption : contribution à l'étude des retraits », RTD civ., 1950, n° 2, 6 et 8, p. 209, 211 et 213.

**TERRE (F.)**, et **FENOUILLET (D.)**, « Droit civil. Les personnes. Personnalité - Incapacité Protection », 8e éd., Précis Dalloz, 2012, n° 310.

**TESTU (F-X.)**, « Chapitre 101 – Effets relatifs du contrat », Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010 ; « Chapitre 102, Transmission du contrat », Dalloz référence Contrats d'affaires, 2010 ; « Chapitre 36 - Contre-lettres et siide-letters », Dalloz référence, Contrats d'affaires, 2010.

**THÉRIS (C.) et VERRON (M. M.)**, « Réflexions sur la mise en place du registre des bénéficiaires effectifs pour des praticiens en droit des sociétés », *Option Finance* n° 1423, 17 juillet 2017, p. 47.

**THÉRON (J.)**, « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.* 2014. 231.

**THEVENET (B.)**, « Fraude fiscale : délit général, Mise en œuvre des poursuites », *Rép. de droit pénal et de procédure pénale*, mai 2019, actualisation septembre 2020.

**THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)**, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997. 357, spéc. n° 1.

**TILLET (E.)**, « Histoire des doctrines pénales, Doctrines pénales de l'Antiquité à la Révolution », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, juin 2002, actualisation octobre 2010.

**TOCQUEVILLE (J-G.), PUEL (S.), et BOUJARD (E.)**, « OPCVM - Commercialisation des OPCVM », *Répertoire de droit des sociétés*, juin 2013, actualisation janvier 2015.

**VASSEUR (M.)**, « Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres. Contribution à la théorie générale », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1949, n° 8.

**VIRASSAMY (G.)**, « La prévention des conflits d'intérêts », *in VIRASSAMY (G.) (dir.), Les conflits d'intérêts, Colloque du 25 novembre 2011*, PUAM, 2015.

**VIVANT (M.), BRUGUIÈRE (J.-M.)**, « Chapitre 2 - La gestion collective », *Précis Droit d'auteur et droits voisins*, 2019.

**VOINOT (D.)**, « Agents d'affaires », *Répertoire de droit commercial*, octobre 2002, actualisation août 2018.

**WICKER (G.)**, « Force obligatoire et contenu du contrat », *in REMY-CORLAY (P.) et LASZLO-FENOUILLET (D.) (dir.), Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003 ; « Le droit commun de la représentation dans le code civil », *Recueil Dalloz* 2016.

**WICKER (G.) et PAGNUCCO (J-C.)**, « Personne morale », *Répertoire de droit civil*, septembre 2016, actualisation mai 2018.

**YILDIRIM (G.)**, « Chapitre 2 - Gestion des patrimoines », *Répertoire de droit civil*, mars 2012, actualisation février 2017.

**ZABALA (B.) et ROHMERT (A.)**, « Loi Sapin II : nouvelles obligations d'identification et de déclaration des bénéficiaires effectifs dans les groupes de sociétés », *Le lettre d'Option Droit et Affaires*, n° 327, 26 octobre 2016, p. 8.

**ZENATI (F.)**, « Usufruit des droits sociaux. Exercice de l'usufruit des droits sociaux », *Répertoire des sociétés*, janvier 2003, actualisation septembre 2019.



ZOUARI (M.), « Document relatif au bénéficiaire effectif des sociétés non cotées », Dictionnaire permanent Droit des affaires, 18 octobre 2017.

## **TABLE DES DÉCISIONS CITÉES**

### *A. Jurisprudence civile*

#### *– Jugements des tribunaux*

Toulouse, 10 mai 1856, DP 1856. 2. 190  
T. com. Seine, 3 janvier 1900, S. 1902. 2. 217, note PERREAU.  
TI Valence, 14 décembre 1960, Dalloz, 1961. 619, note GORE.  
TGI Seine, 26 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, n° 2.  
Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974 : Dalloz 1975 : affaire WILLOT.  
TGI Créteil, 15 janvier 1985, Dalloz 1985, obs. VASSEUR.  
TI Paris, 2 mai 1985, Gaz. Pal. 1985. 2. Somm. 234.  
T. com. Paris, 2 mai 1989, JCP 1990. II. 21575, note Marteau-Petit.  
Saint-Denis de La Réunion, 16 juin 2015, n° 15/469.

#### *– Arrêts des Cours d'appel*

CA Paris, 17 mars 1978, Banque 1978. 656, note MARTIN L.  
CA Paris, 19 févr. 1979, Rev. sociétés 1980.283, note Randoux.  
CA Paris, 26 février 1981, Gaz. Pal. 1981. 2. 669, note A.P.S.  
CA Paris, 26 janvier 1986, RTD com. 1986.  
CA Paris, 19 mars 1990, Dalloz 1990, IR 93.  
CA Paris, 15 févr. 1994, D. 1994, IR 80 ; 13 sept. 1994, D. 1994, IR 238.  
CA Versailles, 23 janvier 1998, n° 1995-9736.  
CA Paris, 9 avr. 2004, JCP 2004, Actualité 803.  
CA Douai, 2e ch., 9 février 2006, n° 05/00961.

#### *– Arrêts de la Cour de cassation*

##### *Chambre civile*

Cass. civ., 10 avr. 1847, DP 1847. 1. 270.  
Cass. civ., 31 janvier 1866, DP 1866.I.69.  
Cass. civ., 25 mai 1870.  
Cass. civ., 1re, 2 février 1972, Bull. civ. I, n° 37.  
Cass. civ., 15 avril 1872, DP 73. 1. 176.

- Cass. civ., 7 février 1877, DP 77. 1. 393.
- Cass. civ. 1<sup>ère</sup>., 25 mai 1982, *ibid.* 1983.333, obs. Randoux.
- Cass. civ., 30 janvier 1883, S. 1883. 1. 193, note LABBE.
- Cass. civ., 14 avr. 1886, DP 1886. 1. 220.
- Cass. civ., 7 mars 1893, DP 94. 1. 77, S. 94. 1. 161.
- Cass. civ., 4 janvier 1934, 1934 DH. 97, S. 1936. 1. 137, note H. Vialleton.
- Cass. civ., 8 mars 1949, JCP 1949. II. 4973.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 13 janvier 1953, Bull. civ. I, n° 15, p. 12.
- Cass. civ. 3e, 15 janvier 1954, JCP 1974. IV. 73.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 9 mai 1955, Dalloz 1955. 467.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 16 novembre 1955, JCP 1956. II. 9087, note Esmein.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 26 novembre 1958 : Bull. civ. I, n° 525.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 21 juill. 1959, Bull. civ. I, no 373.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>., 21 décembre 1960, Bull. civ., n° 558.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 15 février 1961, Bull. civ. I, n° 104.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 2 mai 1961 : Dalloz 1961. 454 ; JCP 1961. II. 12 332, note J. A.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 30 oct. 1961, Bull. civ. I, no 491.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 7 octobre 1964, Bull. civ. I, n° 433, p. 335, RTD civ. 1965. 808, obs. J. Chevallier.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 22 janvier 1968 : Dalloz 1968. 382.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>., 2 juin 1970, Bull. civ. I, n° 186, p. 150.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 2 février 1971, D. 1971. 590, note Ghestin ; JCP 1971. II. 16926 ; RTD civ. 1971. 681, obs. R. Savatier.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 22 janvier 1975 : JCP 1976, II, 18401, 2e esp. Et note Ph. Simler.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>., 22 octobre 1975, Bull. civ. I, n° 291.
- Cass. civ. 1<sup>re</sup>., 29 janvier 1976, DEFRENOIS 1976. 727, note Breton.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 24 octobre 1977, Bull. civ. I, n° 379.
- Cass. civ., 3e., 3 mai 1978, Bull. civ. III, n° 186.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>., 14 novembre 1978, JCP 1980. 11.19379, note R. BOUT.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 21 novembre 1978, Bull. I, n° 356, p. 276, JCP 1980, II, 19315, note critique P. RODIERE.
- Cass. civ., 3e., 7 mars 1979, JCP 1979. IV.
- Cass. civ., 1<sup>ère</sup>., 11 juillet 1979 : Bull. civ. I, n° 209.
- Cass. civ., 3e., 15 avril 1980, Bull. civ., III, n° 73, p. 53, Dalloz 1981. IR 314, obs. Ghestin, Defrénois 1981. 853 note J.-L., Aubert, RTD civ. 1981. 155, obs. F. Chabas.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>., 29 mai 1980, D, 1981. 273, note Najjar.

- Cass. civ., 3e, 3 février 1981, Dalloz, 1984. 457, note Ghestin J.
- Cass. civ. 1re, 12 mars 1985, Bull. civ. I, n° 89, p. 82.
- Cass. civ., 1re., 8 décembre 1987, Bull. I, n° 343, p. 343, RTD civ., 1988, p. 532, obs. MESTRE.
- Cass. civ., 1ère, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note A. Sinay-Cytermann.
- Cass. civ., 3e., 27 avril 1988, Bull. I, n° 82, p. 48.
- Cass. civ., 1re., 20 décembre 1988 : Bull. civ. 1988, I, n°369, p. 249.
- Cass. civ., 1re., 20 mars 1990, n° 88-16. 454.
- Cass. civ., 2e, 16 mai 1990, Bull. civ. II, n° 98, p. 51.
- Cass. civ., 1ère, 6 juin 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 593, note P. COURBE.
- Cass. civ., 1re., 12 juin 1990, n° 88-14.297.
- Cass. civ. 1re, 28 mai 1991, Bull. civ. I, n° 167, p. 110, RTD civ. 1992. 96, obs. Mestre.
- Cass. civ. 1re, 10 juin 1992, D. 1992. 493, note J-L. Aubert, JCP 1993. II. 22142, note J. Maury, RTD civ. 1994. 99, obs. J. Mestre.
- Cass. civ., 3., 8 juillet 1992, n° 90-12.452, JCP 1993. II. 21982.
- Cass. civ. 1re., 27 octobre 1993, Bull. civ., I, n° 300.
- Cass. civ., 1re., 17 novembre 1993, Bull. civ. I, n° 329, p. 228, Defrénois 1991. 791, obs. Delebecque.
- Cass. civ., 3e., 9 février 1994, n° 91-21.907.
- Cass. civ., 1re., 31 janvier 1995, Époux Bourdon, Bull. civ. I, n° 57.
- Cass. civ., 1re., 11 avril 1995, n° 91-21.137.
- Cass. civ., 3e., 22 novembre 1995, Dalloz, 1996, p. 604.
- Cass. civ., 1re., 19 décembre 1995, n° 93-10.582 P : CCC 1996, n° 57, note LEVENEUR.
- Cass. civ. 1re, 11 juin 1996, Bull. civ. I, n° 173, JCP G 1996. IV. 1775, RTD civ. 1997. 425 obs. Mestre.
- Cass. civ., 1ère, 13 novembre 1997, Bull. civ., I, n° 302, obs. DELEBECQUE.
- Cass. civ., 1re., 2 décembre 1997, Bull. civ., I, n° 334.
- Cass. civ., 3e, 20 janvier 1999, Bull. civ., III, n° 17.
- Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n° 97-18.737 , D. 2000. 574, note B. Beignier.
- Cass. civ., 18 avril 2000 Bull. civ. I, n° 113, p. 76, DEFRENOIS 2000. 1384, obs. DELEBECQUE.
- Cass. civ., 1re., 24 octobre 2000, n° 98-17. 341.
- Cass. civ., 3e., 15 novembre 2000, JCP 2002, II, 10054 et note LIÈVREMONT.
- Cass. civ., 1re., 28 novembre 2000, JCP 2001. II. 10645, note T. Azzi, Defrénois 2001. 237, note Libchaden, Dalloz 2001. Somm. 1139, obs. Delebecque, RTD civ. 2001. 134, obs. Mestre et Fages.
- Cass. civ., 3e, 21 mars 2001, CCC 2001, n° 101, note Leveneur.
- Cass. civ., 3e, 4 juin 2003, n° 02-12.275.
- Cass. civ., 1ère, 24 septembre 2004, Bull. civ., I, n° 218.

Cass. civ., 3e., 14 septembre 2005, n° 04-10.856, Bull. civ. III, n° 166.

Cass. civ., 1re., 2 novembre 2005, n° 02-14.614.

Cass. civ., 1re., du 2 novembre 2005, 02-14.614.

Cass. civ., 1re., 12 juill. 2007, no 06-17.979.

Cass. civ., 1re., 19 septembre 2007, n° 06-14.550, RTD civ. 2007. 772, obs. FAGES.

Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 30 oct. 2007, n° 05-16.789, RTD civ. 2008. 676, obs. B. Fages.

Cass. civ., 1re., 5 juin 2008, n° 06-18.967 P.

Cass. civ., 1re., 24 sept. 2008, n° 0.

Cass. civ., 3e., 17 juin 2009, no 08-13.833 Bull. civ. III, no 148; D. 2009. 2724, note N. DISSAUX.

Cass., 1ère civ., 22 oct. 2009, F-D, n° 08-18.331.

Cass., 1ère civ., 9 décembre 2009, n° 08-20.570 P : Dalloz 2010. Pan. 728, obs. LEMOULAND et VIGNEAU.

Cass. civ., 3e., 15 septembre 2010, n° 09-68.656 P : JCP 2010, n° 1112, note DAGORNE-LABBE.

Cass. civ., 1re., 4 novembre 2010, n° 07-21.303.

Cass. civ., 1re., 9 février 2011, n° 10-13.616.

Cass. civ. 1re, 12 janvier 2012, d. 2012. 1592, note A. Gouëzel.

Cass. civ., 1re., 22 mars 2012, n° 10-28.590, Bull. civ. I, n° 69, Dalloz, 2012.

Cass. civ., 1re., 5 avril 2012, n° 11-14.177.

Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 31 oct. 2012, n° 11-15.529.

Cass. civ. 3e, 19 février 2014, n° 12-24113.

Cass. civ., 3e, 17 septembre 2014, n° 13-21824.

Cass. civ., 1re., 10 septembre 2015. n° 14-13.658.

Cass. civ., 1re, 10 septembre 2015. n° 14-17.772.

Cass. civ., 1re, 1er juin 2016, n° 15-14.914.

Cass. civ., 2e., 14 déc. 2017, n° 16-26-687.

Cass. civ., 1re., 17 octobre 2018, n° 16-24. 331 P : Dalloz 2019. 682, note RAOUL-CORMEIL. Cass. civ. 3 février 1919, DP 1923. 1. 126.

### ***Chambre sociale***

Cass. soc., 2 juillet 1954 Bull., IV, n° 485

Cass. soc., 5 octobre 1994, Dalloz 1995, p. 282, obs. Ph. MOZAS, RTD civ., 1995, p. 94, obs. J. MESTRES, RTD civ., 1995, p. 146, obs. P.-Y. GAUTIER.

Cass. soc., 5 octobre 1994, Dalloz, 1995, p. 282, obs. Ph. Mozas.

Cass. soc., 14 décembre 1999 n° 97-41.995.

Cass. soc., 10 mai 2006, n° 05-42. 210, Bull. civ., V, n° 169.

***Chambre commerciale***

Cass. com., 26 janv. 1948, Bull. civ. II, n. 31.

Cass. com., 4 mai 1953, Dalloz. 1953, p. 441.

Cass. com., 23 mars 1954, Bull. civ. III, no 121.

Cass. com., 21 mai 1963, Publication : n° 245.

Cass. com., 5 mai 1965, Bull. civ. III, n° 280.

Cass. com., 14 décembre 1965, Publication : n° 709.

Cass. com., 2 mars 1969, Dalloz, 197.

Cass. com., 10 février 1970, n° 68-10.363, Bull. civ. IV, n° 49 ; Dalloz 1970.

Cass. com., 21 mars 1977 : Bull. Civ. IV, n°90.

Cass. com. 28 mars 1977, *Rev sociétés* 1978.119, note J.-P. Sortais.

Cass. com., 14 janvier 1980, Bull. civ. IV, n° 16, p. 13, JCP 1980. IV. 122.

Cass. com., 11 juin 1981, Bull. civ., IV, n° 265.

Cass. com., 17 novembre 1982, JCP 1984, II, 20216, note Ph. Delebecque et Ch. Mouly.

Cass. com., 3 juin 1986, n° 85-12118.

Cass. com., 21 juill. 1987, Bull. Joly 1987.622.

Cass. com. 22 mars 1988, Bull. civ., IV, n° 120.

Cass. com., 28 novembre 1989, Bull. Joly. 1990. 179, Rev. Sociétés 1990. 240, chron. GUYON. Cass. com., 15 janvier 1991, n° 89-13.380.

Cass. com., 27 novembre 1991, n° 89-19.546, Bull. civ. IV, n° 367.

Cass. com., 10 mars 1992, Rev. Sociétés 1992. 732, note R. Libchaber.

Cass. com., 3 novembre 1992, Bull. IV, n° 337, p. 240.

Cass. com., 23 février 1993, Defrénois 1993. 1060, obs. Aynès, RTD civ. 1994. 99, obs. J. Mestre.

Cass. com., 4 mai 1993 Bull. civ. IV. n° 174.

Cass. com., 15 juin 1993, Bull. Bull. IV, n° 242, p. 172.

Cass. com., 9 novembre 1993, Bull. IV, n° 385, p. 280.

Cass. com., 20 juin 1995, Bull. IV, n° 189, p. 175.

Cass. com., 24 octobre 1995, n° 93-11.322.

Cass. com., 21 novembre 1995, JCP, 1996, II.

Cass. com., 30 janv. 1996, Bull. civ. IV, n° 30.

Cass. com., 27 février 1996, Bull. civ. IV, n° 65, RTD civ. 1997, p. 114, obs. J. MESTRE.

Cass. com., 14 janvier 1997, « Rupture légitime du contrat commercial en cas de cession de ce contrat par le mandataire sans agrément du mandant », Recueil Dalloz 1997.

Cass. com., 9 décembre 1997, n° 95-22. 096, Bull. civ. IV, n° 333.

Cass. com., 15 déc. 1998. Bull. civ. IV, n° 299, D. 1999.516, note Testu.

Cass. com., 11 juill. 2000, no 97-12.037.

Cass. com., 28 novembre 2000, n° 98-11.522.

Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, D. 2003. 2231, note J.-P. Brill et C. Koering ; CCC 2003, n° 36, obs. L. Leveneur ; Dr. et patr. 2003. 97, obs. D. Poracchia ; RTD civ. 2003. 295, obs. J. Mestre et B. Fages.

Cass. com., 19 novembre 2002, BRDA 1/2003, p. 4, n° 7.

Cass. com., 19 novembre 2003, Dalloz, Affaires 2004, p. 60, obs. AVENA-ROBARDET.

Cass. com., 12 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 93, RTD civ. 2004, p. 500, obs. J. MESTRE.

Cass. com., 19 avril 2005, Bull. civ., IV, n° 92, affaire Metaleurop.

Cass. com., 31 mai 2005, n° 01-00.720.

Cass. com., 11 octobre 2005, n° 03-14.819.

Cass. com., 13 févr. 2007 : deux arrêts 05-17.296 et 06-11.289, Dalloz 2007, note Lienhard A.

Cass. com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, Bull. civ. IV, n° 188.

Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-11.15, Bull. civ., IV, n° 100.

Cass. com., 8 juillet 2008, no 07-12.759 Bull. civ. IV, no 148 ; D. 2008. AJ 2140, obs. X. Delpech.

Cass. com., 17 février 2009, n° 08-10.384.

Cass. com., 8 décembre 2009, n° 08-21. 588, JurisData : 2009-050687.

Cass. com., 6 novembre 2012, n° 11-20582.

Cass. com., 1er avril 2014, n° 13-10.629.

Cass. com., 7 octobre 2014, Bull. civ. IV, n° 143, RDC 2015. 18, note Savaux.

Cass. com., 16 juin 2015, pourvoi n° 14-10.187.

### ***Chambre criminelle***

Cass. crim., 26 novembre 1891 : DP 1892. 1. 252.

Cass. crim., 4 août 1906, Journ. soc. 1907. 346.

Cass. crim., 22 janvier 1914, DP 1914. 1. 256, S. 1916. 1. 128.

Cass. crim., 18 mai 1931 : Bull. crim. n° 143.

Cass. crim., 25 octobre 1935, Bull. crim. n° 118.

Cass. crim., 20 juillet 1960 : Bull. crim. n° 382 ; D. 1961. 191, note Chavanne ; JCP 1961. II. 11973, note Guyon ; Gaz. Pal. 1960. 2. 252 ; S. 1961. 175.

Cass. crim., 8 mars 1967, Dalloz 1967. 586, note DALSACE A., RSC 1967. 771, note BOUZAT P.

Cass. crim., 20 mai 1969, JCP 1970. II. 16288.

Cass. crim., 3 février 1970, Bull. crim. n° 47.

Cass. crim., 8 décembre 1971, n° 71-90.361, Gazette du Pal. 1972. 1. 220.

Cass. crim., 12 juin 1978, Bull. crim. n° 188.

- Cass. crim., 12 janvier 1983 : Gaz. Pal. 1983. 2. Somm. 322.
- Cass. crim., 10 octobre 1983, n° 83-93. 735.
- Cass. crim., 16 janvier 1984 n° 83-91.007 et 82-94.484.
- Cass. crim., 23 janvier 1984, Bull. Joly 1984. 299.
- Cass. crim., 13 février 1984, n° 82-94.484.
- Cass. crim., 4 février 1985, Bull. crime. n° 54 : affaire ROZENBLUM.
- Cass. crim., 12 novembre 1985, n° 84-93.963.
- Cass. crim., 13 février 1989, Bull. crim. n° 69.
- Cass. crim., 14 mai 1990, n° 89-85. 581 P.
- Cass. crim., 17 février 1992, Bull. crim, n° 72.
- Cass. crim., 10 juillet 1995, n° 94-82.655, Bull. crim. n° 253, Bull. Joly 1995. 1048, note A. Couret, P. Le Cannu., JCP 1996. II. 225756, note J. Paillusseau.
- Cass. crim., 6 août 1996, Bull. crim., n° 304.
- Cass. crim., 4 septembre 1996, Bull. crime. n° 314.
- Cass. crim., 4 septembre 1996, n° 95-83.718, Bull. Crim. n°314.
- Cass. crim., 5 mai 1997, Bull. crim. n° 159.
- Cass. crim., 27 octobre 1997, Bull. crim. n° 352 : Dr. pén. 1998, comm. 21.
- Cass. crim., 8 juin 1999, n° 98-84.863.
- Cass. crim., 8 déc. 1999, D. 2001. 1091, note D. Cohen.
- Cass. crim., 1er mars 2000, Bull. Crim. n° 97.
- Cass. crim., 18 octobre 2000 : droit pénal 2001, comm. 28.
- Cass. crim., 14 novembre 2000, Bull. crim. n° 338.
- Cass. crim., 13 décembre 2000, n° 99-86.322 P : Dalloz 2001. IR 832 ; Droit Pénal.
- Cass. crim., 26 septembre 2001, Bull. crim. n° 191.
- Cass. crim., 27 juin 2001, Bull. crim. n° 164 : Dr. pén.2001, comm. 129.
- Cass. crim., 27 novembre 2002, n° 02-81.581 : arrêt MANCEL.
- Cass. crim., 3 décembre 2003, Bull. crim. n° 232.
- Cass. crim., 3 décembre 2003, n° 02-84.646.
- Cass. crim., 28 janvier 2004, Bull. crim. n° 20.
- Cass. crim., 28 janvier 2004, n° 02-88.094, Bull. Joly 2004. 861, note BARBIERI J-F., Rev. Sociétés 2004. 722, note BOULOC B., JCP E 2005, n° 20, obs. MULLER Y.
- Cass. crim., 19 mai 2004, Bull. crim. n° 126.
- Cass. crim., 22 septembre 2004 : Dr. pén. 2004, comm. 178.
- Cass. crim., 8 février 2006., Montage frauduleux de cession de marques pour échapper à l'impôt, AJ pénal 2006.

Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82. 975, Bull. Crim. n° 91.

Cass. crim., 25 octobre 2006 : Rev. Sociétés 2007, p. 146.

Cass. crim., 19 novembre 2008, n° 08-80.558.

Cass. crim., 9 septembre 2009, n° 2009-049798.

Cass. crim., 10 février 2010, n° 09-81.690.

Cass. crim., 18 octobre 2011, n° 11-81. 404 : Dr. pén. 2012, n° 2, obs. M.VERON.

Cass. crim., 9 décembre 2015, n° 15-90.019, Droit pénal 2015, Comm. 41, obs. CONTE Ph ; RPDP 2015. Note SEGONDS M ; SEGONDS M., Blanchiment — Infractions de blanchiment, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2017, actualisation février 2020.

Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-82. 117, Dalloz actualité, 4 avril 2018, obs. GALLOIS J.

Cass. crim., 6 mars 2019, n° 18-81.059.

Cass. crim., 20 mars 2019, n° 17-85.664.

Cass. crim., 4 décembre 2019, n° 19-82.469.

Cass. crim., 4 décembre 2019 : GALLOIS J., Absence de justification des fonds placés : présomption de blanchiment, Dalloz actualité, 24 janvier 2020.

Cass. crim., 18 décembre 2019, n° 19-82.496 : Présomption d'illicéité de l'origine des fonds en matière de blanchiment : précoce maturité de la jurisprudence, AJ Pénale 2020.

### ***Chambre des requêtes***

Cass. Req. 12 août 1857, DP 1857. 1. 389.

Cass. Req., 18 juin 1872, DP 72. 1. 471.

Cass. Req., 5 avril 1880, DP 1881. I. 13.

Cass. Req., 26 juin 1883, DP 1884. 1. 229.

Cass. Req. 27 juin 1887, D. 1888, 1, p. 303.

Cass. Req., 16 juillet 1890, DP 91. 1. 49, S. 94.1. 19.

Cass. Req. 20 décembre 1910, DP 1911. 1. 377, note PLANIOL.

Cass. Req., 21 mars 1932.

Cass. Req. 10 janvier 1939, Gaz. Pal. 1939. 1. 1480.

### ***Chambre mixte***

Cass. ch. mixte., 12 juin 1981 : D. 1981, 413, concl. av. gén. Cabannes.

### ***Assemblée plénière***

Cass. Ass. plén., 13 décembre 1962, Dalloz 1963. 277, note J. Calais-Auloy, JCP 1963. II. 13105, note P. Esmein, RTD civ. 1963. 372, obs. G. Cornu, GAJC, t. 2, n° 282.



Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991 : arrêt BESSE.

Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255.

### ***B. Jurisprudence administrative***

Conseils d'État

CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> sous-section., 7 mai 1986, req. 46841 : précité - CE, 7<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-section., 11 juillet 1991, req. 69831 LELOUCH.

CE, plén., 27 juillet 1987, n° 50020.

CE, 10 juillet 1992, n° 110213 et n° 110214, Dr. fisc. 93, n° 27, Com 1392 cité par J.-L. ALBERT.

CE, 3 décembre 2003, req. n° 244084.

### ***C. Jurisprudence constitutionnelle***

Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399 DC : JO 12 mai 1998, p. 7092.

Cons. const., 10 juin 1998, JO 14 juin 1998, p. 9093, RTD civ. 1998. 796, obs. Molfessis, 1999. 78, obs. J. Mestre.

Cons. const., 13 juin 2013, QPC 2013-672, JCP 2013.629, note GHESTIN et décisions citées.

Cons. const., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 2016, 614 QPC : RJF 2017, n° 473.

Cons. const., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 2016, 614 QPC : RJF 2017, n° 473.

### ***D. Jurisprudence européenne***

CEDH 22 octobre 1981, Dudgeon c/Royaume-Uni.

CJCE ord., 7 oct. 1987, D. M. c/Conseil et CES, aff. 108/86, Rec. 3933, pt 10.

CEDH 16 décembre 1992, Niemietz c/Allemagne.

CEDH 6 février 2001 Bensaid c/Royaume-Uni.

CJUE, 4 juin 2015, Andechser Molkerei Scheitz c/Commission, aff. C—682/13 P, pt 27

### **Dictionnaires**

– Dictionnaire culturel en langue française, Le Robert, 2005.

– Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains, Foucher, 1999.

BISSARDON (S.)

– Dictionnaire de la vente, Librairie Vuibert, 2005. REY A. (dir.)

– Dictionnaire historique de la langue française, T. 1 à 3, Le Robert, 2006. REY (A.) (dir.) et MORVAN (D.) (dir. édit.)

– Guide du langage juridique, Vocabulaire, pièges et difficultés, 3<sup>e</sup> éd., LexisNexis Litec, 2009.

CORNU (G.) (dir.)

- Lexique des termes juridiques, 24e éd., Dalloz, 2016. LALANDE (A.)
- Vocabulaire juridique, Association Henry CAPITANT, 13e éd., coll. Quadrige, PUF, 2020.
- Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 2002. MOULINIER (A.)  
2009. CORNU (G.) (dir.)  
LARROUSSE, Dictionnaire, Larrousse, 2020.
- Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert, 2020.
- REY-DEBOVE Josette et REY Alain (dir.)  
– Vocabulaire juridique, Association Henry CAPITANT, 12 éd., coll. Quadrige, PUF, 2018

### **Principaux sites internet**

[www.archives.assemblee-nationale.fr/](http://www.archives.assemblee-nationale.fr/)

[www.assemblee-nationale.fr](http://www.assemblee-nationale.fr)

[www.crisco.unicaen.fr/](http://www.crisco.unicaen.fr/)

[www.dstripédie.com/](http://www.dstripédie.com/)

[www.franchise-magazine.com/](http://www.franchise-magazine.com/)

[www.gallica.bnf.fr/](http://www.gallica.bnf.fr/)

[www.insee.fr](http://www.insee.fr)

[www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

[www.senat.fr](http://www.senat.fr)

**INDEX ALPHABETIQUE**

*Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes.*

**A**

Abus de biens sociaux : 510, 537, 1017, 1021, 1023.

Agir pour le compte d'autrui : 25, 75, 95, 117, 253, 338, 739.

Apparence : 55, 117 à 119, 232, 257, 263, 281, 288, 336, 339, 345, 347, 348, 502, 603, 607, 608, 670, 778, 796, 798, 836, 848, 864 à 869, 880 à 882, 890, 983 à 985, 1014 à 1037.

Avant-contrat : 581.

**B**

Bonne foi : 75, 81, 111, 118, 168 à 184, 191 à 201, 207, 219, 334, 345, 349, 351, 374, 571, 583, 590 à 592, 603 à 606, 629, 652, 656, 667, 691 à 695, 712, 759, 767, 774, 789, 792 à 795, 809 à 814, 829, 847, 857, 866, 943, 1010, 1046, 1060.

Bénéficiaire définitif : 35.

Bénéficiaire effectif : 35, 41, 45, 54, 60 à 65, 68 à 79, 84 à 86, 235, 236, 360, 397, 401 à 403, 409 à 411, 422, 426, 434 à 450, 493 à 499, 527 à 533, 537 à 554, 556, 564, 593, 630 à 635, 682 à 691.

Bénéficiaire réel : 70, 736.

**C**

Cautionnement : 149, 182, 183, 669.

Cocontractant : 25, 56, 92, 109, 116, 118, 146 à 149, 165 à 168, 181 à 184, 192 à 193, 197, 203 à 212, 217 à 219, 230, 240, 246, 253, 284 à 295, 299, 304, 313, 317, 329, 333, 346 à 349, 374, 395, 398, 520, 588, 590, 592, 615, 628, 644, 671, 693, 998, 728, 730 à 737, 763, 771, 781, 784, 800, 830 à 833, 837 à 847, 850, 858, 863 à 890, 1037.

Confiance : 110, 171, 184, 193, 212, 219, 384, 557, 571, 587, 643, 656, 658, 666, 671, 712, 721, 739, 754, 782, 789, 794, 836, 870, 1015, 1017, 1025 à 1030.

Conflit d'intérêts : 32, 54, 80, 103, 110, 651, 655, 703, 705, 707 à 710, 712 à 721, 733 à 744, 750, 756, 759 à 813, 850.

Contrat de commission : 56, 188, 216, 284, 298, 300 à 318, 346, 412, 651, 750, 771, 777, 784, 822, 858, 1040.

Contrôle : 41 à 48, 60 à 70, 130, 179, 256, 401 à 408, 426, 429, 432, 435, 446 à 479, 485 à 499, 513 à 536, 538 à 569, 600 à 690, 930, 935, 940, 944, 946, 952, 959, 965, 977, 979, 983, 985, 1012 à 1021, 1028 à 1047, 1057.

**D**

Déclaration de command : 52, 71, 92, 189, 195, 231, 241 à 243, 284, 285, 294, 295, 297, 309, 316, 346, 347, 350 à 353, 357, 412, 422, 858, 1036.

Déclaration de simulation : 357, 502, 648, 796 à 798, 826, 835, 847 à 862, 864 à 870, 872 à 1061.

Détention : 256, 270, 478, 483 à 487, 496, 499, 525, 528, 530, 536 à 559, 566, 685 à 688, 979.

Dol : 219, 355, 579, 834, 1023.

Donation : 144, 151 à 157, 212, 249, 616, 617, 916, 917, 929, 992, 1025.

Droit de vote : 401, 485, 490, 492, 499, 528, 529, 531, 532, 538, 539, 548, 552, 555, 560, 948.

Droits sociaux : 485, 487, 491, 534, 722.

**E**

Effets (du contrat) : 163, 215, 322, 339, 369, 371, 389, 393, 575, 579, 781, 784, 812, 863.

Engagement : 14, 103, 134, 147, 148, 149, 150, 176 à 178, 186, 192, 203, 223 à 252, 296 à 303, 344, 364, 366, 383, 394, 395, 485, 507, 571, 591, 661 à 662, 668, 678, 696, 742, 759, 761, 764, 794, 795.

**F**

Fictivité : 73, 249, 259, 263 à 267, 272, 273, 277, 278, 281, 448, 517, 523, 944, 1059.

Force obligatoire : 4, 9, 113, 163, 167, 168, 191, 201, 218, 222, 251, 317, 329, 338, 341, 345, 371, 374, 395, 454, 694, 728, 802.

**G**

Garantie : 20, 46, 47, 150, 170, 183 à 187, 493, 821 à 824.

Gestion d'affaires : 48, 110, 125, 129 à 137, 701, 1039.

**H**

Harmonisation de la matière contractuelle : 69.

**I**

Imputation : 30, 35, 76, 111, 174, 178, 216, 217, 319 à 345, 390 à 417, 501 à 527, 804, 827.

Indivision : 480, 487 à 489, 496, 539.

Intérêt à la fraude : 1001 à 1012.

Interposition de personne : 131, 155, 189, 230, 240 à 253, 285, 304, 310 à 328, 422, 434, 445, 502, 520, 522, 629, 642, 692, 736 à 756, 790, 808, 886 à 964, 990 à 1005, 1056.

**L**

Legs : 151.

Libéralité : 37, 88, 89, 139, 140, 150 à 156, 696, 736, 916 à 921, 927, 992.

Liberté contractuelle : 62, 81, 121, 192, 193, 199 à 260, 360, 627, 629, 633, 693, 687.

Loyauté (devoir de) : 108, 571, 590, 651, 654, 667, 691, 710 à 720, 773, 787, 789, 791 à 795.

**M**

Mandat (contrat de) : 22 à 34, 84, 89, 91, 95, 112 à 118, 125, 200 à 274, 277 à 295 à 440, 651 à 693, 997 à 1038.

Mauvaise foi : 571, 592, 604 à 608, 793, 839, 999.

**N**

Nullité : 111, 219 à 220, 356, 425, 474, 510, 617, 620, 666, 679, 717, 755 à 872, 925 à 985, 994, 1056.

Neutralité : 647, 771 à 830.

**O**

Obligation d'information (rétention d'information) : 337 à 353.

Obligation d'apparaître : 160 à 222.

Opération contractuelle (définition) : 2, 73, 84.

**P**

Pacte de préférence : 505, 513 à 514.

Partie liée : 145, 216, 252, 359, 384, 389, 396, 628, 802, 811, 836.

Patrimoine : 94 à 218, 500, 654.

Personne physique : 415 à 436, 450 à 496.

Personne morale : 415, 437 à 449.

Pouvoir : 497 à 566.

Préemption (droit de) : 513.

Prête-nom (convention ; définition) : 53, 131, 188, 190, 216, 230, 240 à 254, 296, 299, 350 à 416.

Profit (de l'opération) : 45, 223 à 397.

Promesse de porte-fort : 139, 142, 143, 149, 150, 325, 515, 634, 803.

Promesse unilatérale : 163, 190, 321, 485, 497, 505, 514.

**R**

Représentation (définition) : 22 à 34.

Retrait : 78 à 222.

## S

Simulation (définition) : 33 à 71.

Stipulation pour autrui : 49, 59, 134, 139, 141 à 163, 321, 341, 634, 803 à 804.

Succession : 3138, 338, 577, 670.

Sûretés : 182, 185, 709.

## T

Tiers bénéficiaire : 37, 49, 59, 124, 127, 133 à 144, 174, 321, 483, 697, 487, 490.

Tiers ignorant : 146, 733 à 734, 831, 844, 860, 881, 889, 1046, 1061.

Transparence : 483, 484, 948, 949.

## U

Usufruit : 487, 490.

## V

Vice du consentement : 353, 783, 834.

## TABLE DES MATIÈRES

<b>Le bénéficiaire final d'une opération contractuelle</b>	<b>1</b>
Remerciements	3
Liste des principales abréviations	5
Résumé	7
Summary	8
SOMMAIRE	9

## INTRODUCTION

10

**PARTIE 1 : La définition du bénéficiaire final****33****TITRE 1 : Les éléments constants de la définition****37****Chapitre 1 : La méthode : l'adoption d'une position de retrait 40*****Section 1 : L'analyse de la position de retrait du bénéficiaire final*****42**§ 1 : L'adoption d'une position de retrait par l'intermédiation44

I : La critique de l'analyse traditionnelle de l'action pour le compte ou dans l'intérêt d'autrui 45

A : L'inadéquation de la notion de « capacité »

46

B : L'insuffisance de la notion de « pouvoir »

49

II : L'analyse proposée de l'action pour le compte ou l'intérêt d'autrui

52

A : L'action dans l'intérêt d'autrui

54

B : L'action pour le compte d'autrui

60

§ 2 : L'adoption d'une position de retrait consciente et volontaire63

I : L'exclusion du retrait involontaire

64

A : L'exclusion des opérations de gestion spontanée

66

B : L'exclusion du bénéficiaire passif

70

II : L'exclusion du retrait inconscient

72

A : L'exclusion des opérations subordonnées à la réalisation d'un événement futur

74

B : L'exclusion des libéralités subordonnées à l'acceptation d'un tiers désigné

79

***Section 2 : Les conséquences du retrait du bénéficiaire final*****82**§ 1 : Le caractère relatif de l'obligation d'apparaître83

I : L'obligation d'apparaître au contrat

84

A : Les sources de l'obligation d'apparaître

84

B : L'obligation d'apparaître dans les opérations transparentes

88

1. L'obligation d'apparaître et les opérations de gestion pour autrui

88

2. L'obligation d'apparaître et les opérations de garantie pour autrui

95

II : L'exception à l'obligation d'apparaître

98

A : L'obligation d'apparaître et les opérations occultes	99
B : L'obligation d'apparaître et les opérations semi-occultes	102
<u>§ 2 : Les conséquences d'une atténuation de l'obligation d'apparaître au contrat</u>	<u>104</u>
I : Les incidences sur la liberté contractuelle	104
A : L'évolution du principe de la liberté contractuelle	105
B : L'exclusion des contrats spécifiques	109
II : Les incidences sur la qualité de partie et de tiers	110
A : L'introduction du bénéficiaire final dans l'opération contractuelle	110
B : La sanction en réponse à la contestation du cocontractant ignorant	112
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>	<b>114</b>
<b>Chapitre 2 : Le but poursuivi : la recherche du profit de l'opération</b>	<b>115</b>
<b><i>Section 1 : La conception de l'acte par un bénéficiaire apparent</i></b>	<b>119</b>
<u>§ 1 : Un mécanisme reposant sur l'intervention d'un interposé occulte</u>	<u>120</u>
I : L'opacité totale du bénéficiaire final	123
A : La dissimulation totale du bénéficiaire final : personne physique	124
1 : L'interposition de personne physique	125
2 : L'interposition d'un associé apparent	128
B : La dissimulation totale du bénéficiaire final : personne morale	130
1 : Les mécanismes juridiques occultant	133
2 : L'abus de la personnalité morale	134
II : L'opacité amoindrie du bénéficiaire final	139
A : L'action temporairement occulte pour le compte d'autrui	142
B : L'action ostensible, mais « proprio nomine » pour le compte d'autrui	146
<u>§ 2 : La transition de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent</u>	<u>148</u>
I : La conception de l'acte au nom du bénéficiaire apparent	148
A : Les notions d'interposés et d'intermédiaire	149
1 : La différence entre les notions d'interposé et d'intermédiaire	150



Célia TEROSIER	Université des Antilles	505 sur 511
2 : Le rapprochement des notions d'interposé et d'intermédiaire		152
B : L'engagement personnel du bénéficiaire apparent		153
II : La conception de l'acte pour le compte du bénéficiaire final		155
A : Le transition de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire apparent		156
B : L'application dérogatoire de l'effet relatif du contrat		158
<b><i>Section 2 : Le transfert du profit de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final</i></b>		<b>160</b>
<u>§ 1 : L'imputation des effets de l'acte dans le patrimoine du bénéficiaire final</u>		<u>160</u>
I : Le principe de la force obligatoire du contrat et le devoir de fidélité de l'intermédiaire		161
A : La force obligatoire du contrat permettant le transfert du profit de l'opération		162
B : Les opérations avec un bénéficiaire final comme exception à l'effet relatif des conventions		165
II : Le choix entre le devoir d'information et le maintien de l'apparence		167
A : Le devoir d'information comme un prolongement de l'effet obligatoire du contrat		169
B : Les limites de la rétrocession dans le patrimoine du bénéficiaire final par le maintien de l'apparence		171
<u>§ 2 : Le désengagement progressif du bénéficiaire apparent</u>		<u>173</u>
I : La conception classique de la qualité de tiers et de partie inadaptée aux opérations avec un bénéficiaire final		175
A : Le bénéficiaire apparent considéré comme une partie à l'opération réalisée pour le compte du bénéficiaire final		176
B : Le bénéficiaire final considéré comme un tiers à l'opération réalisée pour son compte		178
II : La conception moderne de la qualité de tiers et de partie conforme aux opérations avec un bénéficiaire final		180
A : Le bénéficiaire apparent ayant la qualité de partie contractante		181
B : Le bénéficiaire final ayant la qualité de partie liée à l'acte		184
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>		<b>185</b>
<b><i>CONCLUSION DE TITRE</i></b>		<b>186</b>
<b>Titre 2 : Les éléments variables de la définition</b>		<b>187</b>

**Chapitre 1 : La qualité de personne physique ou de personne morale 190*****Section 1 : L'indifférence de cette qualité 193***

§1 : Le bénéficiaire final : une personne physique 194

I : L'analyse controversée de la qualité de personne physique 196

II : L'harmonisation par l'abandon du conflit de qualité 199

§2 : Le bénéficiaire final : une personne morale 202

I : Une qualité autonome 203

II : Une qualité admise 206

***Section 2 : L'exception : l'exigence de la qualité de personne physique 208***

§ 1 : Un critère absolu 210

I : Une source internationale et européenne 211

II : la transposition en droit interne 215

§ 2 : Un critère flexible 219

I : Une personne physique unique 221

II : Une multiplicité de personnes physiques 224

***Conclusion de Chapitre 228*****Chapitre 2 : Le pouvoir exercé 229*****Section 1 : Le pouvoir exercé par le bénéficiaire final 230***

§ 1 : Le pouvoir de contrôle sur l'interposé 232

I : Le pouvoir de l'intermédiaire exerçant un rôle d'interposé 233

II : L'exclusion du pouvoir dans les autres opérations 236

§ 2 : Le pouvoir de contrôle sur l'opération 237

I : Le pouvoir et la simulation 238

II : Le pouvoir et la fictivité 240

***Section 2 : L'exception : le pouvoir exercé par le bénéficiaire effectif 241***

§ 1 : La détention du capital 243

I : La définition du « pouvoir » par la détention 245

II : L'identification du « pouvoir » par la détention 248

§ 2 : Le pouvoir de contrôle de l'opération	250
I : La définition du « pouvoir de contrôle »	251
II : L'identification du pouvoir de contrôle	254
A : Une déclaration impérative	255
B : Une déclaration précise	257
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>	<b>259</b>
<b>Chapitre 3 : La motivation du bénéficiaire final</b>	<b>261</b>
<b><i>Section 1 : La motivation licite</i></b>	<b>262</b>
§1 : Le retrait un privilège opportuniste	263
I : Le bénéfice d'un privilège de substitution	263
II : Le bénéfice d'un privilège de discrétion	265
§2 : Le retrait une protection contre l'opportunisme	267
I : La protection de la partie en retrait	268
II : La protection de l'opération contractuelle	269
<b><i>Section 2 : La motivation illicite ou immorale</i></b>	<b>271</b>
§ 1 : Le retrait pour échapper à la loi impérative	272
I : L'éviction des dispositions impératives contre les infractions transfrontalières	273
II : L'éviction des dispositions impératives contre les infractions fiscales	275
§ 2 : Le retrait pour échapper à la loi prohibitive	278
I : Le contournement de la loi normalement compétente	279
II : L'éviction d'une disposition fiscale contraignante	280
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>	<b>282</b>
<b>CONCLUSION DE TITRE</b>	<b>283</b>
CONCLUSION PARTIE I	283
<b>Partie 2 : L'accueil fait en droit au bénéficiaire final</b>	<b>286</b>
<b>Titre 1 : Une existence validée par le droit</b>	<b>290</b>
<b>Chapitre 1 : L'organisation de la protection du bénéficiaire final</b>	<b>293</b>

<b><i>Section 1 : Les lacunes du droit face au comportement infidèle</i></b>	<b>295</b>
<u>§ 1 : Une définition incomplète du comportement infidèle</u>	<u>297</u>
I : L'existence du comportement infidèle de l'intermédiaire	299
II : L'ignorance du comportement infidèle de l'interposé	302
<u>§ 2 : Des sanctions inefficaces face au comportement infidèle</u>	<u>304</u>
I : L'existence de sanctions propres à la représentation	304
II : L'adoption de sanctions propre aux schémas occultes	307
A : La définition du schéma occulte	308
B : L'identification et la sanction de l'interposé déloyal	311
<b><i>Section 2 : La prévention du comportement infidèle</i></b>	<b>314</b>
<u>§ 1 : La prévention par la dissuasion des conflits d'intérêts</u>	<u>316</u>
I : La critique des dispositions relatives au conflit d'intérêts	316
II : Des solutions pour prévenir et dissuader le conflit d'intérêts	319
<u>§ 2 : La prévention par la neutralisation du conflit d'intérêts</u>	<u>322</u>
I : La neutralisation par la transparence	323
A : L'identification du contrat occulte	325
B : La révélation de l'intérêt contradictoire	328
II : La neutralisation par l'agrément ou la sanction	330
A : La régularisation par l'agrément	332
B : La neutralisation par la sanction	335
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>	<b>337</b>
<b>Chapitre 2 : L'organisation de la protection de l'interposé</b>	<b>338</b>
<b><i>Section 1 : Réflexion sur la neutralité de l'interposé à l'égard du bénéficiaire final</i></b>	<b>340</b>
<u>§ 1 : Une neutralité matérielle</u>	<u>342</u>
I : L'exemple de neutralité matérielle de l'intermédiaire	343
II : La construction de la neutralité matérielle de l'interposé	345
<u>§ 2 : Une neutralité morale</u>	<u>348</u>

Célia TEROSIER	Université des Antilles	509 sur 511
I : La neutralité morale à travers le respect du devoir de loyauté		349
II : La neutralité morale par l'action en déclaration de simulation		351
<b><i>Section 2 : Réflexion sur la neutralité de l'opération à l'égard de l'interposé</i></b>		<b>353</b>
<u>§ 1 : La consécration d'un devoir de transfert des effets de l'acte</u>		<u>356</u>
I : Une exception au principe de l'effet relatif des contrats		357
II : Le devoir de transfert et le respect du principe de bonne foi		358
<u>§2 : Le désengagement de l'interposé par l'attribution de la qualité de tiers</u>		<u>360</u>
I : Le désengagement par l'attribution d'une rémunération		361
II : Le désengagement par l'attribution de la qualité de tiers		363
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>		<b>364</b>
<b>Chapitre 3 : L'organisation de la protection du cocontractant ignorant</b>		<b>366</b>
<b><i>Section 1 : Les lacunes de la mise en demeure interrogatoire</i></b>		<b>369</b>
<u>§ 1 : Une disposition limitée</u>		<u>370</u>
I : Une mesure propre au dispositif représentatif		372
II : Une mesure inadaptée pour les opérations occultes		372
<u>§ 2 : Une disposition obscure</u>		<u>374</u>
I : Une action protectrice exceptionnelle		375
II : Une action protectrice imprécise		376
<b><i>Section 2 : Les apports de l'action en déclaration de simulation</i></b>		<b>377</b>
<u>§ 1 : La consécration d'un principe de transparence dans les relations contractuelles</u>		<u>379</u>
I : La transparence : un principe à caractère absolu		380
II : La preuve de l'acte secret		382
<u>§ 2 : Une protection complète contre le bénéficiaire de l'apparence</u>		<u>385</u>
I : Une liberté probatoire illimitée pour le cocontractant		386
II : La reconnaissance d'un principe protecteur		387
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>		<b>388</b>
<b>CONCLUSION DE TITRE</b>		<b>388</b>

**Titre 2 : Une existence combattue par le droit 390****Chapitre 1 : L'encadrement par la prévention 394****Section 1 : L'édiction de présomptions 395**§1 : La présomption légale de l'interposition de personne 397

I : La présomption prévue par l'article 911 alinéa 2 du Code civil 398

II : Le régime juridique des présomptions d'interposition de personne 402

§ 2 : Les autres types de présomptions 404

I : L'édiction de présomptions légales pour les infractions transfrontalières classiques 405

II : L'édiction de présomptions légales pour les infractions fiscales transfrontalières 408

**Section 2 : L'édiction d'obligations spécifiques 414**§ 1 : L'obligation de vigilance ou le devoir de se renseigner 416

I : De la vigilance ordinaire à la vigilance absolue 417

II : Le contenu de l'obligation vigilance 420

§ 2 : L'obligation de déclaration 424

I : De la déclaration de soupçon à la délinquance de droit commun 424

II : Les professionnels touchés par le champ d'action du dispositif légal 427

**Conclusion de Chapitre 429****Chapitre 2 : L'encadrement par la transparence 430****Section 1 : La prohibition des opérations frauduleuses occultes 432**§1 : Les prohibitions légales d'interposition de personne 433

I : Les actes à titre gratuit 434

II : Les actes à titre onéreux 436

§ 2 : Les prohibitions spécifiques en droit pénal douanier 439

I : L'intérêt direct à la fraude 440

II : La coopération frauduleuse ou l'intérêt indirect à la fraude 442

**Section 2 : Le contrôle de l'usage abusif 444**§ 1 : Le contrôle de l'usage abusif d'un bien 446

I : Le contrôle par la transparence des pouvoirs confiés 447

Célia TEROSIER	Université des Antilles	511 sur 511
II : Le contrôle par l'usage de déclarations et de publications		451
<u>§ 2 : Le contrôle de l'usage abusif d'une apparence</u>		<u>453</u>
I : Le contrôle des délais d'usage de l'apparence		454
II : Le contrôle de l'usage de la qualité apparente		457
<b><i>Conclusion de Chapitre</i></b>		<b>460</b>
<b><i>CONCLUSION DE TITRE</i></b>		<b>460</b>
CONCLUSION PARTIE II		461
CONCLUSION GÉNÉRALE		464
<b><i>BIBLIOGRAPHIE</i></b>		<b>467</b>
<b><i>INDEX ALPHABETIQUE</i></b>		<b>499</b>